

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 80 Sayı Number 2 Yıl Year 2022 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 80, Sayı 2, 2022

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aozsoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcantez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

An Examination of the Liability for Compensation for the Breach of Choice of Court Agreements: In the Light of the German Federal Court Decision of 17.10.2019

Alman Federal Mahkemesi'nin 17.10.2019 Tarihli Kararı Işığında Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İhlal Edilmesinin Tazminat Sorumluluğu Doğurması

Hakkında Bir İnceleme..... 357

Melis Aşar

Araştırma makalesi/Research article

Anayasa Mahkemesi Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğini Sınırlandırabilir mi?

May The Constitutional Court Limit Collective Labor Agreement Autonomy..... 383

Gaye Baycık, Erdem Cam

Araştırma makalesi/Research article

Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?

Minority Shareholder Protection in Corporations: Protection for Whom,

Why, and How? 407

Abdurrahman Kayıklık

Araştırma makalesi/Research article

Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri

The Position of Genetic Father under Turkish Paternity Law 455

Şirin Aydınçık Midyat

Araştırma makalesi/Research article

Medeni Yargıda Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi ve Cebri İcrası Bakımından Etkisi

Effect of Completion of Judgments on Finalization and Enforcement of

Judgments in Civil Procedure Law 507

Zeynep Bahadır

Araştırma makalesi/Research article

Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi

The Process of Transforming Strict Liability into Liability for Fault in Roman Law, and the Effect This Transformation Has Had on Modern Law 537
Abdurrahman Savaş

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

1921 Anayasasının Türkiye'nin Mali Hukuk Düzenine Yansımaları

The Reflections of the 1921 Constitution on Turkey's Fiscal Law Order 583
Bariş Bahçeci

Araştırma makalesi/Research article

Cezalandırılmayan Önceki Hareketler

Unpunishable Prior Acts 615
Erkan Sarıtaş

Araştırma makalesi/Research article

Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler

Propositions to Fill for Normative Gaps on Temporary Protection and Refugee Burden Sharing 655
Ümmühan Elçin Ertuğrul

Araştırma makalesi/Research article

İnsan Hayatını Tehdit Eden Salgınlarla Mücadelede Küresel Bir Araç Olarak CITES

CITES as an International Instrument Against Pandemics that Threaten Human Life 683
Ali Kerem Kayhan

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmua” kavramının yansımaları olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2022 yılındaki ikinci sayısını, siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli on makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, yayımlanması talebiyle dergimize yollanan makalelerdeki dağılımın göz önünde bulundurulması sonucunda mevcut durum oluşmuştur.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanında; anayasa hukuku ve mali hukukun keşifi olarak 1921 Anayasası’nın mali hukuk düzenine yansımaları incelenmiştir. Ceza hukuku bakımından yargı kararlarında henüz tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmayan ve doktrinde tartışmalı olan “cezalandırılmayan önceki hareketler” bu sayımızda incelenen bir diğer konudur. Kamu hukuku alanındaki bir diğer makale ise tüm dünyayı etkisi altına alan pandeminin uluslararası çevre ve yaban hayatı bağlamında değerlendirilmesine ayrılmıştır. Salgın hastalığın çıktığı ilk dönemden itibaren hukuk dünyasındaki araştırmalara da yön verdiği inkâr edilemez bir gerçektir. Mecmua olarak yayınladığımız pandemi özel sayımızdan sonra da güncel hukuk tartışmalarına katkıda bulunabilmek bizler için önemli bir mutluluk kaynağıdır. Kamu hukukuna ilişkin son makalede ise yine güncel bir mesele olan uluslararası hukuk kapsamında göç ve mülteci kavramları özel hukuk boyutlarıyla birlikte değerlendirilmekte, bu kavramlar hakkında sahip olunan güvenlik ve Devlet merkezli bakışın insan hakları temelli bir düşünceye çekilmesine yönelik değerlendirme yapılmaktadır.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelerden ilkinde, milletlerarası yetki anlaşmasının ihlal edilmesinden doğan tazminat sorumluluğu meselesi, bir Alman Federal Mahkemesi kararından da yararlanılmak suretiyle ele alınmıştır. Bir diğer çalışma esasen kamu hukuku disiplini de kısmen ilgilendirmekte olup bu çalışmada Anayasa Mahkemesi’nin toplu iş sözleşmesi özerkliğini sınırlandırıp sınırlandıramayacağı tartışması üzerinde durulmaktadır. Başka bir makalede ise şirketler hukukunun en başat ve uygulamaya yön veren konularından biri olan azınlık haklarının korunması meselesi, genel ve kapsayıcı bir perspektiften incelenmiştir. Medeni hukuk alanında teknolojik imkânların da artmasıyla gündeme gelen yeni sorunlardan biri olan genetik babanın Türk hukukunda soybağına yönelik ileri sürebileceği talepler incelenmiştir. Roma hukukunun günümüz hukuklara etkisi bağlamında Roma hukukunda kusursuz

sorumluluğunun kusur sorumluluğuna dönüşüm süreci ve bu dönüşümün modern hukuka etkisine özgülenmiş bir çalışma da sayı kapsamında yerini almıştır. Medeni usul hukuku kapsamına giren bir çalışmada ise “hükümün tamamlanması”nın, kesinleşme ve cebri icra aşamaları üzerindeki etkisi incelenmektedir.

Dergimizde uluslararası endeks kurallarına da paralel bir şekilde gerek Fakültemiz mensuplarının gerek yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da okuyucuyla buluşturulması ve erişilebilirliğinin artırılması için çaba sarf edilmiştir. Mecmuamıza yurt içinden ve dışından akademisyen ve uygulayıcıların gösterdiği yoğun ilgi için de ayrıca teşekkürlerimizi sunarız.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Ülkemizde ve tüm dünyada bayramın kutlandığı günlerin hemen akabinde, dergimizin bu yılki ikinci sayısının tüm hukuk dünyasına bir bayram hediyesi olmasını temenni ederiz..

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 10.12.2021
Revision Requested: 29.03.2022
Last Revision Received: 13.04.2022
Accepted: 27.05.2022

An Examination of the Liability for Compensation for the Breach of Choice of Court Agreements: In the Light of the German Federal Court Decision of 17.10.2019

Melis Avşar*

Abstract

In the case subject to the decision of the German Federal Court (BGH) dated 17.10.2019, there was an exclusive choice of court agreement in favor of the Bonn courts, because of one of the parties filed a lawsuit in the US courts, the other party had to pay high amounts of litigation costs and attorney fees. In the case, the BGH accepted that the international choice of court agreement was violated, and it was decided that compensation be paid in accordance with the provisions of the law of obligations. This decision could set a precedent for the states included in the Continental European legal system. The reasonings accepted in the decision are of a nature that can also be asserted in terms of Turkish law. With the exclusive choice of court agreement, the parties are obliged to file a lawsuit in the chosen court (prorogation) and not to file a lawsuit in other non-chosen state courts (derogation). Although the dominant approach was accepting of the legal nature of the international choice of court agreement as a procedural law contract in the past, the new jurisprudence confirmed that the choice of court agreement also has a substantive law character. Article 112 of the TCO will have to be applied to the compensation liability under Turkish law in case of a breach of the choice of court agreement. The conditions sought in article 112 of the TCO are as follows: a breach of an obligation, occurrence of damage, existence of a fault and the presence of a causal link. These elements must be present for the breach of the choice of court agreement to lead to a liability for compensation.

Keywords

International Choice of Court Agreement, The Breach of the Choice of Court Agreement, The Liability for Compensation, German Federal Court Decision of 17.10.2019, TCO article 112

Alman Federal Mahkemesi'nin 17.10.2019 Tarihli Kararı Işığında Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İhlal Edilmesinin Tazminat Sorumluluğu Doğurması Hakkında Bir İnceleme

Öz

Alman Federal Mahkemesi'nin 17.10.2019 tarihli kararına konu olay, Bonn mahkemeleri lehine münhasır nitelikte bir yetki anlaşması bulunmasına rağmen, taraflardan birinin ABD mahkemelerinde dava açması sonucu, diğer tarafın yüksek tutarlarda dava masrafı ve avukat ücreti ödemek zorunda kalması nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini talebine ilişkindir. Mahkemece bu davada, milletlerarası yetki anlaşmasının ihlal edildiği kabul edilmiş ve borçlar hukuku kapsamında bir tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Bu karar, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil devletler bakımından emsal olabilecek niteliktedir. Kararda, kabul edilen gerekçeler Türk hukuku bakımından da ileri sürülebilecek niteliktedir. Münhasır nitelikteki milletlerarası yetki anlaşmasıyla taraflar seçilen mahkemede dava açma (prorogasyon) ve seçilmeyen diğer devlet mahkemelerinde dava açmama (derogasyon) borcu altına girmektedir. Milletlerarası yetki anlaşmasının hukuki niteliğini, usul hukuku sözleşmesi olarak kabul etme görüşü eskiden hâkim olsa da yeni içtihatlarla birlikte maddi hukuk sözleşmesi

* **Corresponding author:** Melis Avşar (Res. Asst. Dr.), Istanbul University, Faculty of Law, Department of Private International Law, Istanbul, Türkiye. E-mail: melis.avsar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7957-6851

To cite this article: Avşar M, "An Examination of the Liability for Compensation for the Breach of Choice of Court Agreements: In the Light of the German Federal Court Decision of 17.10.2019" (2022) 80(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 357. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0001>



niteliğine sahip olduğu da kabul edilmektedir. Yetki anlaşmasının ihlal edilmesi, yani seçilmeyen bir devlet mahkemesinde bir dava açılması halinde oluşacak tazminat sorumluluğuna Türk hukukunda TBK madde 112'nin uygulanması gerekecektir. TBK madde 112'de aranan şartlar; bir borcun ihlal edilmiş olması, zarar meydana gelmiş olması, kusurlu olunması ve illiyet bağı bulunmasıdır. Yetki anlaşmasının ihlalinin de tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için bu unsurların mevcut olması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Yetki Anlaşması, Yetki Anlaşmasının İhlali, Tazminat Sorumluluğu, 17.10.2019 tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı, TBK madde 112

Extended Summary

The US company and the German company, both operating in the field of telecommunications, decided in their contract that any disputes arising from the contract would be heard exclusively in the Bonn courts. However, as a result of a contractual dispute, the US company filed a lawsuit against the German company in the District Court of Washington. In this case, the US court gave a decision of lack of jurisdiction and dismissed the case for this reason. Thereupon, in the lawsuit filed in the Bonn court, a compensation for the damages arising from the litigation costs (the American rule of cost) and attorney fees due to the lawsuit filed in the US was requested. In the 2019 German Federal Court (BGH) decision, the claim for compensation for the damages arising from the breach of the choice of the court agreement was accepted within the framework of the German Civil Code (BGB) § 280.

The 2019 BGH decision is quite innovative in terms of accepting the breach of the choice of court agreement, and leads to compensation liability in the field of substantive law (obligations law). The decision has the impact of setting a precedent both in terms of the legal systems in Continental Europe and Turkey. In addition, a clear jurisprudence was presented in the decision in terms of the legal nature of the choice of court agreement, the law applicable to the choice of court agreement and the interpretation of the choice of court agreement. The legal nature of the choice of court agreement was accepted as a substantive law contract in terms of the obligation not to file a lawsuit in the non-chosen court. Furthermore, regardless of the legal nature of the choice of court agreement, if the interpretation of the party wills indicates that the parties enter into an obligation of not to file a lawsuit against each other in a non-chosen court, the liability must arise.

The court accepted that the liability for compensation would be subject to the BGB § 280, that regulates liability for compensation in the case of the breach of contract. In Turkish law, this issue is regulated in article 112 of the Turkish Code of Obligation (TCO). Therefore, the examination of the applicability of the legal grounds in the 2019 BGH decision in terms of Turkish law should be examined within the framework of this article. According to the conditions provided in article 112 of the TCO, the act of filing a lawsuit in the non-chosen court will constitute a breach of contract.

The second condition provided by this article is the occurrence of damage. If the non-chosen court where the lawsuit was filed gives a decision of lack of jurisdiction, the litigation costs and attorney fees incurred must be calculated. However, if the non-chosen court, where the lawsuit was filed, found itself having jurisdiction and making decisions on the merits, revealing the occurrence of damage would be quite difficult. In accordance with the international comity, in this case, finding that damage has occurred and may constitute an interference with the sovereignty of the states. The third condition sought in article 112 of the TCO is the existence of a fault. The plaintiff will be liable for the damage incurred unless he can prove that he was not at fault in filing a lawsuit in the non-chosen court. The plaintiff cannot prove that he is not at fault by claiming that his lawyer recommended filing a lawsuit in the non-chosen court. The last condition sought in TCO article 112 is that there should be a causal link between the damage and the act of the breach of the contract.

The compensation claim arising from the breach of the choice of court agreement is subject to a ten-year limitation period stipulated in article 146 of the TCO. This period will begin to run from the date of filing a lawsuit in the non-chosen court.

I. Introduction

The choice of court agreement is a widely used dispute resolution method in the international commercial arena. Most of the time, parties who entered a contractual relationship include a dispute resolution clause in their contract. Commonly this is either a choice of court clause or an arbitration clause.¹ These clauses will benefit the parties in terms of the predictability regarding the litigation costs and the duration of the litigation and help to build legal certainty.² When a dispute arises, the result of the court decision depends on where the lawsuit is filed. Since the court where the lawsuit is filed will apply its own procedural law and the differences between the conflict of laws rules of the states will have an impact on the applicable law, where the lawsuit will be filed will have an impact on the decision to be given.³ Although the choice of court agreements and the arbitration agreements have similar features in this respect, only the issue of the breach of the choice of court agreement will be examined in this study.

To reduce uncertainties and provide predictability to the parties, it is recommended that the parties include a choice of court clause in their contracts. However, once a dispute has arisen, there is no guarantee that one of the contracting parties will file a lawsuit in the chosen court. Failure to file a lawsuit in the chosen court may have different consequences. It is accepted that these consequences are mostly related to procedural law. It has been widely accepted in most of the states that the chosen court will have the exclusive jurisdiction over subject matter (*prorogation effect*) and the non-chosen courts won't have the jurisdiction to hear the case (*derogation effect*).⁴ As a result, if there an exclusive choice of court agreement exists, the defendant has the right to challenge the jurisdiction of the non-chosen court.⁵ However, recently, it has started to be accepted that the choice of court agreement has an impact not only on procedural law, but also on substantive law.⁶ According to *Briggs*, there is no difference in principle between the obligation to sell and the obligation to sue in the chosen court.⁷

¹ Cemal Sanli, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Cozum Yollari* (7th edn, Beta 2019) 66; Nuray Eksi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (4th edn, Beta 2020) 143.

² Adrian Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (1st edn, Oxford University Press 2008) 1.Briggs.

³ Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (5th edn, International, Kluwer Law 2016) 3.

⁴ Briggs (n 2) 111; Peter Hay, 'Forum Selection Clauses - Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law' (2021) 35 *Emory International Law Review* 1, 2.

⁵ Aysel Celikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 653; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021) 487; Cemal Sanli, Emre Esen and İnci Ataman Figanmese, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 510; Guloren Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Baglama ve Usul Hukuku Kurallari* (13th edn, Vedat 2020) 415; Vahit Dogan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 79; Gulin Gungor, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 254; Ziya Akinci, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (1st edn, Vedat 2020) 130.

⁶ Mukarrum Ahmed, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study* (1st edn, Hart 2017) 10.

⁷ Briggs (n 2) 175.

In common law systems, since the beginning of the 2000s, decisions have been made that affirm the breach of the choice of court agreement will lead to liability for compensation.⁸ Except for the 2009 Tribunal Supremo decision of Spain,⁹ there were no decisions in civil law systems regarding the breach of choice of court agreements until the German Federal Court Decision of 17.10.2019.¹⁰

In this study, the question of whether a breach of a choice of court agreement will constitute an obligation to compensate the contracting parties will be examined. This examination will be based on the decision of the German Federal Court on the subject. This decision could set a precedent in terms of Continental European law systems and the Turkish law system. In this context, firstly, the German Federal Court Decision of 2019 (“BGH 2019”) will be summarized. Afterwards, the BGH 2019 decision will be evaluated in terms of Turkish law. This evaluation will be made of the nature of the choice of court agreement, the applicable law, the implementation of article 112 of the Turkish Code of Obligations (TCO)¹¹ to the breach of the choice of court agreement, and the statute of limitations. Within the scope of this study, only the breach of the exclusive choice of court agreement will be examined. The non-exclusive choice of court agreement and the asymmetric choice of court agreement are excluded from this study.

Secondly, the conditions for the effectiveness of the choice of court agreement and the validity of the choice of court agreement are excluded from this study. Issues related to procedural law, such as which court shall have the jurisdiction to see the dispute arising from the breach of the choice of court is also outside of the scope of this study.

Lastly, article 329 of the Turkish Civil Procedure Code¹² will not be considered due to it being out of the context of this study. According to article 329, “*the malicious defendant or the party litigating without any right may be ordered to pay all or part of the attorney’s fee agreed with the other party’s attorney, in addition to the litigation expenses. In the case of a dispute about the amount of the attorney’s fee or if the amount is found to be excessive by the court, this amount is directly determined*

⁸ Chee Ho Tham, ‘Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye’ [2004] Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 46, 50.

⁹ In 1995, a contract was signed between a Spanish company and a US company. According to article 14 of this contract, Spanish law will be applied in disputes and claims between the parties, and the Courts of Justice of Barcelona will have the jurisdiction. In 1997, the Spanish company filed a lawsuit in the Court of Florida demanding contractual damages. The Court of Florida rejected the claim (due to lack of jurisdiction). The US company filed a lawsuit in the Courts of Justice in Barcelona demanding that the expenses be paid for by lawyers in the Florida Court. The *Tribunal Supremo* accepted this claim and ordered the party to pay compensation for the breach of the choice of court agreement. See Santiago Álvarez González, ‘The Spanish Tribunal Supremo Grants Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement’ (2009) 6 IPRAx 530.

¹⁰ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19*.

¹¹ Act No. 6098 dated 11.01.2011. (RG 04.02.2011/27836)

¹² Act No. 6100 dated 12.01.2011. (RG 04.02.2011/27836)

by the court.” This article is based on good faith¹³ and the attorney’s fee to be paid to the other party in accordance with this article is accepted as a penalty specific to the procedural law.¹⁴ That is, it is not in the nature of compensation.¹⁵ However, in the case of the breach of the choice of court agreement, the plaintiff does not file a lawsuit, although he does not have the right to file a lawsuit. The plaintiff uses his right to sue by filing a lawsuit in the non-chosen court. Moreover, since each state has the right to determine the international jurisdiction of its own courts, it cannot be said that the plaintiff does not have the right to file a lawsuit, since the court chosen by the choice of court agreement may see itself as incompetent. In addition, since this study aims to examine whether the breach of the choice of court agreement will have a consequence in terms of substantive law, more detailed examinations of article 329 are excluded from the scope of this study.¹⁶ In the BGH 2019 decision, it is clearly stated that the Brussels I Regulation¹⁷ and the rules in the German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung-ZPO*) cannot be applied to the consequences of breaching the choice of court agreement in terms of substantive law.¹⁸

II. The German Federal Court Decision of 17.10.2019

A. Merits

The issue relates to a contractual claim between a German and a US company that operate in the telecommunications area. The parties mutually entered into a contract to receive the data traffic of the other party at the so-called peering points, to transport them further in their network to the connected customers and to ensure the necessary transmission capacity at the nodes within their networks.¹⁹ After the plaintiff (the

¹³ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1* (Yetkin 2020) 291; Ramazan Arslan and others, *Medeni Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021) 167; Hakan Pekcanitez and others, *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 914; Suha Tanriver, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1* (2nd edn, Yetkin 2018) 425.

There is no article corresponding to TCPC art. 329 in German law. However, in the German Code of Civil Procedure § 138, the obligation of the parties to act with good faith is regulated in accordance with the regulation of TCPC art. 29 (obligation to tell the truth and act in good faith). See Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (1st edn, Kudret Basım 2001) 197; Hakan Pekcanitez, Hulya Tas Korkmaz and Nedim Meric, *Gerekeceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (12th edn, On İki Levha 2021) 45.

In German law, the good faith is also not regulated as a general rule in the field of substantive law. However, the courts consider the principle of good faith in cases where fairness requires it. See Acun Papakçı, ‘Durust Davranma ve Doğruyu Soyleme Yükümlülüğü’ (2016) 11 Bahcesehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 106.

¹⁴ Pekcanitez and others (n 13) 914; Tanriver (n 13) 425.

¹⁵ In Turkish law, it is stated that a separate action for compensation can be filed if the act contrary to TCPC art. 329 also constitutes a tortious act. See Kuru (n 13) 291; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2nd edn, Yetkin 2014) 136. As it is clearly seen, the attorney’s fees to be paid within the scope of this article is not dependent on a breach in terms of the law of obligations. In that case, the consequences of breaching the choice of court agreement in the field of substantive law can be handled independently of TCPC art. 329.

¹⁶ Despite this, it can be argued that the attorney fees and litigation expenses paid in the lawsuit filed in the non-chosen court can be claimed within the scope of TCPC art. 329. In particular, this view can be defended in accordance with the views that strictly accept the legal nature of the choice of court agreement as a procedural law contract.

¹⁷ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

¹⁸ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 28.

¹⁹ *ibid* para 1 and 56.

US company) sent a larger volume of the data into the defendant's (the German company) network in the first few years of the contract, negotiations were held on the free increase in transmission capacity in favor of the plaintiff.²⁰ In 2016, after the negotiations failed, the plaintiff filed a lawsuit in the District Court of Washington requesting additional capacities. The defendant challenged the jurisdiction of the court based on the exclusive choice of court clause in the contract. According to article 14/3 of the contract; "*This agreement shall be subject to the law of the Federal Republic of Germany. Bonn shall be the place of jurisdiction*". The Washington District Court refused to hear the case based on the lack of jurisdiction.²¹ Meanwhile the defendant paid the US\$196,000 attorney's fees and other litigation costs. The District Court did not decide on the litigation costs.²²

Thereupon the US Company sued the defendant in the court in Bonn (*Landgericht Bonn*) with the same claims. In this trial, the defendant filed a counterclaim for the attorney's fee and other litigation costs which were paid in the lawsuit filed in the US as contractual damage. The Court rejected the claimant's request. However, the defendant's counterclaim was accepted.²³ Upon the plaintiff's objection, the higher-level court in Cologne (*Oberlandesgericht Köln*), which examined the case, overturned the decision of the court in Bonn.²⁴ The defendant applied for an appeal against the decision of the higher court in Cologne. Upon appeal, the case was brought before the Federal Court of Germany (*Bundesgerichtshof*). The court found the defendant's counterclaim request acceptable. The case was sent back to the court in Cologne to decide on the amount of compensation.²⁵

B. Legal Grounds

Before beginning to examine the case, the BGH made some observations on merits. Firstly, the court found that there was no contradiction between the decisions of the US court and the district court of Bonn. The US court found lack of jurisdiction regarding the dispute on merits, but even if the court found itself competent and rendered a judgment, the subject matter of this decision would be different from the decision of the district court of Bonn.²⁶ The Bonn decision is about the damages resulting from the lawsuit filed in the US court. The damage here arises from filing a lawsuit in the US court itself.

²⁰ *ibid* para 3.

²¹ *ibid* para 4.

²² At this point we should mention the rules of attorney fees in American law. As a rule, each party should pay its own attorney's fee regardless of whether it is winning or losing party. For more information about this rule see John F Vargo, 'American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, The' (1993) 42 American University Law Review 1567, 1569.

²³ *LG Bonn, Urteil vom 08112017-16 O 41/16* para 96.

²⁴ *OLG Köln, Urteil vom 26022019-3 U 159/17* para 53.

²⁵ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 16.

²⁶ *ibid* para 19.

Secondly, it cannot be clearly understood from the decision, but the BGH accepted that the applicable law to the damages arising from the breach of the choice of court agreement is subject to the applicable law to the main contract between the parties.²⁷ The interpretation of the choice of court agreement is subject to the applicable law to the main contract in order to determine whether the parties agree to settle the disputes exclusively in the chosen court. In addition, which disputes fall within the scope of the choice of court agreement is determined according to this law.²⁸

Thirdly, the BGH observed that failure to file a lawsuit in the exclusively chosen court resulted extra litigation costs for the defendant. Thus, the plaintiff's act can be accepted as a non-observance of contractual obligations within the scope of article 280/1 of the German Civil Code (BGB)²⁹ because the choice of court agreement is accepted as a substantive law contract that regulates procedural relationships.³⁰

III. Evaluation of the German Federal Court Decision within the scope of Turkish Law

A. The Nature of the Choice of Court Agreement

Whether the breach of the choice of court agreement will lead to a contractual compensation liability, is a question that can be answered depending on the determination of the legal nature of the choice of court agreement. If the choice of court agreement is strictly accepted as a procedural law agreement, claiming that its breach gives rise to a compensation liability under the law of obligations is not possible.³¹ In Turkish law, procedural law contracts are defined as the contracts of the parties that have an effect in the field of procedural law.³² Procedural law contracts aim to influence the case and are not considered to be obligatory for the parties in the fields of substantive law.³³ In the research conducted within the scope of this study, it was not found in the doctrine or the judicial decisions that compensation was awarded on the grounds that there was a situation contrary to the obligation in the field of substantive law in the case of a breach of procedural agreements.

The legal nature of the choice of court agreement is a controversial issue in Turkish law. The first approach regarding this issue is classification of the choice of court

²⁷ *ibid* para 21.

²⁸ *ibid* para 34 and 36.

²⁹ *ibid* para 52.

³⁰ *ibid* para 26.

³¹ Ahmed (n 6) 117.

³² Saim Ustundag, *Medeni Yargılama Hukuku* (7th edn, Nesil Matbaacılık 2000) 416–417; Yavuz Alangoya, Kamil Yildirim and Nevhis Deren-Yildirim, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011) 163; Karslı (n 13) 223; Pekcanitez and others (n 13) 437; Evren Koc, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde Trade Bozuklukları* (1st edn, Sumer Kitabevi 2021) 140.

³³ Koc (n 32) 150.

agreement as a procedural law contract, because it is aimed that, with the will of the parties, the drawing up of a contract has an effect in the field of procedural law. According to those scholars, even if the choice of court agreement is classified as a procedural law contract, it is accepted that the agreement also has some substantive law features. For example, it is accepted that the rules of substantive law will be applied by analogy to the matters such as the existence and the validity of the choice of court agreement.³⁴ The second approach regarding this issue is the view that accepts the choice of court agreement as a substantive law contract that has an effect on procedural law. However, there are very few scholars who support this view.³⁵ As a third view, it is argued that the international choice of court agreement has a double-character (both procedural and substantive law). As a justification for this, it is shown that, unlike the domestic choice of court agreement, an international choice of court agreement is not intended to have an effect only in procedural law. While making international choice of court agreements, the parties also aim to have some consequences in terms of substantive law. For example, the directly applicable rules of the chosen state's court may have an impact on the applicable law.³⁶ It should be added that the opinions put forward regarding the legal nature of the choice of court agreement in Turkish law are made mostly in terms of the domestic choice of court agreements.

In the BGH 2019 decision, it was stated that it is legally possible to accept the agreement filing a lawsuit in the chosen court as a contractual obligation.³⁷ The nature of the choice of court agreement does not conflict with it.³⁸ According to the established case law of the German Federal Court, the choice of court agreement is considered a substantive law contract regulating procedural law matters. Under the freedom of the contract, the parties can agree on these supplementary obligations in a contract, and it is not required to be considered a procedural law contract.³⁹ This result doesn't change, even if the choice of court agreement is classified as a

³⁴ Ayfer Uyanik, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 1994) 33; Pekcanitez and others (n 13) 304; Nur Bolayir, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (Beta 2009) 46–47; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018) 148; Gungor (n 5) 253; Kuru (n 13) 196; Ustundag (n 32) 418; Tanrıver (n 13) 442; Arslan and others (n 13) 233; Alangoya, Yildirim and Deren-Yildirim (n 32) 177. Moreover, the Turkish Supreme Court decided that the provisions of the TCO could not be applied to a choice of court agreement regulated among the general conditions in a contract, and that a valid choice of court agreement would be found if it fulfils the conditions in TCPC art. 17-18. (The 19th Civil Chamber of the Supreme Court Case No. 1297/7378 dated 25.04.2016) In this decision it is strictly accepted that the legal nature of the choice of court agreement as a procedural law contract. See also Melis Avşar, *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (On İki Levha 2021) 72. It should be added that the opinions put forward regarding the legal nature of the choice of court agreement in Turkish law are made mostly in terms of domestic choice of court agreements.

³⁵ İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası 1975) 160; Saim Ustundag, 'Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları' (1967) 27 IUHFM 310, 310. (Ustundag did not defend this view in his later published work called Civil Procedure Law.)

³⁶ Avşar (n 34) 78.

³⁷ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 25.

³⁸ *ibid* para 26.

³⁹ *ibid*.

procedural law contract, because the methodological distinction between a procedural law contract and a substantive law contract does not contradict the legal admissibility of establishing such contractual obligations.⁴⁰ Therefore, it is necessary to interpret the will of the parties in order to determine whether the choice of court agreement includes the obligation to file a lawsuit in the chosen court.⁴¹

As can be seen, the BGH accepted the filing of a lawsuit in the chosen court as a substantive law obligation, regardless of the nature of the choice of court agreement. It was accepted that the interpretation of the will of the parties would be taken into consideration while making this determination. In the light of this decision, it can be argued that, regarding to Turkish law: regardless of whether the nature of the choice of court agreement is accepted as a procedural or a substantive law contract, if it is understood from the will of the parties that it is an obligation to file a lawsuit in the chosen court, violation of this obligation may lead to compensation.

The interpretation of the will of the parties will be determined according to the law applicable to the choice of court agreement. Therefore, firstly, the law to be applied to the choice of court agreement will be examined. Later, it will be discussed which rules, within the framework of the determined law, will be interpreted.

B. Applicable Law

The applicable law to the choice of court agreement is divided into two parts. For the conditions and effectiveness of the choice of court agreement, the law of the forum (*lex fori*) will be applied. However, *lex fori* does not necessarily apply to the substantive consequences of the choice of court agreement, such as compensation liability for the breach of the choice of court agreement.⁴² The application of various laws may come to mind as to what conditions should be fulfilled regarding whether the choice of court agreement has been breached or not. These are the laws to be applied to the main contract (*lex causae* of the main contract), the law of the chosen court (*lex fori prorogati*), the law of the court in which the compensation claim is filed (*lex fori*) or the law applicable to the choice of court agreement.⁴³ The law applicable to the choice of court agreement is either the *lex causae* of the main contract or the *lex fori prorogati*. In most cases these two laws are the same.⁴⁴

⁴⁰ *ibid* para 27.

⁴¹ *ibid* para 34.

⁴² Jennifer Antomo, *Schadensersatz Wegen Der Verletzung Einer Internationalen Gerichtsstandsvereinbarung?* (Mohr Siebeck 2017) 382.

⁴³ Felix Ries, *Der Schadensersatzanspruch Wegen Der Missachtung Einer Internationalen Gerichtsstandsvereinbarung* (Duncker&Humblot 2018) 172; Frederick Rielaender, 'Schadensersatz Wegen Klage Vor Einem Aufgrund Gerichtsstandsvereinbarung Unzuständigen Gericht' (2020) 84 *RabelsZ* 548, 581.

⁴⁴ Ries (n 43) 178.

In the BGH 2019 decision, since the choice of law clause in the main contract included the choice of court agreement, it was decided that German law should be applied to the claims regarding the breach of the choice of court agreement. In addition, *lex fori*, *lex fori prorogati* and *lex causae* of the main contract also refer to German law.⁴⁵ Most of the time, *lex fori prorogati* and the *lex cause* of the main contract may be the same law. However, in some cases these laws could point out different laws. For example, an exclusive choice of court and a choice of law agreement has been made in favor of the US courts. When one party files a lawsuit in a non-chosen court, the other party may seek damages for the breach of the choice of court agreement in any court that accepts its jurisdiction. Therefore, if this claim is brought to a US court, then the *lex fori*, the *lex fori prorogati*, the *lex causae* of the main contract and the law applicable to the choice of court agreement will be the same law (US law). However, if a party has a residence in Germany and this lawsuit is filed before the German courts, then the *lex fori* will be a different law. On the other hand, if there is no choice of law clause in the main contract, then the *lex causae* of the main contract may change depending on where the lawsuit is filed.

The BGH 2019 decision did not answer the question of which law should be applied if the *lex causae* of the main contract differs from the *lex fori prorogati*. However, it can be observed that the BGH is closer to the *lex causae* of the main contract as the applicable law to the compensation claims. This shows that the party autonomy is accepted as a key element that determines the law applicable to the breach of choice of court agreements.

In Turkish law, the issue of choosing a foreign state court with a choice of court agreement is regulated in article 47 of the Turkish Private International and Procedural Law Code (PIL).⁴⁶ The choice of the Turkish courts however, with the choice of court agreement is subject to the conditions in articles 17 and 18 of the TCPC. The regulations in articles 17-18 of the TCPC assert that the conditions of the choice of court agreement must be met in order to have an effect in the procedural law. However, there is no regulation regarding applicable law to the effects that the choice of court agreement will have in the field of substantive law, such as the compensation liability of the choice of court agreement in the case of breach, or the validity of the choice of court agreement in the field of substantive law. In Turkish law, various views are put forward regarding the law to be applied to the choice of court agreement. According to one view, the *lex fori* should be applied to the choice of court agreement.⁴⁷ According to another view, it is argued that the *lex fori* can only be applied if the *lex fori* is known or likely to be known by the parties as an

⁴⁵ Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19 (n 10) para 21.

⁴⁶ Act No. 5718 dated 27.11.2007. (RG 04.02.2011/27836)

⁴⁷ Dogan (n 5) 77; Burcu Irge Erdogan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlasmaları* (1st edn, On İki Levha 2021) 56.

applicable law to the choice of court agreement.⁴⁸ From another view, the law of the court (including the conflict of laws rules)⁴⁹ in which the compensation claim is filed (*lex fori*) should be applied and this law will be the law of the state whose court is chosen (*lex fori prorogati*).⁵⁰ Another view is that since it is not possible to apply the *lex fori* directly to the choice of court agreement, the law applicable to the choice of court agreement should apply to the compensation claims. However, since there is no regulation regarding the applicable law in the TCPC, it must be admitted that there is a legal gap in this regard. The judge should fill this gap. This law will be either the *lex causae* of the main contract or the *lex fori prorogati* (as the law that has a closest connection).⁵¹

The rule of party autonomy has been accepted as the general rule that determines the law applicable to the contracts.⁵² Therefore, the *lex causae* of the main contract and the *lex fori prorogati* will be the same when the courts and the law of the same state is chosen. However, if these two choices are different, then the *lex causae* of the main contract and the *lex fori prorogati* will not be the same, and the question of which law should be applied will arise. There is no judicial decision in this regard. In my opinion, it is important to find the law that has the closest connection with the choice of court agreement, and that law is the law of the chosen court (*lex fori prorogati*). Because it is accepted that the choice of court agreement and the main contract are separable contracts.⁵³ Therefore, different laws may have the closest connection to the main contract and the choice of court agreement.

The interpretation of the will of the parties regarding whether they assume to have the obligation to file a lawsuit in the chosen court and the conditions sought for the compensation liability to arise in the case of the breach of the choice of court agreements falls within the scope of the law applicable to the choice of court agreement.

⁴⁸ Fugen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996) 109.

⁴⁹ Here it is suggested that article 24 of the PIL should be applied by analogy. According to the article 24: “*The law explicitly designated by the parties shall govern the contractual obligation relations. The designation which can be concluded without hesitation from the provisions of the contract or is understood from the affairs of the case is also valid. ... If the parties have not explicitly designated any law, the relation arising from the contract will be governed by the most connected law to the contract. This law is accepted to be the law of the habitual residence (at the moment of the conclusion of contract) of the debtor of the characteristic performance; the law of the workplace or (in absence of a workplace) the law of the residence of the above mentioned debtor in case the contract is concluded as a result of commercial and professional activities; in case that the debtor has multiple workplaces, the law of the workplace which is the most tightly related to the contract. Nevertheless, considering the state of all affairs if there is a law more tightly related to the contract, that particular law shall govern.*”

⁵⁰ Demirkol (n 34) 253.

⁵¹ Avsar (n 34) 303.

⁵² Celikel and Erdem (n 5) 384; Nomer (n 5) 323; Tekinalp (n 5) 277; Rona Aybay and Esra Dardagan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Catisması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 250; Sanli, Esen and Ataman Figanmese (n 5) 321; Dogan (n 5) 398; Gungor (n 5) 173.

⁵³ Sargın (n 48) 91; Demirkol (n 34) 46.

C. The Interpretation of the Party Wills

The choice of court agreement, as with all contracts, occurs with the agreement of mutual party wills.⁵⁴ Therefore, the rules for the interpreting party wills will be the same as the general rules for the contracts.

In the BGH 2019 decision, it is stated that regardless of whether the choice of court clause is regulated in the general terms and conditions or provided in a separate agreement, the choice of court agreement will be interpreted according to its objective content and the typical meaning in accordance with the BGB § 157.⁵⁵ The interpretation to be made according to this article will be made in good faith and by taking into account the customary practices.⁵⁶ During interpretation, the wording of the choice of court agreement will be considered firstly. However, an interpretation based only on the wording is not required. The interpretation should be made in accordance with the purpose and the logic of the choice of court agreement. According to the recognized principles of the interpretation, the judge should also take into account the purpose pursued with the choice of court agreement and the interests of the parties, as well as the other accompanying circumstances that may shed some light on the meaning of the party wills.⁵⁷

Within the framework of this rule, the BGH concluded that, even if it was not expressly foreseen that the breach of the choice of court agreement would lead to liability for compensation, the agreement to file a lawsuit in the exclusively chosen court would constitute an obligation under the BGB § 280 by way of interpretation.⁵⁸

In Turkish law, almost the same rules regarding the interpretation of the contracts have been adopted as those accepted in German law. According to article 19 of the TCO, the interpretation of the contract should be based on the real and mutual will of the parties.⁵⁹ So if it is understood from the parties' wills that the choice of court agreement has a full derogation effect regarding the non-chosen courts, even if it is not explicitly accepted by the parties that this will create a debt relationship in the sense of substantive law, the party wills to derogation will result in the conclusion that the breach of the choice of court agreement should be compensated.

In summary while it is a procedural right for the parties to file a lawsuit in the chosen court, this situation also imposes an obligation on the parties to file a lawsuit only

⁵⁴ Sargın (n 48) 48.

⁵⁵ BGB § 157: "Contracts should be interpreted as required in good faith, taking into account traditional practices." <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0466> Date of Access 01 December 2021.

⁵⁶ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 36.

⁵⁷ *ibid* para 50.

⁵⁸ *ibid* para 36.

⁵⁹ M Kemal Oguzman and M Turgut Oz, *Borclar Hukuku Genel Hukimler* (19th edn, Vedat 2021) 203; Fikret Eren, *Borclar Hukuku Genel Hukimler* (25th edn, Yetkin 2020) 526; Ahmet M Kilicoglu, *Borclar Hukuku Genel Hukimler* (25th edn, Turhan 2021) 336; Necip Kocayusufpasaoglu, *Borclar Hukuku Genel Bolun Cilt 1* (7th edn, Filiz 2017) 333–334.

in the chosen court. Issues such as the international jurisdiction of the chosen court and the outcome of the decisions of the non-chosen courts are among the procedural consequences of the choice of court agreement. The obligation arising from the choice of court agreement in the field of substantive law has an effect only between the parties and arises because of the parties' commitment to each other not to file a lawsuit somewhere else rather than the chosen court. There is no harm in saying that such an obligation has been established between the parties within the scope of the principle of the party autonomy, which is accepted in the field of substantive law.⁶⁰

As a result, it can be said that failure to file a lawsuit in the court exclusively chosen court may create a liability for compensation due to the non-performance of obligation under article 112 of the TCO, which basically has a similar function to the BGB article 280.⁶¹

D. Application of the Article 112 of the Turkish Code of Obligations

The conditions of contractual liability arising from the contract are regulated in article 112 of the TCO. These conditions can be grouped under four headings: the breach of an obligation (violation of the contract), the damage, the fault, and the causality.⁶² In the absence of one of these conditions, the liability to pay compensation under article 112 shall not arise. These conditions must be met for the violation of the choice of court agreements to be liable to compensation.

Before examining the conditions sought in this article, it should be mentioned briefly that as a result of the violation of the choice of court agreement, as a rule, only the parties of the choice of court agreement can be the creditor and the debtor. However, in cases where it is possible to extend the choice of court agreement to third parties, the third party may also be in the position of debtor or creditor due to the violation of the choice of court agreement.^{63 64}

1. The Breach of the Contract

The breach of the contract occurs in the case of non-fulfillment or failure to fulfill an obligation at all. Within the framework of the TCO article 112, non-performance of the obligation may occur by the act of performing or by the act of not performing it.⁶⁵

⁶⁰ Avsar (n 34) 298.

⁶¹ According to the BGB § 280, if the debtor violates an obligation arising from the contractual relationship, the claimant can demand compensation for the resulting damage. For more information see Reiner Schulze and others, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10th edn, Nomos 2019) § 280 Rn 1-21.

⁶² Eren (n 59) 1172; Oguzman and Oz (n 59) 407; Kilicoglu (n 59) 817.

⁶³ Ries (n 43) 77.

⁶⁴ For cases where the extension of the choice of court agreement to third parties is accepted in Turkish law, see Avsar (n 34) 287; Irge Erdogan (n 47) 37.

⁶⁵ Eren (n 59) 1173; Oguzman and Oz (n 59) 461; Kilicoglu (n 59) 816.

The choice of court agreement constitutes the obligation of both parties to file a lawsuit in the chosen court and not to file a lawsuit in other non-chosen courts, unless otherwise agreed.⁶⁶ Since this obligation is not foreseen solely for one party, it can be violated by both parties. Even if the legal nature of the choice of court agreement is accepted as a substantive law agreement or a hybrid agreement, it will not be easy to determine the nature of the debt that the choice of court agreement will create in the field of substantive law. It has been argued that the nature of this debt can be accepted as a primary obligation or an ancillary obligation, depending on the characteristics of the concrete case.⁶⁷

In my opinion, only the derogation effect of the choice of court agreement is able to form a substantive law obligation. Because the parties have the right to decide on whether to file a lawsuit when a dispute occurs. Therefore, whether to file or not to file a lawsuit cannot be considered a breach of contract. However, not filing a lawsuit in the non-chosen courts can be considered an obligation of “not to perform” a specific act.⁶⁸ Since the choice of court agreement and the main contract are considered separate contracts,⁶⁹ the obligation of not filing a lawsuit in the non-chosen courts cannot be accepted as an ancillary obligation. Accordingly, the choice of court agreement will create an independent obligation. In the case in question, the plaintiff applied to the German and European authorities to increase the data volume signed in the peering contract between the parties. The plaintiff subsequently filed a lawsuit in a US court because he was told, he would have had a better outcome. It was also found clear to the parties that an agreement on the choice of court can also have substantive law effects.⁷⁰

The breach of choice of court agreement should be examined under a variety of possibilities. Firstly, it can be breached by filing a lawsuit in the non-chosen court. The reason behind such a violation of the choice of court agreement may be the purpose of *forum shopping*. In other words, after the dispute has occurred, the plaintiff can file a lawsuit in the court where he expects he will achieve the most advantageous outcome for himself. However, it is not necessary that such a benefit was intended for the breach to occur. The suit may also be filed in the non-chosen court because the

⁶⁶ If there was an asymmetric choice of court agreement, that is, if the parties were to be given different opportunities in terms of the possibility of applying to the court, it would not be possible to talk about the existence of an equal debt for both parties.

⁶⁷ Ries (n 43) 138.

⁶⁸ Accepting the debt arising from the derogation effect of the choice of court agreement as an obligation of performing or not performing will not make a difference in practice. See Richard Resch, ‘Druckmittel Wider Die Sowie Kompensation Nach Missachtung Internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen Vor Deutschen Gerichten Im Verhältnis Zu Drittstaaten’ [2020] NZG 241, 245.

⁶⁹ This principle called the “severability of the choice of court agreement”, and according to this, invalidity of the main contract does not lead to the invalidity of the choice of court agreement, and the choice of court agreement means that it creates a separate debt, not an ancillary obligation within the scope of the main contract. For further information see Ahmed (n 6) 54.

⁷⁰ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 56.

choice of court agreement is considered to be invalid or the choice of court clause in general conditions is unknown.⁷¹ However, if the will of the parties is not intended to conclude an exclusive choice of court agreement, or if there is a truly invalid choice of court agreement, a breach of choice of court agreement cannot be mentioned.

In the BGH 2019 decision, it was stated that articles 91 and 281 of ZPO⁷² do not have a blocking effect with regard to a substantive claim for compensation.⁷³ If there is no claim for reimbursement under the domestic procedural law of the non-chosen court, a substantive law claim for the reimbursement of costs according to the BGB § 280 can come into effect.⁷⁴ The claimant breached the obligation under the choice of court agreement to file a lawsuit in the exclusively chosen Bonn court by filing a lawsuit before the US court.⁷⁵

The second group in which the breach of the choice of court agreement may occur is in the case of set-off or counteraction. In a lawsuit filed in the non-chosen court, the other party's objection to set-off is not considered a breach unless specifically regulated in the choice of court agreement. However, the counterclaim brought in the non-chosen court should be considered a breach of the choice of court agreement.⁷⁶

The act that violates the choice of court agreement is the filing of a lawsuit in the non-chosen court, the fact that this court considers itself competent does not eliminate the violation. However, whether this court considers itself competent or not will play a role in the calculation of the damage to be incurred, as will be examined in the next chapter.

2. Damages

The parties may claim compensation due to a breach of the contract if they suffer a loss. If the parties have not suffered any damage despite the breach of the contract, no compensation can be claimed.⁷⁷ Anyone who is obliged to pay compensation

⁷¹ Ries (n 43) 140.

⁷² ZPO § 91: "The party that has not prevailed in the dispute is to bear the costs of the legal dispute, in particular any costs incurred by the opponent, to the extent these costs were necessary in order to bring an appropriate action or to appropriately defend against an action brought by others."

ZPO § 281: "If, based on the regulations regarding the local or substantive competence of courts, the court's lack of jurisdiction is to be pronounced, and provided it is possible to determine the competent court, the court before which the action was initially brought is to declare, upon corresponding application being made by the plaintiff, that it is not competent and is to refer the legal dispute to the competent court. Should several courts have jurisdiction, the dispute shall be referred to the court selected by the plaintiff." See <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> Date of Access 01 December 2021.

⁷³ Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19 (n 10) para 43.

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ *ibid* para 52.

⁷⁶ Ries (n 43) 157.

⁷⁷ Oguzman and Oz (n 59) 411; Kilicoglu (n 59) 817–818.

should restore the condition that would have existed if the circumstance that requires compensation had not occurred (positive damage).^{78 79}

The first group of damages that may occur as a result of the breach of the choice of court agreement are the costs to be paid out of court. In this group, the non-chosen court gave a decision of a lack of jurisdiction. Examples of these damages are attorney fees, communicating attorney fees, and travel expenses.⁸⁰ In a lawsuit filed in a non-chosen court, if the defendant has never participated in this lawsuit, that court may gain jurisdiction because he has not filed a plea for jurisdiction in the required time. Therefore, the defendant's participation in an action brought in a non-chosen court may be necessary in overriding that court's jurisdiction.⁸¹ In Turkish law, different from German law,⁸² according to article 71 of the TCPC, it is accepted as a rule that anyone who has the capacity to sue can file a lawsuit and follow their own case. There is no obligation to be represented by an attorney.⁸³ However, it is a common practice for the parties to have themselves represented by attorneys and communicating attorneys in international commercial disputes.⁸⁴ Therefore, in Turkish law, even if there is no obligation to be represented by an attorney in an international commercial dispute, compensation for the damages caused by the defendant's defending himself with an attorney may be demanded. Because it would be contrary to the ordinary course of life to claim that the defendant can defend himself effectively in a legal system that he is unfamiliar with and in a technical and complex dispute. Also in Turkish law, according to article 164 of the Turkish Attorneyship Code (TAC),⁸⁵ the fee to be paid to the attorneys can be at most 25% of the value of the dispute subject to the case. Since this article is related to the attorney's fee to be paid in the cases brought in Turkish courts, it cannot be applied to the calculation of the attorney's fees paid in the cases filed in foreign states like Anglo-Saxon states where it is possible to decide on the higher attorney's fees. It is not possible for this article to find direct application in the calculation of the damage arising from the breach of the choice of court agreement, since the attorney's fees have already been paid, the damage has

⁷⁸ Oguzman and Oz (n 59) 412.

⁷⁹ A similar understanding is accepted in case of breach of the arbitration agreement. With compensation, it is ensured that the injured person is brought to the situation he would have been in if the arbitration agreement not been breached. See Yusuf Caliskan, 'Tahkim Sozlesmesine Aykirlilikten Dolayi Tazminat Talebi', *Milletlerarası Özel Hukukta Guncel Konular Sempozyumu Anadolu Universitesi Eskisehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 328. For example, in some ICC decisions, it has been stated that the cost of the proceedings in the state court where the case was filed will be included in the scope of the damage. For information on these decisions, see *ibid* 331.

⁸⁰ Ries (n 43) 167.

⁸¹ Antomo (n 42) 108.

⁸² ZPO § 78: "The parties to disputes before the regional courts (*Landgerichte, LG*) and the higher regional courts (*Oberlandesgerichte, OLG*) must be represented by an attorney." See <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> Date of Access 01 December 2021.

⁸³ Alangoya, Yildirim and Deren-Yildirim (n 32) 145; Ustundag (n 32) 399; Pekcanitez and others (n 13); Tanriver (n 13) 539; Kuru (n 13) 346; Arslan and others (n 13) 277; Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Filiz 2021) 114.

⁸⁴ Ries (n 43) 168.

⁸⁵ Act No. 1136 dated 19.03.1969. (RG 07.04.1969/13168)

already occurred.⁸⁶ If a very high amount of attorney's fees are paid in the lawsuit filed in the non-chosen state court, the judge may make a reduction in this case as per articles 51 and 52 of the TCO.⁸⁷ For example, the injured party has an obligation not to increase the damage and should take the necessary measures to prevent the damage from increasing.⁸⁸ So, if it is possible to take an anti-suit injunction decision to prevent the lawsuit from being filed in the non-chosen court, not taking this decision may cause the damage to be increased by the fault of the defendant.⁸⁹

In a lawsuit filed in the non-chosen court, only the costs incurred in asserting the lack of jurisdiction will constitute compensable damage, not all the expenses paid to the lawyers.⁹⁰ It can also be said that the difference between the costs of the chosen and non-chosen court should be excluded when calculating the compensation. But it would be hard to calculate and to prove such a difference.⁹¹ Finally, if the lawsuit is filed in the chosen court, and travel expenses are to be made for it, the difference should be deducted in the calculation of the damage.

While calculating the damages, the interest on the money spent by the parties should be added.⁹² Although there are some differences in the calculation of the interest rates in German and Turkish law, it is accepted to pay interest on money debts in regulations of both the BGB and TCO. According to article 88 of the TCO, the annual interest rate to be applied in the interest payment debt, if not agreed in the contract otherwise, is determined according to the provisions of the legislation in force at the date of the interest debt.⁹³

In the 2019 BGH decision, the court found that the damages must be calculated by making the determinations of the local court (Bonn) regarding the plaintiff's objection that if the defendant's precautionary submission of the matter to the US District Court is not necessary for an appropriate legal defense and that the defendant cannot then seek reimbursement of all the attorneys' fees (some fees were made for the defense on the merits). Whether this is the case if determined by US law, as the

⁸⁶ In case the law to be applied to the choice of court agreement is a foreign state law, it may be considered whether the article 164 of TAC can be accepted as a directly applied provisions of Turkish law within the framework of the article 6 of PIL. In my opinion, this can be discussed if there is a conflict regarding the applicable law to the wage contract made with the attorney. The damages suffered due to the breach of the choice of court agreement is considered a material fact.

⁸⁷ TCO art. 51/1: "*The judge determines the scope of the compensation and the form of payment, taking into account the necessity of the situation and especially the gravity of the fault.*"

TCO art. 52: "*If the injured party has consented to the act that caused the damage or has been effective in the emergence or increase of the damage or aggravated the situation of the indemnity obligor, the judge may reduce the compensation or remove it completely. If the indemnity liable, who caused the damage with slight fault, will fall into poverty when he pays the compensation, the judge can reduce the compensation if fairness requires it.*"

⁸⁸ Basak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (1st edn, On İki Levha 2012) 40–41.

⁸⁹ Koji Takahashi, 'Damages for Breach of a Choice of Court Agreement' (2008) 10 Yearbook of Private International Law 57, 86.

⁹⁰ Briggs (n 2) 312.

⁹¹ Ries (n 43) 171.

⁹² Peter Mankowski, 'Ist Eine Vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen Möglich?' (2009) 1 IPRax 23, 29.

⁹³ Eren (n 59) 1098.

legal dispute is conducted in the US and the contract between the defendant and the attorneys assigned for this purpose is subject to US law. It should be clarified whether a lawyer is required under applicable US law to choose the safest way to achieve the goal pursued by the client and it may be therefore necessary to defend -as a precautionary measure- also in the substance of the claims made, notwithstanding the plea of jurisdiction.⁹⁴ In summary, in a case brought before a non-chosen court, as a principle, only the attorney's fee made regarding the plea of jurisdiction can be claimed. However, as a precautionary measure, if the defense on the merits will be the safest way for the client, then the attorney's fee may be requested for the defenses made on the merits. It should not be forgotten that the value of the dispute between the parties is also an important factor in calculating the cost of attorneys, because if the value of the dispute is high, the attorney fees and other costs will be high accordingly.⁹⁵

A second group of damages may also occur when the non-chosen court decides on the merits of the case.⁹⁶ At this point, the defendant should prove that costs have been incurred in relation to the plea of jurisdiction. The defendant cannot claim defense costs incurred on the merits of the case. However, it is difficult to prove which costs were made for what purpose.⁹⁷ In the case filed in the non-chosen court, if the court decides on the merits in favor of the plaintiff, the defendant may suffer a loss regarding the substance of the case. The problematic issue is whether the hypothetical better position the defendant might have had if the case were brought before the chosen court would be compensated. It is very difficult to prove such damage. Firstly, the damage must have occurred. Since a non-chosen court's decision on the merits will have no effect unless it is enforced, this hypothetical damage may be only arisen after the enforcement decision.⁹⁸ However, even if the non-chosen court's decision is enforced,⁹⁹ the compensation for the hypothetical difference between the possible decision of the chosen court would be problematic. The biggest argument against this is that deciding that such compensation would be contrary to the international comity, because if such compensation is awarded, it will interfere with the decision of another state's court (the non-chosen court). As a general rule accepted in international law, "*every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign*

⁹⁴ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 60.

⁹⁵ Jennifer Antomo, 'Zivilprozessrecht: Schadensersatz Wegen Verletzung Einer Gerichtsstandsvereinbarung' (2020) 4 *EuZW* 143, 151.

⁹⁶ Takahashi (n 89) 85.

⁹⁷ *ibid.*

⁹⁸ Antomo (n 42) 522.

⁹⁹ It should be added that one of the conditions sought for the enforcement of foreign court decisions in Turkish law is that the decision was not given by a court that has an excessive jurisdiction. In Turkish law, the jurisdiction of the court chosen by the choice of court agreement is considered exclusive. Therefore, when enforcement is requested in Turkey of a decision taken from a court that was not chosen, this situation constitutes a reason for a refusal to enforce. For further information see Burak Huysal, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 32 *MHB* 71, 91–93.

state”, and all states should act in accordance with this principle as a requirement for international comity.¹⁰⁰

3. Fault

The breach of contract may result in compensation if the breach was committed with fault. According to article 112 of the TCO, unless the debtor proves that no fault can be imposed on, the debtor is obliged to compensate the damage caused by the creditor.¹⁰¹ In both German and Turkish law, it is acceptable to examine whether the debtor can be held liable for non-performance. In article 114 of the TCO, the principle of fault has been accepted as a general rule. The debtor will be deemed liable for any fault in non-performance of the debt.¹⁰² In addition, the burden of proof is on the debtor. The debtor should prove that he is not at fault in avoiding the liability.¹⁰³ In the 2019 BGB decision, it was clearly stated that the plaintiff is liable for the breach of the choice of the court if there is no evidence showing that he is not at fault.¹⁰⁴

The plaintiff also cannot avoid liability by saying that his lawyer suggested filing a lawsuit in the non-chosen court. In the first instance court decision (*LG Bonn*), the court stated that it cannot relieve the plaintiff from the compensation liability that the plaintiff was advised by a lawyer when the lawsuit was filed in the US court. Also, it is not stated that the lawyer was unable to recognize the risk that the court called upon would deny its jurisdiction based on the choice of court agreement.¹⁰⁵ In the 2019 BGH decision, the court accepted the approach taken by the first instance court and found the plaintiff responsible for the actions of his attorneys pursuant to the BGB § 278.¹⁰⁶ According to the BGB § 278, the debtor is responsible for any negligence on the part of his legal representative, and the persons who represent him to perform his obligation, to the same extent as his own negligence.¹⁰⁷ There is a similar rule in article 116 of the TCO, differing from the rule in BGB is that the legal representatives are not explicitly counted as third parties.¹⁰⁸ However, attorneys are not accepted as legal representatives. The relationship between the attorney and the client is based on the proxy. Therefore, there is no difference between the BGB and the TCO in this regard. The approach adopted in the 2019 BGH decision is similarly acceptable in terms of Turkish law.

¹⁰⁰ Ian Brownlie and James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012) 85.

¹⁰¹ Eren (n 59) 1182; Oğuzman and Oz (n 59) 433; Kilicoglu (n 59) 822.

¹⁰² Eren (n 59) 1181; Oğuzman and Oz (n 59) 432; Kilicoglu (n 59) 822.

¹⁰³ Eren (n 59) 1187; Oğuzman and Oz (n 59) 406; Kilicoglu (n 59) 822.

¹⁰⁴ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 53.

¹⁰⁵ *LG Bonn, Urteil vom 08.11.2017-16 O 41/16* (n 23) para 107.

¹⁰⁶ *Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19* (n 10) para 55.

¹⁰⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0838> Date of Access 01 December 2021.

¹⁰⁸ Semih Yunlu, *Yardımcı Kisilerin Fiillerinden Sorumluluk* (1st edn, On İki Levha 2019) 183.

4. Causality

There must be a causal link between the breach of the contract and the damage. If the damage is not due to the breach of the contract but for another reason, the liability for compensation will not arise. The claimant will prove that there is a causal link.¹⁰⁹ It should be accepted that there is a causal link between the breach of the choice of court agreement and the damages such as the litigation costs and attorney fees incurred in the lawsuit filed in the non-chosen court.

E. The Statute of Limitations

According to article 146 of the TCO, every claim is subject to a ten-year statute of limitations unless there is a contrary provision in the law.¹¹⁰ In claims for compensation arising from the breach of the contract, the statute of limitations begins to run from the moment the performance of the principal obligation becomes due. However, in non-performing obligations, due to the nature of the obligation, it is accepted that the statute of limitations begins from the moment the obligation is breached.¹¹¹

The obligation not to file a lawsuit in the non-chosen courts (*derogation*) will be subject to this rule, as it has been accepted as a non-performing obligation in this study. In other words, a ten-year statute of limitations will start to run from the moment of filing a lawsuit in the non-chosen court.

IV. Result

Since the 2000s, it has been accepted in common law that the breach of the international choice of court agreement creates liability for compensation. In civil law, it has been accepted quite recently. The 2019 BGH decision is very important in this regard. However, in Turkish law, there is no case law regarding this matter yet.

In Turkish law, the dominant view regarding the nature of the choice of a court agreement needs to be reconsidered in order for the breach of the choice of court agreement to be able to result in compensation liability. The dominant opinion in Turkish law accepts the nature of the choice of court agreement as a procedural law contract. In the 2019 BGH decision, it has been accepted that regardless of the acceptance of the nature of the choice of court agreement, it should be investigated whether such a liability for compensation arises by interpreting the parties' wills.

¹⁰⁹ Eren (n 59) 1181; Oğuzman and Öz (n 59) 409; Kilicoglu (n 59) 819.

¹¹⁰ Since the statute of limitations in Turkish law is governed by the law applied to the merits of the dispute, the TCO finds an application here. For detailed review, see Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanasimi* (1st edn, Beta 2020) 80.

¹¹¹ Eren (n 59) 1423; Oğuzman and Öz (n 59) 633.

The law chosen by the parties to be applied to the contract should be applied to the interpretation of the choice of court agreement and the conditions that the breach of it creates liability for compensation. In the absence of the choice of the law, the law of the chosen state's court, which is the law that has the closest connection to the choice of court agreement, should be applied. This approach was also adopted in the 2019 BGH decision.

The law to which the choice of court agreement will be governed should be applied to the conditions in which the breach of the choice of court agreement creates liability for compensation. With the 2019 BGH decision, it has been accepted that this is the law chosen by the parties to be applied to the main contract.

In the interpretation of the party wills, the accepted general rules regarding the interpretation of the substantive law contracts find application. The judge should take into account the purpose pursued with the choice of court agreement and the interests of the parties, as well as the other accompanying circumstances that may shed light on the meaning of the parties' will.

In Turkish law, a compensation liability arising in this way will be within the scope of article 112 of the TCO. If the conditions in this article are fulfilled, compensation will be required. Accordingly, firstly a breach must first be found. The breach of the choice of court agreement occurs when a lawsuit is filed in a non-chosen court. Because the parties have the obligation of a non-performing act. The second condition is the occurrence of damage. If the court gives a decision of a lack of jurisdiction in the case filed in the non-chosen court, it will be easier to calculate the damage. However, in a lawsuit filed in a non-chosen court, if the court decided to have the jurisdiction and decided on the merits, it will be more difficult to calculate the damage. Because claiming that the damage has occurred due to the decision of the foreign court, it may be against the international comity rules. Thirdly, the breach should occur through the fault of the debtor. The fact that the lawyer has been advised that the filing of a lawsuit in the non-chosen court does not eliminate the fault. The burden of proof is on the debtor. The last condition is the existence of a causal link between the damage and the breach.

The liability for compensation arising from the breach of the choice of court agreement is subject to the ten-year limitation period under article 146 of the TCO. This period begins to run from the moment of filing a lawsuit in the non-chosen court.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliography/Bibliyografya

- Ahmed M, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study* (1st edn, Hart 2017)
- Akinci Z, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (1st edn, Vedat 2020)
- Alangoya Y, Yildirim K and Deren-Yildirim N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011)
- Álvarez González S, ‘The Spanish Tribunal Supremo Grants Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement’ (2009) 6 IPRax
- Antomo J, *Schadensersatz Wegen Der Verletzung Einer Internationalen Gerichtsstandsvereinbarung?* (Mohr Siebeck 2017)
- , ‘Zivilprozessrecht: Schadensersatz Wegen Verletzung Einer Gerichtsstandsvereinbarung’ (2020) 4 EuZW 143
- Arslan R and others, *Medeni Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021)
- Avşar M, *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (On İki Levha 2021)
- Aybay R and Dardagan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Catisması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru* (1st edn, On İki Levha 2012)
- Bolayir N, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sozlesmeleri* (Beta 2009)
- Born G, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (5th edn, International, Kluwer Law 2016)
- Briggs A, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (1st edn, Oxford University Press 2008)
- Brownlie I and Crawford J, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012)
- Budak AC and Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Filiz 2021)
- Caliskan Y, ‘Tahkim Sozlesmesine Aykırılıktan Dolayı Tazminat Talebi’, *Milletlerarası Özel Hukukta Guncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Eskisehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016)
- Celikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021)
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlasmaları* (Vedat 2018)
- Dogan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020)
- Eksi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (4th edn, Beta 2020)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hukumler* (25th edn, Yetkin 2020)
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanasimi* (1st edn, Beta 2020)

- Gungor G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021)
- Hay P, 'Forum Selection Clauses - Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law' (2021) 35 Emory International Law Review 1
- Huysal B, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizî Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 32 MHB 71
- İrge Erdoğan B, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (1st edn, On İki Levha 2021)
- Karslı A, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler* (1st edn, Kudret Basım 2001)
- Kilicoglu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hukukları* (25th edn, Turhan 2021)
- Koc E, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usulî İşlemlerde İrade Bozuklukları* (1st edn, Sumer Kitabevi 2021)
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1* (7th edn, Filiz 2017)
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1* (Yetkin 2020)
- Mankowski P, 'Ist Eine Vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen Möglich?' (2009) 1 IPRax 23
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23rd edn, Beta 2021)
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hukukları* (19th edn, Vedat 2021)
- Papakçı A, 'Durust Davranma ve Doğruyu Soyleme Yükümlülüğü' (2016) 11 Bahcesehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103
- Pekcanitez H and others, *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017)
- Pekcanitez H, Tas Korkmaz H and Meric N, *Gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (12th edn, On İki Levha 2021)
- Postacıoğlu I, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası 1975)
- Resch R, 'Druckmittel Wider Die Sowie Kompensation Nach Missactung Internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen Vor Deutschen Gerichten Im Verhältnis Zu Drittstaaten' [2020] NZG 241
- Rielaender F, 'Schadensersatz Wegen Klage Vor Einem Aufgrund Gerichtsstandsvereinbarung Unzuständigem Gericht' (2020) 84 RabelsZ 548
- Ries F, *Der Schadensersatzanspruch Wegen Der Missactung Einer Internationalen Gerichtsstandsvereinbarung* (Duncker&Humblot 2018)
- Sanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)
- Sanlı C, Esen E and Ataman Fıganmese İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021)
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996)
- Schulze R and others, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10th edn, Nomos 2019)
- Takahashi K, 'Damages for Breach of a Choice of Court Agreement' (2008) 10 Yearbook of Private International Law 57
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1* (2nd edn, Yetkin 2018)
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020)
- Tham CH, 'Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye' [2004] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 46
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2nd edn, Yetkin 2014)
- Ustundag S, 'Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları' (1967) 27 IUHFM 310

—, *Medeni Yargilama Hukuku* (7th edn, Nesil Matbaacilik 2000)

Uyanik A, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 1994)

Vargo JF, 'American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, The' (1993) 42 *American University Law Review* 1567

Yunlu S, *Yardımcı Kisilerin Fiillerinden Sorumluluk* (1st edn, On İki Levha 2019)

Bundesgerichtshof (BGH) III ZR 42/19

LG Bonn, Urteil vom 08112017-16 O 41/16

OLG Köln, Urteil vom 26022019-3 U 159/17



Anayasa Mahkemesi Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Sınırlandırılabilir mi?

Gaye Baycık* , Erdem Cam** 

Öz

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin (AYM), Sayıştay 3. Dairesi'nin başlattığı somut norm denetimi (itiraz yolu) üzerine 2017 yılında toplu iş sözleşmesi özerkliğiyle ilgili vermiş olduğu karar çerçevesinde "toplu iş sözleşmesi özerkliği", "eşitlik ilkesi" ve "devlet personel rejimi" değerlendirilecektir. Amacımız, söz konusu kararı tartışmaktan ve bir karar incelemesi ortaya koymaktan ziyade, karardan yola çıkarak toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunu incelemektir. Bu kararın ortaya çıkardığı sonuçlardan biri de aynı statüde çalışanların arasında yaratmış olduğu hak ve menfaat farklılığıdır. Bu da bize uzun yıllardır ülkemizde tartışılan, ancak bir türlü hayata geçirilmeyen devlet personel rejimindeki köklü değişikliklerin artık yapılmasının zorunluluk arz ettiğini çarpıcı mahkeme kararı üzerine ortaya koymaktadır. Zira tabiri caizse "yamalı bohça" haline gelmiş olan devlet personel rejimi artık ne devlete ne de kamuda çalışanlara yarar sağlamakta, aksine anılan mahkeme kararında olduğu gibi, birçok Anayasal hakkın dahi ihlal edildiği algısı yaratmakta veya bu hakları ihlal etmektedir. Bu durumun en somut sonucu ise çalışanlar arasında eşitsizliğin oluşması ve dolayısıyla çalışma hayatında huzursuzluk yaratarak çalışma barışının bozulması ve en nihayetinde kamu yararının ve kamu düzeninin ihlal edilmesidir. Çalışma konumuzun çıkışı noktası Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı olmasına rağmen, bu çalışma, özellikle devlet personel rejiminin; toplu iş sözleşmesi özerkliği, serbest toplu pazarlık ve eşitlik ilkesi açısından yarattığı sorunları ortaya koymakta ve Anayasa Mahkemesi'nin, kamu bütçesinin korunması amacıyla denetim ölçütlerini esnekletmesini eleştirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Anayasa'ya Aykırılık, Eşitlik, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, Serbest Toplu Pazarlık, Ölçülülük

May The Constitutional Court Limit Collective Labor Agreement Autonomy

Abstract

This article aims to examine collective labor agreement autonomy, the principle of equality, and state personnel regime pursuant to a decision the Constitutional Court settled in 2017. This decision involved collective labor agreement autonomy. However, in this article is not interested in criticizing the decision but in putting out an in-depth analysis of collective labor agreement autonomy as a Constitutionally covered right. As this decision has presented inequality among state personnel, it has also put forth the need for fundamental change in Turkey's thoroughly minced state personnel regime. As this decision shows, the state personnel regime helps neither the State nor its employees, but instead outputs unconstitutionality. This causes inequality, a breach in labor peace and public interest, and therefore a breach in public order as well. The starting point of this article is this decision of the Constitutional Court. However, this article also puts forward that the state personnel regime causes many problems in areas such as collective labor agreement, voluntary collective labor bargaining, and equality. The decision indicates how the Constitutional Court stretches its own audit principles in order to preserve public income. With this decision, the Constitutional Court first broadened the limitations over the fundamental right of collective labor agreement autonomy and then breached the principle of proportionality.

* **Sorumlu Yazar:** Gaye Baycık (Doç. Dr.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gbaycık@law.ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-1098-6948

** Erdem Cam (Doç. Dr.), Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Ankara, Türkiye. E-posta: erdemcam@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0003-2097-2491

Atf: Baycık G, Cam E, "Anayasa Mahkemesi Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Sınırlandırılabilir mi?" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 383. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0002>



The Court additionally breached the requirements for limiting a fundamental right in a democratic society. This viewpoint of the Court indicates the dilemma found within their charge of protecting public sources while breaching a fundamental right prescribed in the Constitution. This also shows the inequality that exists among state personnel. In this scope, the decision is criticized and this led some changes to the state personnel regime.

Keywords

Unconstitutionality, Equality, Collective Labor Agreement Autonomy, Voluntary Collective Labor Bargaining, Proportionality

Extended Summary

In 2017, the Turkish Constitutional Court settled a decision involving collective labor agreement autonomy. Due to the splintered nature of the state personnel regime, many different rules apply to some that do not apply to others. According to the law ruling on the rights of the personnel of the *Mesleki Yeterlilik Kurumu* [Professional Competency Board], increasing these personnel's wages beyond that of personnel in the Ministry of Labor and Social Security is forbidden. However, due to autonomy of collective labor agreement being prescribed in Article 53 of the Turkish Constitution, social parties are entitled to conclude the improvement of wages on their own. The problem of nuisance value was brought to Court of Accounts due to the wages being paid as concluded in the Collective Labor Agreement. The authorities from the Professional Competency Board upheld the principle and constitutional right of autonomy of collective labor agreement and brought the problem before the Constitutional Court to determine if social parties have the right to breach a provision in a code under the pretext of the autonomy of collective labor agreement. The Supreme Court decided with a majority vote to limit this autonomy! The Court implemented the same principles, but concluded with a distractive solution in which social parties may not increase wages that are limited by a code and found this not to go against either Article 53 or 51 in the Constitution.

The current article examines and critiques each principle of constitutionality, because limiting the autonomy of collective labor agreement is not permitted, even by codes. The Supreme Court appears to be trying to preserve public income, while stretching its own audit principles. This article first explains the right to collective labor agreement and autonomy of collective labor bargaining, because while the Constitution does not prescribe autonomy of collective labor agreement, Article 53 accepted its doctrine by giving social parties the right to conclude collective labor agreement and according them the right to autonomy of collective labor agreement. The decision this article has made its subject concerns when the Supreme Court first broadened the limitations on the right to collective labor agreement as prescribed in Article 53. Article 51 entitles citizens to establish and join a union, albeit with some limitations such as maintaining public order. Article 53, however, has no limitations.

The Court stated in its decision that the limitations prescribed in Article 51 may be accepted as limitations on the right to conclude collective labor agreement and therefore on the right to autonomy itself. The current article must first criticize this broadened commentary due to the comment regarding the ruling on limiting fundamental rights. In addition, the Court also lowered the requirements for limiting fundamental rights in a democratic society. The Court stated that protecting public income and sources is important, that lawmakers as a result have the right to limit the autonomy of collective labor agreement in order to protect public resources, and that this is an acceptable requirement in a democratic society. Protecting public resources by only limiting the wages of one group of state personnel must be stated as being unnecessary in a democratic society while so many other more effective ways exist to protect it. Therefore, this limitation in code is not proportional to the aim because lawmakers have no right to limit the autonomy of collective labor agreement as prescribed in the Constitution in order to preserve public resources while so many more effective and legal ways can be found to do this than limiting the wages of a single group. This is why this article decided to examine this issue in order to criticize and analyze the Constitutional Court's audit principles as well as the constitutionality of the right of voluntary collective bargaining and, as a result, autonomy. However, the problem is not caused by the Constitutional Court but the state personnel regime that rules over personnel in various groups. Therefore, changing the entire state personnel regime would be really extreme in order to prevent unconstitutionality and inequality and to provide labor, peace and public order.

I. Toplu İş Sözleşmesi Hakkı ve Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği

Türkiye'nin de imzaladığı ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin 4. maddesinde düzenlenen, serbest ve ihtiyari toplu pazarlık hakkının sağlanması, “*Çalışma şartlarını kolektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır*” hükmüyle imzacı devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir.

Bunun gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin 2007 tarihli Karaçay kararından¹ itibaren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince çok daha geniş yorumlandığı, 2008 tarihli Demir ve Baykara kararıyla bu içtihat değişikliğini tüm Avrupa'ya empoze edecek nitelikte genişlettiği bilinmektedir. Anılan kararlardan sonra, AİHM, sözleşmenin yaşayan belge olduğunu, buna göre, diğer tüm maddeler gibi 11. maddede düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün, sadece örgütlenme değil; aynı zamanda serbest toplu pazarlık, toplu sözleşme, toplum eylem dahil grev hakkını da kapsadığını, sözleşmenin yorumlanmasında demokratik toplumlardaki değerlerin dikkate alınması gerektiğini, dolayısıyla yıllar önce bir hakkın içeriğini belirleyen değerler geliştikçe, bu gelişmenin takip edilerek, sözleşmede düzenlenen hakların içeriklerinin buna göre yeniden belirlenmesi gerektiğini, bunun yapılmasında Avrupa Sosyal Şartının, Genişletilmiş Avrupa Sosyal Şartının ve Avrupa Temel Haklar Şartının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu içtihat değişikliğiyle, tüm Avrupa Devletleri ve imzacı ülkeler, sendika özgürlüğünün, serbest toplu pazarlık, toplu sözleşme, toplu eylem dahil grev hakkını da kapsadığını kabul etmek zorunda kalmıştır².

Nitekim çalışma konumuza ışık tutan 2017 tarihli AYM kararında da, bu hususa açıkça yer verilmiş ve toplu sözleşme özerkliğine getirilen kanun düzeyindeki sınırlamanın, Anayasa'ya uygunluğu, Anayasa'nın 51/2. fıkrasındaki sınırlamalarla birlikte ele alınmıştır. Mahkeme kararı, oyçokluğu ile verilmiş; karara yazılan üç karşıoyda³ da, bu hususa karşı çıkılmamış; hatta bir karşıoy yazısında, Anayasa'nın 51/2. fıkrasındaki kısıtlama sebeplerinin, toplu sözleşme hakkı bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir⁴. Aşağıda bu husus üzerinde durulacak olup, burada, söz konusu görüşe katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz.

ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uygun olarak, Anayasası'nın 53. maddesinde “*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma*

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6615/03, 27.03.2007

² Gülsevil Alpagut, ‘Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bir Bakış’ (2010) 24(16) Çimento İşveren Dergisi, 8, 16 vd.

³ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, Engin Yıldırım, Rıdvan Güleç ve Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşıoy Görüşleri.

⁴ “... toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. Maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir” ifadesine yer verilmiştir.

şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir” hükmü yer almakta olup, 54. maddesinde ise; *“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir...”* hükümlerine yer verilmiştir. Bu bağlamda işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmesi, *“serbest toplu pazarlık”* sonucunda bağitlanır.

Toplu pazarlık süreci, çalışma ilişkilerinde sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal taraflar arasında olası muhtemel uyuşmazlıkların ve çatışmaların çözülmesini de içeren bir kural koyma süreci ve aracıdır. Bu sürecinin işletilebilmesi ve nihayetinde bir anlaşma sağlanarak toplu iş sözleşmesi imzalanabilmesi, uyuşmazlık olması halinde grev yoluna gidilebilmesi ya da tahkimin devreye girebilmesinin bazı ön şartları vardır. Bu ön şartlardan biri; baskı gruplarının olduğu, lobi faaliyetlerinin yapılabildiği ve çoğulcu karar alma sisteminin varlığına izin veren demokratik bir siyasi mekanizmanın var olmasının gerekliliğidir. Bu; gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Böyle bir siyasi sistemin varlığına ek olarak karşılıklı etkileşime girebilecek çeşitli çıkar gruplarının varlığını koruma altına alan bir yasal çerçevenin de hazırlanmış olması bir ön koşuldur⁵. 1982 Anayasası'nın 53. maddesi bu yasal çerçeveyi ortaya koymuştur.⁶ Anayasa'da yer alan bu hükme istinaden, toplu iş ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin süreç, 6356 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Sendikalar Kanunu çerçevesinde yürütülmektedir.

6356 Sayılı Kanun özel ya da kamu sektöründe sendika üyesi işçilerin, ekonomik ve sosyal haklarına ilişkin toplu iş sözleşmesi yapabilmeleri hakkındaki hususları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu kanuna göre toplu iş sözleşmesi; *“İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi”* ifade eder⁷. Keza, 4857 sayılı İş Kanununa tabi çalışan işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal hakları, eğer sendikalı iseler ve üyesi oldukları sendika da toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisine sahip ise, iş sözleşmelerinin nasıl yapılacağına ilişkin bağitlanan toplu iş sözleşmeleri aracılığı ile belirlenir. Bu düzenlemeye göre sendikaların temsil ettikleri işçilerin ekonomik ve sosyal haklarını iyileştirmek amacıyla işveren ya da işveren sendikası ile pazarlık yapma hakları bulunmaktadır. İşçilerin hakları bu pazarlık sonucunda bir anlaşma sağlanması halinde imzalanacak toplu iş sözleşmesi ile belirlenir. İmzalanan toplu iş sözleşmesi hükümleri ise kanun hükmündedir.

⁵ Syed M. A. Hameed, (1970) 'A Theory of Collective Bargaining' (1970) 25(3) Relations Industrielles / Industrial Relations, 531, 538.

⁶ Nizamettin Aktay, *Toplu İş Sözleşmesi* (2000) 14.

⁷ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul tarihi: 18.10.2012, RG: 7.11.2012/28460.

Toplu iş sözleşmesinin “kanun hükmünde” olması, onun “özerk” niteliğe sahip olmasının sonucudur⁸. Zira bu özerklik alanı, taraflara kanun hükmünde hukuki sonuç doğuracak kararlar alma yetkisini vermiştir⁹. Şöyle ki; bir özerklikten bahsedilemeyecek ise, toplu iş sözleşmesi yapmanın da bir anlamı bulunmamaktadır. Özveri bu durumu şu şekilde açıklamıştır; “*Bireysel iş sözleşmelerinden farklı olarak, toplu iş sözleşmeleriyle tarafların objektif nitelikte kurallar koyabilme erkine sahip kılınmasında, işçi tarafının sendika ve grev haklarıyla donanması ile muhataplarıyla eşit güce eriştiği, bu güç sayesinde normatif kurallar koyarak çalışma yaşamını belirleyebilecek rüste ermiş olduğu varsayılmaktadır*”¹⁰.

Toplu sözleşme özerkliği sayesinde işçi ve işveren sendikalarına kendi kendine yönetim hakkı tanınmış, siyasi demokrasi yanında iktisadi bir demokrasi aracı yaratılarak sendikalara önemli bir güç sağlanmıştır¹¹. Bu sayede taraflar çalışma ilişkilerinde önemli bir esneklik, yetki ikamesi, kendi kaderini tayin ve sosyal diyalog mekanizmasına sahip olmuştur¹². Her ne kadar 1982 T.C. Anayasası’nda “*toplu iş sözleşmesi özerkliği*” bir ifade olarak yer almamış olsa da, öğretilerde Anayasa’nın toplu iş sözleşmesi özerkliğini tanıdığı yönünde görüş birliği mevcuttur.¹³ Öğretilerde bunun kabul edilmiş olması Anayasal yargı açısından geçerli olmayabilir ancak bilimsel açıdan doğru olduğu sonucuna rahatlıkla ulaşabiliriz.

Bu çerçevede toplu iş sözleşmesi özerkliği, tarafların sözleşmeyi imzalayanlar dışındaki üçüncü kişiler üzerinde de hak ve borç doğurucu konularla ilgili olarak kanun koyucu gibi sözleşme şartlarını belirleme yetkisini sağlar¹⁴. Gerçekten de bu konudaki görüşlerin ortak noktasında; “*toplu iş sözleşmesi gücü esasen objektif bir hukuk yaratma gücü olarak apayrı bir konumda kabul edilmiştir*”¹⁵. Bu çerçevede taraflar devlet müdahalesi olmaksızın çalışma şartlarını belirleme yetkisine sahip olurlar. Bu çerçevede toplu iş sözleşmesi mekanizması bir kendi kendine yardım

⁸ Devrim Ulucan, ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği’ (İstanbul Teknik Üniversitesi 1981) 41 vd. Ayrıca bakınız: Devrim Ulucan, ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu’ (2014) 20(1) Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 581, 582 vd. Ayrıca bakınız: Süleyman Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti* (2016, Beta Yayınevi) 56 vd.

⁹ Aydın Başbuğ, *İş ve Hukuk Çalışanların Hak ve Sorunları* (Binyıl 2015) 252.

¹⁰ Murat Özveri, *Ekonomik Kriz Koşullarında Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği “Uyarlama Sorunu”* (Türk Harp İş Sendikası 1999) 22.

¹¹ Nuri Çelik, ‘Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar’ (2011) (4) Çalışma ve Toplum 11, 13.

¹² Niklas Bruun (2002) ‘The Autonomy of Collective Agreement’ Report to the VII European Regional Congress of the International Society for Labour Law and Social Security (2002) 37; ‘Collective Bargaining Systems in Six Latin American Countries: Degrees of Autonomy and Decentralization (Argentina, Brazil, Chile, Mexico, Peru, and Uruguay)’, Working Paper, No. 399, Inter-American Development Bank, Office of the Chief Economist, (1999) 9.

¹³ Can Tuncay ve Şebnem Kılıç ‘Kamu Otoritesinin Toplu Pazarlık Sürecine Müdahalesi’ (2016) 74(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; İbrahim Subaşı, ‘6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi’ (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan 595, 603; Çelik (n 11) 17; Aktay (n 6) 14.

¹⁴ Başbuğ (n 9) 252; Baki Oğuz Mülayim ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği’ (2018) 13(147) Terazi Hukuk Dergisi 24, 24-25.

¹⁵ Melda Sur, *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil* (D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1991) 35.

mekanizmasıdır¹⁶. Bununla birlikte bu özerklik sayesinde işçiler temsil edildikleri sendikaları aracılığıyla çalışma şartlarına ilişkin düzenleme yaparken işveren ile eşit bir güçte tartışabilme imkânını elde etmişlerdir.¹⁷ Sendikaların bu haklarını kullanırken, temsil ettikleri topluluğun yararına bir tavır sergileyebilmeleri onların pazarlık etme güçleri ile doğru orantılıdır. Pazarlık gücü düşük olan sendikalar temsil ettikleri kitlenin lehine bir toplu iş sözleşmesi imzalamazlar ise bu durumda onlara tanınmış bu özerklik hakkı işlemeze hale gelir. Böyle bir durum meydana geldiğinde yargı bu özerklik alanına karışmak zorunda kalır ve sonuç olarak anayasal hak ortadan kalkmış olur.¹⁸

Toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkesi çerçevesinde taraflar sınırsız bir yetki kullanabilirler mi? Yani arzu ettikleri her konuyu bu özerklik sınırları içerisinde düzenleyebilirler mi? Taraflar böyle bir düzenleme yapma imkânına sahip değillerdir. Tarafların her ne kadar toplu iş sözleşmeleri ile işçiler lehine serbestçe düzenlemeler yapabileceği mümkün olsa da, bu hak sınırlandırılmıştır. Toplu iş sözleşmesinin içeriği işçi ve işverenlerin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile çalışma şartlarının düzenlenmesi ile sınırlıdır.

II. Anayasa Mahkemesi'nin Denetimine Konu Edilen Uyuşmazlık

Somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilen husus, Sayıştay'ın Mesleki Yeterlilik Kurumunu (MYK) denetlemesi esnasında, görevli denetçinin, toplu iş sözleşmesi sebebiyle kamu zararı oluştuğuna ilişkin hazırlanmış olduğu rapora istinaden meydana gelmiştir. Raporda özetle; MYK çalışanlarının mali haklarının, Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanununda yer alan kısıtlamalara tabi olduğu; ancak MYK'nın personele yapılan ödemeleri personelin üyesi olduğu sendika ile Kamu-İş arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümleri doğrultusunda hesaplayarak ödediği, teşkilat kanununun getirmiş olduğu ücret sınırlaması ile toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücret rakamı arasında fark ortaya çıktığı ve bu farkın kamu zararı oluşturduğu kanaatine varılmıştır.

Denetim raporunda özetle; MYK personelinin mali haklarının 5554 sayılı yasanın Malî Haklar başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasında aşağıdaki şekilde düzenlendiği; *“Başkan, yönetici personel ve diğer personelin ücret, malî ve sosyal hakları; bakanlık genel müdürüne yapılan ödemeleri aşmamak kaydıyla, Yönetim Kurulunun kararı ve Genel Kurulunun onayı ile belirlenir”* ve bu düzenlemeye ek olarak mali hakların; *“6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesiyle değişen 375 sayılı KHK'nın ek 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan; Mesleki Yeterlilik*

¹⁶ Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Turhan 2020) 272.

¹⁷ Aktay (n 6) 14.

¹⁸ Murat Engin, '6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi' (2013) (4) Çalışma ve Toplum 143, 153.

Kurumu kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan genel müdür, genel sekreter, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcısı unvanlı personel ile uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün aynı ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; genel müdür ve genel sekreterler için bakanlık genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcıları için bakanlık genel müdür yardımcısı, uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarım geçemez” hükümlerine göre tespit edildiği; ancak MYK personeline bu hükümlere aykırı bir şekilde toplu iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde bazı ilave ödemelerin yapılmış olduğu ve bu ödemelerin de kamu zararı yarattığı ifade edilmiştir. Denetçi, raporunda MYK’nın fazla ödeme yapmış olmasını önceki satırlarda ifade edilen yasal düzenlemelerin getirmiş olduğu sınırlamalara dayandırmıştır.

MYK’nın, Sayıştay Başkanlığı’nın 3. Dairesi nezdinde yapmış olduğu savunmasında takip eden satırlardaki gerekçelere dayalı olarak yapılan ödemelerin yasalara aykırı olmadığı “MYK’da çalışan personel 4587 sayılı İş Kanununa tabi sözleşmeli statüde çalışmaktadır. Bu kanuna tabi personelin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri çerçevesinde sendika kurma ve toplu iş sözleşmesi yapma hakları bulunmaktadır. MYK personeli, işçi statüsünde çalışıyor olmalarından dolayı 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanunun kapsamında bulunmaktadır. MYK personelinin üye olduğu işçi sendikası ile Kamu-İş arasında yapılan toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin bağitlanamadığı, bunun üzerine sendikanın grev kararı aldığı, grev kararının ertelenmesini müteakip konunun Yüksek Hakem Kuruluna (YHK) intikal ettiği ve yapılamayan toplu iş sözleşmesinin YHK aracılığıyla bağitlandığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede MYK tarafından yapılan tüm ödemeler, YHK tarafından belirlenen Toplu İş Sözleşmesi maddelerine istinaden yapılmıştır. YHK kararları, Anayasa ve 6356 sayılı yasa gereğince kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesinin tarafları bağlayıcı bir niteliği vardır. MYK personelinin 4857 sayılı İş Kanununa tabi olması dolayısıyla, bu kanunun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca toplu iş sözleşmesinden doğan ücret ödemelerini süresi içerisinde kasten ödemeyen veya eksik ödeyen işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye her işçi ve her ay için idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 5554 sayılı MYK Teşkilat Kanunu ile 375 sayılı KHK’nın ek 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen mali ve sosyal haklara ilişkin sınırlamaların toplu iş sözleşmesi çerçevesinde belirlenen ödemeler için uygulanamayacağı ifade

edilmiştir. Tüm bu gerekçelere ek olarak, Sayıştay Temyiz Kurulunca 2016 yılında yapılan inceleme neticesinde; Anayasanın 54 üncü ve 6356 sayılı Kanunun 51 inci maddeleri çerçevesinde kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olan 09.09.2013 tarihli ve E:2013/118, K:2013/156 sayılı YHK Kararının uygulanması nedeniyle ilgililere sorumluluk yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Sayıştay Temyiz Kurulunun bazı kararlarında; kanunlarla çalışma şartları konusunda getirilen hükümlerin mutlak değil nispi emredici hukuk kuralları olduğu, hizmet sözleşmeleri ve özellikle de toplu iş sözleşmeleriyle kanun hükmüne nazaran daha çok işçi lehine hükümler getirilmesi halinde kanun hükmü yerine toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin uygulanması gerektiği, söz konusu durumda toplu iş sözleşmesindeki ilgili hükümlerin kanunlara aykırılığında söz edilemeyeceği ve esasen Anayasanın 53 üncü maddesinde kaynağını bulan toplu iş sözleşmesi özerkliği ya da toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapabilme yetkisi denilen kavramların işlevi ve içeriğinin de bu olduğu hususlarına değinildiği, ayrıca, 375 sayılı KHK'nın bahsi geçen maddesinin Anayasanın 10, 49, 53, 54 ve 55 inci maddelerine aykırılık teşkil ettiği şeklinde ifadelere yer verildiği bildirilmiştir”¹⁹ diye ifade edilmiştir.

Gerek denetçinin iddiaları gerek MYK'nın yapmış olduğu savunma sonucunda konu Sayıştay'ın 3. Dairesinde görüşülmüş ve yapılan inceleme sonucunda denetçinin iddiasını temellendirdiği bazı kanun maddeleri ve düzenlemeler ile MYK kuruluş kanunundaki personele ilişkin hükümleri içeren maddeler ile 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan maddenin uyumsuzluk içinde olduğu tespit edilmiştir. Sayıştay tarafından 5554 sayılı MYK Kuruluş Kanununun 25. maddesinin 1. ile 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki hükmün²⁰ -Mesleki Yeterlilik Kurumu açısından- Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için somut norm denetimine başvurulmuştur²¹.

III. Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi (AYM) vermiş olduğu kararda; MYK'da çalışan personelin işçi statüsünde olduğunu, sendika üyesi olabilme ve grev hakkına sahip olduğunu, bir uyuşmazlık olması halinde bunun greve gidilmeden ya da grev kararının iptal edilmesi durumunda YHK kararıyla belirleneceğini kabul etmekle birlikte, çeşitli gerekçelerle iptali istenen hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. AYM vermiş olduğu bu kararı çeşitli gerekçelere dayandırmış ve bu şekilde MYK personelinin ücretleri üzerinde kanuni bazı sınırlayıcı hükümler olması dolayısıyla onların ücretlerinin toplu iş sözleşmesiyle değil, yasayla belirlenmiş olmasının

¹⁹ Sayıştay 299, 29.11.2016.

²⁰ Sayıştay, 5544 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrası ile 375 sayılı KHK'nın ek 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki hükmün (Mesleki Yeterlilik Kurumu açısından) iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ilgili dairenin oybirliği ile karar vermiştir.

²¹ Sayıştay 299, 29.11.2016

Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karara üç üye karşı oy gerekçesi kaleme alarak katılmamıştır²².

Kararın gerekçesinde AYM, MYK personelinin sendika üyesi olma hakkının olduğunu ve bu bağlamda toplu iş sözleşmesi yapabileceğini ifade etmekle birlikte Anayasanın 51. maddesinin 2. fıkrasında sendikal hakkın sınırlama nedenlerinin ifade edildiğini, her ne kadar Anayasa'nın 53. maddesinde toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla belirleneceğini ve bu hakkın sınırlarına ilişkin bir belirleme yapılmamış olsa da, toplu iş sözleşme hakkının sendikal hakkın bir unsuru olması dolayısıyla Anayasa'da sendikal haklara ilişkin getirilen sınırlamaların toplu iş sözleşmesi yapma açısından da geçerli olacağı sonucuna ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, bu kabulde yola çıkmış ve sendika hakkını sınırlama sebepleri olarak öngörülen; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenleriyle toplu iş sözleşmesi hakkının da sınırlanabileceğini açıkça ifade etmiştir²³.

Bu nedenle AYM, iptal edilmesi istenen yasa maddelerinin kamusal harcamaları sınırlamak, bütçe disiplini korumak ve bu vesileyle kamu yararını sağlamak ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacına hizmet ettiği gerekçelerine dayanarak suretiyle, kanunun emredici hükümleriyle işçi ücretlerine üst sınır getirilmesinin toplu iş sözleşmesi, dolayısıyla toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ihlali niteliğinde olmadığı sonucuna varmıştır. Bunu, kanun koyucunun yapılacak personel ödemelerine ilişkin üst sınırı belirlerken hizmetin niteliği ve niceliğinin yanı sıra ülkenin sahip olduğu ekonomik ve mali kaynakları gözetenek belirlemesinin takdir yetkisi içinde olduğuna dayandırmıştır²⁴.

AYM başvurunun reddi gerekçesinin devamında Anayasanın 13. maddesinde yer alan; temel hak ve hürriyetlerin özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi kavramlarının bir bütünün parçaları olduğunu, bunların demokratik bir hukuk devletindeki özgürlükler rejiminin ana ilkeleri olduğunu ifade etmekle birlikte, toplu iş sözleşmesi veya grev sonucunda elde edilebilecek ücret, mali ve sosyal haklar açısından bir ölçü ve denge gözetilerek üst sınırların belirlenmiş olmasının, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını ortadan kaldırmadığını ve onları kullanılmayacak düzeyde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilmeyeceğini ifade etmiştir.²⁵ Yine devam eden gerekçelerde kanunun getirmiş olduğu üst sınırlar aşılmamak şartı ile MYK personelinin toplu iş sözleşmesiyle ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının belirlenebileceği ifade edilmiş ve çalışanların toplu iş sözleşmesi

²² (n 4)

²³ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 21 numaralı bent.

²⁴ ibid 25 numaralı bent.

²⁵ ibid 33 numaralı bent.

yapma hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu ve çalışanlara aşırı bir külfet getirmediği belirtilmiştir.²⁶ Ayrıca böyle bir kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık taşımadığının açık olduğu da ifade edilmiştir.²⁷

IV. Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Somut norm denetiminde, AYM, Anayasa'ya aykırılık gerekçeleriyle bağlıdır. Bunun yanında, somut norm denetiminde ve bireysel hak ihlali başvurularında, Anayasa Mahkemesinin ölçütleri benzerlik gösterir. Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen bu ölçütlere göre, Anayasal bir hak, ancak kanunla ve Anayasa'da belirtilen sebeplerle kısıtlanabilir. Bu kısıtlamanın, Anayasa'ya aykırı olmaması için, ayrıca demokratik toplum gereklerine hizmet etmesi ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir²⁸.

Anayasa Mahkemesi, kısıtlamanın “kanun” ile getirilmesini, hem şekli hem de maddi olarak değerlendirmekte; dolayısıyla kısıtlamanın hem yasama organınca getirilmesini hem de kanunilik ilkesine uygun olarak; “ulaşılabilir” ve “öngörülebilir” olmasını gerekli görmekte; bu şekilde AİHM'nin içtihadına yaklaşmaktadır²⁹. Bu denetimden sonra Yüksek Mahkeme, meşru amaç incelemesi yapmakta; Anayasal hakkın, ilgili Anayasa maddesindeki kısıtlama sebeplerine ulaşmak için sınırlandırılabilirliği kuralından hareket etmektedir. Meşru amacı bulunan kısıtlamanın ise ayrıca demokratik toplum gerekleri ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmekte; Anayasa'ya aykırılık sorunu bu süreç sonunda karara bağlanmaktadır³⁰. Bu ilkeler ışığında, aşağıda, AYM'nin anılan kararının değerlendirmesi yapılmıştır.

a. Meşru Amaç Denetimi Açısından Kararın Değerlendirilmesi

AYM, söz konusu kararında, toplu iş sözleşmesi özerkliğini de kapsayan toplu iş sözleşmesi hakkının, Anayasa'nın 51/2. fıkrasındaki “Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir” gerekçeleriyle kısıtlanabileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin bu kabulünün temelinde, yukarıda açıkladığımız üzere, AİHM'nin

²⁶ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 35 numaralı bent.

²⁷ ibid 34 numaralı bent.

²⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Yetkin 2019) 113 vd; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2020) 495.

²⁹ Tolga Şirin ‘Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi’, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması Toplantısı*, (Onikilevha 2017) 69-72. AİHM, “kanun” ile sınırlamayı, “law” terimiyle ifade ettiğinden, “kanunilik” kriterlerine uyan bir idari düzenleyici işlem ve hatta uluslararası anlaşma dahi kısıtlayıcı metin olarak kabul edilirken, AYM sadece yasama organı tarafından çıkarılan düzenlemelerle anayasal bir hakkın kısıtlanabileceğini kabul etmekte, ancak bunu da sadece şeklen değil, esasen de şart koşmakta; öngörülebilir ve ulaşılabilir olma özelliklerini de ayrıca zorunlu tutmaktadır, ayrıca bkz. Sibel Inceoğlu (2013) ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’ *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Beta 2013) 28 vd.

³⁰ Özbudun (n 27) 113 vd. Gören (n 27) 495.

örgütlenme hakkı kapsamında serbest ve ihtiyari toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi yapma haklarının da bulunduğu yönelttiği içtihatı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'ya aykırılık ve bireysel hak ihlali denetimlerinde meşru amaç incelemesi, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, “*yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak*” ifadesiyle açıkça düzenlendiği üzere, sadece hakkın düzenlendiği maddede belirtilen sebeplere göre yapılmalıdır. Bir Anayasal hakkın kısıtlanma sebeplerinin bu şekilde ilgili maddeye hasredilmesi durumunda, genişletici yorum değil, aksine daraltıcı yorum yapılması gerektiği aşikardır. Zira, hukuk sistemlerinin temeli olan “*istisnalar dar yorumlanır*” kuralı, Anayasal hakkın kısıtlanmasında da uygulanmalıdır. Bu kuralın, Anayasal düzeyde korunan haklar bakımından uygulanmaması ve tam aksine genişletici yorum yapılması, Anayasa Mahkemesi'nin sağladığı güvenceyi zedeleyici nitelik taşımaktadır. Daraltıcı yorum kuralının da ötesinde, genişletici yorum yapmak, aynı zamanda bizzat Anayasa'nın 13. maddesindeki “*yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak*” düzenlemesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nden beklenen, Anayasal hakkın korunmasında, meşru amaç değerlendirmesinde, sadece ilgili Anayasa hükmündeki kısıtlama sebeplerini dikkate alması ve o hakla ilgili dahi olsa, diğer maddelerdeki kısıtlama sebeplerine dayalı olarak karara varmamasıdır.

Bu nedenlerle, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle, meşru amaç denetiminde hukuka aykırı yorum yapılarak sonuca varıldığı kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme, bu yöndeki yorumunu, sadece sendikal haklar ve toplu sözleşme hakkı bakımından da yapmamakta, diğer temel haklarda ve bireysel hak ihlali başvurularında da gündeme getirmektedir. Nitekim, öğretilerde, *Şirin* de bu hususa dikkat çekmekte ve eleştirmektedir. *Şirin*, “*AYM, ... meşru amaç belirlemede Anayasa metni esas alır görünmektedir. Fakat bu belirlemede, özellikle ifade özgürlüğünün farklı maddelere dağılmış özel görünümündeki kademelenmenin nedenlerine dayanıldığı gözlemlenmektedir. Oysa bir ifadenin Anayasa'daki 'bilim sanat hürriyeti' veya 'basın hürriyeti' kapsamında olduğu hallerde, sadece bu maddedeki sınırlama nedenleri yönünden değerlendirme yapılması gerekir, fakat bunun yapılmadığı gözlemlenmektedir*” diyerek, bu bakış açısının yarattığı sorunları da dört ana başlık altında açıklamaktadır³¹.

Hem istisnaların dar yorumlanması gereği, hem Anayasa'nın 13. maddesinin açık ve emredici düzenlemesi karşısında, toplu iş sözleşmesi hakkı ve bunun zorunlu bir unsuru olan toplu sözleşme özerkliğinin kısıtlanabilmesi için, Anayasa'nın 53. maddesinde sebep gösterilmiş olması gerektiği kanaatindeyiz³². Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına öncelikle bu nedenlerle katılmıyoruz.

³¹ *Şirin* (n 28) 74 vd.

³² Başerzi (n 8) 9.

Zira sendikal haklara getirilen sınırlamalardan yola çıkılarak bunun, toplu iş sözleşmesine teşmil edilmesi toplu iş sözleşmesi hakkını ve özerkliğini Anayasa'nın 13. maddesine aykırı şekilde ihlal etmektedir.

b. Demokratik Toplum Gereklere Açısından Kararın Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 13. maddesinde, Anayasal hakkın kısıtlanmasında getirilen bir diğer şart, *“Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* hükmüyle düzenlenen *“demokratik toplum gereklerine uygun olma”*dır. Demokratik toplum gereklerine uygunluk, hangi demokratik toplum? sorusunu gündeme getirmekteyken, Yüksek Mahkeme bu soruya *“özgürlükçü demokrasilerde genel kabul gören anlayış”* şeklinde cevap vermekte; bu itibarla AİHM'nin kabul ettiği ölçüleri ve dolayısıyla insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri imzalayan devletlerin iç hukuklarındaki ortak değerleri denetim ölçüsü olarak dikkate almaktadır³³.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında, iptali istenen kanun maddelerinin, demokratik toplum gereklerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Bunun gerekçesi olarak, *“Merkezi yönetim bütçesi kapsamında yer alan, özel bütçeli bir kamu kuruluşu olan MYK'nın personeline ücret, mali ve sosyal haklar kapsamında yapılacak ödemeler yönünden üst sınırlar belirlenmesi suretiyle kamusal kaynakların etkili ve verimli kullanılmasının, kamusal harcamaların kısıtlanmasının, bütçe disiplininin sağlanmasının ve bu suretle kamu yararının gerçekleştirilmesinin amaçlandığı gözetildiğinde, söz konusu sınırlamaların, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ne aykırılık taşımadığı açıktır”* ifadesine yer vermiştir. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılması ile kamusal harcamaların bütçe disiplini ve kamu yararı amaçlarıyla kısıtlanmasını, MYK işçilerinin ücretlerine getirilen üst sınırla sağlanmasını demokratik toplumun gereği olarak kabul etmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, bu kısıtlamanın ölçülü olduğuna da karar vermiştir ki; bu ilke aşağıda ayrıca tartışılacaktır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesine göre, toplu iş sözleşmesi hakkı ve toplu sözleşme özerkliğinin, kamusal harcamaları kısıtlamak amacıyla sınırlandırılması, demokratik toplum gereklerine uygundur.

Demokratik toplum gereklerine uygun olma kriteri, 1982 Anayasası ile getirilmiş olup, 1961 Anayasasında bu kriter, hakkın özüne dokunmamak şeklinde ifade edilmekteydi. Öze dokunmama ise, hakkın kullanımını önemli ölçüde güçleştirme veya hakkı kullanılamaz hale getirme şeklinde ifade edilmekteydi³⁴. Günümüzde Yüksek Mahkeme, hem hakkın özüne dokunmama hem de demokratik toplum gereklerine uygun olma kriterini birlikte kullanmakta ve hatta söz konusu kararda

³³ Özbudun (n 27), 118-119.

³⁴ ibid 116; Gören (n 27) 499.

olduğu gibi, hakkın özüne dokunan kısıtlamalar bakımından artık demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olma kriterlerinin ayrıca incelenmesine dahi gerek olmadığına karar vermektedir³⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, her kamu için yararlı olan (kamu yararı bulunan) kısıtlamanın, demokratik toplum gereklerine uygun olmadığıdır³⁶. Nitekim bu husus da inceleme konusu kararda açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen kararın devamında, “*demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığına incelenmesi gerekir*” demek suretiyle, sanki kamu yararına olan her kısıtlama, demokratik toplum gereğini ifade eder gibi bir açıklamaya yer verilmiştir³⁷.

“*Demokratik toplum için gerekli olma*”, esasında “*son çare*” ilkesiyle de örtüşmektedir. Zira demokratik toplumda gerekli hale gelen bir hak kısıtlaması söz konusu ise, bunun son çare niteliği taşıması, diğer bir anlatımla, en son çare olarak hak kısıtlamasına gidilmesi gerekir. Nitekim inceleme konusu kararda da, bu hususa açıkça yer verilmiş ve hak kısıtlamasının son çare olarak, “*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılama amacına yönelik olması*” gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Buna rağmen Yüksek Mahkeme, iptali istenen yasal düzenlemelerin, demokratik toplumda gerekli olan bir toplumsal ihtiyacı karşıladığına ve son çare olduğuna karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki, kanımızca, MYK işçilerinin ücretleri için getirilen söz konusu kısıtlama, Anayasa’nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkının ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bizzat özüne dokunmakta, MYK’da işçi statüsünde çalıştırılan personelin bu haklarını ellerinden açıkça almakta, bu hakları kullanmalarını engellemektedir. Zira, bu sınırlandırmayla MYK işçilerinin ücret, mali ve sosyal haklar açısından toplu iş sözleşmesi yapabilme hakları ortadan kalkmaktadır. Bu durumda anılan personelin ücret ve mali haklar açısından sendikalı olmalarının bir önemi de kalmamaktadır. Zira bilindiği üzere, işçi ve işverenlerin karşılıklı ekonomik ve sosyal durumlarının en büyük bölümünü ücret, mali ve sosyal haklar oluşturur³⁹. Çünkü yasa koyucu iptali istenen yasa maddeleriyle işçilerin alabilecekleri ücretin üst sınırını tüm ödemeler dahil olmak üzere Bakanlıktaki belirli kadroların maaşları ile sınırlandırmış olup, bu halde zaten ücretler bu sınırlandırmaya uygun olarak belirlenmektedir. Bu durumda AYM kararında belirtilenin aksine, MYK işçilerine verilecek ücretlerin üst sınırlar aşılmamak şartı ile toplu iş sözleşmesiyle belirlenmesi söz konusu olmayacak, MYK işçileri ne toplu iş sözleşmesi yapacak

³⁵ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 28 numaralı bent.

³⁶ Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı (Seçkin 2014), 24 vd.

³⁷ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 30 numaralı bent.

³⁸ ibid 29 numaralı bent.

³⁹ Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (3. Basi, Onikilevha 2021) 228.

ne de bunun için sendika üyesi olacaktır. Zira zaten getirilen üst sınır, Başbakanlık uzmanlarına verilebilecek maaş ve sosyal hakların toplamı ile belirlenmiştir.

Yüksek Mahkeme, ilgili yasal düzenlemelerin iptalinin gerekli olmadığını gerekçelendirdiği kararında, MYK işçilerini sanki statü hukukuna tabi çalışan devlet memuru gibi değerlendirmiştir. MYK personelinin hangi hak ve yükümlülüklerle tabi olduklarını bilerek çalışmaya başladıkları ve görevi kabul eden personelin bu ücret sınırlamalarını önceden bildiğinin açık olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Zaten hukuki olarak sorunlu olan bu maddenin iptal edilmek istenmesinin nedeni de bizahati bu çelişkili durumdur. MYK işçileri, tabiki başvurduğu uzman yardımcılığı sıfatına ilişkin mali hakları önceden bilmektedir ve bu mali haklar da zaten teşkilat kanunu ile belirlenmiştir. Ancak işçi statüsünde çalışan personel için böyle bir belirleme yapılmış olması, anılan işçilerin Anayasal düzeyde korunan toplu iş sözleşmesi hakkını ellerinden almak için yeterli bir gerekçe değildir. Bu personel, aynı zamanda Anayasal düzeyde korunan toplu iş sözleşmesi haklarının bulunduğu da bilerek işe girmiştir.

MYK kuruluş kanununda çok açık bir şekilde kurumda çalışan uzman ve uzman yardımcılarının işçi statüsünde olduğu, işçi sendikalarına üye olabileceği, bu çerçevede özlük haklarına ilişkin düzenlemeler hakkında bir işçi sendikasına üye olmak marifetiyle bunları kamu işveren sendikası ile müzakere edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. 5544 Sayılı MYK Teşkilat Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasına göre, MYK’da çalışan personel 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçi statüsündedir. Nitekim bu durum madde metninde; *“Kurum hizmetleri iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen uzman yardımcısı, uzman ve diğer personel eliyle yürütülür”* denilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır. Daha sonra Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle birlikte MYK’ya ilişkin düzenleme 2018 yılında 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılmıştır. Bu kararnamenin MYK’ya ilişkin; *“Personelin Atanma Şartları ve Statüsü”* başlıklı 256. Maddesine göre; *“Kurum hizmetleri 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 23 üncü maddesine göre istihdam edilen Mesleki Yeterlilik Uzmanı ve Uzman Yardımcıları ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 28 inci maddesine göre iş mevzuatı çerçevesinde istihdam edilen diğer personel eliyle yürütülür”* hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre Mesleki Yeterlilik Uzmanı ve Uzman Yardımcılarının, 27.06.1989 tarihli 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 23ncü maddesine göre istihdam edilecekleri belirlenmiştir. 375 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 23ncü maddesinde özetle kamu kurum ve kuruluşlarında sürekli işçi kadrosunda çalışacaklara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. O halde MYK’da çalışan uzman ve uzman yardımcılarının statüsünde bir değişiklik olmamıştır.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 37 numaralı bent.

Bu durumda MYK; personeli sözleşme hukuku ilkelerine göre çalışan, ücret ile diğer mali ve sosyal hakları sözleşme hukuku ilkelerine göre belirlenmiş, işçi statüsünde personelin istihdam edildiği bir kamu kurumudur. Bu durumda işçi istihdam eden diğer kamu kurum ve kuruluşlarında olduğu gibi, MYK personelinin de sendika üyesi olabilme, toplu iş sözleşmesi yapabilme, toplu iş görüşmeleri sırasında bir anlaşmaya varılamaması halinde grev kararı alabilme hakları mevcuttur.

Burada cevaplanması gerekli olan soru şudur; ÇSGB ana hizmet birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan tüm personel Devlet Memurları Kanunu'na (DMK) tabi statü hukukuna göre istihdam edilmiş iken, MYK'da istihdam edilen personel neden iş mevzuatına tabi olarak istihdam edilmiştir? Bu sorunun devamında ikinci olarak sorulması gerekli olan soru; mademki MYK ya tabi personel iş sözleşmesi hükümlerine göre istihdam edildi ve kendilerine işçi statüsünde çalışanlara verilen sendikal haklar verildi ise, neden ücretleri kanun ile sınırlandırılmıştır? İdare bu personeli de 657 sayılı DMK'ya tabi bir şekilde yani statü hukuku ilkelerine göre istihdam edebilir ve sözleşme hukuku serbestisi dışında tutabilirdi. Durum böyle ise burada bir yasal çelişki bulunmaktadır. AYM'nin yapması gereken; bu yasal çelişkiyi ortadan kaldırmak iken, bunu yapmamıştır. Bu karar ile statü hukuku ve sözleşme hukuku ilkeleri birbirine karışmış ve bu iki farklı statüye göre belirlenmiş ayırım, bazı kamu kuruluşlarında çalışanların ücret hakları açısından önemini kaybetmiştir.

Tüm bu nedenlerle, iptali istenen yasal düzenlemelerle, esasında, MYK'da çalışan işçilerin anayasal koruma altındaki toplu iş sözleşmesi hakkı ve toplu iş sözleşmesi özerkliğinin özüne dokunulmuş olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla, Yüksek Mahkemenin, demokratik toplum gerekleri ve ölçülülük ilkesi bakımından dahi inceleme yapmaksızın, iptal kararı vermesi gerektiği düşüncesinde bulunmamıza rağmen, Anayasa Mahkemesi, söz konusu kısıtlamanın hakkın özüne dokunmadığı gibi, bütçesel gerekçeler nedeniyle, demokratik toplum gereklerine uygun bir sınırlandırma olduğu sonucuna vararak, esasında sorunun, devlet personel rejimini değiştirmekle giderilmesi gerekirken, Anayasa'ya aykırı nitelik taşıyan yasal düzenlemelerle giderilmesine cevaz vermiştir. MYK işçilerinin ücretlerine azami sınır getirilerek toplu iş sözleşmesi haklarının kısıtlanmasının, demokratik bir toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve bu kısıtlamanın son çare olmadığı da tartışmasız açıktır. Zira eğer kamuda bir yeknesaklık ve eşitlik talep ediliyorsa, bu şekilde kamu düzeni ve çalışma barışı sağlanacağı iddiası var ise, bunun, Anayasal hakların kısıtlanmasıyla değil, tüm kamu personelinin birleştirici, çalışma barışı ve huzurunu geliştirici, dikey ve yatay eşitlik ilkelerine uygun devlet personel rejimi getirilmesiyle mümkün olabileceği açıktır. Bu nedenle, kamuda sosyal haklar ve özellikle de ücretler açısından eşitliğin sağlanması toplumsal bir ihtiyaç olmakla birlikte, bunun sağlanması için toplu iş sözleşmesi hakkının kısıtlanması kanımızca

son çare olmadığı gibi, bu tür kısıtlama, aşağıda açıklanacak olan gereklilik ilkesine⁴¹ de aykırılık teşkil etmektedir. Bu şekilde hem hakkın özüne dokunan, hem son çare niteliği taşımayan hem de gereklilik kriterine aykırı bir kısıtlamanın Anayasa’ya uygun olduğundan söz edilmesi kanımızca mümkün değildir.

c. Ölçülülük İlkesi Açısından Kararın Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin insan hakkı ihlallerinde uyguladığı ölçülülük kriterini, hem somut norm denetiminde hem de bireysel hak ihlali iddialarında uygulamaktadır. Anayasa’nın 13. maddesi de bu ilkenin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre, Anayasal hakkın sınırlanması için güdülen meşru amaç ile sınırlama aracı olan düzenleme arasında gereklilik, elverişlilik ve orantılılık bulunmalı; bu üç koşulun sağlanması durumunda sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülülük mevcut olduğundan, Anayasa’ya aykırılık yahut bireysel hak ihlali söz konusu olmamaktadır⁴².

Gereklilik, elverişlilik ve orantılılık unsurlarına göre yapılan ölçülülük denetiminin temelini hukuk devleti ilkesi oluşturur⁴³. Burada, yukarıda yer verdiğimiz “*meşru amaç*” kriterinin ne kadar önemli olduğu, kendisini daha da iyi göstermektedir. Zira ölçülülük kriterinin uygulanabilmesi için, öncelikle o kısıtlamanın meşru amacının belirlenmesi gerekir. Meşru amaç’tan kastın, ilgili Anayasa maddesindeki kısıtlama sebepleri olduğu bilinmekle birlikte, meşru amacın “*görünürde sebep*” olarak ileri sürüldüğü, ancak esasında “*gizlenen bir amaç*” olduğu durumlarda, iptali istenen normun veya hak ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen kamu işleminin öncelikle meşru amaçtan yoksun olduğu tespit edilmeli ve ölçülülük kriteri incelenmeksizin karara varılmalıdır⁴⁴.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, Kristal-İş Sendikasının 2014 yılında, Bakanlar Kurulunun grev erteleme kararına karşı yaptığı hak ihlali başvurusunda, grev erteleme işleminin amacı, milli güvenliği korumak olarak gösterilmiş olmasına rağmen, gerçek amacın cam üretiminin %90’ını kapsayan grevi engelleyerek ülke ekonomisine destek vermek olduğu anlaşıldığından, Anayasa’nın 51. maddesindeki sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, Bakanlar Kurulunun grev erteleme işleminin görünürdeki milli güvenlik amacını değil, gizlenen ekonomik amacını dikkate almış; fakat gerekçesinde meşru amaç’tan ziyade “*Açıklanan nedenlerle grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca*

⁴¹ Ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan “*gereklilik*” ilkesi, meşru amaca ulaşmak için var olan araçlardan en hafif olanın seçilmesidir, Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü* (Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi 1982) 115.

⁴² Sağlam (n 40) 113; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (2. Bası, Ekin 2018) 2387 vd; Gören (n 27) 495; Metin Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?” (2017) 7(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 6; Şirin (n 28) 81 vd. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/84, 04.07.2013.

⁴³ Burcu Ilgın, *Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması* (2022, Yetkin) 95.

⁴⁴ Şirin (n 28) 75.

dayandığının ortaya konmadığı ve 'demokratik toplumda gerekli olmadığı' sonucuna varılmıştır" yönündeki gerekçeyle demokratik toplumda gerekli olmama sebebine dayanmıştır⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, ölçülülük ilkesi, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olma, bazı durumlarda birbiri içine geçen, kesişen kavramlardır⁴⁶. Nitekim bu olayda da, demokratik toplumdaki gerekli olma, esasında ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan "*gerekliklik*" açısından ele alınmış ve bunun için de toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için gerekli bir meşru amacın var olması gerektiği isabetli şekilde belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasal denetimde bazen bütün kriterlerin birlikte değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Ölçülülük kriterlerinden elverişlilik; meşru amaca ulaşmak için seçilen kısıtlamanın o amaca ulaşmak için elverişli olmasıdır. Kısıtlamanın amaca hiçbir katkısı yoksa veya olumsuz sonuçlara sebep oluyorsa, kısıtlamanın elverişsiz olduğu kabul edilir⁴⁷. Ancak, elverişli olan her kısıtlama, gerekli değildir⁴⁸. *Sağlam*'a göre, elverişli olan kısıtlamalardan en hafif olanın tercih edilmesi gereklik şartının gerçekleşmesini sağlar⁴⁹. Bu nedenle, meşru amaca ulaşmak için birden fazla yol var ise, en son çare olarak hak kısıtlaması tercih edilmeli; hak kısıtlamasından başkaca yol bulunmuyor ise, bu halde de, kısıtlamalardan en hafif olanına başvurulmalıdır. Ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ise, tercih edilen araç ile meşru amaç arasında makul bir denge olması; aracın, orantısız şekilde yükümlülükler veya sınırlamalar getirmemesidir. Sağlanmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantı bulunmadıkça, amaç için getirilen yükümlülükler çok ağır veya kısıtlamalar çok fazla ise, ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır⁵⁰.

Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı incelendiğinde, MYK'da istihdam edilen işçilerin ücretlerine getirilen azami sınırın, bütçe dengesini korumak ve kamusal harcamaları kısıtlayarak bütçe disiplini sağlamak için getirildiği, bu şekilde kamu yararının hedeflendiği ifade edilmiş; bunun demokratik toplumda gerekli olduğu, bu amaca ulaşmak için getirilen ücret sınırlamasının ise ölçülü olduğu ve çalışanlara aşırı bir külfet getirmediği, kısıtlamanın sadece toplu iş sözleşmesinin ücret, mali ve sosyal haklara ilişkin olduğu, toplu iş sözleşmesine konu olabilecek diğer alanların tamamında işçilerin toplu iş sözleşmesi yapma hakkının mevcut olduğu, üst sınırlar aşılmamak kaydıyla da ücret ve mali haklar ile sosyal hakların toplu iş sözleşmelerinde düzenlenebileceği ifade edilmiştir⁵¹.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 2014/12166, 02.07.2015.

⁴⁶ Şirin (n 28) 74-75.

⁴⁷ Sağlam (n 40) 114-115. Yüksel (n 41), 8.

⁴⁸ Gözler (n 41) 238.

⁴⁹ Sağlam (n 40) 114-115. Gören (n 27) 497.

⁵⁰ Sağlam (n 40) 116. Gözler (n 41) 239. Özbudun (n 27) 114. Yüksel (n 41) 13-14.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, 34 ve 35 numaralı bentler.

Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, ücrete azami sınır getirerek toplu iş sözleşmesi hakkını kısıtlayan yasal düzenlemelerin, ülkenin bütçe dengesinin korunması ve kamusal harcamaların önlenmesi suretiyle kamu yararının sağlanması amacıyla elverişli, bu amaca ulaşmak için elverişli yollardan en hafifi ve MYK işçilerine getirilen bu sınırlayıcı yük ile amaç arasında orantı olduğunu kabul etmiştir. Halbuki, karşıoy yazılarında da belirtildiği üzere, kamusal harcamaların kısıtlanması, kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılması, bütçe disiplininin sağlanması ve bu şekilde kamu yararına ulaşılması için sadece MYK’da istihdam edilen işçilerin ücretlerine azami sınır getirmek, öncelikle *elverişli bir yol dahi değildir*. Sadece MYK işçilerine ve hatta kamuda çalışan bazı işçilere bu şekilde azami ücret sınırlamaları getirmek, kamu kaynaklarının verimli ve etkili kullanılması suretiyle kamu yararının sağlanması açısından oldukça önemsizdir. Kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmamasına neden olan sadece MYK işçileri midir? Ya da MYK işçilerinin ücretlerine azami sınır getirilince, kamu kaynakları etkili ve verimli mi kullanılmış olacaktır? MYK işçilerinin ücretlerine üst sınır getirerek toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ve toplu iş sözleşmesi hakkının kısıtlanması ile kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılarak kamu yararının sağlanması arasında bir elverişlilik ilişkisi bulunmadığı kanımızca açıktır. Nitekim karşı oy yazılarında da bu hususa açıkça yer verilmiştir.

Bunun gibi, toplu iş sözleşmesi hakkına ve toplu iş sözleşmesi özerkliğine getirilen bu kısıtlama, kamusal kaynakların etkili ve verimli kullanılması suretiyle kamu yararının sağlanmasında gerekli bir araç da değildir. Zaten elverişli olmayan bir kısıtlamanın, gerekliliğinden söz edilmesi de mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, gereklilik, elverişli yöntemlerden en hafif olanın seçilmesidir. Kanımızca elverişli dahi olmayan yöntemin, gerekli olduğunun kabulü mümkün değildir. Ayrıca MYK işçilerinin toplu iş sözleşmesiyle ücretlerini belirleyebilmesi hakkına getirilen bu kısıtlama, kamusal kaynakların etkili ve verimli kullanılması suretiyle kamu yararının sağlanmasında orantılı bir yöntem de olmayıp, aksine sadece MYK işçilerine bu şekilde bir yük getirilmesi aracı ile kamu yararı amacı arasında büyük bir orantısızlık vardır. Bütün kamunun harcamaları dikkate alındığında, bu amaca zaten hizmet edemeyecek olan bu sınırlama, MYK işçilerine getirilen ağır bir yükten başkaca bir şey değildir.

d. Genel Değerlendirme ve Karşıoy Gereçekleri

Bu çalışmada MYK’da işçi statüsünde çalışan personelin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının sözleşme hukuku ilkelerine mi ya da statü hukuku ilkelerine mi göre belirlenip belirlenmeyeceği hakkında birbiriyle çelişen yasal düzenlemelerin AYM tarafından verilmiş bir karar ile çözümlenemesindeki sonuçlar tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu karar ile MYK’da işçi statüsünde çalışanların

ücret ve diğer mali ve sosyal haklarının toplu iş sözleşmesi hukuku ilkelerine göre belirlenmesini MYK kuruluş yasası ve ücretleri sınırlayan bir başka kararname ile düzenlenmiş olmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Öncelikle ifade edilmelidir ki sözleşme hukuku ilkelerine göre istihdam edilen personelin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının kanun ile sınırlandırılmamış olması gerekirdi. Eğer böyle bir sınırlandırma yapılacak ise, bu çalışanların zaten sınırları belirli olan idare hukuku hükümlerine göre istihdam edilmesi mümkündür. İkinci olarak ise bu birbiriyle çelişkili düzenlemelerin varlığı Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Birçok kamu kurum ve kuruluşunda işçi statüsünde çalışan, ücret ile diğer hakları toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenen işçilerin haklarında yasayla getirilen bir sınırlama yok iken, MYK personeli için böyle bir sınırlamanın getirilmiş olması onların hem anayasal hakları olan sendikal haklarını kullanmaları yönünde bir engel yaratmış hem de Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir sonuç doğurmuş, bu durum kamuda aynı hukuki hükümlere tabi olarak çalışanlar arasında bir eşitsizliğin yaratılmasına neden olmuştur. Bu açıklamalar çerçevesinde devlet personel rejiminde sınırları çizilmiş bir düzenlemenin yapılmasının gerektiği açıktır.

Nitekim AYM üyelerinden Engin Yıldırım, Rıdvan Güleç ve Hasan Tahsin Gökcan çoğunluk kararına katılmayarak işçilerin sendikal haklarının kısıtlandığı görüşündedirler. Engin Yıldırım ve Rıdvan Güleç hazırlamış oldukları karşı oy gerekçesinde; *“MYK’da çalışan personelin işçi statüsünde olmalarından dolayı toplu iş sözleşmesi ile grev hakkında sahip olduklarını, Anayasanın 51. Maddesinde güvence altına alınmış olan sendikal hakların önemli bir kısmının da toplu görüşme ve toplu sözleşme yapmak olduğunu, bu çerçevede MYK personelinin ücret ile mali ve sosyal haklarının üst sınırlarının kanunla belirlenmiş olmasının sendika özgürlüğünün bir parçası olan toplu iş sözleşmesi ve grev hakkına müdahale niteliği taşıdığını ifade etmişlerdir”*. Yıldırım ve Güleç tarafından hazırlanmış karşı oy gerekçesi; böyle bir sınırlamanın ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ölçütü çerçevesinde yapılmasının gerçekten de böyle bir sınırlama ‘zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı gidermekte midir’ sorusuna dayanmaktadır.

AYM üyelerinin gerekçe olarak ileri sürdüğü; *“kamusal kaynakların etkili ve verimli kullanılması, kamusal harcamaların kısıtlanması, bütçe disiplinin sağlanması ve bu şekilde kamu yararının gerçekleştirilmesi nedenlerinin getirmiş olduğu maliyet ve fedakarlık bu kararla sadece MYK çalışanlarına yansıtılmıştır. Halbuki amaçlanan kamu yararı, kanun koyucu tarafından başka şekillerde de sağlanabilirdi”*. Yine üyeler tarafından; *“Anayasanın 51. Maddesi ile sendikal haklara getirilen sınırlama konularına bakıldığında bu getirilen sınırlamanın bu konular arasında olmadığı”* da ifade edilmiştir. Yıldırım ve Güleç, karşı oy gerekçelerini *“Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) 98 nolu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesine dayandırmışlar; ILO Sendikal Özgürlükler Komitesinin toplu pazarlık konusu olan*

ücretlere bir sınır getirilebileceğini ancak bu sınırın iktisadi istikrar amacıyla makul bir süre ve istisnai nitelikte olan bir sınırlama ile yapılabileceğini” ifade ederek karşıoy gerekçelerini sonlandırmışlardır⁵².

Yıldırım ve Güleç’in karşı oy gerekçelerinde de görüldüğü üzere böyle bir sınırlama yapılmış olması Anayasaya aykırı bir düzenlemedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Uyuşmazlığa konu olan bu yasal düzenleme hakkında başka bir üye de karşı oy gerekçesi hazırlamıştır. AYM üyelerinden Hasan Tahsin Gökcan’ın hazırlamış olduğu karşı oy yazısında ise özetle şu gerekçeler sunulmuştur; “MYK personeli özel hukuk hükümlerine tabi ve işçi statüsünde istihdam edilmiştir. Dolayısıyla istihdam edilen personel Anayasanın 128. Maddesinde belirtilen memur veya diğer kamu görevlisi statüsünde değildir. İstihdam edilen personel işçi statüsündedir ve ortaya çıkması olası muhtemel uyuşmazıklar da iş mevzuatına göre çözülmektedir. Dolayısıyla mahkememiz tarafından iptal edilmesi istenen maddeler MYK’da işçi statüsünde çalışanların toplu iş sözleşmesi ve ücrette adalet hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmiştir. Her ne kadar MYK personelinin bu hakları Anayasa’da belirtilen bazı gerekçeler ile sınırlandırılabilir ise de bu sınırlamanın Anayasanın 13. Maddesine uygun olarak demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olması zorunludur. Anayasa toplu iş sözleşmesi alanında gerekli düzenlemeleri yapmış iken getirilen bu sınırlama Anayasal düzeni işlevsiz bırakmış ve kurum personelinin iktisadi haklarına bir müdahaleye dönüşmüştür. Birçok kamu işçisi için böyle bir sınırlama getirilmemesi olması da dikkate alındığında böyle özel bir sınırlama hükmüne ölçsüzce tabi kılınması demokratik toplumda gerekli olmadığı gibi Anayasanın 55. Maddesinde ifade edilmiş olan ücrette adalet ilkesine de aykırılık ve ölçsüz bir müdahale oluşturmuştur”⁵³.

Görüldüğü üzere AYM’nin üç üyesi temel referans noktası olarak MYK personelinin 4857 sayılı İş Kanununa tabi ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip olduklarından yola çıkarak iptali talep edilen kurallar ile, Anayasa’ya aykırı şekilde, çalışanların ekonomik ve sosyal haklarına ölçsüz bir müdahale olduğunu savunmuşlardır. Aslında bizim dikkat çekmek istediğimiz temel nokta toplu iş sözleşmesi özerkliği ve bu özerkliğin zedelenmesi sonucunda aynı statüde çalışanların özlük hakları açısından aralarında meydana gelebilecek eşitsizliktir. Her ne kadar bu özerklik sınırsız bir özerklik değilse de ve her hak gibi kötüye kullanılmaması gerekiyorsa da, herhangi bir kötüye kullanım bulunmayan ve özerklik çerçevesinde düzenlenen TİS uyarınca, AYM’nin, iptali talep edilen kuralları Anayasa’ya aykırı bulmamasındaki gerekçeler kamu işçisi statüsündeki anılan personelin haklarının ölçsüz şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur. Nitekim benzeri bir konu AYM’nin geçmişte vermiş olduğu bir kararında gündeme gelmiş, toplu iş

⁵² Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, Engin Yıldırım ve Rıdvan Güleç’in Karşıoy Görüşü, 1-12 numaralı bentlerin özeti.

⁵³ Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017, Hasan Tahsin Gökcan’ın Karşıoy gerekçesinin özeti.

sözleşmesi ile işçiler için getirilecek bir ücret artışını önceden sınırlandıran bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın toplu iş sözleşmesi hakkını tanıyan düzenlemesine aykırı olduğu gerekçesiyle uygun bulunmamış ve oybirliği ile iptal edilmiştir⁵⁴.

Sonuç

Bu çalışmada AYM'nin bir kararından yola çıkarak 'toplular sözleşmesi özerkliği', 'kamuda işçi statüsünde çalışanlar arasında meydana gelen eşitsizlikler' ve sonuç olarak 'devlet personel rejiminde yapılması gerekli olan değişiklikler' hakkında bir inceleme yapılmıştır. Kamuda farklı statülerde istihdam edilen beş milyona yakın personel arasında kadro statüsü açısından yeksenaklık sağlamak sistemli bir yapılandırmayı gerektirir. Ancak gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesi gerekse aynı hukuki statüye sahip olanlar arasında meydana gelen ücret ile diğer hak ve menfaatler açısından meydana gelen eşitsizlikler artık personel rejiminde sorunlar yaratmaya ve dava konusu olmaya başlamıştır. Çalışma barışının, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması için, bu sorunların yasa koyucu tarafından kapsamlı bir çalışma sonucunda çözülmesi gerekliliği ortadadır. Yasa koyucunun yapmış olduğu farklı düzenlemelerin yarattığı sorunlar zaman içinde yargı kararları ile kısmen çözülebilsede, incelediğimiz kararda olduğu gibi, bazen hak ihlalleri devam edebilmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi bu kararı ile T.C. 1982 Anayasası'nda doğrudan yer almaması olsa da, öğretide kabul edilmiş olan toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunu Anayasal güvence altına alabilirdi. Bizce Yüksek Mahkeme bu kararıyla sendikal haklar, toplu iş ilişkileri ve işçi hakları açısından çok önemli bir fırsatı değerlendirememiştir. Her ne kadar AYM böyle bir karar almış olsa da, karar oybirliği ile alınmamıştır. Karara karşı üç üyenin ciddi ve haklı gerekçeler ile karşı oy kaleme almış olması konunun ilerde tekrar gündeme gelebilmesi için bir umut olmuştur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: G.B., E.C.; Veri Toplama: G.B., E.C.; Veri Analizi /Yorumlama: G.B., E.C.; Yazı Taslağı: G.B., E.C.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: G.B., E.C.; Son Onay ve Sorumluluk: G.B., E.C.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: G.B., E.C.; Data Acquisition: G.B., E.C.; Data Analysis/Interpretation: G.B., E.C.; Drafting Manuscript: G.B., E.C.; Critical Revision of Manuscript: G.B., E.C.; Final Approval and Accountability: G.B., E.C.

⁵⁴ Fevzi Demir, *Sorularla Toplu İş Hukuku Cilt 2* (Türkiye Barolar Birliği 2006) 217.

Bibliyografya/Bibliography

- Aktay N, *Toplu İş Sözleşmesi*, (2000).
- Alpagut G, ‘Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bir Bakış’ (2010) (24) Çimento İşveren Dergisi 8-25.
- Başbuğ A, *İş ve Hukuk Çalışanların Hak ve Sorunları* (Binyıl 2015).
- Başterzi S, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti* (Beta 2016).
- Bruun N, ‘The Autonomy of Collective Agreement’ Report to the VII European Regional Congress of the International Society for Labour Law and Social Security (2002) 1-46.
- Can M, *Toplu İş Sözleşmesi Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği* (Ceylan Matbaacılık 1994).
- Çelik N, ‘Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar’ (2011) (4) Çalışma ve Toplum 11-24.
- Demir F, *Sorularla Toplu İş Hukuku Cilt 2* (Türkiye Barolar Birliği 2006)
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, (3. Bası, Onikilevha 2021)
- Engin M, ‘6356 Sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi’ (2013) (4) Çalışma ve Toplum 143-163.
- Gören Z, *Anayasa Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2020)
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (2. Bası, Ekin 2018)
- Hameed, S. M. A, ‘A Theory of Collective Bargaining’ (1970) 25(3) Relations Industrielles / Industrial Relations 531-551
- İlgin B, *Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması* Ankara: (Yetkin 2022)
- İnceoğlu S, ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Beta 2013) 23-52
- Mülayim B O, ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği’ (2018) 13(147) Terazi Hukuk Dergisi 24-39.
- O’ Connell L, ‘Collective Bargaining Systems in Six Latin American Countries: Degrees of Autonomy and Decentralization (Argentina, Brazil, Chile, Mexico, Peru, and Uruguay)’, Working Paper, No. 399, Inter-American Development Bank, Office of the Chief Economist, (1999)
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Yetkin 2019).
- Özveri M, *Ekonomik Kriz Koşullarında Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği “Uyarılma Sorunu”* (Türk Harp İş Sendikası 1999).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özünü* (Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi 1982).
- Saraçoğlu F, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı* (Seçkin 2014)
- Subaşı İ, ‘6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi’ (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan 595-653.
- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Turhan 2020)
- Sur M, *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil* (D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1991)
- Şirin T, ‘Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi’, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması Toplantısı, (Onikilevha 2017).

- Tuncay C ve Şebnem Kılıç ‘Kamu Otoritesinin Toplu Pazarlık Sürecine Müdahalesi’ (2016) 74(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1065-1113.
- Ulucan D, ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği’ (İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası 1981).
- Ulucan D, ‘Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu’ (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan 581-593.
- Yüksel M, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?’ (2017), 7(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-74.

Mevzuat

- Anayasa Mahkemesi 2017/117, 12.07.2017.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6615/03, 27.03.2007
- Mesleki Yeterlilik Kurumu Teşkilat Kanunu, R.G. 21.09.2006/26312.
- Sayıştay 299, 29.11.2016
- Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul tarihi: 18.10.2012, RG: 7.11.2012/28460.
- 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, R.G. 15.7.2018/30479.
- 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, R.G. 30.6.1989/20211
- 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 12.07.2013/28726



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 10.02.2021
Revizyon Talebi: 12.02.2022
Son Revizyon Tarihi: 21.02.2022
Kabul: 31.05.2022

Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?

Abdurrahman Kayıklık*

Öz

Azınlık pay sahiplerinin korunması, anonim şirketler hukukunun temel meselelerindedir. Bu çalışma, Türk Ticaret Kanunu'nun (TK) azınlık koruyan sistemini incelemektedir. Çalışma, bir hâkim pay sahibinin bulunduğu kapalı anonim şirketlere odaklanmaktadır. Bu amaçla ilk önce azınlık kavramının içi doldurulmakta, TK'da ve öğretide kavramın nasıl tanımlandığı incelenerek alternatif bir tanım sunulmaktadır. Devamında azınlığın korunmasını gerektiren hukuki ve iktisadi riskler çeşitli örnekler üzerinden açıklanmaktadır. Azınlığın söz konusu risklere karşı kendisini neden koruyamadığı üzerinde durularak korumanın emredici kanun hükümleriyle sağlanması gerçekleştirilmektedir. TK'nın azınlığı koruyan sistemi, azınlık pay sahiplerini koruyan hukuki kurumlar tasnife tabi tutularak açıklanmaktadır. Bu amaçla öncelikle Türk öğretisinde benimsenmiş olan olumlu - olumsuz azınlık hakları ayrımı, hem kapsam hem de bu ayrıma esas alınan tasnif kriteri bakımından eleştirel bir gözle incelenmektedir. Daha sonra TK'da azınlık pay sahiplerini koruyan tüm mekanizmalar yeni bir tasnife tabi tutulmaktadır. İşlevsel bir yaklaşımla azınlık pay sahibini koruyan mekanizmalar beş kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki olan söz hakları, azınlık pay sahiplerinin şirket iradesine etki etmesini sağlayan araçlardır. İkinci kategori olan çıkış hakları, pay sahibinin hisselerini satarak şirketten ayrılmasına imkân tanıyan mekanizmalardır ve serbest çıkış ve güvenli çıkış olarak iki alt başlıkta incelenmiştir. Altyapısal haklar, ilk iki hak grubunun gereği gibi kullanılmasını temin eden yardımcı mekanizmalardır. Dördüncü kategori olan boşluk doldurucu ilkeler, münferit koruma araçlarının yetersiz kaldığı hallerde tamamlayıcı role sahip genel prensiplerdir. Son olarak çeperler, azınlığı koruyan sistemin kendisini koruyan normları ifade etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Türk Ticaret Kanunu, Anonim Şirketler, Azlık/Azınlık, Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması, Azınlık Hakları, Emredici Hükümler, Söz Hakları, Çıkış Hakları

Minority Shareholder Protection in Corporations: Protection for Whom, Why, and How?

Abstract

Protection of minority shareholders is one of the key concerns of corporate law. This paper examines how the Turkish Commercial Code (TCC) protects minority shareholders while paying special attention to close joint stock corporations with a controlling shareholder. First, it assesses how the concept of minority in corporations has been used in the TCC and existing literature and then attempts to define it. Second, it explains the legal and financial risks that necessitate minority protection using examples. Third, it explores why minority shareholders are usually unable to protect themselves from such risks and offers justifications for protection through mandatory norms. Finally, the paper analyzes the system of the TCC for minority protection by subjecting the protective mechanisms to a taxonomy. After taking a critical approach toward the so-called positive-negative minority rights dichotomy used by most Turkish scholars for its limited scope and the criterion for such dichotomy, the paper offers a novel taxonomy. The functional approach that this paper

* **Sorumlu Yazar:** Abdurrahman Kayıklık (Arş. Gör.), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul Türkiye. E-posta: akayiklik@ku.edu.tr ORCID: 0000-0003-0067-0461

Atf: Kayıklık A, "Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 407. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0003>



presents classifies the statutory mechanisms into five categories. The first category, voice, consists of rights allowing minority shareholders to influence corporate decisions and transactions. The second category, exit rights, enables minority shareholders to exit the corporation through a free or safe exit. The third category, foundational rights, ensures proper exercise of voice and exit rights. The fourth category, gap-filling principles, includes abstract norms that supplement the concrete rules in the previous categories. The fifth and final category, the protective walls, is part of the legal mechanisms that aim at protecting the very system that protects minority shareholders.

Keywords

The Turkish Commercial Code, Joint Stock Corporations, Minority Shareholders, Protection of Minority Shareholders, Minority Shareholder Rights, Mandatory Norms, Voice, Exit Rights

Extended Summary

Protection of minority shareholders is one of the fundamental issues in corporate law. In this regard, three questions are of critical significance. First, whom exactly does corporate law protect as “minority shareholders?” Second, why does corporate law protect minority shareholders? Third, how does corporate law protect minority shareholders? This paper seeks to answer these questions by analyzing the protection afforded to minority shareholders under the Turkish Commercial Code (TCC).

Part I of the paper explains the scope of this analysis and lays out the assumptions that the analysis will be based on. Corporate law protects minority shareholders *vis-à-vis* two agency problems. The first agency problem is the managerial agency problem and the second one is the controlling shareholder agency problem, which arises in corporations with a controlling shareholder (CSH). Since most Turkish corporations are private corporations shares of which are not listed on a stock exchange, the latter of the two is the more important one when it comes to minority protection in Turkish corporate law. Therefore, this paper analyzes minority protection in corporations: (i) which are close and non-listed; (ii) which have a CSH; (iii) in which there is a personal relationship between the CSH and minority shareholders; (iv) in which minority shareholders are not protected by non-TCC means (i.e., the charter or a shareholders’ agreement); and (v) in which it is difficult for the minority shareholder to sell their shares for fair value.

Part II focuses on the concept of “minority.” The TCC refers to shareholders representing 10% (5% for public corporations) of the share capital as minority shareholders in several provisions. These shareholders are considered as minority shareholders in provisions where a right is bestowed upon the shareholders meeting that threshold. However, a thorough analysis shows that this use of the word minority is not consistent within the TCC, as there are instances where the term is used without there being a threshold or where the term is not mentioned despite there being a threshold of 10% of the share capital. Nevertheless, most scholars define minority

shareholders as shareholders who satisfy the aforementioned threshold(s). Notably, defining minority shareholders as such excludes shareholders with a stake less than 10%. Therefore, this definition fails to accurately reflect the type of shareholders protected by the TCC protects as the minority. This paper argues for a more functional definition and offers a definition based on the minority's positions *vis-à-vis* the CSH.

Part III seeks to answer these two questions: Why do minority shareholders need protection and why does this protection need to be in the form of mandatory norms? The first question is answered through examples that demonstrate how minority shareholders are vulnerable to several legal and financial risks. The paper then explains why minority protection should mostly be afforded through mandatory norms instead of default ones. It answers the second question in two parts. First, during the stage of investment in a minority stake, informational deficiencies as well as the fact that there is, as assumed by this paper, a personal relationship between the CSH and minority shareholders can result in investors waiving their statutory rights. Second, the majority principle, which allows the CSH to amend the charter in the general assembly, implies that any protective mechanism that is not mandatory can be wiped out by the CSH at the post-investment stage. This explains why norms that aim at protecting investors should, in principle, be mandatory.

In the final part, this paper offers a new taxonomy of the TCC's minority protection mechanisms. It classifies the mechanisms into five categories, building upon the voice and exit taxonomies already prevailing in the US literature. The first category is voice, which refers to mechanisms that allow minority shareholders to influence corporate decisions and transactions. The second category, exit rights, enables minority shareholders to exit the corporation through a free or safe exit. The right to a free exit means that shares are freely transferable without any restrictions. Since a free exit is unlikely due to legal and financial restrictions, a safe exit allows minority shareholders to sell their shares to the corporation or CSH at fair value. The other three categories, which are concepts first developed in this paper, supplement the first two. Foundational rights are mechanisms such as informational rights and anti-dilution norms that ensure proper exercise of voice and exit rights, while gap-filling principles are abstract norms that supplement the more concrete rules in previous categories. Finally, protective walls are legal mechanisms that aim at protecting the very system that protects minority shareholders, such as the doctrines of non-waivable and acquired rights as well as the principle of mandatory norms regarding charter provisions.

Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?

Giriş

“Sıkça anlatılan eski bir rivayete göre Doğulu bir gazete sahibine şirketindeki hisselerin değeri sorulunca şu manidar cevabı verir: ‘Şirketimde 250.000 \$ değerinde 51 hisse vardır. Kalan 49 hisseyse beş para etmez.’”¹.

Yukarıdaki anekdot tam olarak gerçeği yansıtmasa da hissesi çarpıcıdır. Anonim şirketlerde azınlık pay sahipliği, pek çok riski beraberinde getirir. Hâkim pay sahipleri ile azınlık pay sahiplerinin menfaatleri arasındaki hassas dengeyi tutturmak, anonim şirketler hukukunun temel meselelerinden biridir. Söz konusu dengenin nasıl sağlandığını anlamak için azınlık pay sahiplerinin neden ve nasıl korunduğunu ortaya koymak şarttır. Bu çalışma, Türk Ticaret Kanunu’nda (TK) azınlığın neden ve nasıl korunduğunu ele almaktadır. Bu amaçla TK hükümleriyle korunan azınlığın kim olduğu, bu korumanın gerekçeleri ve nasıl sağlandığı üzerinde durulacaktır. Korumanın nasıl sağlandığı açıklanırken azınlığı koruyan mekanizmalar Türk öğretisinde daha önce benimsenmeyen bir tasnif metoduyla sınıflandırılacaktır.

Bölüm I’de konunun sınırları çizilmekte ve çalışmanın üzerine bina edildiği varsayımlar açıklanmaktadır. Bölüm II, azınlık kavramını tanımlamaktadır. Bölüm III, azınlık pay sahiplerinin neden [kimden ve ne için] korunduğu sorusuna cevap aramaktadır. Bölüm IV, TK’nın azınlığı koruyucu mekanizmalarını tasnife tabi tutarak açıklamaktadır. Son bölüm, çalışmada yapılan tespitler ve varılan sonuçların bir özetini sunmaktadır.

I. Kapsam ve Varsayımlar

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin korunması gerekliliği, ortaklık yapısına bağlı olarak farklı şekillerde ortaya çıkar. Çok sayıda pay sahibinin küçük oranlarda paya (ve oya) sahip olduğu ve tek başına şirket yönetimine yön veremediği hallerde -ki bu halde kuvvetle muhtemel payları borsada işlem gören bir şirket söz konusudur-, hissedarların şirket yöneticilerinin fırsatçı davranışlarından zarar görmesi endişesi ön plana çıkar (*the managerial agency problem*). Ancak bu tarz bir ortaklık yapısı Türkiye’de ender görülür. Türkiye’de kurulu ortalama ve yaygın yapıdaki anonim şirkette,² şirket yönetimini belirleme imkânına sahip bir pay sahibi veya pay sahipleri

¹ Humphrys v. Winous Co., 133 N.E.2d 780, 783 (Ohio, 1956). İngilizce aslı: “*The old story, so often told, of a prominent Eastern newspaperman’s reply to the question of what the shares in his company were worth, is very apt: ‘There are 51 shares,’ said he, ‘that are worth \$250,000. There are 49 shares that are not worth a—.’*”.

² Burada Türkiye’deki “tipik” anonim şirketten söz edilebilir. Fakat bu ifadeden tipoloji öğretisine dair çağrışımlar yapabileceği için bilinçli olarak kaçınılmıştır.

(hâkim pay sahibi, “HPS”)³ ve bu kudretten yoksun azınlık pay sahipleri karşımıza çıkar. Bu defa endişe, azınlık pay sahibinin HPS’nin fırsatçı davranışları sebebiyle zarara uğramasıdır (*the controlling shareholder agency problem*)⁴.

Bu çalışmada yukarıdaki ortaklık yapılarından ikincisi, yani Türkiye’de yaygın görüldüğü üzere bir HPS’nin bulunduğu anonim şirketler ele alınmaktadır. Çalışma boyunca yapılan açıklamalar, -azınlık korumasının daha basit ve çarpıcı şekilde açıklanabilmesi amacıyla- incelenecek şirketin aşağıdaki özelliklere sahip olduğu varsayımına dayanmaktadır:

- (i) Şirket, halka açık değildir ve halka açık şirketlere dair hükümlere tabi değildir. Bu yüzden sadece kapalı şirketlerdeki azınlık pay sahiplerini koruyan düzenlemeler ele alınmıştır.
- (ii) Şirkette bir HPS bir de azınlık pay sahibi vardır. Esasen bu varsayım tahtında varılacak sonuçlar, birden fazla pay sahibinin birlikte hâkim olduğu ve/veya azınlıkta kalan birden fazla ortağın olduğu bir şirket için benzer olacaktır. Ancak bu durumda aynı tarafta bulunan pay sahiplerinin birlikte hareket etmesine dair güçlükler söz konusu olabilir. Dolayısıyla açıklama ve örnekleri basitleştirmek adına şirketin biri hâkim diğeri azınlık iki pay sahibi olduğu farz edilmiştir.
- (iii) HPS ile azınlık pay sahibi arasında, şirketteki ilişkilerinin dışında (ortaklık ilişkisi öncesine dayanan) şahsi mahiyette bir ilişki bulunmaktadır⁵. Hissedarlar örneğin iki eş, kardeş, kuzen, dost, iş veya okul arkadaşı ya da meslektaş olabilir. Bu açıdan taraflar arasında (önceden gelen) bir güven ilişkisinin mevcudiyetinden söz edilebilir. Bu varsayım, özellikle azınlığın neden emredici hükümlerle korunduğu bahsinde önemli bir role sahiptir⁶.
- (iv) Pay sahipleri arasında azınlık pay sahiplerini koruyucu hükümler içeren bir pay sahipleri sözleşmesi yoktur⁷. Azınlık pay sahibi, ortaklık ilişkisinin kuruluşunda

³ Hâkimiyet ilişkisi, HPS’nin belirlenmesi ve bu belirlemede esas alınacak kriterler, bu çalışma kapsamı dışında kalmaktadır. Öte yandan, bu hususta şirketler topluluğunda hâkimiyetin tespiti hakkındaki TK 195 ve ilgili literatürden faydalanmak mümkündür; örneğin bkz Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topuluğu Hukuku* (On İki Levha 2009) 100 vd.; Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler* (Equity Joint Ventures) (Vedat 2009) 361 vd.

⁴ Modern anonim şirketler hukukunda menfaat çatışmalarının tasnifi için örneğin bkz, İsmail Kırcı, Feyzan Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013), 255 vd.; Reinier Kraakman ve diğerleri, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3. Bası, Oxford University Press 2017) 29 vd.

⁵ Kişisel ilişkilerin kapalı şirketlerin karakteristik özelliklerinden olduğunu vurgulayan, Gregor Bachmann ve diğerleri, *Regulating the Closed Corporation* (European Company and Financial Law Review Special Volume 4), (De Gruyter 2014), 31.

⁶ Bkz aşağıda III.B.

⁷ Pay sahipleri sözleşmelerinin amaçları arasında şirkette güç dengesinin korunması ve azınlık pay sahiplerine kanunda öngörülme haklarının tanınmasını sayan, Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağ Hukuk Vakfı Yayınları 2003), 77.

bu şekilde bir ilave koruma talep etmemiş veya etse dahi bu yönde bir taviz elde edememiştir. Esasen uygulamada pay sahipleri sözleşmeleri yaygındır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere bu varsayım, kanuni mekanizmalarla sınırlı incelemeyi kolaylaştırdığı için tercih edilmiştir.

- (v) Aksi belirtilmedikçe pay sahiplerini TK'dan daha kapsamlı şekilde koruyan esas sözleşme hükümleri söz konusu değildir. Hemen yukarıdaki varsayıma paralel olarak azınlık pay sahibinin esas sözleşmesel ilave korumayı istememiş veya istemesine rağmen alamamış olduğu farz edilmiştir.
- (vi) Azınlık pay sahibinin hisselerini gerçek değerden satarak şirketten ayrılması güçtür. Halka açık şirketlerden farklı olarak kapalı şirket hisselerinin bir borsa değeri ve hisselerin el değiştirmesini kolaylaştıran ikincil bir piyasa yoktur. Üstelik pay devri hukuken sınırlandırılmış olabilir. Bu durum, azınlık pay sahibinin paylarını üçüncü kişiye devretmesini zorlaştırmakta ve şirketten çıkış için payların HPS'ye -genelde gerçek değer altında bir bedelle- satılması seçeneğini ön plana çıkarmaktadır.

Yukarıdaki varsayımları özetlemek gerekirse çalışmanın konusu; bir HPS'nin bulunduğu, hissedarları arasında ortaklık ilişkisini önceleyen şahsi bir ilişki mevcut olan ve azınlık pay sahiplerinin sözleşmesel yollarla TK'da öngörülenin ötesinde korunmadığı kapalı anonim şirketlerde azınlığın korunmasıdır.

Son olarak çalışma kapsamını sınırlayan iki diğer tercihten söz açılmalıdır. İlk olarak azınlık pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmaları ve HPS'nin bu tehlikeden korunması, çalışma kapsamı dışında kalmaktadır. Başka bir deyişle çalışma, sadece azınlığın korunmasına odaklanmakta ve simetrik tehlike ve risklerle bunları bertaraf etmek üzere öngörülen tedbirleri ele almamaktadır⁸. Ayrıca çalışma, azınlığı koruyan kanuni mekanizmaların bir tasnifini sunmakla yetinmekte ve açıklamalar bu hudutlar dahilinde yapılmaktadır. Her biri ayrı birer inceleme konusu olabilecek münferit koruyucu mekanizmalara ilişkin detaylı açıklamalara ve tartışmalara bu yüzden yer verilmeyecektir.

II. Azınlığın Tanımlanması (Azınlık Kimdir?)

Bu bölümde azınlık kavramı çeşitli açılardan ele alınarak bir tanım sunulmaktadır. Bu amaçla öncelikle TK'da azınlık teriminin nasıl kullanıldığı incelenmektedir. İkinci

⁸ Hâkim pay sahiplerinin korunması konusunda bkz Erdoğan Moroğlu, 'Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması [1994] 17(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47 vd; Alihan Aydın, 'Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması' iç Hayri Domanic (edr) *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı* (2. Bası Beta 2001) 29 vd; Necdet Uzel, 'Anonim Ortaklık Hukukunda Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılması (Mümkün Müdür?) -Makale I: Genel Değerlendirme' iç İsmail Kırcı ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 1293 vd; Onur Zorluer, *Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması* (Adalet 2021); İsviçre öğretisinde, Thomas Jutzi, 'Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?' iç Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 49 vd.

olarak “azınlık” kelimesinin neden “azlık” kelimesine tercih edildiği açıklanmaktadır. Son olarak öğretilerdeki mevcut tanımlar ele alındıktan sonra işlevsel bir yaklaşımla azınlık kavramının çalışmanın kalanında benimsenecek tanımına ulaşılmaktadır.

A. TK’da Azınlık Kavramı

TK, “azlık” kelimesine çeşitli hükümlerde yer vermektedir. Ancak kavramın Kanun’daki kullanımı, tutarlılık ve istikrardan uzaktır. Kimi hükümlerde az(ın)lık doğrudan tanımlanmıştır. Örneğin “2. Azlık” üst başlıklı TK m 411, genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekletme haklarının sermayenin en az onda birini (halka açık şirketlerde yirmide birini) meydana getiren pay sahiplerince kullanılabilceğini hüküm altına almaktadır. Böylece en azından bu hüküm anlamında az(ın)lık teriminin söz konusu oranları sağlayan pay sahiplerine denk geldiği söylenebilir⁹. Nitekim madde gerekçesi, ilk fıkrada az(ın)lık kavramının “*bu maddeye özgü olmak üzere*” tanımlandığını belirtmektedir. TK m 411’deki başlık - metin bağlantısı yanında, bazı maddelerde belirli bir pay oranını (%10 ve %5) temsil eden pay sahiplerinin ilgili hakka sahip olduğu belirtildikten sonra hükmün devamında bu hak sahipleri “azlık” olarak anılmıştır (bkz denetçinin görevden alınması ve yeni denetçi atanmasına dair TK m 399(4) ve (5), genel kurulda finansal tablolar ve bağlantılı konuların müzakeresinin ertelenmesine dair m 420(1) ve (2))¹⁰.

Yukarıdaki TK hükümleri kanun koyucunun “azlık” terimini sermayenin onda birini (halka açık şirketlerde yirmide birini) temsil eden pay sahiplerine özgülediği izlenimini uyandırsa da ifadenin kanundaki diğer kullanım şekilleri, bu sonucu teyit etmemektedir. Örneğin bu oranı sağlayan pay sahiplerine hak tanıyan kimi hükümlerde azlık ifadesine rastlanmamaktadır (bkz TK m 439 (özel denetçi atanması talebi), m 531 (haklı sebeple fesih davası) ve m 559 (kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumluluk bakımından ibraya engel olma)). Ayrıca azlık terimine zaman zaman bu oranlardan bağımsız olarak yer verilen hükümler (bkz şirketler topluluğunda azınlığın şirketten ihracına dair TK m 208,¹¹ yönetim kurulunda temsil imtiyazına dair m 360, bazı şirketler bakımından kimlere imtiyaz tanınabileceğine sınırlama getiren m 478(4) ve nama yazılı pay senetlerinin bastırılması talebini düzenleyen m 486(3)¹²), terimsel tutarlılığı daha da zedelemektedir.

⁹ Benzer bir kullanım için bkz 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTK) m 366. Ayrıca bkz “*şirket sermayesinin onda birine sahip olan azlığın*” genel kurul müzakerelerini erteleme hakkından bahseden eTK m 377.

¹⁰ Benzer, eTK m 341(1) ve (2).

¹¹ TK m 208’in uygulanabilmesi için bu hüküm kapsamında azınlığın şirketteki pay ve oy oranının %10 veya daha az olması gerekmektedir. Dolayısıyla TK’da az(ın)lık ifadesi, kimi zaman payların en az %10’una sahip ortaklar için kullanılmışken, TK m 208 bağlamında azınlık, payların en fazla %10’una sahip olabilecektir. Bununla birlikte bu hükümde düzenlenen azınlık pay sahibinin şirketten çıkarılması olup bir azınlık hakkının söz konusu olmadığı hatırlatılmalıdır.

¹² Öte yandan bu hakkın da sadece sermayenin en az %10’unu (halka açık şirketlerde en az %5’ini) temsil eden hissedarlarca kullanılabilceği öğretilerde savunulmaktadır; örneğin bkz Hakan Gencer, *Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları* (Seçkin 2019) 133.

¹³ Ayrıca bkz ticaret şirketlerine dair genel hükümlerden TK m 155(2).

Bu durumda TK'nın az(ın)lık ifadesini *genelde* sermayenin en az %10'unu (halka açık şirketlerde en az %5'ini) temsil eden pay sahipleri için kullandığı söylenebilir; fakat bu bakımından bütünlük ve tutarlılık söz konusu değildir¹⁴. Azınlık kavramına nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği, aşağıda¹⁵ detaylıca ele alınmakta ve kavramın içi işlevsel bir yaklaşımla doldurulmaktadır. Ancak öncesinde, *azlık* ve *azınlık* kelimeleri arasındaki tercihin açıklığa kavuşturulması gerekir.

B. Azınlık mı Azlık mı?

TK'nın hemen hemen tüm ilgili maddeleri "azlık" terimini kullanmaktadır¹⁶. eTK da aynı şekilde azlık ifadesine yer vermekteydi¹⁷. Yine TK genel gerekçesi ısrarla azlık ve azlık haklarından bahsetmektedir¹⁸. Öğretideyse kavram birliği sağlanmış değildir; azlık (hakları) ve azınlık (hakları) ifadelerinden birini kullanan yazarlar¹⁹ olduğu gibi bunları birbiri yerine değişken biçimde kullanan yazarlara da tesadüf etmek mümkündür²⁰. Bu durumda cevaplanması gereken soru, hangi kavramın az(ın)lık pay sahiplerini daha iyi ifade ettiği ve bu yüzden hem azınlığın korunmasına ilişkin tahlilde hem de kanun yazımı bakımından tercihe şayan olduğudur.

Kanaatimce tercih edilmesi gereken, azınlık kelimesidir. Azınlık, genel olarak çoğunlukta olmayanları ifade etmek için kullanılan kelimedir. Bugün (belki de eTK ve TK'nın etkisiyle) azlık kelimesi, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlük'ünde azınlık kelimesi yerine kullanılabilir olarak verilmektedir²¹. Bununla birlikte genel olarak yerleşik anlamı olan ve ticaret hukukunda özel bir anlama sahip olan azınlık terimi yerine ticaret hukukuna özel olarak türetilmiş "azlık" terimi zorlama gözükmemektedir. Bu yüzden kanun değişikliği halinde de azlık terimi terk edilerek kanunda yeknesak biçimde azınlık ifadesinin kullanılmasında fayda vardır²². Anılan gerekçelerle çalışmanın kalanında azlık yerine azınlık terimi kullanılacaktır.

¹⁴ Kaldı ki İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) azınlık (*Minderheit/minorité*) ifadesi sadece yönetim kurulunda temsile dair m 709'da geçmekte, hak kullanımının şekli ölçüte tabi olduğu hallerle azınlık kavramı arasında kanuni bir bağlantı kurulmamaktadır.

¹⁵ Bkz II.C.

¹⁶ TK m 155(2), bunun tek istisnasıdır.

¹⁷ Bkz eTK m 341, m 366 ve m 377.

¹⁸ Örneğin bkz başlık ve metinlerinde bu ifadeye yer veren Genel Gerekçe N 76 ve 133.

¹⁹ Birçokları yerine bkz azlık (hakları) ifadesini tercih eden Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası Vedat 2019) N 821-822, 877 ve azınlık hakları ifadesini kullanan Oğuz İmregün, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri* (İsmail Akgün Matbaası 1962) 48 vd.

²⁰ Örneğin bkz İsmail Kırcı, Feyzan Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016), 59.

²¹ Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr>> erişim tarihi 10 Şubat 2021, azınlık kelimesinin ilk anlamı ve azlık kelimesinin ikinci anlamlarına bkz.

²² Çeşitli gerekçelerle azınlık kelimesini tercih eden Mehmet Bahtiyar, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' [2005] (61) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 47, 50; Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası On İki Levha 2016) 228; Erol Ulusoy, 'Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması' iç Erol Ulusoy (edir) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 65, 65 dn 2; Gencer (n 12) 54, Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (3. Bası Adalet 2018) 2002-2003.

C. Azınlığın Tanımı

Sonucu önceden söylemek pahasına azınlığın ne olduğu değil ne olmadığı -yani HPS- üzerinden tanımlanacağını belirtmeliyim. Ancak bu sonuca varmadan önce özellikle öğretilerdeki mevcut ve yaygın tanımları eleştirel bir gözle incelemekte fayda bulunmaktadır.

Mevcut tanımların genelde TK'nın kimi hakların kullanımı için şart koştuğu belirli pay sahipliği oranına paralel şekillendiği görülür. Buna göre (kapalı anonim şirketlerde) azınlık pay sahipleri, sermayenin (tek başına veya kolektif olarak) %10'unu temsil eden şirket hissedarlarıdır²³. Aynı tanım, kimi zaman çoğunluk pay sahibinin karşısında konumlandırılan teknik anlamda olmayan/geniş anlamda/genel azınlık kavramından ayırt edilmek suretiyle dar/teknik anlamda veya mevsuf azınlık için sunulmaktadır²⁴. Anılan yaklaşımlar, TK'nın yer yer ancak tutarlılık sağlamadan kullandığı²⁵ ve kimi hakların kullanılması için öngörülen şekli sermayeye iştirak oranını esas almaktadır. Oysa bu ölçüt, azınlık kavramının HPS ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilafındaki rolünü arka plana itmektedir. Anılan yaklaşım, kanunda tanınan bazı hakları kullanma yetkisine sahip kişiler çevresini sınırlamaya yönelik şekli mahiyette bir kriteri azınlık tanımının merkezine yerleştirmektedir. Ancak azınlık pay sahiplerinin menfaat ihtilafı bağlamında korunması ihtiyacı bakımından %1, %3, %5 veya %9,99 pay sahibi ile %10 pay sahibi arasında herhangi bir fark yoktur. Öğretilerdeki yaygın kabule rağmen sermayeye iştirak oranına dayalı tanımlar, azınlığın korunmasının TK'daki merkezi rolü ve korunan azınlığın kim olduğunu açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır.

Azınlığın, kendisine zıt olan kavram esas alınarak -yani ne olduğundan ziyade karşıtı üzerinden- tanımlanması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Fakat bu açıdan

²³ Ömer Teoman ve Ünal Tekinalp, 'Der Minderheitenschutz im türkischen Aktienrecht' [1983] 29(45) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 101, 102; Ayşe Sumer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenlerle Feshi* (İsmail Akgün Vakfı 1991) 6; Ersin Çamoğlu, '6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili' [2011] Halil Arslanlı Bilim Arşivi <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Ersin%20Camoglu-AnonimOrtaklikYonetimKurulundaBelirli%20Grupların%20Temsili.pdf>> erişim tarihi: 10 Şubat 2021, 1; Pulaşlı, *Şerh* (n 21) 2003; Özgür Falcıoğlu, 'Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili' iç Erol Ulusoy (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 205, 216; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I* (n 19) N 821, 822; çeşitli ayrımlar yapmakla birlikte yine şekli kriteri esas alan, Ulusoy (n 22) 68 vd. ve onu takiben Gencer (n 12) 57 vd. TK'ya benzer şekilde tam bir tutarlıktan uzak olmakla birlikte TK Genel Gerekeşi de şekli kriteri esas almaktadır (bkz N 132, 133).

²⁴ İsmail Kayar, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 1989) 2; Seda Ulaş Kısa 'Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar' iç Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, Gül Okutan Nilsson (edr) *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt 1* (Beta 2003) 507, 507; Eser Rüzgâr, 'Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' [2013] 3(3) *Regesta* 31, 33; Mustafa Erdem Can, 'Azınlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri' iç Erol Ulusoy (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 407, 412; TK m 360 bağlamında bu ayrımda bulunan, Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Cilt 1* (n 4) 430; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası Yetkin 2015) 147; zorunlu çağrı bağlamında teknik anlamda azınlıktan ayırmak suretiyle HPS dışında kalan ortaklardan azınlık olarak bahseden, Ali Paşlı, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (Vedat 2009) 407 dn 295; Abuzer Kendigelen, 'Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler' iç Abuzer Kendigelen *Makalelerim Cilt II: 2001-2017* (2. Bası On İki Levha 2018) 401, 402 dn 4.

²⁵ Bkz II.A.

referans alınacak olan çoğunluk pay sahibi değil, HPS olmalıdır²⁶. Sermayenin yarısından fazlasını temsil eden çoğunluk pay sahibi, çoğu halde hâkimiyetin sahibi olacaktır. Ancak kontrol imkânı veren hukuki araç ve senaryoların zenginliği karşısında azınlığı, sermaye çoğunluğunun karşısında konumlandırmak isabetli değildir. Sermaye çoğunluğu, hâkimiyet için ne yeterli ne de zorunludur. Oyda imtiyaz, yönetim kurulunda temsil imtiyazı, hâkimiyet sözleşmesi ve pay sahipleri sözleşmeleri gibi mekanizmalarla²⁷ sermaye çoğunluğu ile hâkimiyet arasındaki bağlantı koparılabilir²⁸. Nitekim bu durumlarda sermayenin çoğunluğunu temsil eden pay sahipleri, şirketi kontrol edememektedir²⁹. Hatta sermayenin küçük bir kısmını temsil eden pay sahiplerinin şirket kontrolünü elinde tuttuğu bu durumlarda azınlık (yani sermaye çoğunluğunu temsil ettikleri halde şirket yönetimine hâkim olmayan pay sahipleri) için risk daha da büyüktür³⁰. Çoğunluk pay sahibinin HPS olduğu hallerde şirket malvarlığındaki her kayıp yüksek iştirak oranından dolayı HPS'yi daha fazla etkilerken, aksi yöndeki senaryoda şirket malvarlığındaki azalmalar HPS'yi daha az etkiler. Bu halde sermaye iştirakinin şirket malvarlığını azaltabilecek işlemlerde oynadığı caydırıcı tesir azalmaktadır³¹. Bu yüzdendir ki kanun koyucu mülkiyet - kontrol bağlantısını koparacak mekanizmaları yer yer dizginlemiştir³². Sermaye çoğunluğunu teşkil etmeyen payların sahiplerinin şirket yönetimine hâkim olması ihtimali -beraberinde getirdiği sorunlar bir yana- azınlığı tanımlarken çıkış noktasının sermayenin çoğunluğunu temsil eden payları haiz (çoğunluk) hissedar olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bu kısma kadar azınlık pay sahibi tanımının, hakların kullanılmasına ilişkin şekli kriterler veya çoğunluk pay sahibi karşısındaki konum üzerinden yapılmaması gerektiği açıklanmıştır. Azınlığı tanımlarken esas alınması gereken, bu pay sahiplerinin HPS karşısındaki konumudur. Nitekim öğretilerde bu minvalde tanımlara rastlanmaktadır. Buna göre azınlık pay sahipleri, şirket iradesi oluşumuna etki

²⁶ Benzer yönde, Mehmet Helvacı, 'Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı' iç Erdoğan Moroğlu ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998) 297, 308 ve dn 26; karış azınlık pay sahibini oy haklarının yarısından azına sahip pay sahibi olarak tanımlayan Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Stämpfli 2001) § 1 N 115, 175.

²⁷ Keza karşılıklı iştirak ve piramit topluluk yapıları da iktisadi anlamda mülkiyetle pay oranı arasında farklılıklar yaratmaya elverişlidir.

²⁸ Bu açıdan HPS'nin tespiti şirketler topluluğu hükümleri kapsamında hâkim şirket/teşebbüsün belirlenmesiyle uyumaktadır. Bu konuda örneğin bkz Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu* (n 3) 101 vd; Altay, (n 3) 361 vd, 467 vd.

²⁹ Karş Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I* (n 19) N 824.

³⁰ Sermaye çoğunluğunu teşkil etmeyen pay sahiplerinin kontrolü ve bağlantılı riskler hakkında bkz Lucian Aye Bechuk, Reinier Kraakman ve George Triantis, 'Stock Pyramids Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights' iç Randall K. Morck (edr) *Concentrated Corporate Ownership* (The University of Chicago Press 2000) 295 vd. Bu arada belirtmek gerekir ki şirket kontrolünün, sermayenin yarısından az bir kısmına sahip pay sahiplerine ait olması halinde azınlık kavramı, diğer pay sahiplerinin konumunu açıklamada yetersiz kalabilecektir.

³¹ Eğer malvarlığını azaltan işlem HPS'nin kendisiyle yapılıyorsa söz konusu caydırıcı etkiden söz etmek güç olacaktır.

³² Oyda imtiyazda üst sınır (TK m 479(2)), oyda imtiyazın işlemediği haller (TK m 479(3)), nisabın belirlenmesinde sermaye miktarının rolü olan haller (örneğin TK m 421 ve m 461(2)) ve bilinçli olarak girilen karşılıklı iştirak ilişkisinde hakların donması yaptırımını (TK m 201) bu bağlamda okunabilir.

edemeyen ve çoğunluk kararlarıyla bağlı pay sahipleridir³³. Bu tanımlar prensip itibarıyla yerindedir. Bununla birlikte hem çoğunluk yerine HPS'nin esas alınması hem de azınlığın HPS karşısındaki konumundan kaynaklanan riskleri vurgulamak adına bu çalışmada esas alınacak tanım şu şekildedir: *Anonim şirkette azınlık, hâkim pay sahibi dışında kalan ve bu yüzden maruz kaldıkları hukuki ve iktisadi riskler sebebiyle korunması gereken pay sahipleridir.*

Önerilen tanım, anonim şirketler hukukunun temel konularından olan azınlık - hâkim pay sahibi menfaat ihtilafı bağlamında kavramın, söz konusu ihtilafın tabiatına en uygun şekilde kullanılabilmesini sağlamak içindir. Böylece TK'nın azınlık pay sahiplerini koruyan sistemi daha kapsamlı bir şekilde analiz ve tasnif edilebilecektir. Kanun'da bu şekilde bir tanıma yer verilmesine bu açıdan ihtiyaç bulunmamaktadır. TK'da az(ın)lık teriminin yer yer belirli bir pay oranıyla özdeşleştirilmesi de bu açıdan önemli değildir. Dolayısıyla benimsenen tanım, TK'nın azınlığı koruyan sisteminin daha iyi anlaşılabilmesine yönelik olup bir kanun değişikliği önerisi değildir. Benzer şekilde bu tanım, mevcut TK hükümlerinin uygulama alanının yeniden değerlendirilmesini gerektirmemektedir³⁴.

Azınlık tanımı verilirken atıfta bulunulan riskler nedir ve azınlığın bunlar karşısında korunması neden bir gereklilik teşkil etmektedir? Bu soruların cevabı bir sonraki bölümün konusudur.

III. Azınlık Korumasının Gereçleri (Azınlık Neden Korunur?)

Anonim şirkette azınlık pay sahipliği mevkii, bu konumdaki pay sahibini birtakım risklerle karşı karşıya bırakır. Bu bölümde öncelikle bu hukuki ve iktisadi riskler izah edilmektedir. Ancak söz konusu risklerin mevcudiyetinin kabul edilmesi, azınlığı koruyan kanuni mekanizmaları tek başına meşru kılmaz. Nitekim azınlık pay sahibinin şirketteki yatırımını neden kendi imkânlarıyla koruyamadığı sorgulanmalıdır. Bu yüzden bölümün ikinci kısmı, azınlığın kendini koruma imkânına rağmen neden emredici hükümlerle korunmaya ihtiyaç duyulduğu sorusuna cevap aramaktadır.

A. Azınlığın Maruz Kaldığı Hukuki ve İktisadi Riskler (Azınlık Kimden Korunur?)

Anonim şirketler, çoğunluk ilkesine göre yönetilir³⁵. İlke, genel kurulda ve bununla bağlantılı olarak yönetim kurulunda kendini gösterir. Oy çoğunluğuna sahip

³³ Bu yönde bkz Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999) 20 dn 66; Seda Ulaş Kısa (n 24) 507; Füsün Nomer, 'Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi' iç Erdoğan Moroğlu (edr) Prof. Dr. Oğuz İmvegün'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998) 469, 469 dn 2. Benzer şekilde, Jutzi, 'Mehrheitenschutz' (n 8) 52.

³⁴ Yani bu çalışma kapsamında esas alınan tanım, Kanun'da sermayenin belirli bir yüzdesini temsil eden payların sahiplerine tanınan hakların uygulama alanı hakkında -mevcut veya olması gereken hukuk yönünden- bir yargı içermemektedir.

³⁵ Pek çokları yerine bkz anonim şirketlere hâkim ilkeler arasında ilk olarak çoğunluk ilkesine yer veren Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I* (n 19) N 465.

pay sahibi, genel kurulda istediği kararların alınmasını sağlayabilir (TK m 418) ve esas sözleşmeyi dilediği yönde değiştirebilir (TK m 421(1))³⁶. Üstelik genel kurul kararları, toplantıya katılmayan ve katılıp karara muhalif kalan pay sahiplerini dahi bağlar (TK m 423). Keza yönetim kurulu üyeleri, kural olarak oy çoğunluğuna sahip pay sahibince genel kurulda belirlenir (TK 408(2)(b)). Oy birliği aranmadan çoğunluk oyuyla karar alınabilmesi, tek bir pay(ın) sahibinin dahi şirketi veto yetkisiyle esir alabilmesini engeller; şirketin hareket ve işlem yapabilme kabiliyetini teminat altına alır³⁷. Anonim şirketler hukukunun evrensel prensiplerinden birini teşkil eden çoğunluk ilkesi,³⁸ böylece HPS'ye şirketi yönetme gücünü bahşeder.

Anonim şirket pay sahiplerinin, yatırımlarının (şirkete getirdikleri sermaye) karşılığını oransal olarak almaları esastır ve pay sahipliği statüsünden kaynaklanan haklarda kural olarak oransallık ilkesi geçerlidir³⁹. Oysa HPS, şirkete ait değerlerden sermayeye iştirak oranının ötesinde bir kazanç/fayda elde edebilmekte ve bu şekilde elde edilen kazanç ve faydalar, hâkimiyete özgü getiriler (*private benefits of control*) olarak anılmaktadır⁴⁰. HPS'nin şirket malvarlığını tüm pay sahipleri adına yönetmesi, fırsatçı davranışlara imkân tanımaktadır. Bu bağlamda şirkete ait malvarlığı değerlerinin HPS'ye geçmesi sonucunu doğuran her türlü iş ve işlem, kaynak aktarımı⁴¹ (*tunneling*) olarak isimlendirilmektedir⁴². Kaynak aktarımı farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir⁴³. Ayrıca şirketi faal olarak yöneten HPS'nin, şirket işlerine dair daha fazla bilgi sahibi olmak suretiyle azınlık pay sahipleri karşısında haiz bulunduğu avantaj görmezden gelinemez. Aşağıda azınlığın karşı karşıya kaldığı hukuki ve iktisadi riskleri⁴⁴ açıklama maksadıyla sınırlı olarak birkaç çarpıcı örneğin sunulmasıyla yetinilmektedir. Amacı azınlığın kanuni korumaya neden

³⁶ Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, azınlığı koruyan mekanizmalar arasında ayrıca incelenmiştir, bkz aşağıda IV.B.2.

³⁷ Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 1996) § 3 N 55; Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 83; Peter Böckli, 'Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz' [2016] *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* (SZW) 444, 445; Türk hukukunda çoğunluk ilkesinin anonim şirketin çalışmasını imkansızlaştıracak oy birliği esasına tercih edildiği yönünde örneğin bkz. İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 1; Kurca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Cilt 1* (n 4) 116; İbrahim Çağrı Zengin, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020) 184.

³⁸ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 89, 95, 323.

³⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I* (n 19) N 878.

⁴⁰ Pek çokları yerine bkz Kraakman ve diğerleri (n 4) 79. *Private benefits of control* kavramının İsviçre öğretisinde de İngilizce orijinal haliyle kullanıldığı görülmektedir, bkz Hans Caspar von der Crone ve Olivier Baum 'Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagersiken' [2016] *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (GesKR) 278, 278.

⁴¹ Daha kaba bir ifadeyle bir çeşit "hortumlama"dan da söz edilebilir.

⁴² Simon Johnson ve diğerleri, 'Tunneling' [2000] Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper Number 1887 3; Pierre-Henri Conac, Luca Enriques ve Martin Gelter, 'Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy' [2007] *European Company and Financial Law Review* (ECFR) 491, 496. Kaynak aktarımı sonucu elde edilen parasal fayda, hâkimiyete özgü parasal getiriler olarak anılmaktadır (*pecuniary private benefits of control*), Luca Enriques ve Tobias H. Tröger, 'The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions' iç Luca Enriques ve Tobias H. Tröger (ed) *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge University Press 2019) 1, 2-3. Şirket yönetiminin getirdiği ticari itibar, bağlantılar ve tecrübe vb avantajlar, parasal getirilerin dışında kalmaktadır.

⁴³ Bu açıdan bir tasnif denemesi için bkz kaynak aktarımını dört alt başlığa ayıran, Vladimir Atanasov, Bernard Black ve Conrad S. Ciccotello, 'Unbundling and Measuring Tunneling' [2014] 5 *University of Illinois Law Review* 1697, 1699 vd.

⁴⁴ Bu risklerden malvarlığının dağıtımı, sulandırıcı hisse ihracı, ilişkili taraf işlemleri, şirkete ait ticari fırsatların aktarımı, şirket işlerinin aktarımı ve şirkete dair bilgilerin seçici şekilde diğer ortaklarla paylaşılmasını özellikle vurgulayan, Joseph A. McCahery ve Erik P.M. Vermeulen, *Corporate Governance of Non-Listed Companies* (Oxford University Press 2008) 46.

ihtiyaç duyduğunu ortaya koymak olan bu örnekler, TK'daki mevcut koruyucu müesseselerin varlığı dikkate alınmadan değerlendirilmelidir.

Örnek 1 (Yöneticilere fahiş miktarda ödeme yapılması): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %80'i HPS'ye, %20'si A'ya aittir. 2020 sonu itibariyle şirketin değeri 10.000.000 TL'dir. Genel kurulda HPS'nin oylarıyla şirketin tek yönetim kurulu üyesi olan HPS'ye 2020 yılı için 1.000.000 TL prim ödenmesi kararlaştırılmıştır. Ancak şirketin performansı, söz konusu prim ödemesini gerektiren düzeyden uzaktır. Azınlığı koruyan kanuni bir mekanizma olmadığı varsayımında, fazladan ödenen 1.000.000 TL'nin %20'si (200.000 TL) A'nın malvarlığından HPS'ye aktarılmış olmaktadır⁴⁵.

Örnek 2 (İlişkili taraf işlemi): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %60'ı HPS'ye, %40'ı A'ya aittir. Tek üye olan HPS'den ibaret yönetim kurulu, şirketin ihtiyacı olan iş makinelerinin HPS'nin ticari işletmesinden alınmasına karar vermiştir. Makineler 2.000.000 TL'ye HPS'den tedarik edilmiş, ancak rayiç bedelin 1.000.000 TL olduğu ortaya çıkmıştır. Azınlığı koruyan kanuni bir mekanizma olmadığı farz edilirse fazladan ödenen 1.000.000 TL'nin %40'ı (400.000 TL) A'nın malvarlığından HPS'ye aktarılmış olmaktadır⁴⁶.

Örnek 3 (Sulandırma I): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %90'ı HPS'ye, %10'u A'ya aittir. Genel kurulda HPS'nin oylarıyla (dış kaynaklardan) sermaye artırımı kararı alınmış ve yeni ihraç edilecek tüm payların HPS'ye tahsisi kararlaştırılmıştır. Bunun sonucunda A'nın şirketteki hissesi %10'un altına düşmüştür. TK'daki birçok hakkın kullanımı için %10'luk pay sahipliği oranı şart koşulduğundan A'nın şirketteki hukuki konumu oldukça zayıflamıştır. Yeni çıkarılan hisseler HPS'ye gerçek değerden satılmış olsa dahi A'nın hissesi hukuken sulandırılmıştır.

Örnek 4 (Sulandırma II): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %80'i HPS'ye, %20'si A'ya aittir. Genel kurulda şirket sermayesinin %20 oranında artırılmasına karar verilmiştir. Paylar primsiz olarak ve gerçek değerlerinin altında bir fiyata satılmasına rağmen mali darboğaz içinde olan A, yeni çıkarılan paylardan mevcut hissesi (%20) oranında edinme imkânını değerlendirememiş ve tüm yeni paylar HPS tarafından satın alınmıştır. A'nın yeni pay oranı (%16,67) hukuki durumunda ciddi bir değişikliğe yol açmamıştır. Öte yandan HPS yeni payları ucuza alarak -şirket malvarlığını bir pastaya benzetirsek- pastadaki payını, sermaye artırımıyla pastada meydana gelen büyümeden daha fazla artırmıştır. A'nın iştirakiye iktisadi değer bakımından sulandırılmıştır⁴⁷.

⁴⁵ Geriye kalan 800.000 TL şirket malvarlığı açısından bir eksilme meydana getirmekle birlikte HPS şirkette %80 oranında pay sahibi olduğu için bu miktar HPS'nin bir cebinden diğerine aktarılmış gibi düşünülebilir.

⁴⁶ Dikkat edilirse HPS'nin pay oranı azaldıkça şirket malvarlığında meydana gelen zararın kendi malvarlığına (dolaylı zarar olarak) yansımaları azalmakta, böylece şirkete aynı ölçüde zarar veren bir işlemde HPS daha fazla getiri elde edebilmektedir. Örnek 1 ve 2, bu farkı ortaya koymaktadır.

⁴⁷ Örnek 3 ve 4'ün olumsuz taraflarının bir araya geldiği ve A'nın iştirakinin hem iktisadi hem de hukuki açıdan sulandırıldığı bir ihtimal de düşünülebilir.

Örnek 5 (Bilgi asimetrisi): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %60'ı HPS'ye, %40'ı A'ya aittir. Şirket sermayesinin %20 artırım kararı alınmıştır. Şirketin uzun yıllardır düzenli kâr etmesine güvenen A, HPS'nin yeni payları almayacağını açıklaması üzerine tüm yeni payları iktisap etmiştir. Ancak şirketin üretim tesislerindeki eksiklikler sebebiyle yüksek miktarda idari para cezası yaptırımına uğradığı A'nın payları iktisabından kısa süre sonra ortaya çıkmış; bu durumdan haberdar olan HPS yeni payları almazken bu bilgiye sahip olmadan yeni payları yüksek fiyattan alan A zarara uğramıştır.

Örnek 6 (Topluluk içi işlem): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %60'ı HPS'ye, %40'ı A'ya aittir. X A.Ş., HPS'nin hâkim olduğu başka bir şirket olan Y A.Ş.'ye bir banka kredisi için 1.000.000 TL değerinde teminat vermiştir. Y A.Ş. krediyi geri ödeyememiş, X A.Ş. 1.000.000 TL zarara uğramıştır. Söz konusu işlem sebebiyle A'nın şirketteki paylarının değeri 400.000 TL azalmıştır. HPS ise diğer şirketi bu teminat sayesinde kredi aldığı için -aynı ölçüde- zarara uğramayacaktır.

Örnek 7 (HPS hisselerinin fahiş fiyattan geri alımı): X A.Ş.'nin pay ve oy haklarının %80'i HPS'ye, %20'si A'ya aittir. HPS'nin nakit paraya ihtiyaç duyması üzerine HPS'ye ait hisselerin bir kısmı şirket tarafından iktisap edilmiştir. X A.Ş., iktisap ettiği kendi hisseleri için piyasa değerinin oldukça üzerinde bir bedel ödemiştir. Bu durumda piyasa değerinin üzerinde yapılan ödemeyle, A'nın malvarlığından HPS'nin malvarlığına yapılan bir aktarım söz konusudur⁴⁸.

Yukarıda HPS'nin fırsatçı davranışlarıyla azınlık pay sahibine zarar vermesi tehlikesi, örneklerle somutlaştırılmıştır. Şüphesiz örnekler çoğaltılıp çeşitlendirilebilir. Öte yandan yukarıdaki senaryolarda azınlık pay sahiplerini koruyan çeşitli mekanizmalar TK'da mevcuttur ve bunlar bir sonraki bölümde ele alınmıştır. Ancak bu bölüme geçmeden önce azınlık pay sahiplerinin neden kendilerini koruyamadığı ve kanuni himayeye ihtiyaç duyduğu sorusu cevaplanmalıdır.

B. Azınlık Neden Kanuni Korumaya İhtiyaç Duyar? (Azınlık Ne İçin Korunur)?

Azınlığın kendini koruması esas sözleşmede veya pay sahipleri sözleşmesinde öngörülecek koruma mekanizmalarıyla sağlanabilir⁴⁹. Azınlığın sözleşmesel

⁴⁸ Örnek sayıya dökülerek somutlaştırılabilir. HPS'nin %80, A'nın %20 pay sahibi olduğu X A.Ş.'nin değerinin 100 TL olduğunu varsayalım. Böylece başlangıçta HPS'nin şirketteki payının değeri 80 TL, A'nın payının değeri ise 20 TL olacaktır. Şirket, %20'lik bir payı HPS'den 40 TL karşılığında iktisap edip daha sonra itfa etmiş olsun. İtfa işlemi sonrası şirkette HPS %75, A ise %25 paya sahiptir. Bu durumda A'nın payının değeri 15 TL'ye düşmüştür. HPS'nin ise payının değeri ise 45 TL'dir. Öte yandan HPS, sattığı paylar için 40 TL'lik bir ödeme almıştır. Yani HPS'nin başlangıçtaki 80 TL'si 85 TL'ye çıkmış; A'nın 20 TL'si ise 15 TL'ye düşmüştür. Bir başka deyişle A'nın malvarlığından 5 TL, HPS'ye aktarılmıştır.

⁴⁹ Bu mekanizmaların neler olabileceği ve uygulanabilirliği, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Sözleşmesel koruma imkânları hakkında örneğin bkz. Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 15; Thomas Rohde ve Dimitrios Berger, 'Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in den Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung' iç. Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 93 vd.

olarak kendini koruması mümkün ve muhtemel olduğu ölçüde kanuni koruma mekanizmalarına ihtiyaç azalır. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkiye özellikle emredici hükümlerle sözleşme serbestisini sınırlamak suretiyle yapılan müdahale, sosyal refaha hizmet etmeyen paternalist bir etkiye sahip olur⁵⁰. Üstelik gerekliliği ortaya kon(a)mayan abartılı bir azınlık koruması, çoğunluk ilkesinin içeriğini boşaltıp hem şirketin hareket kabiliyetini hem de şirkete HPS olarak yatırım yapan pay sahiplerinin meşru menfaatlerini tehlikeye atabilecektir⁵¹. Bu yüzden azınlığı koruyan hükümlere neden ihtiyaç duyulduğu konusuna -yani bu hükümlerin meşruiyet zeminine- mutlaka eğilmek gerekir.

Şirkete azınlık hissedar olarak yatırım yapmaya hazırlanan tarafın, gerekli korumayı elde edecek müzakere gücüne ve hangi durumlar için ne çeşit hukuki korumaya ihtiyaç duyabileceği hususunda gerekli bilgiye sahip olduğu farz edilsin. Bu varsayımlar üzerinden ilerlendiğinde dahi koruyucu mekanizmaları müzakere etmek ve bunları doğru ve hukuken geçerli şekilde formüle ederek esas sözleşmede veya pay sahipleri sözleşmesinde yer almasını sağlamak, yatırımcı (ve HPS) için maliyetli olabilir. Özellikle gerekli hukuki ve finansal danışmanlık hizmetinden kaynaklanan masraflar, azınlık pay sahibi olarak yatırım yapmayı değerlendiren taraf için caydırıcı olabilir. Bu durumlarda kanunun en azından asgari korumayı içeren gerekli altyapıyı taraflara sunması, işlem maliyetlerini kıskarak sözleşmenin kurulmasını kolaylaştırmaktadır⁵². Öte yandan azınlığı koruyan hukuki mekanizmalar genelde emredici karakterde hükümlerle düzenlenmektedir. Bu paragraftaki gerekçelendirme, yedek hükümlerin varlığını açıklamakta yeterli olabilir, ancak TK'nın azınlık pay sahiplerini neden emredici hükümlerle koruduğu konusu ayrıca incelenmeye değerdir.

Azınlığı koruyan belirli hükümlerin emredici niteliği, hem ortaklık ilişkisinin kurulması aşaması hem de bu ilişki kurulduktan sonraki safha açısından gereklilik arz eder. Kuruluş aşaması bakımından ilk olarak, yukarıdaki paragrafta yer verilen müzakere gücü ve bilgiye dair iki varsayımın gerçekçiliği sorgulanmalıdır. Taraflar arasındaki kişisel ilişkiye dayanan güvenin varlığı ve söz konusu şahsi ilişkiyi zedeleyebilecek taleplerden kaçınma eğilimi, kuruluş aşamasında azınlık pay sahiplerinin (yedek hükümlerle öngörülen) koruyucu mekanizmalardan feragat etmeye zorlanmaları sonucunu doğurabilir⁵³. Ayrıca şirket sözleşmesinin uzun süreli ve genelde açık uçlu olması ve şirkete yapılan yatırımın ticari yönü olmayan iş ve işlemlere göre daha karmaşık yapısı, tüm ihtimallerin önceden öngörülmesini

⁵⁰ Bu açıdan azınlık korumasının gerekliliğinin bir aksiyom olarak alınması gerektiğini vurgulayan, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 14, § 6 N 18.

⁵¹ Bu yönde birçokları yerine bkz İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 168-169.

⁵² Genel olarak sözleşme hukukunun işlem maliyetlerini azaltma fonksiyonu hakkında, Kerem Cem Sanlı, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi* (On İki Levha 2017) 34 vd; şirketler hukukunun bu işlevine vurgu için örneğin bkz McCahery ve Vermeulen (n 44) 22.

⁵³ Bachmann ve diğerleri (n 5) 10, 48. Yazarlar, bu gerekçelerle azınlık pay sahiplerinin şirket kuruluşunda yatırım yaparken genelde *sınırlı rasyonallite* ile hareket ettiklerine dikkat çekmektedir (20, 49).

güçleştirmektedir⁵⁴. Söz konusu bilişsel ve bilgisel eksiklikler, yedek hükümlerle düzenlenen koruyucu mekanizmalardan daha kolay cayılmasını beraberinde getirebilir. Son olarak özellikle ortaklık ilişkisinin sonradan pay iktisabı yoluyla kurulduğu hallerde HPS ile dışarıdan şirkete giren yatırımcı arasında bir bilgi asimetrisinden söz edilmelidir. Zira bu durumda şirketi fiilen yöneten HPS şirket faaliyetleri ve mali durumuna dair detaylı bilgiye sahipken, azınlık pay sahibinin anılan bilgilere erişimi daha kısıtlıdır. Bu yüzden kuruluş aşamasında azınlığı koruyucu hükümlerin taraflarca aksinin kararlaştırılmaması gerekir.

Ortaklık ilişkisi kurulduktan sonra da azınlık pay sahibini himaye eden hükümler bakımından emredici niteliğin korunması zaruridir. Çünkü borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak şirket esas sözleşmesi, gerekli çoğunluğa sahip olan HPS'nin iradesi doğrultusunda ve azınlık pay sahibini bağlayıcı olarak değiştirilebilmektedir. Farklı bir ifadeyle azınlığı koruyan hükümler, çoğunluk ilkesi karşısında emredici oldukları ölçüde anlam ifade ederler⁵⁵.

Yapılan açıklamalar, azınlığın kanuni korumaya -ve korumanın emredici hükümler vasıtasıyla sağlanmasına- neden ihtiyaç duyduğunu temellendirmektedir. Öte yandan azınlık hissedarları himaye gerekliliği ortaya konmuş olsa da bu koruma ile kiracı, işçi veya tüketicinin korunması arasında paralellik kurulması⁵⁶ konusunda ihtiyatlı olmakta fayda vardır⁵⁷. Anılan hallerde kiracı, işçi veya tüketici genelde ilgili sözleşme ilişkisine girmeye azınlık hissesine yatırım yapmayı düşünen bir tarafa göre daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Ticaret hukuku pay sahiplerini salt bu sıfatları sebebiyle tacir kabul etmese⁵⁸ (ve bu yüzden bu kişilerden basiretli tacir özen ve tedbiri beklenmese) dahi anonim şirkette pay sahipliğine dayalı ilişkilerin ticari yönünün ağır bastığı unutulmamalıdır. Bu nedenle azınlık pay sahiplerinin korunmasıyla zayıf konumu sebebiyle tüketici, kira veya iş hukuku kapsamında ilgililere sağlanan himayenin aradaki farklara vurgu yapılmadan aynı torbaya atılmasından imtina edilmelidir. Kaldı ki özellikle yatırım kararlarında şahsi bağlantıların daha az rol oynadığı büyük ölçekli ve sofistike yatırımcıların, azınlık pay sahibi olarak şirkete girseler dahi kanun yoluyla korumaya daha az ihtiyaç duyduklarına dikkat çekmek gerekir. Bu özelliklere sahip yatırımcılar, hem müzakere gücü hem de bilgiye erişim ve erişilen

⁵⁴ Melvin Aron Eisenberg 'The Structure of Corporation Law' [1989] 89(7) Columbia Law Review (Contractual Freedom in Corporate Law) 1461, 1465; Bachmann ve diğerleri (n 5) 10; Kraakman ve diğerleri (n 4) 19, Cem Veziroğlu, 'Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law' [2018] 19 European Business Organization Law Review 527, 529; Bu yönüyle şirket sözleşmesinin bir eksik sözleşme teşkil ettiği söylenebilir. (Kraakman ve diğerleri (n 4) 19). Eksik sözleşme (*incomplete contract*) kavramı için bkz Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press 2004) 292.

⁵⁵ Esas sözleşmenin sonradan tek taraflı olarak değiştirilebilmesi karşısında *ex post* fırsatçı davranış tehlikesinin altını çizen, Bachmann ve diğerleri (n 5) 49; keza bkz, Eisenberg (n 54) 1465.

⁵⁶ Bkz Ünal Tekinalp, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı' iç Mehmet Murat İnceoğlu (edr) *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt.2* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 635, 650; İsviçre'de benzer yaklaşımların bulunduğunu not eden, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 6 N 371.

⁵⁷ Aynı yönde, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 6 N 20.

⁵⁸ TK m 195(5) uyarınca hâkim teşebbüsün tacir sayılması bu anlamda bir istisna teşkil eder.

bilgiyi değerlendirme kabiliyetleri bakımından diğer azınlık pay sahiplerinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu pay sahipleri azınlık konumunda olduğunda kiracı, işçi ve tüketicinin korunmasıyla kurulan paralellik anlamını daha da yitirmektedir.

Son olarak belirtilmelidir ki azınlığın kanun hükümleriyle himayesi yalnızca azınlık değil, HPS ve genel olarak toplumsal refah açısından da olumludur. Kanun tarafından gerekli ölçüde korunduğunu düşünen yatırımcılar, azınlık hisselerine daha yüksek fiyattan yatırım yapabilir. HPS, böylece şirkete daha fazla sermaye çekerek ticari fikirlerini hayata geçirme imkânı yakalar. Sermaye toplamının ve yatırım çekmenin kolaylaşması, makro düzeyde bir fayda sağlayarak tüm toplum açısından yararlı olabilir⁵⁹. Bu nedenle azınlığın korunması, gerekli dengenin yakalanması kaydıyla hem azınlığın hem HPS'nin menfaatlerine hizmet edebilecektir⁶⁰. Azınlık pay sahiplerine sağlanan koruma ve HPS'nin çıkarlarının karşılıklı durumuna bu yüzden sıfır toplamlı oyun (*zero-sum game*)⁶¹ muamelesi yapılmamalı, azınlığı koruma amacı güden normların hem münferit olarak hem de bir bütün olarak kanuni koruma sistemi içinde bu dengeyi nasıl etkilediği esas alınmalıdır. Başka bir ifadeyle azınlığı korumaya yönelik münferit normların getiri ve götürüleri sadece ilgili normun kapsamıyla sınırlı olarak değil, resmin bütününe bakılarak azınlık pay sahipleri ile HPS'nin menfaatlerini dengeleyen teraziye etkisiyle birlikte düşünülmelidir. Bu dengenin nasıl sağlanacağı bu çalışma kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte azınlığı koruyan hukuki mekanizmaların isabetli bir tasnifi, bu mekanizmalar arasındaki ilişkinin daha net bir şekilde görülmesini sağlayacaktır. Böylece münferit bir normun -anılan büyük resim içerisindeki yeri daha doğru tespit edilerek- toplumsal refaha hizmet edip etmediğini tahlil etmek kolaylaşacaktır.

Bu bölümde azınlık pay sahiplerinin hangi tehlikelere karşı korunduğu ve bu himayenin neden emredici hukuk normlarıyla tesis edildiği açıklanmıştır. Takip eden bölümdeyse koruyucu mekanizmalar gaye ve etkilerine göre tasnife tabi tutulacaktır.

IV. Azınlığı Koruyan Mekanizmaların Tasnifi (Azınlık Nasıl Korunur?)

TK, anonim şirket azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini çok sayıda ve türde mekanizmayla korumaktadır. Bu çeşitlilik, farklı şekillerde tasnife izin vermektedir. Bu bölümde ilk olarak Türk şirketler hukuku öğretisinde büyük ölçüde kabul

⁵⁹ Azınlık korumasının sermaye çekmeyi kolaylaştırması argümanı hakkında birçokları yerine bkz Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 5 N 5 vd.

⁶⁰ Veciz bir deyişle ifade edilecek olursa azınlığa sağlanan koruma, *tadında bırakılması* kaydıyla tüm taraflar ve toplum için faydalı olacaktır.

⁶¹ Sıfır toplamlı oyun kavramı, oyun teorisi ve iktisat literatüründe taraflardan birinin kazancının diğerinin kaybına eşit olduğu ve böylece tarafların toplam kazanç ve kaybının sıfıra eşit olduğu durumları ifade etmektedir.

görmüş olan olumlu - olumsuz azınlık hakları ayrımı incelenmektedir⁶². Söz konusu ayrım, kapsam ve tasnif kriteri bakımından tenkide tabi tutulmakta ve sonrasında sınıflandırmaya yönelik daha geniş ve amaçsal/işlevsel yeni bir yaklaşım sunulmaktadır.

A. Yerleşik Tasnif Biçimi: Olumlu - Olumsuz Azınlık Hakları

1. Kapsam Bakımından

Yukarıda azınlık tanımına dair verilen tartışmalara paralel olarak, olumlu - olumsuz azınlık hakkı ayrımını benimseyen hukukçular, azınlık haklarını hakkın kullanımına dair şekli sermaye iştiraki (%10, halka açık şirketlerde %5) kriterine bağlı olarak oldukça dar tanımlamaktadır. Örnek bir tanımlamaya göre azınlık hakları, “*anonim ortaklıklarda esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerine, çoğunluk gücüne karşı koruma amacıyla hukuk düzenince tanınan haklardır*”⁶³. Bu şekilde tanımlanan azınlık haklarının, pay oranına bakılmaksızın her bir payın sahibine tanınan haklardan ayrıldığı açıktır. Benzer bir ayrıma İsviçre ve Alman öğretisinde de rastlanmaktadır⁶⁴. Verilen tanımın kapsamı, azınlığı koruyan mekanizmaların açıklanmasında iki sebeple noksan kalmaktadır: kapsama alınan hakların hak sahibi çevresine bağlı şekli kriterle sınırlanması ve koruyucu mekanizmalara sadece hak teşkil edenler üzerinden yaklaşılması.

İlk olarak azınlık haklarını sadece sermayenin en az %10’unu (halka açık şirketlerde %5’ini) temsil eden ortaklara tanınmış haklar olarak tanımlamak, TK’nın azınlığı koruyan sistemini olduğundan daha dar yansıtmaktadır. Hak sahibi çevresinin daha

⁶² Burada incelenmemekle birlikte alternatif bir yaklaşım olarak bkz genel kurulda ve genel kurul dışında kullanılan haklar ayrımı, Teoman ve Tekinalp (n 23) 104-105; Kayar (n 23) 36, Helvacı, ‘Azınlık Hakları’ (n 26) 300; H. Ali Dural, ‘Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi’ iç Hayri Domanıç (edr) *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı* (2. Bası Beta 2001) 179, 181-183.

⁶³ Bu tanım için, Sumer (n 23) 12. Şekli pay sahipliği oranı kriterine dayanan diğer yaklaşımlar için bkz İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 47; Oğuz İmregün, ‘Anonim Şirkette Azınlığın Himayesi’ iç *III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar: 13-18 Mayıs 1963* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1964) 171, 173; Teoman ve Tekinalp (n 23) 102; Mahmut Birsnel, ‘Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları’ iç *İmran Öktem’e Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 620, 631-632; Kayar (n 23) 11; Dural (n 62) 184; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası Vedat 2010) N 753; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Cilt 1* (n 4) 119; Falcıoğlu (n 23) 216; Gencer (n 12) 57; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (7. Bası Dora 2020) 354-355; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (11. Baskı Legem 2020) 382; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (2. Bası Yetkin 2020) 429. Pay oranı kriterine tanımda yer vermemele birlikte incelemelerde bu kriteri esas aldıkları anlaşılan, Helvacı, ‘Azınlık Hakları’ (n 26) 208 vd; Aydın (n 8) 30-34; Yılmaz Yördem, ‘Anonim Ortaklıklarda Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Hakları’ [2004] 8-9(8-9-10-11) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 177, 191; Tolga Ayoğlu, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’ [2013] (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu) 219, 221-222; Pulaşlı (n 22) 2003; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası Vedat 2020) N 14-08 vd.

⁶⁴ İsviçre için örneğin bkz Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 37) § 39 N 130; Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (2. Bası Stämpfli Verlag 2020) § 16 N 763 vd; çeşitli ayrımlar içinde hak sahipleri çevresine göre yaptığı tasnif bağlamında, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 222; mevsuf azınlık haklarından bahisle, Harald Bärtschi, ‘Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht’ iç Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 123, 131 vd; Alman öğretisinde örneğin bkz Tim Drygala, Marco Staake ve Stephan Szalai, *Kapitalgesellschaftsrecht Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts* (Springer 2012) § 23 N 4.

iyi anlaşılması açısından ve bu hususla sınırlı olarak hakların her pay sahibi tarafından mı yoksa sadece belirli şartları sağlayan hissedarlarca mı kullanılabilceği hususunda bir ayrıma gidilmesi anlamlı olabilir. Ancak bu ayrımı “münferit pay sahibinin hakları - azınlık hakları” yerine “her pay sahibine tanınmış haklar - ilave nitelikleri sağlayan pay sahiplerine tanınmış haklar” şeklinde formüle etmek de mümkündür. Bu yüzden bir hakkın azınlığı koruyan sistemin bir parçası olup olmadığı o hakkı kullanmak için gerekli şartlara (söz gelimi pay oranına) göre değil, ilgili hukuk kuralının amacına göre belirlenmelidir⁶⁵. Her bir pay sahibine tanınan hakların da önemli bir kısmı, azınlık pay sahiplerini koruma amacı gütmektedir. Nitekim maruz kaldıkları iktisadi riskler bakımından pay oranı sözcülemi %7 olan bir pay sahibi ile %10 olan bir diğeri arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır. Münferit pay sahipleri ve azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini birbirlerinden ayrı görüp bunlar için öngörülen ve koruma amacı ortak olan mekanizmaları *sadece* hakkın kullanım şartlarına göre tasnif etmek, bir bütün olarak azınlığı koruyan sistemin doğru analizini güçleştirmektedir⁶⁶.

Öte yandan kanun koyucunun kimi hakların kullanımında sermayeye iştirak veya asgari itibari değer gibi şartlar araması doğaldır⁶⁷. Bu şekilde birden fazla hedefin güdüldüğü tahmin edilebilir. İlk olarak sermaye oranı şartı, şirket üzerinde hâkimiyetini daha mutlak kılmak isteyen HPS’yi pay oranını %90’ın üzerine taşıması,⁶⁸ azınlık pay sahibiniyse kendini daha iyi koruyabilmek adına %10 veya fazla pay edinmesi yönünde teşvik eder. İkinci olarak, esasen bir azınlık hissedarın pay oranı ne denli yüksekse haklarını kötüye kullanarak şirkete zarar vermenin kendisine maliyeti bir o kadar artacağından, azınlık pay sahibinin sermaye iştirakini en az %10’luk bir orana taşımasının teşviki hedeflenmiş olabilir⁶⁹. Keza azınlık haklarının kötüye kullanımının zorlaştırılması, şirket menfaatini koruyucu bir role de sahip olacaktır. Dolayısıyla kimi hakların kullanımı için bazı kriterler öngörülmesi duruma göre yerinde olabilir. Ancak bu durum, bu şekilde bir kıstas söz konusu olmadan tüm pay sahiplerine tanınan haklarla sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerine tanınan haklar arasında amaç bakımından bir farklılık söz konusu olduğu anlamına gelmez.

⁶⁵ Örneğin bkz eleştiri konusu yapılan azınlık hakları - münferit pay sahibi hakları tasnifini benimsemesine rağmen münferit pay sahibine tanınan kimi hakların pay sahibini (yazar böyle ifade etmese de bu çalışmada tanımlandığı şekliyle azınlığı) koruyucu fonksiyonuna binaen bunları “şirkete karşı haklar” olarak niteleyen İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 105.

⁶⁶ Nitekim “pay sahibinin korunması” ve “azınlığın korunması” kavramları arasındaki ayrımın suni niteliğine vurgu yaparak bunların birbirleri yerine kullanılabilceğini belirten, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 182 vd; benzer şekilde, Peter V. Kunz, ‘Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz. Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze’ [1997] *Der Schweizer Treuhaender* (ST) 415, 415.

⁶⁷ TK’da, şekli kriter olarak pay oranı dışında bir kıstasa yer verilen tek hal, TK m 439 uyarınca özel denetçi atanması talebinde pay oranı şartını sağlayan pay sahiplerinin yanında “*paylarının itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan*” pay sahiplerinin de mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilmesidir. İtibari değer kriterinin TK’da belirli pay oranı koşulunun sağlanmasını arayan diğer haklar bakımından alternatif bir kriter olarak verilmemesi eleştiriye uğramıştır, Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim* (On İki Levha 2014) 105; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası On İki Levha 2016) 342-343.

⁶⁸ Bu bakımdan karşı tam hâkimiyete dair TK m 203’ün (şirketler topluluğunda azınlık pay sahiplerinin şirketten ihracına dair) m 208’e gönderme yapan gerekçesi.

⁶⁹ %1 oranında pay sahibi olan azınlık pay sahibi, bir hakkı kötüye kullanarak şirkete zarara uğratması halinde zararın %1’i kendi malvarlığını etkilerken pay oranı %10 olan bir azınlık pay sahibi açısından söz konusu (dolaylı/yansıma) zarar 10 katına çıkmaktadır.

Kanun koyucunun kimi hakların kullanımı için öngördüğü oransal sınırlamaların arkasında yatan nedenler bir tarafa, azınlık haklarını bu sınırların içine hapsetmek yerine bu çalışmada hakkın kullanımındaki şekli kriterler dikkate alınmaksızın amaca göre bir ayrıma gidilmiştir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere TK’da azınlık kavramı, şekli kriterle bağlı kalınan tutarlı bir biçimde kullanılmadığı gibi azınlık haklarına dair Genel Gereke N 133’ün şekli kriterin açıkça aranmadığı (azınlık pay sahiplerinin nama yazılı pay senedi basılması talebine ilişkin) TK m 486(3)’ü yeni bir azınlık hakkı olarak sayması dikkat çekicidir⁷⁰. Sonuçta TK’nın azınlığı koruyan sistemi, kimi hakların kullanılması için aranan şartlardan ayrı olarak ve azınlığı koruyan sisteme daha tepeden bakan bir yaklaşımla incelenmeye değerdir.

Yukarıda Sumer’in örnek tanımı üzerinden açıklanan yaklaşımın ikinci eksikliği, azınlığı koruyan sistemin *haklarla* sınırlı olarak ele alınmasıdır. Bu bağlamda öncelikle benzer tanımları benimseyenler içinde dahi azınlık hakkı kavramını daha da daraltarak ancak pay sahibine tanınan talep haklarını azınlık hakkı olarak kabul eden yazarlar olduğu görülmektedir⁷¹. Talep hakkı olup olmama bir tarafa, TK’da teknik anlamında hak teşkil etmemekle birlikte azınlığı koruyan birçok mekanizma söz konusudur. Birkaç örnek vermek gerekirse ağırlaştırılmış nisaplar, ilke düzeyinde himaye tesis eden eşit muamele (işlem) ilkesi (TK m 357) ve oydan yoksunluk kuralı (TK m 436) klasik anlamda birer hak değildir. Eğer tasnifin amacı TK’nın ilgili hükümleri ile azınlığı koruyan sistemi bir bütün olarak daha iyi ortaya koyabilmekse o halde azınlığı koruyan hukuki kurumlar, hak kavramına dair teknik sınırlamalardan arı tutularak daha geniş ele alınmalıdır⁷². Bu yüzden çalışmanın tasnife ayrılan bölümünde,⁷³ azınlığı koruyan mekanizmalar teknik anlamda hak teşkil edip etmediklerine bakılmaksızın incelenecektir.

2. Tasnif Kriteri Bakımından

Türk öğretisinin önemli bir kısmı, yukarıda tanımladıkları şekliyle azınlık haklarını olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) azınlık hakları olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Tespit edebildiğim kadarıyla söz konusu tasnif, ilk defa İmregün tarafından 60’lı yıllarda yapılmıştır⁷⁴. Yazarın atıflarından, 1933 senesinde İsviçre’de

⁷⁰ Hak sahipliğine dair şekli şartı benimseyen yaklaşımdan kısmen sıyrılarak TK m 360 ve 486(3)’teki hakları da kapsar şekilde azınlık haklarının kimi zaman oran göstermeden tanındığını vurgulayan, Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta 2020) 312-313.

⁷¹ Bu bağlamda ağırlaştırılmış nisaplar ile TK m 559’daki veto benzeri yetkinin azınlık hakkı olarak tasnifini eleştiren ve aslında sadece talep haklarının azınlık hakkı teşkil ettiğini vurgulayan, Helvacı, ‘Azınlık Hakları’ (n 26) 300 dn 13 ve bilhassa 303 vd; benzer yönde bkz Dural (n 62) 183-184; Aydın (n 8) 33-34; tanım bakımından benzer şekilde, Pulaşlı (n 22) 2004.

⁷² Bu bakımdan kısmen benzer bir yaklaşım için bkz Ulaş Kısa (n 24) 510 vd; Sergül Balsever, ‘Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md. 559)’ [2018] 76(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 153, 169; ayrıca bkz ve karşı Zorluer (n 8) 163.

⁷³ Bkz IV.B.

⁷⁴ İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 18) 47 vd, İmregün, ‘Azınlığın Himayesi’ (n 63) 174 vd.

yazılan bir eserdeki tasnifi benimsediği anlaşılmaktadır⁷⁵. Bu yaklaşım çerçevesinde olumsuz azınlık hakları, genel kurulda hâkim çoğunluğun karar almasına engel olmayı sağlayan haklar olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Olumsuz azınlık haklarına verilen örnekler kanundaki ağırlaştırılmış nisaplarla TK m 559 (eTK m 310) uyarınca kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumlulukta sulh ve ibraya engel olma imkânından ibarettir⁷⁷. Olumlu azınlık haklarıyla ise sermayenin belirli oranını temsil eden pay sahiplerinin iradelerinin çoğunluk iradesine üstün gelerek şirket iradesine dönüşmesini ve bu yönde işlemlerde bulunulmasını temin eden haklar kast edilmektedir⁷⁸. Olumlu azınlık hakkı örneği olarak sorumluluk davası açma, özel denetçi tayini talebi, genel kurulu toplantıya çağırma ve şirketin haklı sebeple feshini talep gibi birçok hak sunulmaktadır. Sonraki dönemlerde Türkiye’de azınlık hakları konusunda yazılan monografik eserlerde de esas alınan⁷⁹ bu tasnif biçimi, zamanla öğretinin hemen hemen tümü tarafından benimsenerek yerleşik hale gelmiştir⁸⁰.

Olumlu - olumsuz azınlık hakkı şeklindeki tasnif, bu çalışmada esas alınmamıştır. Zira anonim şirketler hukukunda azınlığı koruyan hükümlerin çeşitliliği karşısında, bu ayırmada esas alınan tasnif kriteri yetersiz kalmaktadır. Söz konusu kriter, ele alınan azınlık hakkının şirket iradesine tesirini anlamak bakımından faydalı olabilir. Bununla birlikte olumlu - olumsuz azınlık hakkı ayırımı, anonim şirkette azınlığın nasıl korunduğu konusunda çok sınırlı bir aydınlatıcılığa sahiptir. Bu ayırımı yerine esas alınacak işlevsel bir yaklaşım, TK’nın azınlığı koruyan sisteminin daha berrak bir şekilde ortaya konulmasına hizmet edecektir. Aşağıdaki tasnifin hedefi tam olarak budur.

⁷⁵ Jean Bergier, *L’Abus de majorité dans les sociétés anonymes* (Säuberlin & Pfeiffer S.A 1933), bkz İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 48 dn 3, 60 dn 52; İmregün, ‘Azınlığın Himayesi’ (n 63) 174 dn 8 ve 181 dn 22

⁷⁶ Birçokları yerine, İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 47-48; İmregün, ‘Azınlığın Himayesi’ (n 63) 174.

⁷⁷ Bu iki halde bir talep hakkı söz konusu olmadığı için bunları azınlık hakkı olarak değerlendirmeyen bir yaklaşım da bulunmaktadır, bkz dn 71.

⁷⁸ Birçokları yerine, İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 48, 60; İmregün, ‘Azınlığın Himayesi’ (n 63) 174, 181.

⁷⁹ Kayar (n 24) 34 vd; Sumer (n 23) 11-12, 18 vd.

⁸⁰ Bu ayırımı esas alan diğer bazı yazarlar şu şekildedir, Birsal (n 63) 631 vd; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* (6. Bası Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1982) 255; Yördem (n 63) 173 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif* (n 63) N 753 vd; Eminoğlu (n 67) 95-96; Pulaşlı (n 22) 2004 vd; Seda Ş. Güngör, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığa Tanınmış Olan Haklar’ [2015] (4) Tekirdağ S.M.M.M. Odası Sosyal Bilimler Dergisi 1, 3 vd; Gencer (n 12) 69 vd; Bilgili ve Demirkapı (n 63) 354 vd; Bahtiyar, *Ortaklıklar* (n 70) 313 vd; Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (n 63) 382 vd; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 63) 429 vd; dolayı olmakla birlikte Teoman ve Tekinalp (n 23) 195 vd; Aydın (n 8) 30 vd. Münferit haklar bağlamında bu nitelemeye yer veren yazarlardan örneğin bkz, Tamer Bozkurt, ‘Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması’ [2009] (83) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 155, 172; Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat 2013) 55, 72-73; Selen Serder Yılmaz, ‘Anonim Şirkette Pay Sahibi ve Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı’ iç Erol Ulusoy (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 369, 371, 380; Ertan Demirkapı, ‘Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı’ iç Erol Ulusoy (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 431, 452; Tolga Ayoğlu, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri’ [2017] (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 133; Gözde Engin Günay, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim* (On İki Levha 2018) 57; Balsever (n70) 168-169, 171; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. Bası, Vedat 2019) 201.

B. Azınlığı Koruyan Mekanizmaların İşlevsel Açından Tasnifi

1. Kapsam, Yaklaşım ve Amaç

TK'da azınlık pay sahiplerinin himayesine hizmet eden hükümlerin isabetli bir sınıflandırmaya tabi tutulabilmesi için öncelikle incelemenin kapsamını belirlemek şarttır. Öğretideki mevcut tanımların eleştirisinde bu çalışmanın, hukuki kurumların teknik anlamda bir hak teşkil edip etmediklerine bakmaksızın azınlığı koruma amacını esas alacağı belirtilmişti. Bununla birlikte ilgili kurumun tek veya asli maksadının azınlık pay sahiplerinin korunması olması zorunlu değildir. Örneğin TK m 360 ile tanınan imkân, azınlık pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil yoluyla korunmasını sağlayabileceği gibi sermayenin çoğunluğunu haiz olmayan pay sahipleri için bir kontrol aracı olarak da kullanılabilir⁸¹. Yine birincil amacı şirket alacaklılarını korumak olarak değerlendirilebilecek sermayenin/malvarlığının korunmasına dair kimi hükümler, aynı zamanda azınlığın iktisadi risklerden esirgenmesine yardımcı olur⁸². Sonuç olarak aşağıda TK'nın doğrudan veya dolaylı olarak azınlığı koruyan tüm hükümleri tasnife tabi tutulmaktadır.

İşlevsel yaklaşımın sonucunda azınlığı koruyan kanuni mekanizmalar şu beş başlık altında ele alınacaktır: (i) söz hakları, (ii) çıkış hakları, (iii) altyapısal haklar, (iv) boşluk doldurucu ilkeler ve (v) çeperler. Söz hakları ile azınlığın şirket iradesine etki etmesini sağlayan, çıkış hakları ile şirketten ayrılmasına imkân veren, altyapısal haklarla ilk iki kategorideki hakların gereği gibi kullanımını mümkün kılan mekanizmalar, boşluk doldurucu ilkelerle ilk üç grupta sayılanların yetersiz kalabildiği hallerde devreye giren veya bunları tamamlayıcı nitelikte bazı genel prensipler ve nihayet çeperler ile azınlığı himaye eden sistemin kendisini koruyan mekanizmalar kast edilmektedir. Söz hakları (*voice*) ve çıkış haklarına (*exit*) dayalı yaklaşım, Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle halka açık şirketler fakat genel olarak her türlü organizasyon için önerilmiş⁸³ ve hukuk literatürüne yansımıştır⁸⁴. Anılan ayırım, İsviçre'de Kunz tarafından anonim şirket azınlık pay sahiplerinin korunmasına uygulanmıştır⁸⁵. Aşağıda -bu yaklaşımın özü korunmakla birlikte-kapsamlı ve güncel bir tasnif adına hem kategoriler hem de bunların içeriği bakımından

⁸¹ Nitekim bkz Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 66) 252: “Unutmamak gerekir ki otuz yılı aşkın Türk uygulamasında grup imtiyazı olarak nitelendirilen “şirket organlarında temsil edilme hakkı”, şirkette ... azınlık grubunu korumak amacıyla değil, aksine azınlık konumundaki bir pay grubunun şirket yönetiminde söz sahibi olmasına hizmet etmiştir”. Bununla birlikte TK m 360(1)'in dördüncü cümlesinin, TK m 360'ta öngörülen mekanizmanın halka açık anonim şirketlerde bir sermaye azınlığı hâkimiyeti aracı olarak kullanılmasına engel ettiği not edilmelidir.

⁸² Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat *Cilt 1* (n 4) 126, 129; Eminoğlu (n 67) 140; Emek Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha 2019) 82.

⁸³ Bkz Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970).

⁸⁴ Örneğin bkz John C. Coffee, Jr., ‘Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why ‘Exit’ Works Better than ‘Voice’ [2008] 30(2) Cardozo Law Review 407 vd.

⁸⁵ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4; Peter V. Kunz, ‘Zu „Exit“ und „Voice“: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärschutzes’ iç Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 17 vd.

daha farklı ve yeni bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Böylece yukarıda söz hakkı - çıkış hakkı şeklindeki dikotomik yaklaşımın ötesine geçilerek sayılan beş kategori tespit edilmiştir. Anılan beş koruyucu mekanizma kategorisinin her biri önce tanımlanacak, daha sonra TK'da bu kategoriye giren düzenlemeler kısaca açıklanacaktır. Tekrar belirtmek gerekir ki ilgili münferit hukuki kurum ve kurallara dair detaylar ve doktrinel tartışmalara girilmeyecek; bunlar sadece azınlığın korunması bağlamındaki rol ve önemleri açısından ele alınacaktır. Son olarak, TK'nın azınlığı koruyan sistemini daha iyi ortaya koymak için benimsenen bu tasnifin çok katı anlaşılmasını gerektiği vurgulanmalıdır. Bu açıdan bazı mekanizmaların birden fazla kategoriye yakın durabileceği ve sınıflar arası bu geçişkenliğin doğal olduğu unutulmamalıdır.

Tasnife dair detayların açıklanmasından önce kısaca bu çalışmada takip edilen yaklaşımın amacı ve faydaları üzerinde durmakta fayda görüyorum. İlk olarak belirtilmelidir ki yukarıda açıklandığı üzere azınlık haklarını sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerine tanınan haklarla sınırlı olarak ele almak TK'nın azınlığı koruyan sistemini bir bütün olarak kapsamakta yetersiz kalmaktadır. Azınlığı koruyan her türlü mekanizmanın aşağıdaki tasnifte dikkate alınması, bu eksikliği telafi etme amacını taşımaktadır.

İkinci olarak, benimsenen yaklaşımın esas farklılığı, tasnifte temel alınacak kriter açısından ortaya çıkmaktadır. Azınlık hakkının şirket iradesine etkisine dayanan olumlu - olumsuz azınlık hakkı ayrımı yerine önerilen işlevsel yaklaşım, koruyucu mekanizmaları azınlığı koruyan sistem içindeki rollerine göre sınıflandırmaktadır. Bu işlevsel yaklaşım, hem aşağıdaki beş farklı hak sınıfının birbirleriyle bağlantısı hem de bunların kendi içinde ayrıldığı alt kategoriler arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu durum -teorik faydaları yanında- kanun yapımı, içtihadın gelişimi ve pay sahiplerinin korporatif düzlemin dışına taşan anlaşmaları (pay sahipleri sözleşmeleri) bakımından karar vericiler için kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olabilecektir. Örneğin azınlık haklarını güçlendirmek isteyen kanun koyucu, altyapısal hakların söz ve çıkış haklarının kullanımına olan etkisine binaen sadece altyapıyı güçlendirerek söz ve çıkış haklarına dair kurallarda ayrıca bir değişiklik yapmadan koruma sistemini tahkim edebilecektir. Keza söz ve çıkış haklarıyla altyapısal hakların çok sayıda detaylı münferit normlarla -yani kurullarla- düzenlendiği bir örnekte bu hususu dikkate alan bir hâkim, o konudaki boşluk doldurucu ilkeleri daha dar yorumlamayı tercih edebilecektir. Benzer şekilde sözleşmesel yollarla söz hakları güçlendirilen bir azınlık pay sahibinin çıkış haklarına olan ihtiyacı azalabilecektir. Örneklerde de görüldüğü üzere işlevsel yaklaşımın aydınlatıcı yönü olumlu - olumsuz azınlık hakkı ayrımına göre daha güçlüdür. Sonuç olarak bu çalışmadaki yaklaşımın hem geniş kapsamı hem de koruyucu mekanizmaların işlevini esas alan tasnif metodu bakımından öğretilerdeki mevcut yaklaşımlara göre daha faydalı olabileceği kanaatindeyim.

2. Söz Hakları

Her yatırımcı gibi, şirkete yatırım yapan (azınlık) pay sahibinin de sorması muhtemel iki soru, söz ve çıkış haklarının özünü somutlaştırmak üzere şu şekilde formüle edilebilir:⁸⁶ i) “Paramın (getirilen sermayenin) nasıl kullanılacağına söz sahibi olacak mıyım?” ve ii) “Yatırımımı dilediğimde paraya dönüştürebilir miyim?”. Bunlardan ilki, bu başlıkta ele alınan söz haklarıyla ilgilidir. Azınlık pay sahiplerine şirket iradesini etkileme fırsatı veren veya şirket iradesinin azınlık aleyhine oluşmasına engel teşkil eden her türlü hukuki kurum, söz hakkı olarak değerlendirilebilir. İkinci soruya çıkış haklarıyla ilgili olup bir sonraki kısımda⁸⁷ incelenecektir.

Söz hakkı olarak akla gelecek ilk örnek muhtemelen oy hakkı olacaktır⁸⁸. Oysa oy hakkı, çoğunluk ilkesi karşısında tek başına azınlık pay sahibini koruyucu bir rol üstlenmekten uzaktır. Bu yüzden aşağıda oy hakkı münferit bir söz hakkı olarak ele alınmamakta, bunun yerine oy hakkının azınlık bakımından anlamlı olmasını sağlayan mekanizmaların üzerinde durulmaktadır.

Ağırlaştırılmış nisaplar: Kanun’un nitelikli nisap aradığı hallerde azınlık pay sahipleri, pay ve/veya oy oranları yeterli geldiği ölçüde ilgili kararın alınmasını engelleyebilmekte, HPS’nin çoğunluk ilkesine dayalı hareket alanı böylece daralmaktadır⁸⁹. Nitekim geleneksel olumlu - olumsuz azınlık hakları ayırımında ağırlaştırılmış nisaplar olumsuz azınlık haklarının en bariz örneklerinden biridir⁹⁰. Bu koruma mekanizmasının koruyucu gücünün kısıtlı olduğu aşikârdır: ağırlaştırılmış nisaplar, pay/oy oranı o nisabın oluşmasına mani olmaya kafi gelmeyen azınlık pay sahiplerini korumaz⁹¹. Başka bir deyişle yeterli çoğunluğa sahip HPS, ağırlaştırılmış nisaba takılmadan dilediği kararları alabilecektir. Öte yandan çoğunluk ilkesini sınırlandıran kurumların çokluğu karşısında nitelikli nisapların sağladığı korumanın bu zayıflığı önemini kaybetmektedir.

Oydan yoksunluk: TK m 436, menfaat ihtilafı teşkil edebilecek kimi hallerde pay sahibini oy hakkından mahrum bırakmaktadır. HPS bakımından yoksunluk kapsamına giren bir konunun genel kurul önüne gelmesi halinde kararı veren azınlık olacaktır⁹². Bir başka ifadeyle karar, azınlığın çoğunluğu (*majority of the minority*) tarafından

⁸⁶ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4 N 2.

⁸⁷ Bkz. IV.B.3.

⁸⁸ Bu yönde, Kunz, ‘Exit und Voice’ (n 85) 22.

⁸⁹ Dolayısıyla ağırlaştırılmış nisapların azınlığı koruma amacı gütmeyeceği şeklindeki yorum (bu yönde bkz Kayar (n 24) 125-126; Dural (n 62) 189) eleştiriye açıktır.

⁹⁰ Pek çokları yerine, bkz İmregün, *Menfaat İhtilafı* (n 19) vd.

⁹¹ İmregün, *Menfaat İhtilafı* (n 18) 59; Bachmann ve diğerleri (n 5) 45; Kraakman ve diğerleri (n 4) 84; Daniel M. Häusermann, ‘Art. 704 OR und Minderheitenschutz: Eine aktienrechtliche Kurvendiskussion’ [2017] *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* (SZW) 336, 337, 343.

⁹² Häusermann (n 91) 338.

alınacaktır⁹³. Böylece TK m 436'nın devrede olduğu hallerde çoğunluk prensibi sert bir şekilde frenlenmekte, HPS istediği kararı alırdabilmek adına azınlık pay sahipleriyle uzlaşmaya itilmektedir⁹⁴. Yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılması yasağı (TK m 493), aynı eksende -fakat daha zayıf- bir mekanizma olarak düşünülebilir.

Kuruluş ve sermaye artırımından sorumlulukta sulh ve ibrayı engelleme yetkisi: Kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumluluğun sulh veya ibrasına ilişkin oylamada⁹⁵ sermayenin %10'unu (halka açık şirketlerde %5'ini) temsil eden pay sahipleri, aleyhte oy kullanmak suretiyle sulh ve ibra kararına engel olabilmektedir (TK m 559)⁹⁶. Böylece karar konusunda azınlık pay sahipleri son sözü elde etmekte, ibra kararına ihtiyaç duyan HPS yine azınlık hissedarlarla işbirliğine itilmektedir.

Sayılan hallerde azınlık pay sahipleri, şirket organlarında iradenin oluşması (oylama) aşamasında korunmaktadır. Bu koruma, şirket iradesi oluştuğunda ve örneğin buna dayalı bir işlemin yapıldığı hallerde devreye giren himaye mekanizmaları ile pekiştirilmektedir⁹⁷. Bu açıdan aşağıda hükümsüzlük ve sorumluluğa dair mekanizmalar ele alınmaktadır.

Hükümsüzlük (davaları): Azınlık pay sahiplerinin çoğunluk ilkesi karşısında sığınabilecekleri en kuvvetli haklardan biri, organ kararlarının hükümsüzlüğünü dava etme hakkıdır. HPS, çoğunluk ilkesiyle şirkete dair kararları hem genel kurul hem de yönetim kurulunda alma yetkisine (genel kurulda doğrudan, yönetim kurulunda üyeleri seçme ve azletme gücü dolayısıyla) sahip olmaktadır. Lakin TK'nın HPS'ye sağladığı bu yetki, asla bir *açık çek* değildir⁹⁸. Azınlık, çoğunluk yetkisinin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı şekilde veya kötüye kullanıldığı hallerde mahkeme denetimiyle hukuka aykırı kararın hükümsüz kılınmasını veya hükümsüzlüğün tespitini sağlayabilmektedir.

Genel kurul kararları bakımından kanuni koruma, anonim şirketler hukukuna özgü butlan sebepleri (TK m 447) ve iptal sebeplerinin (TK m 445) öngörülmesi ile gerçekleşmektedir⁹⁹. Genel hükümlere göre uygulanacak yokluk ve butlan yaptırımları

⁹³ Özellikle ilişkili taraf işlemleri açısından kararın azınlığa bırakılması çeşitli hukuk sistemlerinde yaygın bir uygulamadır, Bachmann ve diğerleri (n 5) 62-63; Kraakman ve diğerleri (n 4) 84, 157. Ayrıca bkz oydan yoksunluğun azınlık korunmasında rol oynadığını belirten, İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 33; Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 12 N 109.

⁹⁴ Oydan yoksunluğun nisaplara etkisi bakımından bkz Zengin (n 37) 452 vd.

⁹⁵ TK m 559 uyarınca sulh ve ibra için tescil tarihinden itibaren dört sene geçmesi ve sulh ve ibranın genel kurulca onaylanması gerektiği not edilmelidir.

⁹⁶ Bu durumda veto benzeri bir yetkiden söz eden, Balsever (n 72) 167.

⁹⁷ Genel kurul kararlarında çoğunluk ilkesine karşı azınlığın müdafaası için kurulan (ağırlaştırılmış nisaplar, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, sistematik kötüye kullanım halinde haklı sebeple fesih davası) şeklinde üçlü bir hattan bahseden, Häusermann (n 91) 337.

⁹⁸ Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında bu yönde örneğin bkz Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası On İki Levha 2020) 1-2.

⁹⁹ TK m 192, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye dair kararlar bakımından özel bir iptal davası düzenlemesi içermektedir. Bu dava da aynı şekilde azınlık pay sahiplerini korumaktadır, Sinan Sarıkaya, *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması* (Vedat 2019) 208.

sistemi tamamlamaktadır. Özellikle dürüstlük kuralına aykırılığın iptal sebebi teşkil etmesi, hâkime geniş yetki tanıyarak azınlığa ilkesel düzeyde koruma sağlamaktadır. Yönetim kurulu kararlarındaysa TK m 391 bazı hükümsüzlük sebeplerini örnekleyici biçimde sayarak butlan yaptırımını düzenlemektedir. Ayrıca kimi istisnai hallerde esasen genel kurula ait yetkileri kullanmasına müsaade edilen yönetim kurulunun bu kararları iptal yaptırımına tabi olmaktadır¹⁰⁰. Öte yandan yönetim kurulu kararlarında dürüstlük kuralına aykırılığın dava yoluyla denetimini sağlayan bir iptal mekanizması -eşit işlem ilkesine aykırılık sebebiyle kararın butlanının ileri sürülebileceği haller bir tarafa bırakılırsa- yoktur¹⁰¹.

Hükümsüzlük yaptırımı ve davalarıyla bağlantılı değerlendirilebilecek bir düzenlemeyle kanun koyucu, kimi yetkileri genel kurul ve yönetim kurulunun devredil(e)mez yetkileri olarak tayin etmiştir¹⁰². Genel kurulun devredilmez yetkisi, hükümsüzlük mekanizmasıyla daha esaslı bir korumayı beraberinde getirmektedir: Genel kurul kararlarında tescil yoluyla¹⁰³ aleniyeti sağlanan kararların kapsamı¹⁰⁴ daha genişdir ve tescil olmasa dahi pay sahibi genel kurula katılmak suretiyle kararları daha kolay takip edebilmektedir. Ayrıca genel kurul kararları bakımından pay sahibinin dava hakkını kullanmak için ihtiyaç duyabileceği bilgileri edinmesi daha kolaydır ve iptal müeyyidesi ve bu kapsamda dürüstlük kuralına uygunluk denetimi söz konusudur. Yönetim kurulunun devredilmez yetki sahasına giren konularda hükümsüzlük vesilesiyle sağlanan himaye zayıflar. Fakat yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülükleri bulunur ve bir karar lehine veya aleyhine oy kullanmanın bu yükümlülükler aykırı olması halinde sorumluluk davasıyla azınlığın korunması sağlanabilir¹⁰⁵. Genel kurulda kullandığı oylarla dilediği kararların alınmasını sağlayan HPS ise kural olarak bu sebeple sorumlu tutulamaz¹⁰⁶. Dolayısıyla yönetim kurulu kararları bakımından hükümsüzlük mekanizmasıyla

¹⁰⁰ Bkz TK m 192(2) ve 460(5).

¹⁰¹ Olması gereken hukuk bakımından bu eksikliği eleştiren, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) §11 N 109. eTK döneminde genel kurul kararlarının iptali hakkındaki hükümlerin yönetim kurulu kararlarının iptali bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışma konusu olmuştur. Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2. Bası, On İki Levha 2017) 73 vd; Bahtiyar, *Ortaklıklar* (n 70) 231.

¹⁰² Bkz TK m 375 ve TK m 408. Genel kurulun, hükümde sayılmayan yetkileri de bulunmaktadır, örneğin bkz Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019) 259 vd. Keza yönetim kurulunun da TK m 375 haricinde kalan devredilmez yetkileri vardır, örneğin bkz Tekinalp, *Yeni Hukuk* (n 63) N 12-37.

¹⁰³ Ayrıca internet sitesi açması gereken şirketler bakımından (bkz TK m 1524) genel kurul toplantı tutanağının şirketin internet sitesine konması gerekir (TK m 422(2)). Ancak internet sitesi açma yükümlülüğüne tabi şirketlerin kapsamı, TK henüz yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanun'la oldukça daraltılmıştır.

¹⁰⁴ TK m 455 uyarınca esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararlarının tescili gerekir. Genel kurul kararlarının tescili gereken diğer haller için örneğin bkz yapısal değişikliklere dair TK m 152, 153, 179(4) ve 189 ile tasfiyeden dönülmesine ilişkin TK m 548(1). Keza genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair mahkeme kararının da tescili gerekir (TK m 450).

¹⁰⁵ Bu bağlamda sorumluluk ile yönetim kurulunun yetkileri arasındaki bağlantı açısından bkz Kaşak (n 102) 145: “*Anonim şirketler hukuku sorumluluk düzeni, yönetim kuruluna yalnızca kendisinin hâkim olacağı bir yetki alanı tanımasını gerektirmektedir*”.

¹⁰⁶ Bu açıdan bir istisna teşkil eden TK m 202(2) aşağıda (bkz IV.B.3) ayrıca incelenmiştir. Öte yandan hâkim pay sahibinin sadakat yükümlülüğü meselesi, bu çalışmada ele alınmamıştır. Bu konudaki tartışmaların güncel bir özeti için bkz Bahar Sayın (n 101) 135.

sağlanan koruma zayıflasa dahi sorumluluk yoluyla artan bir koruma olduğu unutulmamalıdır.

Sorumluluk (davaları)¹⁰⁷: TK m 369 uyarınca şirket yöneticilerinin şirkete karşı özen ve sadakat yükümlülüğü bulunur. TK m 549 ve devamında düzenlenen sorumluluk hükümleri, sorumluluk yoluyla korumanın detaylarını düzenlemektedir. Azınlık pay sahibi, sorumluluk hükümlerine dayanarak hem doğrudan kendi malvarlığında meydana gelen zararı hem de şirketin zararı dolayısıyla uğradığı zararı (bu ihtimalde tazminatın şirkete ödenmesi kaydıyla) talep edebilmektedir. Üstelik Türkiye’deki kapalı şirketlerde HPS’nin genelde şirket yönetim kurulu üyesi olduğu düşünüldüğünde pay sahibi sıfatıyla sorumlu olmayan HPS’nin sorumluluğuna gitmek, yönetim kurulu üyesi statüsü sebebiyle¹⁰⁸ mümkün olabilmektedir¹⁰⁹.

TK’nın sorumluluğu özel olarak düzenlediği bazı hallere ayrıca değinilmelidir. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde zarara uğrayan pay sahipleri genişletilmiş sorumlu çevresinden tazminat talep edebilmektedir (TK m 193). Türkiye’de topluluk yapılanmalarının yaygınlığı dikkate alındığında, daha büyük önem arz eden bir sorumluluk tipi, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sebebiyle şirketler topluluğu hâkiminin sorumluluğudur (TK m 202). TK m 202(1) ile kanun koyucu denkleştirmeye (kalıcı) bir zararın oluşmasını engellemeyi hedeflerken denkleştirmenin yokluğunda pay sahibi, şirketin zararının tazminini talep edebilmektedir. TK m 202(2) kapsamındaki önemli kararların alınması halindeyse azınlık (topluluk dışı) hissedarlar -şartları yerine gelmişse- bu defa doğrudan ve dolaylı zararlarını¹¹⁰ talep etme yetkisine sahiptir¹¹¹.

İlişkili taraf işlemlerine dair sınırlamalar: HPS’nin doğrudan veya dolaylı biçimde (örneğin yakınları veya ortağı bulunduğu diğer şirketler üzerinden) şirketin muhatabı olarak karşı tarafta bulunduğu işlemler, ilişkili taraf işlemleri olarak tanımlanabilir. İlişkili taraf işlemlerini külliyen yasaklama yaklaşımı, hem şirket için faydalı işlemleri engelleyebileceğinden hem de küçük şirketler ticari faaliyetlerde hissedarlarıyla

¹⁰⁷ Hükümsüzlük ve sorumluluk başlıklarında “davaları” ifadesinin parantez içinde verilmesi bilinçlidir. Hükümsüzlük ve sorumluluğun dava yoluyla *ex post* ileri sürülmesi, davalara yol açacak davranışlardan imtina edilmesi yönünde *ex ante* bir etkiye sahiptir. *Ex ante* tesirin gözden kaçmaması için *ex post* etkiyi vurgulayan “davaları” ifadesi, parantez içine alınmıştır.

¹⁰⁸ Şeklen yönetim kurulu üyesi olmayan hâkim pay sahibinin fiili yönetim kurulu üyesi kabul edilerek sorumlu tutulması, fiili (olgu) organ teorisi kabul edildiği ölçüde mümkün olabilecektir. Bu konuda bkz Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2001) 9 vd.

¹⁰⁹ Uygulamada en çok görülen anonim şirket ihtilaflarından birinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davaları olması, bu bağlamda okunmalıdır. Tekinalp’in sorumluluk davası açma hakkını en önemli azınlık hakkı olarak anması tesadüf değildir, bkz Ünal Tekinalp, ‘Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi’ iç *TTK’nın 30. Yıl Semineri* (İstanbul Sanayi Odası 1988) 229, 238.

¹¹⁰ TK m 202(2) kapsamında davacı pay sahibinin hem doğrudan hem de dolaylı zararını talep edebileceği yönünde, Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu* (n 3) 405-407; dolaylı zararların talep edilebilirliği açısından karşı Murat Gürel, ‘Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2’nin Gerekliği Üzerine’ [2016] 32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 211, 226 vd.

¹¹¹ TK m 202’ye göre pay sahibinin şirketten çıkması, çıkış hakları bağlamında ele alınacaktır.

yapacakları işlemlere muhtaç olabileceğinden terk edilmiştir¹¹². Karşılaştırmalı hukukta ilişkili taraf işlemlerine dair çok çeşitli stratejilerin benimsendiği görülse de¹¹³ bu bölümde yalnızca TK'da mevcut olan hükümlerle sınırlı olarak inceleme yapılacaktır.

İncelemeye, yukarıda incelenen oydan yoksunluk ve yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağının bu açıdan oynadığı role dikkat çekmekle başlanabilir. Öte yandan kanun koyucu hem pay sahipleri hem de yönetim kurulu üyesi bakımından şirketle işlemleri sınırlamaya gayret etmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapmaları genel kurul iznine bağlıyken pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının şirkete borçlanması prensip olarak yasaklanmaktadır (TK m 395)¹¹⁴. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu rekabet yasağı (TK m 396), şirkete ait iş fırsatlarının şirkette kalmasına yönelik önemli bir tedbirdir. TK m 358 ise pay sahibinin şirkete borçlanmasını bazı şartlara bağlamıştır. Öte yandan haksız ve kötü niyetle alınan kâr payı veya hazırlık dönemi faizinin iadesine dair TK m 512, geniş yorumlanması halinde HPS'ye yapılan kaynak aktarımlarını telafi etmeye yarayan çerçeve bir mekanizma olarak ele alınabilir¹¹⁵. Son olarak, TK'da sermaye ve malvarlığını koruyan sistemin¹¹⁶ azınlık pay sahiplerinin korunmasına genel olarak hizmet eden yönü, tekrar not edilmeye değerdir¹¹⁷.

Görüldüğü üzere azınlık pay sahipleri, söz haklarıyla şirket iradesinin oluşmasına etki imkânı veya bu iradenin düzeltilmesi¹¹⁸ yoluyla korunmaktadır. Yukarıda verilen örnekler TK'daki tüm söz haklarını kapsamaz; mesela tasfiye memuru ile denetçinin atanması ve azline dair imkânlar yine söz hakkı örnekleridir. Dolayısıyla bu başlık altında ele alınan mekanizmalar genişletilebilir. Ancak söz hakları, yatırımcının kendisine sorduğu iki sorudan sadece ilkini cevaplandırır. Pay sahibinin paylarını paraya çevirerek şirketten ayrılması, çıkış hakları başlığı altında incelenecektir.

3. Çıkış Hakları

Anonim şirket ortağının paylarını satarak şirketten ayrılması, ilk bakışta görüldüğünden daha karmaşık ve zordur. Şirketten ayrılmak isteyen pay sahibinin önünde iki seçenek vardır. İlki paylarını üçüncü bir kişiye veya HPS'ye (ya da şirkete) tarafların piyasa şartları içerisinde anlaşması sonucu satarak pay sahipliğini sona

¹¹² Kraakman ve diğerleri (n 4) 146.

¹¹³ Bkz Kraakman ve diğerleri (n 4) 147 vd; Enriques ve Tröger (n 42) 7 vd.

¹¹⁴ TK m 395(2)'ye aykırılığın yaptırımını, hükümde ihlale bağlanan özel sonuç karşısında tartışmaya açtık, bkz Toraman Çolgar (n 82) 368 vd.

¹¹⁵ Toraman Çolgar (n 82) 260-261; ayrıca bkz yazarın 394-396'da bu yorumu somutlaştıran hüküm önerileri.

¹¹⁶ Bu hükümleri tespit eden, Toraman Çolgar (n 82) 86 vd.

¹¹⁷ Bu açıdan bkz dn 82'de anılan yazarlar.

¹¹⁸ Hükümsüzlük ve sorumluluk yaptırımlarının düzeltici rolüne dikkat çeken, Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (8. Bası Vedat İstanbul 2018) 26-27.

erdirmektedir (*serbest çıkış hakkı*). İkincisi ise azınlık pay sahibinin, (dava yoluyla) şirket/HPS'yi paylarını gerçek değerden satın almaya zorlayarak aynı sonuca ulaşmaktır (*güvenli çıkış hakkı*). Her iki halde de çıkışın üç farklı unsurundan söz edilebilir: Çıkışın mümkün olması, fiyatın adil olması ve alıcıyı belirleme imkânı¹¹⁹. Unsurların tamamı mevcut olduğu ölçüde pay sahibinin çıkış haklarını eksiksiz olarak kullandığı söylenebilecektir.

Serbest çıkış hakkı: Serbest çıkış, pay sahibinin paylarını piyasa şartlarında satarak şirketten ayrılmasını ifade eder. Esasen anonim şirketler hukukunda hisselerin serbestçe devredilebilirliği prensibi hâkimdir¹²⁰. Paya bağlı ilave/sürpriz yükümlülüklerle set çeken tek borç ilkesi (TK m 480(1)), bu prensibi takviye etmektedir¹²¹. Ancak birtakım fiili ve hukuki engeller, serbest çıkış hakkını bilhassa nama yazılı hisseler bakımından bir illüzyondan ibaret kılmaktadır¹²².

Tüm pay senetleri bakımından öncelikle payların kolayca ve gerçek değerinden paraya çevrilmesi önünde bir fiili engel olarak piyasa yokluğu sorunundan bahsetmek gerekir¹²³. Payları borsada işlem görmeyen kapalı anonim şirkette üçüncü kişilerin payların gerçek değerini kestirmesi güçtür. Üstelik azınlık pay sahibinin şirketten ayrılma arzusu, üçüncü kişilerin HPS'ye itimat edilip edilemeyeceği noktasında tereddüde düşmesine yol açabilir. Ayrıca yukarıda bahsedildiği üzere çıkışı zor olan bir yatırımın yapılmasında birkaç kere düşünülmesi pek tabiidir. Bu sebeplerden azınlık pay sahibinin paylarını üçüncü kişiye gerçek değerden satması güçtür. O halde azınlık, şirketten ayrılma konusunda mutlak kararlıysa önünde tatmin edicilikten uzak şu iki seçenek vardır: Payları risk ve bilinmezlikler sebebiyle ancak indirimli bir fiyattan almayı düşünebilecek üçüncü bir kişiye satmak -ki böyle bir alıcı bulunabileceğinin garantisi yoktur- ya da doğal alıcı konumundaki HPS'ye hisselerini HPS'nin teklif edeceği ve yine gerçek değeri yansıtmaması pek muhtemel olmayan bir fiyattan satmak.

Serbest çıkışta karşılaşılan fiili engeller bir tarafa bırakılsa dahi azınlık pay sahibinin hukuki engellerle¹²⁴ karşılaşması olasıdır. Hamiline yazılı pay senetleri açısından serbest çıkış hakkından söz etmek nispeten -en azından hukuki durum bakımından- kolaydır. Bu hisseler zilyetliğin devriyle kolayca ve şirketin dahline ihtiyaç duyulmaksızın devredilebilir (TK m 489). Devir işlemi, 7262 s Kanun'la TK m 489'da yapılan değişiklik dikkate alındığında şirket ve üçüncü kişiler bakımından devralanın Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapacağı bildirimle hüküm ifade edecektir.

¹¹⁹ Çıkışın unsurları hakkında bkz Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4 N 71 vd.

¹²⁰ Türk hukukunda birçoğları yerine bkz payların serbestçe devredilebilmesini anonim şirketi diğer şirketlerden ayıran özellikler arasında sayan, Kirca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Cilt 1* (n 4) 111; genel olarak, Kraakman ve diğerleri (n 4) 10.

¹²¹ Okutan Nilsson, *Paysahipleri Sözleşmeleri* (n 7) 24-25.

¹²² Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4 N 23 ve özellikle N 150 vd.

¹²³ Birçoğları yerine, Bachmann ve diğerleri (n 5) 35.

¹²⁴ Burada korporatif düzlemde ortaya çıkabilecek engellerle sınırlı bir inceleme yapılacaktır. Ancak tarafların pay sahipleri sözleşmeleriyle pay devrine dair sınırlar ve yükümlülükler öngörmesi de mümkündür. Bu konuda bkz Okutan Nilsson, *Paysahipleri Sözleşmeleri* (n 7) 208 vd.

Oysa nama yazılı pay senetleri bakımından durum farklıdır. Bu payların devri, bedelleri tamamen ödenmiş olsa dahi esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir¹²⁵.

Esas sözleşmesel pay devir sınırlaması,¹²⁶ esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebe dayanmalıdır (TK m 493(1)). İkinci fıkra, önemli sebep açısından devrin reddini şirketin “işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden” haklı gösteren “pay sahipleri çevresinin bileşimine” dair esas sözleşme hükümlerine atıf yapmaktadır. Birden fazla soyut kavrama yapılan göndermelerle mümkün kılınan pay devir sınırlandırılmasının HPS’ye azınlığı şirkete hapsetme ve daha sonra azınlığın paylarını ucuzca iktisap ederek şirketten çıkarma fırsatını altın tepside sunduğu aşikârdır¹²⁷. Yine de kanun koyucu devir sınırına izin verirken azınlığı bazı açılardan korumaya gayret etmiştir. Ret sebeplerinin sınırlılığı yanında devir sınırlaması hükmünün esas sözleşmeye ancak ağırlaştırılmış nisapla eklenebilmesi (TK m 421(3)(c)) ve belirli hallerde azınlığa paylarını devir sınırlamalarına tabi olmadan devretme hakkı verilmesi (TK m 421(6)), bu gayretin işareti¹²⁸.

Son olarak TK m 493 şirkete, pay devrinin onayı talebini devir konusu payları gerçek değerinden satın almayı teklif ederek ret imkânını tanımaktadır¹²⁹. Bu durumda azınlık pay sahibinin serbest çıkış hakkında ciddi bir zedelenme olmaz, nitekim çıkışın yukarıda sayılan unsurlarından sadece üçüncüsü yani karşı tarafı (alıcıyı) seçme imkânı gerçekleşmemektedir¹³⁰. İkinci unsur (fiyat) bakımındansa azınlık, mahkemeye başvuru yolunun açılmasıyla korunmaktadır (TK m 493(5)).

Serbest çıkışa dair yukarıdaki inceleme, hem payların gerçek ve adil değeri üzerinden satılabileceği bir piyasanın mevcut olmaması hem de TK’nın pay devrinin sınırlandırılmasına yeşil ışık yakan düzenlemeleri sebebiyle serbest çıkışın kapalı şirketlerde azınlık pay sahibi için güvenilir ve yeterli bir seçenek olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Güvenli çıkış hakkı, işte bu noktada önemini göstermektedir.

Güvenli çıkış hakkı: Serbest çıkış hakkına dair anılan güçlükler, kanun koyucuyu azınlık pay sahiplerine istisnai nitelikte güçlendirilmiş çıkış hakları tanımaya yönlendirmektedir¹³¹. Güvenli çıkış hakkı olarak anılacak bu koruma mekanizması,

¹²⁵ Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı pay senetlerinin devriyse sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesine dair endişeyle kanunen sınırlanmıştır (TK m 491).

¹²⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Necdet Uzel, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013) 93 vd; Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (On İki Levha 2016) 67 vd.

¹²⁷ Üstelik TK m 340 ile esas sözleşme hükümlerinin kişiselleştirilmesinin önüne set çekmeye çalışan kanun koyucunun, “bağlam” hükümleriyle şirketin pay sahiplerinin kimliği üzerinden şahısleştirilmesine izin vermesi dikkat çekici bir tercihtir.

¹²⁸ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4 N 160-163. Ayrıca istisnai niteliğine binaen pay devrini sınırlayan hükümlerin geniş yorumlanmaması gerektiğine dikkat çeken, Uzel, *Bağlam* (n 126) 15 vd.

¹²⁹ Esas sözleşmede bu ret sebebi için dayanak teşkil eden bir hüküm bulunmasının gerek gerekmediği konusundaki tartışmalar için bkz Esra Ceneci, ‘TTK m 493/1 Bağlamında Güncel Bir Sorun: Kaçış Klokunun Uygulanmasında Esas Sözleşmesel Dayanak’ [2020] 36(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 85, 93 vd.

¹³⁰ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 4 N 172.

¹³¹ Kraakman ve diğerleri (n 4) 88, 152.

şartları varsa azınlığa paylarını gerçek değer üzerinden şirket veya HPS'ye satarak çıkma imkânı tanımaktadır. Böylece çıkışın üç unsurundan ilk ikisi (çıkış imkânı ve fiyat) teminat altına alınmakta, sadece taraf seçimi hürriyetinin söz konusu olmaması mükemmel -yani üç unsuru mevcut- bir çıkıştan söz etmeyi güçleştirmektedir. Halka açık olmayan anonim şirketlerde güvenli çıkış imkânı; haklı sebeple fesih davası (TK m 531) ve şirketler topluluğunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması (TK m 202) bağlamında düzenlenmektedir. Buna ek olarak birleşmede ayrılma akçesinin (TK m 141) bu işleve sahip olup olmadığı aşağıda ele alınmaktadır.

Haklı sebeple fesih davası: TK m 531, haklı sebeplerin varlığında sermayenin %10'unu (halka açık şirketlerde %5'ini) temsil eden pay sahiplerine mahkmeden şirketin feshini talep etme hakkını tanımaktadır. Hükümün ikinci cümlesinin ortaya koyduğu gibi hâkim -başta davacı azınlık pay sahiplerinin payları "*karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerleri*" üzerinden satın alınarak şirketten çıkarılmaları olmak üzere- alternatif çözümleri feshe tercih etmeye teşvik edilmektedir¹³². Fesih ve alternatif çözümlerden bölünmeninse serbest çıkışa tam olarak tekabül etmese de benzer sonuçlar doğurduğu söylenebilir¹³³.

Haklı sebep pek çok şekilde ortaya çıkabilir¹³⁴, ancak davanın azınlığı koruyucu rolünün haklı sebeple ilişkisini somutlaştırmak adına Moroğlu'nun eTK döneminde hazırladığı ve davanın açılabilmesi için "*egemen pay sahiplerinin ortaklığı ve diğer pay sahiplerini sömürmeleri*" şartını arayan hüküm önerisine atıf yapılabilir¹³⁵. Dava tehdidi, HPS'yi bu tür davranışlardan caydırmaya hizmet edecektir¹³⁶. TK m 531 kapsamında sağlanan güvenli çıkışın fiyat unsuru bakımından sorunlu yönleri¹³⁷ bulunmasına rağmen haklı sebeple fesih davası, TK'da güvenli çıkış haklarının en önemli örneğini teşkil etmektedir.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması: TK m 202'nin sorumluluk yönü yukarıda vurgulanmıştır¹³⁸. Hüküm aynı zamanda topluluk dışı (azınlık) hissedarlara güvenli çıkış imkânı sunmaktadır. TK m 202(2) uyarınca bağlı şirket bakımından haklı bir gerekçesi bulunmayan birtakım önemli kararların alınması halinde azınlık pay

¹³² Bu açıdan davanın haklı sebeple fesih başlığı altında kurgulanması, haklı sebep derecesini ağırlaştırması yönünden sorgulanabilir, bkz ve karşı Veziroğlu, 'Buy-out' (n 54) 530-533.

¹³³ Ayoğlu, 'Fesih 2013' (n 63) 240.

¹³⁴ Haklı sebep kavramı ve örnekleri için bkz Şahin (n 80) 112 vd; Erdem, *Haklı Sebeple Fesih* (n 80) 99 vd.

¹³⁵ Erdoğan Moroğlu, 'Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih' iç Erdoğan Moroğlu, *Makalelerim* (On İki Levha 2010) 93, 107; ve aynı eserden 'Anonim Ortaklıklarda Fesih, İnfisah ve Tasfiye' 311, 315.

¹³⁶ Bu yönde örneğin, İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 79; Tekinalp, 'Azınlık Hakları Sistemi' (n 109) 241; Ayoğlu, 'Fesih 2013' (n 63) 221-222; Veziroğlu, 'Buy-out' (n 54) 530.

¹³⁷ Bu konuda birçokları yerine bkz Veziroğlu, 'Buy-out' (n 54) 537-538.

¹³⁸ Bkz IV.B.2.

sahipleri, tazminata bir alternatif olarak şirketten çıkmayı talep edebilmektedir¹³⁹. Hâkim şirketin bağlı şirketi kayba yol açan işlemlere yönlendirmesinden kaynaklanan sorumluluk bağlamında da (TK m 201(1)), tazminat yanında şirketten çıkma talebi mümkündür. Fiyat unsuruna dair problemler¹⁴⁰ yine bir kenara bırakılırsa TK m 202, hâkim teşebbüsün topluluğu yönetiminden zarar gören azınlık pay sahiplerine güvenli çıkış imkânı tanımaktadır¹⁴¹. Olması gereken hukuk bakımından şirketler topluluğu bağlamında güvenli çıkış hakkı tanınması yanında bağımsız bir şirketin bir şirketler topluluğuna bağlı şirket olarak dahil olması halinde azınlık pay sahiplerine TK m 421(6)'ya benzer şekilde pay devir sınırlamalarına tabi olmadan şirketten ayrılma imkânı tanınabilirdi. Böylece azınlık pay sahiplerinin serbest çıkış hakları da takviye edilmiş olurdu.

Birleşmede ayrılma akçesi (?): TK m 141, devrolunan şirketin birtakım pay sahiplerinin birleşmeye katılmayarak ayrılma akçesi almak suretiyle şirketten ayrılmalarını sağlayan iki mekanizma öngörmektedir. Bunlardan ilki birinci fıkrada düzenlenen seçimlik ayrılma akçesidir. Esasen bu hüküm olmasa dahi birleşme tarafı şirketler veya pay sahiplerinden herhangi birinin diğer pay sahiplerine sözleşmesel olarak aynı teklifi sunması mümkün olabilirdi. Bu açıdan ilk fıkranın sağladığı imkân temelde ayrılma akçesinin miktar bakımından TK m 191 uyarınca mahkeme denetimine tabi olmasıdır¹⁴².

TK m 141(2) ise zorunlu ayrılma akçesini düzenlemektedir. Bu durumda birleşme sözleşmesiyle ayrılma akçesini kabule zorlanan ortaklar bakımından bir seçim hakkı yoktur. Her ne kadar hem ağırlaştırılmış nisap (TK m 151(5)) hem de ayrılma akçesinin değer bakımından uygunluğunun mahkeme denetimine tabi olması (TK m 191) azınlık pay sahiplerini koruyucu nitelikte olsa da zorunlu ayrılma akçesi kurumu, özü itibarıyla HPS menfaatlerini korur. Bu durum, inisiyatifi tamamen HPS'ye bıraktığından bir güvenli çıkış hakkı değil, azınlık pay sahibini şirketten ihraç vasıtası teşkil eder¹⁴³. Dolayısıyla TK 141 vasıtasıyla güvenli çıkış hakkı sağlandığını söylemek mümkün değildir.

¹³⁹ Madde gerekçesinde hükmün azınlık pay sahiplerine çıkış hakkı verdiği açıkça ifade edilmiştir: "...bu dava, hakimiyetin kullanılmasında azınlıkta kalan ve hakimiyetin kullanılış biçimine karşı çıkan pay sahiplerine şirketten çıkış imkânı vermektedir".

¹⁴⁰ Bkz Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu* (n 3) 410 vd; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları* (Adalet 2015) 419-420.

¹⁴¹ Aynı vakıaların hem TK m 202 hem de 531 kapsamında güvenli çıkış hakkı sağlaması mümkündür, Tekinalp, *Yeni Hukuk* (n 63) N 23-110.

¹⁴² TK m 155(5)'in lafzı, oy haklarının yüzde doksani olarak tayin edilmiş ağırlaştırılmış nisabın seçimlik ayrılma akçesi öngörülmesinde de aranacağı intibahı bıraksa dahi bu yorumun amaca uygun düşmediği yönünde bkz Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 63) 591, dolaylı olarak, Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 66) 139; Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (n 63) 573. Ağırlaştırılmış nisap şartının sadece TK m 141(2)'nin gerekçesinde geçmesi bu sonucu teyit eder mahiyettedir.

¹⁴³ TK m 141(2) gerekçesinde hükmün aynı zamanda şirkette kalmayı arzu etmeyen ortaklar bakımından şirketten ayrılma vasıtası olduğunun belirtilmesi, bu açıdan sorgulanabilir.

4. Altyapısal Haklar

Anonim şirkette azınlığın himayesi, temelde söz ve çıkış haklarıyla sağlanmaktadır. Bu temele dayanan koruma sisteminin işlerliği için söz ve çıkış haklarının gereği gibi kullanılabilmesi gerekir. Azınlığı koruyan sistem, bu amaca yönelik birtakım mekanizmalar öngörmüştür. Bu mekanizmalar, azınlığın korunmasındaki iki temel hakkın kullanımı için gerekli altyapıyı sağladıklarından *altyapısal haklar* olarak isimlendirilebilir. Söz ve çıkış haklarına göre daha dağınık ve düzensiz yapıdaki bu haklar, bu çalışmada yukarıdaki gibi sistematize edilmemekte, bunun yerine TK'nın azlığın korunması için hazırladığı altyapının kuş bakışı bir görünümü sunulmaktadır.

İlk olarak genel kurulla bağlantılı kimi altyapısal haklardan söz edilmelidir. Pay sahibinin genel kurula katılması ve oy kullanırken yaptığı tercihler, söz ve çıkış haklarını etkileyebilmektedir. Örneğin genel kurula katılmayan veya katılıp olumlu oy kullanan pay sahibinin sahip olduğu dava imkânları daralmaktadır¹⁴⁴. Bu yüzden genel kurul toplantılarına çağrı özel bir usule bağlanmış, gündeme bağlılık kuralıyla oldubittilerin önüne geçilmek hedeflenmiş, kimi durumlarda Bakanlık temsilcisinin toplantıda bulunması zorunlu tutulmuş veya azınlık pay sahiplerine Bakanlık temsilcisinin bulunmasını talep yetkisi tanınmıştır¹⁴⁵.

Pay sahibinin özellikle dava yoluyla kullanacağı hakları bakımından bilgi alma hakkı ve bağlantılı hakların önemi büyüktür. Bu kapsamda bilgi alma ve inceleme hakkı ve özellikle özel denetim talebi kritiktir¹⁴⁶. Bilgi alma ve şeffaflığa dair hükümlerin sermaye artırımı,¹⁴⁷ şirketler topluluğu¹⁴⁸ ve yapısal değişikliklerde¹⁴⁹ özel görünümleri yine aynı bağlamda değerlendirilmelidir. Azınlık pay sahiplerinin finansal tablolar ve ilişkili konuların müzakeresini ertelenmesini talep hakkı (TK m 420) bir başka örnektir¹⁵⁰. Genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının tescil ve ilanını öngören hükümler ile internet sitesinde yayıma dair aleniyet sağlayıcı hükümler yine aynı amaca hizmet etmektedir.

Azınlık pay sahiplerinin hem yatırımlarının iktisadi değerinin hem de hukuki konularının sulandırılmaması için yeni pay ihracı durumunda korunmaları gerekir. TK, bunu rüçhan hakkı (TK m 461) ve önerilmeye muhatap olma hakkıyla (TK m 466)

¹⁴⁴ Örneğin bkz TK m 192, 202(2), 446 ve 558(2).

¹⁴⁵ Bkz Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG 28.11.2012/28481) m 32.

¹⁴⁶ TK Genel Gerekçe N 133: "Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır". Özellikle sorumluluk davaları bakımından TK sisteminin özel denetçinin raporu üzerine kurulduğunu belirten, Ünal Tekinalp, 'Azınlık Hakları ve Bireysel Haklar' iç 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu (Beta 1997) 152, 152.

¹⁴⁷ TK m 457; 461(2).

¹⁴⁸ Bkz Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu* (n 3) 517 vd.

¹⁴⁹ Bkz Sankaya (n 99) 31-35.

¹⁵⁰ Bu hakkın mevcudiyetine güçlü bir eleştiri için bkz Tekin Memiş ve Bahar Şimşek, 'Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler' iç İsmail Kırcı ve diğerleri (edr) Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan (On İki Levha 2019) 787, 789-790.

sağlamaktadır. Her iki hakkın da haklı sebeple sınırlanabilmesi mahkeme denetimiyle (hükümsüzlük yaptırımıyla) koruma sağlarken rüçhan hakkının sınırlandırılması ayrıca ağırlaştırılmış nisaba (esas sermayenin %60'ının olumlu oyu) tabidir. TK m 462(3), (varsa) iç kaynaklardan¹⁵¹ sermaye artırımını taahhüt yoluyla artırım için şart koşarak ve bu şekildeki bir artırım halinde bedelsiz pay alma hakkını vazgeçilmez hak olarak niteleyerek benzer bir koruma (butlan yaptırımı) tesis etmektedir¹⁵².

TK m 360 anlamında imtiyaz ve birikimli oy yoluyla sağlanan yönetim kurulunda temsil imkânları yine altyapısal haklar arasında zikredilmelidir. TK m 360 kapsamında yönetimde temsil imtiyazı, bu çalışmada tanımlandığı haliyle azınlık pay sahiplerine belirli pay grubu, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup pay sahibi veya azlık sıfatıyla tanınabilir. Bu yöntemlerden hangisinin seçildiği, yönetimde temsil imtiyazının azınlık koruması sistemindeki yeri bakımından önemli değildir. Birikimli oy kurumu, azınlığa seçim sistemi üzerinden yönetimde temsil imkânı tanımaktadır¹⁵³. Azınlığa yönetim kurulunda bir koltuk sağlayan bu mekanizmaların, bir söz hakkı olduğu düşünülebilir¹⁵⁴. Ancak ilk bakışta mantıklı görünen bu yaklaşım, bir yanılı olarak nitelenebilir. Yönetim kurulunda tek bir oya sahip olmak, pay sahibine gerçek anlamda yönetimde söz sahibi olma şansı tanımaz¹⁵⁵. Bununla birlikte özellikle yönetim kurulu üyesinin hem fiili hem de hukuk bilgi alma imkânlarının pay sahibinin genel kuruldaki benzer imkânlarına göre çok daha derin ve geniş olduğu unutulmamalıdır¹⁵⁶. Böylece yönetim kurulunda temsil, kendisi bir söz hakkı sağlamaktan ziyade özellikle bilgi asimetrisini azaltan yönüyle söz ve çıkış haklarının gereği gibi kullanımına hizmet etmektedir.

Altyapısal haklara verilebilecek bir diğer örnek, hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasının zorunlu tutulması (TK m 486(2)) ve pay sahiplerinin TK m 486(3) uyarınca nama yazılı pay senetlerinin bastırılmasını talep etme hakkıdır. Söz konusu düzenlemeler, payların senede bağlanacağını teminat altına alarak özellikle çıkış hakları bakımından azınlık pay sahiplerine kolaylık sağlamaktadır.

¹⁵¹ Hükümdeki “fon” ifadesinin kapsamına ilişkin tartışmalar için bkz İsmail Cem Soykan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha 2019) 176 vd.

¹⁵² Öte yandan TK m 462(3)'ün ikinci cümlesi iç kaynakların sermayeye dönüştürmesiyle “aynı zamanda ve aynı oranda” taahhüt yoluyla artırıma izin vererek bu korumayı gevşetmektedir.

¹⁵³ Birikimli oy sistemi hakkında bkz Gül Okutan Nilsson, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı’ iç Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, Gül Okutan Nilsson (edr) *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt 1* (Beta 2003) 563 vd.

¹⁵⁴ Nitekim bu kanaatte, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 6 N 103 vd; Kunz, ‘Exit und Voice’ (n 85) 22.

¹⁵⁵ Yönetimde temsille dolaylı olarak elde edilen oy hakkının söz hakkı olarak azınlığı koruması, genel kurulda olduğu gibi ancak ağırlaştırılmış nisaplar veya oydan yoksunluğa paralel bir düzenleme olan müzakerelere katılma yasağı bağlamında düşünülebilir.

¹⁵⁶ Yönetim kurulunda temsilin bilgi alma ve denetleme yönünden avantajına vurgu yapan, Abuzer Kendigelen, ‘Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler’ iç Abuzer Kendigelen *Makalelerim Cilt II: 2001-2017* (2. Bası On İki Levha 2018) 215, 215-216; Abuzer Kendigelen, ‘İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709)’ iç Abuzer Kendigelen *Makalelerim Cilt I: 1986-2001* (3. Bası On İki Levha 2018) 389, 398, 430.

Son olarak TK'nın azınlık pay sahiplerine haklarının kullanımında sağladığı usuli kolaylıklar bu kapsamda değerlendirilebilir. Azınlık haklarının etkin kullanımı için çoğu halde (örneğin özel denetçi tayininde) ilgili mekanizmanın mahkemeye başvuru imkânıyla pekiştirilmesi gerekir¹⁵⁷. Öte yandan kimi hallerde (örneğin hükümsüzlük ve sorumluluk davalarında) hakkın kullanımı temelde mahkemeye başvuru yoluyla gerçekleşir. Bu açıdan mahkemeye başvuru yoluyla kullanılacak hakları bakımından sağlanan kolaylıklarla azınlığın usuli açıdan korunmasından söz edilebilir.¹⁵⁸ Azınlığa usuli açıdan sağlanan korumalara TK m 555(2) uyarınca pay sahibinin şirketin zararının tazminini talep ettiği sorumluluk davasında dava giderlerinin şirketle davacı pay sahibi arasında paylaşılması ve nama yazılı pay senetlerinin TK m 493 kapsamında şirket tarafından devralınması halinde payların değerine ilişkin ihtilafta değerlendirme giderlerinin şirkete karşılanmasına dair beşinci fıkra örnek gösterilebilir.

5. Boşluk Doldurucu İlkeler

Yukarıda incelenenler dahil anonim şirketler hukuku, birçok münferit kuralla azınlık pay sahiplerini korumaktadır. *Kuraldan* kasıt, belirli bir davranışın yapılmasını emreden yahut yasaklayan, içerik bakımından somutlaştırılmış hukuk normlarıdır. Örneğin yönetim kurulu üyesinin tabi olduğu rekabet yasağını düzenleyen TK m 396, üyelerin şirketle aynı tür işlerle uğraşan bir şirkete “*sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla*” girmesini -genel kurul izni olmadıkça- yasaklamaktadır. Böylece yönetim kurulu üyesinin örneğin bir anonim şirkette pay edinmesinin yasak kapsamında olmadığı TK m 396'nın zıt anlamından rahatlıkla anlaşılmaktadır. Hüküm, kural şeklindeki düzenlemelerin çarpıcı bir örneğidir. Kurallar, muhataplar bakımından *ex ante* netlik sağlayarak hukuki belirliliğe hizmet eder; fakat kanun koyucunun en verimli kuralı tespit -daha doğrusu tahmin- ederek doğru şekilde formüle etmesi maliyetli ve güçtür. Üstelik bu tarz düzenlemeler boşluk bırakmaya daha meyillidir ve şeklen kurala uygun davranışlarla yasaklanan sonuca ulaşılması mümkün olabilir (veya kuralla ulaşılması hedeflenen sonuçtan kaçınılabılır).

Hukuk normları somut ve katı kurallar yerine daha soyut ve esnek *ilkeler* şeklinde de hükme bağlanabilir. Böylece kanun koyucunun en doğru hukuk normunu önceden kestirmesi ve içeriğini somutlaştırması gerekmez ve de boşluk bırakılması ihtimali azalır. Örneğin TK m 369(1), yöneticilerin “*şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak*” gözetme borcu altında olduklarını belirterek sadakat yükümlülüğünü hüküm altına almaktadır. İlgili normun içeriğini somutlaştırmayıp daha genel ve soyut bir esas öngören bu düzenleme, tipik bir ilke örneğidir. İlkelerin

¹⁵⁷ Tekinalp, ‘Otuz Yıllık Uygulama’ 242.

¹⁵⁸ Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 11 N 4.

zaafi norma uygunluğun *ex post* olarak genelde mahkemeler eliyle denetlenmesini gerektirmeleri ve hukuki belirliliği zayıflatmalarıdır¹⁵⁹.

Kural ve ilkeler genelde münferit bir konunun düzenlenmesi bağlamında tartışılrsa da ayırım ve yaklaşım, tüm şirketler hukuku düzenlemeleri ve bilhassa TK'nın azınlığı koruyan sistemi açısından da aydınlatıcıdır. TK, azınlığı koruyan birçok somut kuralın yanında bunları tamamlayıcı genel ilkelere de yer vermiştir¹⁶⁰. Böylece çoğunluk prensibi ve buradan neşet eden şirketi yönetme yetkisinin kötüye kullanımında mahkemelere takdire dayalı geniş bir denetim yetkisi temin edilmektedir. Hem kural hem ilkelerden yararlanan bu koruma rejiminin, azınlık - HPS arası menfaat dengesini ortaklık ilişkilerinin hızlı değişen dinamikleri içerisinde gözetmek için bir zorunluluk olduğu söylenebilir¹⁶¹. TK'da azınlığı koruyan iki genel ilkeye değinmekte fayda vardır: Dürüstlük kuralı (MK m 2, TK m 445) ve eşit muamele (işlem) ilkesi (TK m 357).

Dürüstlük kuralı: TK m 445, genel kurul kararlarının iptalini gerektiren sebepler arasında kanun ve esas sözleşmeye aykırılığın yanında dürüstlük kuralına aykırılığı da saymaktadır. Kanun ve esas sözleşmeye uygun genel kurul kararları, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini şirket menfaatinin gerektirdiği ölçüyü aşar şekilde zedeliyorsa iptal edilebilecek; çoğunluk, gücü dürüstlük kuralı (ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağı) denetimine tabi olacaktır¹⁶². Örneğin genel kurulda sermaye artırımı kararı alındığı ve artırımın TK m 462(3)'e uygun olarak iç kaynaklardan ve bunlara ilaveten taahhüt yoluyla yapıldığı farz edilsin. Ayrıca yine sermaye artırımı kararının esas sözleşmede öngörülen ağırlaştırılmış nisapla alındığı varsayılsın. Karar, kanun ve esas sözleşmeye uygun gözükse dahi şirketin artırıma ihtiyacı olup olmadığı ve artırımın zamanlaması gibi kriterleri göz önüne alan mahkeme, dürüstlük kuralına aykırı kararı iptal edebilecektir¹⁶³.

Eşit muamele ilkesi: TK m 357 uyarınca pay sahipleri, eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulurlar. İlke, TK'da eşit işlem ilkesi olarak anılsa da ilkenin işlem bazlı olmayan bir davranış yükümlülüğü olduğunu vurgulamak üzere eşit muamele ilkesi tabiri

¹⁵⁹ Kural - ilke ayırımı konusundaki öncü çalışma için bkz Louis Kaplow 'Rules Versus Standards: An Economic Analysis' [1992] 42 Duke Law Journal 557 vd; şirketler hukuku normları bağlamında bu ayırma değinen örneğin, Kraakman ve diğerleri (n 4) 32-33.

¹⁶⁰ Nitekim yukarıdaki kural örneği olarak verilen rekabet yasağı hakkındaki düzenlemenin, sadakat yükümlülüğüne dair ilkesel nitelikteki hükmün tamamlayıcısı olduğu görülmektedir. Rekabet yasağı ile sadakat yükümlülüğünün ilişkisi hakkında bkz Fatih Aydoğan, *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı* (Vedat 2005) 8-10.

¹⁶¹ Varılan sonucun ustaca bir özeti için bkz İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 168: "Anonim şirketler kadar girift menfaatler ihtilaflına sahne olan müesseselerde birkaç kanun maddesi ile bu ihtilafları düzenlemek mümkün değildir. Bu itibarla, kanunlarda sert ve katı maddeler yanında, geniş ve umumi hükümler sevk etmek, menfaatler ihtilaflarının hallini bu hükümlerin ışığı altında mahkemenin takdirine bırakmak zarureti vardır. Mahkeme, sert ve katı hükümlerle ihtilaflı halletmekte aciz kalırsa, önündeki meselenin mahiyet ve hususiyetine göre, bu umumi esaslardan müphem olarak, adil bir karara varacaktır".

¹⁶² Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Cilt 2/2* (n 20) 96-97; Erdoğan Moroğlu, *Hükümsüzlük* (n 98) 232.

¹⁶³ Bu konuda bkz Soykan (n 151) 584 vd.

tercih edilecektir¹⁶⁴. Eşit muamele ilkesi, hem yönetim kurulu hem genel kurulda çoğunluk gücünün sınırlandırılmasını sağlamaktadır¹⁶⁵. Böylece, ilkeye aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğü gündeme gelebilir ve duruma göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁶⁶. Amacı itibariyle eşit muamele ilkesi HPS'nin sermayeye katılım oranının ötesinde hâkimiyete özgü getiriler elde etmesini engelleyen ilkesel bir koruma mekanizmasıdır.

Eşit muamele ilkesinin gerekli himayeyi tesis etmede yetersiz kaldığı hallerde hakkın kötüye kullanılması yasağının bir uzantısı olarak hakların en az zarar verecek şekilde (sakınılarak) kullanılması ilkesi devreye girebilir. İsviçre öğretisince geliştirilip içtihadında benimsenen ilke,¹⁶⁷ 70'li yılların sonunda Türk öğretisinde taraftar toplamaya başlamış¹⁶⁸ ve zamanla TK gerekçesi¹⁶⁹ ve Yargıtay içtihadına da sirayet etmiştir¹⁷⁰. Kökenleri eşya hukukuna dayanan ilke,¹⁷¹ şirket menfaatine uygun bir karar eğer azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini önemli ölçüde zedeleyecekse, aynı amaca (HPS ve şirket açısından) daha maliyetli ve güç olmayan başka bir yöntemle ulaşılmasını gerektirir¹⁷². Özellikle sermaye artırımında eşit muamele ilkesinin yeterli korumayı sağlamadığı hallerde hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi azınlık pay sahiplerini koruyucu bir rol oynar ve ilgili kararın dürüstlük kuralına aykırılığını ortaya koyar¹⁷³. İlkeyle anayasa/insan hakları/idare hukukundaki ölçülülük ilkesi arasında bir benzerlik bulunduğu işaret edilmektedir¹⁷⁴. Gerçekten, her iki hukuki ilke/kıstas da güç ve yetkinin kullanımı bakımından bir kısıt niteliğindedir. Bununla birlikte kamu hukukunda bir hakkın sınırlandırılması istisnaidir ve ölçülülük ilkesi istisnai işlem/fiilleri (hakların sınırlandırılması) kısıtlar¹⁷⁵. Şirketler hukukundaysa çoğunluk ilkesi gereği genel kurulun -kanuni sınırlar dahilinde- serbestçe karar verebilmesi esastır. İstisnai olan,

¹⁶⁴ Benzer şekilde "eşit davranma ilkesi" ifadesini kullanan, Nomer, 'Eşit Davranma İlkesi' (n 33) 469 vd. Eşit muamele tabiri, kavramın Almanca (*Gleichbehandlungsprinzip*) ve İngilizce (*equal treatment principle*) orijinallerini de daha iyi karşılamaktadır.

¹⁶⁵ Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin 2004) 60-61; Setenay Yağmur, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020) 71-72.

¹⁶⁶ İlkenin uygulama alanı hakkında bkz Yıldız (n 165) 99 vd; Yağmur (n 165) 99 vd.

¹⁶⁷ İlkenin İsviçre yargı kararlarındaki gelişimi için bkz Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 37) § 39 N 99-102a.

¹⁶⁸ Bkz Ünal Tekinalp, 'Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (I)' [1979] 26(2) İktisat ve Maliye Dergisi 78 vd; Ünal Tekinalp, 'Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (II)' [1979] 26(5) İktisat ve Maliye Dergisi 203 vd.

¹⁶⁹ TK m 461(2) ve 466(2) gerekçeleri.

¹⁷⁰ Örneğin bkz Yargıtay 11 HD, 2012-13234/3514, 25.02.2014; Yargıtay 11 HD, 2016-3145/5875, 30.10.2017 (Lexpera).

¹⁷¹ Örneğin bkz MK m 786(1): "İrtifak hakkı sahibi... hakkını yüklü taşınmazın malikine en az zarar verecek biçimde kullanmak zorundadır".

¹⁷² İlkenin uygulanma şartları için bkz Tekinalp, 'En Az Zarar (II)' (n 168) 205; Necla Akdağ Güney, 'Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulanması' iç Aynur Yongalık ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan* (Turhan 2017) 45, 55-57.

¹⁷³ Akdağ Güney (n 172) 50-51.

¹⁷⁴ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Cilt 2/2* (n 20) 103 dn 248; Akdağ Güney (n 172) 45.

¹⁷⁵ "Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler.", Anayasa Mahkemesi, E 1985/8, K 1986/27 26.11.1986 (RG 14.08.1987/19544).

HPS'nin çoğunluk ilkesinden aldığı gücün dürüstlük kuralı ve bunun bir uzantısı olan hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi vasıtasıyla kısıtlanmasıdır. Dolayısıyla hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi ile ölçülülük arasındaki benzerliğe dikkat çekilirken şirketler hukuku ve kamu hukuku arasındaki bu farka işaret edilmesinde fayda vardır.

6. Çeperler

Bu kısma kadar anonim şirketler hukukunda azınlık pay sahiplerini koruyan birçok mekanizma tespit edilerek tasnife tabi tutulmuştur. TK'nın azınlığı koruyan araçlarını koruyan birtakım normlar vardır ki bunlar *çeperler* olarak anılacaktır. Denebilir ki kanun koyucu, çeperlerle azınlığı koruyan sistemi pay sahiplerinin -esasen HPS'nin- iradesinden korumaktadır. Yani aşağıda değinilecek hukuki kurumlar, yukarıda açıklanan diğer koruma mekanizmalarını çevreleyerek onları sağlama almaktadır. Bu kapsamda sırasıyla vazgeçilmez haklar ve müktesep haklar doktrinleriyle emredici hükümler ilkesi ele alınacaktır.

Vazgeçil(e)mez haklar doktrini: Vazgeçilmez haklar doktrinine göre kanunun pay sahiplerine tanıdığı kimi haklar, hak sahibinin rızası olsa dahi kaldırılmaz. Vazgeçilmez hakların varlığı, bu hakların pay sahiplerinin menfaatleri kadar anonim şirketin temel yapısına hizmet etmesiyle izah edilmektedir¹⁷⁶. Bu açıdan yukarıda azınlığın neden emredici hükümlerle korunduğu bahsine gönderme yapılabilir¹⁷⁷. TK m 447(1)(a) ve (b), vazgeçilmez haklardan bir kısmını örnekleyici olarak saymaktadır¹⁷⁸. Hüküm, bu hakları ihlal eden genel kurul kararlarına butlan yaptırımını bağlamaktadır¹⁷⁹. Bu yönüyle vazgeçilmez haklar, azınlık korumasının emredici karakterinin en yoğun ve güçlü şekilde hissedildiği alanlardan biridir¹⁸⁰.

Müktesep haklar doktrini: TK m 452, esas sözleşmenin tüm hükümlerinin değiştirilebileceğini ifade ederken vazgeçilmez hakların yanında müktesep hakları da saklı tutmaktadır. eTK'nın müktesep haklar kenar başlıklı 385. maddesi, ilk fıkrasında müktesep hakların pay sahiplerinin rızası olmadan değiştirilemeyen, ikinci fıkrada bu hakların genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tabi olmayan haklar olduğunu açıkladıktan sonra çeşitli müktesep hak örnekleri sıralamaktaydı. Hüküm; müktesep hak kavramının belirsizliği, içerdiği örneklerin tanımla uyumsuzluğu ve genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği sebebiyle gereksizliği gibi gerekçelerle tenkit konusu

¹⁷⁶ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 37) § 39 N 110 ve onu takiben Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26) § 1 N 206; Türk öğretisinde, Tekinalp, *Yeni Hukuk* (n 63) N 14-28.

¹⁷⁷ Bkz III.B.

¹⁷⁸ Pay sahibinin vazgeçilmez hakları, hükümde sayılanlarla sınırlı değildir, bkz Tekinalp, *Yeni Hukuk* (n 63) N 14-29 ila 31; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Cilt 2/2* (n 20) 36 vd.

¹⁷⁹ Hükümün açık düzenlemesi karşısında münferit ihlallerin de butlan sonucunu doğuracağı yönünde bkz, Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Cilt 2/2* (n 20) 74 vd.

¹⁸⁰ Benzer, Kunz, *Minderheitenschutz* (n 26), § 1 N 208.

olmuştu¹⁸¹. Mevcut hükümse tanım ve örnekleri kaldırarak sadece müktesep hakları (HPS'nin) esas sözleşmeyi değiştirme hürriyetinin bir sınırı olarak belirtmiştir¹⁸². Yine de müktesep hakların kapsamı ve gerekliliği tartışmaları sona ermiş değildir¹⁸³. Bu çalışmanın amacıyla sınırlı olarak müktesep haklar doktrininin (uygulanabildiği ölçüde); vazgeçilmez haklar ve emredici hükümler ilkesiyle birlikte bir çerper olarak azınlık pay sahibini koruyan bir görev icra ettiğini söylemek mümkündür.

Emredici Hükümler İlkesi: TK m 340 uyarınca anonim şirket esas sözleşmesi, TK hükümlerinden ancak TK'nın açıkça cevaz verdiği ölçüde sapabilmektedir. Hükümün nasıl uygulanacağına dair tartışmalar, bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Bu yüzden emredici hükümler ilkesinin yorumu ve kendisine atfedilen tatbik sahasından bağımsız olarak yalnızca azınlık pay sahiplerini koruyan sistemi nasıl koruduğuna, en azından hükümün Alman hukukundan iktibasının¹⁸⁴ dayandığı koruma amacına, değinilecektir.

İlk olarak emredici hükümleri ilkesinin serbest çıkış hakkıyla bağlantısına değinmek gerekir. Esas sözleşme özgürlüğünün kısıtlanarak esas sözleşme içeriğinin standart hale getirilmesi,¹⁸⁵ sürpriz hükümlerin önüne geçerek özellikle müstakbel pay sahiplerinin hisseleri iktisap ederken esas sözleşmeyi inceleme ihtiyacını azaltmakta, hisselerin tedavülü böylece kolaylaşmaktadır¹⁸⁶. Halka açık şirketlerde esas sözleşmeyi inceleme maliyetinden kurtulan küçük yatırımcı bakımından bu argüman daha kolay kabul edilebilir. Ancak bu çalışmada ele alınan kapalı şirketlerde yatırımların genelde daha büyük ölçekli olduğu dikkate alındığında söz konusu argümanın geçerliliği azalmaktadır¹⁸⁷.

İkinci olarak TK m 340 ile kanun koyucunun, azınlık pay sahipleri (ve bunları koruyan kanuni mekanizmalar) için daha genel bir koruma amacı güttüğü varsayılabilir¹⁸⁸. Keza madde gerekçesi de bu yaklaşımı doğrular gözükmektedir¹⁸⁹. Yukarıda azınlığı koruyan hükümlerin neden kural olarak emredici karakterde olduğu

¹⁸¹ Örneğin bkz İmregün, *Menfaat İhtilafları* (n 19) 125 vd; Arslan Kaya, 'Müktesep Haklar' iç 40. *Yılında Türk Ticaret Kanunu* (Beta 1997) 147 vd.

¹⁸² İsviçre'deki muadil OR m 646 hükmü de 1991 senesinde ilga edilmiştir.

¹⁸³ Bkz. Nuri Erdem, '6102 sayılı "Yeni" TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep (Kazanılmış) Hakları" [2012] 2(1) *Regesta* 29 vd; Kirca, Şehiralı Çelik ve Manavgat, *Cilt 2/2* (n 20) 21 vd.

¹⁸⁴ TK m 340'ın mehazı, Alman Paylı Şirketler Kanunu (AktG) § 23(5)'tir.

¹⁸⁵ Öte yandan kanun koyucu, TK m 340 gerekçesinde TK'da emredici nitelikte olmayan çok sayıda hüküm olduğundan bahisle emredici hükümler ilkesinin "bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağı" eleştirisinin önünü almak istemiştir.

¹⁸⁶ Dirk Solveen, '§ 23' iç Wolfgang Hölter (edr) *Aktiengesetz* (3. Bası C.H.Beck/Vahlen 2017) § 23 N 29; Andreas Pentz, '§ 23' iç Wulf Goette ve Mathias Habersack (edr) *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası C.H. Beck 2020) § 23 N 158; Jens Koch, '§ 23' iç Uwe Hüffer ve Jens Koch (edr) *Aktiengesetz* (14. Bası C.H. Beck 2020) § 23 N 34; Peter Limmer, '§ 23' iç Gerald Spindler ve Eberhard Stolz (edr) beck-online.GROSSKOMMENTAR – Aktiengesetz < <https://beck-online.beck.de> > (erişim tarihi: 14 Aralık 2020) § 23 N 46.

¹⁸⁷ Alman hukukuna aynı eleştiriyi not eden, Pentz (n 186) § 23 N 158; Koch (n 186) § 23 N 34.

¹⁸⁸ Bu yönde, Tekinalp, 'Kurumsal Yönetim' (n 56) 650-651; Karasu (n 24) 46-47; Koch (n 186) § 23 N 34.

¹⁸⁹ Gerekçedeki "[a]nonim şirketler hukukunda bireysel paysahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez" ifadesi bu bağlantıya işaret etmektedir.

açıklanmıştır¹⁹⁰. Emredici hükümler ilkesinin azınlığı koruyan kanuni mekanizmalar bakımından bu düzenlemelerin emredici karakterini pekiştirdiği söylenebilir. Bir başka deyişle yorum yoluyla ulaşılan emredicilik neticesi,¹⁹¹ TK m 340 yoluyla kanun koyucu tarafından teyit edilmiş olmaktadır.

V. Sonuç

1. Türk anonim şirketlerinde yaygın olarak görülen ortaklık yapısı, bir hâkim pay sahibi (HPS) ve onun karşısında yer alan azınlık pay sahiplerini barındırmaktadır. Bu şirketler, genelde halka açık değildir ve HPS ile azınlık pay sahibi arasında şirket dışı şahsi (ailevi, mesleki vb) ilişkiler bulunur. Bu tarz kapalı şirketlerde kanun koyucu, HPS'nin şirketi yönetme yetkisini azınlık aleyhine fırsatçı şekilde kullanmasını engellemeyi hedeflemektedir. Çalışmada azınlığı koruyan kanuni sistem incelenmiştir. Bu amaçla ilk olarak azınlık kavramı tanımlanmış, daha sonra azınlığın neden korunduğu meselesi irdelenmiştir. Son olarak, azınlığı koruyan hukuki mekanizmaların bir tasnifi sunulmuştur.

2. TK'da az(ın)lık terimi, kimi zaman belirli bir sermaye iştiraki oranını (%10, halka açık şirketlerde %5) sağlayan pay sahiplerini ifade etmek için kullanılmışsa da bu kullanım istikrar ve tutarlılıktan uzaktır. TK, “azlık” ifadesini kullansa da çalışma boyunca kavramın doğal karşılığı olan azınlık kelimesi tercih edilmiştir. Azınlık kavramı, öğretide genelde sermayenin belirli bir kısmını temsil eden pay sahipleri olarak tanımlanmaktadır. Kimi hakların hangi pay sahiplerince kullanılabileceğini esas alan bu tanım, HPS ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilafını ve azınlık olarak hangi pay sahiplerinin korunduğunu yansıtmakta başarısızdır ve tamamen şekli bir kritere dayanmaktadır. Bu çalışmada azınlık, HPS kavramına referansla, şu şekilde tanımlanmıştır: *Anonim şirkette azınlık, hâkim pay sahibi dışında kalan ve bu yüzden maruz kaldıkları hukuki ve iktisadi riskler sebebiyle korunması gereken pay sahipleridir.*

3. Azınlığın korunmasına dair gerekçeler, iki başlık altına incelenmiştir. İlk olarak, azınlığın neden korunduğu sorusuna yanıt aranmış, bu kapsamda azınlık pay sahipliğiyle bağlantılı hukuki ve iktisadi riskler çeşitli örnekler üzerinden açıklanmıştır. Azınlık, HPS'nin sermayeye katılma oranını aşan hâkimiyete özgü getiriler elde etmesi ve özellikle kaynak aktarımları karşısında korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Öte yandan bu korumanın neden sözleşmesel (esas sözleşme yahut pay sahipleri sözleşmeleri) yolla elde edilemediği yani azınlığın neden kanuni korumaya ihtiyaç duyduğu, ayrıca ele alınmıştır. Azınlığı koruyan hükümlerin emrediciliği, kuruluş aşamasında azınlık pay sahibinin HPS ile arasındaki güven ilişkisini zedelememe gayesiyle bu korumalardan feragat etmesini önlediği gibi çoğunluk

¹⁹⁰ Bkz III.B.

¹⁹¹ TK m 340'a bu yönden ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir, fakat söz konusu tartışma bu çalışma kapsamının dışındadır.

ilkesi karşısında ortaklık ilişkisi kurulduktan sonra bu korumaların HPS'nin insafına bırakılmasını da engellemektedir. Azınlığı koruyan kanuni hükümlerin sadece azınlık menfaatlerine hizmet etmediği, HPS ve toplumsal refah açısından da arzu edilebilir olabilecekleri vurgulanmalıdır.

4. Azınlık nasıl korunur sorusuna cevap aramak amacıyla, azınlığı koruyan kanuni mekanizmalar sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Öğretideki yerleşik yaklaşım, azınlık hakkını sermaye iştiraki şekli kriteri üzerinden tanımladığı ve "hak" teşkil eden mekanizmalara odaklandığı için meseleye dar bir pencereden bakmaktadır. Yine öğretide yaklaşık 60 senedir benimsenen olumlu - olumsuz azınlık hakkı ayrımı, TK'nın azınlığı koruyan sisteminin derinliğini yansıtmak konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden bu çalışmada azınlık pay sahiplerini koruyan hukuki kurumlar şekli kritere ve teknik anlamda hak teşkil edip etmediklerine dayalı olarak sınırlanmamış, azınlığı koruyan her türlü kanuni mekanizma tasnif kapsamına alınmıştır. Bunların tasnifi, işlevsel bir yaklaşımla yapılmış ve koruyucu mekanizmalar, beş farklı kategoride incelenmiştir: (i) söz hakları, (ii) çıkış hakları, (iii) altyapısal haklar, (iv) boşluk doldurucu ilkeler ve (v) çeperler. Karşılaştırmalı hukukta da rastlanan söz hakları - çıkış hakları ayrımı yeni olmamakla birlikte diğer kategoriler ve kategoriler içindeki alt ayrımlar (örneğin serbest - güvenli çıkış hakları ayrımı), özgün niteliktedir. Bu daha geniş ve işlevsel yaklaşım, TK'nın azınlığı koruyan sistemine daha tepeden bakmakta ve özellikle koruyucu mekanizmaların sistem içindeki rollerini ve birbirleriyle ilişkilerini daha iyi açıklamaktadır.

5. *Söz hakları*, azınlık pay sahiplerinin şirket iradesinin oluşumu/düzeltilmeleri aşamalarında korunmalarını sağlayan haklardır. Bu kapsamda örneğin ağırlaştırılmış nisaplar, oydan yoksunluk, hükümsüzlük ve sorumluluk davaları incelenmiştir. *Çıkış hakları*ysa azınlık pay sahiplerinin paylarını satarak yatırımlarını paraya dönüştürmelerini sağlayan mekanizmalardır. Bunlardan *serbest çıkış hakkı*, birtakım fiili ve hukuki engeller sebebiyle kapalı şirketlerde yeterli korumayı sağlamamaktadır. Bu noktada azınlık pay sahiplerine paylarını gerçek değerden şirket veya HPS'ye satarak çıkma hakkı veren (örneğin TK m 531 ve 202 kapsamındaki) *güvenli çıkış hakları* devreye girer. *Altyapısal haklar*, söz ve çıkış haklarının gereği gibi kullanımına imkân sağlayan hukuki altyapıyı kuran mekanizmalardır. Bilgi alma, özel denetim talep etme hakkı ve yönetimde temsil gibi hukuki kurumlar, bu kapsamda ele alınmıştır. Dürüstlük kuralı ve eşit işlem ilkesi ve bunlarla bağlantılı olarak hakların sakınılarak kullanılması prensibi, kurullarla öngörülen düzenlemeleri tamamlayan *boşluk doldurucu genel ilkeler*dir. Son olarak vazgeçilmez haklar doktrini, müktesep haklar doktrini ve emredici hükümler ilkesi, azınlık pay sahiplerini himayeyi amaçlayan sistemi koruyan *çeperleri* meydana getirmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Yorum ve önerileri için Dr. Öğretim Üyesi Emek Toraman Çolgar ve Dr. Öğretim Üyesi Cem Veziroğlu'na, araştırma ve tashih konusundaki yardımları için Gizem Nur Yıldırım'a teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgement: I would like to thank Asst. Prof. Dr. Emek Toraman Çolgar and Asst. Prof. Dr. Cem Veziroğlu for comments and suggestions, and Gizem Nur Yıldırım for research assistance.

Bibliography/Bibliyografya

- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (2. Bası Yetkin 2020)
- Akdağ Güney N, 'Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması' iç Yongalık A ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan* (Turhan 2017) 45-68
- Altay SA, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)* (Vedat 2009)
- Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku* (6. Bası Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1982)
- Atanasov V, Black B ve Ciccotello CS, 'Unbundling and Measuring Tunneling' [2014] 5 *University of Illinois Law Review* 1697-1738
- Aydın A, 'Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması' iç Domaniç H (edr) *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı* (2. Bası Beta 2001) 29-51
- Aydoğan F, *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı* (Vedat 2005)
- Ayoğlu T, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' [2013] (2) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu) 219-252
- Ayoğlu T, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri' [2017] (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 123-155
- Bachmann G ve diğerleri, *Regulating the Closed Corporation* (European Company and Financial Law Review Speical Volume 4), (De Gruyter 2014)
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2. Bası, On İki Levha 2017)
- Bahtiyar M, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' [2005] (61) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 47-106
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta 2020)
- Balsever S, 'Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md. 559)' [2018] 76(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 153-177
- Bärtschi H 'Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht' iç Kunz PV, Jörg FS ve Arter O (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 123-146
- Beבחuk LA, Kraakman R ve Triantis G, 'Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights' iç Morck RK (edr) *Concentrated Corporate Ownership* (The University of Chicago Press 2000) 295-318

- Bergier J, *L'Abus de majorité dans les sociétés anonymes* (Säuberlin & Pfeiffer S.A 1933)
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri* (7. Bası Dora 2020)
- Birsel M, 'Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları' iç *İmran Öktem'e Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 620-659
- Bozkurt T, 'Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması' [2009] (83) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 155-188
- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (On İki Levha 2016)
- Bozkurt T, *Şirketler Hukuku* (11. Baskı Legem 2020)
- Böckli P, 'Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz' [2016] Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 444-463
- Can ME, 'Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri' iç Ulusoy E (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 407-430
- Cenkci E, 'TTK m. 493/1 Bağlamında Güncel Bir Sorun: Kaçış Klotunun Uygulanmasında Esas Sözleşmesel Dayanak' [2020] 36(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 85-118
- Coffee Jr. JC, 'Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why 'Exit' Works Better than 'Voice'' [2008] 30(2) Cardozo Law Review 407-444
- Conac PH, Enriques L ve Gelter M, 'Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy' [2007] European Company and Financial Law Review (ECFR) 491-528
- Çamoğlu E, '6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili' [2011] Halil Arslanlı Bilim Arşivi < <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Ersin%20Camoglu-AnonimOrtaklikYonetimKurulundaBelirli%20Grupların%20Temsili.pdf> > erişim tarihi: 10 Şubat 2021
- Demirkapı E, 'Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı' iç Ulusoy E (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 431-474
- Drygala T, Staake M ve Szalai S, *Kapitalgesellschaftsrecht Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts* (Springer 2012)
- Dural HA, 'Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi' iç Hayri Domaniç (edr) *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı* (2. Bası Beta 2001) 179-192
- Eisenberg MA 'The Structure of Corporation Law' [1989] 89(7) Columbia Law Review (Contractual Freedom in Corporate Law) 1461-1525
- Eminoğlu C, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim* (On İki Levha 2014)
- Enriques L ve Tröger TH, 'The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions' iç Enriques L ve Tröger TH (edr) *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge University Press 2019) 1-20
- Erdem N, '6102 sayılı "Yeni" TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep (Kazanılmış) Hakları' [2012] 2(1) Regesta 29-44
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (2. Bası, Vedat 2019)
- Falcıoğlu Ö, 'Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili' iç Ulusoy E (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 205-243

- Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996)
- Gencer H, *Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları* (Seçkin 2019)
- Göktürk K, *Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları* (Adalet 2015)
- Günay GE, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim* (On İki Levha 2018)
- Güngör SŞ, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığa Tanınmış Olan Haklar’ [2015] (4) Tekirdağ S.M.M.M. Odası Sosyal Bilimler Dergisi 1-14
- Gürel M, ‘Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2’nin Gerekliliği Üzerine’ [2016] 32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 211-239
- Häusermann DM, ‘Art. 704 OR und Minderheitenschutz: Eine aktienrechtliche Kurvendiskussion’ [2017] Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 336-352
- Helvacı M, ‘Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı’ iç Moroğlu E ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998) 297-310
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2001)
- Hirschman AO, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970)
- İmregün O, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri (İsmail Akgün Matbaası 1962)
- İmregün O, ‘Anonim Şirkette Azınlığın Himayesi’ iç *III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar: 13-18 Mayıs 1963* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1964) 171-199
- Johnson S ve diğerleri, ‘Tunneling’ [2000] Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper Number 1887 1-13
- Jutzi T, ‘Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?’ iç Kunz PV, Jörg FS ve Arter O (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 49-92
- Kaplow L, ‘Rules Versus Standards: An Economic Analysis’ [1992] 42 Duke Law Journal 557-629
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası Yetkin 2015)
- Kaşak E, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019)
- Kaya A, ‘Müktesep Haklar’ iç *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu* (Beta 1997) 147-151
- Kayar İ, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 1989)
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası On İki Levha 2016)
- Kendigelen A, ‘Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler’ iç Kendigelen A *Makalelerim Cilt II: 2001-2017* (2. Bası On İki Levha 2018) 215-242
- Kendigelen A, ‘İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709)’ iç Kendigelen A *Makalelerim Cilt I: 1986-2001* (3. Bası On İki Levha 2018) 389-450
- Kendigelen A, ‘Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler’ iç Kendigelen A *Makalelerim Cilt II: 2001-2017* (2. Bası On İki Levha 2018) 401-442

- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)
- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016)
- Koch J, ‘§ 23’ iç Hüffer U ve Koch J (edr) *Aktiengesetz* (14. Bası C.H. Beck 2020)
- Kraakman R ve diğerleri, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3. Bası, Oxford University Press 2017)
- Kunz PV, ‘Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz. Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze’ [1997] *Der Schweizer Treuhaender* (ST) 415-422
- Kunz PV, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Stämpfli 2001)
- Kunz PV, ‘Zu „Exit“ und „Voice“: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes’ iç Kunz PV, Jörg FS ve Arter O (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 17-47
- Limmer P, ‘§ 23’ iç Spindler G ve Stilz E (edr) beck-online.GROSSKOMMENTAR – Aktiengesetz < <https://beck-online.beck.de> > erişim tarihi: 10 Şubat 2021
- McCahery JA ve Vermeulen EPM, *Corporate Governance of Non-Listed Companies* (Oxford University Press 2008)
- Memiş T ve Şimşek B, ‘Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler’ iç Kırca İ ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (On İki Levha 2019) 787-822
- Moroğlu E, ‘Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması [1994] 17(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47-56
- Moroğlu E, ‘Anonim Ortaklıklarda Azınlık Paysahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih’ iç Moroğlu E *Makalelerim* (On İki Levha 2010) 93-107
- Moroğlu E, ‘Anonim Ortaklıklarda Fesih, İnfisah ve Tasfiye’ in Moroğlu E *Makalelerim* (On İki Levha 2010) 311-318
- Moroğlu E, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası On İki Levha 2016)
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası On İki Levha 2020)
- Nomer F, ‘Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi’ iç Moroğlu E. ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998) 469-490
- Nomer F, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999)
- Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2003)
- Okutan Nilsson G, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı’ iç Ülgen H, Kaya A, Okutan Nilsson G (edr) *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt 1* (Beta 2003) 563-595
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2009)
- Paslı A, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (Vedat 2009)
- Pentz A, ‘§ 23’ iç Goette W ve Habersack M (edr) *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası C.H. Beck 2020)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası Vedat 2010)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası Vedat 2019)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (3. Bası Adalet 2018)

- Rohde T ve Berger D, 'Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in den Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung' iç Kunz PV, Jörg FS ve Arter O (edr) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI* (Stämpfli Verlag 2016) 93-121
- Rüzgâr E, 'Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' [2013] 3(3) Regesta 31-67
- Sanlı KC, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi (On İki Levha 2017)
- Sarıkaya S, *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması* (Vedat 2019)
- Serozan R, *Medeni Hukuk* (8. Bası Vedat İstanbul 2018)
- Shavell S, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press 2004)
- Solveen D, '§ 23' iç Hölters W (edr) *Aktiengesetz* (3. Bası C.H.Beck/Vahlen 2017)
- Soykan İC, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha 2019)
- Sumer A, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenlerle Feshi* (İsmail Akgün Vakfı 1991)
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2013)
- Tekinalp Ü, 'Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (I)' [1979] 26(2) İktisat ve Maliye Dergisi 78-80
- Tekinalp Ü, 'Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (II)' [1979] 26(5) İktisat ve Maliye Dergisi 203-207
- Tekinalp Ü, 'Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi' iç *TTK'nın 30. Yıl Semineri* (İstanbul Sanayi Odası 1988) 229-254
- Tekinalp Ü, 'Azınlık Hakları ve Bireysel Haklar' iç *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu* (Beta 1997) 152-154
- Tekinalp Ü, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı' iç Mehmet Murat İnceoğlu (edr) *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt:2* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 635-652
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası Vedat 2020)
- Teoman Ö ve Tekinalp Ü, 'Der Minderheitenschutz im türkischen Aktienrecht' [1983] 29(45) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 101-119
- Toraman Çolgar E, *Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha 2019)
- Ulaş Kısa S, 'Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar' iç Ülgen H, Kaya A, Okutan Nilsson G (edr) *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt 1* (Beta 2003) 507-536
- Ulusoy E, 'Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması' iç Ulusoy E (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 65-96
- Uzel N, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013)
- Uzel N, 'Anonim Ortaklık Hukukunda Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılması (Mümkün Müdür?) -Makale I: Genel Değerlendirme' iç Kırca İ ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 1293-1304
- Veziroğlu C, 'Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law' [2018] 19 *European Business Organization Law Review* 527-540

- von der Crone HC ve Baum O, 'Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken' [2016] Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 278-299
- von der Crone HC, *Aktienrecht* (2. Bası Stämpfli Verlag 2020)
- Yağmur S, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020)
- Yıldız Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin 2004)
- Yılmaz SS, 'Anonim Şirkette Pay Sahibi ve Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı' iç Ulusoy E (edr) *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2. Bası Bilge 2016) 369-405
- Yördem Y, 'Anonim Ortaklıklarda Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Hakları' [2004] 8-9(8-9-10-11) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-195
- Zengin İÇ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020)
- Zorluer O, *Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması* (Adalet 2021)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.09.2021
Revizyon Talebi: 02.10.2021
Son Revizyon Tarihi: 05.10.2021
Kabul: 30.05.2022

Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri

Şirin Aydınçık Midyat*

Öz

Pek çok hukuk düzeninde olduğu gibi Türk-İsviçre hukukunda da baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağının kurulması doğrudan genetik soybağına dayandırılmamıştır. Bununla birlikte Türk hukuku kural olarak genetik baba ile çocuk arasında hukuki soybağı ilişkisinin kurulmasına imkan tanımaktadır. Evlat edinme bir kenara bırakılacak olursa, baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağının kurulması bakımından Türk hukukunda ana ile evlilik, tanıma ve babalık davası yolları öngörülmüştür. Ancak bizim hukukumuzda çocuğun sadece tek bir erkekle hukuki soybağı tesis edilebileceğinden, önceden hukuken başka bir erkekle soybağının bulunması durumunda çocuk ile genetik babası arasında hukuki soybağının kurulabilmesi için öncelikle mevcut hukuki soybağı ilişkisinin sonlandırılması gerekecektir. Bu çalışmada öncelikle Türk hukukunda çocukla babası arasında hukuki soybağı ilişkisinin kurulması ve bu bakımdan genetik baba olmanın rolü ele alınmış, devamında önceden çocukla genetik baba dışında başka bir erkekle kurulmuş olan bir hukuki soybağı ilişkisi söz konusuysa bunu sonlandırmanın yolları ve özellikle genetik babanın var olan hukuki soybağını sonlandırmaya ne şekilde etki edebileceği konuları üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkı ayrıntılı olarak ele alınmıştır (MK 291/1). Son olarak genetik babanın soybağı davaları dışında kişilik hakkı kapsamında herhangi hukuki bir sonucu olmaksızın babalığının tespitine yönelik bir hakkı bulunup bulunmadığı ve hukuki soybağı mevcut olmasına rağmen MK 325 hükmü çerçevesinde çocukla kişisel ilişki kurup kuramayacağı konusu ele alınmıştır. Bu çalışmada genel olarak genetik babanın Türk soybağı hukukundaki yeri konusu özellikle İsviçre ve Alman hukukları başta olmak üzere diğer ülkelerdeki gelişmeler de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Genetik Baba, Genetik Soybağı, Biyolojik Soybağı, Babalık Karinesi (MK 285), Soybağının Reddi, Diğer İlgililerin Dava Hakkı (MK 291), Tanıma, Babalık Hükmü, Tanımanın İptali

The Position of Genetic Father under Turkish Paternity Law

Abstract

As in many legal systems, the establishment of a legal paternal relationship between a father and a child under Turkish-Swiss law is not directly based on genetic lineage. Turkish law, however, generally allows the establishment of a legal paternal relationship between a genetic father and a child. Adoption aside, Turkish law relies on three process to establish legal paternity, marriage with the mother, recognition, and court decision. Under Turkish law a child can only have legal paternity with one male thus, where a child has an existing legal paternity with a non-genetic father it must be annulled first in order to establish a legal paternity between the child and the genetic father. This study looks firstly at the establishment of a legal paternal relationship between a child and a father under Turkish law and the role of being a genetic father in this respect. In the following part, how to challenge a paternal relationship that has been previously established between a child and a non-genetic father is discussed. In this context, the right of the genetic father to challenge the presumption of the husband's paternity under Turkish Civil Code No. 4721 is discussed in detail (TCC art. 291/1). Finally, it is contemplated whether a genetic father has a right to determine his paternity without legal

* **Sorumlu Yazar:** Şirin Aydınçık Midyat (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: aydincik@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2180-5636

Atf: Aydınçık Midyat S, "Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 455. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0004>



consequences within the scope of his personal rights and whether he can establish a personal relationship with a child within the scope of TCC art. 325 in the absence of legal paternity. The position of genetic father under Turkish paternity law is examined in general by taking into account the developments in other countries, in particular under Swiss and German laws.

Keywords

Genetic Father, Genetic Paternity, Biological Paternity, Presumption of Husband's Paternity (TCC art. 285), Challenge of Husband's Paternity, Right to Challenge of other Persons Concerned (TCC art. 291), Recognition, Court Declaration, Challenge of Recognition

Extended Summary

The relationship between genetic, social and legal paternity in family law is worth examining. As surrogacy and egg donation are not accepted in our law the distinction between genetic and legal maternity is not a feature in the establishment of parentage between mother and child. However, for historical reasons, the relationship between father and child, has always been controversial. As in many jurisdictions, the establishment of legal paternity between father and child under Turkish-Swiss law is not directly based on genetic ancestry.

As the determination of genetic paternity was not possible when the Civil Code was initially adopted in Turkey, it was necessary to distinguish between genetic ancestry and legal paternity based on external factors. Although with today's scientific advances, especially developments in DNA analysis techniques, the determination of genetic paternity has become very easy. Nevertheless, under Turkish law, as in many countries, genetic paternity alone is not enough to establish legal parentage, since presumptions accepted in law, for a number of reasons, are preserved. In particular the presumption of a husband's paternity.

As a result, within the framework of legal regulations, there are many situations where legal paternity is separated from genetic ancestry in the establishment of the paternal relationship between father and child. This separation is primarily due to the presumption that the husband to whom the mother was married at the time of birth is legally regarded as the father of a child, even if there is no genetic ancestry (TCC art. 285). As long as paternity, based on this legal presumption is not annulled the husband in the marriage remains the legal father, although he may not be the genetic father. It is accepted that in order to protect family unity the legislator has given priority to the moral/social paternal relationship over genetic ancestry.

Legal paternity and genetic ancestry are also separated when establishing legal paternity through recognition. Therefore, it is possible to establish legal paternity between a child and a father through recognition without a genetic relationship to the child. However, if the recognition is challenged before the courts and it is proven

that the recognizing person is not the genetic father, the legally established paternity can be annulled. Unless such recognition is annulled, the recognizing person is legally registered as the father even if he may not be the genetic father. In addition, in establishing a legal paternal relationship through court decision, the lawmaker has deemed it sufficient that the probability of the defendant being a genetic father is equal to another man (TCC art. 302/III)¹. In all these cases, there may be differences between genetic ancestry and legal paternity.

Generally Turkish law allows a legal paternal relationship between the child and the genetic father to be established by marrying the mother, recognizing the child and/or by a court declaration. However, in cases where the establishment of such a legal paternal relationship is prevented despite the request of the genetic father, for example due to the fact that the child has a legal paternity with another male, the issue of establishing the legal paternity of the genetic father with the child is problematic under our law, as it is in many legal systems. In such cases, since the child can only establish a legal paternity with one single male, the existing legal paternal relationship must be annulled first in order to establish a legal paternity between the child and his genetic father.

In this respect, the role of the genetic father should also be examined. Under Turkish law, it is generally accepted that the genetic father has the right to file a challenge of recognition (TCC art. 298). In addition to this, the genetic father is also granted the right to challenge the presumption of husband's paternity. The Turkish legislator, following the modern trend, has given the genetic father the right to file a lawsuit for annulment of the paternity of the husband under certain conditions (TCC art. 291/I). There is no such regulation in Switzerland and thus, the Turkish legislator's granting of such a right has been extremely innovative in terms of Turkish-Swiss law. Innovative because under Turkish-Swiss law, a third party's claim that he is the father of a child born in wedlock was considered a violation of the personal rights of the mother and husband. However, it has been concluded that this newly introduced provision does not adequately protect the genetic father's right to challenge legal paternity and also does not take into account the interests of the child and the family. For this reason, it needs to be revised.

¹ However, within the framework of new technical developments and the new regulation in Turkish Code of Civil Procedure (TCCP art. 292), this rule cannot be applied today.

I. Giriş

Soybağı kavramı geniş anlamıyla bir kimsenin bir soya veya atalarına bağlılığı anlamını taşır. Diğer bir ifadeyle geniş anlamda soybağı bir kimsenin genel anlamda üst soyu ile olan biyolojik ve genetik doğal bağımlı göstermektedir. Dar anlamda soybağı ise bir kişinin anne ve babası ile arasındaki ilişkiyi ifade eder¹. Medeni Kanun'da düzenlenmiş olan soybağı esas itibariyle bu dar anlamda soybağıdır².

Hukuki anlamı bir tarafa bırakılacak olursa, esas itibariyle soybağı ilişkisi genetik/biyolojik ilişki esasına dayanır. Bir çocuk zorunlu olarak bir erkek ve bir kadının üreme hücreleriyle dünyaya gelir³. İşte bu çocuk ile onu spermleri ve yumurtalarıyla dünyaya getiren anne ve babası arasındaki ilişki genetik soybağı ilişkisidir. Annesi ve babası bilinmeyen çocuklar bakımından dahi durum bu şekildedir. Biyolojik soybağı ise sadece anne bakımından önem arz eder. Biyolojik soybağı bir kadının çocuğu doğurması esasına göre tespit edilir; diğer bir ifadeyle biyolojik soybağı çocuk ile onu doğuran kadın arasında kurulur⁴. Anne bakımından biyolojik soybağı genellikle genetik soybağı ile örtüşmekle birlikte istisnai durumlar da söz konusu olabilir; örneğin taşıyıcı annelik ve yumurta bağış durumularında çocuğun biyolojik ve genetik soybağı farklılaşır⁵. Baba bakımından ise böyle bir durum söz konusu olmaz. Bu sebeple esasen baba bakımından biyolojik ve genetik babalık aynı anlama gelmektedir⁶. Biz bu çalışmada spermleriyle bir çocuğun doğumuna sebebiyet vermiş erkek için genetik baba ifadesini kullanacağız, ancak doktrinde genetik babalık yerine biyolojik babalık kavramı da kullanılmaktadır. Türk hukukunda genetik/biyolojik soybağı, doğal soybağı olarak da adlandırılmaktadır⁷.

Yine bunun dışında soybağı ilişkisi, birbirlerine karşı ebeveyn ve çocuk gibi muamele eden kişiler arasındaki manevi/sosyal soybağımlı da ifade etmektedir⁸. Manevi/sosyal soybağı ilişkisi olayların pek çoğunda genetik/biyolojik soybağı ilişkisi ile örtüşür. Zira çocuğu dünyaya getiren ebeveynlerin genellikle çocukla aralarında manevi/sosyal bir bağ da bulunmaktadır. Bununla birlikte evlat edinmede olduğu gibi genetik/biyolojik soybağı ile manevi/sosyal soybağımlının birbirinden tamamen ayrı

¹ Soybağı kavramı için bkz Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı-Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk 2002), 5; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2010) 1 ff; karış Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015), 867.

² Acabey (n 1) 5; Baygın (n 1) 2.

³ Andrea Büchler, "Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit" Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2004, 1175.

⁴ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (14. Aufl, Schulthess 2015), § 39 N 3 ff.

⁵ Martina Rusch, *Rechtliche Elternschaft - Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 13, (1. Aufl, Stämpfli 2009) 33.

⁶ Rusch, (n 5) 33, 34; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat 2005) 150.

⁷ Acabey (n 1) 6; Baygın (n 1) 3; Feride Demirbaş, "Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler", (2018) XXII(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, 4.

⁸ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 3 ff.

düşmesi de mümkündür⁹. Aynı şekilde başka bir erkekten olan çocuğun soybağını reddetmeyen veya örneğin süreyi kaçırma gibi birtakım sebeplerle reddedemeyen koca da çocuğun genetik babası olmamasına rağmen, aralarında manevi/sosyal bir aile ilişkisi mevcutsa onun manevi/sosyal babası sayılabilir¹⁰. Buna karşılık kendi rızasıyla değil de babalık davası yoluyla çocukla arasında soybağı kurulan erkek çocuğun genetik babası olmasına rağmen çocukla arasında manevi/sosyal soybağı ilişkisi bulunmayabilir¹¹.

Hukuki soybağı ise çocuk ile anne ve babası arasında hukuk tarafından kurulan ve tanınan bir ilişkidir, diğer bir ifadeyle bir kimsenin anne ve babasına hukuki açıdan bağlanmasıdır¹². Hukuki soybağının bulunduğu hallerde bir kimse hukuki açıdan belirli bir annenin ve belirli bir babanın çocuğu kabul edilir, bu kişiler bakımından hukuki ebeveynlik söz konusu olur. Hukuki soybağının temelinde genellikle genetik/biyolojik ve manevi/sosyal soybağı ilişkisinin birlikte bulunduğu kabul edilir. Ancak bu her zaman geçerli değildir. Genetik/biyolojik veya manevi/sosyal soybağı ilişkilerinin birbirinden ayrıldığı durumlarda bunlardan hangisinin hukuken tanınacağına ve hangisine hukuki etki sağlanacağına da esasen hukuk düzeni karar verir. Bu bakımdan hukuki soybağı bir anlamda toplumsal gerçekliğe göre belirlenir¹³. Kanunda soybağına bağlanan tüm sonuçlar hukuki soybağına bağlanmıştır¹⁴. Örneğin nafaka yükümlülüğü ve miras hukuku bakımından önem taşıyan soybağı sadece hukuki soybağıdır¹⁵. Türk hukukuna özgü evlat edinme ilişkisi bir tarafa bırakılacak olursa¹⁶, birçok hukuk düzeninde olduğu gibi Türk hukukunda da hukuki soybağı tektir. Diğer bir ifadeyle bir çocuğun her zaman sadece tek bir erkek ve kadınlık

⁹ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 3; Baygın (n 1) 4. Türk hukukunda bazı yazarlar hukuki soybağını, kan bağına dayanan *gerçek soybağı* ve evlat edinmeye dayanan *yapay soybağı* olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bunun nedeni ise evlat edinilen evlat edinilen arasında genetik bir bağ olmasının evlat edinme için bir şart olarak aranmaması ve çoğunlukla evlat edinilen ile evlat edinilen arasında da böyle bir bağın bulunmamasıdır. Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere evlat edinme dışında da genetik bir temele dayanmayan hukuki soybağı ilişkisi kurulması mümkündür. Bu durum özellikle evlilik içinde doğan çocuğun kanuni babalık karinesi çerçevesinde kocaya bağlanmasıyla gerçekleşmektedir. Dolayısıyla genetik baba olmadığı halde hukuki soybağı ilişkisinin kurulduğu hallerde baba ile çocuk arasında kurulan soybağını gerçek soybağı olarak adlandırmak kanaatimizce uygun olmayacaktır.

¹⁰ Acabey (n 1) 7; Serozan, (n 6) 144, 150.

¹¹ Serozan, (n 6) 169.

¹² Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 4.

¹³ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 5; Büchler, AJP 2004, (n 3) 1177.

¹⁴ Ingeborg Schwenzer ve Michelle Cottier, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Siebenter Titel: Die Entstehung des Kindesverhältnisses in Prof. Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds) *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (6. Aufl., Helbing Lichtenhahn 2018) ZGB 252 N 3.

¹⁵ Thomas Geiser, "Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?", *Die Praxis des Familienrechts FamPra.* ch 2009, 41, 53 ff.

¹⁶ Türk hukukunda evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla evlatlığın ailesiyle olan soybağının kopması sonucu kabul edilmemiştir. Bu sebeple Türk hukukunda evlatlığın hem genetik/biyolojik anne babası hem de kendisini evlat edinilen manevi/sosyal anne babası vardır. Ancak istisnai olarak evlat edinmede karşılaşılan bize özgü bu çifte soybağı ilişkisi dışında, bir çocuk hukuken iki analı veya iki babalı olamaz. Avrupa'da evlat edinmeye özgü bu çifte ana ve babalık uzun süre önce kaldırılmıştır; tam evlat edinme sistemi çerçevesinde evlatlığın tek anası ve babası olur, onlar da çocuğu evlat edinirler; manevi ve sosyal anne babadır (örnek olarak bkz ZGB 267/II). Bu konuda bkz Serozan, (n 6) 169 ff.

hukuki soybağı ilişkisi bulunacaktır¹⁷. Bu çalışmada özel olarak genetik/biyolojik veya manevi/sosyal soybağı olarak belirtilmediği sürece soybağı kavramıyla ifade edilmek istenen hukuki soybağıdır.

Aile hukukunda genetik, sosyal ve hukuki soybağı arasındaki ilişki incelenmeye değerdir. Bizim hukukumuzda taşıyıcı annelik ve yumurta bağı kabul edilmediğinden anne ile çocuk arasında soybağının kurulmasında genetik ve hukuki soybağı ayrımı bir özellik arz etmemesine rağmen¹⁸, baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi tarihsel sebeplerle her zaman tartışmalı olagelmıştır. Pek çok hukuk düzeninde olduğu gibi Türk-İsviçre hukukunda da baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağının kurulması doğrudan genetik soybağına dayandırılmamıştır¹⁹. Medeni Kanun'un kabul edildiği zamanlarda genetik babalığın kesin olarak tespiti mümkün olmadığından fiili bir zorunluluk olarak genetik soybağı ile hukuki soybağı arasında bir ayrıma gidilmiş, birtakım dış unsurlardan hareketle bazı kimselerin baba olarak kabul edileceği şeklinde bir düzenleme getirilmiştir²⁰. Günümüzde bilimsel ilerlemeler, özellikle DNA analizi tekniklerinin gelişmesiyle birlikte genetik babalığın tespiti çok kolay hale gelmiş olmasına rağmen Türk hukukunda da birçok ülkede olduğu gibi birtakım sebeplerle kanunda kabul edilen karineler (özellikle kocanın babalığı karinesi) korunduğundan bugün de tek başına genetik babalık hukuki soybağı kurmaya yeterli olmaz²¹.

Dolayısıyla hukuki düzenlemeler çerçevesinde baba ile soybağının kurulmasında hukuki soybağının genetik soybağından ayrıldığı pek çok durum söz konusu olmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda genetik ve hukuki babalığın birbirinden ayrılması özellikle babalık karinesine göre (MK 285) annenin doğum sırasında evli olduğu kocanın, çocukla arasında genetik soybağı bulunmasa dahi hukuken bu çocuğun babası sayılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Karine gereği kurulan bu soybağı reddedilmediği sürece evlilikteki koca genetik baba olmamasına rağmen hukuki

¹⁷ Serozan, (n 6) 145. Gelecekte bu durumun bu şekilde devam etmesinin zorunlu olmadığı, çocuk bakımından birden fazla hukuki soybağının kabul edilebileceği yönünde farklı bir görüş için bkz Büchler, AJP 2004, (n 3) 1175 ff, özellikle 1183 ff; Andrea Büchler, "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht", Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2005), 437, 470; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), März 2015, 5.4.3.

¹⁸ Türk hukukunda çocuk ile annesi arasındaki soybağı doğumla kurulur (MK 282/I). Dayanağını Roma hukukundan alan "mater semper certa est" kuralına göre biyolojik anne her zaman hukuki anne kabul edilir. Bu aksi ispat edilemez kesin karine niteliğindedir. Her ne kadar bizim hukukumuzda buna izin verilmesi de bir taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılmışsa, kanun gereği yine çocuğu doğuran kadın anne sayılacağından genetik annenin hukuken anne olmak için yapabileceği tek şey eğer şartları varsa çocuğu evlat edinmektir. Bu konuda farklı görüş için bkz Haluk N Nomer, "Sunî Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, (1. Bası, Beta 2000), 562 ff. Ülkemizde anneyle çocuk arasında kurulan soybağına ilişkin bir sorun olarak çocuğun onu doğuran kadından farklı bir kadının üzerine nüfusa kaydedilmesi daha sık rastlanan bir durumdur. Ancak bu halde de çocukla nüfusta kayıtlı olduğu kadın arasında soybağı kurulmuş olmaz, nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesi davasıyla yanlış kaydın düzeltilmesi herhangi bir süreye tabi olmaksızın herkes tarafından istenebilir.

¹⁹ Günümüzde soybağının kurulması bakımından sadece genetik babalığı esas alan veya genetik babalığa öncelik veren hukuk düzenleri de bulunmaktadır. Ancak Türk-İsviçre hukuku bunlardan değildir. Örneğin Norveç soybağının tespitinde genetik esasları temel almış ve buna bağlı olarak çocuğa, kocaya, anneye ve genetik babaya zamansal olarak sınırsız bir soybağının reddi imkanı tanımıştır. Ancak Norveç bu konuda bir istisna sayılabilir. Dünya genelinde hukuki soybağının tespitinde genetik soybağının belirleyici olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu konuda bkz Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 469.

²⁰ Geiser, (n 15) 41.

²¹ Geiser, (n 15) 42.

olarak baba kalmaya devam eder. Burada esas amaç aile birliğinin korunması olmakla birlikte diğer taraftan kanun koyucunun manevi/sosyal soybağı ile genetik soybağı arasında bir tercih yaptığı ve manevi/sosyal soybağı ilişkisine genetik soybağına göre öncelik verdiği kabul edilebilir²².

Yine tanıma yoluyla soybağının kurulmasında tanıyanın çocukla genetik olarak soybağı ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmamaktadır. Dolayısıyla çocuğun genetik babası olmayan bir kimseyle çocuk arasında tanıma yoluyla da hukuki soybağı kurulması mümkündür. Ancak tanımanın iptali davası açılıp tanıyanın genetik baba olmadığı ispat edilirse, hukuki olarak kurulan soybağı ilişkisi sona erer²³. Böyle bir tanıma iptal edilmediği sürece çocuğu tanıyan kişi genetik baba olmasa dahi hukuken baba olarak nüfusa kaydedilir. Ayrıca babalık hükmü yoluyla hukuki bir soybağı ilişkisinin kurulmasında, kanun koyucu davalının genetik baba olma olasılığının bir başkasıyla eşit olmasını yeterli görmüştür (MK 302/III)²⁴. Tüm bu hallerde genetik soybağı ile hukuki soybağı arasında farklılıklar olabilir.

Özellikle günümüzde ayrılıkların, boşanmaların, yeniden evlenmelerin ve bununla bağlantılı olarak üvey ailelerin sayısının artmasıyla birlikte genetik, sosyal ve hukuki ebeveynlik arasında giderek bir fark oluşmaya başlamıştır²⁵. Yine tıbbi üreme tekniklerinin gelişmesi de bu tür bir ayrışmaya sebep olmaktadır. Ancak bu çalışmada kapsamı fazlasıyla aşacak olması sebebiyle tıbbi üreme tekniklerinin kullanılması sonucu ortaya çıkan soybağı sorunları ele alınmayacaktır. Nitekim konuya karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında Türk hukukunun tıbbi üreme tekniklerinin kullanımı konusunda oldukça muhafazakâr olduğunu belirtmek gerekir²⁶.

²² Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, (6. Aufl, Stämpfli 2018), 351 N 16.18. Bununla birlikte bu gibi durumlarda bazen hukuki babalık ilişkisi sadece genetik soybağı ilişkisi ile değil, manevi/sosyal soybağı ile de ayrı düşebilir. Örneğin annenin fiilen ayrıldığı eşinden hukuken boşanmadan başka bir erkekle yaşayıp, ondan çocuk sahibi olması durumunda hukuken kocanın baba sayılmasına karşılık, çocuk ile genetik ve sosyal soybağı ilişkisi annenin fiilen birlikte yaşadığı erkekle kurulmuş olur.

²³ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 5 dn 11.

²⁴ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 5 dn 11. Bununla birlikte günümüzde genetik alandaki gelişmelerle birlikte babalık davası için öngörülen babalık karinesi ve bunun çürütülmesine ilişkin hükümler önemini kaybetmiştir. Bugün artık DNA analizleriyle bir kimsenin baba olup olmadığı % 100'e yakın bir gerçeklikle saptanabilmektedir. Dolayısıyla artık karineye başvurmadan babalığın doğrudan ispat edilmesi mümkün olmaktadır. Nitekim 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK 292 hükmü uyarınca artık herkes, zorunluluk varsa ve kişinin sağlığı bakımından tehlike yaratmıyorsa soybağının tespiti için kan ve doku alınmasına katlanmak zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde hakim kamu gücü kullanılarak (gereğinde güvenlik güçleri yardımıyla) kan ve doku alınmasını sağlayabilir. Bu konu daha önce MK 284/II' de farklı bir şekilde düzenlenmişti. Ancak HMK'nın yeni düzenlemesi karşısında MK 284/II'nin artık uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz Sanem Aksoy Dursun, "Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK. m. 284 ve HMK. m. 292' nin Değerlendirilmesi", (2012) 8(95-96), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 109 ff.

²⁵ Büchler, (FamPra.ch 2005), (n 17) 437, dn 4.

²⁶ Yapay dölleme yoluyla dünyaya getirilen çocuklar bakımından da birçok yeni ebeveyn sorunu gündeme gelmektedir. Bununla birlikte yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olma ülkemizde son derece sıkı şartlara bağlandığından yurtdışında, özellikle Avrupa ve Amerika'da karşılaşılan sorunlar ülkemizde (henüz) görülmemektedir. Bu anlamda Türk hukukunun yapay dölleme metodları bakımından tıbbi gelişmelere açık olmaktan çok, genetik/biyolojik ve manevi/sosyal ebeveynliğin bölünmesine hizmet ettiği söylenebilir. Ülkemizde uygulanabilecek üremeye yardımcı tedavi yöntemleri 30.09.2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 29135 sayılı "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik" ile düzenlenmiştir. Yönetmelikte ancak evli çiftlerin sadece kendi üreme hücrelerini kullanmak suretiyle yapay dölleme (homolog yapay dölleme) yoluna başvurabilecekleri kabul edilmiştir (ÜYTE m 18 (5) ve 19 (2)). Bu konuda Türk hukuku bakımından ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Nomer, (n 18) 545 ff.

Türk hukuku kural olarak genetik baba ile çocuk arasında hukuki soybağı ilişkisinin kurulmasına imkan tanımaktadır. Genetik babanın anne ile evli olduğu veya sonradan evlendiği, genetik babanın çocuğu tanıdığı durumlarda veya babalık davası yoluyla soybağının kurulmasında genetik baba ile çocuk arasında hukuki soybağı ilişkisinin tesisi herhangi bir sorun teşkil etmez. Ancak genetik babanın isteğine rağmen onunla çocuk arasında hukuki soybağının kurulmasının engellendiği hallerde, örneğin çocuğun önceden hukuken başka bir erkekle soybağının bulunması durumunda, genetik babanın çocukla hukuki soybağını tesis etmesi birçok hukuk düzeninde olduğu gibi bizim hukukumuzda da problemlidir²⁷. Zira bu gibi durumlarda çocuğun sadece tek bir erkekle hukuki soybağı tesis edilebileceğinden çocuk ile genetik babası arasında hukuki soybağının kurulabilmesi için öncelikle mevcut hukuki soybağı ilişkisinin sonlandırılması gerekecektir.

II. Çocuk ile Baba Arasında Hukuki Soybağının Kurulması ve Kaldırılması

A. Türk Hukukunda Çocuk ile Baba Arasında Hukuki Soybağının Kurulması Yolları

1. Genel Olarak

Baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağının kurulması bakımından Türk hukukunda ana ile evlilik, tanıma ve babalık davası yolları öngörülmüştür. Eğer ana evli ise, baba ile soybağı kanun gereği annenin kocası ile kurulur. Ana ile evlilik yoluyla soybağının kurulması farklı ihtimallere göre düzenlenmiştir. Bu ihtimallerden ilki, çocuğun evlilik devam ederken ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğması halidir (MK 285 ff). Diğeri ise anne ve babanın çocuğun doğumundan sonra evlenmesi ile soybağının kurulması halidir (MK 292 ff). Eğer anne evli değil ise veya babalık karinesi soybağının reddi davasıyla çürütülmüşse baba ile soybağı tanıma veya babalık davası yoluyla kurulacaktır. Yine bunlar dışında bir de evlat edinme yoluyla babalık ilişkisi kurulabilir (MK 282/II ve III). Ancak evlat edinme yoluyla kurulan soybağı, genetik soybağını esas almadığı için bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanunda soybağının kurulması için öngörülen bu yollar sınırlı sayıdadır. Dolayısıyla genetik baba ancak bu yollardan biriyle çocuğuyla bir hukuki soybağı ilişkisi tesis edebilir. Aşağıda bunları kısaca ele alırken özellikle genetik soybağının, hukuki soybağının kurulması ve kaldırılmasındaki rolüne de değineceğiz.

²⁷ Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz Tobias Helms, "Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ 2010), 1.

2. Babalık Karinesi

Her ne kadar yeni Medeni Kanun'da evlilik içi evlilik dışı çocuk ayrımı kaldırılmış olsa da evlilik, çocukla baba arasında soybağı ilişkisinin tesisinde halen önemli bir rol oynamaktadır²⁸. Zira birçok hukuk düzeninde olduğu gibi Türk hukukunda da kural olarak çocuğun doğumu esnasında ana ile evli olan kişinin baba olduğu ilkesi geçerliliğini korumaya devam etmektedir ("*Pater is est, quem nuptiae demonstrant*")²⁹.

MK 285/I hükmüne göre; "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.*" Hükmün kenar başlığında da belirtildiği üzere "babalık karinesi" olarak adlandırılan bu karine uyarınca evlilik içinde doğan veya evlilik içinde ana rahmine düşen çocuklar, evlilik ürünü çocuk olarak görülmekte ve hukuken bu çocukların babasının o evlilikteki koca olduğu karine olarak kabul edilmektedir³⁰. Dolayısıyla baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması bakımından daha önce olduğu gibi bugün de annenin evli olması başlıca önem taşıyan husustur³¹. Buna karşılık çiftin evli olmadan birlikte yaşamaması durumunda MK 285'deki karine geçerli olmaz. Bu durumda ancak MK 302'de düzenlenen babalık karinesi söz konusu olabilir³².

Babalık karinesi bazı şartlara bağlıdır. Kanunun babalık karinesi kapsamında gördüğü ilk hal, çocuğun evlilik devam ederken doğmuş olmasıdır. Evlilik içinde doğmuş sayılması için çocuğun evliliğin kurulmasından sonra doğması yeterlidir. Çocuk evlilik içinde doğduğu sürece çocuğun evlilik içinde veya evlenmeden önce ya da ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesi babalık karinesinin geçerliliği bakımından herhangi bir fark yaratmaz. Bu durum sadece soybağının reddi davasında babalık karinesinin çürütülmesi bakımından önem taşır (MK 287 ve 288)³³. Çocuk evlilik içinde doğduğu sürece evlenmeden önce ana rahmine düşmüş olup da doğumdan ve evlilikten önce başka bir erkek tarafından tanınmış olsa bile, yine

²⁸ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 12; Andrea Büchler ve Antonella Schmucki, "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (2/2)", Die Praxis des Familienrechts, (FamPra.ch 2020), 24.

²⁹ Roma hukukundan bu yana geçerli olan bu ilke Roma Hukukundaki haline nazaran genişletilmiştir. Bu konuda bkz Baygın (n 1) 21 ff. Babalık karinesinin diğer ülkelerdeki uygulamasına ilişkin güncel bir bakış için bkz Büchler ve Schmucki, (n 28) 25.

³⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, (15. Bası, Filiz 2020) 268 ff; Baygın (n 1) 20 ff. Bu karine yapay dölleme yoluyla doğan çocuklar bakımından da geçerlidir. Ancak Türk hukukunda sadece homolog yapay dölleme mümkün olduğundan ve heterolog yapay döllemeye izin verilmediğinden bu durumda genetik babalık ile sosyal babalığın ayrı düştüğünden söz edilemez. Bu konuda bkz dn 26.

³¹ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 4.

³² Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 3.

³³ Soybağının reddi davasında çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşüp düşmediğine göre ispat yükü değişmektedir. MK 287/II uyarınca; "*Evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır.*" Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacının ispat yükü ağırdır. Bu durumda ya cinsel ilişkinin imkansızlığı ya da çocuğun koca ile olan cinsel ilişkiden olmasının imkansızlığı ispat edilecektir. Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, babalık karinesinin çürütülmesi daha kolaydır. Bu durumda davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez (MK 288/I).

de MK 285'deki babalık karinesi uygulanır³⁴. Buna karşılık çocuk evlilikten önce doğmuş ve başka bir erkek tarafından tanınmış ise karine uygulama alanı bulmaz.

Karinenin uygulandığı ikinci hal ise, çocuğun evlilik devam ederken ana rahmine düşmesine rağmen, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğmasıdır. Babalık karinesinin işleyebilmesi için evliliğin sona ermesinden itibaren öngörülen sürenin üçyüz gün olarak belirlenmesi, azami gebelik süresinin üçyüz gün olması gerekçesine dayanmaktadır³⁵. Evliliğin boşanma veya butlan kararı ile sona erdiği hallerde, üçyüz günlük süre mahkeme kararının kesinleştiği günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Evlilik kocanın ölümüyle sona ermişse, süre ölüm tarihini izleyen günden, kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde ise ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (MK 285/III)³⁶.

Babalık karinesi istisnai olarak aynı anda iki erkek bakımından geçerli olabilir. Çocuk evliliğin sona ermesinden itibaren karinenin devam ettiği üç yüz gün içinde dünyaya gelmiş olmakla birlikte, eğer bu sürede ana MK 132'deki evlenme engeline rağmen ikinci bir evlilik gerçekleştirmiş ve çocuk bu ikinci evlilik içinde dünyaya gelmişse, kanunun açık hükmü gereği ikinci evlilikteki koca baba sayılır (MK 290/I). Bu karine çürütülürse yine ilk evlilikteki koca baba sayılacaktır (MK 290/II). Görüldüğü üzere annenin boşanmadan sonra üçyüz gün içinde başka bir erkekten çocuk sahibi olması halinde anne doğumdan önce genetik baba ile evlenmişse çocuk genetik babasına soybağı ile bağlanmaktadır. Ancak annenin boşanmadan sonra üçyüz gün içinde evlenmeksizin beraber yaşadığı bir erkekten çocuk sahibi olması halinde eski koca bakımından babalık karinesi devam ettiği için çocuğun genetik babaya bağlanması mümkün değildir. Bunun için öncelikle soybağının reddi davası açılması gerekir.

³⁴ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 4.

³⁵ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 5; Dural, Ögüz ve Gümtüş, (n 30) 270; Baygın (n 1) 21 ff. Çocuk evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçtikten sonra doğmuşsa, kural olarak babalık karinesi işlemez. Dolayısıyla çocuk ile çocuğu doğuran kadının sona eren evlilikteki kocası arasında soybağının kurulması söz konusu olmaz. Ancak gebeliğin istisnaen üçyüz günden fazla sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda MK 285/II uyarınca, üçyüz günlük süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması ancak ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatı ile mümkün olur. Bu durumda açılacak dava niteliği itibarıyla bir tespit davasıdır.

³⁶ Bir görüşe göre MK 285/III'deki üçyüz günlük sürenin ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden başlaması ancak evliliğin feshedilmiş olması halinde mümkündür. Gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshi kararı alınmamışsa evlilik devam ettiğinden üçyüz günlük sürenin başlaması da söz konusu olmaz. Dolayısıyla ne zaman doğmuş olursa olsun, çocuk ile gaip arasında soybağı kurulmuş olur. Ancak bu durumda diğer ilgililer MK 288/I uyarınca babalık karinesini kolay yoldan çürütürerek açacakları soybağının reddi davasında başarıya ulaşacaklardır (Dural, Ögüz ve Gümtüş, (n 30) 270). Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, gaiplik kararı alınmış ve fakat evlilik feshedilmemiş olmasına rağmen, babalık karinesi açısından üçyüz günlük süre yine de ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu yönde bkz Serozan, (n 6) 175; Baygın (n 1) 23 ff. Böylece çocuğun açıkça genetik babası olmayan gaibe soybağı ile bağlanması engellenmiş olur. Bu durumda gaiple çocuk arasında manevi/sosyal bir soybağı ilişkisi bulunmayacağından, hukuki soybağının kurulmamasında çocuk bakımından da bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim çocuk genetik babası olmadığı açıkça belli olan gaibe soybağı ile bağlı olmayınca, genetik babanın çocuğu tanıması da kolaylaşır.

Babalık karinesi şüphesiz genel olarak makul bir karinedir ve olayların pek çoğunda genetik soybağı ile örtüşmektedir³⁷. Buna karşılık şu da bir gerçektir ki, babalık karinesinin gerçekleşmesi için sadece doğum sırasında evliliğin şeklen mevcut olması yeterlidir. Kocanın genetik baba olma ihtimali karinenin doğumu bakımından herhangi bir önem taşımaz. Karinenin doğumu bakımından eşlerin fiilen bir arada yaşaması aranmadığı gibi, mahkeme kararıyla ayrılık, sonraki tarihli bir boşanma veya evliliğin butlan sebebiyle iptali de karinenin düşmesine yol açmaz³⁸. Hatta Türk hukukunda danışıklı evlilikler dahi karinenin doğumu için yeterlidir³⁹.

Genetik babalığın tespitinin kolaylaşması ve evlilik dışı sahip olunan çocukların artması sonucu babalık karinesi bazı ülkelerde zaman içinde değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler özellikle babalık karinesinin uygulama alanına, reddi imkânlarına ve genetik babalığın tespitine yönelik engellere ilişkin olarak ortaya çıkmıştır⁴⁰. Bu çerçevede örneğin İsviçre hukukunda da babalık karinesi geçerli olmakla birlikte 1.1.2000 yılında yürürlüğe giren bir değişiklikte evliliğin sona erme sebebine göre babalık karinesinin uygulama alanının daraltılması yoluna gidilmiştir. Buna göre İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) uyarınca babalık karinesi sadece evliliğin kocanın ölümüyle sona ermesi halinde kocanın ölümünden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar bakımından devam etmektedir; buna karşılık evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi durumunda karine de evlilikle birlikte sona erer (ZGB 255/II)⁴¹. Esasen bu değişiklikte boşanma durumunda karinenin uygulanmasının sınırlanması, İsviçre doktrininde maddeye ilişkin olarak eskiden beri ileri sürülen kocanın babalığının ihtimal dışı olduğu hallerin karine dışında bırakılması yönündeki talebe karşılık gelmektedir⁴². Alman Hukukunda da benzer bir düzenleme mevcuttur. BGB § 1593 hükmü gereği Almanya’da da evliliğin ancak ölüm ile sona ermesi halinde babalık karinesi devam etmektedir⁴³. Yine Alman hukukunda babalık karinesine başka bir sınırlama olarak; genetik babaya belirli şartlarla babalık karinesiyle hukuki soybağı annenin kocasına bağlanan çocuğu soybağının reddi davası açmaksızın tanıyabilme imkanı getirilmiştir. Bunun için çocuğun boşanma davasının açılmasından sonra ancak boşanma hükmünün kesinleşmesinden önce doğmuş olması, tanınmanın en geç

³⁷ Regina E. Aebi-Müller, “Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt.”, *Die Praxis des Familienrechts* (FamPra.ch 2014), 818, 833; Geiser, (n 15) 44. Karinenin bu haliyle korunmasını eleştiren bazı yazarlar karinenin sadece pratik olması sebebiyle mazur görülebileceğini ifade etmektedirler. Bu yönde bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 1.

³⁸ Büchler, *FamPra.ch* 2005, (n 17) 455.

³⁹ İsviçre’deki durum için bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 4; Büchler ve Schmucki, (n 28) 27; Geiser, (n 15) 45.

⁴⁰ Büchler ve Schmucki, (n 28) 25. Bu konuda ülkelerin farklı düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz Büchler ve Schmucki, (n 28) 25 ff; Büchler, *FamPra.ch* 2005, (n 17) 453 ff. Fransa’da babalık karinesi önemli ölçüde sınırlanmıştır. Bu konuda bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 13.

⁴¹ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 1 ve 5; Büchler ve Schmucki, (n 28) 28.

⁴² Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 1.

⁴³ Bu konuda bkz Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII*, (8. Aufl, Beck 2020), BGB § 1593 N 1.

boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde gerçekleşmesi ve annenin doğum sırasında evli olduğu kocanın buna rıza göstermesi gerekir (BGB § 1599 II)⁴⁴.

Özellikle İsviçre ve Alman hukuklarındaki babalık karinesinin evliliğin ölüm dışında sona ermesi halinde devam etmemesi yönündeki düzenleme Türk hukukunda da pek çok yazar tarafından olumlu karşılanmış, aynı sınırlamanın Türk hukukuna da alınması gerekliliği ifade edilmiştir⁴⁵. Gerçekten de evliliğin ölümle sona erdiği durumlarda, doğum ölümden itibaren üç yüz gün içinde gerçekleşmişse, ölen kocanın baba olması çok muhtemeldir. Buna karşılık evliliğin boşanma ile sona erdiği hallerde, boşanma davalarının uzun sürmesi de dikkate alındığında, çocuğun önceki kocadan olma ihtimali zayıflar⁴⁶. Aynı durum evliliğin iptali halinde de geçerlidir. Dolayısıyla evlilikte kadının sadakatine dayanan ve koca ile ailesini soybağı çekişmelerinden koruyan babalık karinesinin özellikle boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da işletilmesi amaca hizmet etmez. Babalık karinesinin sadece ölüm hali ile sınırlandırılması uygulamada çıkabilecek birçok sorunu bertaraf edecektir. Bu durumda hem evlilik ilişkisi çözülmüş olan eski koca soybağının reddi davası açma külfetinden korunmuş olur, hem de babalık karinesi geçerli olmayacağı için gerçek (genetik) baba çocuğunu tanıma imkanını elde eder.

Bununla birlikte bu sınırlandırmanın babalık karinesinin beraberinde getirdiği tüm sakıncaları giderip gidermeyeceği yine de tartışmalıdır. Nitekim İsviçre’de Türk hukukuna kıyasla kapsamı daraltılmış olmasına rağmen babalık karinesine bugün hala bu kadar bağlı kalınması eleştirilere yol açmaktadır. Özellikle babalık karinesinin sadece şekli bir durum olarak evlilik bağına bağlanmış olup karineye ters düşen fiili durumları hiç dikkate almaması (örneğin çiftin fiilen ayrı yaşaması veya annenin başka bir erkekle evlilik dışı birlikte yaşaması gibi) eleştiri konusu yapılmıştır⁴⁷. İsviçre doktrininde bazı yazarlar babalık karinesinin daha da sınırlandırılmasını

⁴⁴ Bu konuda bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1599 N 63 ff. Burada kanun koyucu devam eden boşanma davaları esnasında doğan çocukların genetik babasının genellikle eski koca olmadığı yönündeki hayat tecrübesine dayanarak böyle bir düzenleme yapmıştır. Gerçekten de uygulamada boşanma davası sürerken doğan çocuklar hakkında açılan soybağının reddi davalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Örnek olarak bkz Yargıtay 18 HD, 12364/9880, 20.6.2016 (Kazancı). Türk doktrininde Acabey de Alman hukukundaki bu düzenlemenin yerinde olduğunu Türk hukukunda da benzer bir düzenleme öngörülmesinin isabetli olacağını ifade etmiştir (Acabey (n 1) 142-143).

⁴⁵ Bu yönde bkz Dural, Ögüz ve Gümüüş, (n 30) 283 dn 59; Serozan, (n 6) 129; Rona Serozan, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, in *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, (1. Bası, Turhan 2008), 759, 762; Tufan Ögüz, “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, in *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II* (1. Bası, On İki Levha 2010) 1415, 1419; Baygın (n 1) 22 ff; Acabey (n 1) 142; Fulya Ertüle, “Babalık Karinesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan I. Cilt* (1. Bası, Vedat 2009), 685, 695; Sanem Aksoy Dursun, “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, (2018) 76(2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 393, 403. Farklı bir görüş için bkz Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (8. Bası, On İki Levha 2020) 144; yazar üçyüz günlük sürenin boşanma davasının açılması tarihinden itibaren başlamasının uygun olacağı görüşündedir. Yine eşlerden biri tarafından açılan iptal veya mutlak butlan davalarında da aynı düzenlemenin yapılabileceğini, başka birisi tarafından açılan iptal veya mutlak butlan davalarında ise kararın kesinleşmesi tarihinin esas alınmasını önermektedir.

⁴⁶ Geiser, (n 15) 45. Ancak bu durumun aksinin ispat edilmesi de mümkündür.

⁴⁷ Büchler ve Schmuçki, (n 28) 28; Büchler, *FamPra.ch* 2005, (n 17) 456. Doktrinde kocanın baba olmasının ihtimal dışı olduğu tüm hallerin karine kapsamından çıkartılması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin bu görüşe göre boşanma öncesi çiftlerin kesin olarak ayrı yaşadığı durumlarda da karinenin işletilmemesi gerekir. Bu yönde bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 255 N 10.

savunurken⁴⁸ diğer bazı yazarlar ise tamamen kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁹. Karinenin tamamen kaldırılmasını savunan yazarlara göre artık bu karinenin geçmişteki genetik kökeni tespit imkânının olanaksızlığı ve toplumda bunun dikkate alındığı zamanlarda çocuğu sahih olmayan nesebe karşı koruması gibi gerekçeleri ortadan kalkmıştır. Babalık karinesi bugün sadece kocanın evlilik sırasında eşinden doğan çocuklar üzerindeki hakkını korumaya yaramaktadır ki bunun da ne derece korumaya layık olduğu tartışmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlar esas itibariyle babalık karinesinin kendisinin evlilik içi-evlilik dışı çocuklar arasında ayrımcılığa yol açtığı görüşündedir. Bunun yerine babalık karinesinin tamamen kaldırılması ve iradi bir hukuki ebeveynlik sistemi önerilmektedir⁵⁰.

Netice itibariyle İsviçre gibi Türk kanun koyucusu da babalık karinesini kabul etmekle aslında bir anlamda manevi/sosyal soybağını esas almıştır. Zira bugün hala çocukla babası arasında soybağı ilişkilerinin büyük bir kısmı babalık karinesi çerçevesinde kurulmakta ve yukarıda da ifade ettiğimiz üzere karinenin uygulanmasında genetik soybağı herhangi bir rol oynamamaktadır⁵¹. Genetik soybağı ancak bir defa kurulan hukuki soybağının belirli şartlarla kaldırılması bakımından tali bir önem arz etmektedir. Ancak bugün her ne kadar babalık karinesine yönelik ağır eleştiriler getirilse de kanaatimizce babalık karinesi olayların pek çoğunda gerçek durumla örtüştüğünden ve resmi makamların kararlarına gerek kalmaksızın çocuk ile baba arasındaki soybağını kanun gereğince kurarak çocuğun soybağı durumunda bir boşluk olmamasını sağladığından pratik bakımdan faydalıdır. Nitekim kocanın fiilen baba olma ihtimalinin olmadığı veya düşük olduğu durumlarda kanun koyucu babalık karinesini çürütme imkanını oldukça kolaylaştırmıştır (MK 288). Bununla birlikte Türk hukukunda da karinenin kapsamının daraltılarak İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi evliliğin ölüm dışında bir sebeple sona erdiği hallerde karineyi kaldırmak hatta eşler arasında boşanma davası sürerken doğan çocukların Alman hukukunda olduğu gibi soybağının reddi davası açmaya gerek kalmadan belirli şartlarla genetik baba tarafından tanınmasına imkan vermek yukarıda açıklanan sebeplerle uygun olacaktır.

⁴⁸ Schmid ve Jungo, (n 4) § 39 N 5. Yazarlara göre giderek artan sayıda evli olmayan çiftin çocuk sahibi olması, yüksek boşanma oranları ve bununla bağlantılı olarak birleşik ailelerin artışı ile tıbbi üreme tekniklerinin yaygınlaşması sonucu evlilik içinde doğan çocukların babasının koca sayılmasına yönelik karinenin sınırlandırılması gerekir.

⁴⁹ Ingeborg Schwenzer, "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen", Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2014), 966, 994 ff; Rusch, (n 5) 159 ff.

⁵⁰ Buna göre doğuran annenin rızasıyla bir kimse çocuğun iradi ebeveyni olmayı kabul ettiği takdirde hukuken ebeveyn olarak kabul edilecektir. Esasen bu tür iradi ebeveynlik sisteminin de halihazırdaki hukuk düzenine tamamen yabancı bir sistem olmadığı, zira bugün de bir erkek kendisinin genetik baba olmadığını bilerek hamile bir kadınla evlendiğinde veya evlilik dışı bir çocuğu tanıdığı anda aynı durumun söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu sistemin ayrıntıları için bkz Schwenzer, FamPra.ch 2014, (n 49) 995 ff; Rusch, (n 5) 159 ff; ayrıca bkz Alexandra Jungo, "Ein ZGB ohne Ehe?", in Quid? Fribourg law review, (QFLR SE/17), 19, 20.

⁵¹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 350 N 16.18; Geiser, (n 15) 46.

3. Sonradan Evlenme Yoluyla Kurulan Soybağı

MK 292 uyarınca evlilik dışında doğan çocuk, ana ile babanın birbiriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur. Böylece genetik babanın çocuğun doğumundan sonra anne ile evlenmesi de tanıma veya babalık hükmüne gerek kalmadan çocuk ile babası arasında soybağının kurulmasına yol açar⁵². Ancak bu sonucun doğabilmesi için yine çocuğun başka bir erkekle soybağının bulunmaması gerekir. Eğer çocuğun başka bir erkekle soybağı varsa, evlenmenin çocuğun soybağı üzerinde etkili olabilmesi ancak mevcut soybağının ortadan kaldırılması halinde mümkündür⁵³. Çocuğun doğumundan sonra ana babanın evlenmesi bu kişilerin evlilik dışında doğmuş tüm sağ veya ölmüş çocuklarının baba ile soybağının kurulmasını sağlar. Anne ile baba çocukların doğumundan ne kadar zaman sonra evlenirse evlensin fark etmez. Ayrıca çocuğun genetik babası ile soybağının bu yolla kurulabilmesi için evlenmenin geçerli olması da gerekli değildir⁵⁴.

MK 293/I evlenen kişilerin evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonraki yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmelerini öngörmektedir. Bildirimin amacı, eşlerin ortak çocuklarının belirlenmesi ve böylece çocuğun babası ile soybağının kurulmasının sağlanmasıdır. Ancak bildirim yapılması çocuğun babası ile soybağının kurulması bakımından kurucu unsur niteliğinde değildir. MK 293/II uyarınca; “*Bildirimin yapılmamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olmasını engellemez.*” Bildirimin eşler tarafından birlikte yapılması gerekir. Eşlerden yalnız birinin başvurusu yeterli değildir. Bununla birlikte bildirim yapılmamışsa bir tespit davası açılıp ana ile evlenen erkeğin baba olduğunun mahkeme kararı ile tespiti gerekecektir⁵⁵.

Daha önce tanıma veya babalığa hükümle çocuk ile babası arasında soybağı kurulmuş ise sonradan ana ve babanın evlenmesi soybağının kurulması açısından bir etki yapmaz, ancak bu durumda da nüfus memuru resen gerekli işlemleri yapacaktır (MK 293/III). Bu işlem özellikle velayet bakımından önem taşır⁵⁶.

Sonradan evlilik yoluyla koca ile çocuk arasında soybağının kurulması için aynı evlilik yoluyla soybağının kurulmasında olduğu gibi evlenen erkeğin çocuğun genetik babası olması şartı aranmaz. Çocuk, evlenen kadının çocuğu olmakla birlikte

⁵² İsviçre hukukunda anne ve babanın sonradan evlenmesi çocuk ile baba arasında soybağını kuran bir hal olarak düzenlenmemiştir. İsviçre hukukunda sonradan evlilik, çocukla koca arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı tesis edilmiş olması şartıyla, sadece çocuğu evlilik içi çocuk statüsüne sokmaktadır. Bu da çocuğun soyadı, vatandaşlığı, çocukla ilgili velayet ve nafaka yükümlülüğü bakımından sonuç doğurur. Bu konuda bkz Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 21.

⁵³ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 290; Baygın (n 1) 52.

⁵⁴ Serozan, (n 6) 200; Baygın (n 1) 51 ff.

⁵⁵ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 291; Baygın (n 1) 53.

⁵⁶ Baygın (n 1) 53.

evlenen erkeğin çocuğu değilse bile evlenen kişilerin yapmış oldukları bildirimle birlikte kocaya soybağı ile bağlanır. Bu durumda evlenen kadın ile erkeğin gerçeğe aykırı beyanları ile meydana gelen soybağı ancak MK 294/I hükmü uyarınca açılacak iptal davası ile ortadan kaldırılabilecektir.⁵⁷

4. Tanıma ve Babalık Davası

Yukarıda da belirttiğimiz üzere çocuk soybağı bakımından sadece annesine bağlı ise babası ile arasında soybağı tanıma (MK 295) veya mahkeme kararı (babalık davası) (MK 282/II) ile de kurulabilir.⁵⁸

Ana ile evli olmayan erkeğin çocuğu tanıması sonucu çocuk ile arasında bir soybağı ilişkisinin kurulması bakımından iki şart aranmaktadır. Bunlardan birincisi çocuğun annesinin kim olduğunun belirli olması, ikincisi ise çocuğun başka bir erkek ile soybağının bulunmamasıdır (MK 295/III)⁵⁹. Ayrıca ehliyet bakımından tanıma şahsa sıkı surette bağlı bir hak olduğundan tanıma için tanıyanın ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar tanıma beyanında bulunamaz; bu gibi kimseler bakımından ancak babalık davasıyla soybağının kurulması söz konusu olabilir.⁶⁰ Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar tarafından yapılan tanımın geçerli olabilmesi için veli veya vasisinin rızası aranır (MK 295/II). Baba hayatta değilse artık tanıma mümkün değildir.

Tanımayla birlikte çocuk ile tanıyan arasında doğum anından itibaren geçerli hukuki bir soybağı ilişkisi kurulur. Bu bakımdan tanıma beyanı yenilik doğuran işlem niteliğindedir. Tanıma şekle tabi ve geri alınamaz tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşir.⁶¹ MK 295/I uyarınca; “*Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur.*”⁶² Türk hukukunda aynı İsviçre hukukunda olduğu gibi tanıma annenin

⁵⁷ Bu davanın açılma şartları ve genetik babanın bu davayı açıp açamayacağı hakkında bkz aşağıda “2.Sonradan Evlenme Yoluyla Kurulan Soybağına İlişkin İtiraz ve İptal Davası” başlığı.

⁵⁸ Bazı ülkeler aynı kocaya tanınan babalık karinesi gibi, annenin evlilik dışı birlikte yaşadığı erkek için de babalık karinesi kabul etmiştir. Örneğin Fransa’da kabul edilen possession d’etat. Bu konuda bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB Vorb. zu Art. 260-263 N 2; Büchler ve Schmucki, (n 28) 28. Bu çerçevede anne ile evli olmayan ancak birlikte yaşayan erkekler bakımından da evli erkeğin babalık karinesine kıyasen kanun gereği bir babalık karinesinin kabul edilebileceği yönünde bkz Judith Wyttenbach ve Irene Grohsmann, “Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft” in Ivo Schwander (ed) Aktuelle Juristische Praxis, (AJP 2014), 149, 165.

⁵⁹ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 2 ff; Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 25 ff; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 296 ff. Annenin kim olduğunun belli olması şartını aramayan farklı bir görüş için bkz Ayşen Çilenti Konuralp, “Anne Yönünden Soybağı Tespit Edilemeyen Çocuğun Baba Yönünden Soybağının Kurulması Sorunu”, (2020) 5(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2071, 2081 ff. Ayrıca bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 350 N 16.17.

⁶⁰ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 1.

⁶¹ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 1. Ancak vasiyetname ile yapılan tanıma tanıyanın ölümünden itibaren hüküm doğurur ve diğer tanıma şekillerinden farklı olarak tanıyanın sağlığında tanıyan tarafından serbestçe geri alınabilir (MK 542 ff). (Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 16; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 299).

⁶² Hükmün anlamı hakkında bkz Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 297 ff.

ve çocuğun rızasına bağlı değildir⁶³. Ana ve çocuğa sadece bildirim yapılır⁶⁴. Ancak özellikle tanıma annenin rızasının aranmaması, doktrinde birçok yazar tarafından haklı olarak eleştirilmektedir⁶⁵. Zira tanımayla hem annenin hukuki durumu önemli şekilde etkilenmektedir hem de kural olarak -doğal yoldan hamilelik durumunda- genetik babanın kim olduğunu en iyi anne bilmektedir. Kanunda getirilen sisteme göre anne haklarını tanıma esnasında değil de ancak tanımanın iptali sırasında ileri sürebilir⁶⁶.

Tanıma, çocuk yaşadığı sürece yapılabileceği gibi çocuğun ölümünden sonra dahi tanınması mümkündür. Yine tanıma çocuk sağ doğmak koşuluyla doğumdan önce de yapılabilir. Ancak çocuğun doğumundan önce yapılan tanımanın geçerli olması çocuğun sağ doğmasına ve annenin çocuğun doğumundan önce evlenmemiş olmasına bağlıdır⁶⁷. Eğer tanıma çocuğun doğumundan önce yapılmışsa hüküm ve sonuçlarını çocuğun doğumuyla birlikte meydana getirir. Çocuğun doğumundan sonra tanıma her zaman yapılabilir, herhangi bir süreye bağlı değildir. Tanımanın vasiyetname ile yapılabilmesi de bunu göstermektedir. Bununla birlikte bu tanıma beyanı da diğer tanımalarda olduğu gibi geçmişe etkili olarak doğum anından itibaren çocuk ile babası arasında soybağının kurulmasını sağlar⁶⁸.

Kanun koyucu her ne kadar tanımanın “babanın” yapacağı beyanla olacağını belirtmişse de bizim hukukumuz bakımından tanımanın hüküm ifade etmesi için tanıyacak olan kişinin genetik baba olması şartı aranmaz⁶⁹. Nüfus memuru başvuru sırasında tanıyanın genetik baba olduğunu ispat etmesini talep edemez. Bu sebeple genetik baba olmadığını bilerek başvuran bir kimsenin de tanıma beyanı hüküm doğurur. Bu durumda ancak tanımanın iptali söz konusu olabilir⁷⁰. Bununla birlikte İsviçre hukukunda bir grup yazar, ancak genetik baba olan veya öyle olduğunu düşünen bir kişinin çocuğu tanıyabileceğini, buna karşılık tanıyanın genetik baba

⁶³ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 1; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 460; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 296.

⁶⁴ MK 296/II uyarınca; “Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir.”

⁶⁵ Schwenzer, FamPra.ch 2014, (n 49) 995; Geiser, (n 15) 47. Buna karşılık bugün pek çok ülkede, geçerli bir tanıma işlemi için anne ve çocuğun da rızası aranmaktadır. Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 26; Büchler ve Schmucki, (n 28) 29 ff; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 457; Ingeborg Schwenzer, “Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage”, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), <http://www.ejcl.org/113/article113-6.pdf> 7.

⁶⁶ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 302 ff.

⁶⁷ Johannes Reich, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, in Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (eds) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl, Schulthess 2016), Art. 260 N 4; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 300, özellikle dn 124; Serozan, (n 6) 205.

⁶⁸ Tanıma beyanının bu şekilde geçmişe etkili olması, çocuk ile babası arasında herhangi bir sosyal ilişki kurulmadan hatta hiçbir zaman kurulamayacak olmasına rağmen (vasiyetname yoluyla tanımalarda) doğum anından itibaren çocuk ile babası arasında soybağının kurulması sonucuna yol açar (Geiser, (n 15) 47 ff).

⁶⁹ Bu yönde bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 7; Büchler ve Schmucki, (n 28) 34; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 459 ff; Geiser, (n 15) 47; karşı Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 26; Öztan (n 1) 922; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 300; yazarlar tanıyanın çocuğun genetik babası olmamasının kesin hükümsüzlüğe yol açması gerektiğini, ancak kanunda bu hususun tanımanın iptali sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmektedir.

⁷⁰ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 7; Büchler ve Schmucki, (n 28) 34; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 459 ff.

olmadığının açıkça anlaşıldığı hallerde nüfus memurunun bu talebi reddetmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷¹. Bu durum özellikle tanıyan ve çocuk arasındaki yaş farkının yetersiz olduğu, tanıyanın daha önceden yaptığı tanımanın başarılı bir şekilde iptal edildiği, açılan babalık davasının reddedildiği veya tanıyan bakımından geçerli babalık karinesinin başarılı bir şekilde iptal edildiği hallerde söz konusu olur⁷². Böyle bir tanımanın hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği ifade edilmektedir. Yine bu gibi hallerde tanımaya izin verilirse tanımanın evlat edinmeye alternatif bir yol haline geleceğini ileri süren yazarlar da vardır⁷³. Kanaatimizce bu görüş çocuğun menfaati ile bağdaşmamaktadır. Çocuğun doğumundan önce evlilik durumunda, kocanın baba olmadığının açıkça belli olduğu hallerde dahi evlilik karinesi geçerli iken, bu iki durum arasında bir ayırım yaparak bunları farklı sonuçlara bağlamak yerinde olmayacaktır⁷⁴. Türk-İsviçre hukukunda tanıma bakımından çocuğun başka bir erkeğe soybağı ile bağlı olması durumu hariç herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Dolayısıyla tanıma kanun koyucunun aradığı maddi ve şekli şartlara uyularak yapılmışsa, bir kimse bilerek ve kasıtlı olarak gerçek olmayan bir tanıma beyanında bulunmuş olsa dahi bu iptal edilinceye kadar hüküm ifade eder.

Buna karşılık bir erkek genetik baba olsa dahi eğer çocukla başka bir erkek arasında daha önceden kurulmuş soybağı ilişkisi varsa çocuğu tanıyamayacaktır (MK 295/III). Bu sebeple MK 285 çerçevesinde babalık karinesi, başkaca bir tanıma veya MK 301 uyarınca verilmiş bir babalık hükmü tanıma imkanını ortadan kaldırır⁷⁵. Tanımanın bu şekilde çocuğun başka bir erkekle soybağının bulunmaması şartıyla gerçekleşmesi kuralı çocuk ile daha önce kurulmuş bir sosyal ve hukuki soybağı ilişkisinin korunmasına hizmet etmektedir⁷⁶. Böyle bir durumda çocukla genetik soybağı ilişkisi bulunan baba, önceden kurulmuş olan bir hukuki soybağı ilişkisini tanıma yoluyla ortadan kaldıramaz. Çocuğun bir başka erkekle olan soybağının sona ermesi şartına bağlı olarak tanınmasının da yine bu sebeple mümkün olamayacağı kabul edilmektedir⁷⁷. Böylelikle çocuğun genetik babasının, çocuğun sicilde baba olarak kayıtlı olan kişiyle arasındaki sosyal ve hukuki soybağını zedelemesinin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak varolan soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasının ciddi olasılık olarak görüldüğü hallerde (örneğin soybağının reddi davası açılmış olması

⁷¹ Bu yönde bkz Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252-269c ZGB*, (4. Aufl, Bern 1984) ZGB 260 N 62 ff; Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 26 dn 37. Yine aynı şekilde babalık davası sırasında muhtemel genetik baba tanıma beyanında bulunmuş ise, mahkemenin babalığın objektif olarak mümkün olup olmadığını araştırması gerektiği yönünde bkz CHK-Reich, (n 67) ZGB 260 N 7. Türk hukukunda da Öztan'a göre çocuk hakkında açılan babalık davası kaybedilmişse hakkında babalık davası açılmış olan babanın çocuğu tanıyamaması gerekir (Öztan (n 1) 912).

⁷² Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 26 dn 37; CHK-Reich, (n 67) ZGB 260 N 3.

⁷³ CHK-Reich, (n 67) ZGB 260 N 3; Geiser, (n 15) 47.

⁷⁴ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 7.

⁷⁵ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 3.

⁷⁶ Geiser, (n 15) 48.

⁷⁷ Arzu Genç Ardemir, "Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı", *Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan*, (DER Yayınevi 2009) 1, 8 ff; Geiser, (n 15) 48. İsviçre Federal Mahkemesi de bu imkanı kabul etmemiştir. Bu yönde bkz BGE 107 II 403, karşı BGE 108 II 351.

halinde) çocuğun menfaati de dikkate alınarak şartlı tanımının gerçekleştirilebileceği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁸. Gerçekten de bu gibi durumlarda çocuk ile hukuki soybağı ilişkisi bulunan kimse arasındaki ilişki, genetik babanın tanıma beyanı ile değil, daha öncesinde soybağının reddi davası açılmasıyla zedelenmiş olacağından korunan bir hukuki menfaat bulunmadığı kabul edilebilir⁷⁹.

Tanımının yanı sıra baba ile çocuk arasında soybağının kurulması yollarından bir diğeri de babalık hükmüdür (MK 301). Babalık karinesinin söz konusu olmadığı ve genetik babanın çocuğu kendi isteğiyle tanımadığı durumlarda anne veya çocuk muhtemel babaya karşı babalık davası açabilirler (MK 301). Anne ile çocuğun dava hakları birbirinden bağımsızdır⁸⁰. Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı hak olması sebebiyle ayırt etme gücüne sahip anne ve çocuk tarafından bizzat kullanılır. Anne ve çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde babalık davası yasal temsilcileri tarafından açılabilir⁸¹. Ancak çocuğun babalık davası açma hakkını henüz ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde kullanabilmesi için ona kayyım atanması gerektiği kabul edilmektedir⁸². Babalık davası açılması bakımından çocuk ile annenin çıkarlarının çatışması söz konusu olabileceğinden annenin kayyım olarak atanması mümkün değildir (MK 426/b.2). Anne ve çocuğun ölümü halinde dava hakkı sona erer⁸³. Babalık davası Cumhuriyet savcısına ve Hazineye, dava ana tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir (MK 301/III). Bu dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır (MK 301/II).

Türk-İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre babalık davası açma hakkının MK 1 hükmünden yararlanarak boşluk doldurma yoluyla sınırlı da olsa genetik babaya da tanınması kanun koyucunun amacına uygun düşecektir⁸⁴. Buna göre genetik baba tanıma hakkını kullanamadığı durumlarda MK 301 hükmüne kıyasen çocuğun babası olduğunun tespitini isteyebilmelidir. Örneğin eğer baba ayırt etme gücüne sahip olmadığı için çocuğu tanıyamıyorsa, babalık davasını onun kişilik haklarına dayanarak yasal temsilcisinin açmasının isabetli olacağı ileri sürülmektedir⁸⁵. Nitekim MK 301’de sadece anne ve çocuğa dava açmak hakkı verildiği kabul edilse bile bu düzenlemenin babanın dava açmasını engelleyen bir yön taşımadığı ifade

⁷⁸ BK-Hegnauer, (n 71) ZGB 260 N 38 ff; Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 260 N 3; Geiser, (n 15) 48. Türk hukukunda bu yönde Serozan, (n 6) 204; Baygın (n 1) 59.

⁷⁹ Geiser, (n 15) 48.

⁸⁰ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 8; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 306.

⁸¹ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 306 ff.

⁸² Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 307. Bu durumda kayyımın davayı açarken çocuğun özel olarak menfaatinin bulunup bulunmadığını araştırmayacağı, ancak MK 2/II çerçevesinde bir sınırlandırmanın söz konusu olabileceği yönünde bkz CHK-Reich, (n 67) ZGB 261 N 3; BGE 121 III 1 E 2b.

⁸³ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 6 ve 7. Çocuğun ölümü halinde dava hakkının mirasçılara intikal edeceği yönündeki görüş için bkz BK-Hegnauer, (n 71) ZGB 261 N 52; CHK-Reich, (n 67) ZGB 261 N 3; Serozan, (n 6) 213.

⁸⁴ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 9; Öztan (n 1) 933. Eski Medeni Kanun zamanında Yargıtay’ın uygulaması da bu yöneydi. Bkz Yargıtay 2 HD, 1637/1606, 17.3.1972, (Karar ve eleştirisi için bkz Necmeddin Fezyi Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, (Filiz 1986), 549 dn 225). Ancak bugün Yargıtay aksi görüştür. Bkz dn 86.

⁸⁵ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 9.

edilmektedir. Diğer bir görüş ise, kanun koyucunun MK 301 hükmünün açık, yoruma yer bırakmayan ifadesinden bu hakkın sadece ana ve çocuğa tanındığını, burada MK 1 anlamında boşluk bulunmadığını ve bu nedenle genetik babaya böyle bir hakkın tanınmaması gerektiğini savunmaktadır⁸⁶.

Esasen Alman Hukukunda (BGB § 1600d I) ve diğer birçok ülkede babalık davası açma hakkı genetik babaya da tanınmıştır⁸⁷. İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında ise muhtemel genetik babaya böyle bir hak tanınmamıştır. O ancak tanıma yoluyla çocuk ile arasında hukuki soybağı tesis edebilir. Bu açıdan Alman hukukunun Türk-İsviçre hukukuna nazaran genetik soybağına daha büyük önem verdiği kabul edilebilir⁸⁸. Kanaatimizce Türk hukukunda da de lege ferenda muhtemel genetik babaya babalık davası açma imkanının verilmesi uygun olurdu⁸⁹. Hatta bu hakkın sadece babanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerle sınırlı olarak değil genel olarak tanınması gerekirdi. Zira her ne kadar tanıma ile babalık davası tamamen aynı hukuki sonuca, yani çocukla babası arasındaki hukuki soybağını kurmaya yönelik olsa da muhtemel genetik babanın tanıma yoluna başvurmak yerine babalık davası açmakta hukuki menfaati bulunabilir. Böylelikle muhtemel genetik baba kendi subjektif kanaatiyle hareket edip çocuğu tanımak yerine mahkemenin genetik testlere dayalı objektif incelemesi sonucunda genetik baba olduğundan emin olarak soybağının kurulmasını sağlayabilir⁹⁰. Muhtemel genetik babanın bu imkanı bulması halinde çocuk ile baba arasındaki ilişkinin istikrarı sağlanmış olacak, tanınmanın sonradan iptali durumuyla daha az karşılaşılacaktır⁹¹.

Babalık davasının çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesi için tanımada olduğu gibi çocuğun annesinin belirli olması ve çocuğun başka bir erkek ile soybağı ilişkisinin bulunmaması gerekir⁹². Çocuğun herhangi bir yolla bir başka erkekle soybağı ilişkisi kurulmuş ise, bu soybağı ortadan kaldırılmadıkça babalık davası açılmaz. Böylece burada da sosyal ve hukuki soybağı ilişkisi kanun koyucu tarafından korunmuştur⁹³.

⁸⁶ CHK-Reich, (n 67) ZGB 261 N 4; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku*, (22. Bası, Beta 2020), 360; Baygın (n 1) 74; Serozan, (n 6) 214. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay 2 HD, 1980/9434, 12.4.2012; Yargıtay 2 HD, 1475/8342, 22.4.2015 tarihli karardan (Lexpera): "... Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemeye belirlenmesini yasal olarak ana ve çocuk isteyebileceğine (TMK. m. 301/1), genetik babaya babalık davası açma hakkı tanınmadığına göre, bu davayı " babalık davası " olarak vasıflandırmak da mümkün bulunmamaktadır. "

⁸⁷ Diğer ülkelerdeki durum için bkz Büchler ve Schmucki, (n 28) 31. Esasen Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 1600d I) davacılar tek tek belirtilmiş değildir. Bununla birlikte Alman Hukukunda muhtemel genetik babanın da bu davayı açabileceği tartışmasız kabul edilmektedir (MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600d N 14).

⁸⁸ Rusch, (n 5) 83.

⁸⁹ Bu yönde Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 407.

⁹⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600d N 9-10.

⁹¹ Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 407. Nitekim bir kimse bir çocuğu tanıdıktan sonra tanımının iptali prosedürü dışında genetik soybağının tespitine yönelik bir talep ileri süremez. Cyril Hegnauer, "Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft und Feststellung der Nichtvaterschaft", Zeitschrift für Vormundschaftswesen, (ZVW 2002) 49 ff.

⁹² Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 2; Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 36; Geiser, (n 15) 49; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 306.

⁹³ Geiser, (n 15) 49.

Kanun koyucu soybağının belirlenmesinden söz etmekle birlikte, esasen burada bir tespit davası söz konusu değildir. Çocuk ile babası arasında soybağının kurması itibariyle babalık davası sonucu verilen hüküm yenilik doğurucu niteliktedir⁹⁴. Söz konusu hüküm tanımada olduğu gibi geçmişe etkili sonuç doğurur. Böylece diğer muhtemel baba adaylarına karşı açılmış olan davalar varsa bunlar konusuz kalacaktır⁹⁵.

Babalık davasının temeli sosyal soybağı ilişkisine değil, genetik soybağına dayanmaktadır⁹⁶. Kanunun ilgili maddelerinin kabulü sırasında genetik soybağının ispatı ancak dolaylı olarak mümkün olduğundan kanun koyucu karineye dayalı ispatı düzenlemiş ve bu bağlamda ana ile cinsel ilişkinin ispatına önem vermiştir (MK 302/I ve II)⁹⁷. Ancak kanun koyucu daha o zamandan ileri görüşlü davranmış ve davalının soybağının doğrudan ispat etmesine de olanak tanımıştır (MK 302/III)⁹⁸. Günümüzde babalık davasında soybağının ispatı DNA analizi ile olmaktadır⁹⁹.

Babalık davası çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Annenin dava hakkı doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer (MK 303/I). Ancak çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar. MK 303/III uyarınca; *“Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.”* Çocuğun açacağı babalık davası için öngörülmüş olan bir yıllık hak düşürücü süre Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden herhangi bir süreye tabi değildir¹⁰⁰. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunması durumunda çocuğun bu soybağının ortadan kalkmasından sonra herhangi bir süreye tabi olmadan babalık davası açması mümkündür. Esasen her ne kadar bazı yazarlarca eleştirilse de bu düzenleme dünyadaki gelişmelerle uyumludur. Zira bugün pek çok ülkede çocuğun babalık davası açma hakkı bir süreye bağlanmamıştır¹⁰¹.

⁹⁴ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 1.

⁹⁵ Schwenger ve Cottier, (n 14) ZGB 261 N 18.

⁹⁶ Babalık davasıyla bir erkeğe babalığının zorla tanıtılması durumunda o erkeğin sadece genetik yönden ve hükmen baba olup, sosyal ve manevi anlamda baba olmadığı yönünde bkz Serozan, (n 6) 150.

⁹⁷ Geiser, (n 15) 49.

⁹⁸ Geiser, (n 15) 49.

⁹⁹ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 38.

¹⁰⁰ Bkz E. 2010/71 K. 2011/143 27.10.2011 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı. İptal hükmü 7.2.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁰¹ Bu konuda bkz Büchler ve Schmucki, (n 28) 44 özellikle dn 294; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 466. Türk hukukunda Anayasa mahkemesinin iptal kararının isabetli olmadığı yönünde bkz Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 313 dn 179; Tufan Ögüz, “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Prof. Dr. Tufan Ögüz ve Prof. Dr. İlhan Helvacı (eds) *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, (1. Bası, On İki Levha 2013), 201, 207 ff; Cem Akbıyık, “Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi”, (2012) 11(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 203, 219 ff. Soybağının reddi davasında korunan bir statü bulunduğundan soybağının reddi davasının süreye bağlı olmasının yerinde olduğu, ancak babalık davasında çocuğun herhangi bir erkekle kurulmuş soybağı olmadığından süreye ihtiyaç olmadığı yönünde bkz Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 410; yine isabetli olduğu yönünde Yalçın Tosun ve Ece Baş, “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, (2014) 9(123), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99, 114 ff; olumlu ve olumsuz yanlarıyla genel bir değerlendirme için bkz Rona Serozan, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Prof. Dr. Tufan Ögüz ve Prof. Dr. İlhan Helvacı (eds) *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, (1. Bası, On İki Levha 2013), 137, 156 ff.

B. Baba ile Kurulan Soybağının Kaldırılması

1. Soybağının Reddi Davası

Yukarıda da açıkladığımız üzere çocuk evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuş ise, hukuken çocuğun babası olarak annenin kocası kabul edilir. Ancak MK 285'deki karine gereği hukuken baba kabul edilen kimse her zaman çocuğun genetik babası olmayabilir. Bu durumda genetik baba ile çocuk arasında hukuki soybağının kurulabilmesi için öncelikle babalık karinesi uyarınca kurulmuş olan hukuki soybağının ortadan kaldırılması gerekir. Evlilik içinde doğduğu için kanun gereği annenin kocasına soybağı ile bağlanan çocuk ile koca arasında kurulan soybağının, babanın gerçekte genetik baba olmaması sebebiyle kaldırılması ise ancak soybağının reddi denilen yenilik doğuran dava yoluyla mümkün olur¹⁰². Gerçekten de Türk – İsviçre Hukukunda babalık karinesinin soybağının reddi davası dışında herhangi bir yolla (örn. MK 39 anlamında nüfus kaydının düzeltilmesi veya tespit davası yoluyla ya da diğer herhangi bir davada veya prosedürde ön sorun olarak görülüp) kaldırılması mümkün görülmemektedir¹⁰³.

Yine hemen belirtelim ki bir taraftan bu davanın açılma süresi kanunda çok sıkı bir şekilde düzenlenmiş, diğer taraftan dava açma hakkına sahip olan kişiler de kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Böylelikle kanun koyucunun manevi/sosyal soybağını geniş ölçüde koruduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁴. Türk ve İsviçre hukuklarında soybağının reddi davası açma hakkı kural olarak ilk derecede sadece koca ve çocuğa tanınmıştır (MK 286, ZGB 256). Kocanın bu dava hakkı sadece hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır, bu sınırlama dışında koca tarafından açılan soybağının reddi davasında çocukla hukuki babası arasında sosyal bir aile ilişkisi kurulup kurulmadığı veya bunun çocuğun menfaatine olup olmadığı dikkate alınmamaktadır¹⁰⁵. Soybağının reddi davası açma hakkı şahsa sıkı surette bağlı haklardandır, bu sebeple koca sınırlı ehliyetli olsa bile yasal temsilcinin onayına gerek olmadan soybağının reddi davası açabilir. Buna karşılık kocanın tam ehliyetli olması halinde yasal temsilci onun adına dava açamaz. Bu durumda ancak şartları gerçekleşmişse MK 291'de belirtilen ilgililerin kendi adlarına dava açma hakkı doğabilir¹⁰⁶.

Eğer koca yapay dölleme yoluyla bir başka erkeğin spermelerinin kullanılmasına (heterolog yapay dölleme) izin veriyse yine bu davayı açma hakkı bulunup bulunmayacağına ilişkin bir kural Türk hukukunda mevcut değildir. İsviçre Medeni

¹⁰² Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 1; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 272.

¹⁰³ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 1; BK-Hegnauer, (n 71) ZGB 256 N 7 ff; CHK-Reich, (n 67) ZGB 256 N 1.

¹⁰⁴ Geiser, (n 15) 50.

¹⁰⁵ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 2. Hukuken baba olarak gözüken kocaya bu hak çocukla seneler süren yoğun bir duygusal ilişkisi bulunsa dahi tanınmıştır (Büchler, AJP 2004, (n 3) 1179). Bunun eleştirisi için bkz Wyttenbach ve Grohmann, (n 58) 161 ff.

¹⁰⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 281; Baygın (n 1) 27.

Kanunu'nda yer alan ZGB 256/III hükmü kocanın heterolog yapay döllemeye onay verdikten sonra artık soybağının reddi davası açamayacağını öngörmektedir. Söz konusu hüküm Türk Medeni Kanunu'na alınmamıştır. Nitekim Türk hukukunda heterolog yapay döllemeye izin de verilmemektedir. Ancak buna rağmen koca heterolog döllemeye izin vermişse Türk doktrininde de genel olarak ZGB 256/III hükmüne paralel şekilde artık soybağının reddi davası açma hakkı bulunmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Koca dava açmadan ölmüşse dava hakkı sona erer, ancak yine eğer şartları varsa bu durumda da diğer ilgililerin dava hakkı söz konusu olur (MK 291).

Yine çocuk da kocanın dava açma hakkından bağımsız olarak soybağının reddi davasını açabilir. Çocuğun genetik babası olmayan fakat çocukla arasındaki soybağını da reddetmeyen kişi ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi çocuğun duygusal ve psikolojik durumunu olumsuz etkileyebilir. Çocuğa dava açma hakkı tanınarak onun bu ilişkiye mecbur kalması önlenmek istenmiştir. İsviçre hukukunda Türk hukukundan farklı olarak çocuğun dava hakkı ayrıca bir şarta bağlanmıştır. İsviçre Medeni Kanunu uyarınca çocuk bu davayı, henüz ergin olmadığı dönemde eşlerin ortak yaşamının sona ermiş olması şartıyla açabilir. İsviçre hukukunda bu sınırlamayla ailenin korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir¹⁰⁸. Türk hukukunda böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bakımdan Türk kanun koyucusunun İsviçre'den farklı olarak çocuğun genetik babasına bağlanma hakkını, ailenin korunmasından ön planda tuttuğu söylenebilir¹⁰⁹. Çocuk dava açmadan ölmüşse soybağının reddi davası açma hakkı sona erer, dava hakkının mirasçılara geçmesi söz konusu olmaz¹¹⁰.

Anneye ise her iki hukukta da bu hak tanınmamıştır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre anneye bu hakkın tanınmamasının sebebi onun bu duruma kendi davranışıyla yol açmış olmasıdır¹¹¹. Yine eğer koca ve çocuk soybağını kaldırmak istemiyorsa annenin bunun kaldırılmasında korunan bir hukuki menfaati olmadığı kabul edilmektedir¹¹². Bununla birlikte bu düzenlemeyi eleştiren yazarlar da

¹⁰⁷ Serozan, (n 6) 183 ff; Öztan (n 1) 877; Acabey (n 1) 195; Baygın (n 1) 29; Tosun ve Baş, (n 101) 105. Doktrinde bu durumda kocanın soybağının reddi davası açma hakkı olmasa dahi çocuğa bu hakkın verilmesi gerektiği görüşü için bkz Serozan, (n 6) 183; Acabey (n 1) 196.

¹⁰⁸ Bu yönde bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 3; Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 402. Bu düzenleme İsviçre kanun koyucusunun hukuki soybağını belirlerken koca ile çocuk arasında kurulan sosyal soybağını genetik soybağı karşısında koruduğu şeklinde de yorumlanabilir (Geiser, (n 15) 50).

¹⁰⁹ Baygın (n 1) 29; Öztan (n 1) 884; Tosun ve Baş, (n 101) 105. Bununla birlikte İsviçre doktrininde de lege ferenda çocuğun ergin olmasından sonra herhangi bir sınırlamaya tabi olmayacak şekilde soybağının reddi davası açma hakkına sahip olması gerektiği savunulmaktadır (Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 5).

¹¹⁰ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 4; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 282.

¹¹¹ Geiser, (n 15) 50. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere İsviçre hukukunda aynı sebeple eğer koca bu duruma yol açıyorsa onun da bu davayı açması kabul edilmemektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu husus açıkça düzenlenmiştir (ZGB 256/III).

¹¹² BK-Hegnauer, (n 71) ZGB 256, N 77; Geiser, (n 15) 50.

bulunmaktadır¹¹³. Nitekim yabancı ülke hukuklarında ve doktrininde anneye de kayıtsız şartsız dava hakkı tanımak yolunda bir eğilim vardır¹¹⁴.

Türk hukukunda ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım da açıkça bağımsız bir dava hakkı tanınmıştır (MK 291/II)¹¹⁵. MK 291/II hükmü uyarınca; “*Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açar.*” Buna göre ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açar¹¹⁶. Bununla birlikte doktrinde soybağının reddi davası açmak üzere çocuğa kayyım atanırken bu davanın açılmasında çocuğun yararının bulunması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla kayyım tarafından çocuğun dava hakkının kullanılabilmesi için bu davayla çocuğun güncel veya yakın bir zararlı sonuçtan korunması, ona önemli bir maddi ve manevi yarar sağlanması gereklidir. Çocuk bakımından somut bir menfaat değerlendirilmesi yapılmaksızın hakim her durumda ve her ilgilinin talebi üzerine çocuk adına soybağının reddi davası açmak üzere kayyım tayin etmesi mümkün olmamalıdır¹¹⁸. Örneğin babalığı şüpheli görünen koca çocuğa kötü davranıyor ve çocukla yeterince ilgilenmiyorsa, buna karşılık sosyoekonomik durumu iyi olan ve genetik baba olduğu iddia edilen erkek, çocuğu yanına alıp yetiştirmek istiyorsa kayyım tayini yoluna gidilebilir. Fakat somut olayda çocuğun yararı soybağının reddi davası açmayı yerinde göstermiyorsa, örneğin gerçek (genetik) babanın kimliği bilinmediği için soybağının reddinden sonra çocuğun hukuken babasız kalma ihtimali varsa kayyım bu davayı açtırmamak doğru olur¹¹⁹.

¹¹³ Schwenzer ve Cottier’e göre esasında bu davayı açmakta annenin menfaati bulunduğu açıktır ve bu menfaatin çocuğun dava hakkıyla korunması da mümkün değildir. Çocuğun babalık karinesi çerçevesinde kocaya bağlanması velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, miras gibi konularda annenin hukuki durumunu da önemli ölçüde etkilemektedir (Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 6).

¹¹⁴ Günümüzde birçok ülke anneye de koca ile eşit bir hak tanıyarak babalık karinesini çürütmek için soybağının reddi davası açma hakkını vermektedir. Örn. Alman Hukukunda bu hak anneye de tanınmıştır (BGB § 1600). Bu konuda bkz Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 461 ff; Büchler ve Schmucki, (n 28) 37 ff; Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 6 ve 24; Türk hukukunda tali olarak tanınması yönünde Mustafa Alper Gümüş, “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililer’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)”, in Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz 2013) 568, 574; bazı hallerle sınırlı olarak asli dava hakkının tanınması yönünde Baygın (n 1) 36; çok açık olmamakla birlikte Öztan (n 1) 884-885.

¹¹⁵ İsviçre Medeni Kanunu’nda kayyımın dava açmasına yönelik bir hüküm bulunmamasına rağmen, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına soybağının reddi davasını kendisine atanacak kayyımın açacağı önceki Medeni Kanun döneminden beri kabul edilmektedir (Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 11; Acabey (n 1) 138).

¹¹⁶ Doktrinde hakim görüş soybağının reddi davası açma hakkının kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğunu bu sebeple ayırt etme gücüne sahip çocuğun bu davayı tek başına açabileceğini, MK 291/II hükmünün dar yorumlanarak çocuğun ayırt etme gücünden yoksun olduğu hallerde indirgenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz Dural, Ögüt ve Gümüş, (n 30) 282; Serozan, (n 6) 189, 192; Baygın (n 1) 30; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (Vedat 2006), 145 ff. Yargıtay ise MK 291/II’nin salt lafzına dayanarak ergin olmayan çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasından bağımsız olarak davanın kayyım tarafından açılacağına hükmetmektedir. Bu yöndeki kararlar için bkz Gümüş, Kayyım, (n 116) 151, dn 546.

¹¹⁷ CHK-Reich, (n 67) ZGB 256 N 5; Serozan, (n 6) 189; Gümüş, Kayyım, (n 116) 145 ff; Baygın (n 1) 31.

¹¹⁸ Gümüş, Kayyım, (n 116) 147 ff.

¹¹⁹ Serozan, (n 6) 189; Baygın (n 1) 31.

Türk hukukunda dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi¹²⁰ hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babasına ve baba olduğunu iddia eden kişiye de tali olarak dava açma hakkı verilmiştir (MK 291). Altsoy ile anne ve babanın dava hakkı miras yoluyla kazanılmış bir hak olmayıp doğrudan onların şahsına tanınmıştır¹²¹. İsviçre Medeni Kanunu ise istisnai olarak babanın dava açma süresinin bitmesinden önce ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda sadece kocanın anası ve babasına bu davayı açma hakkını tanımıştır (ZGB 258). Kanaatimizce burada tali olarak dava açabilecek kişilerin sınırlandırılması ailenin korunması ve özellikle çocuğun menfaatlerinin korunması bakımından önem taşır. Bu bakımdan Eski Medeni Kanun'dan farklı olarak savcının dava hakkının kaldırılması olumlu görülmektedir¹²². Bununla birlikte tali dava hakkının İsviçre'de olduğu gibi sadece kocanın anne ve babasına tanınması veya daha da ileri gidilerek Almanya'da olduğu gibi tamamen kaldırılması da (BGB § 1600) düşünülebilir¹²³. Buna karşılık aşağıda açıklayacağımız üzere genetik babaya bazı şartlarla tali değil asli dava hakkı tanınmalıdır.

Genetik babanın soybağının reddi davası açması bakımından Türk Medeni Kanunu İsviçre'den oldukça farklı bir düzenleme getirmiştir. İsviçre hukukunda genetik babaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamıştır¹²⁴. Doğal olarak babalık karinesiyle kurulan soybağı devam ettiği sürece genetik babanın çocuğu tanınması da mümkün olmayacaktır. Bu durum İsviçre hukukunda evliliğin ve ailenin huzurunun korunmasına öncelik verildiği şeklinde yorumlanmaktadır¹²⁵. Ancak İsviçre doktrininde bazı yazarlar bu şekilde katı bir düzenlemeyi eleştirmekte, en azından bazı durumlarda sınırlı olarak genetik babaya da bağımsız şekilde iptal davası

¹²⁰ Dava açma süresi sona ermeden kocanın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi, diğer ilgililerin dava açma hakkına sahip olmasını sağlamaz. Bu durum MK 289/III çerçevesinde haklı sebep teşkil eder ve koca ayırt etme gücünü kazandığında kendisi dava açabilir.

¹²¹ Baygın (n 1) 33.

¹²² Bu yönde Serozan, (n 6) 188; Baygın (n 1) 35; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 570.

¹²³ Esasen soybağının reddi davasından birincil derecede ve en çok etkilenecek kişiler çocuk, baba ve annedir. Anneye dava hakkı tanınmamasına karşılık babanın altsoyu ve anne ve babasına bu hakkın tali de olsa tanınması kanaatimizce hem ailenin hem de çocuğun menfaatleri bakımından uygun olmamıştır. Yine doktrinde genetik babaya tali de olsa bir dava hakkı tanınmış olması karşısında anneye bu hakkın tanınmamış olmasının anlamsız olduğu ileri sürülmüştür (Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 574). Buna karşılık Türk Hukukunda kocanın anne ve babası ile altsoyuna dava hakkı tanıyan düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz Acabey (n 1) 140 ff.

¹²⁴ BGE 5C.31/2005 E 1.1; 122 II 289 E 1c; 108 II 344 E 1c; CHK-Reich, (n 67) ZGB 256 N 4. İsviçre hukukunda genetik baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma hakkı tanınmış değildir. Nitekim kural olarak bu durum anlaşmaya de görülmemektedir. Bkz CHK-Reich, (n 67) ZGB 256 N 4; (Ahrens v Almanya App No 45071/09 (ECHR 22.3.2012); Kautzor v Almanya App No 23338/09 (ECHR 22.3.2012) kararları). Bu konuda geniş açıklama için bkz Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 155 ff; Michelle Cottier ve Judith Wyttenbach, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts", Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2016), 75, 79 ff.

¹²⁵ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 10. Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 402. Bununla birlikte aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere İsviçre hukukunda son yıllarda genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkı kabul edilmese de bu dava dışında genetik babalığın tespitine ilişkin bir hakkı bulunup bulunmadığı sorusu tartışılmaya başlanmıştır. Regina E. Aebi-Müller, "Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV 144/2008), 82, 104 ff; Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834.

açma hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁶. Bu görüştekilere göre, anne ve koca çocuğun hukuki durumunun değiştirilmesi konusunda anlaşmışlarsa veya ana baba ve çocuk arasında bir ilişki hiç veya artık bulunmuyorsa somut olayın şartlarına göre de lege ferenda genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkına sahip olması gerekir. Bu durumun söz konusu olmadığı hallerde ve özellikle çocuğun hukuki statüsünün değişmesini istemediği durumlarda genetik babaya dava hakkı tanımamak gerekir¹²⁷.

Gerçekten de yabancı ülke hukuklarında da modern eğilim genetik babaya soybağının reddi davasını açma hakkı tanınması yönündedir¹²⁸. Örneğin bugün Alman hukukunda koca, anne ve çocuğun yanı sıra baba olduğunu iddia eden kişi de bu davayı açabilir¹²⁹. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) genetik baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açma hakkı, çocuğun ve kocanın dava hakları gibi asli bir hak olarak düzenlenmiştir (BGB § 1600). Bununla birlikte genetik babanın dava hakkı, çocukla hukuken babası olarak kabul edilen kimse arasında bir sosyal aile ilişkisinin bulunmaması şartına bağlanmıştır (BGB § 1600 II)¹³⁰. Sosyal aile ilişkisi ile kastedilen hukuki babanın çocuğun sorumluluğunu gerçekten taşıması, çocuğun bakımı ve eğitimiyle fiilen ilgilenmesidir. Hukuki babanın anne ile evli olduğu veya uzun süreden beri aynı evde birlikte yaşadığı hallerde sosyal aile ilişkisinin varlığı karine olarak kabul edilir. Kanun koyucu burada hukuki baba ile çocuk arasındaki sosyal aile ilişkisine, genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkı ve böylece hukuki ve genetik babalığın uyumuna yönelik talebi karşısında öncelik tanımıştır¹³¹. Ayrıca baba olduğunu iddia eden kişinin dava açması için kritik dönemde anne ile ilişkisi olduğu hususunda yemin etmesi gerekir¹³².

Türk kanun koyucusu da modern eğilimi izleyerek genetik babaya belirli şartlarla soybağının reddi davası açma hakkını tanımıştır. Madde gerekçesinde böyle bir

¹²⁶ Schwenzer, FamPra.ch 2014, (n 49) 996; Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 7. Bir görüşe göre İsviçre Medeni Kanunu'nda babalık karinesinin kapsamının daraltılarak evliliğin sadece ölümle sona ermesi halinde sona ermeden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocukların babalık karinesi kapsamında olduğunu kabul edilmesi ve böylece bu çocukların genetik babaları tarafından tanınması olanağının sağlanması genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkına sahip olup olmamasının önemini azaltmıştır. Bu yönde bkz Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 283 dn 59; Ögüz, Soybağı, (n 45) 1419.

¹²⁷ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 7.

¹²⁸ Diğer ülkelerdeki düzenlemeler için bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 24, ayrıca Schwenzer, Tensions, (n 65) 6; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 462 ff; Büchler ve Schmucki, (n 28) 38 ff; Helms, (n 27) 3 ff. Genel olarak dünyada muhtemel genetik babanın pozisyonunu güçlendirme eğilimi görülmektedir (Helms, (n 27) 4).

¹²⁹ Alman hukukunda da baba olduğunu iddia eden kişiye önceleri bu hak verilmemekle birlikte Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2003 tarihinde verdiği bir karar sonrasında açıkça tanınmıştır (bu karar için bkz NJW 2003, 2151). Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda genetik babaya dava hakkı tanımamanın Alman Anayasası'nın 6. maddesinde düzenlenen ebeveyn haklarının açık ihlali anlamına geldiğini ve bu sebeple Anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiş, bir yasa değişikliği talep etmiştir. Bu karardan sonra 23.4.2004 tarihinde Alman Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Bu karar ve konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600 N 9-10.

¹³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600 N 24 ff.

¹³¹ Büchler ve Schmucki, (n 28) 40; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 463.

¹³² MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600 N 18 ff.

hakkın hangi sebeple tanındığına dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır¹³³. Ancak doktrinde genel olarak bu düzenlemeyle kanun koyucunun genetik kökene bağlılık ilkesine ağırlık verdiği kabul edilmektedir¹³⁴. Türk hukukunda birçok yazar böyle bir dava hakkının isabetsiz, ailenin huzur ve mahremiyetini bozucu sakıncalı bir düzenleme olduğu ileri sürmüştür¹³⁵. Bu durumun sadece ailenin dirlik ve huzurunu bozmakla kalmayacağı, aynı zamanda çocuğun menfaatine aykırı sonuçlar da doğuracağı ifade edilmiştir. Ancak bu görüşte olan bazı yazarlar davanın aileyi sarsıcı nitelik taşımadığı hallerde bu hakkın genetik babaya esas itibariyle asli bir hak olarak tanınmasının daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Bu görüştekilere göre esas itibariyle evliliğin ölüm dışı bir sebeple sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar hakkında veya annenin sonradan genetik baba ile evlendiği durumlarda genetik babaya veya babalık karinelerinin çakıştığı istisnai hallerde ikinci evlilik içinde doğan çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia eden önceki koca lehine bu hakkın asli bir hak olarak tanınması gerekirdi¹³⁶.

Esasen İsviçre’de böyle bir düzenleme olmamasına rağmen Türk kanun koyucusunun genetik babaya tali nitelikte de olsa böyle bir hak tanınması Türk hukuku bakımından son derece yenilikçi bir düzenleme olmuştur. Zira Türk-İsviçre hukukunda daha önceleri üçüncü bir şahsın evlilik içinde doğan bir çocuğun babası olduğunu ileri sürmesi ana ve kocanın kişilik haklarının ihlali sayılmaktaydı¹³⁷. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme çocuğun menfaatinin bunu gerektirdiği hallerde dahi genetik babanın çocukla hukuki soybağını tesis edebilmesi bakımından pratik olarak yetersiz ve böyle bir davanın açılmasında esas olarak çocuğun ve ailenin menfaatini dikkate almaması bakımından da hatalı olmuştur.

Türk Medeni Kanunu genetik baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davasını açma hakkını tanıırken Alman Medeni Kanunu’nun aksine bunu belirli

¹³³ Madde gerekçesi için bkz İlhan Helvacı, *Gereğeli-Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II, Aile Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2013) 408 ff.

¹³⁴ Serozan, (n 6) 188; Baygın (n 1) 35.

¹³⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 282, 283 dn 59; Hatemi, (n 45) 149 ff; Acabey (n 1) 142; Baygın (n 1) 35; Öztan (n 1) 882. Nitekim önceki Medeni Kanun döneminde de gerçek (genetik) baba olduğunu iddia eden kişiye kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak dava açma hakkı tanınmasının, böyle bir davanın karı koca arasındaki evlilik ilişkisine zarar verici etkileri de göz önünde tutularak yerinde olmayacağı kabul edilmekteydi (Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1989) 216; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990), 420-421; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1998) 220).

¹³⁶ Acabey (n 1) 142; Baygın (n 1) 35; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 572; Demirbaş, (n 7) 12. Görüşler genel olarak bu yönde olmakla birlikte kendi içinde de bazı farklılıklar göstermektedir. Örneğin Hatemi bu hakkın sadece babalık karinelerinin çakıştığı istisnai hallerde (MK 290), ikinci evlilik içinde doğan çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia eden önceki evlilikteki kocaya asli nitelikte dava hakkı olarak tanınabileceğini, bunun dışında hiçbir durumda genetik babaya böyle bir hakkın verilemeyeceğini ifade etmektedir (Hatemi, (n 45) 149 ff.). Buna karşılık Acabey’e göre bu hakkın öncelikle eşlerin evliliğinin boşanmayla sona erdiği durumlarda ve özellikle annenin genetik babayla evlendiği durumda tanınması gerekir (Acabey (n 1) 142). Yine bu görüşte bkz Tekinay, (n 135) 421.

¹³⁷ Regina E. Aebi-Müller, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 – Familienrecht - Veröffentlichung in Band 135 und ausgewählte im Internet publizierte Urteile – Kindesrecht”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV 146/2010), 910, 914; BGE 108 II 344. Bugün de halen bu görüşte olan yazarlar bulunmaktadır. Bu yönde bkz Öztan (n 1) 872. Bununla birlikte kanaatimizce MK 291’in tali de olsa genetik babaya soybağının reddi davası açma hakkı veren düzenlemesi karşısında Türk hukuku bakımından bugün artık bu görüşü savunmak mümkün değildir.

şartlar altında kullanılabilir bir asli hak olarak düzenlemekten kaçınmış; bunun yerine genetik babanın dava hakkını diğer ilgililerin dava hakkı ile birlikte ele almış ve genetik babanın dava hakkını onlarla aynı şartlara tabi tutmuştur. “Diğer ilgililerin dava hakkı” kenar başlıklı MK 291 hükmü çerçevesinde baba olduğunu iddia eden kişi de ancak diğer ilgililer gibi MK 289/I uyarınca kocaya tanınan bir yıllık dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde tali olarak dava açabilecektir. Sayılan üç olgu gerçekleşmeden önce koca için hak düşürücü sürenin dolması kocanın dava hakkı ile birlikte diğer ilgililerin ve bu arada genetik babanın beklenen tali hakkının yitimine yol açar¹³⁸. Diğer bir ifadeyle eğer koca dava açma süresi içinde dava açmamış ise, sürenin sona ermesinden sonra kocanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi ile baba olduğunu iddia eden kişinin de dava hakkı ortadan kalkar. Yine doktrinde hak düşürücü sürenin dolmasından önce kocanın çocuğu benimsemesinin de diğer ilgililerin ve bu arada genetik babanın dava hakkını ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir¹³⁹. Bu şartlar altında genetik babanın soybağının reddi davası açma imkanı son derecede kısıtlıdır. Nitekim uygulamada genetik babanın açtığı soybağının reddi davalarının büyük bir kısmı şartların gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmektedir¹⁴⁰.

Esasen kanun koyucunun genetik babanın açacağı soybağının reddi davasını sıkı şartlara bağlaması ve bu esnada aile birliğini ve çocuğun bir sosyal aile ilişkisi içinde yetişme menfaatlerini korumak istemesi anlaşılır bir durumdur. Ancak MK 291/I’de getirilen hüküm kanaatimizce bir taraftan genetik babanın dava hakkını aşırı derecede sınırlarken diğer taraftan bu korumayı da sağlamamaktadır. Öncelikle MK 291/I’de bahsi geçen diğer ilgililer ile genetik baba bakımından ortak bir menfaat durumu söz konusu değildir. Kocanın anası, babası ve altsoyuna dava hakkının genel olarak bu kimselerin miras menfaatleri sebebiyle tanındığı kabul edilmektedir¹⁴¹. Bu kişilere soybağının reddi imkanı verilmesinin sebebi hukuken baba olarak kayıtlı kocanın

¹³⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 283; Serozan, (n 6) 189. MK 291/I’deki “dava açma süresinin geçmesinden önce” ifadesi “bir yıllık sürenin işlemeye başlaması ve fakat henüz dolmaması”nın yanı sıra “bir yıllık hak düşürücü sürenin henüz işlemeye başlamamış olması”nı da kapsar. Dolayısıyla kocanın, çocuğun doğumunu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrenmeden önce öldüğü, gaipliğine karar verildiği veya sürekli ayırt etme gücünü kaybettiği hallerde de diğer ilgililerin ve genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkı mevcut olacaktır. Bu yönde bkz Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 575.

¹³⁹ Baygın (n 1) 33; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 575. Buna karşılık Dural, Ögüz ve Gümüş eğer koca çocuğun kendisinden olduğunu örtülü olarak kabul etmişse; kocanın dava açma süresi sona ermeden ölmesi, gaipliğine karar verilmesi veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi halinde sadece baba olduğunu iddia eden kişinin dava açabileceğini, ancak bu durumda onun dışındakilerin dava açma hakkına sahip olmadığını kabul etmektedir (Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 283).

¹⁴⁰ Bu yönde bkz Yargıtay 8 HD, 6578/17330, 21.12.2017 (Kazancı); Yargıtay 18 HD, 11581/12038, 8.11.2012 (Kazancı); Yargıtay 2 HD, 14492/20080, 18.11.2009 (Kazancı). Esasen genellikle hukuki babayla doğrudan bir bağlantısı bulunmayan genetik babanın, kocanın öğrenmesi itibaren işleyen dava açma süresinin geçip geçmediğini tespit etmesi mümkün değildir. Bu sebeple uygulamada genetik baba tarafından kocanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde sürenin geçip geçmediğine bakılmaksızın hemen her zaman dava açılmaktadır.

¹⁴¹ Serozan, (n 6) 187 ff; Baygın (n 1) 33. Her ne kadar ana ve babanın dava açılması bakımından onların mirasçı sıfatına sahip olması aranmıyorsa da yine de kocanın ana babasının menfaatlerinin genetik babayla aynı olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Serozan’a göre de “(kocanın anası ve babasının) ... ne de olsa onların manevi değerlere, ailenin erincine ve çocuk yararına karşı daha duyarlı ve olgun davranacakları düşünülmüştür.” (Serozan, (n 6) 188). Baygın ise, onların mirasçı sıfatıyla değilse de mirasbırakan sıfatıyla korunmaya değer menfaatleri olduğunu ifade etmektedir (Baygın (n 1) 34).

kendisinden olmayan çocuğun soybağını reddedebileceği halde ölüm veya gaiplik ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi fiili olanaksızlıklar sebebiyle reddedemediği durumlarda başkaca kişilere de bu imkanı tanımaktır¹⁴². Bu sebeple bu kişilerin doğrudan asli dava hakkına sahip olmamaları, ancak fiilen kocanın dava hakkını kullanmadığı durumlarda devreye girmeleri amaca uygun bir düzenlemedir. Oysa genetik babaya dava hakkı tanınmasının sebebi diğer ilgililerden çok farklıdır, bunun temelinde genetik kökene bağlılık ilkesi yatmaktadır. İşte bu sebeple genetik babanın dava hakkının da diğer ilgililerle birlikte kocanın fiili durumuna bağlanmış olması ve ona da dava hakkının sadece kocanın belirli sebeplerle dava açmadığı hallerde tanınması uygun olmamıştır. Kaldı ki düzenlemenin amacının aile birliğinin veya çocuğun menfaatinin korunması olduğu kabul edilse dahi bu amacın da gerçekleştiği söylenemez.

Konuya ailenin korunması bakımından bakılacak olursa, doktrinde bazı yazarlarca genetik babaya tanınan dava hakkı değerlendirilirken, kocanın öldüğü veya gaipliğine karar verildiği hallerde esasen ortada bir evlilik kalmadığından bir sakınca olmadığı, ancak kocanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiği durumda aile huzurunun ve birliğinin bozulmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir¹⁴³. Bu bakımdan getirilen düzenlemeyle belki belirli ölçüde evliliğin korunması amacının gerçekleştiğinden söz edilebilir¹⁴⁴. Ancak kanaatimizce evliliğin sona ermesi ile özellikle çocuğun menfaati bakımından da korunması amaçlanan manevi/sosyal soybağı ilişkisinin sona ermesi aynı anlama gelmediğinden bu düzenleme sosyal aile ilişkisini korumak için yeterli değildir.

Çocuğun menfaatleri açısından bakıldığında ise, kanun koyucu söz konusu hükmü getirirken çocuğun menfaatinin dikkate alınmadığıdır. Örneğin çocukla hukuki babası arasında manevi/sosyal bir aile ilişkisinin hiç olmadığı veya sonradan böyle bir ilişkinin kalmadığı durumlarda genetik babanın dava açmak için neden kocanın ölümünü, hakkında gaiplik kararı verilmesini veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesini beklemesi gerektiği anlaşılmaz. Yargıtay kararlarına yansıyan olaylardan da görüldüğü üzere genetik baba bu dava hakkını özellikle anne ile kocası arasında evlilik birliğinin fiilen bittiği, fakat hukuken sürdüğü ve annenin kocasından boşanmadan genetik babadan çocuk sahibi olduğu hallerde, -özellikle anne ile kocanın boşanmasından sonra- kullanmak istemektedir. Bu gibi hallerde babalık karinesi gereği çocuk hukuken kocaya bağlanmaktadır; ancak çocuk ile annenin kocası arasında bir aile ilişkisinden veya bir manevi/sosyal soybağı kurulduğundan söz etmek mümkün değildir. Özellikle çocuğun hukuki babasıyla manevi/sosyal

¹⁴² Serozan, (n 6) 187; Baygın (n 1) 32; Öztan (n 1) 880 ff.

¹⁴³ Acabey (n 1) 142; çok açık olmamakla birlikte Öztan (n 1) 882.

¹⁴⁴ Kadının başka bir erkekten çocuk sahibi olmasına rağmen aile ilişkisinin korunması ancak annenin kocasından bu durumu gizlemiş olması veya kocanın karısını affederek dava açma hakkından feragat etmiş olması durumlarında söz konusu olur. İşte bu gibi hallerde genetik babaya dava hakkı tanınmasının ailenin bütünlüğüne zarar vereceği düşünülmektedir.

bir ilişkisinin bulunmadığı, buna karşılık genetik babasıyla aile ilişkisi içinde yaşadığı hallerde genetik babanın soybağının reddi davası açmasına engel olunması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8'deki hakkın ihlali niteliğinde de görülebilecektir¹⁴⁵.

Diğer taraftan, sosyal bir aile ilişkisinin ve çocukla koca arasında manevi bir bağın bulunduğu durumlarda tek başına kocanın ölümü veya ayırt etme gücünü yitirmesi de bu manevi bağlılığı sona erdiren bir durum değildir¹⁴⁶. Tam aksine örneğin çocuk babası olarak bildiği kocanın ölümünün ardından manevi bir eksiklik ve üzüntü yaşarken bu defa da başka bir erkek tarafından açılan davayla onun genetik babası olmadığı gerçeğiyle yüzleşmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla dava hakkı tanınan diğer ilgililerin menfaatleri ile genetik babanın menfaati aynı olmadığından bunların aynı şartlara tabi tutulması yerinde olmadığı gibi, söz konusu düzenleme aile birliğinin ve özellikle çocuğun menfaatinin korunmasına da uygun değildir. Bu sebeple genetik babaya tanınan soybağının reddi davası açma hakkının diğer ilgililerden farklı koşullara bağlanması ve özellikle çocuğun menfaati dikkate alınarak bir çözüm getirilmesi gerekir.

Bu durumda kanaatimizce yapılması gereken diğer ilgililerin dava hakkının tali olarak kalmasına karşılık, genetik baba olduğunu iddia eden kişiye belirli şartlara bağlı olarak koca ve çocuk gibi asli bir dava hakkı tanınmasıdır. Yine genetik babaya dava hakkının hukuki babanın fiili imkansızlıklar sebebiyle dava açamayacak duruma düşmesi şartıyla değil, doğrudan çocuğun menfaati dikkate alınarak tanınması uygun olacaktır. Örneğin Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi genetik babanın dava hakkının hukuken baba sayılan kocayla çocuk arasında sosyal bir aile ilişkisinin bulunmaması şartıyla tanınması düşünülebilir¹⁴⁷. Ancak kanaatimizde de lege ferenda genetik babaya bu hakkın genel olarak çocuğun menfaatine bağlı olarak tanınması daha yerinde olacaktır. Özellikle çocuk ile genetik baba arasında yoğun bir manevi/ sosyal ilişkinin bulunduğu, buna karşılık hukuki baba ile çocuk arasında herhangi bir bağın bulunmadığı durumlarda genetik babanın soybağının reddi davası açma imkanı bulunduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık çocuğun hukuki babası ve annesiyle bir manevi/sosyal aile ilişkisi içinde yaşadığı hallerde genetik babaya dava hakkı

¹⁴⁵ Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 156 ve 163 ff.

¹⁴⁶ Nitekim Alman hukukunda genetik babaya soybağının reddi davası açma imkanı tanınırken çocuk ile hukuki babası sayılan annenin kocası arasında sosyal aile ilişkisinin ya halihazırda bulunmaması veya kocanın ölümü anında böyle bir ilişkinin bulunmuyor olması aranmıştır (BGB §1600 II).

¹⁴⁷ Ancak Alman Hukukundaki bu düzenleme de somut olayda çocuğun menfaatini esas almaması ve hukuki baba ile çocuk arasındaki sosyal aile ilişkisine genetik babanın menfaatleri karşısında götürü bir öncelik tanınması sebebiyle eleştirilmektedir. Bu yönde bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600 N 15, ayrıca N 26 ff. Yazar genel olarak genetik babanın dava hakkı bakımından çocuğun menfaatini esas alan bir düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Yazara göre bu belirlenirken dikkate alınması gereken kriterler de (örn. çocukla hukuki babası arasındaki sosyal aile ilişkisinin süresi veya çocuğun yaşı, çocukla genetik babası arasında sosyal aile ilişkisi bulunup bulunmadığı gibi) kanunda açıkça belirtilebilir. Yine alternatif olarak doğumdan itibaren altı aylık süre içinde veya çocuğun ilk yaşı içerisinde sosyal aile ilişkisi engelinden bağımsız olarak genetik babaya dava açma hakkı tanınabilir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar ve diğer eleştiriler için bkz ibid, ayrıca bkz Helms, (n 27) 6 ff.

tanınması genel olarak mümkün görülmemektedir. Sonuç itibarıyla somut olayda genetik babanın dava açmasında çocuğun menfaatinin bulunup bulunmadığını hakim takdir edecektir. Bu sebeple doktrinde ileri sürülen sadece belirli durumlara özgü olarak genetik babaya dava hakkı tanınması görüşüne katılmıyoruz. Zira bu gibi durumlarda dahi çocuğun menfaati hukuki babayla çocuk arasındaki yoğun manevi bağlılık sebebiyle soybağı ilişkisinin korunmasını gerektirebilir.

Kanaatimizce genetik babanın açtığı soybağının reddi davasının sonuçlarını da aynı sebeple diğer ilgililerin açtığı soybağının reddi davasından farklı değerlendirmek gerekir. Alman hukukunda asli olarak dava hakkı verilmiş olan genetik babanın açmış olduğu soybağının reddi davasında hakime davacının babalığına hükmetme olanağı verilmiştir (BGB § 1600 I 2, FamFG § 182 I)¹⁴⁸. Bizim hukukumuzda böyle açık bir düzenleme bulunmadığı için soybağının reddi davasının niteliğinden hareketle doktrinde genel olarak davayı genetik baba açmış dahi olsa soybağının reddi hükmüyle birlikte çocuğun kendiliğinden genetik babasına bağlanmış olmayacağı, bunun için ret hükmünden sonra genetik babanın çocuğu tanıması veya babalığına hükmedilmesinin şart olduğu görüşü hakimdir¹⁴⁹. İstisnai olarak davayı açan baba olduğunu iddia eden kişi, annenin önceki eşi ise ve çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada üç yüz gün içinde yeniden evlenmişse, MK 290/I gereği karine olarak baba sayılan yeni eş yerine ilk evlilikteki koca tarafından açılan soybağının reddi davası sonrasında davacı eski koca ile çocuk arasındaki soybağı, soybağının reddi kararının kesinleşmesi ile birlikte MK 290/II hükmü gereği kendiliğinden kurulur¹⁵⁰. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş ise, bu görüşün hem usul ekonomisine hem de MK 295/I hükmüne ters düştüğü, her ne kadar Türk hukukunda Alman Medeni Kanunu'nda (BGB §1600) olduğu gibi hakime davacının babalığına hükmetme yetkisi verilmemiş olsa dahi genetik babanın bizzat bu davayı açmasının mahkemeye yapılan yazılı başvuruya tanıma sayılması gerektiği ve soybağının reddine karar verilmesi koşuluyla genetik baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi yönündedir¹⁵¹.

Gerçekten de soybağının reddi davası açma hakkı tanınan diğer kişilerle baba olduğunu iddia eden kişinin dava hakkının farklı esaslara dayanmasından hareketle davanın sonuçlarının da farklı düzenlenmesi yerinde olurdu. Diğer ilgililerin dava açmasının temelinde miras menfaatleri olduğundan bu kişilerin esas amacı annenin kocasının baba olmadığını ispat ederek babalık karinesini çürütmek ve çocuk ile koca arasındaki soybağın geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırmaktan ibarettir. Buna karşılık genetik baba olduğunu iddia eden kişinin dava açmasındaki amaç sadece koca ile çocuk arasındaki soybağının kaldırılması değil, çocuğun aynı zamanda

¹⁴⁸ Bu konuda bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1600 N 35.

¹⁴⁹ Serozan, (n 6) 161, 196; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 573.

¹⁵⁰ Serozan, (n 6) 161, 196; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 573.

¹⁵¹ Baygın (n 1) 51.

kendisinden olduğunun tespiti ile ona soybağı ile bağlanmasıdır. Bu sebeple Türk hukukunda da Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi de lege ferenda davayı açanın genetik baba olduğu hallerde hakime aynı dava içinde hem koca ile çocuk arasındaki soybağının kaldırılmasına karar verme hem de davayı açan kişinin babalığına hükmetme yetkisi verilmesi uygun olacaktır. Böylece genetik babaya tanınan dava hakkının kullanılması sonucu çocuğun hukuki soybağının sona erdirilip herhangi bir soybağına bağlı olmadan ortada kalması tehlikesi bertaraf edilmiş ve çocukla arasında soybağı kurma niyeti taşımayan genetik babanın dava açmasının da önüne geçilmiş olur. Buna karşılık Türk hukukunda böyle bir düzenleme mevcut olmadığından de lege lata mahkemeye yapılan başvurunun şartları mevcutsa bunun geçerli bir tanıma beyanı sayılması düşünülebilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında açılan soybağının reddi davasında davacının “çocuğun kendisinden olduğu” yönündeki iddiasını tanımaya dair irade beyanı niteliğinde görüp bunu tanıma davası olarak nitelendirmiş ve aynı sonuca bu yoldan ulaşmıştır¹⁵².

Kanaatimizce muhtemel genetik baba tarafından açılan bu davada ispat bakımından şu hususa da dikkat etmek gerekir. Baba olduğunu iddia eden kişinin açmış olduğu soybağının reddi davasını kazanması için bu davada kendisinin genetik baba olduğunu ispat etmesi gerekir¹⁵³. Eğer bu kişi genetik baba olduğunu ispat edebilirse, kocanın genetik baba olmadığı anlaşılmış olacağından artık daha fazla bir araştırmaya gerek kalmayacak ve soybağının reddine karar verilecektir. Buna karşılık davacı genetik baba olduğunu ispat edemezse, artık dava bu sebeple reddedilmeli ve kocanın genetik baba olup olmadığına bu dava içinde ayrıca araştırılmasına gerek görülmemelidir. Diğer ilgililerin dava hakkı baba olduğunu iddia eden kişinin dava hakkından bağımsız olduğundan bu davanın reddinden etkilenmez. Onlar şartlar mevcutsa yine süresi içinde kendileri de soybağının reddi davası açıp babanın genetik baba olmadığını ispatla soybağının kaldırılmasını isteyebilirler.

Görüldüğü üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda her ne kadar genetik baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma hakkı tanınmışsa da bu hak oldukça sınırlıdır ve bağımsız bir hak değildir. Dolayısıyla bu istisnai imkanı saymazsak, kural olarak koca soybağını reddetmediği sürece genetik babanın çocukla soybağı kurma imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte hem İsviçre hukukunda hem de Türk hukukunda annenin ve genetik babanın çocuğun menfaatine olarak kayyım atanmasını isteyebilecekleri, kayyımın da eğer soybağının reddinin

¹⁵² Yargıtay 18 HD, 1650/14820, 20.10.2015 (Kazancı) karardan: “... Bir davada maddi olguları ileri sürmek taraflara, ileri sürülen maddi olguların nitelendirilmesi hakime aittir. Davacı bu dava ile küçük ...'un gerçek babasının kendisi olduğu halde nüfus kaydında ...'ün çocuğu gibi tescil edildiğini bildirerek, nüfus kaydındaki baba adının iptali ile gerçek babası olan ... olarak düzeltilmesini istemiştir. Görüldüğü gibi davacının birbiriyle bağlantılı iki ayrı davası vardır. İlki soybağının reddi, ikincisi ise tanıma davasıdır. ...”

¹⁵³ Doktrinde baba olduğunu iddia eden kişinin dava açarken bunu ispat etmesi aranmamaktadır, ancak daha sonra davanın görülebilmesi için babalığını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz Şükran Şıpka ve Arzu Genç Arıdemir, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri” (2003) 2(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 149, 158; Gümüş, Soybağının Reddi, (n 114) 573.

çocuğun menfaatine olduğu kanaatine varırsa çocuk adına soybağının reddi davasını açabileceği ve bu yolla anne ve genetik babanın dava açılmasına etki etme imkanları bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵⁴. Buna göre çocuk ergin olmadığı ve ayırt etme gücüne sahip olmadığı süreçte genetik baba çocuğa kayyım atanmasını talep ederek soybağının reddi davası açılmasını sağlayabilecektir. Türk hukukunda Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur¹⁵⁵.

Soybağının reddi davası koca tarafından açıldığında davalı tarafta ana ve çocuk (MK 286/I), çocuk tarafından açıldığında ise ana ve koca yer alır (MK 286/II). Davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunur¹⁵⁶. Soybağının reddi davasında baba olduğunu iddia eden kişi dışındaki diğer ilgililer davayı sadece ana ve çocuğa karşı açacaklardır (MK 286/I, 291/III). Buna karşılık baba olduğunu iddia eden kişinin açtığı soybağının reddi davasında kocanın, ana ve çocuğun yanında zorunlu dava arkadaşı olarak yer alması gerekir¹⁵⁷. Davalılardan birinin ölümü halinde, dava diğer davalıya açılacaktır. Davalıların tamamının ölümü halinde davanın hasımsız olarak yürütülmesi söz konusu olur¹⁵⁸.

Kanun koyucu soybağının reddi davasını birtakım sürelerle bağlamıştır. Genel olarak bu sürelerin ailenin korunması amacına hizmet ettiği ifade edilebilir. Hatta bu sürelerin ailenin ve sosyal soybağının korunması amacıyla görece kısa tutulduğu da söylenebilir¹⁵⁹. Soybağının reddi davası koca tarafından açıldığı durumda koca davayı, çocuğun durumunu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle ilişkiye bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak

¹⁵⁴ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 10; Cottier ve Wyttenbach, (n 124) 79. Genel olarak kabul edildiği üzere MK 291/II çerçevesinde kayyım sadece ayırt etme gücünden yoksun olan küçük çocuğa ilgililerin talebi üzerine veya mahkemece resen atanabilir. Buradaki ilgililer çocuğun annesi veya genetik babası olabilir (Gümüş, Kayyım, (n 116) 147, dn 537). Buna karşılık doktrinde Hatemi soybağının reddi davası açmanın kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğunu, kural olarak bu hakkın ergin olduktan sonra bizzat çocuk tarafından kullanılacağını, ancak istisnai olarak ananın çocuk yararına olacak şekilde soybağının reddi davası açılması için kayyım atanmasını talep edebileceğini, kayyımın durumu inceleyip gerekli gördüğü takdirde davayı açabileceğini, anadan böyle bir talep gelmemişse, baba olduğunu iddia eden üçüncü kişinin veya bir başkasının talebi üzerine çocuğa kayyım tayin edilemeyeceğini ileri sürmektedir (Hatemi, (n 45) 149).

¹⁵⁵ Bu yönde bkz Antalya BAM, 6. HD. E. 2017/307, K. 2017/286, 2.5.2017 (Lexpera). Anenin velayeten açtığı soybağının reddi davasına kayyım atanarak devam edilmesi yönünde bkz Yargıtay 2 HD, 10000/8665, 12.6.2008 (Lexpera). İsviçre Hukukunda da yakın tarihli kararlarda benzer bir imkanın kabul edildiği görülmektedir. Bu konuda bkz BGER, 22.6.2009, 5A_128/2009; kararın eleştirisi için bkz Aebi-Müller, ZBJV 146/2010, (n 137) 910, 914 ff; ayrıca bkz Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 833 dn 34; BGER 10.2.2012, 5A_593/2011.

¹⁵⁶ Schmid ve Jungo, (n 4) § 40 N 11.

¹⁵⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 285; Baygın (n 1) 37; Yargıtay 18 HD, 1650/14820, 20.10.2015 (Kazancı) kararın: "... Somut olayda, küçük ...'un davacının çocuğu olduğundan bahisle soybağının reddi istemli dava açıldığı, baba olduğu iddia edilen kişi tarafından açılan soybağının reddi davasının nüfus kayıtlarında baba olarak görünen kişi ile küçüğe karşı açılması gerektiği, baba ile küçük arasında menfaat çatışmasının bulunması sebebiyle küçüğe kayyım tayin edilmesinin zorunlu olduğu ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği, ...".

¹⁵⁸ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 10. Bu durumda mirasçılara karşı açılacağı görüşünde Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 284 ff. Yargıtay 18 HD, 1650/14820, 20.10.2015 (Kazancı) kararın: "... Küçük ...'un nüfus kayıtlarında babası olarak görünen ...'ün 21.4.2014 tarihinde öldüğü dikkate alındığında, mirasçılarının tespit edip davaya dahil etmesi için davacı tarafa süre verilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan yargılama yapılarak davanın usulden reddine karar verilmiş olması, ...".

¹⁵⁹ Geiser, (n 15) 51. İsviçre'de de bu sürelerin kısa olduğu, ancak İsviçre Federal mahkemesinin yakın tarihli kararlarında bu sürelerin mümkün olduğu ölçüde haklı sebeple uzaması yönünde kararlar verildiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 833 dn 33; bkz BGE 136 III 593; BGE 132 III 5; Geiser, (n 15) 51.

zorundadır (MK 289/I). MK 289/I’de yer alan “... her halde doğumdan başlayarak beş yıl ...” ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce çocuğun doğumundan itibaren işleyecek beş yıllık bir üst süre daha bulunmaktaydı. Ancak 2009 yılında bu üst sürenin iptaliyle birlikte artık koca açısından sadece tek bir süre kalmıştır¹⁶⁰. Üst sürenin iptaline ilişkin karar metnindeki açıklamalardan Anayasa Mahkemesinin genetik kökene verdiği önem açıkça görülmektedir.

Buna karşılık çocuk ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır. Yine eğer ergin olmayan çocuğa kayyım atanmışsa bu dava, atama kararının kayyım tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılmak gerekir (MK 291/II)¹⁶¹. Özellikle de babanın dava hakkı için öngörülen üst sürenin iptalinden sonra çocuğun dava hakkının bu şekilde erginlikten itibaren işleyecek bir yıllık süreye bağlanmış olması çocuğun menfaati bakımından uygun olmamıştır. Bu nedenle genetik kökene bağlılık ilkesi çerçevesinde çocuğun dava hakkının da babanın dava hakkına paralel şekilde öğrenmeden itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık süreye bağlanması daha uygun olurdu¹⁶². Soybağının reddi davası için öngörülen hak düşürücü sürelerin geçmesi kural olarak dava hakkının sona ermesine yol açacak ise de MK 289/son’da “Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.” hükmüne yer verilmiştir.

Diğer ilgililer ve genetik baba ise doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir (MK 291/I). Bu kimselerin dava hakkı ancak kocanın kendi dava açma süresinin geçmesinden önce ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde söz konusu olur. Ancak bu şart gerçekleşmişse onlar, kocanın dava açma hakkına halef olmayıp kendi ayrı dava açma hakları doğduğundan kocanın kalan dava açma süresine tabi olmazlar. MK 291 hükmü uyarınca kocanın bu imkanı kaybettiğini öğrendikleri tarihten itibaren işleyecek bir yıllık ayrı bir dava süresine tabi olurlar¹⁶³. Son olarak diğer ilgililer ve genetik babanın dava hakkına ilişkin olarak kanunda öngörülen bir yıllık sürenin de gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 406. Anayasa Mahkemesi’nin 25.6.2009 tarihli, 2008/30 Esas, 2009/96 sayılı kararı (RG. 07.10.2009, sayı 27369). Babanın dava hakkı bakımından öngörülen üst sürenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi doktrinde bazı yazarlarca olumlu karşılanırken, kimileri tarafından da eleştiriyeye konu olmuştur. Eleştirisi için bkz Serozan, Anayasa (n 101) 155 ff.

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir başka hüküm de MK 291/II’deki üst süredir. 2013 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından “... her halde doğumdan başlayarak beş yıl ...” ibaresi iptal edilmiştir. 10.10.2013 tarihli, 2013/62 E. ve 2013/115 K. Sayılı karar (RG. 10.12.2013, sayı 28847). Bu iptal kararı doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır.

¹⁶² Öztan (n 1) 889; Gümüş, Kayyım, (n 116) 145; Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 406.

¹⁶³ Turgut Öz, “Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler”, in Prof. Dr. Baki İlkay Engin (ed) *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. II, Aile Hukuku (20 Nisan 2017)*, (1. Bası, On İki Levha 2019), 319, 338.

¹⁶⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 288; karşı Öz, (n 163) 338 ff.

Burada şu hususa da dikkat çekmemiz gerekir. Kocanın dava açma hakkına ilişkin beş yıllık üst sürenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması diğer ilgililerin ve genetik babanın dava hakkına da önemli ölçüde etki edecektir. Böylece kocanın çocuğun doğumundan itibaren beş yıl geçtikten sonra ölümü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi veya hakkında gaiplik kararı alınması tek başına diğer ilgililerin dava hakkını ortadan kaldırmaz. Onlar bakımından sadece kocanın öğrenmesinden itibaren işleyecek bir yıllık sürenin dolmamış veya hiç işlemeye başlamamış olması ve kendileri bakımından doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden itibaren işleyecek olan bir yıllık süre önem taşıyacaktı. Yargıtay'ın kocanın öğrenmesini genellikle DNA incelemesine dayandıran kararları karşısında¹⁶⁵, eğer kocanın sağlığında böyle bir genetik inceleme söz konusu değilse bir yıllık süre dolmamış sayılacağından kocanın ölümü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi veya hakkında gaiplik kararı alınması durumunda ilgililerin hemen her zaman bir yıl içinde dava açma hakkının bulunduğundan bahsetmek mümkün olacaktır¹⁶⁶. MK 291'de sayılan ilgililer için aralarında muhtemel genetik baba da olsa, soybağının reddi davası açma hakkının bu şekilde genişletilmesi uygun olmamıştır¹⁶⁷. Kocanın açacağı soybağının reddi davası bakımından üst süre kaldırılmış olsa dahi MK 291'de sayılan ve onun yerine geçen bu kişilerin dava hakkı bakımından mutlaka bir üst süre öngörülmesi gerekir.

2. Sonradan Evlenme Yoluyla Kurulan Soybağına İlişkin İtiraz ve İptal Davası

Sonradan evlenme yoluyla çocuğun soybağının şeklen kurulması için de esas itibarıyla kocanın genetik baba olması aranmaz. Ancak doğumdan sonra evlenmenin çocukla ilgili yararlı etkileri ancak koca gerçekten de çocuğun genetik babası ise kalıcı olabilir. Yoksa sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağı iptal edilebilir¹⁶⁸. MK 294/III'ün atfıyla sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davası için tanınmanın iptaline ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.

Sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz edebilecek olanlar MK 294/I'de belirtilmiştir. Bunlar ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet Savcısıdır. Bu kişilerin dava hakları aslidir. Çocuğun altsoyu da çocuğun ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olması durumunda tali nitelikte dava hakkına sahiptir (MK 294/II). Bu kişiler kocanın baba olmadığını ispat edeceklerdir

¹⁶⁵ Bu yöndeki kararlar için bkz Evren Kılıçoğlu, "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda "Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi"nin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-" (2010) 16(3-4), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 279, 296 ff.

¹⁶⁶ Bu yönde bkz Yargıtay 8 HD, 2970/14482, 2.11.2017 (Kazancı).

¹⁶⁷ Karş Serozan, Anayasa (n 101) 156.

¹⁶⁸ Serozan, (n 6) 201.

(MK 294/I c. 2). Davacı çocuk için ispat yükü tanımının iptali davasındaki gibidir (MK 299/II). Bu durumda önce davalı erkeğin kendisiyle çocuğun annesi arasındaki ilişkiyi ispatlaması gerekir. Ancak bundan sonra davacı çocuk davalı erkeğin babalığının olanaksızlığını ispatlamakla yükümlü olur.¹⁶⁹

Esas itibarıyla soybağının reddi davası ile tanımının ve sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali durumunda menfaat durumları birbirine benzemektedir. Bu nedenle bunların birbirine paralel hükümlere tabi tutulması yerinde olurdu. Nitekim bu benzerlikten hareketle kanun koyucu davacılar için öngörölmüş ayrıık hükmün dışında MK 294/III'ün atfıyla sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davası için de tanımının iptaline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını düzenlemiştir. Ancak davacılar belirlenirken birbirinden bu denli farklı düzenlemelere gidilmesi tutarsız sonuçlara yol açmıştır. Öncelikle burada ana ve babanın yasal mirasçuları ile Cumhuriyet savcısı yerine İsviçre hukukunda olduğu gibi¹⁷⁰ esas ilgililer ana, koca ve çocuğa davacı sıfatı verilmesi daha uygun olurdu¹⁷¹. Fakat Türk hukukunda İsviçre'den farklı olarak konumuz bakımından da önem taşıyan husus, sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının kaldırılması için genetik babaya dava hakkı tanınmamış olmasıdır. Genetik babaya tali nitelikte de olsa soybağının reddi davası açma ve kayıtsız şartsız tanımaya itiraz hakkı tanınmış olmasına rağmen, sonradan evlenme ile kurulan soybağına itiraz hakkı tanınmamış olması açık bir çelişkidir¹⁷². Bu durumda annenin doğumdan önce veya sonra genetik baba dışında başka bir erkekle evlenmesi önemli bir fark yaratmaktadır. Eğer anne doğumdan önce başka bir erkekle evlenmişse, genetik baba belirli şartlar altında da olsa soybağının reddi davası açabilecek, ancak doğumdan sonra evlenmişse hiçbir şekilde itiraz ve iptal davası açma hakkına sahip olmayacaktır. Buna karşılık çocuğun genetik babası dışında başka bir erkeğin çocuğu tanınması durumunda genetik baba tanımının iptalini herhangi bir şarta tabi olmadan talep edebilecektir. Kanaatimizce bu durumda da genetik babaya soybağının reddi davasında olması gerektiği gibi çocuğun menfaatine olmak şartıyla asli nitelikte bir iptal davası açma hakkının verilmesi gerekirdi.

Son olarak soybağının sonradan evlenme yoluyla kurulmasına karşı açılacak iptal davasında, tanımının iptali davasına ilişkin hak düşürücü süreler de kıyas yoluyla uygulanacaktır (MK 294/III)¹⁷³.

¹⁶⁹ Serozan, (n 6) 202. Bazı yazarlar ise sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davasında sadece çocuğun değil bütün davacıların ispat yükünün hafifletilmesi, kocanın baba olma olasılığının başka bir erkeğe göre daha zayıf olduğunun ispatlanması halinde ispat yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 294; Baygın (n 1) 57).

¹⁷⁰ İsviçre hukukunda anne ve kocasına da iptal hakkı tanınmıştır (ZGB 259). Bu konuda bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 259 N 14 ve 18).

¹⁷¹ Doktrinde miras çıkarlarını koruma amacıyla davacıların sayısının bu kadar geniş tutulması, özellikle de ana ve kocaya dava hakkı tanınmamış olmasına rağmen soybağının reddi davasında devre dışı bırakılmış olan Cumhuriyet savcısına da dava hakkı tanınmış olması haklı olarak eleştirilmektedir (Serozan, (n 6) 202 ff; Serozan, Soybağı, (n 45) 764; Baygın (n 1) 56).

¹⁷² Baygın (n 1) 56.

¹⁷³ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 294; Serozan, (n 6) 202.

3. Tanımanın İptali Davası

Daha önce de belirttiğimiz üzere genetik baba olmayan bir erkeğin tanıma beyanı ile soybağının kurulduğu hallerde tanımanın iptali davası ile soybağının ortadan kaldırılması mümkündür. Bu davada davacı şekli ve maddi anlamda hüküm ifade eden bir tanımanın gerçeği yansıtmadığı, diğer bir ifadeyle tanıyanın genetik baba olmadığı iddiasını ileri sürmektedir. Türk-İsviçre hukukunda bu vakıa ancak tanımanın iptali davası içinde tespit edilebilir, başka bir davada ileri sürülemez¹⁷⁴.

İptal davasının davacılarına baktığımızda, öncelikle tanıyan, irade sakatlığı sebebiyle tanımanın iptalini dava edebilir. Ancak tanıyan sadece yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle iptal davası açabilir (MK 297/I)¹⁷⁵. Kanundaki düzenleme çerçevesinde genetik baba olmadığını bildiği halde çocuğu tanıyanın iptal hakkı olmayacaktır. Kanaatimizce bu düzenleme yerindedir. Zira böylece çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde onu tanıyan kimsenin gönüllü olarak üstlendiği bu sorumluluktan kolayca kaçmasının önüne geçilmiştir¹⁷⁶. Yine anne, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanımanın gerçeği yansıtmadığı, diğer bir ifadeyle “tanıyanın genetik baba olmadığı” iddiasıyla tanımanın iptalini dava edebilirler (MK 298). Dava hakkına sahip diğer ilgililer kapsamına daha önce tanıma beyanında bulunmamış genetik babanın da girdiği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Yargıtay da bu görüştedir¹⁷⁸. Tanıyan tarafından iptal davası anneye ve çocuğa karşı açılır (MK 297/II). İlgililer ise davayı tanıyana, tanıyan ölmüşse mirasçılara karşı açmalıdır (MK 298/II)¹⁷⁹.

Görüldüğü üzere soybağının reddi davasından farklı olarak maddi ve manevi menfaati olan herkes tanımanın iptalini dava edebilmektedir¹⁸⁰. Genetik babanın tanımanın iptali davasını açmasının kanunda herhangi bir şarta bağlanmamış olması

¹⁷⁴ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 1.

¹⁷⁵ Yanılmanın sadece baba olduğu hususuna ilişkin olması gerektiği yönünde bkz Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 301; Serozan, Soybağı, (n 45) 765. Ancak yazarlar annenin çocuğun ana rahmine düştüğü dönemde başka erkeklerle de ilişki kurmuş olduğunu bilmemenin tek başına iptal sebebi sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüştedir (bkz ibiden).

¹⁷⁶ Benzer yönde bkz Helms, (n 27) 4. Karş Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 2; yazarlar bu düzenlemenin kendi çocuğu olmadığını bildiği halde hamile bir kadınla evlenen kimsenin soybağının reddi davası açma hakkı karşında dikkat çekici bir çelişki yarattığı görüşündedir.

¹⁷⁷ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 6; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 303.

¹⁷⁸ Yargıtay 18 HD, 7579/3582, 1.3.2016 kararından; “... evlilik dışında doğan çocukla davalı ... arasındaki soybağı ana ve babanın sonradan evlenmesi suretiyle değil tanıma yoluyla tesis edilmiştir. Dava bu çocuğun babası olduğunu iddia eden ... tarafından açılmıştır. Bu halde, dava babalık değil, tanımanın iptali niteliğinde olup Türk Medeni Kanunu'nun 298. maddesine dayanmaktadır. Bu maddeye göre de genetik baba olduğunu iddia eden kimse “ilgili” sıfatıyla tanımanın iptalini dava etme hakkına sahiptir.” (Lexpera).

¹⁷⁹ Tanımanın iptali davası anne ve çocuk dışında diğer ilgililer tarafından açılmışsa davacı, tanıyanın baba olmadığını ispat edecektir. Buna karşılık iptal davasının anne ve çocuk tarafından açıldığı hallerde ispat yükü hafifletilmiştir. Anne veya çocuk tarafından açılan tanımanın iptali davasında ispat yükü, tanıyanın gebe kalma döneminde anne ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden sonra doğar (MK 299/II).

¹⁸⁰ Büchler, AJP 2004, (n 3) 1180; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 30) 303.

bu davanın soybağının reddi davasından önemli bir farkını teşkil etmektedir¹⁸¹. Tanıma ile kurulan soybağının dış müdahalelere bu kadar açık olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Özellikle anne, tanıyan ve çocuğun bir evlilik ilişkisi olmaksızın senelerdir birlikte yaşadığı durumlarda tanıma bakımından bu derece geniş bir iptal hakkı tanınmış olmasının çocuğun tanıyanla manevi/sosyal bir soybağı ilişkisinin devamındaki menfaati ile bağdaşmayacağı açıktır¹⁸². Evlilik yoluyla kurulan soybağının kaldırılmasında olması gerektiği gibi tanımanın iptalinde de çocuğun menfaatinin ön planda olması yerinde olurdu. Örneğin tanımanın iptal edilebilmesi için de öncelikle çocukla tanıyan arasında bir sosyal aile ilişkisi kurulup kurulmadığının dikkate alınması gerekirdi.

Kaldı ki esasında tanımanın iptali ve soybağının reddi davalarının hukuki amacı aynıdır, bu davalar hukuki baba ile çocuk arasındaki mevcut soybağının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu sebeple doktrinde iki farklı dava ve iki farklı grup davacı öngörülmüş olmasının isabetli olmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁸³. Esasen birçok yabancı ülke hukukunda tanımanın iptali davası ile soybağının reddi davası açma şartlarının mümkün olduğu ölçüde birbirine yaklaştırılması eğilimi mevcuttur¹⁸⁴. Buna karşılık Türk hukukunda İsviçre hukukunda olduğu gibi her iki davanın açılma şartları birbirinden oldukça farklıdır¹⁸⁵. Özellikle tanımanın iptali davasını açabilecek davacıların çevresi soybağının reddi davasının davacılarına kıyasen önemli ölçüde geniş tutulmuştur. Bir görüşe göre bunun sebebi tanımanın taraflar arasında herhangi bir sosyal veya hukuki bağ olmaksızın herkes tarafından yapılabilmesidir¹⁸⁶. Ancak kanaatimizce kanun koyucu mevcut soybağının ortadan kaldırılmasını düzenlerken, çocuğun menfaatinden çok evliliğin korunmasına önem vermiştir. Oysa konuya çocuğun menfaati açısından bakılacak olursa bazı durumlarda evlilik temeline dayanmadan tanıma yoluyla kurulmuş soybağı ilişkisinin, aile içinde kurulmuş soybağı ilişkisi kadar hatta belki bundan daha fazla korunmaya layık olduğu söylenebilecektir. Özellikle koca ile çocuk arasında fiilen bir manevi/sosyal ilişki bulunmamasına rağmen aile birliği içinde kurulmuş hukuki soybağı karşısında, baba ile çocuk arasında sıkı bir manevi/sosyal bağın bulunduğu evlilik birliği dışında tanıma yoluyla kurulan soybağının daha fazla koruma görmesinin doğru olacağı söylenebilir¹⁸⁷. Bu sebeple burada özellikle üçüncü kişilerin tanımanın iptalini talep edebilmesi bakımından öncelikle çocuğun menfaati göz önüne alınmalı ve de lege

¹⁸¹ Ancak doktrinde bazı yazarlar çocuğun yararı açısından, genetik babanın çocuğu tanıması şartıyla tanımanın iptali davası açabileceğini öngörmektedir (BK-Hegnauer, (n 71) ZGB 260a N 103; Öztan (n 1) 924).

¹⁸² Schwenzler ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 7; Serozan, Soybağı, (n 45) 766; Demirbaş, (n 7) 27.

¹⁸³ Schwenzler ve Cottier, (n 14) ZGB Vorb. zu Art. 252-359 N 9; Serozan, (n 6) 209; Serozan, Soybağı, (n 45) 766. Bu farklı uygulamanın AİHS m. 14 ve m. 8'i ihlal ettiği yönünde bkz Cottier ve Wytenbach, (n 124) 80.

¹⁸⁴ Büchler ve Schmucki, (n 28) 42; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 464; Büchler, AJP 2004, (n 3) 1180.

¹⁸⁵ Büchler, AJP 2004, (n 3) 1180.

¹⁸⁶ Geiser, (n 15) 51 ff. Tanıma için gerekli olan sadece annenin belirli olması ve buna karşılık çocuk ile başka bir erkek arasında bir soybağının bulunmamasıdır.

¹⁸⁷ Karş Helms, (n 27) 3; Büchler, FamPra.ch 2005, (n 17) 465 ff; Büchler, AJP 2004, (n 3) 1180.

lata “diğer ilgililer”in kapsamı belirlenirken dikkatli ve titiz davranılmalıdır¹⁸⁸. Kanaatimizce de lege ferenda özellikle çocukla tanıyan arasında manevi/sosyal bağın kurulduğu durumlarda üçüncü kişilerin -bu kapsamda genetik babanın da- iptal hakkını ya tamamen kaldırmak veya sınırlamak gerekir¹⁸⁹. Özellikle Cumhuriyet savcısına ve Hazineye soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamışken burada iptal davası açma hakkı verilmesi yerinde olmamıştır¹⁹⁰.

Anne daha sonra tanıyan ile evlenirse artık iptal ancak MK 294 hükmüne göre gerçekleşeceğinden iptal davası açanların çevresi de kendiliğinden daralacaktır. Ancak bu durumda da yukarıda açıkladığımız üzere hem ilgili çevresi fazla geniş tutulmuştur, hem de gerçek ilgililere dava hakkı tanınmamıştır. Örneğin bu durumda artık soybağının reddi ve tanınmanın iptali davalarından farklı olarak genetik babanın hiçbir şekilde iptal hakkı olmayacağı anlaşılmaktadır¹⁹¹.

Yine tanınmanın iptali ve soybağının reddi davası için öngörülen hak düşürücü süreler bakımından da farklılıklar söz konusudur. Tanıyanın dava hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde tanınmanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. İlgililerin dava hakkı, davacının tanımayı ve tanıyanın çocuğun babası olamayacağını öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde tanınmanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Çocuğun dava hakkı ise, ergin olmasından başlayarak bir yıl geçmekle düşer (MK 300/I, II, III). Yukarıdaki süreler geçtiği hâlde gecikmeyi haklı kılan sebep varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir (MK 300/IV).

Doktrinde eleştiriler Anayasa mahkemesinin soybağının reddi davası bakımından beş yıllık üst süreyi kaldırmasıyla tanınmanın iptali ile soybağının reddi arasında süreler bakımından olması gereken paralelliğin ortadan kalktığı yönündedir¹⁹². Yine soybağının reddi davası ile tanınmanın iptali davasında sürelerin uzaması bakımından bir yıllık ve bir aylık şeklinde iki farklı düzenleme öngörülmüş olması tutarsızdır¹⁹³.

Son olarak, Medeni Kanun’da babalık hükmünün iptaline ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir. Bu sebeple babalık hükmünün iptali, eğer şartları gerçekleşmişse kural olarak ancak sonradan yapılacak bir DNA testine dayalı olarak talep edilecek yargılamanın yenilenmesi yoluyla mümkün olabilir¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 7; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 30) 303 ff; Öğüz, Soybağı, (n 45) 1423.

¹⁸⁹ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 7.

¹⁹⁰ Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 260a N 5; Serozan, Soybağı, (n 45) 766.

¹⁹¹ Bunun eleştirisi için bkz yukarıda “Sonradan Evlenme Yoluyla Kurulan Soybağına İlişkin İtiraz ve İptal Davası” başlığı.

¹⁹² Aksoy Dursun, Süreler, (n 45) 399 ff. Yazar bu durumda haklı olarak tanınmanın ve sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptalinde de üst sürelerin kaldırılması gerektiği, sadece Cumhuriyet savcısı ve Hazine gibi yetkililerin açtığı iptal davası bakımından üst süre öngörülmesinin uygun olacağı görüşündedir.

¹⁹³ Serozan, (n 6) 194; Baygın (n 1) 41; Akbıyık, (n 101) 215.

¹⁹⁴ Konuya ilişkin olarak bkz Cottier ve Wyttenbach, (n 124) 81 ff. Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz Mert Namlı, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi*, (1. Basi, Beta 2014), 272 ff.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bugün pek çok hukuk düzeninde olduğu gibi Türk- İsviçre hukukunda da baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağının kurulması doğrudan genetik soybağına dayandırılmamıştır¹⁹⁵. Türk-İsviçre hukukunda çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi, ya çocuğun annesi ile evlilik yoluyla ya da çocuğun babası tarafından tanınmasıyla kurulmuş olacaktır. Böylece hukuki babalık için kural olarak genetik babalık değil, ya bir sosyal durum (evlilik) ya da belirli şekil şartlarına tabi bir hukuki fiil (irade beyanında bulunma) esas alınmaktadır¹⁹⁶. Ancak çocukla babası arasında babalık karinesi çerçevesinde veya tanıma sonucunda kurulan hukuki soybağı ilişkisinde şüpheye düğüldüğü veya böyle bir soybağının hiç kurulmadığı hallerde kanun koyucu genetik soybağına başvurmuştur¹⁹⁷. Bu durumda bir taraftan anneyle evli olmayan ve çocuğu da tanımak istemeyen genetik babanın babalık davası yoluyla hukuken baba olarak tanınmasına imkan verilmiştir; diğer taraftan da kanundaki karine gereği çocuğun hukuken babası kabul edilen annenin kocası, çocukla arasında genetik soybağı ilişkisi bulunmaması durumunda soybağının reddini isteyebilmektedir¹⁹⁸. Yine tanıyanın genetik baba olmadığı durumlarda tanımanın bu sebeple iptali imkanı öngörülmüştür. Bununla birlikte mevcut soybağı ilişkisi kaldırılmadan genetik babanın çocuğu tanıyamaması veya diğer bir yolla soybağı tesis edememesi, mevcut soybağı ilişkisini ortadan kaldırmaya yönelik soybağının reddi ve tanımanın iptali davalarının belirli sürelerle bağlanmış olması ve özellikle soybağının reddi davasında davacıların sınırlı bir şekilde belirlenmiş olması kanun koyucunun hukuki soybağı ilişkisinin tespiti bakımından genetik soybağı karşısında uzun sürelerce devam etmiş olan sosyal soybağına verdiği önemi göstermektedir¹⁹⁹.

Konuya çocuğun menfaati açısından bakılacak olursa genetik soybağı ile hukuki soybağının örtüşmesinin her zaman çocuğun menfaatine uygun düşeceği şeklinde bir prensipten hareket etmek de doğru olmaz²⁰⁰. Hatta gerçekte kural olarak bir defa kurulan mevcut soybağı ilişkisine ve sosyal soybağına ilişkin hukuk güvenliğinin

¹⁹⁵ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 351 N 16.18.

¹⁹⁶ Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), März 2015, 5.4.1. Buna karşılık doktrinde Serozan, yasa koyucunun eylemi, gönüllü, manevi, sosyal babalığı değil de genetik babalığı esas aldığı ve "biyolojik türeme ilkesine", kan ve gen bağına sonuna dek bağlı kaldığını ifade etmektedir (Serozan, (n 6) 144, 169). Kanaatimizce kanuni düzenlemelerden hareketle kanun koyucunun genetik soybağına üstünlük tanıdığı sonucuna ulaşmak doğru değildir. Zira babalık karinesinin işletilmesi için mutlaka kocanın genetik baba olması gerekli olmadığı gibi, tanımanın hüküm ifade etmesi için de tanıyanın genetik baba olması zorunluluğu aranmamıştır. Kanun koyucu sadece bu şekilde kurulan soybağının kaldırılması veya tanımanın iptali bakımından genetik babalığın ispatını aramıştır. Üstelik bunu da hak düşürücü sürelerle bağlayarak ve özellikle soybağının reddi davası bakımından davacıları sınırlandırarak belirli bir çerçevede kabul etmiş ve bir kez kurulmuş olan soybağını belirli ölçülerde koruma yoluna gitmiştir.

¹⁹⁷ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 351 N 16.18; Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607) März 2015, 5.4.2; Baygın (n 1) 5.

¹⁹⁸ Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607) März 2015, 5.4.2; Karş Baygın (n 1) 5.

¹⁹⁹ Geiser, (n 15) 58; Regina E. Aebi-Müller, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV 155/2019), 261, 263.

²⁰⁰ BGER 5C.130/2003, E. 2; Geiser, (n 15) 52; Türk hukukunda bu yönde Öz, (n 163) 319.

sağlanması pek çok defa genetik soybağı karşısında çok daha önemli olacaktır²⁰¹. Böylelikle hem çocuğun manevi/sosyal bir aile ilişkisi içinde yetişme menfaati hem de ailenin korunması amacı sağlanmış olmaktadır. Ancak diğer taraftan fiilen manevi/sosyal bir aile ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ailenin ve hukuki soybağının korunması çocuğun menfaatine olmayabilir²⁰². Çocuğun genetik babasıyla soybağı ilişkisinin kurulması, özellikle çocuğun hukuken babası olarak kabul edilen kimse tarafından benimsenmediği, sosyal bir aile düzeninin kurulmadığı, diğer bir ifadeyle hukuki soybağı ilişkisi ile sadece genetik soybağının değil, manevi/sosyal soybağının da örtüşmediği durumlarda önem kazanır²⁰³. Burada tüm durumlar için bir genelleme yapmak mümkün olmadığı gibi, aynı çocuğun kısa dönem menfaati ile uzun dönem menfaatleri dahi aynı olmayabilir. Zira çocuk henüz küçükken, devam eden bir aile ilişkisi içinde tanıdıklarıyla güvenli bir ortamda büyümesi onun menfaatine olmasına karşılık, büyüdükçe veya ergin olduktan sonra genetik soybağını öğrenmek çocuk bakımından sağlık veya akrabalarını tanıma gibi sebeplerle daha önemli hale gelebilir²⁰⁴. Sonuç itibarıyla her somut olayda karşılıklı menfaatler değerlendirilerek bir sonuca varmak gerekir.

Her ne kadar kanunda soybağının kurulması bakımından genetik babalık esas alınmamışsa da yine de genetik babalığın günümüzde bu denli kolay ve kesin bir şekilde tespitinden Türk soybağı hukukunun hiç etkilenmediğini söylemek de mümkün değildir. Hatta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bazı yeni düzenlemelerden Türk soybağı hukukunda eğilimin çocuğun genetik kökenine bağlanması yönünde olduğu da söylenebilir. Öncelikle İsviçre'den farklı olarak yeni Türk Medeni Kanunu'nda genetik babaya tali nitelikte de olsa soybağının reddi davası açma imkanının verilmiş olması ve yine çocuğa soybağının reddi davası açma hakkı tanınırken bunun İsviçre'den farklı olarak herhangi bir şarta bağlanmamış olması kanun koyucunun genetik soybağına verdiği önemi göstermektedir. Bununla birlikte yukarıda da açıkladığımız üzere genetik babaya dava hakkı tanınmasına ilişkin düzenleme çocuğun menfaatinin bunu gerektirdiği hallerde dahi genetik babanın çocukla hukuki soybağını tesis edebilmesi bakımından pratik olarak yetersiz ve böyle bir davanın açılmasında esas olarak çocuğun menfaatini dikkate almaması bakımından da hatalı olmuştur. Bu sebeple bu konuda çocuğun menfaatleri dikkate alınarak yeniden bir düzenleme yapılması uygun olur. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla getirilen, zorunluluk varsa ve

²⁰¹ Geiser, (n 15) 52. Yine de manevi/sosyal soybağı ile genetik soybağının ayrıldığı durumlarda, çocuğun menfaatinin her zaman bunlardan birine üstünlük tanımaktan geçtiğini kabul etmek de doğru olmaz. Bir çocuğun hem manevi/sosyal soybağı ilişkisi içinde bulunduğu aile ortamında büyümesinde hem de genetik soybağını öğrenmede menfaati bulunabilir, bunların ikisinin her zaman birbiriyle çeliştiğinden söz edilemez. Nitekim buradan hareketle çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea Büchler ve Nadine Ryser, "Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung", (FamPra.ch 2009), 1 ff, özellikle 5.

²⁰² Çocuğun aile içi çocuk sayılmasının çocuğun menfaatine olduğu şeklinde bir ön kabulden hareket edilmemesi gerektiği yönünde bkz Büchler, *AJP* 2004, (n 3) 1181.

²⁰³ Aksoy Dursun, *Süreler*, (n 45) 402.

²⁰⁴ Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 160 ff.

kişinin sağlığı bakımından tehlike yaratmıyorsa herkesin soybağının tespiti için kan ve doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu ve genetik soybağının tespiti için hakimince incelemenin zorla yapılmasına karar verebileceğine yönelik düzenleme (HMK 292) de kanaatimizce Türk hukukunda genetik soybağının tespitine verilen önemi göstermektedir²⁰⁵.

Bununla birlikte genetik kökene bağlılığı sağlamak adına soybağı gibi hassas bir konuda özellikle mevcut bir soybağı ilişkisini sona erdiren davaları açacak kişilerin çerçevesinin bizim kanunumuzda olduğu gibi geniş bir şekilde belirlenmesi uygun değildir. Esasen bu davaları açma hakkının sadece birinci derecede ilgililere verilmesi ve miras menfaatleri dolayısıyla ilgili olan üçüncü kişilerin dava hakkının mümkün olduğu ölçüde sınırlanması yerinde olur. Özellikle birinci derecede ilgililere (örneğin soybağının reddi davasında kocanın veya tanınmanın iptalinde annenin) dava hakkı tanınırken çocuğun menfaatleri dikkate alınmasa da üçüncü kişilerin dava hakkı düzenlenirken mutlaka çocuğun menfaatlerinin de dikkate alınması gerekir. Bu sebeple 743 sayılı Medeni Kanuna nazaran soybağının reddi davası bakımından davayı açabileceklerin sınırlanmış olması özellikle Cumhuriyet savcısının dava hakkının kaldırılmış olması yerindedir. Hatta bu dava bakımından tali dava hakkının da sınırlandırılması daha uygun olurdu. Aynı şekilde itirazın iptali davası ve sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davası bakımından da davayı açma hakkının sadece birinci derecede ilgililere tanınarak üçüncü kişilerin dava hakkının ve Cumhuriyet savcısı, Hazine gibi yetkililerin dava hakkının kaldırılması ya da en azından sınırlandırılması uygun olur. Yine yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, soybağının reddi davası ile tanınmanın iptali ve sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davaları aynı amaca hizmet etmesine rağmen kanunumuzda özellikle bu davaları açacak kimselerin çevresinin birbirinden çok farklı düzenlenmiş olması hem kanunun tutarlılığı hem de çocuğun menfaati bakımından yerinde olmamıştır.

Son olarak kanundaki düzenlemeler dışında mahkeme kararlarında da genetik soybağının giderek ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Son yıllarda soybağı davalarının tabi olduğu hak düşürücü sürelerin haklı sebeple uzamasını öngören çok sayıda karar verilmesi, yine Anayasa Mahkemesi'nin soybağının reddi davası ve babalık davasının tabi olduğu bazı üst süreleri iptali yönünde verdiği kararlar mahkemelerce hukuki soybağı ile genetik soybağının örtüşmesine verilen önemi göstermektedir²⁰⁶. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucu çocuğun babalık davası açma hakkının herhangi bir süreye tabi olmadan tanınmış olması

²⁰⁵ Bizim de katıldığımız görüş bu hüküm ile aynı konuya ilişkin farklı bir düzenleme getiren MK 284 hükmünün zımnen yürürlükten kaldırıldığını kabul etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Aksoy Dursun, Soybağı, (n 24) 109 ff. Aksi görüş için bkz Dural, Ögüt ve Gümüş, (n 30) 277 ff. MK 284 hükmü uyarınca HMK 292'den farklı olarak soybağının tespiti için kan ve dokusu talep edilen kişi bunları vermeye zorlanamıyordu. Hakimince öngörülen araştırma ve incelemeye rıza göstermemek sadece diğer delillerle birlikte değerlendirilerek durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucun rıza göstermeyen kişinin aleyhine doğmuş sayılmasına yol açabiliyordu.

²⁰⁶ Serozan, Anayasa (n 101) 158; bkz Anayasa Mahkemesi'nin 25.6.2009 tarihli, 2008/30 Esas, 2009/96 sayılı kararı (RG. 07.10.2009, sayı 27369).

genetik soybağının tespit edilmesine ve çocukla genetik babası arasında soybağının kurulmasına hizmet etmektedir ki bu karar dünyadaki gelişmelere paralel ve yerinde bir karardır.

III. Genetik Babanın Soybağı Davaları Dışında Babalığının Tespitine Yönelik İmkânının Bulunup Bulunmadığı Meselesi

Alman Hukukunda Federal Anayasa Mahkemesinin 13.2.2007 tarihli bir kararından hareketle²⁰⁷ 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe giren kanunla, hukuki baba, çocuk ve anneye çocuğun hukuki babasıyla ve annesiyle arasındaki genetik soybağının açığa kavuşturulması için soybağı davalarından bağımsız olarak genetik inceleme talep hakkı tanınmıştır (BGB § 1598a)²⁰⁸. Söz konusu hükme göre, çocuğun genetik soybağının açıklığa kavuşturulabilmesi için koca, anne ve çocuk her biri diğerlerinden genetik incelemeye rıza göstermesini talep edebilir. Bu inceleme bilimsel tekniklere ve prensiplere uygun şekilde yapılmalıdır. Eğer taraflar rıza göstermezse, bilimsel inceleme talep edenin başvurusu üzerine aile mahkemesi eksik olan rızanın yerine geçmek üzere bilimsel incelemeye karar verir. Bu hak soybağı davalarının prosedürü dışında olduğundan soybağının reddi davası için öngörülen hak düşürücü sürenin geçmiş olması, genetik soybağının tespiti için inceleme talep edilmesine engel teşkil etmez. Bu talep herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir, ancak bunun sonucunda tespit edilecek olan genetik soybağının, hukuki soybağı bakımından herhangi bir sonucu bulunmamaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi düzenlemeye esas teşkil eden kararında muhtemel genetik babaya da bu hakkın tanınması gerektiği yönünde görüş bildirmesine rağmen kanun koyucu buna ilişkin maddeyi düzenlerken muhtemel genetik babaya dava açma hakkı tanımamıştır. Bunun sebebi olarak da muhtemel genetik babanın babalık davası ve soybağının reddi davası açma hakkına atıfta bulunulmuş²⁰⁹, genetik babanın gerektiği takdirde çocuk için sorumluluk almaya hazır olduğunu sadece bu şekilde ispatlayabileceği ifade edilmiştir²¹⁰. Ancak Alman doktrininde bazı yazarlar kanun koyucunun bu düzenlemesini eleştirmekte ve muhtemel genetik babaya da bu hakkın tanınması gerektiğini savunmaktadır²¹¹. Yine bu madde kapsamında çocuğa

²⁰⁷ BVerfG, FamRZ 2007, 446. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1598a N 4.

²⁰⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1598a N 1; düzenlemenin gerekçesi ve konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Kılıçoğlu, (n 165) 281 ff.

²⁰⁹ Yukarıda da açıkladığımız üzere Alman Medeni Kanunu'nda genetik babaya da soybağının reddi davası açma hakkı belirli şartlarla açıkça tanınmıştır (BGB § 1600).

²¹⁰ BT-Drucks. 16/6561 v 4.10.2007, 12. Bununla birlikte bu gerekçelendirme doktrinde yeni düzenlemenin ana düşüncesiyle örtüşmemesi sebebiyle eleştirilmektedir. Zira bu yeni düzenleme çocuğun soybağının hukuki olarak tespitiyle, genetik soybağı hakkında bilgi edinmeye yönelik kişilik hakkından kaynaklı menfaati birbirinden ayırmaktadır. Bu yönde bkz Helms, (n 27) 7. Buna karşılık Alman Federal Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun bu düzenlemesini sonraki tarihli bir kararında onaylamıştır. Bu yönde bkz BVerfG, FamRZ 2008, 2257 ff.

²¹¹ Helms, (n 27) 7 ff; MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1598a N 16 ff; ayrıca bkz Marina Wellenhofer, "Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren", in Neue Juristische Wochenschrift (NJW 2008), 1185, 1188 ff.

da hukuki babası olmayan ancak genetik babası olması muhtemel üçüncü kişiye karşı dava açma hakkı tanınmamıştır²¹².

İsviçre hukukunda da çocuğun kişilik hakkı korumasının devamı olarak kendi genetik kökenini öğrenme hakkı hukuki soybağı davasından bağımsız olarak ve herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadan kanunda ve mahkeme içtihatlarında tanınmıştır²¹³. Evlat edinilen çocuklar bakımından İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB 268c) hükmüyle 18 yaşını doldurmalarından itibaren kayıtsız şartsız bir genetik kökenini öğrenme hakkı tanınmıştır. Sperm bağıışı yoluyla dünyaya gelen çocuklar bakımından ise bu hak Tıbbi Destekle Üreme Kanunu (FMedG) m. 27 hükmüyle garanti altına alınmıştır. Bu özel kanun düzenlemeleri dışında İsviçre'de çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına ilişkin genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi 2008 yılında verdiği BGE 134 III 241 sayılı kararında ilk kez evlilik içinde doğmuş ve 18 yaşını doldurmuş bir çocuğa da soybağı davalarının dışında genetik kökenini öğrenme talebi tanımıştır. Bununla birlikte mahkeme bu talebin kabul edilmesi bakımından evlat edinilen çocuklar ve sperm bağıışı yoluyla dünyaya gelen çocuklardan farklı olarak somut olayda karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesini aramıştır²¹⁴.

Yine İsviçre'de çocuğun kökenini öğrenme hakkının yansıması olarak sicilde kayıtlı hukuki babaya ve sicilde kayıtlı olmayan genetik babaya genetik baba olup olmadığını tespit ettirmek üzere soybağının reddi davası prosedürü dışında bağımsız bir tespit davası açma hakkı tanınması da yakın zamanda tartışılmaya başlanmıştır²¹⁵. İsviçre doktrininde çocuk ile arasında karine gereği hukuki soybağı kurulan kocanın genetik baba olup olmadığını öğrenme konusunda bir menfaati bulunduğu ve bu sebeple ona soybağının reddi davası dışında bir tespit davası açma hakkı tanınması genel olarak kabul edilmektedir²¹⁶. Luzern Yüksek Mahkemesi de konuyla ilgili önüne gelen bir davada hukuki babanın, soybağının reddi talebini

²¹² Bu konuda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1598a N 20 ff; Zeynep Dönmez, "Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişmesine Yönelik Bir Değerlendirme" (2018), 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 171, 178 ff; Kılıçoğlu, (n 165) 293.

²¹³ Bu konuda bkz Büchler ve Ryser, (n 201), 8 ff; Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 252 N 15a. Bu hakkın kişinin kimliği üzerindeki hakkını da içeren MK 24 ff. hükümlerinde korunan kişilik hakkının bir parçası olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir hakkın ayrıca AİHS m. 8'den ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7'den kaynaklandığı kabul edilmektedir.

²¹⁴ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 380 N 16.127; Büchler ve Ryser, (n 201), 8 ff; Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834 dn 38; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 82, 98 ff; Schmid ve Jungo, (n 4) § 38 N 3; Cottier ve Wyttenbach, (n 124) 95. Doktrinde ve uygulamada özellikle çocuğun henüz ergin olmadığı hallerde genetik kökenini öğrenme hakkı konusunda somut olayın şartları çerçevesinde çocuğun diğer menfaatleri değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz Cottier ve Wyttenbach, (n 124) 80 ff ve 94 ff. Kararın ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz Nagehan Kırkbeşoğlu, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme", (2016) 7(24), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 199-225.

²¹⁵ Bu konuda bkz Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 1; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 104 ff; Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834.

²¹⁶ Bu yönde bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 381 N 16.128; Schwenzer ve Cottier, (n 14) ZGB 256 N 1; Cottier ve Wyttenbach, (n 124) 97 ff; Philippe Meier ve Thomas Häberli, "Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2011 bis Februar 2012)", in ZKE 2012, 128, 129; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 104 ff; Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834.

hak düşürücü sürenin geçmiş olması sebebiyle reddetmiş, ancak genetik baba olup olmadığını öğrenmek üzere gen testi yapılması talebini kişilik hakkına dayanarak kabul etmiştir²¹⁷. Buna karşılık muhtemel genetik babaya soybağı davalarından ayrı olarak kendi babalığını öğrenme hakkı tanınması, çocuğa ve kocaya bu hakkın tanınmasıyla aynı derecede kabul görmemiştir²¹⁸. Yakın tarihli bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi de bu konu hakkında çekimser kalmıştır²¹⁹. İsviçre’de şu anda üçüncü kişi, genetik babalığı konusunda ciddi emareler bulursa dahi, ayırt etme gücüne sahip çocuğun veya çocuğun ayırt etme gücü bulunmuyorsa velayete sahip olan yetkili temsilcisinin rızası alınmadan genetik inceleme talebinde bulunamaz (İnsan Üzerindeki Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun, GUMG 34/I)²²⁰. Ancak doktrinde bazı yazarlar muhtemel genetik babaya da bu hakkın tanınması gerektiği görüşündedir²²¹. Bu görüşteki yazarlara göre, genetik babalık bir erkeğin hayat hikayesinde önemli bir yer tutmakta ve bunu öğrenme hakkı onun kişilik hakkının bir parçasını teşkil etmektedir²²²; fakat bu gibi hallerde genetik babanın menfaatinin karşısında yürüyen bir evliliğin ve çocuğun menfaatinin korunması söz konusu olduğunda genetik soybağının tespiti konusunda özellikle çok dikkatli bir menfaat değerlendirmesi yapmak gerekir²²³.

²¹⁷ Bu yönde bkz OGer LU vom 18.9.2012, FamPra.ch 2013, 220 ff; karara ilişkin olarak Monika Pfaffinger, “Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik”, Die Praxis des Familienrechts, (FamPra.ch 2014), 604 ff.

²¹⁸ Aebi-Müller, görünüşte sağlam bir evliliğin korunmasını sağlamak amacıyla İsviçre doktrininde bu konunun yeterince ele alınmadığını belirtmektedir. Yazara göre böylece soybağı hukuku yoluyla evliliğin korunması söz konusu olmaktadır (Aebi-Müller, ZBJV 146/2010, (n 137) 910, 914).

²¹⁹ BGE 144 III I E. 4.4.3.; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, (n 22) 381 N 16.128. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 18.12.2017 tarihli kararına konu olan bu olayda genetik baba olduğu bilinen bir erkek, babalık karinesi çerçevesinde sicilde baba olarak kayıtlı kocaya ve anneye karşı dava açmış ve onların soybağının reddi davası açmamasının kendi kişilik hakkını zedelediğini ileri sürerek bu sebeple kocanın süresi içinde soybağının reddi davası açmasına hükmedilmesini, mahkeme hükmüne aykırı davranılması halinde kendisi dava açmak üzere nama ifaya izin verilmesini talep etmiştir. Federal Mahkeme ise bu olayda davacının genetik baba olduğunun bilindiğini, dolayısıyla bunun tespitinin gerekmediğini belirterek, kocanın soybağının reddi davası açmamasının genetik babanın kişilik hakkını ihlal etmediğine ve genetik babanın nama ifaya izin talep hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte adı geçen kararda mahkeme, çocuğun genetik kökenini bilme hakkına kıyasen bir erkeğin altsoyunu bilme hakkının kişilik hakkı bağlantısının zayıf olduğunu belirtmiştir (E. 4.4.3). Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Aebi-Müller, ZBJV 155/2019 (n 199), 263; Stephanie Hrubesch-Millauer ve Olivia Fuhrer, “Rechtsprechungs panorama Einleitungsartikel und Personenrecht, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017”, in Arnold F. Rusch (ed) Aktuelle juristische Praxis, (AJP 2018), 634, 648 ff.

²²⁰ Wytttenbach ve Grohsmann, (n 58) 164. Aynı hükme göre ayırt etme gücü olmayan çocuk, çocuk ile soybağı ilişkisi araştırılan kişi tarafından temsil edilemez (GUMG 34/I). Türk hukuku bakımından bu konuda açık düzenleme olmamasına rağmen benzer görüşte K. Ali Sonat; “Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”, (2013), 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF – HAD), 323, 346 ff.

²²¹ Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 100; Stephanie Wiesner-Berg, ““Babyklappe” und “anonyme Geburt”: - Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?”, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2010) 521, 541; Michelle Cottier ve Cécile Crevoisier, “Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG) Art. 27 Auskunf”, in Andrea Büchler ve Bernhard Rütsche (eds), *SHK – Stämpflis Handkommentar* (Stämpfli 2020), Art. 27 FMedG N 42 ff; Nora Bertschi, *Leihmutterchaft Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 19, (Stämpfli 2014), 70; karşı Rusch, (n 5) 65.

²²² Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 834; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 100 ff; Wytttenbach ve Grohsmann, (n 58) 158; Cottier ve Crevoisier, (n 221) Art. 27 FMedG N 42; Bertschi, (n 221) 70.

²²³ Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 107 ff; Cottier ve Crevoisier, (n 221) Art. 27 FMedG N 42; Bertschi, (n 221) 70.

Türk hukukunda da son yıllarda çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı giderek üzerinde durulmaya başlanan bir konu olmuştur²²⁴. Nitekim çocuğun kökenini öğrenme hakkı somut olayda menfaatlerin değerlendirilmesi koşuluyla genel olarak kabul edilmekte ve çocuğun bu hakkını soybağına ilişkin davalardan bağımsız olarak sui generis bir dava yoluyla kullanabileceği ifade edilmektedir²²⁵. Yine buradan hareketle Türk hukukunda hukuken baba sayılan kocanın nüfusta kendi adına kayıtlı çocuğun genetik babası olup olmadığını ve hukuken baba olmayan muhtemel genetik babanın kendinden üreyen çocuğun kimliğini öğrenme hakkının bulunduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür²²⁶.

Esasen Türk hukukunda da soybağına ilişkin davalarda tarafların genetik incelemeye katılma zorunlulukları bulunduğu dikkate alındığında bu davalar kapsamında soybağının tespiti herhangi bir sorun arz etmemektedir (HMK 292). Bununla birlikte soybağı davalarının genetik babalığın tespitinde yetersiz kaldığı bazı durumlar da söz konusu olmaktadır. Örneğin sicilde babalık karinesi gereği hukuken baba olarak kayıtlı olan koca, soybağının reddi davasına ilişkin süreleri kaçırmışsa ve sürenin uzaması bakımından ortada bir haklı sebep bulunmuyorsa soybağının reddi davasını artık açamaz. Yine sicilde hukuken baba olarak kayıtlı olan koca soybağının reddi davasını açabiliyor, fakat kişisel sebeplerden ötürü (örneğin genetik soybağının belirsizliği veya ailenin ve çocuğun menfaatlerini dikkate alarak) açmak istemiyor olabilir²²⁷. Bu gibi hallerde de lege ferenda sicilde kayıtlı kocaya soybağı davaları dışında genetik soybağının açıklığa kavuşturulması için ayrı bir tespit davası açma hakkı tanınması kanaatimizce Türk hukuku bakımından da düşünülebilir. Nitekim yukarıda da açıkladığımız üzere sicilde hukuken baba olarak kayıtlı olan erkeğe bu imkan Alman hukukunda kanunla (BGB § 1598a) ve İsviçre hukukunda da kocanın kişilik hakkı çerçevesinde mahkeme içtihatlarıyla tanınmıştır²²⁸.

Bunun dışında sicilde hukuken baba olarak kayıtlı olmayan muhtemel genetik babaya soybağı davaları dışında çocuğun genetik babası olup olmadığını öğrenme imkanı tanınması konusuna gelince; bazı durumlarda muhtemel genetik babanın da çocuğun genetik babası olup olmadığını öğrenmesinde menfaati bulunabilir. Öncelikle sicilde babalık karinesi sebebiyle baba olarak başka bir erkeğin kayıtlı olduğu durumlarda muhtemel genetik baba bu mevcut soybağı ilişkisini kaldıramıyor

²²⁴ Serozan, (n 6) 163; konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz Başak Baysal, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, (1. Bası, On İki Levha, 2010), 493 ff; Gamze Turan-Başara, “Çocuğun Biyolojik Ana-Babasını Öğrenme Hakkı”, in Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, (Seçkin 2016), 265 ff; Kırkbeşoğlu, (n 214) 209 ff; Dönmez, (n 212) 173 ff; Sonat, (n 220) 323, 369 ff.

²²⁵ Baysal, (n 224) 531 ff; Sonat, (n 220) 323, 369 ff; Kırkbeşoğlu, (n 214) 211 ff; Turan-Başara, (n 224) 278 ff.

²²⁶ Özellikle çocuğun sosyal aile içinde yetişmesine yönelik menfaatinin korunması gerekçesiyle sınırlandırmalara tabi olmak kaydıyla kişinin altsoyunu öğrenme hakkının da genetik babanın kişilik hakkı olduğu yönünde bkz Kırkbeşoğlu, (n 214) 209 ff; Dönmez, (n 212) 183. Hukuki babaya genetik babalığının açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir talep hakkının tanınabileceği yönünde bkz Kılıçoğlu, (n 165) 306 ff.; Sonat, (n 220) 372.

²²⁷ Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 105 ff; yazar bu gibi durumlarda özellikle kocanın çocuğun menfaatine olarak soybağının reddi davası açmaktan kaçınması halinde ona soybağının reddi davası dışında bir tespit talebinin tanınmasının yerinde olacağı görüşündedir (Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 106-107).

²²⁸ OGer LU vom 18.9.2012, FamPra.ch 2013, 220 ff.

ve böylece çocuğu tanıyamıyor veya dolaylı olarak kendisine karşı bir babalık davası açılmasını sağlayamıyor olabilir. Bu sebeple muhtemel babanın en azından kesin bir şekilde genetik baba olup olmadığını öğrenmek istemesi söz konusu olabilir²²⁹. Esasen İsviçre’de hem soybağının reddi davası sürelerinin oldukça kısa olması hem de davacıların çevresinin çok sınırlı tutulması (özellikle de anneye ve genetik babaya bu davayı açma hakkının verilmemiş olması) sebebiyle hukuki soybağının kurulmasıyla genetik soybağının öğrenilmesi arasında bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²³⁰. Türk hukukunda ise İsviçre’den farklı olarak sınırlı da olsa muhtemel genetik babaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte daha önce de açıkladığımız üzere onun bu hakkı sıkı koşullara bağlıdır ve uygulamada bu hakkın kullanılması oldukça zordur. Kaldı ki soybağının reddi davası, genetik soybağının tespitinden farklı bir prosedürdür. Salt genetik soybağının tespitine yönelik bir dava, hukuki soybağının kaldırılması veya kurulması bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz²³¹. Nitekim soybağının reddi ve tanınmanın iptali gibi davalar genellikle genetik soybağının tespitine değil, genetik soybağının bulunmadığının tespitine yöneliktir²³², bu davalar bir erkeğin genetik baba olup olmadığını tespitinde yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından da başka bir erkeğe hukuki soybağı ile bağlı olan çocuk ile hukuki soybağı kuramayan muhtemel genetik babanın, onun kendi çocuğu olup olmadığını öğrenmek üzere bir tespit davası açmakta menfaati bulunduğu ve kendi altsoyunu öğrenmenin onun kişilik hakkının bir görünüm biçimi olduğu söylenebilir²³³.

Bununla birlikte kanaatimizce özellikle çocuğun başka bir erkekle hukuki soybağı ve buna bağlı olarak manevi/sosyal aile ilişkisinin mevcut olduğu hallerde muhtemel genetik babaya nasıl ki soybağının reddi davası açma imkanı tanınması uygun değilse, genetik soybağının tespitine yönelik ayrı bir dava hakkı tanımak da uygun olmaz. Muhtemel genetik babanın bu menfaatinin karşısında yer alan çocuğun manevi/sosyal bir aile ilişkisi içinde büyümesine yönelik menfaati ve aile hayatının korunmasına yönelik menfaat daha ağır basacağından bu yöndeki bir talebin kabulü mümkün olmamalıdır. Nitekim böyle bir hak muhtemel genetik babaya ne İsviçre ne de Alman hukukunda tanınmıştır. Dolayısıyla kanaatimizce çocuğun evlilik dolayısıyla babalık karinesi veya tanıma gereği başka bir erkekle arasında hukuki

²²⁹ Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 107 ff.

²³⁰ Aebi-Müller, FamPra.ch 2014, (n 37) 833 ff; Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 100.

²³¹ Bununla birlikte böyle bir tespit davası, çocuğun hukuki soybağı ilişkisi üzerinde doğrudan etki yaratmasa da dolaylı bazı hukuki sonuçlar doğurabilir. Zira bu dava sonucunda yapılacak incelemenin sonuçları ileride bir soybağı davası açılmasına zemin hazırlayabilir veya açılacak bir davada ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu konuda bkz Sonat, (n 220) 334.

²³² Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 102.

²³³ Yine çocuk evlilik gereği ortaya çıkan babalık karinesi ile değil de tanıma yoluyla başka bir erkeğe bağlanmışsa, esasen muhtemel genetik baba tanımının iptali davasını Türk hukukunda da İsviçre’de olduğu gibi hak düşürücü sürelerle uymak kaydıyla herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın açabilecek ve böylece mevcut hukuki soybağını kaldırdıktan sonra çocuğu tanıyabilecektir. Bununla birlikte bu durumda da muhtemel genetik babanın soybağının tespiti amacıyla dava açmasında hukuki menfaati bulunduğu kabul edilebilir. Zira genetik baba olup olmadığı konusunda emin olmayan kimse tanımının iptali davası açmaktan kaçınabilir veya yine tanımının iptali için kanunda öngörülen süreleri kaçırmış olabilir.

soybağı mevcutsa, muhtemel genetik baba bu durumda kişilik hakkına dayanarak sadece genetik babalığının tespitine yönelik bir dava açamamalıdır. O ancak şartları mevcutsa soybağının reddi veya tanımının iptali davalarını açarak hukuki soybağın kaldırabilir ve ancak bundan sonra tanıma veya babalık davası yoluyla çocukla arasında hukuki soybağın tesis edebilir. Nitekim Alman kanun koyucusunun ifade ettiği üzere muhtemel genetik baba çocuk hakkında sorumluluk üstlenmeye hazır olduğunu ancak bu şekilde ispat edebilir²³⁴. Ancak bu durumda yukarıda ilk bölümde açıkladığımız üzere genetik babaya tanınan soybağının reddi ve tanımının iptali davası açma hakkının şartlarının Türk hukuku bakımından yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır²³⁵.

İkinci bir olasılık olarak yine muhtemel genetik baba çocuğun sicilde kayıtlı babası değildir; ancak bu defa hukuken soybağı ile kimseye bağlı olmayan (evlilik dışında doğmuş olan veya sonradan soybağının reddi veya tanımının iptali davasıyla babasız hale gelmiş olan) çocuğun genetik babası olup olmadığını öğrenmek istemektedir²³⁶. Esasen herhangi bir erkeğe hukuki soybağı ile bağlı olmayan çocuklar bakımından Türk hukukunda da İsviçre’de olduğu gibi muhtemel genetik baba ile çocuk arasında hukuki soybağı ilişkisinin tanıma yoluyla kurulması mümkündür. Bunun için annenin ve çocuğun rızasına da ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte eğer muhtemel genetik baba, genetik babalığı konusunda şüphe duyuyorsa tanıma yoluyla hukuki soybağı ilişkisini kurmaktan kaçınabilir, bu durumda karşı tarafın rızasıyla DNA testi yaptıramadığı sürece annenin veya çocuğun kendisine babalık davası açmasını beklemek zorunda kalır²³⁷. Kaldı ki yine tanıma işlemi hukuki soybağının kurulmasına yönelik iken, bilgi edinmeye yönelik kişilik hakkından kaynaklı genetik soybağının tespiti talebinin herhangi bir hukuki sonucu bulunmadığından bu ikisi birbirinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla burada da muhtemel genetik babaya hukuki soybağı davası dışında genetik soybağının tespitine yönelik bir dava hakkı tanınmasında hukuki bir menfaatin bulunduğu kabul edilebilir.

Ancak örneğin herhangi bir erkeğe hukuki soybağı ile bağlı olmayan çocuğun muhtemel genetik babası, çocuğun kendi çocuğu olup olmadığını öğrenmek istemekle birlikte sadece hukuki yükümlülüklerinden kaçınmak için çocuğu tanımaktan kaçınmayabilir. Bu gibi durumlarda muhtemel genetik babanın korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğundan söz edilemez²³⁸. Yukarıdaki duruma benzer şekilde muhtemel genetik babanın çocuk hakkında sorumluluk üstlenmeye hazır olup olmadığını tespit etmek ve özellikle çocuğun soybağın tespit ettirdikten sonra muhtemel genetik babanın çocuğu

²³⁴ BT-Drs. 16/6561, 10, 12, 17 (MüKoBGB/Wellenhofer, (n 43) BGB § 1598a). Bu konuda bilgi için bkz yukarıda dn 210.

²³⁵ Bkz yukarıda “Soybağının Reddi Davası” ve “Tanımının İptali Davası” başlıkları.

²³⁶ Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 108 ff.

²³⁷ Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 108 ff. Bu durumda Almanya ve İsviçre’de olduğu gibi Türk hukukunda da soybağı davaları dışında gizli bir babalık testi yoluyla genetik soybağın tespit edilmesi çocuğun kişilik hakkını zedeleyeceği için mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Sonat, (n 220) 330 ff.

²³⁸ Karş Aebi-Müller, ZBJV 144/2008, (n 125) 109.

tanımaktan kaçınması gibi durumların önüne geçmek için kanaatimizce bu durumda da muhtemel genetik babaya salt genetik babalığın tespitine yönelik bir dava hakkı yerine, soybağının kurulmasının yollarından biri olan babalık davası açma imkanının tanınması daha uygun olur. Böylece genetik baba olduğu konusunda şüpheleri olan bir erkek doğrudan tanıma yoluna başvurmak yerine babalık davası açarak öncelikle genetik baba olup olmadığını tespit ettirecek ve bunun sonucuna göre babalık davasıyla çocuk ile arasındaki hukuki soybağı da kurulmuş olacaktır²³⁹.

Ancak bazı AİHM kararlarında fiilen çoklu babalık modellerinin hukuken tanınması yönünde vurgu yapıldığı görülmektedir²⁴⁰. AİHM yakın tarihte Almanya aleyhine açılmış davalarda, çocukla arasında hukuki soybağı bulunmayan genetik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma taleplerine, çocuk annesi ve sosyal/hukuki babası ile birlikte yaşadığı için olumsuz yanıt veren Alman mahkemelerinin somut olayda yeterli menfaat değerlendirmesi yapmadığı, özellikle bu kararların çocuğun menfaatine olup olmadığını değerlendirmede gerekçesiyle AİHS m. 8'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁴¹. Nitekim bunun sonucunda Alman Medeni Kanunu'nda 13.7.2013 tarihinde yürürlüğe giren hükümlerle başka bir erkeğin hukuken baba olarak kayıtlı olduğu hallerde, hukuki baba olmayan genetik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkı düzenlenmiştir (BGB § 1686a, ayrıca bkz FamFG § 167a)²⁴². Türk-İsviçre hukukunda da her ne kadar genetik babanın MK 325 hükmü çerçevesinde çocukla kişisel ilişki kurabileceği yönünde görüşler mevcutsa da²⁴³ kanaatimizce mevcut düzenleme çerçevesinde hukuki soybağı kurulmadan bu mümkün değildir²⁴⁴.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

²³⁹ Bkz bu konuda yukarıda “Tanıma ve Babalık Davası” başlığı.

²⁴⁰ Bu konuda bkz Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 162 ff. Ayrıca bkz dn 17.

²⁴¹ Anayo v Almanya App No 20578/07 (ECHR 2010); Schneider v Almanya App No 17080/07 (ECHR 2011) kararları.

²⁴² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Heike Hennemann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII (8. Aufl, Beck, 2020) BGB § 1686a N 1 ff. Bu çerçevede denilebilir ki, AİHM'e göre genetik babaya hukuki babanın soybağını reddetme hakkı verilip verilmeyeceği kural olarak ülkelerin takdirinde bulunan bir husus iken, hukuki baba olmayan genetik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma hakları konusunda ülkelerin takdir yetkisi sınırlıdır. Bu konuda bkz Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 157.

²⁴³ Bu yönde bkz Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB (Stämpfli 1997) ZGB 273 N 26 ff; Schwenzler ve Cottier, (n 14) ZGB 273 N 8; Öztan (n 1) 1028; Canan Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 103, 110.

²⁴⁴ Aynı görüşte bkz Wyttenbach ve Grohsmann, (n 58) 165 ff. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bunun mümkün olamayacağı sonucuna varmıştır (BGE 108 II 344).

Bibliyografya/Bibliography

- Acabey MB, *Soybağı-Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk 2002).
- Aebi-Müller RE, “Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts”, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV 144/2008), 82-125.
- Aebi-Müller RE, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 – Familienrecht - Veröffentlicht in Band 135 und ausgewählte im Internet publizierte Urteile – Kindesrecht”, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV 146/2010), 910-920.
- Aebi-Müller RE, “Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt.”, in Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2014), 818-835.
- Aebi-Müller RE, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018”, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV 155/2019), 261-269.
- Akbıyık C, “Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi”, (2012) 11(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 203-224.
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku*, (22. Bası, Beta 2020).
- Aksoy Dursun S, “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, (2018) 76(2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 393-416. [Süreler]
- Aksoy Dursun S, “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”, (2012), 8(95-96), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 109-124. [Soybağı]
- Baygın C, *Soybağı Hukuku*, (1. Bası, On İki Levha 2010).
- Baysal B, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, (1. Bası, On İki Levha, 2010), 493-533.
- Bertschi N, *Leihmutterchaft Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 19, (Stämpfli 2014).
- Büchler A ve Schmucki A, “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (2/2)”, in Die Praxis des Familienrechts, (FamPra.ch 2020), 24-58.
- Büchler A ve Ryser N, “Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung”, Die Praxis des Familienrechts, (FamPra.ch 2009), 1-22.
- Büchler A, “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht”, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2005), 437-470.
- Büchler A, “Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP 2004), 1175-1185.
- Cottier M ve Wytenbach J, “Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts”, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch 2016), 75-110.
- Cottier M ve Crevoisier C, “Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) Art. 27 Auskunft”, in Andrea Büchler ve Bernhard Rütsche (eds), *SHK – Stämpflis Handkommentar* (Stämpfli 2020), 608-628.
- Çilenti Konuralp A, “Anne Yönlüden Soybağı Tespit Edilemeyen Çocuğun Baba Yönlüden Soybağının Kurulması Sorunu”, (2020) 5(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2071-2090.

- Demirbaş F, “Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler”, (2018) XXII(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-36.
- Dönmez Z, “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine Yönelik Bir Değerlendirme” (2018) 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 171-196.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, (15. Bası, Filiz 2020).
- Erlüle F, “Babalık Karinesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan I. Cilt* (1. Bası, Vedat 2009), 685-696.
- Feyzioğlu NF, *Aile Hukuku*, (Filiz 1986).
- Geiser T, “Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?”, *Die Praxis des Familienrechts FamPra.ch* 2009, 41-58.
- Genç Arıdemir A, “Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı”, *Prof. Dr. Zahir İmre’ye Armağan*, (DER Yayınevi 2009) 1-37.
- Gümüş MA, “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililer’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)”, in *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 568-578. (Soybağının Reddi).
- Gümüş MA, *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık* (Vedat 2006). (Kayyımlık).
- Hatemi H, *Aile Hukuku*, (8. Bası, On İki Levha 2020).
- Hausheer H, Geiser T ve Aebi-Müller RE., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, (6. Aufl, Stämpfli, 2018).
- Hegnauer C, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252-269c ZGB*, (4. Aufl, Stämpfli 1984).
- Hegnauer C, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder; Kommentar zu Art. 270-275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB* (Stämpfli 1997).
- Hegnauer C, “Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft und Feststellung der Nichtvaterschaft”, *Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW)* 2002, 49-51.
- Helms T, “Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2010, 1-8.
- Helvacı İ, *Gereğçeli-Karşılaştırmalı- İctihath- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II, Aile Hukuku*, (1. Bası, On İki Levha 2013).
- Hennemann H, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII*, (8. Aufl, Beck, 2020).
- Hrubesch-Millauer S ve Fuhrer O, “Rechtsprechungspanorama Einleitungsartikel und Personenrecht, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017”, in Arnold F. Rusch (ed) *Aktuelle juristische Praxis*, (AJP 2018), 634-652.
- Jungo A, “Ein ZGB ohne Ehe?”, in *Quid? Fribourg law review*, (QFLR SE/17), 19-20.
- Kılıçoğlu E, “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-” (2010) 16(3-4), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 279-307.

- Kırkbeşoğlu N, “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”, (2016) 7(24), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 199-225.
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1989).
- Meier P ve Häberli T, “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2011 bis Februar 2012)”, in ZKE 2012, 128-156.
- Namlı M, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, (1. Bası, Beta 2014).
- Nomer NN, “Sunı Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (1. Bası, Beta 2000) 545-594.
- Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1998).
- Öğüz T, “Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II*, (1. Bası, On İki Levha 2010) 1415-1424. (Soybağı)
- Öğüz T, “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Prof. Dr. Tufan Öğüz ve Prof. Dr. İlhan Helvacı (eds) *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, (1. Bası, On İki Levha 2013), 201-210. (Anayasa Mahkemesi)
- Öz T, “Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler”, in Prof. Dr. Baki İlkey Engin (ed) *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. II, Aile Hukuku (20 Nisan 2017)*, (1. Bası, On İki Levha 2019), 319-345.
- Öztan B, *Aile Hukuku*, (6. Bası, Turhan 2015).
- Pfaffinger M, “Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik”, *Die Praxis des Familienrechts*, (FamPra.ch 2014), 604-615.
- Reich J, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, in Breitschmid, Peter; Jungo, Alexandra (eds) *CHK -, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl, Schulthess 2016).
- Rusch M, *Rechtliche Elternschaft - Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 13, (1. Aufl, Stämpfli 2009).
- Schwenzer I ve Cottier M, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Siebenter Titel: Die Entstehung des Kindesverhältnisses in Prof. Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds) *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Schwenzer I, “Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen”, *Die Praxis des Familienrechts* (FamPra.ch 2014), 966-1008.
- Schwenzer I, “Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage”, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-6.pdf>>.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku*, (2. Bası, Vedat 2005).
- Serozan R, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, (1. Bası, Turhan 2008), 759-777. (Soybağı)
- Serozan R, “Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Prof. Dr. Tufan Öğüz ve Prof. Dr. İlhan Helvacı (eds) *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, (1. Bası, On İki Levha 2013), 137-165. (Anayasa)

- Sonat KA, “Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”, (2013), 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF – HAD), 323-377.
- Şıpka Ş ve Genç Arıdemir A, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri” (2003) 2(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 149-185.
- Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990).
- Tosun Y ve Baş E, “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, (2014) 9(123), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-117.
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (14. Aufl, Schulthess, 2015). (Schmid ve Jungo).
- Turan-Başara G, “Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı”, *Evensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016*, (Seçkin 2016), 265- 283.
- Wellenhofer M, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII*, (8. Aufl, Beck 2020).
- Wellenhofer M, “Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren”, in *Neue Juristische Wochenschrift NJW* 2008, 1185-1189.
- Wiesner-Berg S, ““Babyklappe” und “anonyme Geburt”: - Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?” *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch* 2010), 521-545.
- Wytenbach J ve Grohsmann I, “Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft”, *Aktuelle Juristische Praxis, (AJP* 2014), 149-166.
- Yılmaz C, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 103-141.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.09.2021
Revizyon Talebi: 05.12.2021
Son Revizyon Tarihi: 11.01.2022
Kabul: 06.06.2022

Medenî Yargıda Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi ve Cebrî İcrası Bakımından Etkisi

Zeynep Bahadır*

Öz

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na 305/A maddesi eklenmiş ve devlet yargısı bakımından hukukumuzda "hükümün tamamlanması" müessesesi girmiştir. Bu maddeye göre "tarafardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir". Hükümün tamamlanmasına ilişkin bu düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437'nci maddesinin dördüncü fıkrasında tahkim yargısı için mevcut olan hakem kararlarının tamamlanması müessesesinin devlet yargısı bakımından kabul edilmiş hâlidir. Hükümün tamamlanması müessesesi ile örneğin yargılama giderlerine veya vekâlet ücretine ilişkin hükümde eksiklik mevcutsa, mahkemeden unutulmuş bu hususla ilgili ek karar verilmesi istenebilir. Keza dava yığılmasında taleplerden biri hakkında karar verilmesinin unutulması ihtimalinde, mahkemeden hükümün tamamlanması talep edilebilir. Bu düzenleme sayesinde usûl ekonomisi sağlanmakta ve etkin bir hukukî korunma gerçekleşmektedir. Ancak hükümün tamamlanmasına ilişkin düzenlemenin devlet yargısı bakımından yeni olması ve düzenlemede müesseseye ilişkin birtakım muğlaklıklar bulunması sebebiyle meydana gelebilecek ve cevaplanması gereken bazı sorunlar mevcuttur. Bu sorunlardan ilki, verilen ilk karar ile hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karara karşı kanun yoluna başvuru sürelerinin ayrı işlemesi ve bu kararların ayrı kesinleşmesi sebebiyle çelişkili kararların ortaya çıkma ihtimalidir. Bir diğeri ise bu kararların birbirlerinden ayrı icra edilip edilemeyeceği ve kararlar ayrı icra edilirse bu icra takiplerinin birleştirilip birleştirilemeyeceği şeklinde özetlenebilir. Bu çalışmada da ilk karar ile ek kararın kesinleşmesi ile cebrî icrası bakımından ifade edilen problemler çerçevesinde sorunun tespiti yapılmış ve çözüm önerilerimiz sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hükümün Tamamlanması, Ek Karar, Nihai Kararların Tamamlanması, Tamamlayıcı Hüküm, Kesin Hüküm, Hükümün Cebrî İcrası

Effect of Completion of Judgments on Finalization and Enforcement of Judgments in Civil Procedure Law

Abstract

Article 305/A of the Code of Civil Procedure (Law No. 6100) was enacted pursuant to the Law on Amending the Code of Civil Procedure and Other Laws (Law No. 7251), and the institution of "completion of judgments" was introduced into our legal system. According to the article, "within one month from the notification of the judgment, each party may request a supplementary ruling from the court for matters left undecided partly or as a whole, even though they were asserted or ought to be resolved ex officio. Appellate remedies are available against these rulings." Although this article, which allows the court to supplement its previous judgment, is completely new to the civil judiciary, it is actually an adaptation of article 437/4 of the Code of Civil Procedure, which allows this procedure in arbitration. Through completion of judgments, a supplementary ruling may be requested from the court to avert any omission in the judgment if a claim in accumulation was left unresolved or if such judicial costs as the attorney's fee were not decided upon. This legislation serves the principle of procedural economy and the realization of a more effective legal protection. However, because completion

* Sorumlu Yazar: Zeynep Bahadır (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: zeynep.bahadir@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0002-7293-8060

Atf: Bahadır Z, "Medenî Yargıda Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi ve Cebrî İcrası Bakımından Etkisi" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 507. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0005>



of judgments is a brand-new institution in the civil judiciary with an ambiguous nature, several problems must be addressed. These problems can be classified into two categories: the possibility of contradictory judgments due to separate appellate remedies for both rulings, and the question of whether these judgments may be executed separately and, if so, whether they may be joined in the enforcement procedure. This paper examines these issues and presents possible solutions.

Keywords

Completion of Judgments, Supplementary Ruling, Completion of Final Decisions, Complementary Ruling, Final Judgment, Enforcement of Judgments

Extended Summary

Article 305/A of the Code of Civil Procedure (Law No. 6100) was enacted pursuant to the Law on Amending the Code of Civil Procedure and Other Laws (Law No. 7251). According to the article, “*within one month from the notification of the judgment, each party may request a supplementary ruling from the court for matters left undecided partly or as a whole, even though they were asserted or ought to be resolved ex officio. Appellate remedies are available against these rulings.*” This is, in fact, an adaptation of article 437/4 of the Code of Civil Procedure, which allows this procedure in arbitration.

If a deficiency is found in the judgment, it can be eliminated through the completion of judgment. In other words, a supplementary ruling may be requested from the court to avert any omission in the judgment if a claim in accumulation was left unresolved or if such judicial costs as the attorney’s fee were not decided upon.

This legislation serves the principle of procedural economy and the realization of more effective legal protection. However, because completion of judgments is a new institution in the civil judiciary with an ambiguous nature, several problems that arise in the finalization and enforcement of judgments must be addressed. They can be classified into two categories: the possibility of contradictory judgments due to separate appellate remedies for both rulings, and the question of whether these judgments may be executed separately and, if so, whether they may be joined in the enforcement procedure.

Considering the identified problems, this study reaches the following conclusions:

Because of the separate appellate remedies for both rulings, the first and the supplementary rulings are also finalized independent of each other. In this context, if separate appellate remedies are applied against both rulings, it would be appropriate to join them in the remedies procedure. If appellate remedies are not applied against the first ruling but they are applied against the supplementary ruling, the first ruling constitutes the final judgment for the supplementary ruling. In the opposite case, if appellate remedies are not applied against the supplementary ruling but the first

ruling is reversed as a result of the appellate remedy review, the conclusion must be reached by making a binary distinction:

On the one hand, if the supplementary ruling is independent of the first ruling, it is not possible for the judgments to affect each other, and there is no problem with the finalization of the judgment.

On the other hand, if the first and the supplementary rulings affect each other, with the finalization of the supplementary ruling, a final judgment occurs in terms of the merits of the legal relationship. Therefore, in the appellate remedies against the first ruling, the first ruling cannot be reversed. However, if the first ruling is reversed by disregarding the final decision, and this ruling becomes final, there are two final judgments that contradict each other in terms of the merits of the legal relationship, and a retrial of the second final judgment should be resorted to. However, if the supplementary ruling is only about judicial costs or attorney's fees, the appellate remedies against the first ruling also affect the supplementary ruling.

In our opinion, it is possible for the first and the supplementary rulings to be executed separately. These judgments are separate final decisions, which are finalized separately and have separate appellate remedies. However, if the supplementary ruling is related to judicial costs or an accessory of the subject of the case that cannot be executed before it becomes final, enforcement is not possible before the first ruling is finalized.

If both rulings are executed separately, the joinder of enforcement procedures might be requested. However, even if these enforcement procedures are joined, they are independent enforcements.

The issues explained above must be clarified in the Turkish legislation.

Medenî Yargıda Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi ve Cebri İcrası Bakımından Etkisi

Giriş

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hükümün tamamlanması ile ilgili 305/A maddesi eklenmiştir. Eklenen bu maddeye göre “*tarafardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir*”.

Bu düzenleme ile 28 Temmuz 2020 tarihinde ve sonrasında verilen kararlara karşı artık hükümün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Hükümün tamamlanması müessesesi, aslında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437'nci maddesinin dördüncü fıkrasında tahkim yargısı için mevcut olan düzenlemenin devlet yargısına uyarlanmış hâlidir.

Medenî usûl hukukunda, taraflarca talep edilmesine veya re'sen hükme geçirilmesi gerekmesine rağmen hükümde yer alması unutulmuş hususa ilişkin eksikliğin giderilebilmesi için ya hükümün tamamlanması yoluna başvurmak ya kanun yolu açık ise istinaf kanun yoluna gitmek ya da unutulmuş dava konusu ile ilgili yeniden dava açmak¹ gerekir. Bu yollar dışında, hükümdeki eksikliğin giderilmesi mümkün değildir. Bu noktada usûl ekonomisi bakımından hükümün tamamlanması yolunun seçilmesi tarafların daha lehinedir. Ancak hükümün tamamlanması yoluna başvurulduğunda birtakım sorunlar gündeme gelmekte, lâkin bu sorunların nasıl çözüleceğinin cevabı hükümün tamamlanmasına ilişkin düzenlemelerde yer almamaktadır. Bu sorunlar örneğin kanun yollarına başvuru şartları bağlamında verilen ilk karar² ile ek kararın özellikle parasal sınırlar bakımından nasıl değerlendirileceği³, hükümün tamamlanmasını isteme süresi ile istinaf süresinin farklı olmasından kaynaklı ortaya çıkabilecek sorunlar⁴, hükümdeki eksikliğin aynı zamanda istinaf sebebi yapılması

¹ Yeni bir dava açabilmek için karar verilmeyen hususların ayrı bir davanın konusu yapılabilmesi gerekir. Bu anlamda yargılama giderleri bakımından yeni bir dava açılmaz.

² Eksiklik bulunan ve tamamlanması istenen hüküm, çalışmada “*ilk karar*” olarak ifade edilmiştir.

³ Burada sorun başvuru şartlarının ilk karar ile ek karar bakımından ayrı ayrı mı değerlendirileceği, yoksa birlikte mi değerlendirileceği noktasında çıkmaktadır.

⁴ Her iki başvuru süresinin farklı olması ve ayrı ayrı işleme sebebiyle ilk karar ile ek kararın kesinleşmesi açısından sorunlar ortaya çıkabilir.

durumunda ne olacağı⁵ ve özellikle hükümün tamamlanmasının istinaf kanun yolunda bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı⁶ şeklinde özetlenebilir.

Kanaatimizce hükümün tamamlanması bakımından cevap verilmesi gereken önemli bir sorun da, tamamlanması istenen ilk karar ile hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karara karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulması sebebiyle kararların kesinleşmesi ve cebrî icrası bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karara karşı kanun yoluna başvurulmadığında, ancak ilk karar kanun yolu incelemesi sonucu kaldırıldığında veya bozulduğunda ve hüküm kesinleştiğinde, ek karar ile aralarında çelişki ortaya çıkması muhtemeldir. Bunun yanında, ilk kararın cebrî icrası için hükümün tamamlanmasının beklenip beklenmeyeceği hususu da bir sorun olarak söz konusu olabilir.

Çalışmamızda öncelikle hükümün tamamlanması ile ilgili genel bilgiler verilir, kısaca hükümün tamamlanmasının şartları ve usûlü üzerinde durulmuş; daha sonra hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar ile kısmî karar karşılaştırılmış; asıl olarak ise ilk karar ile ek kararın kesinleşmesi ve cebrî icrası bakımından ortaya çıkan sorunlar incelenmiş ve çözüm önerilerimiz sunulmuştur.

I. Hükümün Tamamlanması Hakkında Genel Bilgiler

A. Genel Olarak Hükümün Tamamlanması

Hükümün tamamlanması, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında kısmen veya tamamen karar verilmeyen hususlarda, kararı veren mahkemenin talep üzerine bu eksikliği tamamlamasıdır (HMK m 305/A). Bu düzenleme ile kısmen veya tamamen karar verilmeyen hususlar, taraflardan biri talep ederse ek karar verilerek tamamlanabilmektedir.

⁵ Hükümde mevcut olan eksiklik aynı zamanda bir istinaf sebebi de olduğundan hangi yola başvurulacağı veya her iki yola birlikte başvurulup başvurulmayacağı sorusuna cevap vermek gerekir. Böyle bir ihtimalde bir taraftan istinaf kanun yolunda hükümdeki bu eksiklik incelenirken, diğer taraftan da ilk derece mahkemesinde aynı eksiklik için hükümün tamamlanması prosedürü işleyecektir, Hakan Pekantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme' (2020) 150 TBB Dergisi 247, 281-282; konunun Alman hukukundaki durumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Birce Arslanoğan, 'Alman Yargılama Hukukundaki Düzenleme Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 'Hükümün Tamamlanması' Başlıklı 305/A Hükümüne İlişkin Değerlendirmeler' (2021) 9(1), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 120-121.

⁶ Böyle bir ihtimalde bölge adliye mahkemesi tarafından hükümün tamamlanması talebi hakkında verilecek karar kesinleşinceye veya bu karara karşı taraflar istinaf yoluna başvuruncaya kadar, hükümün tamamlanması talebi bekletici mesele yapılmalıdır, Tolga Akkaya, 'Medenî Usûl Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması' (2021) 25(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 47-48; Derya Belgin Güneş, 'Medenî Usûl Hukukunda Hükümün Tamamlanması (HMK m 305/A)' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313, 325; Bureu Hendem, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: Hükümün Tamamlanması' (2021) 17(49) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 611, 645.

Hükümün tamamlanması ile mahkemenin nihaî kararında ortaya çıkan boşluk ortadan kaldırılarak, etkin bir hukukî korunmanın gerçekleşmesi amaçlanmaktadır⁷. Burada nihaî kararda içerik bakımından bir yanlışlık değil, boşluk mevcuttur. Zira ilk derece mahkemesince karar verilmesi gereken bir husus hakkında herhangi bir karar verilmeyerek hüküm eksik bırakılmıştır⁸.

Hükümün tamamlanmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesindeki bu düzenlemeden önce, hükümde eksiklik bulunması durumunda tarafların, kanun yoluna başvurmak veya karar verilmeyen hususlar hakkında yeni bir dava açmak dışında seçeneği yoktu⁹. Bu eksiklik doktrinde haklı olarak eleştirilmekte¹⁰, talep edilmesine rağmen hüküm altına alınması unutulmuş kısım bakımından davacının kanun yoluna başvurmak veya yeni bir dava açmak dışında bir seçeneğinin olmamasının süreci uzattığı ifade edilmekteydi¹¹. Bu durumun ise usûl ekonomisine uygun olmadığı, tahkimde mevcut olan düzenlemenin devlet yargısında kabul edilmemiş olmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine uygun düşmediği belirtilmekteydi¹².

Hükümün tamamlanması müessesesi ile artık hüküm altına alınması kısmen veya tamamen unutulmuş bir talep tamamlanabilir. Örneğin davaların yığılmasında taleplerden veya ihtiyarî dava arkadaşlığında dava arkadaşlarından biri veyahut da bir alacak davasında faiz talebi hakkında karar verilmesinin unutulması hâlinde, hükümün tamamlanması istenebilir¹³. Bunun yanında yargılama giderleri veya vekâlet ücretine ilişkin eksiklikler için hükümün tamamlanması yoluna gidilebilir.

Bu düzenleme ile usûl ekonomisi sağlanmakta ve gereksiz zaman ile emek kaybı önlenmektedir¹⁴. Ayrıca tarafların hukukî korunma taleplerinin bir kısmı hakkında mahkemelerin karar vermemesi, hak arama hürriyetinin ve hukukî dinlenilme hakkının da ihlalini meydana getireceğinden, hükümün tamamlanması sayesinde etkin

⁷ Hans-Joachim Musielak, *Münchener Kommentar zur ZPO* (6. Auflage 2020) ZPO § 321 Rn 1; Hanns Prütting, Markus Gehrlein und Christoph Thole, *ZPO Kommentar* (1. Auflage, Luchterhand Köln 2010) § 321 Rn 1; Oliver Elzer, *Beck'scher Online-Kommentar ZPO* (Hrsg: Vorwerk/Wolf) 40. Edition, 01.03.2021, ZPO § 321 Rn 1, 13; Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung* (9. Auflage 2021) §321 Rn 1, 3, 15; Hakan Pekantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha 2020) 435; Akkaya (n 6) 24; Arslandoğan (n 5) 120.

⁸ Saenger, § 321 (n 7) Rn 15; PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 1, 2, 3; Arslandoğan (n 5) 120.

⁹ İbrahim Özbay ve Murat Erdem, 'Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m 437)' (2013) 1(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 67; Akkaya (n 6) 20-21; Hendem (n 6) 616-617.

¹⁰ Mehmet Akif Tutumlu, 'Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükümün Tamamlanması' (2013) 11(132) Legal Hukuk Dergisi 53, 62-63; Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar* (Adalet 2014) 279; Taylan Özgür Kiraz, 'Hükümlerin Tavzihine İlişkin Bazı Tespitler' (2002) 1(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 135 ve 149.

¹¹ Tutumlu, Zorunlu (n 10) 62-63.

¹² ibid 62-63.

¹³ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2021) 571; Pekantez, Atalay ve Özkes, Değerlendirme (n 5) 280; Mehmet Akif Tutumlu, 'Hukuk Davalarında Hükümün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları' (2020) 3 Ankara Barosu Dergisi 403, 404 ve 408; Akkaya (n 6) 38-39; Belgin Güneş (n 6) 319-320.

¹⁴ Tutumlu, Hükümün Tamamlanması (n 13) 405-406; Akkaya (n 6) 21, Belgin Güneş (n 6) 328; Hendem (n 6) 617.

bir hukukî korunma gerçekleşmektedir¹⁵. Bu yönüyle hükümün tamamlanmasına ilişkin getirilen düzenleme son derece isabetli ve yararlıdır¹⁶.

Hükümün tamamlanması, eksik kalan kararların tamamlanmasına yarayan bir hukukî çaredir; bir kanun yolu değildir. Zira hükümün tamamlanması, kanun yollarının sahip olması gereken erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip değildir¹⁷. Ayrıca hükümün tamamlanmasını, hükümün tashihi ve tavzihi ile de karıştırmamak gerekir. Hükümün tamamlanmasında, tashih ve tavzihten farklı olarak, hüküm düzeltilmemekte veya açıklanmamaktadır. Burada talep edildiği veya re'sen karar verilmesi gerektiği hâlde hiç karar verilmemiş bir konuda, bir başka ifadeyle karar verilmesi unutulmuş talepler hakkında ilk kez karar verilmektedir¹⁸. Hükümün tavzihi ve tashihi, hükümde unutulmuş bir talebin veya hâkimin re'sen karar vermesi gereken bir hususun hükme eklenmesine izin vermemektedir¹⁹. Her iki müessesede de taraflara tanınan hak ve borçların daraltılması veya genişletilmesi, hüküm verilmesi unutulmuş taleplerle ilgili karara ekleme yapılması mümkün değildir²⁰. Hükümün tamamlanması sonucunda verilen ek karar için şartları mevcut ise hükümün tashihi veya tavzihi talep edilebilir²¹.

Hükümün tamamlanması yolu ile hükümün düzeltilmesi veya değiştirilmesi yahut da talep edilmemiş olmasına rağmen yeni talepler ileri sürülmesi mümkün değildir²². O hâlde ek karar, ilk karardan sapmamalı ve onu değiştirmemelidir²³. Hükümün tamamlanması dava konusu bakımından yeniden yapılan bir yargılama aracı veya hatalı hükümün düzeltilmesine yarayan bir araç olarak görülmemeli; yeni baştan bir yargılama yapılmasının yolunu açma şeklinde kabul edilmemelidir. Hükümün tamamlanması müessesesi sadece unutulmuş hususlarla ilgili usûl ekonomisi gözetilerek getirilmiş bir kolaylık olarak değerlendirilmelidir.

¹⁵ Saenger, § 321 (n 7) Rn 1; PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 1; Akkaya (n 6) 24-25; Belgin Güneş (n 6) 315; Arslandoğan (n 5) 118-119; Boran Güneysu (n 10) 278.

¹⁶ Doktrinde, hükümün tamamlanmasına ilişkin düzenlemenin son derece yararlı olduğu ifade edildikten sonra; tavzihten bağımsız ayrı bir madde olarak düzenlenip usûlü bakımından tavzihle birlikte düzenlenmesinin sorun doğuran bir yapı olduğu ifade edilmiştir, Hakan Pekantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", (Lexpara Blog, 30 Mart 2020) < <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> > Erişim Tarihi 01 Ekim 2020; Pekantez, Atalay ve Özkes, Değerlendirme (n 5) 280.

¹⁷ Akkaya (n 6) 26, 31; Pekantez, Atalay ve Özkes, Ders Kitabı (n 7) 436; Belgin Güneş (n 6) 315; Hendem (n 6) 621-622; hakem kararlarının tamamlanmasının da kanun yolu değil, bir hukukî çare niteliğinde olduğu hususuyla ilgili bkz Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (2. Bası, Yetkin 2020) 108 ile Özbay ve Erdem (n 9) 49.

¹⁸ Akkaya (n 6) 29, 30.

¹⁹ Tutumlu, Hükümün Tamamlanması (n 13) 405; Erdoğan (n 17) 107; Kiraz (n 10) 135-136.

²⁰ Akkaya (n 6) 29, 30.

²¹ Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 15; Akkaya (n 6) 29, 31, 52.

²² Bakı Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020) 593, 595; PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 1, 2; Elzer, ZPO § 321 (n 7) Rn 13, 28; Saenger, § 321 (n 7) Rn 13; Akkaya (n 6) 25; Arslandoğan (n 5) 119; Özbay ve Erdem (n 9) 68; Seyhan Selçuk, "Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebep İptal Talebinde Bulunulmasında Hukukî Menfaat" (2018) 1 Ankara Barosu Dergisi 273, 281; Erdoğan (n 17) 107; Belgin Güneş (n 6) 315; Hendem (n 6) 636-637.

²³ Elzer, ZPO § 321 (n 7) Rn 37; Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 15; Saenger, § 321 (n 7) Rn 13.

B. Hükümün Tamamlanmasının Şartları ve Tamamlama Usûlü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi kapsamında hükmün tamamlanmasının şartları şu şekildedir²⁴: Hükümün tamamlanması talebine konu olabilecek nihaî bir mahkeme kararının bulunması²⁵; yargılamada ileri sürülmüş veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olan bir hususta kısmen veya tamamen karar verilmemiş olması²⁶; tarafların talebi ve tamamlama talebinin nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ileri sürülmesidir.

Hükümün tamamlanması usûlü²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 306'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hükümün tamamlanması, dilekçeye tarafların sayısı kadar nüsha eklenmek suretiyle hükmü veren mahkemeden istenir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Tamamlama talebine verilen cevap, tamamlama talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur. Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir. Mahkeme tamamlama talebini yerinde gördüğü takdirde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 304'üncü maddesine göre işlem yapar. İlgili maddeye göre hükümün tamamlanması neticesinde verilen ek karar, mahkemede bulunan nüshalar ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılır, imzalanır ve mühürlenir.

C. Hükümün Tamamlanması Sonucu Verilen Ek Kararın Kısmî Karar Olup Olmadığı Hususu

Kısmî karar, “bölünebilen ve bağımsız olarak hükme konu olacak şekilde sınırlandırılabilen dava konusunun, karar verme olgunluğuna ulaşmış bir kısmı

²⁴ Hükümün tamamlanmasının şartlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Akkaya (n 6) 34 vd; Arslandoğan (n 5) 122 vd; Belgin Güneş (n 6) 317 vd; Hendem (n 6) 634 vd.

²⁵ Hükümün tamamlanması talebine konu olabilecek nihaî bir mahkeme kararının bulunması şartına ilişkin olarak; usüle ve esasa ilişkin her türlü nihaî karara ve çekişmesiz yargı işlerinde verilen nihaî kararlara karşı hükümün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Bu kapsamda bölge adliye mahkemesi ile Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği nihaî kararlar ile istinaf incelemesi sonucu verilen kararlar için de hükümün tamamlanması talep edilebilir (aynı yöndeki görüşleri için bkz Akkaya (n 6) 34, 36-37; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Ders Kitabı (n 7) 436; Kuru ve Aydın (n 22) 593; Belgin Güneş (n 6) 317-318). Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği kararlarda karar verilmesi unutulmuş hususlarda hükümün tamamlanmasının talep edilebilmesinin usul ekonomisi bakımından uygun olacağı ve hükümün tamamlanmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz Akkaya (n 6) 38; Belgin Güneş (n 6) 318. Kanaatimizce Yargıtay'ın kanun yolu incelemesi sonucu verdiği kararlar bakımından da hükümün tamamlanması yoluna başvurulabilmelidir. Ancak Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucu verdiği kararlar, ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin verdiği kararlardan nitelik olarak farklıdır. Bu sebeple temyiz incelemesi sonucunda bozma kararı verilirse ve bu kararın gerekçesinden kısmen bozma kararı verildiği anlaşılıyorsa, bozma kararında yer almayan hususların onandığı kabul edilmektedir ve bu talepler hakkında karar verilmediği gerekçesiyle hükümün tamamlanması yoluna başvurulmamalıdır. Bu hâl dışında, Yargıtay'ın verdiği kararlar bakımından bir eksiklik mevcutsa, karar verilmeyen hususlar için hükümün tamamlanması mümkün olmalıdır.

²⁶ Mahkemenin kısmî karar verdiği durumlarda, dava konusunun kalan kısmıyla ilgili yargılamaya devam ettiğinden, hükümün tamamlanması yoluna başvurulması mümkün değildir, Saenger, § 321 (n 7) Rn 6; Ancak doktrinde, dava konusunun fiilen karar verildenden daha büyük bir kısmı hakkında karar verilmesi gerektiği açıksa, kısmî karar verilen durumlarda dahi tamamlanması gereken bir eksikliğin ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir, Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 4.

²⁷ Hükümün tamamlanması usûlü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Akkaya (n 6) 50 vd; Arslandoğan (n 5) 124 vd.

hakkında yargılamayı nihaî olarak sona erdiren” kararlarıdır²⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda devlet yargısında kısmî karar verilebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur, ancak bunu engelleyen bir düzenleme de mevcut değildir²⁹.

Kısmî kararda hâkim, dava konusunun tamamından elini çekmeyip, sadece karar verilecek aşamaya gelmiş olan uyuşmazlık konusu bakımından karar vermekte ve dava konusunun kalan kısmıyla ilgili yargılamaya devam etmektedir³⁰. Oysa hükümün tamamlanması kapsamında verilen ek kararda, hâkim nihaî bir karar vererek dosyanın tamamından elini çekmektedir ve aslında niyeti tam karar vermektir. Ancak dosyadan elini çektikten sonra karar vermeyi unuttuğu hususlarla ilgili tekrar dosyaya bakmakta ve ek karar vermektedir.

Hâkim kısmî kararda, dava konusunun bir kısmı hakkında karar vermeyi unutmamakta, bilakis kendi iradesiyle, dava konusunun bir kısmı hakkında karar verip kalan kısım ile ilgili yargılamaya devam etmektedir. Kısmî kararın, hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karardan ayrıldığı en önemli nokta buradadır.

Kısmî karar verebilmek için tarafların talebine gerek yoktur; hâkim kısmî karar verme konusunda bir takdir hakkına sahiptir³¹. Oysa hükümün tamamlanması için mutlaka tarafların bu hususta bir talebi gerekir; hâkim hükümdeki eksikliği fark etse dahi kendiliğinden hükümü tamamlayamaz³².

Hükümün tamamlanması kapsamında verilen ek karara bakıldığında kısmî karara benzediği düşünülebilir. Doktrinde bir görüşe göre hükümün tamamlanması sonucu verilen ek kararın, davanın içerisinde yer alan taleplerden bir veya birkaçını içermesi sebebiyle kısmî karar niteliğinde olduğu ifade edilmiştir³³. Bir diğer görüşe göre ise ek karar, ilk karar karşısında kısmî karar niteliğinde olmakla beraber, Alman veya Avusturya hukuklarındaki gibi ondan bağımsız bir karar değildir; zira hem hükümün tamamlanması usûlünün Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 306’ncı maddesinde tazvih ile beraber düzenlenmesi hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 304’üncü maddesine yapılan atıf sebebiyle, ek karar ilk karardan bağımsız bir karar niteliğinde görülmemiştir³⁴. Hakem yargısı bakımından doktrinde yapılan bir başka değerlendirmeye göre de hakem kararlarının tamamlanması üzerine verilen tamamlayıcı hakem kararı, kısmî karardan farklıdır; zira burada aslında yargılama tüm talepler bakımından tamamlanmıştır³⁵.

²⁸ Zeynep Bahadır, *Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar* (Yetkin 2018) 22.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz Bahadır (n 28) 67 vd.

³⁰ ibid 47.

³¹ ibid 93 vd.

³² Mahkemenin re’sen karar vermesi gereken bir husus hakkında karar vermemiş olması durumunda dahi talep gereklidir, Akkaya (n 6) 43; Belgin Güneş (n 6) 321.

³³ Pekantez, Atalay ve Özekes, *Ders Kitabı* (n 7) 436; Boran Güneysu (n 10) 278; Hendem (n 6) 646-647.

³⁴ Belgin Güneş (n 6) 324.

³⁵ Erdoğan (n 17) 107.

Alman hukukuna göre hükmün tamamlanması sonucu verilen ek karar, ZPO § 301³⁶ anlamında olmasa da, ilk verilen karar karşısında kısmî karar niteliğindedir ve ilk hükümden bağımsızdır³⁷. ZPO § 301 anlamında kısmî kararın bazı şartları mevcut olduğundan, eksik bırakılan tam kararı, ZPO § 301 anlamında bir kısmî karar olarak yorumlamak mümkün değildir³⁸.

Kanaatimizce ek karar (her ne kadar kısmî karar verme yönünde hâkimin bir iradesi olmasa da) bazı durumlarda teknik anlamda bir kısmî karar niteliğine haiz olabilmekte iken; bazı durumlarda ise ek kararı bu şekilde nitelendirmek mümkün olamamaktadır.

Dava konusunun unutulmuş kısmı, bağımsız olarak ayrı bir hükme konu olabilecek nitelikte ise verilen ek kararın ilk karardan bağımsız olduğunu ve kısmî karar ile aynı hüküm ve sonuçları doğurduğunu söylemek mümkündür. Örneğin dava yığılmasında taleplerden veya ihtiyarî dava arkadaşlığında dava arkadaşlarından biri hakkında karar verilmesinin unutulduğu durumlarda, ilk karar ile ek karar birbirinden bağımsızdır. Zira dava yığılmasında taleplerden her biri ayrı dava konusu edilebilir ve ayrı bir hükme konu olabilir. Keza ihtiyarî dava arkadaşlığında da aynı şekilde her bir dava arkadaşı bakımından ayrı dava açılabilir ve bu kapsamda davaların birlikte görülüyor olması bu davaların bağımsızlığını etkilemez. Bu sebeple her ne kadar hâkimin kısmî karar verme yönünde bir iradesi bulunmasa da, ek kararın teknik anlamda bir kısmî karar olduğunu söylemek mümkündür.

Lâkin karar verilmesi unutulmuş husus ilk karardan ayrı bir hükme konu olabilecek nitelikte değilse, örneğin yargılama giderleri veya vekâlet ücreti ile ilgili bir husus hakkında karar verilmediyse³⁹, ek karar teknik anlamda kısmî karar olarak nitelendirilemez. Ayrıca çelişkili karar verme tehlikesi bulunduğundan ek karar ilk karardan bağımsız niteliğe haiz değilse (örneğin ana alacak ve faiz talebi gibi) veya davada birden fazla talep ileri sürülmesine rağmen tek karar vermek

³⁶ Hükmün orijinal hâli, § 301 *Teilurteil* “(1) Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder ist nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht sie durch Endurteil (Teilurteil) zu erlassen. Über einen Teil eines einheitlichen Anspruchs, der nach Grund und Höhe streitig ist, kann durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht. (2) Der Erlass eines Teilurteils kann unterbleiben, wenn es das Gericht nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet”. ZPO § 301 hükmü şu şekilde çevrilebilir: “(1) Bir davada ileri sürülen birden fazla talepten sadece biri veya bir talebin sadece bir kısmı veyahut da karşı dava açılmışsa sadece dava ya da karşı davadan biri nihai karar verme olgunluğuna ulaşmışsa, mahkeme nihai hüküm (kısmî hüküm) vermek zorundadır. Esas bakımından ve miktar bakımından tartışmalı olan tek bir talebin bir kısmı hakkında kısmî hüküm verilebilmesi için, verilecek kısmî hükümle aynı zamanda esasa ilişkin hukukî tespitin de karara bağlanabiliyor olması gerekir. (2) Mahkeme konunun durumuna göre uygun görmez ise kısmî hüküm vermeyebilir”.

³⁷ PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 9; Elzer, ZPO § 321 (n 7) Rn 2a, 43; Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 1; Saenger, § 321 (n 7) Rn 13.

³⁸ Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 1.

³⁹ Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyetinin 29/5/1957 tarih, 4/16 sayılı Kararı, “...Hukuk davalarında hasma tahmini gereken ve muhakeme masraflarından müdat bulunan vekâlet ücretine diğer muhakeme masrafları gibi mutlak surette talep olunmaksızın re’sen hükmedilmesi icabettiğine ve bu gibi hasma yükletilmesi iktiza eden vekâlet ücreti taleplerinin ayrı bir dava konusu yapılmasına cevaz bulunmadığına...”, (RG, 4.9.1957/9697) <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9697.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2021.

gerekiyorsa (örneğin boşanmayla birlikte karar verilmesi gereken çocuğun velayeti ile ilgili karar verilmesinin unutulması durumundaki gibi), ek kararın ilk karardan bağımsız olmadığını ve bu kapsamda yine teknik anlamda kısmî karar niteliğine haiz olmadığını söylemek gerekir. Zira kısmî karar verilebilmesinin en önemli şartı, taleplerin bağımsızlığı ve çelişkili karar verme tehlikesinin ortaya çıkmamasıdır. Bu sebeple yargılama sırasında hâkimin böyle durumlarda kısmî karar vermesi mümkün değildir. Buna karşılık dava konusunun bir kısmı ile ilgili verildiğinden, ilk karar karşısında ek kararın (teknik anlamda olmasa da) bir kısmî karar olduğu, ilk kararın ve ek kararın kesinleşmesi, kanun yollarına başvuru ve icrası bakımından kısmî karar ile aynı hüküm ve sonuçları doğurduğu ifade edilebilir⁴⁰. Bu noktada hükümün tamamlanması sonucu verilen ek kararın ilk karar ile ilişkisinin, kısmî karar ile son kararın ilişkisine benzer olduğu söylenebilir⁴¹.

II. Hüküm Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi ve Cebrî İcrası Bakımından Sonuçları

A. Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Kesinleşmesi Bakımından Sonuçları

1. İlk Karar ve Ek Kararın Kesinleşmesi Bağlamında Sorunun Tespiti

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinin son cümlesine göre, hükümü tamamlayan ek karara ve keza hükümün tamamlanması başvurusunun reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir. İstinaf kanun yoluna başvurma süresi iki hafta iken, hükümün tamamlanmasını isteme süresinin bir ay olması sebebiyle verilen ilk karar ile ek karar için aynı anda istinafa başvurmak mümkün değildir. Zira her iki yola başvuru süresi ayrı ayrı işlemektedir⁴². Bu kapsamda, ilk karar ile ek karara karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³.

Her iki hükme karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulacağından ve süreler ayrı işleyeceğinden, hükümün şekli anlamda kesinleşmesi de her iki hüküm bakımından birbirinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Zira ilk hüküm tefhim edilmekle hukuken varlık kazanır ve hükümün taraflara tebliğ edilmesiyle de kanun yoluna başvuru süreleri işlemeye başlar⁴⁴. Hükümün tamamlanması talep edilse dahi, ilk karara karşı süresi içinde kanun yoluna başvurulmaz ise bu hüküm şekli anlamda

⁴⁰ Bu konuda herhangi bir ayırım yapmasa da benzer yöndeki görüşü için bkz Hendem (n 6) 626-627.

⁴¹ Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 15; Arslandoğan (n 5) 129.

⁴² Pekcanitez, Atalay ve Özeker, Değerlendirme (n 5) 281.

⁴³ Alman usûl hukukunda da ek kararın bağımsız bir karar olduğu ve bağımsız olarak kanun yoluna başvurulacağı kabul edilmiştir, Elzer, ZPO § 321 (n 7) Rn 48; Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 16; PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 9; Saenger, § 321 (n 7) Rn 14.

⁴⁴ Boran Güneysu (n 10) 252; Akkaya (n 6) 49.

kesinleşir⁴⁵. Keza ilk karara karşı kanun yoluna başvurulmaması sebebiyle hükmün kesinleşmesi durumunda da süresi içerisinde hükmün tamamlanması istenebilir ve verilen ek karara karşı yine süresi içerisinde kanun yoluna başvurulabilir⁴⁶.

Hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, tamamlanması talep edilen ilk hükmün kesinleşmesini ertelemesiz⁴⁷. İlk karar nasıl ki ek karardan bağımsız olarak kesinleşiyor ise aynı şekilde ek karara karşı süresi içerisinde kanun yoluna başvurulmazsa, ek karar da ilk karardan bağımsız olarak kesinleşir. Bu noktada sorun oluşturan husus, ek karara karşı kanun yoluna başvurulmaz ve karar kesinleşir, ancak ilk karar kanun yolu incelemesi sonucu kaldırılır veya bozulursa ne olacağıdır.

İlk karara karşı kanun yoluna başvurulmazsa veya kanun yolu kapalıysa, ilk karar kesin hüküm oluşturacağından böyle bir sorun gündeme gelmemektedir. Zira ek kararlar, ilk hükmün düzeltilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir. İlk karar kesin hüküm oluşturduğundan, ek karara karşı kanun yoluna başvurulursa, kesin hükme aykırı olacak şekilde ek karar kaldırılmamalı veya bozulmamalıdır. Örneğin ilk kararda yer alan ve kesinleşen hukukî ilişkinin varlığı hususu, ek karara karşı gidilen kanun yolunda artık incelenmemelidir. O hâlde ilk kararın ek karardan önce kesinleşmesi durumunda çelişkili kararlar ortaya çıkmamaktadır. Hükmün kesinleşmesi bakımından sorun, ek karara karşı kanun yoluna gidilmez ve karar kesinleşir, ancak ilk karar kanun yolu incelemesi sonucu kaldırılır veya bozulursa gündeme gelmekte ve çelişkili kararların ortaya çıkma ihtimali doğmaktadır⁴⁸.

Doktrinde herhangi bir ayırım yapılmadan, hükmün tamamlanması talebi hakkında verilen kararın ayrı bir nihaî karar olmasından hareketle, bu karara karşı da kanun yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir⁴⁹. Zira bu durum, hükmün tamamlanması

⁴⁵ Akkaya (n 6) 49; Kuru ve Aydın (n 22) 593; Erdoğan (n 17) 108; Hendem (n 6) 621.

⁴⁶ Kuru ve Aydın (n 22) 593.

⁴⁷ Akkaya (n 6) 49; Erdoğan (n 17) 108; Hendem (n 6) 627-628.

⁴⁸ Kanun yoluna başvuru şartlarının ilk karar ile ek karar bakımından ayrı ayrı mı değerlendirileceği, yoksa birlikte mi değerlendirileceği noktasında; doktrindeki bir görüşe göre, ek kararda hükmedilen hususların veya talep reddedildiyse ek karar verilmesini talep ettiği hususların miktar ve değeri dikkate alınarak kanunda öngörülen parasal sınırların aşılması hâlinde istinaf veya temyiz başvuru yapılabilir, Akkaya (n 6) 53. Bir başka görüşe göre ise, Türk hukukunda tamamlama talebi üzerine verilen karar asıl hükümden tamamen bağımsız olarak değerlendirmek mümkün olmadığından, kanun yollarına başvuru şartları için de asıl hükme göre bir değerlendirme yapılmalı; asıl hüküm bakımından kanun yolları kapalı ise, bu karara ek olarak verilen tamamlayıcı hükme karşı da kanun yolu kapalı olmalı, asıl hükme karşı kanun yollarına başvurulabiliyorsa tamamlayıcı hükme karşı da kanun yoluna gidilebilmelidir. Tamamlayıcı hüküm istinaf kanun yoluna götürülürken parasal sınırlar hesaplanmasında, asıl hüküm ile tamamlayıcı hükümdeki dava konusunun miktar veya değerinin toplamı dikkate alınmalı; ancak objektif dava birleşmesi biçiminde açılmış birden fazla talepten biri hakkında karar verilmesi unutulmuş ise, parasal sınır her bir talep bakımından ayrı ayrı dikkate alınmalıdır, Belgin Güneş (n 6) 326. Kanaatimizce de burada ikili bir ayırım yapılmalı ve kanun yoluna başvuru şartları ve özellikle parasal sınırlar bu ayırma göre belirlenmelidir. Eğer tamamlanması istenen eksiklik, ilk karardan bağımsız ve ayrı bir hükme konu olabilecek nitelikte değilse, bu durumda kanun yoluna başvuru şartları bakımından asıl hükümle birlikte değerlendirilmeli ve karar verilmesi gereken husus unutulmuşsa bu hükme karşı kanun yoluna başvurulabilecektiye, bu durumda ek karara karşı da kanun yoluna başvurulabilmelidir. Ancak dava yığılması durumunda olduğu gibi bağımsız bir hükme konu olabilecek nitelikte ise, bu durumda ilk karar ve ek karar bağımsız birer karar niteliğinde olacağından, kanun yoluna başvuru şartları belirlenirken de bu kararlar birbirinden bağımsız değerlendirilmeli ve özellikle parasal sınırlar belirlenirken bağımsız kararlar olarak hareket edilmelidir.

⁴⁹ Akkaya (n 6) 53.

yargılaması ve ek kararın ilk karardan ayrı olduğu, ek kararının bağımsız bir karar niteliğinde olmasının bir sonucu olarak, mahkemenin ilk verdiği kararın kanun yolu incelemesi sonucunda üst mahkeme tarafından kaldırılması veya bozulması sebebiyle ek kararın kendiliğinden konusuz kalmayacağı şeklinde açıklanmıştır⁵⁰. Alman usûl hukukunda ise ek kararın verilen ilk karardan bağımsızlığı sebebiyle, iki karardan birine karşı başvurulmuş kanun yolu incelemesinin diğer kararı etkilemeyeceği; ancak her iki karara karşı da kanun yoluna gidilirse bu durumda kanun yolu incelemesinde davaların birleştirilebileceği ifade edilmiştir⁵¹.

Kanaatimizce burada kararların kesinleşmesi bakımından sorun oluşturan durum ikili bir ayırım yapılarak ele alınmalıdır. Özellikle bağımsız bir hükme konu olabilecek bir dava konusu hakkında ek karar verildiyse, artık ilk karar ile ek karar birbirinden bağımsız ve birbirlerini etkilemeyecek niteliktedir. Örneğin dava yığılmasında, taleplerden biri hakkında karar verilmediyse, artık ilk karar ve ek karar birbirinden bağımsızdır. Bu sebeple çelişkili kararların ortaya çıkma tehlikesi bulunmadığından, kanaatimizce kesinleşme ve çelişkili karar verme tehlikesi bağlamında herhangi bir sorun meydana gelmemektedir.

Buna karşılık, ilk karardan bağımsız nitelikte olmayan bir husus hakkında ek karar verildiyse, bir başka ifadeyle ilk karar ile ek karar birbirini etkiliyorsa, bu iki karar bağlantılı olduğundan asıl sorun ortaya çıkmaktadır. Ek karara karşı, ilk karardan ayrı kanun yoluna başvurulacağına ve süreler ayrı işleyeceğine göre, ilk karar ile hükmü tamamlayan ek kararın ayrı ayrı kesinleşeceği muhakkaktır. Keza ek kararın, ilk kararı değiştirmesi de söz konusu değildir. Ancak ilk karar kanun yolu incelemesi sonucu kaldırılır veya bozulursa, ondan bağımsız kesinleşen ek karar ile aralarında bir çelişki ortaya çıkabilir. Örneğin alacağın varlığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır veya bozulursa, unutulmuş faiz talebine ilişkin verilen ek karar da bu karardan etkilenmekte ve çelişkili kararlar ortaya çıkmaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi, ilk karar ve ek kararın kesinleşmesi bakımından çözülmesi gereken bir sorundur.

2. Sorunun Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerisi

Hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar ile ilk karar birbirini etkiler nitelikteyse, bir başka ifadeyle ilk karar ve ek karar birbirinden bağımsız değilse, kanun yoluna başvuru sürelerinin ayrı işlemesi ve kararlara karşı kanun yoluna ayrı gidilecek olması ile kararların ayrı kesinleşmesi çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebep olabilir.

⁵⁰ ibid 53.

⁵¹ Musielak, ZPO § 321 (n 7) Rn 16.

Doktrinde bir görüş tarafından hükmün tamamlanmasına konu edilen taleplerin bölünebilir ve bağımsız niteliğe sahip olması gerektiği, bölünemeyen ve birbirine bağlı olan talepler ayrılamayacağından işin doğası gereği ek karar verilmesinin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁵². Ancak bölünebilirlik bakımından bu görüş kısmen doğru olsa da, bağımsızlık bakımından aynı şeyi söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Zira talepler bölünebilir nitelikte değilse, elbette talebin bir kısmı hakkında karar verilip, kalan kısımlar bakımından karar verilmesinin unutulması işin doğası gereği mümkün değildir⁵³. Ancak bir davada birden fazla talep bulunmasına ve bu talepler esasen ayrılabilir nitelikte olmasına rağmen bazen tek karar vermek gerekebilir. Böyle durumlarda artık kısmî karar verebilmek için aranan bölünebilirliğin mevcut olmadığını kabul etmek gerekir⁵⁴. Örneğin boşanma ile birlikte karar verilmesi gereken iştirak ve yoksulluk nafakası ile çocuğun velayetine ilişkin hususlarda, bu talepler hakkında birlikte karar vermek gerektiğinden, kısmî karar verme bakımından bölünebilirlik mevcut değildir. Buna karşılık bu talepler ayrılabilir nitelikte olduğundan, taleplerden biri hakkında hâkim hüküm kurmayı unutursa, hükmün tamamlanması mümkündür.

Bazen de bölünebilirlik mevcut olsa dahi talepler bağımsız nitelikte olmayabilir. Taleplerin bağımsızlığı, bu kararların birbirini etkileyip etkilemediği, bir başka ifadeyle verilen kararlar bakımından çelişkili karar verme tehlikesinin mevcut olup olmadığı ile tespit edilebilir⁵⁵. Eğer ilk karar ile ek karar birbirini etkiliyorsa ve çelişkili karar verme tehlikesi mevcutsa, hüküm verilmesi unutilan hususların birbirinden bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktada kısmî karar bakımından duruma baktığımızda, tek talebin mevcut olduğu davalarda kısmî karar verilebilmesi, ancak hukukî ilişkinin esasının bütün talep bakımından tespit edilmesi ihtimalinde mümkündür⁵⁶. Örneğin ana alacak için karar verilecek aşamaya gelindi, ancak faizin miktarı bakımından bir çekişme mevcutsa, hukukî ilişkinin esası bakımından tüm talep hakkında bir karar verilerek ana alacakla ilgili kısmî karar verilip, faiz talebiyle ilgili yargılamaya devam edilebilir. Bu noktada örnek bakımından her ne kadar kısmî karar verilebilirse de, hukukî ilişkinin esası bakımından faiz talebinin ana alacakla bağlantılı olduğu bir gerçektir.

Hükmün tamamlanması bağlamında duruma baktığımızda ise, ek karar ile ilk kararın değiştirilmesi mümkün olmasa da, bağımsızlığın mevcut olabilmesi için karar kanun yolunda kaldırılrsa veya bozulsa dahi kalan talebin etkilenmiyor olması şarttır. Bu noktada örneğimize dönecek olursak, faiz talebine ilişkin verilen ek karar ile ana alacağın mevcut olmadığına ilişkin istinaf mahkemesinin vereceği bir karar arasında

⁵² Hendem (n 6) 637.

⁵³ Taleplerin bölünebilirliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Bahadır (n 28) 78 vd.

⁵⁴ Bahadır (n 28) 80.

⁵⁵ ibid 83.

⁵⁶ ibid 82, 90.

ana alacak ile faiz arasındaki bu bağlantı sebebiyle çelişki meydana gelmektedir. Bu kararların birbirini etkilememesi ve bu kapsamda birbirlerinden bağımsız nitelikte olabilmesi için mahkemenin ilk kararından farklı yönde bir karar vermesi ihtimalinde dahi, bu iki karar arasında çelişki çıkmamalıdır⁵⁷. Burada özellikle asıl talebin fer'isi nitelikte olan talepler ile yargılama giderleri ve vekâlet ücretine ilişkin talepler hakkında karar verilmesinin unutulduğu durumlarda, ilk karar ile ek karar birbirlerinden farklı yönde kararlar içerirse, iki karar arasında çelişki çıkabilir. Bu sebeple ilk karar ile ek karar birbirlerini etkilemekte ve birbirlerinden bağımsız nitelik arz etmemektedir. O hâlde hâkimin hükümde eksik bıraktığı husus, somut olaya göre, ilk kararı etkilemiyorsa ondan bağımsız iken; ilk karar ve ek kararın birbirlerini etkilediği hâllerde ise birbirlerinden bağımsız değildir. İlk karar ve ek kararın birbirini etkilediği durumlarda, hükümün kesinleşmesi bağlamında az önce ifade edilen sorunla karşılaşılması ise ihtimal dahilindedir.

Hem ilk karara hem de hükmü tamamlayan ek karara karşı kanun yoluna gidildiyse, bu iki dosyanın istinaf kanun yolunda birleştirilerek incelenmesi, çelişkili kararların ortaya çıkma tehlikesini bertaraf eder. Eğer hükümün tamamlanması sonuçlanmadan, ilk karara karşı gidilen kanun yolunda karar kaldırılır veya bozulur ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse, kanaatimizce yargılamanın ilk derece mahkemesindeki hükümün tamamlanmasına ilişkin yargılamayla birlikte yürütülmesinde fayda vardır. Ancak verilen ilk karar kesinleştiyse ve henüz hükümün tamamlanması süreci sonuçlanmadıysa, bu durumda hükümün tamamlanmasına ilişkin yargılamada bu kesin hükme göre hareket edilmelidir.

Sorun teşkil eden husus, ek karara karşı kanun yoluna gidilmemiş olması durumunda gündeme gelmektedir. Ek karara karşı kanun yoluna gidilmez ve ek karar kesinleşir, ancak ilk karar kaldırılır veya bozulursa birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkma ihtimali mevcuttur. Örneğin alacağın varlığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır veya bozulursa, unutilan faiz talebine ilişkin verilen ek kararın kesinleşmesiyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kesin hüküm oluşturan ek karar ile çelişen bir ilk karar mevcut olur. Daha düşük bir ihtimal içerse de, verdiğimiz örnek tam tersi şekilde de tezahür edebilir. Örneğin mahkeme ana alacağına ilişkin karar vermeyi unutup, sadece faiz talebine ilişkin bir karar vermiş olabilir.

Kanaatimizce, ek karar esasa ilişkin olup da bu karara karşı kanun yoluna gidilmez ve karar kesinleşirse, ek karar kesin hüküm oluşturacağından, artık hukukî ilişkinin esası bakımından bir kesin hükümün mevcut olduğunu kabul etmek ve ilk karara karşı gidilen kanun yolunda bu kesin hükme göre hareket etmek gerekir. Bu kapsamda, hukukî ilişkinin esası hakkında bir kesin hükümün mevcudiyeti sebebiyle bu hususa yönelik olarak kanaatimizce kanun yolu mahkemesince kaldırma veya bozma kararı

⁵⁷ Kısmî karar ile son karar arasındaki bağımsızlık ve çelişkili karar verme yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Bahadır (n 28) 83 vd.

verilmemelidir. Kesin hüküm kamu düzenini ilgilendirdiğinden, kesin hükme bağlanan sonuçlar göz ardı edilmemelidir⁵⁸ ve kesin hükme saygı gösterilmelidir⁵⁹. Eğer kesin hüküm dikkate alınmadan bir karar verilir ve bu karar da kesinleşirse; bu durumda hukukî ilişkinin esası bakımından birbiriyle çelişen aynı taraf, konu ve sebebe ilişkin iki kesin hüküm ortaya çıkacağından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375/1, 1 maddesi kapsamında yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmeli ve ikinci kesin hükmün iptali istenmelidir.

İlk kararın sadece faize ilişkin olduğu ve ana alacağı ilişkin karar verilmesinin unutulduğu örneğindeki gibi ilk derece mahkemesince talebin asıl kısmı hakkında karar verilmeyip, fer'i talep hakkında karar verilmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde ilk karara karşı istinaf kanun yoluna gidilirse, bölge adliye mahkemesince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1, a-6 maddesindeki “*talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*” hükmüne dayanılmalı ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Ancak eğer unutilan kısım ile ilgili aynı zamanda hükmün tamamlanması yoluna da başvurulduysa, kanaatimizce bu durumda bölge adliye mahkemesince hükmün tamamlanması sonuçlanana kadar durum bekletici mesele yapılmalıdır⁶⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hükmün tamamlanması talebinin istinaf kanun yolunda bekletici mesele yapılabileceğine dair bir düzenleme yoktur. Ancak böyle bir düzenleme olmasa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360'ıncı maddesi uyarınca (aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağından) hükmün tamamlanması talebinin bekletici mesele yapılmasının önünde bir engel mevcut değildir⁶¹. Hukuk sistemimizde açık bir düzenleme olmadığından, tarafların istinafa

⁵⁸ Kesin hükmün etkileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Arwed Bloomeyer, ‘Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları’ (Çeviren: İrfan Yazman) (1968) 25(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225, 225 vd; Nevhis Deren-Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûlü Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları* (Alfa 1996) 47 vd, 55 vd; Nedim Meriç, ‘Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları’ (2007) 2 Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 377, 398 vd; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009) 88 vd; Ahmet Cahit İlyikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin 2016) 439 vd.

⁵⁹ Kısmi karar ve son karar bakımından benzer sonuçlar için bkz Bahadır (n 28) 129-130.

⁶⁰ Hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasa veya talep kabul edilmese dahi, şartları olduğu takdirde talebin önemli bir kısmının karara geçirilmemesi sebebiyle istinaf yoluna başvurulabilir, ancak aynı veya benzer sebebin hem istinafta dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme hem de hükmün tamamlanması sebebi olarak düzenlenmesi bazı sorunları içinde barındırır, Muhammet Özekes ve Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı* (HMK m. 353/1-a-6) (On İki Levha 2021) 108; Hakkında karar verilmeyen taleplerle ilgili yeniden tahkikat yapılması gereken durumlarda hükmün tamamlanması yoluna gidilemeyeceği, bu sebeple HMK m 353/1, a-6’da ifade edilen talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması durumunda hükmün tamamlanmasının mümkün olmadığı ve istinaf kanun yoluna başvurulması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz Hendem (n 6) 628 vd; Hükmün tamamlanması yolunun sehven karar verilmeden hususlarda başvurulabilecek bir yol olduğu, talep hakkında mahkemenin isteyerek ve farkında olarak karar vermediği hâllerde ise HMK m 353/1, a-6 uyarınca talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle istinaf kanun yoluna gidilmesi gerektiği, HMK m 305/A ile HMK m 353/1, a-6’nın kullanım alanlarının ayrı olduğu, bu kapsamda HMK m 305/A’ya başvuru şartları oluşmasına rağmen bu yola başvurulmazsa, artık HMK 353/1, a-6 hükmü sebebiyle istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı, ifade edilen sebeple hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasının istinaf kanun yolunda bekletici mesele de yapılamayacağı yönündeki görüşü için bkz Arslandoğan (n 5) 130-131.

⁶¹ Aynı yöndeki görüşü için bkz Akkaya (n 6) 47-48.

başvurmak veya hükümün tamamlanması yoluna gitmek konusunda seçim hakkı mevcuttur; tarafların her iki yola birden başvurabilmeleri de keza mümkündür⁶². Hükümün tamamlanması yoluna gidildiğinde ise, artık aynı hususun istinaf kanun yoluna götürülmesinde hukukî yarar yoktur⁶³. Bu sebeple hem hükümün tamamlanması hem istinaf kanun yoluna başvurulduysa, hükümün tamamlanması talebinin istinaf kanun yolunda bekletici mesele yapılması gerekir. Hükümün tamamlanması talebinin kabul veya reddine ilişkin karar istinafa başvurmadan kesinleşirse, bu talebi bekletici mesele yapan istinaf incelemesi hükümdeki eksikliğe ilişkin yapılan istinaf başvurusu yönünden konusuz kalmaktadır⁶⁴. Buna karşılık, hükümün tamamlanması talebi sonucu verilen ek karara karşı da istinaf kanun yoluna başvurulursa, ilk karara karşı başvuru istinaf kanun yolundaki dosya ile ek karara karşı gidilen istinaf kanun yolundaki dosyanın birleştirilerek incelenmesi uygun olur⁶⁵.

Ek karar sadece vekâlet ücreti veya yargılama giderlerine ilişkinse, ek kararın, ilk hükme bağlı olduğu kabul edilmeli, bu kapsamda ek karara karşı kanun yoluna gidilmemiş olmasının bir önemi olmamalıdır. Bu noktada ilk hükme karşı gidilen kanun yolu, ek karara karşı kanun yoluna gidilmese de kendiliğinden onu etkilemektedir. Zira yargılama giderleri veya vekâlet ücretine ilişkin verilen ek karar, ilk kararın usûlî anlamda fer'isi niteliğindedir ve burada ek karar, hukukî ilişkinin esası ile ilgili değildir. Bu itibarla, ek karar ilk hükümden bağımsız olacak şekilde ve ondan ayrı değerlendirilemez. O hâlde yargılama giderleri veya vekâlet ücreti bakımından hâkimin karar vermeyi unutmadığı ve tam karar verdiği durumlar ile bu hususlara ilişkin hüküm tamamlanarak ek karar verilmesi arasında bir fark yoktur. Tam hükümün kanun yolu incelemesi sonucu kaldırılması veya bozulmasından yargılama giderleri ile vekâlet ücreti nasıl etkileniyorsa, ek karar da ilk karara bağlı olduğundan aynı sonuç geçerlidir. Kanun yolu incelemesinde bu hususa ilişkin bir karar verilmesine gerek olmadan, verilecek olası bir kaldırma veya bozma kararı ek kararı da kapsamaktadır.

Alman usûl hukukunda da, hükümün tamamlanmasının sadece yargılama giderlerine veya icra edilebilirlik hususuna ilişkin olduğu durumlarda, asıl karara karşı başvuru kanun yolunun bu kararları da doğrudan kapsadığı ifade edilmiştir⁶⁶. Bu istisnâî durum dışında, ek kararın bağımsızlığı sebebiyle kanun yolu mahkemesinin

⁶² Pekcantez, Atalay ve Özkes, Değerlendirme (n 5) 281-282; Akkaya (n 6) 47-48; aksi yöndeki görüşü için bkz. Arslandoğan (n 5) 130-131; Tahkimde, hakem kararlarının tamamlanmasını talep hakkı ile iptal talebinde bulunma hakkı bakımından tarafların seçim hakkı olmadığı, tarafların öncelikli olarak hakem kararının tamamlanması yoluna başvurusu gerektiği, tamamlama talebine rağmen eksiklik giderilmezse kararın iptalini talep edebileceği yönündeki görüşü için bkz. Selçuk (n 22) 285 vd.

⁶³ Davadaki her türlü talepte olduğu gibi, kanun yollarına başvurunun kabulü de bu başvuruda bir menfaatin varlığını gerektirir; herhangi bir talebin haklılığının incelenmesini isteyebilmek, bu inceleme sonucunda bir menfaat elde edilecekse mümkündür, Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin 2009) 26.

⁶⁴ Akkaya (n 6) 47-48.

⁶⁵ Pekcantez, Atalay ve Özkes, Değerlendirme (n 5) 282; Akkaya (n 6) 47-48, 54.

⁶⁶ PG und Thole, § 321 (n 7) Rn 9.

kararı sadece kanun yoluna başvurulmuş karara ilişkindir⁶⁷. O hâlde böyle bir durumda ilk karara karşı başvurulmuş kanun yolunun ek kararı da kapsadığı kabul edilmeli ve ek karar ilk kararlar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Burada ek karara karşı kanun yolu süresi geçtiğinden bahisle onun artık kesin hüküm oluşturduğunu kabul etmek mümkün değildir. Özetle, ilk karar kanun yolu mahkemesince kaldırılır veya bozulursa, artık ek karar da kaldırma veya bozmadan etkilenmektedir.

Hukukumuzda, ifade edilen hususlarla ilgili doğabilecek sakıncaları bertaraf eder nitelikte bir düzenleme yapılması uygun olur. Doktrinde, Alman hukukunda mevcut olan, ilk karar ile ek karar bakımından kanun yoluna başvuru sürelerinin ek karar verildikten sonra başlayacağına ilişkin düzenlemenin (ZPO § 518), Türk hukukunda da benimsenmesi hâlinde sakıncaların bertaraf edileceği ifade edilmiştir⁶⁸. Ancak ZPO § 518'e göre, kanun yoluna başvuru sürelerinin ilk karar ve ek karar bakımından ek karar verildikten sonra başlayabilmesi için hükmün, kanun yoluna başvuru süresi içerisinde tamamlanması gerekir. Eğer kanun yoluna başvuru süresi içerisinde hüküm tamamlanırsa, bu durumda ilk karar ile ek karar için kanun yolu süresi yeniden başlamaktadır⁶⁹. Buna karşılık ek karar, kanun yoluna başvuru süresi içerisinde verilmezse, ZPO § 518'deki düzenleme geçerli değildir⁷⁰. ZPO § 518'deki düzenlemenin hukukumuzda aynen benimsenmesi ihtimalinde, iki haftalık istinaf süresi içerisinde hükmün tamamlanması her somut olay bakımından mümkün olmayacağından, kanaatimizce müessesenin sakıncalarını bertaraf adına yeterli olmayacaktır.

Kanaatimizce, hükmün tamamlanması süresinin istinaf kanun yolu süresi ile aynı süreye tâbi kılınması gerekir. Bunun yanı sıra hükmün tamamlanması talep edildiyse, kanun yoluna başvuru sürelerinin ilk karar ve ek karar bakımından hükmün tamamlanmasından sonra işlemeye başlayacağına dair yapılacak bir düzenlemeyle sorun büyük oranda çözülecektir. İstinaf kanun yoluna başvurulduğunda hükmün tamamlanması yoluna başvuru süresi dolana, hükmün tamamlanması yoluna başvurulduysa yargılama sonuçlarına kadar bu hususun istinaf incelemesinde bekletici mesele yapılacağına ilişkin bir düzenleme de faydalı olabilir. Ancak kanaatimizce hükmün tamamlanması yoluna başvurulabiliyor ise, aynı hususun istinaf sebebi yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme daha yerindedir. Bu sayede tarafların önce hükmün tamamlanması yolunu tüketmesi sağlanabilir.

⁶⁷ ibid Rn 9.

⁶⁸ Akkaya (n 6) 54; Hendem (n 6) 645.

⁶⁹ Hükmün orijinal hâli, § 518 Berufungsfrist bei Urteilsergänzung, "Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321), so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem. Wird gegen beide Urteile von derselben Partei Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen miteinander zu verbinden." ZPO § 518 hükmü şu şekilde çevrilebilir: "Bir hüküm istinaf süresi içerisinde sonraki bir karar ile tamamlanırsa, sonraki kararın verilmesiyle ilk hükme karşı istinaf süresi yeniden işlemeye başlar. Aynı taraf her iki karara karşı da istinaf yoluna başvurursa, her iki istinaf incelemesi birleştirilmelidir."

⁷⁰ Saenger, § 321 (n 7) Rn 14.

B. Hükümün Tamamlanmasının Hükümün Cebri İcrası Bakımından Sonuçları

1. İlk Karar ve Ek Kararın Ayırık İcra Edilip Edilemeyeceği Sorunu

a. Sorunun Tespiti ile Değerlendirilmesi

Hükümün tamamlanması müessesesinin takip hukuku bakımından meydana getireceği başlıca sorun, ilk karar ile ek kararın ayırık icra edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde bu husus bazı yazarlarca, verilen ilk hüküm ile hükümün tamamlanması sonucu verilen ek kararın ayırık kesinleşmesi ve iki ayırık ilâm gibi icraya konulması bakımından ortaya sorunlar çıkabileceği şeklinde ifade edilmektedir⁷¹. Tahkimde tamamlama kararlarının, hakem kararının bir parçası olduğuna dair Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437/5'inci maddesindeki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin devlet yargısı bakımından Kanun'da yer almaması doktrinde eleştirilmiş ve bu durumun ifade edilen soruna sebep olduğu belirtilmiştir⁷².

Doktrinde bir başka görüş de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 304'üncü maddesine yapılan atıf nedeniyle hükümün tamamlanması sonucu verilen ek kararın, ilk kararın bir parçası olduğu ve bu sebeple ilk karardan bağımsız bir karar olmadığı yönündedir⁷³. Bu kapsamda ek kararın ilk karardan bağımsız olarak ilâmlı icraya da konu edilemeyeceği, ilk hükme karşı başlatılan icra takibi dosyası içerisinde icrasının istenebileceği ifade edilmiştir⁷⁴.

Hükümün tamamlanması yoluna başvurulması, kanaatimizce tamamlanması talep edilen ilk hükümün icrasını ertelemektedir⁷⁵. Ayrıca ilk hükümün cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin talep edilmiş olması, süresi geçmediyse hükümün tamamlanmasının talep edilmesine veya hükümün tamamlanmasının talep edilmiş olması da ilk hükümün icrasına engel değildir⁷⁶.

İlk karar ve ek karar, hükümlerin icrası bakımından bağımsız kararlar gibi değerlendirilmeli ve hareket edilmelidir. Zira hükümün tamamlanması ilk hükümdeki kararları ortadan kaldırmadığı veya düzeltmediği, bir başka ifadeyle sadece ilk kararda hakkında hüküm kurulmayan konularda karar verilmesini sağladığı için hükümün

⁷¹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Değerlendirme (n 5) 283.

⁷² ibid 283.

⁷³ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021) 517; Selçuk Özbek, Sema Taşpınar Ayvaz ve Serdar Kale, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' (2020) 149 TBB Dergisi 77, 137; Belgin Güneş (n 6) 324 ve 327.

⁷⁴ Belgin Güneş (n 6) 324.

⁷⁵ Akkaya (n 6) 49, 50; Hendem (n 6) 627-628.

⁷⁶ Akkaya (n 6) 50; Belgin Güneş (n 6) 322.

tamamlanmasına ilişkin yargılama, ilk yargılamadan ayrıdır⁷⁷. Bu sebeple hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, ilk hükmün icrasını ertelememelidir. Doktrinde kümülatif dava yığılmasında aynı hükümde gösterilen her bir talep için dahi davacının davalıya karşı birden fazla ilâmlı icra takibi yapabileceği kabul edilmiştir⁷⁸. O hâlde birbirinden ayrı nihaî kararlar olarak varlık kazanan ilk karar ve ek kararın icralarının birlikte yapılmasını zorunlu kabul etmek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Bu kararlar ayrı ilâmları oluşturduğundan ve ayrı ayrı hukukî varlık kazandığından, birlikte icraları da gerekmemektedir.

Hükmün tamamlanması sonucu verilen ek karar, ilk karar gibi hukukî sonuç doğurur ve hükmün niteliğine göre etkisini gösterir; eğer bir eda hükmü içeriyorsa ilâmlı icra takibi yapılabilir⁷⁹. Bu kapsamda ek karar, cebri icra bakımından ayrı bir nihaî karardır. Ek karar içerik olarak ilk karardan bağımsız nitelikte ise ilk karardan ayrı icra edilmesinde herhangi bir sorun yoktur. Zira ilk verilen karar ile ek karar birbirini etkiler nitelikte değildir.

İlk karar ile ek karar birbirini etkileyecek nitelikte kararlar ise ve bu sebeple birbirlerinden bağımsız nitelik arz etmiyorsa, bu kararların yine ayrı ayrı icra edilebilmeleri kanaatimizce mümkündür. Zira ilk karar ile ek kararın kesinleşmesi, kanun yoluna başvuru süreleri, kanun yolu incelemesi birbirinden ayrıdır. Bu sebeple ilk karar ve ek karar ayrı birer nihaî karar teşkil etmektedir. Bu kararlar aynı takip dosyası içerisinde birlikte icra edilmek zorundadır demek, takip ekonomisine de uygun değildir. Zira icra takiplerinde, davalarda olduğu gibi bir tahkikat birliği yoktur. Bu sebeple bu takipleri birlikte yürütmek, takip ekonomisini sağlamak gibi bir amaca hizmet etmemektedir. Aksi yönde bir düzenleme de olmadığından, verilen ilk karar ile ek kararın ayrı ayrı icrası kanaatimizce mümkündür. Bu kararların birlikte icra edilmek zorunda olduğunu kabul etmek, kararların icra için birbirlerini beklemeleri gibi bir sonuca sebebiyet verir. Örneğin kanun yolu incelemesine giden ilk kararın icrasının durdurulması talep edildiye ve ek karar bakımından kanun yoluna başvurulmadıysa yahut da başvurulmasına rağmen icra durdurulmadıysa böyle bir sonuç doğmaktadır. Özellikle ilk kararın veya ek kararın kesinleştiği durumlarda, kararların birlikte icra edilmesinin beklenmesinin kanaatimizce bir faydası yoktur. Kaldı ki, ilk karar ile ek kararın birlikte icra edilmeleri gerektiği kabul edilseydi dahi icra müdürünün bu hususu inceleme ve önüne gelen ilâmi böyle bir sebeple icraya koymama yetkisi mevcut değildir. İlk karar da ek karar da kendi başına birer ilâmdır. İcra müdürünün takibe konulmak istenen bir ilâmi, ilk karar ile ek kararın birbiriyle bağlantısı sebebiyle ayrı takibe konulamayacağı yönünden inceleme ve bu hususa ilişkin bir değerlendirme yaparak takip talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. O

⁷⁷ Akkaya (n 6) 50.

⁷⁸ Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996) 75.

⁷⁹ ibid 52.

hâlde gerek teorik olarak değerlendirildiğinde gerek pratikte duruma bakıldığında, bu kararların birlikte icra edilmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir.

İlk karar ve ek kararın ayrı nihaî kararlar olması sebebiyle ayrı ayrı ilâmlı icraya konulabileceğine ilişkin yaptığımız değerlendirme sadece verme edimlerine ilişkin ilâmlar için değil, yapma veya yapmama edimlerini ihtiva eden ilâmlar bakımından da geçerlidir. Zira hükümün tamamlanması söz konusu olduğuna göre karar verilmesi unutulmuş hususlar ile karar verilen hususlar birbirinden ayrılabilir niteliktedir. Buna karşılık yapma veya yapmama edimleri bölünebilir nitelik arz etmez⁸⁰. Bu sebeple ek kararın konusu ya yapma veya yapmama ediminin fer'isi nitelikte olan bir hususa ilişkindir ya yan edim yükümlülüğü veya yan yükümlülükler hakkında karar verilmesi unutulmuştur ya da dava yığılması şeklinde ileri sürülen diğer dava konularından biri hükme geçirilmemiştir. Örneğin inşaatın yapılmasına ilişkin hüküm kurulmuş, ancak tarafların gecikme için sözleşmede kararlaştırdıkları cezaî şart hususunda karar verilmesi unutulmuştur. Bu örnekte görüldüğü gibi yapma edimi ile cezaî şart birbirinden ayrılabilir niteliktedir ve ayrı ilâmlarda yer aldıklarından birlikte icra edilmelerine gerek yoktur. Bu sebeple yapma ve yapmama edimlerini içeren ilâmlar bakımından da ilk karar ve ek kararın ayrı icra edilmesi hususunda kanaatimizce bir farklılık söz konusu değildir.

İlk karara veya ek karara karşı kanun yoluna başvurulması durumunda kural olarak hükümün icrası kendiliğinden durmaz. Bu sebeple, İcra ve İflâs Kanunu'nun 36'ncı maddesi uyarınca icranın durdurulması, bu kararların ayrı nihaî kararlar olması sebebiyle ayrı ayrı talep edilmelidir. Aynı şekilde kanun yolu incelemesi sonucu ilk kararın yahut ek kararın kaldırılması veya bozulması ve kararın kesinleşmesi söz konusu olursa, İcra ve İflâs Kanunu'nun 40'inci maddesi kapsamında icranın iadesi yolu da her karar için ayrı ayrı uygulanmalıdır⁸¹.

b. Yargılama Giderleri ve Vekâlet Ücretine İlişkin Ek Kararlar Bakımından Sorunun Değerlendirilmesi

Ek karar sadece yargılama giderleri veya vekâlet ücretine ilişkin olarak verildiyse, bu durumda ek kararın icrasının ilk kararla birlikte yapılması uygun olur. Ancak kanunda bu konuda bir düzenleme olmadığından ve ek karar ayrı bir nihaî karar teşkil ettiğinden, bağımsız olarak icra takibine konu yapılmak istendiğinde, bunu engelleyen bir hüküm de yoktur.

Ek kararın sadece yargılama giderleri veya vekâlet ücretine ilişkin olması ve ilk karardan ayrı icraya konulması ihtimalinde, ilk karara karşı gidilen kanun yolu neticesinde karar kaldırılır veya bozulursa ve karar kesinleşirse, İcra ve İflâs

⁸⁰ Bahadır (n 28) 82.

⁸¹ İcranın iadesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Tanrıver (n 78) 171 vd.

Kanunu'nun 40'inci maddesindeki icranın iadesi hükümleri uygulanmalıdır. Zira ek kararın sadece yargılama giderlerine veya vekâlet ücretine ilişkin olduğu durumlarda, ilk karara karşı gidilen kanun yolu ek kararı da kapsar ve etkiler⁸². Bu sebeple ilk kararın kanun yolu incelemesinde kaldırılması veya bozulması ve kararın kesinleşmesi ihtimalinde, ek karar da bu durumdan etkileneceğinden icranın iadesi gerekir. Buna karşılık ek karar yalnızca yargılama harçlarına ilişkin ise ilk karara karşı gidilen bir kanun yolu sonucu hükmün kaldırılması veya bozulması durumunda⁸³, haksız veya fazla tahsil edilen harcın iadesinde artık İcra ve İflâs Kanunu'nun 40'inci maddesindeki icranın iadesi hükümleri uygulanmaz. Burada vergi dairesinden haksız veya fazla ödenen harcın iadesi istenmelidir⁸⁴.

c. Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmlar Bakımından Sorunun Değerlendirilmesi

İlk karar ve ek kararın ayrı icra edilebileceği hususu tespit edildikten sonra, önem arz eden bir diğer husus da kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlar bakımından

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz yuk II, A.

⁸³ Ek kararın yargılama harçlarına ilişkin kısmı bakımından, eğer ek karar kapsamında harçlar mahkeme veznesine yatırıldıysa ve ilk karar kanun yolu incelemesi neticesinde kaldırılır veya bozulursa, Harçlar Kanunu m 8 kapsamında, “*Bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümlerden yeni bir hüküm gibi karar ve ilâm harcı alınır ve bozulan hükümden evvelce alınmış olan karar ve ilâm harcı, müteakip hükmeye ait harçtan mahsup olunur.*” Harçlar Kanunu'nun ilgili maddesi her ne kadar bozma kararlarına ilişkin olsa da, kanaatimizce istinaf incelemesi neticesi kararın kaldırılması durumu için de uygulama kabiliyetini haizdir. O hâlde hükmün kaldırılması veya bozulması durumunda ek karar kapsamında ödenen harç, müteakip hükmeye ait harçtan mahsup olunur. Haksız veya fazla ödenen harç mevcut ise harcın iadesi gerekir. Buna karşılık yargılama harçları süresinde ödenmezse, HMK m 302 uyarınca “*tarafklar; harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilâmı her zaman alabilirler. Bakiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğ çıkarılmasına, takibe konmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez.*” Bu sebeple bakiye karar ve ilâm harcı ödenmese de karar hüküm ve sonuçlarını doğururken, bir taraftan da ödenmeyen harcın tahsili gündeme gelir. Zira harçlarının tahsili için kararın kesinleşmesine gerek yoktur (İlhami Öztürk, ‘Bir Hükmün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu’ (2015) 5(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 145). Yargılama harçlarının süresinde ödenmemesi durumunda ise Harçlar Kanunu m 37’ye göre, “*Bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenleri, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren on beş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir ve harçlar vergi dairesince tahsil olunur.*” hükmü kapsamınca, vergi dairesince tahsil edilmektedir. Bu kapsamda vergi dairesince tahsilat yapılamazsa başlatılacak takip, İİK hükümlerine göre değil, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştirilir.

⁸⁴ Başvuru üzerine harcın iade edilmemesi, eksik iade edilmesi veya zamanında iade edilmemesi gibi durumlarda idari yargıda dava açılması mümkündür, Öztürk (n 83) 159.

gündeme gelmektedir. Gerek yargı kararlarında⁸⁵ gerek doktrinde⁸⁶, kesinleşmeden icra edilemeyecek kararlara bağlı olarak hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderleri ile asıl uyuşmazlığa bağlı fer'i yükümlülüklerin icrasının da asıl kararın kesinleşmesine bağlı olduğu kabul edilmiştir. Örneğin aile hukuku alanında asıl uyuşmazlıkla birlikte talep edilen faiz veya tazminat kararının icra edilebilmesi için asıl uyuşmazlık olan boşanma kararının kesinleşmesi şarttır⁸⁷. Bir başka örnek de bir taşınmaz mala ilişkin aynı hakka bağlı olarak hükmedilen vekâlet veya yargılama giderlerinin icra edilebilmesi için asıl kararın kesinleşmesi gerekliliğidir⁸⁸. O hâlde ek karar, kesinleşmeden icra edilemeyecek bir dava konusuna ilişkin yargılama gideri veya onun fer'isi nitelikte bir yükümlülüğe ilişkin ise, ilk karar kesinleşmeden ek kararın da icra edilebilmesi mümkün değildir. Zira hâkim ek karara konu olan hususla ilgili karar vermeyi unutmuş olmasaydı ve hükümde bir eksiklik bulunmasaydı, nasıl ki bu karar kesinleşmeden icra edilemeyecektiye, burada da aynı sonuca varmak ve ek kararın da ilk karar kesinleşmeden icra edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, artık burada vekâlet ücreti ve yargılama giderleri ile asıl uyuşmazlığa bağlı olan fer'i yükümlülüklerin aynı ilâmda yer almaları ile ek kararda yer almaları arasında fark yoktur.

İlk karar henüz kesinleşmeden ek karar icraya konulmak istenirse, icra müdürünün takip talebini reddetmesi gerekir. İcra müdürünün, takibe konulmak istenen ilâmın kesinleşmeden icra edilebilecek bir ilâm olup olmadığını inceleme yetkisi vardır⁸⁹. İlâm kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlardan ise icra müdürü hükmün kesinleşip

⁸⁵ Yargıtay 8 HD, 11280/7864, 29.05.2017, "...HUMK'nun 443/4. (HMK'nun 367/2.) maddesi gereğince aile ve şahsın hukuku ile ilgili hükümler kesinleşmedikçe takibe konu edilemez. Ayrıca, boşanma kararının "eklentisi" olan tazminatlar da aynı kurala tabi olup, icra takibine konu edilebilmesi için boşanma hükmünün kesinleşmesi gerekir. Bir başka anlatımla boşanma hükmü kesinleşmiş ise eklentilerin (Yoksulluk nafakası, iştirak nafakası, maddi ve manevi tazminat vs.) infaz edilmesi için eklentiler yönünden kararın kesinleşmesi gerekmez..."; (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021; Yargıtay 8 HD, 4443/7587, 21.05.2013, "...Kural olarak; 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollanmasıyla yürürlükte bulunan HUMK'nun 443/4. maddesine (6100 s. HMK. m. 367/2) göre aile ve şahsın hukuku ile taşınmazın aynına ilişkin ilamlar kesinleşmedikçe infaz edilemez. Ayrıca, boşanma kararının eklentisi olan tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderine yönelik hükümler de aynı kurala tabidirler. Ancak, boşanma ilâmı kesinleştiği takdirde tazminat, vekalet ücreti ve yargılama gideri isteklerinin takibe konulabilmesi için nitelikleri gözetilerek kesinleşmelerine gerek yoktur..."; (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021; Yargıtay HGK, 12-206/217, 28.02.2001, "...Kural olarak boşanma ilâmı ile birlikte hükmedilen manevi tazminatın boşanma kararının eklentisi olması nedeniyle boşanma ilâmı kesinleşmeden takip yapılması mümkün değildir..."; (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021; Yargıtay HGK, 12-656/638, 22.10.2008, "Kural olarak boşanma ilâmı ile birlikte hükmedilen maddi ve manevi tazminatın boşanma kararının eklentisi olması nedeniyle boşanma ilâmı kesinleşmeden takibe konu edilmesi mümkün değildir. Boşanma kararının kesinleşmesi halinde ise bu ilâmı birlikte hükmedilmiş olsa bile kesinleşmeyen maddi ve manevi tazminata ilişkin hükümün, takibe konu edilmesi olanaklıdır. Tedbir niteliğinde hükmedilen nafakanın da takibe konu edilmesinde buna ilişkin hükmün kesinleşmesi aranmaz..."; (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021.

⁸⁶ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku* (Legal 2016) 396; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021) 407, dn 5; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (6. Bası, Adalet 2017) 642; M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (8. Bası, Beta 2021), 360-361; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019) 287; Murat Atal, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2021) 421-422; Tanrıver (n 78) 158-159.

⁸⁷ Atal, Ermenek ve Erdoğan, *İcra* (n 86) 422.

⁸⁸ ibid 421-422.

⁸⁹ Tanrıver (n 78) 162; Muşul (n 86) 642.

kesinleşmediğini re'sen incelemeli ve bu kapsamda takip talebini reddetmelidir⁹⁰. Ek karar ilâmlı icraya konulduğunda da icra müdürünün, ek kararın içeriğinden, ilk kararın kesinleşmeden icraya konulabilecek kararlardan olup olmadığını anlamaya çalışması gerekir. Eğer ilk karar kesinleşmeden icraya konulamayacak kararlardan ise hükmün kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalıdır. İcra müdürü ek karardan bu hususu tespit edemiyorsa, UYAP üzerinden dosyanın içeriğine bakmalıdır. İcra müdürünün ek karara ilişkin ilâmi takibe koyma veya takip talebini reddetme hususunda vereceği karara karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür⁹¹.

2. İlk Karar ve Ek Karar İçin Başlatılan Takiplerin Birleştirilip Birleştirilemeyeceği Sorunu

Hükmün tamamlanması ile ilgili akla gelen başka bir husus, ilk karar ve ek kararın ayrı ayrı icrası talep edildiyse, icra takiplerinin birleştirilip birleştirilemeyeceğidir. Aralarında bağlantı bulunan takiplerin birleştirilebileceğine dair İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166 ve devamı maddelerinin icra takipleri bakımından da uygulanabileceğine karar vermiştir⁹². İcra takiplerinin birleştirilmesinin gerekliliği sebepleri doktrinde takip ekonomisi ve dürüstlük kuralına aykırı yapılacak takiplerin önüne geçmek olarak ifade edilmiştir⁹³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaların birleştirilmesine ilişkin 166'ncı maddesinden kıyasla, icra takiplerinin birleştirilebilmesi için davaların birleştirilmesinde aranan şartlar aranmalı ve bu kapsamda birleştirilmek istenen takipler arasında bağlantı bulunmalıdır⁹⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, "*davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır*".

Doktrinde icra takiplerinin birleştirilmesi bağlamında, alacaklının başlattığı takip devam ederken aynı alacağa ilişkin yeni bir ek takip yapması durumunda, bu takiplerden biri için yapılacak işlem diğerini de etkileyebileceğinden, yapılan ilk

⁹⁰ Tanrıver (n 78) 162; Muşul (n 86) 642.

⁹¹ Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlarda kesinleşme, ilâmın icrasının zorunlu bir şartı olduğundan, bu şartın eksikliği kanunun ağır biçimde ihlali ve bu kapsamda kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmeli ve icra mahkemesine yapılacak şikâyet herhangi bir süreye tâbi olmamalıdır, Tanrıver (n 78) 162.

⁹² Yargıtay 12 HD, 7935/11274, 17.04.2014, "...Takiplerin birleştirilmesi hususunda İİK'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda HMK'nun 166 ve devamı maddelerinde ki hükümler burada da uygulanır. Aralarında bağlantı olduğu için birleştirilen birden çok takibin HMK'nun 166. ve devamında ki maddeleri çerçevesinde birleştirildiği durumlarda; ortada, birleştirilen takip sayısı kadar, birbirinden bağımsız takipler bulunur. Birleştirilmiş olursa da her takip kendi içerisinde müstakil olma özelliğini korur. Bu bakımdan birleştirilen takipler için İİK'nun 150/e maddesinde ki koşulların oluşup oluşmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir..."; Yargıtay 12 HD, 5063/6226, 26.03.2002, "...Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, asıl borçlu hakkında takip yapıldığı için ipotek verenin sonradan takip edilerek bu iki takibin birleştirilmesi mümkündür..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 01 Ağustos 2021.

⁹³ Aziz Serkan Arslan, 'Yargıtay Kararları Işığında İcra Takiplerinin Birleştirilmesi' (2017) 13(37) Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 355, 357 vd.

⁹⁴ Davaların birleştirilmesi ve özellikle bağlantı koşuluna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz İbrahim Ermenek, *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Yetkin 2014) 142 vd.

takip ile sonraki ek takibin birleştirilebileceği ifade edilmiştir⁹⁵. Aynı alacaklı ile aynı borçlu arasında bir alacağın, örneğin asıl alacak ve faizin, ayrı takiplerde talep edilmesi hâlinde, bu takipler arasında bağlantı olduğu ve takiplerin birleştirilebileceği belirtilmiştir⁹⁶.

Yargıtay ise bir kararında, aynı borçluya karşı yapılan ilâmlı icrada, ilâmda yer alan taleplerin ayrı icra takiplerine konu olmasının, sebepsiz zenginleşme oluşturacak şekilde ayrı ayrı vekâlet ücreti talep edilmesi sebebiyle hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu; bu sebeple ilâm bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının ayrı icra takipleri yapmasının dürüstlük kuralına uymadığını ve takiplerin birleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁹⁷. Bu noktada Yargıtay'ın da kararında belirttiği “*yasal ve geçerli neden*” durumuna, kanaatimizce hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar ve ilk kararın ayrı ayrı icrası girmektedir.

Kümülatif dava yığılması hâlinde de her bir talep birbirinden bağımsız olduğundan ve aslında talep sayısınınca hüküm bulunduğundan talepler bakımından ayrı icra takipleri yapılması, somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyebilir⁹⁸. Örneğin taleplerden bazıları kesinleşmeden icra edilemeyecek kararlardan ise icrası kesinleşmeye bağlı olmayan taleplerin icrası bu taleplerden ayrı olarak yapılabilir⁹⁹.

Konuya hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar ile ilk karar bağlamında baktığımızda; doktrinde hükümün tamamlanması durumunda, ilk kararın icrası sırasında, ek kararın icrası da gündeme gelirse, bu iki icra takibinin birleştirilebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁰. İcra ve İflâs Kanunu'nda icra takiplerinin birleştirilebileceğine

⁹⁵ Arslan (n 93) 366.

⁹⁶ Arslan (n 93) 366.

⁹⁷ Yargıtay 12 HD, 18690/25539, 10.09.2012, “*Dava, ilama dayanılarak alacaklı vekili tarafından yargılama gideri, avukatlık ücreti, tazminat ve ecri misil için üç ayrı takip başlatıldığını ve fazladan vekalet ücreti istendiğini, bu işlemin hakkın kötüye kullanılması olduğunu ve hukuk düzeni tarafından korunamayacağını iddia edilerek üç takip dosyasının tek bir dosyada birleştirilmesi istemidir. Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun şikayetine kabulü gerekir...*”, (Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası) Erişim Tarihi 01 Ağustos 2021; Yargıtay 8 HD, 10521/10812, 20.11.2012, “*...Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi davacı borçlu tarafta fazladan yargılama giderleri yükletilmesine neden olunması hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yukarıda belirtilen yasa maddeleri gereğince yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağından...*”, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Erişim Tarihi 01 Ağustos 2021.

⁹⁸ Kümülatif dava yığılmasında her bir talep için ayrı ilâmlı icra yapılabilirliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz Tanrıver (n 78) 74-75.

⁹⁹ İyilikli (n 58) 528.

¹⁰⁰ Hendem (n 6) 647.

ilişkin hüküm bulunmama ile birlikte, Yargıtay'ın davaların birleştirilmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166 ve devamı maddelerinin icra takiplerine de uygulanacağına dair kararlarından hareketle bu sonuca ulaşılmıştır.

İlk karar ile hükmün tamamlanması sonucu verilen ek karar birbirinden bağımsız nitelikte kararlarsa, bu kararlar için başlatılan icra takipleri arasında kanaatimizce bağlantı yoktur ve takipler birleştirilmemelidir. Bu takiplerin birleştirilmesinin takip ekonomisi bakımından da bir faydası yoktur. Örneğin davaların yığılmasında, taleplerden biri hakkında karar verildikten sonra, unutulmuş diğer talep hakkında ek karar verildiğinde, bu talepler bağımsız olduğundan ve ilk karar ile ek karar bakımından da bu bağımsızlık devam ettiğinden, icra takiplerinin birleştirilmesine lüzum yoktur. Buna karşılık ihtiyarî dava arkadaşlığında dava arkadaşlarından biri hakkında karar verilmesi ek karar vasıtasıyla olduysa ve dava konusu da bu ihtiyarî dava arkadaşlarının müteselsil borçluluklarına ilişkin ise, bu takiplerin birleştirilmesi talep edilebilmelidir¹⁰¹. Zira her ne kadar ek karar ile verilen ilk karar birbirinden bağımsız nitelikteyse de, icra takipleri arasında müteselsil borçluluktan kaynaklanan bir bağlantı vardır.

İlk karar ile ek kararın birbirlerinden bağımsız olmadığı hâllerde, örneğin ana alacağına ilişkin verilen ilk karar ile faiz talebine veya yargılama giderlerine ilişkin verilen ek karar için başlatılan icra takipleri arasında bağlantı mevcuttur. Bu sebeple icra takiplerindeki aşamalar bakımından takip ekonomisine de uygun ise bu takiplerin birleştirilmesi talep edilebilmelidir. Böyle bir ihtimalde ikinci takibin, bir başka ifadeyle sonra başlatılan takibin¹⁰² yapıldığı icra müdürlüğünden dosyaların birleştirilmesi talep edilmeli ve takibe ilk takip dosyasında devam edilmelidir¹⁰³. İcra

¹⁰¹ Müteselsil borçluluk durumunda icra takiplerinin birleştirilebileceği yönündeki görüşü için bkz Arslan (n 93) 366.

¹⁰² Davaların birleştirilmesi bakımından ikinci davanın açıldığı mahkeme ibarelerinden anlaşılması gereken, zaman itibari ile sonra açılan davadır, Ermenek (n 94) 119.

¹⁰³ İkinci takibin yapıldığı icra dairesinin birleştirme yönündeki kararı, diğer icra dairesini bağlamaktadır (HMK m 166'dan kıyasen). İcra takiplerinin birleştirilmesine ilişkin karar, derhâl ilk takibin başlatıldığı icra dairesine bildirilmelidir (HMK m 166/3'den kıyasen). Bu noktada unutulmamalıdır ki birleştirilen takipler birbirinden bağımsızdır ve her takip kendi içerisinde müstakil olma özelliğini devam ettirmektedir (Arslan (n 93) 368). Takiplerin birbirinden bağımsızlığı ve sürelerin, itiraz ve şikâyet gibi hususların ayrı değerlendirileceği göz önüne alındığında, kanaatimizce bu takiplerin birleştirilmesi noktasında icra takiplerinin bulunduğu aşamalar da göz önünde bulundurulmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre ise aynı icra dairesinde açılmış ve görülmekte olan takipler, takibin her aşamasında talep üzerine veya re'sen birleştirilebilirken; farklı yer icra dairesinde açılan takiplerin birleştirilmesi talebi ancak ödeme emrine itiraz süresi içerisinde ileri sürülmelidir (Arslan (n 93) 362-363). Kanaatimizce bu noktada herhangi bir ayırım gözetmeksizin, takiplerden biri örneğin satış aşamasındayken diğeri henüz ödeme/icra emri gönderilmesi aşamasında ise, takiplerin birleştirilmesi takip ekonomisi bakımından tercih edilmemelidir. Zira örnek verilen aşamalardaki takiplerin birleştirilmesi, icra takibinin daha karmaşık hâle gelmesine sebebiyet verebilir ve takip ekonomisi sağlanmak istenirken tam tersi bir durumla karşılaşma tehlikesi gündeme gelebilir. O sebeple icra dairesi, takip ekonomisi mevcutsa ve takipler birlikte daha iyi yürütülecekse, aralarında bağlantı bulunan bu takipleri birleştirmeli, aksi takdirde birleştirme talebini reddetmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nda açık düzenleme bulunmadığından, icra takiplerinin birleştirilmesini talep etme zamanı yönünden aynı yer icra dairesi ile farklı yer icra dairesinde başlatılan takipler bakımından bir ayırım yapmak kanaatimizce doğru değildir. İcra takipleri bakımından kıyasen uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinde dahi davaların birleştirilmesinin talep edilebileceği zaman yönünden bir farklılık bulunmayıp, aynı yargı çevresi veya aynı yargı çevresinde olmasına bakılmaksızın davanın her aşamasında birleştirme talep edilebilirken; icra takipleri bakımından aksi yönde bir kabul kanaatimizce mümkün değildir. HMK m 166/2'de davaların birleştirilmesinin talep edilebilme zamanına ilişkin bir hüküm öngörülmemiş olmakla birlikte, bu fıkra aynı yargı çevresinde açılan davaların birleştirilmesinin, aynı yargı çevresinde açılan davaların birleştirilmesi ile gösterdiği farklılıklar düzenlediğinden, birinci fıkrada yer alan davanın her aşamasında birleştirmenin talep edilebileceğine dair düzenleme, aynı yargı çevrelerinde açılan davalar için de geçerlidir (Ermenek (n 94) 122).

daresinin takipleri birleştirmesi veya birleştirme talebini reddetmesi durumunda ise, icra daresinin bu işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür.

Kanaatimizce, aynı yargı çevresinde yer alan davaların talep üzerine veya re'sen birleştirilmesi mümkün olmasına rağmen, icra takipleri bakımından böyle bir ayrıma gidilmemeli ve takipler re'sen birleştirilmemelidir. İcra takiplerinin birleştirilmesi için tarafların talebinin aranması daha uygun olur. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda icra takiplerinin birleştirilebileceğine dair bir düzenleme yoktur ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmü kıyasen uygulanmaktadır. Hâkimin hukuku uygulaması ve yorumlaması ile icra müdürününki bir değildir. Bu takipler ayrı başlatılabilen takipler olduğuna göre, kanaatimizce icra müdürünün bu takipleri re'sen birleştirme yetkisi mevcut değildir.

Sonuç

7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na 305/A maddesi eklenmiş ve bu düzenleme ile tahkim yargısında mevcut olan hakem kararlarının tamamlanması müessesesi, devlet yargısı bakımından da kabul edilmiştir. Artık devlet yargısında da, talep üzerine veya re'sen karar verilmesi gereken bir hususta, hâkimin kısmen veya tamamen karar vermeyi unutmaması sebebiyle hükümde bir eksiklik bulunursa, hükümün tamamlanması yoluyla bu eksiklik giderilebilmektedir.

Hükümün tamamlanması, usûl ekonomisi ilkesi ve etkin bir hukukî korunmanın sağlanması bakımından son derece yerinde bir düzenlemedir. Ancak hükümün tamamlanmasına ilişkin bu düzenleme ile bazı sorunların meydana gelmesi de muhtemeldir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle kanaatimizce bazı önemli hususlar muğlak kalmıştır.

Özellikle hükümün kesinleşmesi ve icrası noktasında; ilk karar ile ek kararın ayrı ayrı kesinleşmesi sebebiyle çelişkili kararların ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. İlk karar ve ek kararın birbirlerinden ayrı icra edilip edilemeyeceği ve bu iki kararın ayrı ayrı icra edilirse bu takiplerin birleştirilip birleştirilemeyeceği de bir başka sorunu oluşturmaktadır.

Hükümün tamamlanması müessesesine ilişkin tespit edilen sorunlar kapsamında çalışmada özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Kanun yoluna başvuru süreleri ayrı işleyeceğinden ilk kararın ve ek kararın kesinleşmesi de birbirinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Bu kapsamda her iki karara karşı ayrı ayrı istinaf kanun yoluna başvurulursa, bu dosyaların birleştirilmesi uygun olur. İlk karara karşı kanun yoluna başvurulmaz ve ek karara karşı kanun yoluna gidilirse, bu durumda ilk karar, ek karar bakımından kesin hüküm oluşturur. Tam tersi bir durumda, bir başka ifadeyle ek karara karşı kanun yoluna gidilmez,

ancak ilk karar kanun yolu incelemesi neticesinde kaldırılır veya bozulursa, ikili bir ayırım yapılarak sonuca ulaşılmalıdır:

a. Ek karar, bağımsız bir hükme konu olacak nitelikte bir dava konusuna ilişkin ise bu durumda kararların birbirlerini etkilemesi mümkün olmadığından, hükmün kesinleşmesi bağlamında bir sorun yoktur.

b. Ek karar, bağımsız bir hükme konu olacak nitelikte bir dava konusuna ilişkin değilse, bir başka ifadeyle ilk karar ile ek karar birbirlerini etkileyen kararlarsa, bu durumda ek kararın kesinleşmesi ile hukukî ilişkinin esası bakımından da bir kesin hüküm meydana gelmektedir. Bu sebeple ilk karara karşı gidilen kanun yolunda, artık ilk karar bu yönden kaldırılamaz veya bozulamaz. Ancak kesin hüküm göz ardı edilerek ilk karar hukukî ilişkinin esası bakımından kaldırılır veya bozulur ve bu karar da kesinleşirse; bu durumda hukukî ilişkinin esası bakımından tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ve birbirleriyle çelişen iki kesin hüküm mevcut olacağından, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurularak ikinci kesin hükmün iptali sağlanmalıdır. Buna karşılık ek karar sadece yargılama giderleri veya vekâlet ücretine ilişkinse, ilk karara karşı gidilen kanun yolu, ek kararı da kapsar ve kanun yolu incelemesinin neticesi ek kararı etkiler.

2. İlk karar ve ek kararın icrası bakımından bu kararların ayrı ayrı icra edilmeleri kanaatimizce mümkündür. Bu kararlar ayrı birer nihai karar olduğundan ve birbirinden bağımsız olarak kesinleşip, kanun yoluna başvuru süreleri de ayrı ayrı işlediğinden, bu kararların birbirlerinden ayrı icra edilmeleri de mümkündür. İcranın durdurulması ve iadesi de her karar için ayrı talep edilmelidir. Ancak ek karar, kesinleşmeden icra edilemeyecek bir dava konusuna ilişkin yargılama gideri veyahut da onun fer'isi nitelikte bir yükümlülüğe ilişkin ise, ilk karar kesinleşmeden ek kararın da icra edilebilmesi mümkün değildir.

3. İlk karar ve ek karar ayrı icra takiplerine konu olduysa, aralarında bağlantı bulunmak şartıyla ve takip ekonomisini zedelemeyecek şekilde bu takiplerin birleştirilmesini talep etmek mümkündür. Ancak bu takipler birleştirilse dahi birbirinden bağımsızdır ve her takip kendi içerisinde müstakildir.

4. İfade edilen hususların hukukumuzda kanunî bir düzenleme ile netliğe kavuşturulması gerekir. Örneğin hükmün tamamlanmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A hükmü şu şekilde değiştirilebilir: “(1) Taraflardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren *on beş* gün içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. (2) *İlk karar ve ek karar bakımından kanun yolu süreleri, ek kararın verilmesinden itibaren işlemeye başlar.*

Hükümün tamamlanması yoluna başvurulabiliyor ise, aynı husus istinaf sebebi yapılamaz.”

Kanun’un hükümün tamamlanması talebi ile usûlünü düzenleyen 306’ncı maddesine ise “*hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar, bağımsız bir nihai karardır*” veya “*hükümün tamamlanması sonucu verilen ek karar, ilk kararın bir parçasıdır*” şeklinde bir cümle eklenerek, hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin bir netlik getirilmesi faydalı olur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akkaya T, ‘Medenî Usûl Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması’ (2021) 25(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-60.
- Arslan AS, ‘Yargıtay Kararları Işığında İcra Takiplerinin Birleştirilmesi’ (2017) 13(37) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 355-372.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021).
- Arslandoğan B, ‘Alman Yargılama Hukukundaki Düzenleme Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ‘Hükümün Tamamlanması’ Başlıklı 305/A Hükümüne İlişkin Değerlendirmeler’ (2021) 9(1), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-133.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku (İcra)* (4. Bası, Yetkin 2021).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2021).
- Bahadır Z, *Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar* (Yetkin 2018).
- Belgin Güneş D, ‘Medenî Usûl Hukukunda Hükümün Tamamlanması (HMK m 305/A)’ (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313-328.
- Bloomeyer A, ‘Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları’ (Çeviren: İrfan Yazman) (1968) 25(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-238.
- Boran Güneysu N, *Medenî Usûl Hukukunda Karar* (Adalet 2014).
- Deren-Yıldırım N, *Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları* (Alfa 1996).
- Elzer O, *Beck’scher Online-Kommentar ZPO* (Hrsg: Vorwerk/Wolf) 40. Edition, 01.03.2021, ZPO § 321, Rn 1-54.
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (2. Bası, Yetkin 2020).
- Ermenek İ, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Yetkin 2014).
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin 2009).

- Hendem B, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: Hükümün Tamamlanması' (2021) 17(49) *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 611-655.
- İyilikli AC, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin 2016).
- Kiraz TÖ, 'Hükümlerin Tavzihine İlişkin Bazı Tespitler' (2002) 1(2) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 127-154.
- Kuru B ve Aydın B, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku* (Legal 2016).
- Meriç N, 'Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları' (2007) 2 *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 377-434.
- Musiellak HJ, *Münchener Kommentar zur ZPO* (6. Auflage 2020).
- Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (6. Bası, Adalet 2017).
- Özbay İ ve Erdem M, 'Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m 437)' (2013) 1(2) *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45-75.
- Özekes M ve Boran Güneysu N, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı* (HMK m. 353/1-a-6) (On İki Levha 2021).
- Özkaya-Ferendeci HÖ, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009).
- Öztek S, Taşpınar Ayvaz, S ve Kale S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' (2020) 149 *TBB Dergisi* 77-152.
- Öztürk İ, 'Bir Hükümün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu' (2015) 5(2) *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 139-164.
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi' (Lexpara Blog, 30 Mart 2020) < <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> > Erişim Tarihi 01 Ekim 2020.
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme' (Değerlendirme) (2020) 150 *TBB Dergisi* 247-299.
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (Ders Kitabı)* (8. Bası, On İki Levha 2020).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019).
- Prütting H und Gehrlein M, *ZPO Kommentar* (Bearbeiter: Christoph Thole) (1. Auflage, Luchterhand Köln 2010).
- Saenger I, *Zivilprozessordnung* (9. Auflage 2021).
- Selçuk S, 'Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebep İptal Talebinde Bulunulmasında Hukukî Menfaat' (2018) 1 *Ankara Barosu Dergisi* 273-295.
- Tanrıver S, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996).
- Tutumlu MA, 'Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükümün Tamamlanması' (Zorunlu) (2013) 11(132) *Legal Hukuk Dergisi* 53-64.
- Tutumlu MA, 'Hukuk Davalarında Hükümün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları' (Hükümün Tamamlanması) (2020) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 403-414.
- Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflâs Hukuku* (8. Bası, Beta 2021).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 27.12.2021
Revizyon Talebi: 02.01.2022
Son Revizyon Tarihi: 14.06.2022
Kabul: 22.06.2022

Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi

Abdurrahman Savaş*

Öz

Roma Hukukunda esas olarak iki sorumluluk prensibi mevcuttur. Bunlar objektif ve sübjektif sorumluluk prensipleridir. Haksız fiiller alanında çok eski dönemlerden itibaren sübjektif sorumluluğa geçiş başlamıştır. Lex Aquilia kanunu bu konuda bir dönüm noktasıdır. Klasik hukuk döneminde, sözleşmeler alanında asıl olan objektif sorumluluk olup en yaygın görünüş biçimi olarak custodia sorumluluğu cari olmuştur. Bu anlayışta sorumluluğa neden olan duruma sebebiyet veren kişi bunun nedenine bakılmaksızın sonuçlarına katlanır. Öte yandan iyiniyet sözleşmelerinde ise kasttan sorumluluk bu dönemde kabul edilmeye başlanmıştır. Klasik sonrası dönemde ise kusur sorumluluğu benimsenmiş ve ihmal de sorumluluğun belirlenmesinde hesaba katılır olmuştur. Objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa geçiş, sorumluluğa neden olan durumun araştırılmasını ve hukuka aykırı sonucun meydana gelmesinde borçlunun kusurunun aranmasını gerektirmiştir. Kusuruna göre borçlunun sorumlu tutulması esası ise beraberinde kusurun nasıl belirleneceği sorunsalını da getirmiştir. Kusur (culpa), kast (dolus) ve ihmal (culpa) olarak ayrılmış ve ihmal de kendi içerisinde hafif ihmal (culpa levis) ve ağır ihmal (culpa lata) olarak ölçeklendirilmiştir. Her ne kadar Roma hukukunun tarihsel süreci içerisinde kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir gidişat yaşanmış ve sorumluluğun hesabında ilgilinin kusuru derecelendirilip hesaba katılmaya çalışılmış olsa da günümüzde hakkaniyetin sağlanabilmesi için kusursuz sorumluluğun kabul edilip yaygınlaştırıldığı alanlar da artmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Objektif Sorumluluk, Sübjektif Sorumluluk, Kusur, Kast, İhmal, Ağır İhmal, Hafif İhmal, Gözetim Sorumluluğu, Özen Sorumluluğu, Fayda Prensibi

The Process of Transforming Strict Liability into Liability for Fault in Roman Law, and the Effect This Transformation Has Had on Modern Law

Abstract

Roman Law had two basic principles of liability: the principles of objective and subjective liability. In the field of tort law, the principle of objective liability had started turning into subjective liability. The Lex Aquilia was a landmark in this regard. During the classical law period, the main principle of liability in the field of contract law was objective liability, and custodia liability was the most common form of strict liability. According to this understanding, the person who gave rise to the situation that caused the responsibility bears the consequences regardless of the reason. On the other hand, liability based on intent (dolus) began being accepted in the bonae fidei contracts in this period. In the post-classical period, fault liability was adopted, with negligence being taken into account when determining liability. The transition from objective liability to subjective liability necessitated the situation that had caused the liability to be investigated and to seek the fault of the debtor in the occurrence of an unlawful outcome. The basis of holding the debtor responsible according to his fault has brought with it the problem of how to determine fault (culpa). Culpa is divided into intent (dolus) and negligence (also culpa), and negligence is scaled to slight negligence (culpa levis) and gross negligence (culpa lata). Although the trend was found from strict liability to fault liability in the historical course of Roman law, these days

* **Sorumlu Yazar:** Abdurrahman Savaş (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: abdurrahman.savas@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3832-484X

Atf: Savaş A, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 537. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0006>



the fault of the related person is rated and taken into account when determining responsibility to be able to maintain the equity (*aequitas*), and the areas where strict liability is accepted are also increasing.

Keywords

Objective Liability, Subjective Liability, Fault, Intent, Negligence, Gross Negligence, Slight Negligence, Custodia Liability, Diligentia Liability, Utilitas Principle

Extended Summary

Liability expresses the responsibility individuals have to fix the damage they have caused to others. This responsibility may arise from a contract or tort, as well as from the law. One of the crucial problems of determining a debtor's liability is whether it should be assessed by evaluating only external factors or by also evaluating internal factors. When taking objective factors into account, the liability of the debtor is a strict liability. However, to consider subjective factors means that liability is based on fault.

Different types of liability were practiced in Roman law, which lasted almost 1,300 years. Initially, the rule generally was strict liability. Afterwards, first in tort law and then in contractual law, fault liability occurred. In the period of Justinian I, however, fault liability became the rule.

Beginning in the middle of the Regnum period, the evolution toward fault liability commenced by means of intent, as sought for in tort law. In the Laws of the Twelve Tables, only intent was sought for liability in murder. With the *Lex Aquilia* adopted toward the end of the 3rd century BC, negligence was also considered sufficient for the existence of liability in the field of wrongful acts resulting in damage to property.

The idea of being careful and not harming others originated in Greek philosophy and was seen to be effective in the transition from strict liability to fault liability, which developed as a measure of responsibility. The owner and father of the family (*pater familias*) was considered responsible for the wrongful acts and damages caused by the slaves and members of the family (*filius familia*) as well as the pets owned.

With *Lex Aquilia*, negligence being accepted as adequate for the existence of liability resulting in damage to property also affected liability as understood in contract law, and the transition to fault liability began.

The rule of "Uti lingua nuncupassit ita ius esto (as he declares orally, be that law)" which emerged in the old legal period regarding giving loans and was present in the Laws of the Twelve Tables, states that strict liability also applies to contracts. With the pre-classical legal period, the concepts of *dolus* and *culpa* began to find places for themselves. However, the concept of strict liability did not come to an end and continued to be in practice. With regards to debts imposed upon parties,

the differences contracts had in their structure prevented the application of a single liability criterion for all contract types. For this reason, different liability criteria were in put into practice together, as had been the case in the pre-classical legal period when the transition first commenced. One criterion of liability current in that period was *custodia* (supervisory) liability. After this, *diligentia* can be mentioned as the first milestone of fault liability and *utilitas* as a special application of *diligentia*. In the era of Justinian I, the prevailing principle was *omnis culpa* liability, which expresses responsibility for all faults.

Custodia liability was usually practiced in contracts when the debtor held property belonging to the creditor for his own benefit. As the prevailing principle throughout the classical period, *custodia* liability included unexpected situations (*casus fortuitus*), and thus also calls to mind guarantee liability. As a rule, a debtor was not liable for force majeure (*vis maior*) except in cases of default where the debtor's liability expanded to include *vis maior*.

Starting in the post-classical period and based on slight negligence, *diligentia* liability was accepted by taking into consideration the care that a good head of household (*pater familias*) should show. *Diligentia* liability is the subjectivation of *custodia*, which expresses objective liability. Later in the post-classical period, the importance Christianity attached to will greatly impacted the acceptance of fault liability. Being based on culpa (negligence), *diligentia* liability was objectified by seeking out the attention and care (*culpa in abstracto*) that a good *pater familias* should show. This objective liability, in terms of some *obligatio*, could also be combined with subjective elements by seeking the attention and care that the debtor should show in his own affairs. This criterion was expressed as *culpa in concreto* and constituted the lightened version of *diligentia*. During the reign of Justinian I, *culpa* liability became properly clear. Failing to show the attention and care that anyone is able to show was expressed as *culpa lata* (gross negligence) and considered equal to intent. In this period, the benefit obtained from the contract was taken into account in order to determine the degree of liability of the debtor, and the attention and care a debtor should show increased if the debtor had more benefits. However, some relationships such as *mandatum* (mandate) and *negotiorum gestio* (acting without authority) placed the care and attention required by the debtor who had no interest at the highest level.

Due to the changes that took place in technology and social life with the Industrial Revolution, fault liability has become insufficient for eliminating the damages individuals suffered. Increased employment rates and expansion of activities and businesses that pose grave dangers to the people and environment have led to a return to strict liability. In this context, certain persons such as those who employ others,

who have animals and are the heads of households, or who are owners of building facilities are held responsible for the damages suffered by others under certain conditions, even if they are not at fault. To accept all these responsibilities, rules similar to those in Roman law have been accepted, and the principle of strict liability was put into practice once again as it had in the past.

Some of these liabilities appear to be based on aggravated versions of *diligentia* liability, while others are based on hazard, and others still are just simply based on the causation principle.

Fault liability also means responsibility arising from all kinds of fault, especially intent, just as it had been in late Roman law. *Utilitas* is also a principle of Roman law that is currently used to determine liability in today's modern law. Modern law has deemed *vis maior* to be a reason that interrupts the causal link and accepts it as a case that prevents the emergence of liability. Concordantly, the debtor who is under the fault liability will also be accepted as liable for unexpected situations in case of default.

Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi

Giriş

Hukuk, sosyal düzeni sağlamak amacı ile çeşitli kurallar koyar ve muhatapları olan kişilere çeşitli ödevler yükler. Bu ödevlerden birisi belki de en eskisi, başkalarına zarar vermemektir. Hukukun koymuş olduğu kurallara aykırı davranılarak başkalarına zarar verildiğinde ise hukuk devreye girerek zarar veren kişiye, vermiş olduğu bu zararı gidermesini emreder. Sorumluluk da bu anlamda kişilerin vermiş oldukları zararları giderme yükümlülüklerini ifade eder¹.

Sorumluluk kavramı çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki gerçek ve teknik anlamı ile borçlunun vermiş olduğu zararı ne ile ya da nasıl gidereceğini belirtir. Bu anlamdaki sorumluluğa “-ile sorumluluk” adı verilmektedir. Sorumluluğun gerçek ve teknik anlamını ifade eden “-ile sorumluluk”, şahıs ile sorumluluk ve malvarlığı ile sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Şahıs ile sorumlulukta alacaklı, alacağını elde edebilmek için borçlunun şahsına el atabilmektedir. Eski toplumlarda ve hukuklarda yaygın olarak görülen ve alacaklıya, borçluyu öldürme, köleleştirme ya da hapsetme yetkileri veren bu usul, günümüzde çok küçük bazı istisnalar² dışında tamamen ortadan kalkmıştır³.

Sorumluluğun diğer anlamı ise borçlunun sorumluluğunun kaynağını ifade eder. Bu sorumluluğa ise “-den sorumluluk” adı verilir⁴. Bu anlamda borç, sözleşmeden ya da haksız bir fiilden doğabileceği gibi doğrudan bir kanun hükmünden de kaynaklanabilir.

Roma Hukukunda milattan sonra ikinci yüzyılın ortalarında yaşamış olan Gaius, Institutiones’inde borcun kaynaklarını şu şekilde ifade etmiştir:

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası Yetkin 2020), 87; Türkan Rado, *Roma Hukuk Dersleri Borçlar Hukuku* (14. Bası Filiz 2018); Henri Descheanux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku* (1983) 1; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Bası AÜ 1979) 260; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (6. Bası, Filiz 2014) 26.

² İcra ve İflas Hukukunda borçlu, kendisine karşı bir icra takibine başlanması durumunda gerek kendi nezdinde gerekse üçüncü kişiler nezdinde bulunan malvarlıklarını beyan etmek ve borcunu nasıl ödeyeceğini açıklamak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen borçluya karşı İcra İflas Kanununun 76. maddesi uyarınca mal beyanında bulununcaya kadar ve üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik yaptırımı uygulanabilir. Bunun uygulanabilmesi için alacaklının talebi ve hâkimin kararı gerekir. Anayasa m 38/VIII’da yer alan hiç kimsenin sadece sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesi sebebi ile hapis cezası ile cezalandırılmayacağına ilişkin ilkesel düzenleme karşısında İİK m 76’da yer alan tazyik hapsinin değerlendirilmesi konusunda bkz Ünal Altınöz, *İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019) 119 ff. 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 5. maddesinde de karşılıksız olarak keşide edilen çeklerden dolayı kesilen para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerin, her ne kadar doğrudan verilen zararın karşılığını oluşturmaları da sonuç itibari ile bir borcun yerine getirilmemesi ile ilgili olarak verilen hapis cezaları olmaları bakımından, Roma Hukukundan gelen şahıs ile sorumluluğun izlerini taşıdığı söylenebilir. Kanaatimizce doğrudan ya da dolaylı olarak da olsa borcun ödenmemesi sebebine dayanan tazyik hapsi, adına ceza denmesi de Anayasa m 38/VIII’de yer alan kural ile bağdaşmamaktadır.

³ Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku* Ders Kitabı (2. Bası Seçkin 2021) 361.

⁴ Eren (n 1) 89; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (Beta 1989) 55; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 26.

Gai Ins. 3.88. “*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex concontractu nascitur uel ex delicto.*”

Gai Ins. 3.88 “Şimdi borçlara geçelim, bunlar iki ana kısma ayrılır: Nitekim her borç ya bir sözleşmeden ya da bir haksız fiilden doğar.”

Gaius'un *Institutiones*'inde belirtmiş olduğu bu ayrıma daha sonra *Digesta* D. 44.7.1.pr'de yapılan “*obligationes ex variis causarum figuris*” şeklinde bir ekleme ile borcun diğer bazı nedenlerden de doğacağı ifade edilmiştir. Bu nedenlerin neler olduğu açıklanmamıştır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ise sözleşme ve haksız fiil yanında daha belirsiz olan bu alan ikiye ayrılarak sözleşme benzerleri (*quasi contractus*) ve haksız fiil benzerleri (*quasi delictum*) olarak ifade edilmiştir.

Ius I. 13.3.2 “...*Sequens diuisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio....*”

Ius I. 13.3.2 “...Bir diğer tasnife göre borçlar dörde ayrılır: Sözleşmeden doğanlar, sözleşme benzerlerinden doğanlar, haksız fiilden doğanlar ve haksız fiil benzerlerinden doğanlar...”

Borcun kaynağını sözleşme oluşturuyorsa borçlu, bu sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Bu bir verme (*dare*) edimi olabileceği gibi yapma (*facere*) veya yapmama (*non facere*) edimi şeklinde de olabilir. Bu açıdan bakıldığında sözleşmeden kaynaklanan borçlar açısından “ile sorumluluk” ikincil bir sorumluluktur. Çünkü borçlu, öncelikle sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Borçlunun sorumluluğu ancak bu borcu yerine getirmediği zaman meydana gelen zararı tazmin etmek şeklinde ikincil bir sorumluluk olarak ortaya çıkar⁵.

Sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getir(e)meyen ya da haksız bir fiille başkasına zarar veren kişinin vermiş olduğu bu zarardan sorumlu olup olmayacağı, sorumlu olacak ise sorumluluğunun sadece zararın meydana gelmiş olmasına bakılarak mı yoksa bu zararı vermesinde etkili olan başka iç ve dış faktörlere bakılarak mı belirleneceği sorunu ile karşılaşılır. Bu durumlarda borçlunun sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan ayırım, borcun doğumunda kusurun aranıp aranmayacağına ilişkin olarak yapılan ayırımdır. Bu ayrıma göre sorumluluk kusura dayanan sorumluluk ve kusura dayanmayan sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Yapılan bu ayırım hem haksız fiilden hem de sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklar için söz konusu olabilir⁶.

Roma hukuku MÖ 753 yılında devletin kuruluşundan *Iustinianus*'un ölüm tarihi olan MS 564 yılına kadar yaklaşık 1300 yıl devam etmiştir. Bu uzun süre içerisinde

⁵ Söğütü (n 3) 366.

⁶ Rado (n 1) 22; Eren (n 1) 555.

gerek kaynağı gerekse kusura dayanıp dayanmaması açısından farklı sorumluluk türleri ve bunlara ilişkin prensipler ortaya çıkmıştır. Özellikle kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluğa ilişkin prensipler bu uzun zaman dilimi içerisinde birlikte uygulanmıştır. Bazı dönemlerde bu prensiplerden birisi diğerine nazaran daha ön planda olmuş, başka bir zaman diğer prensip öne çıkmış, ancak hiçbir zaman sadece bir prensip tek başına uygulanmamıştır⁷. Zaman içerisinde değişen bu durum günümüze kadar uzanmış ve modern kanunları da etkilemiştir⁸.

I. Kusura Dayanan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluk Ayrımı

Borçlunun sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda borcunu yerine getirmemesinin nedenlerini araştırmadan sadece sonuca yani borcun yerine getirilmemesine bakarak kendisinin sorumluluğuna gidilmesine objektif sorumluluk ya da sonuç sorumluluğu adı verilir. Aynı şekilde başkasına zarar veren bir davranışın söz konusu olduğu durumlarda sadece zararın meydana gelmesine bakılarak bu zararı meydana getiren kişinin sorumluluğuna hükmedilmesine de aynı düşünceden hareketle sebep sorumluluğu adı verilir⁹. Buna karşılık sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edilmemesinin nedenlerini araştırarak bunun borçluya yüklenmesinin mümkün olduğu hallerde kendisinin sorumluluğuna gidilmesi subjektif sorumluluk olarak isimlendirilir¹⁰. Aynı şekilde başkasına zarar veren bir eylemin gerçekleştirilmesi durumunda bu zararı gerçekleştiren kişinin psikolojik durumunu ve düşüncelerini araştırarak kendisinin sorumluluğuna gidilmesi de yine subjektif sorumluluk kapsamında yer alır. Her iki durumda da aslında borçlunun ya da zarar veren kişinin borca aykırı veya zarar verici davranışı yapmasında etken olan düşüncesinin araştırılması ve tespit edilmesi söz konusudur. Kusur olarak isimlendirilen bu düşünce, zarara sebep olan kişinin hukuk düzenince belirlenen model davranışa aykırı olan düşüncesidir. Bununla birlikte kusur, objektif ve subjektif açılardan tanımlanmaktadır. Bir görüş kusuru hukuka aykırı ve zararlı sonucu meydana gelmesini istemek ya da bu sonucu istememekle birlikte bu davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak şeklinde tanımlanmaktadır¹¹. Diğer bir görüş ise soruna davranış odaklı yaklaşmakta ve kusuru, hukuk düzenince kınanan ve hoş görülmeeyen davranış biçimi şeklinde tanımlanmaktadır¹².

Kusursuz sorumluluk, uygulanması ve sorumlusunun tespiti kolay olan bir sorumluluk türüdür. Sadece dış unsurlara bakar ve zarara neden olan kişiyi sorumlu

⁷ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku (Der 2020) 44; Özlem Söğütü Erişgin, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta Casus ve Vis Maior' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 505.

⁸ ibid 47.

⁹ Eren (n 1) 557-558; Rado (n1) 22.

¹⁰ İnan (n 1) 262.

¹¹ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (15. Bası Vedat 2021) 54.

¹² O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (1. Bası Legal 2015) 22; Eren (n 1) 643.

tutar. Roma hukukunda haksız fiillerde çok eski dönemlerde ve sözleşmeler alanında da neredeyse imparatorluğun sonuna kadar bu sorumluluk türü etkili olmuştur. Kusursuz sorumluluk ile başlayan süreç bir süre sonra kusur sorumluluğuna doğru evrilmeye başlamıştır. Haksız fiiller alanında çok erken dönemlerde kusursuz sorumluluk ilkesi yerini kusur sorumluluğu ilkesine bırakmıştır. Buna karşın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında, kusursuz sorumluluk uzun bir süre daha varlığını sürdürmüştür, bir süre farklı sorumluluk kıstaslarına bağlı olarak kusur sorumluluğu ile birlikte uygulanmış ve ancak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu hâkim ilke haline gelmiştir.

II. Haksız Fiillerde Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşümü

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi Roma hukukunda borç, haksız fiiller ve sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar Gaius'un yapmış olduğu bu ayrımı daha sonraları içeriği belirsiz olan 'diğer bazı durumlar' şeklinde bir kaynak daha eklenmiş ve bu da *Iustinianus* tarafından sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri olarak tekrar ikiye ayrılmış olsa da temelinde yine haksız fiil ve sözleşme ayrımına dayanmaktadır. Bu sebeple her bir sorumluluk kaynağı açısından kusurun etkisi ve dönüşümü ile bu dönüşümün modern hukuka etkisi haksız fiiller ve sözleşmeler açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

B. Roma Hukukunda Haksız Fiil Kavramı

Roma hukukunda haksız fiiller alanında kusurun etkisine geçmeden önce haksız fiillere ilişkin temel sorunlara göz atmakta yarar vardır.

Roma *Civitas*'ı, ortaya çıkışı ile birlikte doğrudan toplum düzenine müdahale etmeye başlamamış, toplumda önceden uygulanagelen kuralların varlığını devam ettirmesine müsaade etmiştir. Bununla birlikte gerektiğinde ve gerektiği kadar bir müdahale söz konusu olmuştur. Bu bağlamda Romalılar atalarından kendilerine intikal eden örf ve adet kuralları ile bu kurallara uygun olarak oluşturdukları XII Levha kanunları ve yorumundan oluşan hukuk birikimini, yeni ortaya çıkan sosyal sorunları çözmek için çıkardıkları az sayıda kanun ile desteklemişlerdir¹³. Diğer eski kavimler gibi Romalılar da geleneklerine bağlıydılar ve sırf eski olduğu gerekçesi ile bir şeyi özellikle de hukuk kuralını yıkmayı akıllarından geçirmezler¹⁴. Geçmişten intikal eden örf ve adet kurallarıyla mevcut toplum yapısı ve sosyal

¹³ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri* (14. Bası Der 2020) 55. Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, (Çev Ziya Umur), (2. Bası İ.Ü Yayını 1959) 5.

¹⁴ Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Seriveni*, (3. Bası Arı Sanat 2017) 146.

düzen sağlanmaya devam ettiği sürece devletin müdahalesi söz konusu olmaz ve ancak bu kurallara aykırı şekilde ortaya çıkan toplum düzenini bozucu davranışların meydana gelmesi halinde devlet bunlara müdahale ederdi. Bu kurallar da eski hukuk döneminde *comitialar* 'da kabul edilen *lexler* ile gerçekleşirdi¹⁵.

Roma hukukunda suç ile haksız fiil arasında bir fark söz konusu değildi. Suç sayılan bütün fiiller aynı zamanda haksız fiil de oluşturmaktaydı. Bununla birlikte bazı suçlar cezai müeyyide ile birlikte zararın tazminini de gerektirirken bazı suçlar ise sadece cezai müeyyideye bağlanmışlardı. Suçlar kamu suçları (*delicta publica*) ve özel suçlar (*delicta privata*) şeklinde ikiye ayrılıştı¹⁶.

İlk dönemlerde devletin topluma ve hukuka müdahale etmedeki bu çekimser davranışı haksız fiiller alanına da yansımıştı. Devlet toplumda meydana gelen her türlü hukuka aykırı davranışa müdahale etmiyordu. Devletin müdahalesi ancak tüm toplumu etkileyecek ağır suçlar işlendiğinde söz konusu olurdu. Bunlar da düşmanla işbirliği gibi vatana ihanet olarak değerlendirilen eylemler, devlet başkanına karşı suikast ya da bir aile babasının aile evladı tarafından öldürülmesi (*parricidium*) gibi toplumu ve *civitas* 'ı derinden etkileyecek suçlardı¹⁷. Bu ağır suçlara verilen ceza genellikle idamdı¹⁸. *Delictum publicum* olarak isimlendirilen ve devlet müdahalesinin söz konusu olduğu bu tür suçlara çoğunlukla *crimina* adı verilmekteydi¹⁹. Devletin gücünün artması ve toplum hayatına daha fazla müdahale etmeye başlaması ile birlikte bu tür suçların sayısının arttığı görülmektedir²⁰.

Delictum publicum tabiri ile ceza hukuku kastedilmekteydi. Bu kapsamdaki zarar verici eylemler ya resen devlet tarafından ya da bir vatandaş tarafından takip edilebilirdi. *Actio Populares* olarak isimlendirilen ve her Roma vatandaşı tarafından

¹⁵ Di Marzo (n 13) 5.

¹⁶ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, (17. Bası Turhan 2014) 276.

¹⁷ Fulya İlçin Gönenç, 'Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi' (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı) 13, 18; Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı*, (Derin 2008) 12; Rado (n 1) 141. *Delictum publicum-delictum privatum* ayrımında etkili olan ölçütün suçun mağdurunun kimliği olduğu da ifade edilmektedir, bkz Sevgi Kayak, 'Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48.11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 745. Bununla birlikte herhangi kamusal bir statüsü olmayan aile babasına karşı işlenen suçların *delictum publicum* kapsamında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, aile babasının statüsü ve *familia* 'nin Roma toplumunun temeli olması sebebi ile ona karşı işlenen suçun, sonuçta tüm toplumu etkileyeceğinin kabul edildiği söylenebilir.

¹⁸ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası Beta 2010) 390; Eşref Küçük, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*, (Adalet 2013) 25.

¹⁹ Max Kaser, *Roman Private Law*, (4. Bası Gutenberg 1984), 249; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (3. Bası Rustica Cape Town 1996) 917; Karadeniz Çelebican (n 16) 276.

²⁰ Karadeniz Çelebican (n 16) 276. Tam olarak aynı kapsamda olmasa da bugün Ceza Kanununda yer alan takibi şikayete bağlı suçlar açısından, devletin hemen müdahale etmeyerek mağdurun ya da zarar görenin şikayetini aramasında bu anlayışın kısmen de olsa devam ettiğini söylemek mümkündür.

açılabilen bu davalarda verilen karar devlet tarafından uygulanırdı²¹. Para cezasının söz konusu olduğu bu davalarda alınan para ya devlete ya da kısmen devlete kısmen de davayı açan kişiye kalırdı²².

Buna karşın kişilerin özel çıkarlarını ihlal eden davranışlar söz konusu olduğunda bu eylemlerden doğan sorumluluğun takibi zarar gören kişiye bırakılmıştı ve devlet müdahalesi söz konusu olmazdı. Bu tür zarar verici eylemlere ise *delictum privatum*²³ ya da sadece *delicta*²⁴ tabiri kullanılmaktaydı. Bununla birlikte bu ayırım tamamen kavramsal olup modern hukuktaki gibi bir haksız fiil ve suç şeklindeki ayırma karşılık gelmiyordu²⁵.

Tüm topluma zarar vermeyen ve sadece kişisel çıkarları ihlal eden suçların takibi bu eylemlerden zarar gören kişilere bırakılmış olduğundan bu davalar ilgili kişi tarafından açılır ve yargılama sonucunda mahkûmiyet olarak verilen para cezası devlete değil davayı açan haksız fiilin mağduru kişiye ödenirdi²⁶. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkûm olan kişinin belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde yerine getirmesi gereken borç, bir zararı giderme borcu değil *poena* olarak ifade edilen bir cezanın ödenmesine ilişkin borçtur. Bu gaye ile Roma hukukunda haksız fiillerin takip edilmesindeki esas amaç, mağdur olan kişinin mal varlığında meydana gelen azalmayı gidermek değil haksız fiili işleyen kişiyi cezalandırmaktır²⁷.

Ius civile tarafından tanınan haksız fiiller dört taneydi. Bunlar *iniuria*, *furtum*, *rapina* ve *damnum iniuria datum* olarak isimlendirilen ve özel hukuk içerisinde yer alan suçlardı (*delicta privata*). Bu suçlar, devlet tarafından takip edilmeyip suçun mağduru tarafından takip edilen ve Roma borçlar hukukuna göre işleyeni borç altına sokan eylemler olduğundan, mağdur isterse bu haksız fiili işleyen kişiyi borçtan kurtarabilirdi²⁸.

²¹ Somer (n 16) 12. *Actio popularis*'in hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Tartışmalar başlıca bu davayı kim ya da kimlerin açabileceği ve dava sonucunda hükmedilecek para cezasının kime ödeneceği noktasında toplanmaktadır. Ayrıca bu dava ile korunan yararın özel ya da kamu yararı mı olduğu, açılacak davanın özel hukuk davası mı yoksa kamu hukuku davası mı olduğu, yine davanın *ius civile* davası mı *ius honorarium* davası mı olduğu hususları da tartışılan noktalar. Şunu da ifade etmek gerekir ki bu tartışmalar olaylara pratik açıdan yaklaşan ve somut olaylar üzerinden hareket eden Romalı hukukçuların yaptığı tartışmalar olmayıp Romanistler tarafından yapılan tartışmalardır. Bu davanın kadın ve çocuklar dışında herkes tarafından açılabilmesi, birden fazla kişi tarafından açılan davada en uygun davacının *praetor* tarafından belirleneceği ifade edilmektedir. *Actio popularis*'in Roma davalar sistemi içerisindeki yeri de *iudicium publicum* ile *actio privata* arasındadır. Halktan birisinin ithamı ile başlayan ve daha çok siyasal sistemi, kurum ve kişileri koruyan *accusatio publica* ile nispeten daha küçük topluluk menfaatinin korunmasına yönelik olan *actio popularis* arasında da bazı farklar bulunmaktadır. Bunlardan en dikkat çekici olanı, *actio popularis*'in bir özel hukuk davası şeklinde yürütülebiliyor olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Küçük (n 18) 72 ff.

²² Ziya Umur, *Roma Hukuk Lüğati*, (İstanbul 1983) 16.

²³ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (DEÜ 1993) 257; Elvan Sütken, *Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Eskişehir 2003) 81; Gönenç (n 17) 18; Somer (n 17) 12.

²⁴ Karadeniz Çelebican (n 16) 277, dn. 155.

²⁵ Küçük (n 18) 25.

²⁶ ibid 25-26.

²⁷ Rado (n 1) 141-142.

²⁸ H. Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, (AÜ 1959) 201; Somer (17) 14.

C. Kusursuz Sorumluluktan Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm

1. Ius Civile Tarafından Tanınan Haksız Fiiller Açısından

Roma Hukukunun çok eski dönemlerinde kişilerin işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı kusurları olmasa da sorumlu oldukları diğer bir ifade ile objektif sorumluluk esasının geçerli olduğu görülmektedir²⁹. Bu durumda failin sorumlu tutulabilmesi için fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli görülüyordu³⁰. Ancak bu ağır uygulamadan daha XII Levha kanunları zamanında vazgeçilmişti. XII Levha kanunlarına göre bir kişiyi kasten öldürmenin cezası kısastı. Ancak öldürme kasten gerçekleşmemişse, haksız fiil işleyen kişi mağdurun ailesine bir koç hediye ederek kısas uygulanmasına engel olabiliyordu³¹. XII Levha kanunlarında adam öldürmekten dolayı kısas cezasının uygulanması için açıkça kastın varlığı aranmasa da öldürme fiilinin kast olmaksızın (taksirle) gerçekleşmesi durumunda kısas cezasının uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum aslında sorumluluk için kastın arandığını ama bunun açıkça ifade edilmediğini çünkü o dönemin sorumluluk anlayışı olan objektif sorumluluk anlayışının buna gerek bırakmadığını göstermektedir. Ayrıca ilk zamanlarda kasten gerçekleşen hukuka aykırı davranışlar için *iniuria* kavramı kullanılmaktaydı. Bu kavram hukuka aykırılığı ifade etmekle birlikte bünyesinde bunun kasten gerçekleştirilmiş olmasını da barındırmaktaydı³². Daha sonra kabul edilen *Lex Aquilia* kanunu ile *culpa* ayrı bir unsur haline gelmiştir.

XII Levha Kanunlarında yer alan ve muhtevası Cumhuriyet dönemindekine göre daha dar olan *furtum*, taşınır mallara ilişkindir ve ayrıca bu eylemin nasıl işlendiği önemli değildir. Malikin bilgisi olmadan zorla ya da gizlice almak *furtum* için yeterlidir. Yine ilkel dönemde *furtum*'da dikkate alınanın kast unsurunu olmadığı, yalnızca maddi olayın gerçekleşmesi ve mağdura verilen zararın yeterli olduğu ifade edilmektedir³³. Bu yaklaşım ilk dönemlerde haksız fiiller konusunda da geçerli olan objektif sorumluluk anlayışı ile uyum içeresindedir. Fakat cumhuriyet döneminin ilerleyen zamanlarından itibaren her suçta sübjektif unsur olarak kast aranmaya başlanmıştır. Bu kapsamda hırsızlık için de manevi unsur olarak kast unsurunun olup olmadığına³⁴. Klasik dönem ve sonrasında da *furtum* için kast unsuru *dolus malus* şeklinde aranmaya devam etmiştir.

Eski hukuk döneminde kusurun varlığının aranıp aranmayacağı hususunda tartışmalar olan bir diğer suç *iniuria*'dır. Basit *iniuria*'nın işlenebilmesi için kasıt

²⁹ Karadeniz Çelebican (n 16) 288; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, (1. Bası Onikilevha 2020) 12.

³⁰ Rado (n 1) 143; Söğütlü (n 3) 374.

³¹ Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, (2. Bası Seçkin 2017) 139.

³² Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku*, (1. Bası Der 2005) 127; Bahar Öcal, 'Damnium İniuria Datum'da İniuria ve Culpa İlişkisi', (2011) (1) İÜHFD 345, 354 ff.

³³ Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Furtum*, (1. Bası İÜ 1975) 23; Söğütlü (n 3) 374.

³⁴ Erdoğan, *Roma Borçlar* (n 32) 123.

gerektiği ifade edilirken *membrum ruptum* ve *os fractum* olarak ifade edilen vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda kast unsurunun aranmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere XII Levha Kanunlarında adam öldürmeye yönelik olarak kast unsurunun arandığını, ok ya da mızrak ile kast olmaksızın birinin ölümüne sebep olunduğunda dinî inanışlardan kaynaklanan sebeplerle ölen kişinin anne ve babasına bir koç vermek gerektiği ifade edilmektedir. Kast ve taksir ayırımı ifade eden bu uygulamanın *membrum ruptum* ve *os fractum* gibi vücut bütünlüğüne tecavüz teşkil eden fiillerde de uygulanmaması için bir sebep bulunmadığı ifade edilmektedir³⁵.

Ius Civile tarafından kabul edilen haksız fiillerden bir diğeri ise *furtum*'un ağırlaştırılmış şekli olan *rapina*'dır. Günümüz hukukunda hırsızlık suçunun cebir ve şiddet ile birlikte işlenmesi sonucunda meydana gelen yağma suçuna karşılık gelmektedir. Halk arasında *gasp* olarak bilinen *rapina*, ilk zamanlarda *furtum* içerisinde değerlendirilmiş ve *furtum*'un özel bir türü olarak kabul edilmiştir. *Furtum*'un ağır türü olan ve çalınan şeyin değerinin dört katı bir cezanın söz konusu olduğu *furtum manifestum* olarak değerlendirilen *rapina*, MÖ 1 yüzyılda cebir şiddet kullanılarak yapılan hırsızlık vakalarındaki artış sebebi ile ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir³⁶. *Rapinanın* oluşabilmesi için malın sahibinin elinden zorla alınması gerekiyordu. Bu da *rapinanın* kast ile işlenebileceğini göstermektedir³⁷. *Rapina* için kast unsurunun varlığının arandığına ilişkin bilgiler hem *Gaius*'un *Institutiones*'inde hem de *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer almaktadır³⁸.

İlk dönemlerde haksız fiiller alanında hâkim olan objektif sorumluluk esasının krallık döneminin ortalarından itibaren kast unsurunun aranmaya başlanması suretiyle kusur sorumluluğuna doğru dönüşmeye başladığı görülmektedir. Bununla birlikte bu dönem açısından dikkati çeken husus kast unsurunun (*dolus*) hukuka aykırılığın içerisinde zaten mevcut olduğu düşüncesiyle açıkça zikredilmemiş olmasıdır³⁹.

Ius Civile tarafından kabul edilen diğer bir haksız fiil ise mala verilen zararları ifade eden *damnum iniuria datum*'dur. XII Levha Kanunları ile başkasının evini ya da zirai ürününü yakmak, başkasına ait ağaçları kesmek, başkasının arazisinde hayvan otlatmak gibi durumlardan doğan sorumluluk halleri düzenlenmiş olmakla birlikte MÖ 286 yılında *Lex Aquilia de Damno* ile genel bir haksız fiilden doğan sorumluluk teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır⁴⁰. Kanunun birinci faslı başkasının kölesinin veya sürü hayvanının öldürülmesini, üçüncü faslı ise yakmak, kırmak ve bozmak sureti

³⁵ Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria* (1. Bası İÜ 1969) 36-37.

³⁶ Nurcan İpek, *Roma Hukukunda Gasp (Rapina)*, (Der 2001) 7; Türkoğlu (n 31) 29.

³⁷ İpek (n 29) 54.

³⁸ Gai. Inst. 3. 209; Iust. Inst. 4.2.

³⁹ Söğütü (n 3) 375; Ayrıca bkz. Öcal (n 32) 356.

⁴⁰ Türkoğlu (n 31) 30.

ile mala verilen diğer zararları düzenliyordu⁴¹. Bu kanunun uygulanabilmesi için aranan şartlardan bir diğeri de *corpore* (failin vücudu ile) *corpori* (malın kendisine) *datum* (zarar vermek) şeklinde ifade edilen doğrudan fiziki temas ile zarar verilmiş olmasıydı⁴².

Lex Aquilia ile getirilen en önemli husus kusura ilişkindir. Daha önce haksız fiilin oluşması için genellikle sadece kast aranırken *Lex Aquilia* ile getirilen bir haksız fiil olan *damnum iniuria datum*'da kastın yanında ihmalin de yeterli olduğu kabul edilmiştir⁴³. Roma hukukunda kusur ilk defa bu kanun içerisinde düzenlenmiş olduğundan, haksız fiilin unsuru olan kusura (*culpa*) *culpa aquiliana* adı verilmekteydi⁴⁴.

Culpa aquiliana'nın dikkat çeken bazı özellikleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki sorumluluğun oluşması için *dolus*'un yanında *culpa*'nın her türünün yeterli olarak kabul edilmesidir. Diğer bir ifade ile *culpa aquiliana*, daha sonra *culpa lata* ve *culpa levis* olarak ifade edilen ağır ihmal ve hafif ihmal türlerini de içerisine alıyordu. Hatta *Digesta*'da *Ulpianus*'a ait olan bir metinde en küçük bir ihmalin dahi sorumluluk için yeterli olduğu ifade edilmiştir.

D.9.2.44 pr “*In lege Aquilia et levissima culpa venit*”

D.9.2.44 pr “*Lex Aquilia*'da en hafif ihmal dahi dikkate alınır”

Her ne kadar *Lex Aquilia*'daki sorumluluk için yeterli olan kusurun derecesi *culpa levissima* olarak ifade edilmiş olsa da *culpa lata* ve *culpa levis* şeklindeki ayrımın klasik sonrası döneme ait olduğu da ifade edilmektedir⁴⁵. Kavramlar klasik sonrası döneme ait olsa da *Lex Aquilia*'nın uygulanması açısından önemli olan husus ihmalin genel olarak artık sorumluluğa sebebiyet veren bir unsur şeklinde aranacak olmasıdır. Bu sonucun ortaya çıkmasından, eski hukuk döneminde *iniuria* kavramının içerisinde yer alan kusur unsurunun yavaş yavaş ayrışmaya başladığı, klasik öncesi hukuk dönemine gelindiğinde ise kast yanında ayrı bir sorumluluk ölçütü olmasa da ihmal anlamında *culpa*'nın bilinmeye başladığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu döneme ait edebî metinlerden, *Cicero*'nun başkasına kast olmaksızın zarar verilebileceğini söylediği ve *culpa*'nın, sorumluluk ölçütü şeklinde olmasa da genel olarak bilindiği anlaşılmaktadır⁴⁶.

Lex Aquilia'daki *culpa*'nın dikkati çeken diğer özelliği *culpa in faciendo* şeklinde olmasıdır. Bu ifade bir eylemin gerçekleştirilmesi sırasında söz konusu olan kusur

⁴¹ Öcal (n 32) 348.

⁴² Koschaker ve Ayiter (n 23) 265.

⁴³ Kaser (n 19) 249; Ayrıca bkz Öcal (n 32) 370, dn 60.

⁴⁴ Somer (n 17) 52; Gönül Koşar (n 29) 13.

⁴⁵ Öcal (n 32) 374 dn 66.

⁴⁶ Söğütü (n 3) 376 ff.

demektir. Bir şeyin yapılmasında herhangi bir eylemde bulunmamak, hareketsiz kalmak şeklindeki durumla ilgili olarak herhangi bir kusurdan bahsetmek mümkün değildi. Diğer bir ifade ile *culpa in non faciendo*, *Lex Aquilia* alanında sorumluluk için yeterli değildi⁴⁷.

Taraflar arasında, *depositum* (vedia) gibi sorumluluğun doğması için ihmalin yeterli olmadığı ve kastın arandığı bir sözleşme ilişkisi varsa, bu durumda mala verilen zararlar sebebi ile *depositum*'dan bir dava hakkı doğmasa bile *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan bir sorumluluğun doğabileceği ifade edilmektedir⁴⁸.

Objektif sorumluluktan kusur sorumluluğuna ve özellikle de ihmalden kaynaklanan sorumluluğa geçiş sürecinde Aristo felsefesinin etkisi olduğu, bu düşünce şeklinin etkilediği toplum yapısında başkalarına zarar vermemek konusunda dikkatli davranmak gerektiği fikrinin ortaya çıktığı ve bunun da bir sorumluluk ölçütü olarak geliştiği ifade edilebilir. Bu gelişimin baş aktörlerinden birisi de *praetor*lardır. Karmaşıklaşan toplum yapısı, yabancıların toplumdaki sayısı ve etkilerinin artması, toplumu ve dolayısı ile hukuku etkileyen yeni düşünce akımı, ihmalin ayrı bir sorumluluk ölçütü olarak belirmesinde etkili olmuştur. *Lex Aquilia*'nın ve yabancılar *praetorluğu* (*praetor peregrinus*)'nun ortaya çıkışı ile klasik hukuk dönemi olarak ifade edilen dönemin başlangıcının birbirine yakın olması tesadüf sonucu meydana gelmiş değildir. Bu bir sebep sonuç ilişkisinin yansımasıdır.

Klasik hukuk dönemine gelindiğinde ise artık hukuk bir bilim haline gelmiş, kavramlar belirginleşmeye başlamış, nüfusun artması ve coğrafyanın da genişlemesi ile yeni değişimler de etkisini göstermiştir. *Pax Romana* döneminin de içerisinde olduğu klasik hukuk döneminde kast ve ihmali bir bütün olarak ifade etmek üzere *culpa* kavramı kullanılmıştır. Bunun yanında *culpa*'nın ihmâl anlamındaki kullanımı da artmaya başlamış ve klasik sonrası dönemde *culpa lata* ve *culpa levis* şeklindeki ayırım ortaya çıkmıştır⁴⁹. Klasik sonrası dönemde sorumluluğun kusur sorumluluğuna doğru gidişinde kökenini Aristo, Platon ve Stoa'da bulan Antik Yunan Felsefesinin ve özellikle de Hristiyanlığın etkisi bulunmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Richard Honig, *Roma Hukuku*, (İÜ 1938) 287; Koschaker ve Ayiter (n 23) 265; Somer (n 17) 52; Öcal (n 32) 355, dn 20. Bugünkü ceza hukukunda benzer bir mantık ile yapılan bir ayırım olan ihmali suç kavramı için bkz Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m 1-75*(5. Bası Beta 2015) 215.

⁴⁸ William Warwick Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, (3. Bası Cambridge Uni 1966) 587.

⁴⁹ Öcal (n 32) 374 ff.

⁵⁰ Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi içerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (1. Bası Seçkin 2016) 84, 203; Söğütü (n 3) 378. İyi niyetli bir aile babası anlamına gelen *bonus pater familias* ölçütünün temelinde de sözleşme dışı sorumluluk hukuku olduğu ve bu kavramın da Aristotelyen felsefeye dayandığı daha sonra Stoicistlerin etkisi altında geliştiği de ifade edilmektedir bkz Talya Şans Uçarıılmaz, *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi*, (Bilkent Üni 2018) 93.

2. *Ius Praetorium* Tarafından Tanınan Haksız Fiiller Açısından

a. *Dolus*

Roma'da gelişen ve karmaşıklaşan toplum hayatına bağlı olarak ortaya çıkan yeni sorunların çözülmesi amacı ile *praetorlar* yeni dava usulleri geliştiriyorlardı. Bu kapsamda *ius civile* tarafından kabul edilen haksız fiillerin yeterli olmaması sebebi ile yeni haksız fiil türleri, *praetorlar* tarafından yayınlanan *edictum*'larla Roma hukukuna⁵¹ girmeye başlamıştır. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru MÖ 1. yüzyılda *praetor Aquilus Gallus*, hile ile ele geçirilen bir malın iadesi için ya da meydana gelen zararın karşılanmasını sağlamak için aldatılan kişi lehine *actio doli* adı verilen bir dava imkânı tanıdı⁵². Böylece ilk dönemlerde bilinmeyen ve haksız fiil olarak kabul edilmeyen hile (*dolus*) yeni kazandığı bu anlam ile Roma hukukuna girmiş oldu⁵³. Bu anlamı ile hile bir kişinin zihninde yanlış kanaatler uyandırmak sureti ile gerçek durumu bilseydi yapmayacağı bir hukuki işlemi yaptırmak demektir⁵⁴. Başlangıçta tuzak kurmak, aldatmak ve kurnazlık anlamlarına gelen hile kavramı daha sonra *bona fides*'e aykırı tüm davranışları ifade etmek için kullanılmaya başlandı⁵⁵.

Dolus kavramının kast anlamında da kullanımı ile benzerlik gösteren hile, kast ile işlenen bir haksız fiildi.

b. *Metus*

Sözlük anlamı korku, endişe, kaygı olan *metus*, çoğunlukla kaynaklarda güç kullanımı anlamına gelen *vis* ile birlikte *vis ac metus* şeklinde kullanılmaktadır. *Metus*, *dolus* gibi *praetor* tarafından tanınmış olan bir haksız fiildir. Roma Cumhuriyet döneminin son yüzyılı, iç karışıklıklar ile dolu olan bir dönemdi. Adaletin silah ve şiddet ile sağlandığı *Lucius Cornelius Sulla Felix*'in diktatörlüğünden sonra, bu dönemde ortaya çıkan anarşi ve yağma olaylarını sona erdirmek için bazı önlemler alınması gerekmiştir. İnsanların taşınır ve taşınmazlarını vermeye zorlanmaları, para verme taahhüdünde bulunmaları, miras veya diğer bazı haklardan feragat etmeye zorlanmaları karşısında *condictio*'dan farklı olarak yeni hukuki koruma yollarının sağlanması gerekmiştir. Bu amaçla ilk defa tahminen MÖ 79-80 yılında *praetor*

⁵¹ *Praetor*'ların faaliyetleri ile ortaya çıkan ve genel olarak *magistra*'lar tarafından oluşturulan hukukun içerisinde değerlendirilen hukuka *ius praetorium* adı verilmektedir. Bkz Umur, Lügat (n 22) 103; Karadeniz Çelebican (n 16) 96.

⁵² Erdoğan, *Roma Borçlar* (32) 132; Türkoğlu (n 31) 34.

⁵³ *Dolus* (Hile) kelimesinin zaman içerisinde ifade ettiği anlamlar için bkz İpek Sevdâ Söğüt, *Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)* (1. Bası Filiz 2020) 44 ff.

⁵⁴ Rado (n 1) 155; Halil İbrahim Yüksel, *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi* (Filiz Kitabevi 2020) 140.

⁵⁵ Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 327; Gönül Koşar (n 29) 15-16; Rado (n 1) 155; Erdoğan, *Roma Borçlar* (32) 30.

Octavius, hukuka aykırı olarak yapılan zorlama, tehdit ve ikrah için bir beyanname yayınlamış ve böylece *metus* bir *praetor* haksız fiili olarak Roma hukukuna girmiştir⁵⁶. *Metus* da kast ile işlenebilen bir haksız fiil türüydü.

c. *Fraus Creditorum*

Kelime anlamı ile hileye yakın bir içeriğe sahip olan ve aldatmak, düzenbazlık gibi anlamlara gelen *fraus* kavramı, alacaklıların zararına olarak hileli bir şekilde mal kaçırılması anlamına gelmektedir⁵⁷. Klasik ve klasik sonrası dönemde *dolus* ile aynı anlamda kullanılmaya başlanmış olan *fraus*'un, ilk zamanlarda olağan kast ile işlenebilen bir haksız fiil türü olduğu anlaşılmaktadır. *Iustinianus* döneminde *fraus creditorum*, *actio Pauliana* kapsamına alınmıştı. Bu davanın açılabilmesi için ise hileli işlemler sebebi ile alacaklının fiilen zararının olması, borçlunun bu hileli işlemlerden sonra aciz halinin gerçekleşeceğini bilmesi (*consilium fraudis*) ve muhatabın da borçlunun içerisinde yer aldığı bu durumdan haberinin olması şartları aranmaktaydı⁵⁸.

Görüldüğü üzere *fraus creditorum* oluşabilmesi için *Iustinianus* döneminde genel kast yeterli görülmeyle özel kastın varlığı aranmış, dolayısıyla bu haksız fiildeki kusur sorumluluğu nispeten hafifletilmiştir. Bu sonuç, *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğunun genel ilke olması karşısında, haksız fiil sorumluluğu altında yer alan bu suçun daha ağır kusur ile işlenebileceğinin kabul edildiğini, dolayısıyla sorumluluğun burada da genel eğilime uygun olarak hafifletilmesi düşüncesinden kaynaklandığını düşündürmektedir.

3. Aile Evladı, Köle ve Hayvanların Başkalarına Verdikleri Zararlardan Sorumluluk

Roma hukukunda haksız fiillerin *delicta privata* ve *delicta publica* olarak ikiye ayrıldığı yukarıda ifade edilmişti. *Delicta publica* veya *crimina publica* olarak ifade edilen ve *Populus Romanum*'a (*Roma Halkı*) karşı bir suçun işlenmesi durumunda suçu işleyen, özgür bir Roma vatandaşı veya köle ya da aile evladı olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan *magistra* tarafından her zaman cezalandırılabilirdi. *Delicta privata* (özel suçlar) açısından, kısasa alternatif olarak diyet cezasının uygulandığı dönemlerden itibaren bu suçları işleyenlerin kişisel sorumluluğu kabul edilmişti. Bu suçları işleyenler ister aile evladı isterse köle olsunlar sorumlulukları bizzat kendilerine ait olur, hâkimiyeti veya mülkiyeti altında oldukları *pater familias*'ın

⁵⁶ Ahmet Karakocalı, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)*, (1. Bası Seçkin 2016) 31 ff; Söğütü (n 3) 600.

⁵⁷ Rado (n 1) 157.

⁵⁸ Türkoğlu (n 31) 36, dn 71; Söğütü (n 3) 602.

herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmazdı⁵⁹. Kölelerin *delicta privata*'dan doğan borçları da *obligatio civilis* mahiyetinde olduğundan köle özgürlüğünü kazandıktan sonra bu davanın açılması mümkündür. Aile evlatlarına karşı ise her zaman dava açılabilmesinin mümkün olmasına karşın malvarlıklarının olmaması sebebi ile pratikte bir sonucun elde edilmesi mümkün değildi. Davanın aile evladına karşı açılabilmesi ancak *sui iuris* olduktan sonra bir anlam ifade ederdi. Bu suçları işleyen aile evladının pater familiası ya da kölenin efendisi ile suçtan zarar gören tarafın çıkarları çatışmakta, köle ve aile evladına karşı dava açılmaması ya da açılan davada bir sonuç elde edilememesi sebebiyle zarar gören taraf mağdur olmaktadır. Bu haksızlığa son vermek amacıyla suçtan zarar gören kişiye, pater familias'a (veya malike) karşı ya zararın giderilmesini ya da zarara vereni kendisine teslim etmesini isteme hakkı tanındı. Önceleri XII Levha Kanunlarında yer alan *furtum manifestum* (suçüstü hırsızlık) işleyen aile evlatları ile köleler hakkında daha sonra *Lex Aquilia* ve *damnum iniuria datum* kapsamındaki suçları işleyenler hakkında uygulanan *noxae deditio* prensibi ile efendi ya suç sebebi ile oluşan para cezasını öder ya da suçu işleyeni zarar görene terk ederdi⁶⁰. İlerleyen zamanlarda bu dava *actio noxalis* adını almış ve *praetor*'ların faaliyetleri ile tüm ceza davalarının aile babasına ya da efendiye açılabilmesine imkân tanınmıştır⁶¹.

Actio noxalis davasında, efendinin köle veya aile evladı statüsündeki bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu olduğu görülmektedir. Bu sorumluluğun doğmasında efendinin kusuru aranmıyordu. Bir tür kusursuz sorumluluk hali olan bu uygulama, eski hukukun zararın giderilmesini önlediği ve bunun için failin kusurunu aramaksızın zarara sebep olmasını yeterli gördüğü anlayışa uygundur. Kölenin ya da aile evladının işlemiş olduğu suçtan dolayı malikin ya da aile babasının sorumluluğu, davanın açıldığı zaman bu statüsünün varlığına bağlıydı. Suçlu dava açılmadan önce ölürse ya da köle satılırsa *pater familias*'ın sorumluluğu düşer veya yeni malike intikal ederdi⁶². *Pater familias* ya da efendinin, aile evladının veya kölenin suçu işlemesinden haberi varsa veya onları bu eyleme teşvik etmiş ise ya da engelleyebilecek iken engellememişlerse, efendiye karşı *actio noxalis* davası değil işlenen suçla ilgili ceza davası açılırdı. Efendinin bu sorumluluğu hâkimiyetten kaynaklanmadığı için hakimiyet sona erse de sorumluluk efendi açısından devam ederdi⁶³.

Digestada Ulpianus'a ait olan metinde bu duruma işaret edilmiştir.

D. 9. 2. 44. 1 “Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.”

⁵⁹ Rado (n 1) 165.

⁶⁰ Kaser (n 19) 251; Karadeniz Çelebican (n 16) 138; Elvan Sütken (n 23) 43.

⁶¹ Rado (1) 164 ff; B. Yiğit Sayın, *Roma'da Köle ve Hukuku*, (1. Bası Onikilevha 2020) 485 ff.

⁶² Honig (n 47) 295; Sayın (n 61) 489, dn 612.

⁶³ ibid 295.

D. 9. 2. 44. 1 “Bir köle efendisinin bilgisi dâhilinde birisini öldürtür veya yaralarsa efendinin Lex Aquilia’ya göre sorumlu olduğunda şüphe yoktur”.

Efendinin, hâkimiyeti altındaki köle sebebi ile kusursuz olarak sorumlu tutulmasına benzeyen diğer bir sorumluluk hali, hayvanların fiilleriyle meydana gelen zarardan sorumluluktur. XII Levha Kanunlarında yer alan bu sorumluluk türünde azgın bir hayvan bir başkasına zarar verirse verilen zararın giderilmesi amacıyla hayvanın *noxia* olarak zarar gören kişiye terk edilmesi esası kabul edilmişti. Zarar veren hayvanın dört ayaklı evcil bir hayvan olması gerekiyordu⁶⁴. Bu surette verilen zararın giderilmesi amacı ile tanınan *actio de pauperie* davasının, ilerleyen dönemlerde iki ayaklı hayvanların verdikleri zararların giderilmesi amacıyla genişletilerek *actio utilis* şeklinde açılmasına da imkan tanınmıştı⁶⁵.

Roma hukukunda hayvan sahibinin sorumluluğu mülkiyet hakkına dayanmaktaydı. Bununla birlikte *noxal* sorumluluk esaslarının *actio de pauperie*’ye de uygulanması mümkün olduğundan dava zamanında hayvanın maliki farklı bir kişi ise dava bu kişiye karşı açılırdı. Zarar veren hayvan vahşi bir hayvan ise bu hayvanın yönetimini elinde bulunduran kişi, kusuru olup olmadığına bakılmaksızın hayvanın verdiği zarardan sorumlu olurdu⁶⁶.

III. Sözleşmelerde Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm

A. Genel Olarak

Modern hukukta hem haksız fiiller hem de sözleşmeler hukuku alanında hakim olan ilkelerden birisi de kusur sorumluluğu ilkesidir⁶⁷. Ancak haksız fiiller alanında olduğu gibi sözleşmeler alanında da kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm yaşanmış, ancak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu ilkesi bazı istisnaların dışında tam anlamı ile hakim olmuştur⁶⁸. Bu ilkenin uygulanabilmesi için de klasik dönem hukukçularının eserleri *interpolatio* yoluyla değiştirilmiştir. Bu surette farklı sorumluluk esaslarının hakim olduğu önceki dönemlerde ve özellikle klasik hukuk dönemindeki sorumluluk kıstasları, kusur sorumluluğu ilkesi doğrultusunda revize edilerek dönemin sorumluluk hukuku anlayışına uydurulmuştur. Bu nedenle klasik hukuk döneminde yer alan sorumluluk ilkelerinin ve ölçütlerinin neler olduğu, bunların nasıl uygulandıkları tereddütsüz bir şekilde anlaşılabilmiş değildir⁶⁹.

⁶⁴ Kaser (n 19) 252.

⁶⁵ Gökçe Türkoğlu Özdemir, ‘Roma Hukukunda Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk’ (2006) 14 (2), 69, 77 ff.

⁶⁶ ibid 94.

⁶⁷ Eren (n 1) 20.

⁶⁸ Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, (6. Bası Sayram 2016), 34; Söğütlü Erişgin (n 50) 132-133; Karadeniz Çelebician (n 16) 288.

⁶⁹ Söğütlü (n 3) 379.

Yukarıda haksız fiiller açısından açıklandığı üzere Roma hukukunda sorumluluğun, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna dönüşmesi aniden gerçekleşmiş bir sonuç değildir. Haksız fiiller alanında çok daha eski dönemlerden itibaren kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm yaşanmış, buna karşılık sözleşmeler alanında bu dönüşümün etkisi daha sonra ortaya çıkmaya başlamıştır. *Lex Aquilia* ile birlikte ihmalin (*culpa*) de mala verilen zararlar açısından sorumluluk için yeterli kabul edilmesi, bir süre sonra sözleşmeler hukukunu da etkilemeye başlamış, bu alanda da kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm başlamıştır⁷⁰.

Sözleşmeler alanında farklı tiplerinin olması, özellikle taraflara yüklemiş oldukları borçlar açısından aralarında farklılıkların bulunması tüm sözleşmeler için tek bir sorumluluk kıstasının uygulanmasına engel olmuştur. Dolayısıyla klasik öncesi hukuk döneminden itibaren başlayan dönüşüm sürecinde farklı sorumluluk ölçütleri bir arada uygulanmaya başlanmıştır. Bu itibarla *custodia* olarak ifade edilen gözetim sorumluluğu, özen sorumluluğu anlamındaki *diligentia, omnis culpa* (bütün kusurlardan sorumluluk) olarak ifade edilebilecek olan *dolus* ve *culpa*'dan kaynaklanan sorumluluk bu dönemde uygulanan sorumluluk türleridir. Klasik sonrası dönemden itibaren tarafların sözleşmeden elde ettikleri yararları, sorumluluklarının belirlenmesinde bir ölçü olarak alan ve *diligentia*'nın özel bir uygulaması olan *utilitas*'ı da burada zikretmek gerekir⁷¹.

B. Sözleşmeler Alanında Kusursuz Sorumluluk

Eski hukuk döneminde hayatın her alanında ve özellikle hukuk alanında sıkı şekil şartları hâkimdi. Dar hukuk dönemi olarak da ifade edilen bu dönemde sınırlı sayıda işlem biliniyor, bunlar da sıkı şekil şartlarına bağlı olarak yapılıyordu. Henüz bir şeyin yapılmasına ilişkin taahhütlerin borç olarak kabul edilmediği bu dönemde ferden belirli olan bir şeyin verilmesine yönelik olarak ortaya çıkan *stricti iuris* borçlarda, borçlanılan edimin yerine getirilmemesi mutlak anlamda sorumluluk doğurur, bu borcun neden yerine getirilmediği ile ilgilenilmezdi⁷². Bu anlayış XII Levha Kanunlarında da ifadesini bulmuş ve “*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*” (dil ne söylemişse öylece hukuk olsun) şeklinde ifade edilmiştir. Bu kural, *fides* ilkesine dayanmaktadır⁷³. Sadakat anlamında kullanılan *fides* kavramı, kökenini Roma'nın dinî literatüründe bulur ve bu açıdan tanrılara karşı olan sadakatin insanlar arasındaki ilişkilere yansımaları ifade eder⁷⁴.

⁷⁰ Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 316.

⁷¹ Nilgün Dinçer Araz, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)', (2020) 22(1) DEÜHFD 171, 176; Söğütlü (n 3) 380.

⁷² Koschaker ve Ayiter (n 23) 196 ff.

⁷³ Söğütlü Erişgin (n 50) 123.

⁷⁴ Uçarıılmaz (n 50) 9.

Eski hukuk döneminden sonra klasik öncesi hukuk döneminde, Roma’da yaşanan ekonomik ve sosyolojik gelişmelere bağlı olarak sorumluluk ölçütlerine yenileri girmeye başlamıştır. Eski hukuk döneminin anlayışı olan sonuç sorumluluğu yanında bu dönemde *dolus* ve *culpa* kavramlarının yavaş yavaş sisteme dâhil olmaya başladığı ifade edilmekle birlikte dönem hakkındaki bilgilerin azlığı daha sonra yazılan eserlerin *interpolatio*’ya uğramış olması kesin sonuçlara ulaşmayı engellemektedir⁷⁵.

C. Kusur Sorumluluğuna Doğru Dönüşüm

1. Custodia Sorumluluğu

Eski hukuk döneminde hâkim olan sonuç sorumluluğundan kusur sorumluluğuna doğru geçişte ilk dikkati çeken sorumluluk ölçütü *custodia* sorumluluğudur. Sözleşme hukuku çerçevesinde *custodia* gözetmek, kollamak ve korumak anlamlarına gelmektedir. *Custodiam praestare* şeklinde de kullanılan bu kavram beklenmeyen hallerden (*casus*) kaynaklanan sorumluluğu ifade etmek için kullanılmaktaydı⁷⁶.

Klasik hukuk dönemi boyunca farklı sözleşme tiplerinde uygulanan bu sorumluluk ölçütünün kusur sorumluluğunun mu yoksa kusursuz sorumluluğun mu kapsamında olduğu tartışmalı olmakla birlikte kusursuz sorumluluk kapsamında olduğu yönündeki yaklaşım daha kuvvetli görünmektedir⁷⁷.

Eski hukuk dönemindeki kusurun aranmadığı sonuç sorumluluğu ilkesinin klasik hukuk dönemindeki görüntüsü *custodia* şeklinde tezahür etmekteydi. Sözleşmesel bir ilişkide borçlu olan tarafın bir eşyayı kendi yararına elinde bulundurması halinde bu mala üçüncü kişiler ya da hayvanlar tarafından verilen zararlardan sorumlu tutulmaktaydı. Gözetim sorumluluğu olarak da ifade edilebilen *custodia* sorumluluğunda, iyi bir aile babasının göstereceği özenden daha fazlasının gösterilmesine rağmen meydana gelen zararlardan sorumluluk doğmaktaydı⁷⁸. Cumhuriyet döneminin son iki yüzyılında Roma devletinin gelişmesi ve genişlemesi sonucunda ekonomik, siyasî ve sosyal açıdan bir dönüşüm yaşanmış, bu gelişmelerin sonucunda sorumluluk hukuku yeniden oluşturulmuştur. Önceki dönemden gelen sonuç sorumluluğunun yerine *custodia* sorumluluğu konmak sureti ile bu dönemde ortaya çıkan yeni durumlara çözümler getirilmeye çalışılmıştır⁷⁹.

⁷⁵ ibid 124.

⁷⁶ Söğütlü Erişgin (n 50) 135.

⁷⁷ Umur, *Ders Notları* (n 18) 312; Belgin Erdoğan, ‘Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia’ (2010) 1 Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan 895 906; Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 34; Hilal Zilelioğlu, ‘Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış’, AÜHFD 1987 (39) 1-4, 241, 243; Dinçer Araz, (n 71) 176; Söğütlü Erişgin (n 50) 138. *Custodia*’nın bir sorumluluk ölçütü değil bir yükümlülük (gözetim yükümlülüğü) olduğu, özenin belirli bir şeklini yerine getirmede başarısızlıktan kaynaklanan sorumluluk anlamında kullanıldığında subjektif sorumluluk olabileceği, görüşü için bkz Diler Tamer Güven, *Culpa In Eligendo Yardımcı Şahıs Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (Der 2001) 34 ff.

⁷⁸ Erdoğan, ‘Custodia’ (n 77) 897.

⁷⁹ Söğütlü Erişgin (n 50) 136.

Custodia sorumluluğunun dikkat çekici özelliği beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluğu da içeren bir sorumluluk olmasında görülür. *Dolus* ve *culpa*'dan kaynaklanan sorumluluğun evleviyetle mevcut olduğu *custodia* sorumluluğunda⁸⁰ *casus* olarak nitelendirilen beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluk da bulunmaktadır⁸¹. Hırsızlık sebebiyle malın çalınması, *custodia* sorumluluğu altındaki kişinin kendi adamları, köleleri veya hatta kendisi ile ilgisi olmayan üçüncü kişiler tarafından verilen zararlardan sorumluluk bu kapsama dâhildir. Bu itibarla *custodia* sorumluluğunun, sadece zararın meydana gelmemesi için yapılması gerekenlerin yerine getirilmesi ile sınırlı olmadığı, objektif nedenlerle meydana gelen zarardan sorumluluğu da kapsayan bir sonuç sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir. Bu özelliği *custodia* sorumluluğunu garanti sorumluluğuna yaklaştırmaktadır⁸². *Custodia* sorumluluğu altındaki borçlu, meydana gelen zarardan ancak bu zararın *vis maior*'dan (mücbir sebep) kaynaklandığını ispatlamak sureti ile kurtulabilirdi. Çünkü Roma hukukunun hiçbir döneminde mücbir sebepten (*vis maior*) kaynaklanan zararlardan borçlu sorumlu tutulmamıştır⁸³. Bu nedenle *custodia* sorumluluğunun sınırını *vis maior*'dan kaynaklanan zararlar oluşturmaktadır. Roma hukukunda kusur ile ilişkilendirilen ve kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilen *vis maior*⁸⁴, modern hukukta illiyet bağını kesen bir durum olarak görülmüş ve hem haksız fiiller hem de sözleşmelerde sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Roma hukukunda temerrüde düşmesi durumunda borçlunun sorumluluğu, *vis maior*'dan kaynaklanan zararları da içerisine alacak şekilde genişlemektedir⁸⁵. Bu uygulama TBK m 119/I'de yer alan borçlunun sorumluluğunun temerrüt durumunda *casus* 'u da kapsayacak şekilde genişleyeceğine ilişkin düzenleme ile aynı temele dayanmaktadır.

Klasik hukuk döneminde gemi, ahır ve han işleten kişilerin eser sözleşmesinden (*locatio conductio operis*) kaynaklanan sorumlulukları *custodia* kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu anlayış klasik dönemin sorumluluk anlayışı ile de

⁸⁰ Zimmermann (n 19) 195; Kaser (n 19) 189.

⁸¹ Bülent Tahiroğlu, 'Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi', MÜHF-HAD, (2008) 14 (4) (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 157, 162.

⁸² Zimmermann (n 19) 194; Söğütü Erişgin (n 50) 139. Bu konuda farklı bir fikre göre *custodia* bir sorumluluk ölçütü olmayıp bir borcu ve yükümlülüğü, *culpa* da ihmalî değil kusuru ifade etmektedir. Belirli sözleşmelerde muhataba zilyetliği verilen şeyin güvenli bir şekilde korunması da istenmekle birlikte, bu güvenliği sağlama borcu bir garanti borcu olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde *custodia* tam bir kusursuz sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. *Furtum* için geçerli olabilecek bu durumun *damnum iniuria datum* için aynen kabul edilmesi mümkün değildir. D. 16, 3, 1 pr.'de sık sık *custodia* kelimesi geçmesine karşın sorumluluk yalnızca *dolus*tan olacağı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Tamer Güven (n 77) 36 ff.. Aynı görüş için bkz Sevgi Kayak, 'Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri', (2018) 20 (2) DEÜHFD 239, 264-265, dn 71.

⁸³ Erdoğan, *Roma Borçlar* (32) 35; Erdoğan, 'Custodia' (n 77) 907; Söğütü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 521-522.

⁸⁴ Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 26; Zilelioğlu (n 77) 244. Gaius'un *res codditianea* isimli eserinden alınan ve aynı zamanda içerdiği *interpolatio*larla birlikte değerlendirildiğinde hem *Gaius*'un hem de klasik sonrası dönemin anlayışını ifade eden metinde "Satıcının ölçme gününe kadar hangi gözetimden, bütün gözetimden mi, böylece özendin mi, yoksa sadece kasıttan mı sorumlu olduğunu görelim. Bence, satıcı, kaçınılmaz zarar, alın yazısı zararı (*fatale damnum*) ve büyük güç (*vis magna*) dışındaki bütün özendin sorumludur." *Digesta* 18.6.2.1 (Gaius). Metin için bkz Söğütü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 522; Dinçer Araz (n 71) 186. Ayrıca bkz D. 44.7.1.4.

⁸⁵ Söğütü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 510.

uyumludur. Bununla birlikte *praetor edictum*'u ile getirilen ve *receptum* olarak ifade edilen yeni bir uygulama ile gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğu daha da ağırlaştırılmış ve yolcuların beraberinde getirmiş oldukları bagaj ve el çantalarından da sorumlu oldukları esas kabul edilmiştir⁸⁶. Bu şekilde teslim alınan mallardan, hırsızlık veya üçüncü kişiler tarafından mala verilen zararlar gibi beklenmeyen durumlar sebebi ile işletenlerin sorumluluklarının doğmasına yol açan *receptum* sorumluluğunun doğabilmesi için taraflar arasındaki işlemde “*salvum fore recipere*” şeklindeki teknik bir ifadenin kullanılması gerekmektedir⁸⁷. Başlangıçta *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk ile *custodia* sorumluluğunun birbirine çok benzediği, *receptum* anlaşmasının olmadığı durumlarda *custodia* sorumluluğunun kendiliğinden söz konusu olduğu görülmektedir. Taraflar *receptum* anlaşması yapmak zorunda olmamakla birlikte isterlerse bu anlaşmayı yapabiliyorlardı. Bu durumda eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğa ek olarak *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk da doğuyordu. Klasik dönemde *receptum* anlaşmasının olmaması durumunda yolcular beraberlerinde getirdikleri eşyalara gelen zararlara kendileri katlanmak zorundaydılar. Klasik dönemin sonlarına doğru *actio locati*'den kaynaklanan sorumluluk kusur sorumluluğuna doğru dönüşüp *custodia* sorumluluğunu kapsamamaya başlayınca, beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluğunun doğabilmesi için *receptum* şartının kullanılmaya başlandığı görülmektedir⁸⁸. Dolayısıyla genellikle kendilerine güvenilmeyen gemi, han ve ahır sahiplerinin sorumluluğu ağırlaştırılmış ve dönemin sorumluluk anlayışı kusur sorumluluğuna doğru evrilmiş olsa da kendileri açısından kusursuz sorumluluk olan *custodia* sorumluluğunun devam etmesi sağlanmıştır. *Iustinianus* döneminde ise ayrı bir anlaşma yapmaya gerek kalmadan gemi, han ve ahır işletenlerin yolcuyla, beraberinde getirdiği eşyası ile birlikte kabul etmiş olmaları, beklenmeyen hallerden de kaynaklanan zararları da içerisine alan sorumluluklarının doğması için yeterliydi. Diğer bir ifade ile gemi, ahır ve han işleten kişilerin bu dönemde *receptum* sorumluluğu, sözleşmeye kayıt koyulmasına gerek kalmadan kanundan doğan bir sorumluluk halini almıştı⁸⁹.

Custodia sorumluluğunun çeşitli sözleşme ilişkilerinde uygulandığı ve bunların genellikle borçlunun alacaklıya ait bir malı kendi yararına elinde bulundurduğu

⁸⁶ Mehmet Yeşiller, 'Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu', ÇKÜİİBFD, (2013) 3 (1) 177, 179 ff.

⁸⁷ Söğütlü Erişgin (n 50) 135; Yeşiller (n 86) 181.

⁸⁸ Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamana Kadar Roma'da İş İlişkileri*, (AÜ 1976), 164; Pervin Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)*, (Derin 2008) 186; Yeşiller (n 86) 186.

⁸⁹ Yeşiller (n 86) 182. TBK m 576'da da aynı şekilde düzenlenen bu sorumluluk halinin Roma hukukunda tehlike sorumluluğu türünde bir sorumluluk olduğu ifade edilmiştir, bkz Nurtaç Endes Selvi, 'Roma Hukukunda Tehlike Sorumluluğu', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 1005, 1020. Kanaatimizce *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk başlangıçta *receptum* anlaşmasından kaynaklanması sebebi ile sözleşmesel karakterdedir ve haksız fiiller alanında yer alan tehlike sorumluluğu kavramı ile ifade edilemez. Bu sorumluluğun herhangi bir sözleşme yapmaya gerek kalmadan doğrudan kanundan doğması, herhangi bir özen derecesi aranmaması ve yardımcı şahısların eylemlerini de kapsamaması sebebi ile kurtuluş kanıtı getirilemeyen yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan TBK m 116'daki sorumluluğuna daha yakın olduğu kanaatindeyiz.

sözleşmeler olduğu görülmektedir⁹⁰. Bu sözleşmelerin başında da tarım toplumunda çiftçiliğin icrası için tüm alet ve edevata sahip olmayan kişilerin, ihtiyaç duydukları gereçleri komşu ya da arkadaşlarından alarak ücretsiz olarak kullanmaları ve daha sonra iade etmeleri temeline dayanan kullanım öduncü (ariyet) sözleşmesi (*commodatum*) gelir⁹¹. Ariyet alanın *custodia*'dan sorumlu olduğu *Gaius* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

Gai. Ins. 3.206 “Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.”

Gai. Ins. 3.206 “Temizleyici ve terzi hakkında söylediklerimizi kendisine bir şey ariyet olarak verdiğimiz kişiye de uygulayabiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla *custodia* sorumluluğu altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyi kullanmasındaki yararı dolayısıyla aynı şekilde *custodia* ile yükümlüdür.”

Ariyet alanın, almış olduğu eşyayı çalınmış olması sebebi ile iade edememesi *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilirken gasp, haydutların ve korsanların saldırısı, gemi batması gibi sebeplerle meydana gelen zararlardan ariyet alanın sorumlu olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte ariyet alınan şeyin kullanma amacı ve sınırları dışına çıkarılması durumunda ariyet alanın sorumluluğu *vis maior*'u da kapsayacak şekilde genişlemekteydi⁹². Aynı şekilde ariyet alanın temerrüdü sebebiyle bir zarar meydana gelmişse sorumluluk yine *vis maior*'u da kapsamaktaydı⁹³. Ariyet verenin menfaatine olarak yapılan sözleşmede ise ariyet alan sadece kastından sorumludur⁹⁴.

Klasik dönemde *locatio conductio* olarak ifade edilen kira, eser ve hizmet sözleşmelerinde *conductor* olarak ifade edilen yüklenici, kiracı ve işçinin, kendilerine teslim edilen malzeme ve eşyaya gelen zarardan dolayı sorumluluğu *custodia* sorumluluğudur⁹⁵. Bununla birlikte özellikle *locatio conductio operarum*'da işin teknik olarak yönetimi işverende olduğu için sonuçlandırılan işin yönetimden kaynaklanan aksaklıklara bağlı olarak ortaya çıkan zarardan *locator*'un sorumlu olmaması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶.

⁹⁰ Kaser (n 19) 188.

⁹¹ Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 34; Söğütü Erişgin (n 50) 141.

⁹² D. 13.6.5.7. (Ulp); D. 13.6.18pr. Zimmermann (n 19) 196;Güzide Burcu Günveren, ‘Roma Hukukunda Kullanım Öduncü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)’, HHHFD, (2019) 9 (2) 311, 337.

⁹³ Buckland (n 48) 472; Söğütü Erişgin (n 50) 144.

⁹⁴ D. 13.6.10.1.

⁹⁵ Karadeniz (n 88) 101; Söğütü Erişgin (n 50) 148.

⁹⁶ Karadeniz (n 88) 164. D.19.2.60.7 Metin ve açıklamalar için bkz Tamer Güven (n 77) 56 ff.

Satım (*emptio venditio*) sözleşmesinde de sözleşmenin kurulması ile birlikte teslimine kadar geçen süre içerisinde satıcının gözetim yükümlülüğü altında olduğu ve *custodia*'dan sorumlu olduğu ifade edilmektedir⁹⁷.

Iustinianus dönemine gelindiğinde *custodia* sorumluluğunun istisnai⁹⁸ haller dışında uygulanmadığı, sorumluluğun en hafif özensizliği de içerisine alan bir kusur sorumluluğuna dönüştüğü görülmektedir⁹⁹. Bu kusur türüne ise *culpa in custodiendo* adı verilmektedir¹⁰⁰. Ancak *custodia* sorumluluğundan birden vazgeçilmemiş ve klasik sonrası hukuk döneminde *diligentia* sorumluluğu bir ölçüt olarak *custodia*'nın yerine geçmiştir¹⁰¹. Bu sorumluluk kusur sorumluluğuna geçişte önemli bir aşama olarak görülmektedir¹⁰².

2. Diligentia Sorumluluğu

Sözlükte, çok değer vermek, sevmek ve itibar etmek gibi anlamlara gelen *diligere* fiilinden türetilmiş olan *diligentia*, hukukî anlam olarak gerek malların idaresinde ve gerekse borçların ifasında, malı idare eden ya da borcu ifa eden kişi tarafından gösterilmesi gereken dikkat ve özeni ifade etmektedir¹⁰³. Cumhuriyet dönemine tekabül eden klasik öncesi hukuk döneminde temellerinin atıldığı görülen *diligentia*, klasik sonrası hukuk döneminde ve *Iustinianus* döneminde sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta kullanılan ölçütlerden biri haline gelmiştir. Bu dönemde sadece fikri olarak değil fiili olarak da gayret ederek bir zarar gelmemesi için çabalamak¹⁰⁴ ve gerekli özenin gösterilmesi anlamında kullanılan *diligentia*'nın tespitinde *culpa levis*'ten (hafif ihmâl) hareketle, bazı sözleşmelerde iyi bir aile babasının göstermesi gereken özen derecesi bazı sözleşmelerde ise kişinin kendi işlerinin idaresinde gösterdiği özenin derecesi esas alınmaktaydı¹⁰⁵.

Klasik hukuk döneminin objektif sorumluluk esasını ifade eden *custodia* sorumluluğunun klasik sonrası dönem ve *Iustinianus* dönemindeki sübjektifleştirilmiş hali *diligentia* sorumluluğu olarak ifade edilmektedir¹⁰⁶.

⁹⁷ Zimmermann (n 19) 287; Erdoğan, 'Custodia' (n 77) 901. D.18.6.11 "Satılmış ve çıkan yangında zarar görmüş olan binanın – taraflardan birisinin alevler için kusurunun olmadığı halde- hukuki durumu nedir? Cevap şöyledir; bu durum evde bulunanların başındaki kimsenin kusurundan çıkmamış olabilir ve efendi otomatik kusurlu olmaz, yangın kölelerinin ihmaliyle çıkmışsa, satıcı binanın muhafazasında dürüst ve dikkatli bir adamın özenini göstermişse satıcı sorumlu olmaz" metin için bkz Erdoğan, 'Custodia' (n 77) 907 dn 75.

⁹⁸ Yukarıda da açıklandığı gibi gemi, han ve ahır işletenlerin *receptum*'dan kaynaklanan sorumlulukları *Iustinianus* döneminde de kusursuz sorumluluk olarak kalmış ve günümüze kadar bu şekilde devam etmiştir, bkz Yeşiller (n 86) 182.

⁹⁹ Kaser (n 19) 191; Erdoğan, 'Custodia' (n 77) 907.

¹⁰⁰ Zimmermann (n 19) 292.

¹⁰¹ Dinçer Araz (n 71) 177.

¹⁰² Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35.

¹⁰³ Umur, *Lugat* (n 22) 59.

¹⁰⁴ Zilelioğlu (n 77) 262; Söğütli Erişgin (n 50) 202-203.

¹⁰⁵ Zimmermann (n 19) 210; Dinçer Araz (n 71) 185.

¹⁰⁶ Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Zilelioğlu (n 77) 261; Tamer Güven (n 77) 31.

Kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişte Hristiyanlığın etkisi de görülmektedir. Hristiyanlaşma dönemine tekabül eden klasik sonrası hukuk döneminden itibaren başlayan sorumluluğu kusura dayandırma anlayışı, *Iustinianus* döneminde zirveye ulaşmıştır. Bu dönemde klasik dönemdeki eserlerde yer alan *custodia* sorumluluğuna ilişkin ifadeler *diligentia* kelimesi ile değiştirilmiş, bu sayede *diligentia* da ayrı bir sorumluluk ölçütü haline gelmiştir¹⁰⁷.

Iustinianus döneminde *culpa* ile birlikte değerlendirilen *diligentia*'nın belirlenmesinde iki farklı usul uygulanmaktaydı. Bunlardan birincisi, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise borçlunun kendi işlerini idare ederken göstermiş olduğu dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) idi.

Diligentia bonus pater familias olarak ifade edilen bu kavram ile namuslu, dürüst ve dikkatli bir kişi olarak kendi işlerini yürüten, orta halli ve makul bir Roma vatandaşı kastedilmektedir. Günlük olağan işlerde orta halli bir Roma vatandaşı kıstas olarak alınırken¹⁰⁸ bir meslek içerisindeki yetkinliği tespit etmek için de ilgili meslekte, ortalama yetkinliğe sahip olan kişi örnek alınmaktaydı¹⁰⁹. *Diligentia*'nın yerine getirilmediği durumlarda meydana gelen olumsuz durum *neglegentia* olarak ifade edilmekteydi¹¹⁰.

Kişinin kendi işlerinde göstermiş olduğu dikkat ve özenin ölçü olarak alındığı *diligentia quam in suis* durumunda, borçlu normal hayatında çok dikkatli ve özenli bir kişi ise alacaklının işlerini idare ederken de aynı dikkat ve özeni göstermesi bekleniyordu. Aynı şekilde kendi işlerinde çok dikkat eden bir kişi değilse alacaklının işlerinde de aynı şekilde davranması yeteriydi. Bu ölçüt aslında *custodia* sorumluluğunun yerine gelen ve onun sübjektifleştirilmiş halini oluşturan *diligentia*'nın daha da hafifletilmiş halini oluşturuyordu. Ancak Klasik hukuk döneminde ilk defa ortaya çıkan bu kavramın ilk kullanılış amacı, borçlunun sorumluluğun hafifletilmesi değil aksine ağırlaştırılmasıdır. Sözleşmesel sorumluluğun sadece kasta dayandığı *depositum* gibi ilişkilerde, borçlunun sorumluluğunu ihmali de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla getirilmiş bir kıstastı. Kendisine emanet edilen bir malı kurtarmak yerine kendi mallarını kurtarmayı tercih eden bir kişinin, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemek sureti ile başkasının malına verdiği zarardan sorumlu tutulmak istenmesinde kullanılmış bir ölçüt idi¹¹¹.

¹⁰⁷ Söğütü (n 3) 389.

¹⁰⁸ Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Honig (n 47) 231; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 61; Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 39.

¹⁰⁹ Dinçer Araz (n 71) 188.

¹¹⁰ Pervin Somer, 'Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu', (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 133, 147.

¹¹¹ Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 38 dn. 79; Bkz Zimmermann (n 19) 212. D. 16.3.32'de yer alan metinden hareketle ulaşılan bu yorumun eleştirisi ve bu metinlerde derleyicilerin hatasının bulunduğuna ilişkin görüş için bkz Erdal Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, (Yetkin 2002) 61 ff.

Borçlunun sorumluluğunun sübjektif sorumluluk olarak kabul edildiği *Iustinianus* döneminde özellikle *diligentia pater familias* kıstası ile borçlunun sorumluluğu objektifleştirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda *diligentia* sorumluluğunun da çeşitli derecelere ayrıldığı görülmektedir. *Diligentia pater familias* kıstası yanında olağanüstü bir özenin gösterilmesini arayan *exactissima diligentia* ya da en özenli aile babasının gösterdiği özeni arayan *diligentissimus pater familias* ölçütleri ile beklenmeyen hallerin de bu kapsama sokulmak istendiği, bu suretle klasik dönemin sorumluluk anlayışı olan *custodia* sorumluluğunun farklı bir biçimde varlığını devam ettirdiği ifade edilebilir¹¹².

3. *Omnis Culpa* Sorumluluğu

Custodia ve *diligentia* sorumluluğundan bahsederken de ifade edildiği üzere klasik öncesi dönemden itibaren başlayan sorumluluğa ilişkin gelişmeler neticesinde sorumlulukların ifadesine yönelik olarak ortaya çıkan kavramlar, *Iustinianus* döneminde önemli ölçüde *interpolatio*'ya maruz kalmıştır. Bunun sonucunda *Iustinianus* döneminde *custodia*, *diligentia*, *dolus* ve *culpa* gibi kavramlar birbirine karışmıştır. Bu karışıklık, hem *Iustinianus* döneminde hem de klasik öncesi, klasik ve klasik sonrası dönemlerde uygulanan sorumluluk kıstaslarının belirlenmesinde önemli tartışmalara sebep olmuştur. Tüm bu tartışmalarla birlikte *Iustinianus* döneminde hâkim olan sorumluluk anlayışının kusura dayanan sorumluluk olduğunda fikir birliği bulunduğu söylenebilir¹¹³. Önceki dönemlerde uygulanan kusursuz sorumluluğa ilişkin bazı uygulamaların da varlığını devam ettirdiği bilinmektedir.

Omnis culpa sorumluluğu borçlunun kast ve ihmalden sorumlu olmasını ifade etmekte ve çoğunlukla *Iustinianus* dönemindeki sorumluluk anlayışını ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak bazı durumlarda borçlunun sorumluluğu hafifletilmiş ve sadece kastından sorumlu tutulmuştur. Klasik dönemden itibaren *culpa* kavramındaki gelişmeler sonucunda ortaya çıkan *culpa lata* (ağır ihmâl) da *Iustinianus* döneminde kasta eşit kabul edildiği için bu kapsamda değerlendirilmiştir. Sorumluluğun borçlunun sözleşmeden elde ettiği menfaatle orantılı olarak ağırlaştırılması ya da hafifletilmesi *utilitas* (fayda) prensibi olarak ifade edilmekte ve *Iustinianus* döneminde bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılmaktadır.

¹¹² Zimmermann (n 19) 193; Dirçer Araz (n 65) 186; Söğütü (n 3) 390; Koschaker ve Ayiter, (n 23) 198. *Diligentissimus pater familias* ölçünün kullanıldığı bir metin Inst. Inst. 3.24.5'te yer almaktadır: “*Conductor*, daima, akdın hükmüne uymak mecburiyetindedir; eğer anlaşmada bir husus tasrih edilmemişse, bunu, hakkaniyete uyarak eda eder. Ücret vererek veya vaat ederek, kullanmak üzere elbiseler, gümüş takımları veya bir hayvan alan kimse, o şeyin muhafazasında çok ihtimamlı bir aile babasının kendi mallarında göstermesi lâzım gelen ihtimamı göstermelidir: bu ihtimamı gösterdikten sonra beklenmedik hal neticesi, malı kaybetse, onun iadesi ile mükellef değildir.” Metin ve diğer örnekler için bkz Dirçer Araz (n 65) 186 dn 66-67.

¹¹³ Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 36; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 47; Söğütü Erişgin (n 50) 132; Zilelioğlu (n 77) 258; Dirçer Araz (n 71) 177.

Zararlı sonucu bilme ve bu sonucu meydana getirecek şekilde hareket etme anlamındaki *dolus, bona fide* karşıtı her türlü davranışı içine alan geniş bir kavramdır. Önceleri haksız fiiller alanında kullanılmaya başlanmış daha sonra *praetor*'lar tarafından sözleşmeler alanına aktarılmıştır¹¹⁴. Borçlu, *fides* (iyiniyet) karşıtı olarak anlaşılabilir tüm davranışlardan sorumludur ve bu sorumluluğu sözleşme ile kaldırılamayan bir sorumluluk halidir¹¹⁵.

Dolus karşısında yer alan *culpa* ise hukuka aykırı davranma isteği olmadan gerekli irade gücünün bulunmaması sebebi ile meydana gelen kusurdur. *Dolus* 'ta bilerek ve isteyerek zarar verici davranışta bulunmak söz konusu iken *culpa* 'da yeterli dikkat ve özen gösterilmeyerek zarar verici sonuç meydana gelmektedir. *Dolus*, doğurduğu sonuç itibari ile farklı derecelere ayrılmamasına karşın *culpa*, farklı sorumluluk sonuçları doğuran çeşitli derecelere ayrılmaktadır¹¹⁶. Bununla birlikte orta çağın sonlarına doğru *dolus eventualis* olarak nitelendirilen ve ceza hukukunda olası kast olarak isimlendirilen bir kast türü ortaya çıkmıştır. Roma hukukunda bilinmeyen bu kast türü, 20. yüzyılda olağan kast ile birlikte kastın iki türünü oluşturmuştur¹¹⁷.

Helen kültüründen ve özellikle Aristo felsefesinden etkilenen klasik sonrası hukuk döneminde *dolus*'tan kaynaklanan sorumluluğu daraltmak amacıyla *culpa lata* ortaya çıkmıştır. Yunan felsefesinin etkisi ile hukukçuların olayları sistemleştirme, kurumsallaştırma tanımlama ve genelleştirme çabalarının ürünü olarak ortaya çıkan Doğu Roma öğretisinde kastın bir türü olarak değil ihmalin ağır hali olarak tanımlanan *culpa lata*, herkesin bildiğini bilmemek ve herkesin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek şeklinde açıklanmaktadır. İhmalin bir türü olarak kabul edilen *culpa lata*, zarar kastı olmaksızın yapılan hileye benzetilmiş ve *Iustinianus* döneminde kasta eşit sayılmıştır¹¹⁸. Dolayısı ile kasttan sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran sözleşmelerin geçersizliğine *culpa lata*'ya ilişkin olanlar da dahildir.

Culpa levis, dikkatli ve özenli kimselerin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek sureti ile meydana gelen hafif ihmali ifade eder. Borçlunun kastının ve ağır ihmalinin yanında hafif ihmalden de sorumlu tutulması, sorumluluğunun ağırlaştırılması demektir.

¹¹⁴ Söğütü Erişgin (n 50) 164.

¹¹⁵ Koschaker ve Ayiter, (n 23) 195.

¹¹⁶ ibid 194.

¹¹⁷ Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, (Adalet 2019) 31. *Dolus eventualis*, failin sonucu arzu etmemekle beraber bu sonucun doğabileceğini göze alarak hareket edilmesi durumunda söz konusu olan kasttır. Örneğin, toplanan kalabalığı korkutmak için havaya ateş eden hırsızın, balkonda çamaşır asan bir kişiyi vurması durumunda olası kast vardır, Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 58. Türk hukukunda olası kast, dolaylı kast veya gayrimuayyen kast olarak da isimlendirilen olası kast, failin öngördüğü ve istediği neticeyi gerçekleştirmek için işlediği fiile bağlı olarak meydana gelme ihtimali olan ikincil sonuca yönelik olan kasttır. Fail bu ikincil sonucu öngörür fakat umursamaz, olursa olsun diye düşünür, bkz Zafer (n 47) 240-241. TCK m 212/2'de "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır." şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁸ Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 58; Zilelioğlu (n 77) 259; Koschaker ve Ayiter (n 23) 195; Dinçer Araz (n 71) 181; Söğütü (n 3) 384, 387.

Hafif ihmalin tespitinde iki farklı ölçüt kullanılmaktaydı. Bunlardan ilki dürüst, dikkatli ve hem evdeki hem de dışardaki işlerinde özenli bir aile babasının göstereceği dikkat ve özeni (*diligentia bonus pater familias*) kıstas olarak alan soyut ölçüttür. *Culpa in abstracto* olarak da ifade edilen bu sorumluluk kıstası, sübjektif bir görüntü arz etmesine karşın ihmalden kaynaklanan sorumluluğun objektifleştirilmiş halini oluşturmaktadır¹¹⁹. Bu bağlamda objektif kusur ile objektif sorumluluk farklı kavramlardır. Objektif kusur, kusur sorumluluğu içerisinde yer almakla birlikte sorumluluğu belirlemede kullanılan kıstasın objektif olmasını ifade eder. Bu görüntüsü ile kusursuz sorumluluğa doğru yaklaşmaktadır. Buna karşılık objektif sorumlulukta kusur aranmaz.

Culpa in concreto olarak ifade edilen sübjektif ölçüte göre borçlunun sorumlu olup olmadığı kendi işlerinde göstermiş olduğu dikkat ve özene bakılarak belirlenmektedir. *Culpa in abstracto*'ya göre daha hafif bir sorumluluk ölçütü olan *culpa in concreto*, çoğunlukla başkalarının mallarını idare etmeye dayalı *societas* (şirket), *depositum* (vedia/saklama sözleşmesi) gibi sözleşmelerin yanı sıra irade dışı meydana gelen *communium* (ortak mülkiyet), *tutela* (vesayet) ve *dos*'un idaresinde uygulanmaktaydı¹²⁰.

Klasik sonrası hukuk döneminde beceriksizlik ve bilgisizlik kaynaklı sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılan bir kavram da *imperitia*'dır. Klasik öncesi hukuk döneminde ortaya çıkan bu kavram önce haksız fiiller alanında uygulanmış, tecrübesizliği ve beceriksizliği sebebi ile başkalarının mallarına zarar verilmesinde bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Klasik hukuk döneminde *locatio conductio* grubundaki sözleşmelere uygulanan *imperitia*, klasik sonrası hukukta da sorumluluk hukukunun tüm alanlarında kullanılmıştır¹²¹. Özellikle yüklenicinin ve hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan bu ölçüt, kusurun objektifleştirildiği bir ölçüt olarak dikkati çekmektedir¹²². Günümüz hukukunda eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde varlığını devam ettiren bu ölçüt *Celsus* tarafından *imperitia culpae adnumeratur* (yeteneksizlik kusur sayılır) şeklinde ifade edilmiştir¹²³.

4. *Utilitas* (Fayda) Prensibi

Klasik hukuk döneminde başlayıp klasik sonrası hukuk döneminde uygulanmaya devam eden ve kusur sorumluluğunun hâkim olduğu *Iustinianus* döneminde de uygulanan diğer bir sorumluluk ölçütü *utilitas* (fayda) prensibidir¹²⁴. Aslında *utilitas*'ın

¹¹⁹ Tamer Güven (n 77) 34.

¹²⁰ Dinçer Araz (n 71) 190, 192 ff.

¹²¹ Söğütü Erişgin (n 50) 197.

¹²² Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 31, dn 64; Somer, 'Hekimin Sorumluluğu' (n 110) 145; Gönül Koşar (n 29) 20.

¹²³ Söğütü Erişgin (n 50) 199; Kayak 'Eser Sözleşmesi' (n 82) 267 dn 78.

¹²⁴ Rado (n 1) 27.

kendisi tek başına kast ya da ihmal gibi ayrı bir sorumluluk ölçütü olmamakla birlikte bir kişinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun derecesini belirlemek için o sözleşmeden elde ettiği yararın gözetilmesini temel alan bir ilkedir. Bu ilkenin iyiniyet sözleşmelerinde uygulama alanı bulması hakkaniyet esasına dayandığının bir göstergesi olarak ifade edilmektedir¹²⁵. Çünkü sözleşmeden menfaati olan bir kişiden daha fazla dikkat ve özen göstermesinin beklenmesi hakkaniyet gereğidir¹²⁶.

Bu ilke çerçevesinde sözleşmeden bir yarar elde etmeyen borçlunun sorumluluğu daha hafif olarak belirlenmiştir. Bu durumdaki borçlunun sorumluluğu da hukuk dönemlerinde hâkim olan sorumluluk anlayışına göre farklılık arz etmekteydi. Klasik dönemde sözleşmeden bir yarar elde etmeyen borçlunun sorumluluğu kasıttan, klasik sonrası dönem ise ağır kusur olarak nitelendirilen kast ve ağır ihmalden sorumluluk şeklinde olmuştur.

Bu ilkenin uygulanmasının sorumluluğu bazen daralttığı bazen de genişlettiği görülmektedir. *Depositum*'da borçlu, alacaklının malını ücretsiz olarak saklamak ve istendiğinde geri vermekle yükümlüdür. Sözleşmenin ücretsiz oluşu, birlikte yaşama ve dostluk temeline dayalı olması ile izah edilebilir. Ücretsiz olması sebebi ile saklayanın herhangi bir yarar elde etmediği bu sözleşmedeki sorumluluğu, bu durumuna uygun olarak belirlenmiş ve klasik hukuk döneminde kastından, klasik sonrası hukuk döneminde ise kast ve ağır ihmalden sorumlu tutulmuştur¹²⁷. Buna karşılık *commodatum*'da (kullanım ödücüsü (ariyet) sözleşmesi) yarar, malı ücretsiz olarak kullanan kişide olduğundan bu kişi, klasik hukuk döneminde *custodia*'dan, *Iustinianus* döneminde ise *omnis culpa*'dan sorumlu tutulmuştur¹²⁸.

Bu dönemde yoğun bir şekilde tatbik edilen *utilitas* prensibinin uygulanması mutlak değildi. Örneğin Roma'da zorunlu olarak ücretsiz olan vekâlet sözleşmesinde (*mandatum*), her zaman borç altına giren vekil, sözleşmeden herhangi bir menfaati olmamasına karşın klasik dönemde sadece kastından sorumlu iken *Iustinianus* döneminde sorumluluğu artırılmış ve *omnis culpa*'dan sorumlu tutulmuştur¹²⁹. Klasik dönemde hâkim olan sorumluluk ilkesinin kusur sorumluluğu olması karşısında, ücret almayan vekilin sorumluluğunun *omnis culpa*'dan olması, *utilitas* ilkesinin uygulanmaması sebebi ile vekilin sorumluluğunun göreceli olarak artması ve bütün bunların yanında mahkumiyetin *infamia* ile sonuçlanması, vekâlet sözleşmesinin dostluk ve güven temeline dayalı olması ile izah edilmektedir¹³⁰. Aynı şekilde vekâletsiz iş görmede (*negotiorum gestio*) de vekâletsiz işgören tüm kusurlarından

¹²⁵ Söğütü (n 3) 391.

¹²⁶ Rado (n 1) 27.

¹²⁷ Küçükgüngör (n 111) 76; Zimmermann (n 19) 209; Buckland (n 48) 468; Kaser (n 19) 203.

¹²⁸ Umur, Ders Notları (n 18) 310.

¹²⁹ Rado (n 1)28; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 65; Bengi Sayın Korkmaz, *Roma Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)*, (Yetkin 2014) 146-147; Söğütü (n 3) 392.

¹³⁰ Sayın Korkmaz (n 129) 147; Rado (n 1) 119.

sorumlu tutulmuştur. Vekil gibi ücret alamayan vekâletsiz işgörenin sorumluluğunun *omnis culpa*'dan olmasının sebebi ise iş sahibinden bir istek olmaksızın kendiliğinden işe girişmesidir¹³¹. Bunun gibi *depositum*'da da saklayan kendiliğinden işe atılmış ve saklamayı kendisi teklif etmişse, sorumluluğu *culpa* ve *casus*'u da kapsayacak şekilde genişlemektedir¹³². Bununla birlikte yangın, sel ve deprem gibi olağanüstü durumlarda gerçekleştirilen vekâletsiz iş görmede işgören, sadece kastından ve ağır ihmalden sorumluydu¹³³.

Roma hukukunda hakkaniyeti sağlamak amacıyla kabul edilen *utilitas* prensibinin etkileri günümüz hukukuna kadar uzanmaktadır. Buna ilişkin örneklere aşağıdaki başlıklarda yer verilmiştir.

IV. Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi ve Kusursuz Sorumluluğa Geri Dönüş

A. Genel Olarak

Roma hukukundaki kusur sorumluluğuna doğru gerçekleşen dönüşüm *Iustinianus* zamanında çok küçük istisnalar dışında tamamlanmış ve Orta Çağ boyunca Hristiyanlıkta iradeye ve dolayısıyla kusura verilen önemin de etkisi ile yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Ancak sanayi devriminden sonra ortaya çıkan gelişmeler sonucunda kusur sorumluluğunun mutlak olarak uygulanması, adalet düşüncesini zedelemeye başlamış ve çeşitli gerekçelerle kusursuz sorumluluğa doğru bir geri dönüş başlamıştır. Gerek teknolojideki gelişmeler ve gerekse sosyal hayattaki gelişmeler sonucunda kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin sayısı artmaktadır. Bununla birlikte modern hukuklarda ve Türk hukukunda ana ilke kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu hem haksız fiil hem de sözleşmeler hukuku alanında temel kuraldır.

B. Kusur Sorumluluğunun Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi

Roma hukukunda ulaşılan kusur sorumluluğu ilkesi 19. yüzyıldan itibaren Avrupa'da başlayan kodifikasyon hareketleri sonucunda temel kanunlarda bağımsız bir kurum olarak düzenlenmeye başlanmıştır. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu ile başlayan süreç Alman Medenî Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Avusturya Medenî Kanunu ile devam etmiştir¹³⁴.

TBK m 49/I'de kusur, haksız fiiller açısından kurucu unsur olarak düzenlenmiş olmakla birlikte tanımına yer verilmemiş ve tanımlama doktrine bırakılmıştır. Kusur

¹³¹ Özdemir, (n 119) 64.

¹³² Küçükgüngör (111) 71; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 175.

¹³³ Rado (n 1) 134.

¹³⁴ Eren (n 1) 577.

doktrinde objektif ve sübjektif açılardan tanımlanmaktadır. Sübjektif açıdan yapılan tanımda kusur atfedilecek kişinin iradesinden hareket edilerek kast, hukuka aykırı sonucun istenmesi; ihmâl de hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak amacıyla iradenin yeterince kullanılmaması şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁵. Objektif açıdan yapılan tanımda ise davranışın hukuk düzeni açısından durumu göz önünde bulundurulmakta ve kusur, hukuk düzeninin hoş görmediği ve kınadığı davranış biçimi şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁶.

Kanaatimizce kusurun ortaya çıkışı ve tarihi gelişim süreci de göz önünde bulundurulduğunda sübjektif teorinin daha ön plana çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda kusur, hukuka aykırı davranışın bilerek ya da gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle yapılması sırasındaki failin ruh hali ve düşüncesidir¹³⁷. Diğer bir ifade ile hukuk düzenince kınanan davranış biçiminden öte bu davranışın yapılması sırasındaki failin iradesidir.

Hukuka aykırı davranışın, bu sonuç bilinerek ve istenerek yapılması kast olarak nitelendirilir¹³⁸. Kast hukuka aykırı sonucun doğrudan istenmesi (*dolus directus*) şeklinde olabileceği gibi ortaya çıkan sonucun doğrudan istenmemekle birlikte bilinmesi ve göze alınması şeklinde de olabilir. Kastın bu türüne olası kast (*dolus eventualis*) adı verilir¹³⁹.

Kusurun ikinci türü ihmâl olarak nitelendirilir. İhmâl, zararlı sonucun gerçekleşmesine engel olmak için şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesidir. Bu anlamda ihmâl hukuk düzenince yüklenmiş olan başkalarının zarar görmesini önleme görevinin yerine getirilmemesidir¹⁴⁰.

Kusurun bir türü olan ihmâl¹⁴¹ ile bir davranış biçimi olan ihmâli¹⁴² birbirinden ayırmak gerekir.

¹³⁵ Oğuzman ve Öz (n 11) 54; Aynı yönde Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat 2011) 138; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Filiz 1998), 69; Haluk H. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası Beta) 185.

¹³⁶ Eren (n 1) 643; Antalya (n 12) 21; Aynı yönde Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Bası Onikilevha) 364.

¹³⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası Filiz 1993) 492.

¹³⁸ Hatemi (n 135) 69; Antalya (n 12) 27; Oğuzman ve Öz (n 11) 56; Eren (n 1) 649.

¹³⁹ Nomer (n 135) 365; Eren (n 1) 649; Antalya (n 12) 29-30.

¹⁴⁰ Antalya (n 12) 30; Oğuzman ve Öz (n 11) 57.

¹⁴¹ Her iki kavram da temelde ve sözlük anlamında “olması gereken ve beklenen bir şeyin olmaması” anlamında birleşmektedirler. Bu anlamı ile ihmâl Arapça kökenli olup eski Türkçe’de de kullanılan bir kavram olarak “kendi haline bırakma, boş verme” anlamlarına gelmektedir. Bkz Sevan Nişanyan, ‘ihmal’ < <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ihmal+>1> Eylül 2021. Diğer bir ifade ile bir davranışın yapılmaması durumu “davranışın olmaması” anlamında ihmâl ya da ihmâli davranış olarak nitelendirilir. Buna karşın hukuk düzenince aranan dikkat ve özenin olmaması ise yine aynı kelime ile ifade edilmekte ve bir kusur türü olarak ihmâl şeklinde isimlendirilmektedir. İhmâl (yapmama) olarak gerçekleşen davranış, kusur açısından ihmâl ile yapılabileceği gibi kasten de gerçekleştirilebilir.

¹⁴² Haksız fiilin unsuru olan davranış açısından yapılan açıklamalar için bakınız Oğuzman ve Öz (n 11) 13.

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Aynı şartlar altındaki herkesin gösterebileceği en basit dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal, dikkatli ve tedbirli bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi ise hafif ihmal olarak nitelendirilir.¹⁴³

Borçlar hukukunda kusur dendiğinde kast ile birlikte ihmalin tüm türleri ifade edilir. Haksız fiiller açısından kusura dayanan sorumluluğun doğması için kural olarak her türlü kusur yeterlidir. Kusurun kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal türünde gerçekleşmesi arasında fark yoktur. Bununla birlikte TBK, kusuru ağır kusur ve hafif kusur şeklinde ikiye ayırarak ele almaktadır. Ağır kusur ifadesi kast ile ağır ihmali içerisine alan bir kavramdır. Hafif kusur ile de sadece hafif ihmal kastedilmektedir. Kusurun ağırlığı tazminatın belirlenmesinde önemli rol oynar¹⁴⁴. Ayrıca sorumluluğu sınırlayan sözleşmelerin yapılabilmesinin ilk şartı hafif kusura ilişkin olarak doğmalarıdır. Bunun yanında başkaca şartlar da aranmakla birlikte, ağır kusurdan sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması geçersizdir¹⁴⁵.

TBK m 49/I'e göre hukuka aykırı eylemlerin haksız fiil oluşturabilmesi için her türlü kusur yeterliyken TBK m 49/II, ahlaka aykırı fiiller açısından haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için bunların kasten yapılmasını aramaktadır. Diğer bir ifade ile ihmalin herhangi bir türü ahlaka aykırı davranıştan kaynaklanan zarardan sorumluluk için yeterli değildir. Bu düzenlemenin ahlaka aykırı fiiller açısından sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir kural olduğu ifade edilebilir. Aynı şekilde sorumluluğun sadece kasttan olması Roma hukukunda klasik dönemde vekâlet gibi bazı sözleşme tiplerindeki borçlunun sadece *dolus*'tan kaynaklanan sorumluluğunu da hatırlatmaktadır.

C. Haksız Fiillerde Kusursuz Sorumluluğa Geri Dönüş

Sanayi devrimi ile başlayan süreç ve daha sonrasındaki bilgi toplumuna geçiş süreci beraberinde yeni sorunlar da getirmiştir. Teknolojinin sağlamış olduğu yararlar ile birlikte getirdiği risk, istihdam ile ilgili sorunlar, sanayileşme sürecinin neden olduğu çevre kirliliği gibi pek çok husus kişilerin katlanamayacağı bir boyuta ulaşmıştır. Sanayi devrimi ile birlikte yaşanan gelişmeler sonucunda ne kadar tedbir alınırsa alınsın kazalar oluşmakta ve büyük zararlar meydana gelmektedir. Devrim sonucunda oluşan toplum, artık risk toplumu haline gelmişti¹⁴⁶. Bu gelişmeler

¹⁴³ Oğuzman ve Öz (n 11) 58; İsviçre Federal Mahkemesi tarafından getirilen ve doktrinde de kullanılan "orta ihmal" şeklinde ifade edilen kavram ve eleştirisi için bkz Antalya (n 12) 37; Gönül Koşar, orta ihmal kavramını isabetli bulmakla birlikte orta kusur kavramının TBK'ya uygun olmadığını, orta ihmali hafif kusur çerçevesinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir, bkz Gönül Koşar (n 29) 199 ff.

¹⁴⁴ Hatemi (n 135) 70-71.

¹⁴⁵ Eren (n 1) 1211.

¹⁴⁶ Mesut Çekin, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, (1. Bastı Onikilevha 2016) 2.

sonucunda haksız fiillerde kusur unsuru sorgulanmaya başlanmış ve sonrasında da kanun koyucular, meydana gelen riskleri ve bunların sonuçlarını, kendilerinin iradesinden kaynaklanmasa da bazı kişilerin üzerinde bırakmayı tercih etmişlerdir¹⁴⁷. Kusura dayanan sorumlulukta zarar veren kişiden hareket edilerek hukuka aykırı olan eyleminin, sorumlu tutulması için yeter derecede kınanabilir bir iradeye dayanıp dayanmadığı araştırılmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise zarara uğrayan kişiden hareket edilmekte ve uğramış olduğu zararın giderilmesi konusunda kendisine yardım çareleri aranmaktadır¹⁴⁸.

Küçük işletmelerin yer aldığı, sanayileşmenin olmadığı ya da tam gelişmediği tarım toplumlarında kusur sorumluluğu hâkimdir¹⁴⁹. Tehlikeli işletmelerin çoğalması ile birlikte tarım ekonomisinin hâkim olduğu bireyci toplumda kusur tekrar sorgulanmaya başlamış, yaşanan gelişmeler Roma hukukundan beri bilinen bazı kusursuz sorumluluk hallerine yenilerinin eklenmesine neden olmuştur. Ev başkanının sorumluluğu, hayvan idare edenin sorumluluğu ve bina sahiplerinin sorumluluğu gibi eskiden beri bilinen ve aslında en üst düzeyde gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesinden kaynaklanan özen sorumluluklarının yanına işletmelerin arz ettiği tehlike esasına dayanan bir sorumluluk türü daha eklenmiştir¹⁵⁰. Gittikçe karmaşık ve tehlikeli bir boyut alan sanayi toplumundaki işletmelerde çalışanlar da kendi kusurları ile başkalarına zarar verebilmektedirler. Ancak sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olan bu kişilerin kusurlarından kaynaklanan zararlarda, salt kusur ilkesinin işletilmesi zarar gören kişilerin zararlarının hiç tazmin edilememe riskini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle nimet külfet dengesi içerisinde, makineleşmeden yarar sağlayan kişilerin, bu makinelere ve istihdam edilen personele hâkim olmaları sebebi ile bunlardan kaynaklanan riske de katlanmaları sonucu kabul edilmiştir. Zarar veren ile zarar gören arasındaki ekonomik uçurum hakkaniyet düşüncesini güçlendirmiştir. Bu düşünce işletmelerin arz ettiği tehlike için de bu tehlikeyi oluşturan kişiye müracaat edilmesini gerektirmiştir¹⁵¹. Kusursuz sorumluluğa ilişkin tüm bu düzenlemelerde Roma hukukunun ilk dönemlerinde hâkim olan ve kusurun sorumluluk için bir unsur olarak aranmadığı, sadece objektif şartlara bakarak belirlenen sorumluluk esası aklı gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğundan sonra kusursuz sorumluluk başlığı ile üç farklı kusursuz sorumluluk türü belirlemiştir. Bunlar hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğudur. Doktrinde özen sorumluluğuna olağan sebep sorumluluğu adı da verilmektedir.

¹⁴⁷ Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76*, (1. Bası Onikilevha 2019) 226; Nomer (n 135) 188.

¹⁴⁸ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (6. Bası Sermet 1976) 532.

¹⁴⁹ Eren (n 1) 558.

¹⁵⁰ Baysal (n 136) 228; Nomer (n 135) 188-189.

¹⁵¹ Eren (n 1) 559 ff; Baysal (n 147) 230.

Özen sorumluluğu içerisinde yer alan adam çalıştırmanın (TBK m 66), hayvan bulunduranın (TBK m 67) ve Medenî Kanun'da düzenlenmiş olan ev başkanının (TMK m 369) sorumlulukları sorumlu kişilerin hâkimiyetleri altında bulundurdukları kişi ya da hayvanın başkalarına zarar vermemeleri için göstermeleri gereken özen ve gözetim eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sorumluluklarda kusur objektifleştirilmiştir¹⁵². Kanaatimizce kusurun objektifleştirilmesi, diğer bir ifade ile kusurun belirlenmesinin objektif bir kritere bağlanması, sorumluluğun kusursuz sorumluluğa dönüşmesini gerektirmez. Ayrıca bu sorumluluklarda sorumlu kişi gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu ise kusursuzluğun ispatlanmasından başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile özen sorumluluğunda kusur, karine olarak kabul edilmiş ve sorumlu olan kişiye zor da olsa tüm ihtimalleri değerlendirerek kusursuzluğunu ispatlama imkânı tanınmıştır. Bu durum sorumluluğu kusur sorumluluğuna yaklaştırmakta ya da diğer bir ifade ile kusur sorumluluğundan tamamen koparmamakta ve tam bir kusursuz sorumluluk haline getirmemektedir. Hâlbuki yalın anlamda kusursuz bir sorumluluk esasında, sorumlu kişi tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz. Bu tür sorumluluklarda zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bu nedenle kanaatimizce kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumlulukları kusur sorumluluğuna daha yakın olup¹⁵³ olağan sebep sorumluluğu¹⁵⁴ tabiri bu tür sorumluluklar için kullanılmamalıdır. Çünkü olağan sebep sorumluluğu kavramı, illiyet bağını yeterli gören bir sorumluluğu akla getirmektedir. Bu kavram, sorumluluk için herhangi bir özensizlik durumuna ihtiyaç olmadan sadece zarar ile fiil arasında illiyet bağının yeterli olduğu ve kurtuluş kanıtına hiç yer verilmeyen sorumluluklar için kullanılmalıdır¹⁵⁵. Bu tercih, kusursuz sorumluluğun Roma hukukundaki ilk görünümü olan sebep olmaktan dolayı oluşan (objektif) sorumluluk anlayışına da uygun olur.

Özen sorumluluğu denilince, Roma hukukunda klasik sonrası dönemde kusur sorumluluğuna geçişte ortaya çıkan ve kusursuz sorumluluk esasına dayandığı kabul edilen *custodia* sorumluluğunun biraz hafifletilerek en küçük ihmalden bile sorumluluğun kabul edildiği *diligentia* sorumluluğu akla gelmektedir. Her ne kadar *diligentia*'nın, *custodia* sorumluluğunun subjektifleştirilmiş hali olduğu belirtilse¹⁵⁶ de kusurun tespitinde kullanılan ölçüt, işlerinde hassas ve dikkatli olan iyi bir aile babasının göstereceği dikkat ve özen olarak (*diligentia bonus pater familias*) objektif bir ölçüttür. *Pater familias*'ın tarım toplumunda aile evlatlarını, kölelerini, mallarını

¹⁵² Eren (n 1) 563.

¹⁵³ Aynı fikirde Baysal (n 147) 228, 243, 260. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (6. Bası Filiz 2014) 286.

¹⁵⁴ Bu tür özen sorumluluğuna olağan özen sorumluluğu da denmektedir, bkz Eren (1) 563.

¹⁵⁵ Aynı şekilde sebep sorumluluğu yerine nedensellik sorumluluğu kavramı için bkz Mustafa Alper Gümüş, *Vekilin Özen Borcu*, (1. Bası Beta 2001), 54 ff.

¹⁵⁶ Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Zilelioğlu (n 77) 261; Tamer Güven (n 77) 31.

ve hayvanlarını idare ettiği göz önünde bulundurulduğunda adam çalıştırının, hayvan bulunduranın ve ev başkanının sorumluluklarının *diligentia* sorumluluğu olduğu ifade edilebilir. *Diligentia* sorumluluğu da, sübjektifleştirilmiş *custodia* sorumluluğu olmasının yanında, kusurun objektifleştirilmesi açısından özen sorumluluğuna benzemektedir. Bu sorumluluk, iyi bir aile babası örnek alınarak ağırlaştırılmış özen sorumluluğu şeklinde ifade edilebilir. Her ne kadar *diligentia*, sözleşmesel ilişkilerde kullanılan bir ölçüt olsa da gösterilmesi gereken dikkat ve özenin derecesi açısından genel olarak haksız fiillerde ortaya çıkan *culpa* kavramının içerisinde yer almaktadır¹⁵⁷.

TMK m 369/I'de düzenlenmiş olan ev başkanının sorumluluğunun temelinde de aslında *pater familias*'ın köleleri ve aile evlatlarının işledikleri haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluğu yatmaktadır¹⁵⁸. Bununla birlikte *pater familias*'ın aile evlatlarının ve kölelerin başkalarına verdikleri zararlardan sorumluluğu tam olarak ne adam çalıştırının ne de ev başkanının sorumluluğuna benzemektedir¹⁵⁹. Çünkü *pater familias*'ın sorumluluğu, haksız fiilin işlendiği zamandaki hâkimiyetinden değil dava açıldığı zamanındaki hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır¹⁶⁰. Bununla birlikte sorumluluğunun doğuş zamanı farklı da olsa *pater familias*'ın bu sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu görülmektedir. Adam çalıştırının sorumluluğu ile ev başkanının sorumluluğu, özen yükümlülüğüne dayalı olması sebebi ile ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğuna daha yakın dursa da kusurun objektif bir kritere bağlanarak ispat yükünün ters çevrilmesi sebebi ile kusursuz sorumluluğun ilk kademesi içerisinde de değerlendirilebilir. Bu sonucun, farklı bir sebebe dayansa da Roma hukukundaki *pater familias*'ın sorumluluğu ile yakından ilgili olduğu ifade edilebilir. Aynı şekilde borcun ifası için kendilerinden yararlanan yardımcı şahısların verdikleri zararlardan sorumluluk da temelde Roma hukukuna dayanmaktadır. Doğrudan başkalarının fiilleri sebebi ile sorumluluğun, ceza davasına daha yakın olan *noxal* sorumluluk dışında genel bir prensiple kabul edilmemiş olmasından ötürü yardımcı şahıs kullanan kişilerin sorumlu tutulmaları için çeşitli gerekçelere dayanıldığı görülmektedir. Roma hukukunda özellikle Klasik sonrası dönemde başlayan ve *Iustinianus* döneminde hakim olan kusur sorumluluğunun etkisi ile yardımcı şahıs kullanan kişilerin, bunların verdikleri zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun adam seçmede, gözetmede ve talimat vermedeki kusura (*culpa in eligendo, custodiendo instruendo*) dayandırıldığı ve *utilitas* ilkesinin de kabulü ile hâkimiyet ilkesinin yanına hakkaniyet ilkesinin de eklendiği görülmektedir¹⁶¹. Dolayısıyla Roma hukukunda bu sorumluluğun tam olarak bir kusursuz sorumluluk olduğu da söylenemez. TBK m 116'daki düzenlemede

¹⁵⁷ Bkz Tamer Güven (n 77) 138 ff.

¹⁵⁸ Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, (AÜHFY 1979), 34.

¹⁵⁹ Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 26; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 335, dn. 489.

¹⁶⁰ Şakir Berki, *Roma Hukuku (Ankara 1949)* 268.

¹⁶¹ Tamer Güven (n 77) 140.

ise herhangi bir kurtuluş kanıtının getirilmemiş olması sebebi ile bu sorumluluğun, Roma hukukundaki temelinden farklı olarak tam bir kusursuz sorumluluk olduğu belirtilebilir.

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan, ilgililerin kusurları olmasa da sorumlu tutma yönündeki anlayışa uygun olarak verilebilecek bir diğer örnek 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁶² m 13'te düzenlenen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğudur. Düzenlemede hizmet sağlayıcının sertifika sahibine karşı olan sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğu belirtildikten sonra Elektronik İmza Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte belirlenen yükümlülüklerini ihlâl etmek suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları da gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemenin devamında elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda tazminat ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilerek bu sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğu belirtilmiştir. Buna karşın elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, kanun ve yönetmelikte belirtilen yükümlülükleri ihlâlinin, çalıştırdığı kişilerin davranışına dayanması durumunda da zarardan sorumlu olduğu ancak elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının bu sorumluluktan, TBK m 66'da öngörülen kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden, kanun koyucunun adam çalıştıranın sorumluluğundaki kurtuluş kanıtını, üçüncü kişilerin uğradığı zararlar açısından kaldırarak tam anlamı ile bir kusursuz sorumluluk (illiyet bağının varlığının yeterli olduğu sebep sorumluluğu) hali öngördüğü sonucu çıkarılabilir. Bu durum, özen sorumluluğunun sebep sorumluluğuna dönüştürülmesi ile ifade edilebilir. Buradaki sorumluluğun, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilen elektronik imza üretiminin bizzat kendisinin bir tehlike arz etmemesi sebebi ile tehlike sorumluluğu olarak görülmesi yerine sebep sorumluluğu içerisinde kalması daha uygun olacaktır¹⁶³.

Kurtuluş kanıtının getirilmediği ve doktrinde ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü ya da ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak ifade edilen sorumluluk sebeplerinde ise tam anlamı ile kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. Yapı eseri malikinin sorumluluğu (TBK m 69) bu kapsamda değerlendirilebilir. Kanaatimizce burada özensizlik temeline dayalı değil mülkiyete dayalı bir sorumluluk esası kabul edilmiştir¹⁶⁴. Bu da hâkimiyet esasının eşya üzerindeki görüntüsü olarak ifade edilebilir. Çünkü bina maliki her türlü özeni gösterdiğini ispatlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz¹⁶⁵. Bunun gibi malikin yapı eserinin mülkiyetini yeni kazanmış olmasının ya da yapım

¹⁶² Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.1.2004, RG 23.1.2004/25355

¹⁶³ Bu konudaki tartışmalar için bkz Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu', (2004) 8 (3-4) AÜEHFD 257, 263 ff.

¹⁶⁴ Nomer (n 135); Baysal (n 147) 280.

¹⁶⁵ Nevzat Koç, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu* (BK. m. 58), (1. Bası DEÜ 1990) 37.

veya bakım eksikliğini bilip bilmemesinin bir önemi yoktur¹⁶⁶. Nitekim hukuk sistemimiz bu kusursuz sorumluluk türüne yabancı değildir. Roma hukukundaki köle ve aile evlatlarının başkalarına verdikleri zararlardan sorumlulukları, özünde hâkimiyet (*potestas*)¹⁶⁷ esasına dayanmaktadır¹⁶⁸. Yine Roma hukukunda tam olarak yapı eseri malikinin sorumluluğu ile örtüşme de insanların gelip geçtikleri bir yola ya da beklemeye alışkın oldukları bir yere yakın bir evin balkonuna ya da cumbasına asılan ve bu yola veya alana düşerek orada bulunanlara zarar verme tehlikesi arz eden eşya nedeniyle açılan dava olan *actio de positis vel suspensis* akla gelmektedir. Bu dava herhangi bir Roma vatandaşı tarafından binada oturan kişiye (*habitor*) açılabilen ve kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktaydı¹⁶⁹. Bu davadan başka bir binadan yola bir şey atarak ya da dökerek başkalarına zarar verilmesi halinde faile *culpa* (lata) temelinde dayalı olarak *Lex Aquilia* davası açılması gerekirken çoğunlukla kimin attığı bilinemediğinden başkası tarafından atılmış veya dökülmüş olsa bile *actio de effusis vel deiectis* isimli dava ile binada devamlı surette oturan kişi sorumlu tutulmuştur¹⁷⁰. Her iki sorumluluğun da günümüz hukuk terminolojisi ile tehlike sorumluluğu esasına dayanan kusursuz sorumluluk hali olduğu belirtilmektedir¹⁷¹. *Quasi delictum* kapsamındaki bu davalar ile birlikte *noxal* sorumluluğa ilişkin prensipler ve hakkaniyet düşüncesinin, TBK m 69'da kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiş olan yapı eseri malikinin sorumluluğunda önemli bir etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁷².

Yapı eseri malikinin sorumluluğu yanında TBK m 69/II'de intifa ve oturma hakkı sahiplerinin bakım eksikliğinden kaynaklanan sorumlulukları kabul edilmiştir. Maddede kusurdan bahsedilmediği ve kurtuluş kanıtı da getirilmediği için bu sorumluluğun da kusursuz bir sorumluluk olduğuna işaret edilmektedir¹⁷³.

Bunların yanında imalatçının sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunundan kaynaklanan işletenin sorumluluğu, çevreyi kirletenin sorumluluğu, Devletin tapu ve gemi sicillerinin hukuka aykırı olarak tutulmasından kaynaklanan sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin pek çok düzenleme bulunmaktadır¹⁷⁴. Çalışmamızın amacı teker teker tüm kusursuz sorumluluk hallerini incelemek olmadığından burada, sadece tekrar kusursuz sorumluluğa dönüş sürecinde Roma hukukundan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenmiş olan kusursuz sorumluluk hallerinden bazılarını değinilmiştir.

¹⁶⁶ Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 136) 403.

¹⁶⁷ Köleler için *dominica potestas* aile evlatları için ise *patria potestas* tabiri kullanılmaktadır, bkz Umur, *Lügat* (n 22) 164 .

¹⁶⁸ Berki (n 160) 268; Honig (n 47) 295.

¹⁶⁹ Söğütlü (n 3) 605.

¹⁷⁰ Rado (n 1) 159.

¹⁷¹ .Endes Selvi (n 89) 1011.

¹⁷² Koç (n 165) 19. Benzer şekilde bkz Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 217; Endes Selvi, (n 89) 1011, dn. 37.

¹⁷³ Nomer (n 135) 220.

¹⁷⁴ ibid 188 ff.

D. Kusur Sorumluluğunun Sözleşmeler Açısından Değerlendirilmesi

Roma hukukunda sözleşmeler alanında kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişin etkisi bugünkü Türk borçlar hukukunda çok açık bir şekilde görülmektedir. TBK m 112’de borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamadıkça, alacaklının borcun ifa edilmemesi yüzünden uğramış olduğu tüm zararları karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Haksız fiiller gibi sözleşmeler alanında da kusurlu sorumluluk ilkesi geçerlidir.

TBK m 112’de borçlunun sorumluluğu için kusursuzluğunu ispat edememesinden bahsedilmektedir. Burada kabul edilen kusursuz sorumluluk değil karine olarak varlığı kabul edilmiş bir kusur sorumluluğudur. Haksız fiillerin tersine kusurun karine olarak varlığının kabul edilmiş olmasının sebebi, borcun ifa edilememesi ile ilgili olarak borçlunun kendi faaliyet alanında meydana gelen olayları daha iyi bilebileceği, özellikle mücbir sebep ve beklenmeyen hal gibi durumları daha yakından takip edebileceğidir¹⁷⁵. Alacaklının bunları bilebilmesi oldukça zordur. Bununla birlikte borçlunun da ifa edemediği bir sözleşmede, ifa etmemenin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispatlaması da her zaman çok kolay olmaz. Yukarıda da belirtildiği gibi borçlu ya beklenmeyen hal ya da mücbir sebebin varlığını veyahut da illiyet bağını kesen başka bir nedenin varlığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Kanunun sözleşmeler açısından borcun ifa edilmemesinde kusurun varlığını karine olarak kabul etmesi, kusursuz sorumluluğa doğru dönüşüm sürecinin etkisi olarak görülebilir. Sözleşmeler alanında doğrudan kusursuz bir sorumluluk kabul edilmemekle birlikte, haksız fiiller alanında özen yükümlülüğüne dayalı sorumlulukta olduğu gibi, ispat yükü ters çevrilerek bu sonuca yaklaşılmak istendiği akla gelmektedir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk kanaatimizce kusursuz sorumluluğa yaklaşmakla birlikte kusur sorumluluğu kapsamında yer almaktadır. Bu durumda kusurun karine olarak kabul edildiği özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk ile aynı şekilde kusurun yine karine olarak kabul edildiği sözleşmeden doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluğa dönüşüm sürecinden etkilenme dereceleri daha rahat görülür.

Klasik dönemin sorumluluk anlayışında, borçlunun sorumlu olduğu *casus*’un *Iustinianus* döneminde sorumluluk kapsamından çıkması sonucunda, ifanın gerçekleşmemesinin sebebinin *casus* olduğunun ispatını aramak daha makuldür.

Sözleşmeler hukuku alanında da borçlu kural olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu, borcun konusunu bilerek ve isteyerek yerine getirmemişse kastından gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebi ile yerine getirmemişse ihmalden sorumludur. Borçlunun göstermesi gereken özen, objektif olarak belirlenir. Bu da yüklenmiş olduğu borcun kapsamının yanında ait olduğu sosyal

¹⁷⁵ Tunçomağ (n 148) 815.

çevre içerisinde makul dürüst ve ortalama zekâ seviyesindeki bir borçlu tipinin göstermesi gereken özene karşılık gelmektedir¹⁷⁶.

Roma hukukunda olduğu gibi bazı özel kişiler ya da sözleşme tiplerindeki taraflar açısından özel kusur kriterleri getirilmiştir.

Bunlardan en başta geleni ticaret hukukunda düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu tacirler açısından gösterilmesi gereken özenin derecesini nispeten yüksek bir objektif kriterle bağlamıştır. Bu kriter basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek kriteridir. Bu kriterin köklerini Roma hukukundaki *familia* içerisinde bulmak mümkündür. Roma toplumundaki *familia* kavramı, dar ve geniş anlamlarda kullanılmaktadır. Dar anlamda *familia*, *pater familias*'ın ölümünden sonra erkek evlatlar sayısınca ortaya çıkan aileyi ifade etmektedir. Geniş anlamda familia ise müşterek bir atadan gelen bütün kişilerden oluşan topluluktur. Bu anlamlarının yanında familia kavramı XII Levha kanunlarından itibaren bir kişinin tüm maddi mallarının toplamını, diğer bir ifade ile tüm mamelekini ifade eden geniş bir anlam kazanmıştır¹⁷⁷. *Familianın* tüm bu anlamları dikkate alındığında, söz konusu malvarlığına dahil olan tüm taşınır ve taşınmaz mallar (araziler, alet edevat ve köleler) ile tüm aile evlatlarının yönetiminde *pater familias* yüksek bir özen derecesi ile hareket etmelidir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere özellikle kusur sorumluluğunda gösterilmesi gereken üst düzey bir dikkat ve özeni ifade etmek için kullanılan ölçüt, aile babasının bu malvarlığını idare ederken göstermesi gereken dikkat ve özendir. Bu da *diligentia bonus pater familias* olarak ifade edilmiştir. Bu sorumluluk aile hayatı açısından bakıldığında ev başkanının sorumluluğunu etkilerken ticari hayat açısından bakıldığında ise tacirin sorumluluğunu etkilemiştir. Tarım toplumundan ticaret toplumuna geçişle birlikte kusur sorumluluğunun kriterleri de oluşmaya başlamış, sadece *familia* değil idare edilen tüm malvarlığı değerleri ve işletmeler açısından gösterilmesi gereken özen ortaya çıkmıştır.

Roma hukukunda klasik dönemin sonlarından itibaren sözleşmeler alanında kusur ilkesine doğru başlayan dönüşüm sonrasında klasik sonrası dönemde, çeşitli sözleşme tiplerinde sorumluluğun sözleşmeden elde edilen menfaate göre belirleneceği şeklinde bir ilkenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yukarıda değinilen ve *utilitas* olarak isimlendirilen bu ilke, TBK m 114'de aynen yer almaktadır. Bu düzenlemede, sözleşmede borç altına giren tarafın sorumluluğunun belirlenmesinde, bu sözleşme sebebi ile bir yarar elde edip etmediği göz önünde bulundurulacağı, yarar elde etmiyorsa sorumluluğunun daha hafif olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nimet-külfet dengesi olarak da ifade edilen bu ilkenin uygulanması, kanunun lafzından hareket edilerek borçlu için hiçbir yarar sağlamaması şeklinde değil elde ettiği yararın borcuna oranla çok az olması şeklinde gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla elde edilen yarar çok

¹⁷⁶ Eren (n 1) 1183 ff.

¹⁷⁷ Kudret Ayiter, 'Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku', (2. Bası AÜ Basımevi 1963) 1-2; Koschaker ve Ayiter (n 23) 298-299.

az ise sorumluluk da buna göre belirlenmelidir. Sözleşmenin tek tarafa ya da eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, burada göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan bağışlama sözleşmesinde bağışlayan, sadece kastından ve ağır ihmalden sorumlu tutulmuştur (TBK m 294/I). Bağışlayanın hafif ihmalden kaynaklanan ifa etmeme ya da kötü ifa gibi sonuçlar kural olarak sorumluluğunu doğurmaz. Bununla birlikte hükmün düzenleyici olması sebebi ile taraflar sadece kastından sorumlu olacağı şeklinde sorumluluğu daraltabilecekleri gibi hafif ihmalden sorumluluğu kapsayacak şekilde de genişletebilirler.

Vekâlet sözleşmesi açısından Roma hukukunda bir istisnanın varlığına yukarıda değinilmişti. Roma hukukunda niteliği gereği ücretsiz olması gereken vekâlet sözleşmesinin güven temeline dayalı olması sebebi ile *Iustinianus* döneminde vekil, ücret almamasına karşılık *diligentia*'dan sorumluydu. Türk hukuku açısından vekâlet sözleşmesi kural olarak ücretsiz olmakla birlikte aksine anlaşma ya da örf ve adet kuralı varsa ücretli de olabilir (TBK m 502/III). Burada ücretsiz olan vekâlette vekilin sorumluluğunun ücretli olan vekâlete göre daha az olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda doktrindeki çoğunluk görüşü vekilin sorumluluğun ücretsiz vekâlette daha az olması gerektiği yönündedir¹⁷⁸. Buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre vekilin sorumluluğu vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması sebebi ile hafiflemez. Özellikle vekilin bir işte uzmanlığının bulunması sebebi ile vekâlet almış olması durumunda bu sonuç daha belirgin hale gelir. Vekâletin ücretsiz (ya da hatır ilişkisine binaen düşük olduğu) doktor veya avukat ile yapılan vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özenin derecesi ücretli olması durumunda kendisinden beklenen özenin derecesi ile aynı olmalıdır¹⁷⁹. Diğer bir ifade ile Roma hukukundaki *diligentia bonus pater familias* geçerliliğini korumalıdır. İtalyan¹⁸⁰ ve Fransız¹⁸¹ Medeni Kanunlarında vekilin sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen ücretsiz vekâlette sorumluluğun hafifleyeceğine yönelik düzenlemeler karşısında Türk ve İsviçre kanun koyucularının, böyle bir düzenleme getirmeyerek Roma hukukundaki ücretsiz vekâlete özgü ilkenin geçerli olarak kalması yönünde bir tercihte buldukları söylenebilir. Bununla birlikte vekâletin ücretsiz olması, hesaplanacak tazminatta bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir¹⁸².

¹⁷⁸ Eren (n 1) 1187; Tuñçomağ (n 148) 813; Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (1. Bası Sayram 2004) 18; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1. Bası Filiz 1992) 418; Veynel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası Yetkin 2004) 170; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (15. Bası Turhan 2015) 643.

¹⁷⁹ Gümüş (n 155) 340-341; Başpınar ücretsiz vekalette vekilin göstermesi gereken özenin derecesinin hafiflemesi gerektiğini ifade etmekle birlikte doktorluk ve avukatlık gibi meslekleri icra edenler açısından bu kuralın uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir, bkz. Başpınar (n 177) 170; Aynı yönde Zevkililer ve Gökyayla (n 177) 643.

¹⁸⁰ İtalyan Medeni Kanunu Art. 1710 "Il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore." (Vekilin, vekaleti iyi aile babasının özeni ile icra etmesi gerekir; fakat eğer vekalet ücretsizse, kusurdan sorumluluğu daha az titizlikle değerlendirilir).

¹⁸¹ Fransız Medeni Kanunu Art. 1992 "Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire." (Bununla birlikte, ödeme alanlara nazaran vekaleti ücretsiz olanlar için kusurdan sorumluluk daha az titizlikle uygulanır).

¹⁸² Gümüş (n 155) 340.

E. Sözleşmelerde Kusurun Ağırlaşması ve Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Uygulanması

Sözleşmeler alanında kusur sorumluluğu ilkesi geçerli olmakla birlikte tüm sözleşmelerde aynı kusur türü ve ölçütünün geçerli olmadığını da belirtmek gerekir. Kusurun derecesi bazı sözleşme tipleri açısından özel olarak belirlenmiştir. Örneğin TBK’da adi ortaklık sözleşmesinde, taraflar arasındaki tanışıklık derecesinin çok yoğun olması sebebi ile Roma hukukunda olduğu gibi, hafif ihmalin tespitinde objektif ölçüt yerine subjektif ölçüt kabul edilmiştir. *Culpa in concreto* olarak ifade edilen bu ölçüte göre ortak kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni ortaklık işlerinde de göstermişse sorumlu olmaz (TBK m 628).

Bazı sözleşme ilişkilerinde ise gösterilmesi gereken özenin derecesi özel olarak belirlenmiştir. Örneğin vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özen, aynı şartlar altında basiretli ve özenli bir vekilin göstermesi gereken özen olarak belirlenmiştir (TBK m 506/III). 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda vekilin göstermesi gereken özenin derecesi, işçinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yapılan yollama ile çözümlenmişti. Bununla birlikte vekilin icra ettiği işin niteliğinin işçinkine göre çok daha fazla özeni gerektirdiği gerekçesi ile bu düzenleme eleştirilmekteydi¹⁸³. TBK m 506/III ile getirilen objektif kıstas ile vekilin göstermesi gereken özenin derecesinin ağırlaştırıldığını söylemek mümkündür¹⁸⁴. Kanaatimizce ücretsiz vekâlette vekilin sorumluluğunun, *utilitas* prensibinin istisnasını teşkil etmesi sebebi ile hafifletilmemesi, gösterilmesi gereken objektif özenin de bir sonucudur.

Vekalet sözleşmesinde yapılan değişikliğe benzer şekilde, eski Borçlar Kanununda işçinin sorumluluğuna atf yapılmak sureti ile çözülen yüklenicinin sorumluluğunda da değişikliğe gidilmiştir. Yeni TBK m 471/II ile eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğu da özel olarak düzenlenmiş ve benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen aranmıştır¹⁸⁵. Maddede ayrıca basiretli bir yüklenicinin, işi yaparken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemede yer alan mesleki ve teknik kurallara uygun davranma borcu ile Roma hukukunda *loatio conductio operis* (eser sözleşmesinde) bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılan *imperitia* kavramına da dolaylı olarak yer verildiği anlaşılmaktadır. Yapılan bu düzenleme ile yüklenicinin özen borcunun, eski düzenlemeye göre ağırlaştırılarak objektifleştirildiği söylenebilir¹⁸⁶.

TMK m 400’de işçinin işverene kusuru ile verdiği tüm zararlardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Maddenin düzenlemesinden objektif ve subjektif kusur ölçütlerinin birlikte düzenlendiği görülmektedir. İşçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin

¹⁸³ Başpınar (n 177) 153; Akıncı, *Vekâlet* (n 177) 17.

¹⁸⁴ Zevkililer ve Gökyayla (177) 645.

¹⁸⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası Turhan 2020) 464.

¹⁸⁶ Aynı yönde Kayak ‘Eser Sözleşmesi’ (n 82) 267 dn 78.

belirli bir uzmanlığı, teknik bilgi ve deneyimi gerektirmesi durumunda objektif bir ölçütün kabul edildiği, bunun aynı koşullarda çalışan makul ve dürüst bir işçinin göstermesi gereken özen olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile işçinin faaliyet gösterdiği meslek dalı objektif özenin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu objektif kritere aykırı olarak işçinin üstlendiği iş konusunda tecrübesiz olması ve işverenin bu durumu bilmesi halinde ise subjektif ölçütün devreye girerek işçinin sorumluluğunun hafiflemesi sonucunu doğuracaktır¹⁸⁷.

Sözleşme hukuku alanında yukarıda verilen örnekler çerçevesinde genellikle objektif bir özen yükümlülüğünün arandığı görülmektedir. Gösterilmesi gereken özenin objektif kriterlere bağlanmış olması sorumluluğun objektif olması anlamına gelmemektedir. Tespiti objektif bir kritere bağlanmış olsa da subjektif bir unsur olan kusur, sözleşmeler alanında sorumluluğun gerçekleşmesi için aranmaktadır. Bununla birlikte bazı sözleşme tiplerinde borçlunun kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

Sözleşmeler alanındaki kusursuz sorumluluk hallerinden bir kısmı, borca aykırı davranışın ağırlaştırılmış sonuçları şeklindedir. Nitekim genel olarak borçlunun Roma hukukunda klasik dönemde hâkim olan ve genel olarak beklenmeyen hallerden sorumlu olmayı ifade eden *casus* sorumluluğu gibi olmayıp borca aykırı bir davranışın akabinde meydana gelen beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluk şeklindedir. TBK m 119'da borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda, beklenmeyen hal sebebi ile oluşacak zarardan da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ya da beklenmeyen halin ifa konusu şeye zaten zarar vereceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yine TBK m 308/III'te ödünç aldığı şeyi sözleşmeye aykırı olarak kullanan ya da başkasına kullandıran kişi, beklenmeyen halden kaynaklanan zarardan da sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde TBK m 563/II'de saklayan, kendisine saklaması için verilen bir şeyi saklatanın izni olmadan kullanırsa, beklenmeyen halden kaynaklanan zarardan kusuru olmasa da sorumlu tutulmuştur. Roma hukukunda gemi, han ve ahır işletenlerin *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluklarının, benzer şekilde TBK m 576'da düzenlendiğini görmekteyiz. Bu düzenlemeye göre konaklama yeri işletenler, konaklayanların beraberlerinde getirdikleri eşyanın zarara uğramasından kusurları olmasa da sorumludurlar. Ancak işletenlerin kusursuz sorumluluğu, konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katı ile sınırlıdır. İşletenlerin kendilerine ya da yanlarında çalışanlara bir kusurun yüklenmesi durumunda sorumluluk bununla sınırlı değildir.

Tüm bu hallerde sorumlu olan kişi, borca aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

¹⁸⁷ Gaye Baycık, *Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Sorumluluğu*, (1. Bası Yetkin 2015) 102.

TBK m 116'da borçlunun kendi kusuru bulunmasa da yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan kaynaklanan sorumluluğu, hâkimiyet esasına dayanan bir sebep sorumluluğu olarak dikkati çekmektedir.

Sonuç

Roma hukukunda ilk dönemlerde hakim olan objektif sorumluluk ilkesi önce haksız fiiller alanında kusur sorumluluğuna dönüşmüştür. *Lex Aquilia* kanunu ile birlikte kastın yanında ihmalin de haksız fiiller için aranması gerektiğine ilişkin prensip özellikle bugünkü Roma hukuku kökenli hukuklarda haksız fiil sorumluluğunun temelini oluşturmuştur. Sözleşme hukuku alanında ise kusur sorumluluğuna geçiş hemen gerçekleşmemiş, çeşitli sorumluluk prensiplerinin yavaş yavaş ortaya çıktığı ve birlikte uygulandığı bir dönüşüm sürecinin sonucunda gerçekleşmiştir. Bu süreç içerisinde *custodia* sorumluluğu kusursuz sorumluluğa olan yakınlığı ile dikkat çekmektedir. Bunun ardından *diligentia* olarak isimlendirilen ve kusur sorumluluğunun ağır türü olan bir sorumluluk ortaya çıkmıştır. Kusur sorumluluğunun uygulanması sırasında özellikle hakkaniyet ilkesi gereği sözleşmelerden elde edilen yarar ile üstlenilen sorumluluk arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. *Iustinianus* döneminde ise kusur sorumluluğu ana ilke olmuştur. Hristiyanlığın da etkisi ile orta çağ boyunca kusura dayanan sorumluluk yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Sanayi devrimi ile birlikte kusur sorumluluğu meydana gelen zararların giderilmesinde yetersiz kalmış ve kusursuz sorumluluğa doğru bir geri dönüş başlamıştır. Özellikle haksız fiiller alanında hakkaniyet, hakimiyet ve tehlike gibi esaslara dayanarak çeşitli kusursuz sorumluluk türlerinin kabul edildiği görülmektedir. Sözleşmeler alanında ise kusursuz sorumluluğa ilişkin örnekler daha az olmakla birlikte bazı sözleşme tiplerinde, borçlunun sorumluluğunun objektifleştirilerek kusursuz sorumluluk anlayışının etkisi dolaylı da olsa hissedilmektedir. Teknoloji ve sosyal yapıdaki değişikliklerin kusursuz sorumluluğa doğru olan bu dönüşümü devam ettireceği anlaşılmaktadır.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliography/Bibliyografya

- Akıncı Ş, *Roma Borçlar Hukuku*, (6. Bası Sayram 2016)
- Akıncı Ş, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (1. Bası Sayram 2004)
- Altınöz Ü, *İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019)
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (1. Bası Legal 2015)
- Ayiter K, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, (2. Bası AÜ Basımevi 1963)
- Başpınar V, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası Yetkin 2004)
- Baycık G, *Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Sorumluluğu*, (1. Bası Yetkin 2015)
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76*, (1. Bası Onikilevha 2019)
- Berki Ş, *Roma Hukuku (Ankara 1949)*
- Bozbayındır AE, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, (Adalet 2019)
- Buckland WW, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, (3. Bası Cambridge Uni 1966)
- Çekin M, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, (1. Bası onikilevha 2016)
- Descheanux H ve Tercier P, *Sorumluluk Hukuku* (1983)
- Di Marzo S, *Roma Hukuku*, Çev. Ziya Umur, (2. Bası İ.Ü Yayını 1959)
- Diñçer Araz N, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)', (2020) 22(1) DEÜHFD 171-218
- Ekinci EB, *Hukukun Serüveni*, (3. Bası Arı Sanat 2017)
- Endes Selvi N, 'Roma Hukukunda Tehlike Sorumluluğu', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 1005-1026.
- Erdoğmuş B, 'Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia' (2010) 1 Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 895- 908
- Erdoğmuş B, *Roma Borçlar Hukuku*, (1. Bası Der 2005)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası Yetkin 2020)
- Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Bası Onikilevha)
- Göneç Fİ, 'Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi' (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı) 13-28
- Gönül Koşar G, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, (1. Bası Onikilevha 2020)
- Gümüş MA, *Vekilin Özen Borcu*, (1. Bası Beta 2001)
- Günveren GB, 'Roma Hukukunda Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)', HHHFD, (2019) 9 (2) 311-363
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat 2011)
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1. Bası Filiz 1992)
- Hatemi H, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Filiz 1998)
- Honig R, *Roma Hukuku*, (İÜ 1938)
- İnan AN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Bası AÜ 1979)
- İpek N, *Roma Hukukunda Gasp (Rapina)*, (Der 2001)

- Karadeniz Çelebician Ö, *Roma Hukuku*, (17. Bası Turhan 2014)
- Karadeniz Ö, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, (AÜ 1976)
- Karahasan MR, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (Beta 1989)
- Karakocalı A, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)*, (1. Bası Seçkin 2016)
- Kaser M, *Roman Private Law*, (4. Bası Gutenberg 1984)
- Kayak S, 'Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri', (2018) 20 (2) DEÜHFD 239-305
- Kayak S, 'Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48.11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 737-768
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası Turhan 2020)
- Koç N, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. m. 58)*, (1. Bası DEÜ 1990)
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (DEÜ 1993)
- Küçük E, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*, (Adalet 2013)
- Küçükgüngör E, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, (Yetkin 2002)
- Nomer HH, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası Beta)
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (15. Bası Vedat 2021)
- Oğuzoğlu HC, *Roma Hukuku*, (AÜ 1959)
- Öcal B, 'Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi', (2011) (1) İÜHFD 345-386
- Rado T, *Roma Hukuk Dersleri Borçlar Hukuku* (14. Bası Filiz 2018)
- Sayın Korkmaz B, *Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, (Yetkin 2014)
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (6. Bası Filiz 2014)
- Sevan Nişanyan, 'ihmal' < <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ihmal+>> 1 Eylül 2021.
- Somer P, 'Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu', (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 133-151
- Somer P, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı*, (Derin 2008)
- Somer P, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)*, (Derin 2008)
- Söğüt İS, *Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)*. (1. Bası Filiz 2020)
- Söğütlü Erişgin Ö, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta Casus ve Vis Maior' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 503-567.
- Söğütlü Erişgin Ö, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi içerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (1. Bası Seçkin 2016)
- Söğütlü Ö, *Roma Özel Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası Seçkin 2021)
- Sütken E, *Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Eskişehir 2003)
- Tahiroğlu B ve Erdoğan B, *Roma Hukuku Dersleri* (14. Bası Der 2020)
- Tahiroğlu B, 'Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi', MÜHF-HAD, (2008) 14 (4) (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 157-170
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der 2020)

- Tahiroğlu B, *Roma Hukukunda Furtum*, (1. Bası İÜ 1975)
- Tahiroğlu B, *Roma Hukukunda Iniuria* (1. Bası İÜ 1969)
- Tamer Güven D, *Culpa In Eligendo Yardımcı Şahıs Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (Der 2001)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası Filiz 1993)
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (6. Bası Sermet 1976)
- Türkoğlu HG, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, (2. Bası Seçkin 2017)
- Türkoğlu Özdemir G, 'Roma Hukukunda Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk' (2006) 14 (2), 69-96
- Uçaryılmaz TŞ, *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi*, (Bilkent Üni 2018)
- Umur Z, *Roma Hukuk Lügati*, (İstanbul 1983)
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası Beta 2010)
- Ünal M, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, (AÜHFY 1979)
- Yeşiller M, 'Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu', ÇKÜİİBFD, (2013) 3 (1) 177-191
- Yıldırım MF, 'Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu', (2004) 8 (3-4) AÜEHFD 257-283
- Yüksel Hİ, *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi*, (Filiz Kitabevi 2020)
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*(5. Bası Beta 2015)
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (15. Bası Turhan 2015)
- Zilelioğlu H, 'Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış', AÜHFD 1987 (39) 1-4, 241-264
- Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (3. Bası Rustica Cape Town 1996)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 28.07.2021
Revizyon Talebi: 12.04.2022
Son Revizyon Tarihi: 06.06.2022
Kabul: 14.06.2022

1921 Anayasasının Türkiye'nin Mali Hukuk Düzenine Yansımaları

Barış Bahçeci*

Öz

Bu çalışma 1921 Anayasası dönemindeki mali hukuk düzeninin, anayasal kurallarla şekillenen kimliğini incelemektedir. Çalışmanın temel kaynağı, mali kuraların konulduğu ve mali sorunların tartışıldığı Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tutanaklarıdır. Araştırma konusu zaman dilimi, 1921 Anayasası dönemi olarak kabul edilen, TBMM'nin açıldığı 23 Nisan 1920 ile 1924 Anayasasının ve ilk düzenli bütçenin kabul edildiği 24 Nisan 1924 tarihleri arasındır. 1921 Anayasası mali hukuk düzenine ilişkin doğrudan bir hüküm içermez. Ancak içerdiği milli egemenlik ve meclisin üstünlüğü kuralları, mali hukukla kanunilik ve bütçe yetkisi başlıkları altında bir etkileşim oluşturur. Çalışma bu bağlamda iki bölüme ayrılmış, ilk bölümde kanunilik uygulaması, hem 1876 AY döneminden farklılaşan özellikleri, hem bu dönemdeki işlevleri hem de 1924 AY dönemine bırakılan miras açılarından irdelenmiştir. İkinci bölümde ise Mebusan Meclisi döneminden beri süregelen bütçe yapım ve denetimi sorununa TBMM'nin verdiği tepki ve üstlendiği sıra dışı rol analiz edilmiştir. Böylece 1921 Anayasası döneminin mali hukuka etkisi açısından önceki ve sonraki dönemlerden farkı açığa çıkarılmıştır. Çalışmadan elde edilen çıktılar, bu dönemde Türk hukukunda daha önce olmamış ve daha sonra da karşılaşılmayan bir meclis kimliğinin varlığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

1921 Anayasası, Bütçe Yetkisi, Kanunilik, Anayasa Hukuku Tarihi, Mali Hukuk Tarihi, Milli Egemenlik, Meclisin Üstünlüğü, Meclis Hükümeti Sistemi

The Reflections of the 1921 Constitution on Turkey's Fiscal Law Order

Abstract

This study examines the identity of the fiscal law order shaped by constitutional rules during the period of the 1921 Constitution. The main source for the study is the minutes of the Turkish Grand National Assembly (TGNA), where financial rules are enacted and financial problems discussed. The time period that is the subject of the research is the period of the 1921 Constitution: between April 23, 1920, when the TGNA was convened, and April 24, 1924, when the 1924 Constitution and the first regular budget were enacted. Although the 1921 Constitution does not directly contain a regulation on the fiscal legal order, the change in this order was influenced by the rules of national sovereignty and the supremacy of the assembly. The study is divided into two chapters, one focusing on the issue of legality and the other on budgetary power, which are different reflections of these constitutional rules in financial law. In the first part, the application of legality is examined in terms of how its features differentiate it from the previous period, its functions in this period, and its legacy in the subsequent constitutional period. The second part analyzes how the TGNA reacted to the problem, and extraordinary role, of budget-making and control, which has been ongoing since the period of the Ottoman Parliament (Mebusan Meclisi). Thus, it was possible to reveal how the period of the 1921 Constitution differed from the previous and subsequent periods in terms of its effect on fiscal law. The outputs obtained from the study show the emergence of an identity of the Assembly that did not previously exist.

Keywords

1921 Constitution, Budgetary Authority, Lawfulness, Legality, National Sovereignty, Constitutional History, Fiscal Law History, Supremacy of Assembly, Assembly Government System

* **Sorumlu Yazar:** Barış Bahçeci (Doç. Dr.), İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: baris.bahceci@ieu.edu.tr ORCID: 0000-0001-9991-0378

Atf: Bahçeci B, "1921 Anayasasının Türkiye'nin Mali Hukuk Düzenine Yansımaları" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 583. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0007>



Extended Summary

This study describes the fiscal law order in Turkey during the period of the 1921 Constitution and analyzes the effects of the change in the constitutional order on the fiscal law rules. The main source for the study is the official minutes of the Turkish Grand National Assembly (TGNA), which is responsible for discussing fiscal law issues and creating rules. The data obtained from this source were generalized by induction, and the observed change was analyzed in comparison with the data in the previous and subsequent periods.

The 1921 Constitution resulted from a republican political program against the Ottoman monarchy and the Istanbul government and from a nationalist political movement against both the Allied Powers and some ethnic groups in Turkey that supported their occupation. This program ultimately prevailed and manifested itself in the two constitutional concepts—national sovereignty and unity of forces (the supremacy of the assembly)—distilled in the text of the 1921 Constitution. Therefore, in the first part of this study, an answer is sought to the question of how the concept of national sovereignty was created with fiscal legislations in this period. The second part, however, focuses on the various effects and consequences of the change in the use of the budgetary authority, which embodies the concept of parliamentary supremacy.

With respect to the first issue, the authority to impose fiscal burdens, given to the legislature under the 1876 Constitution, but not generally implemented at this time, was radically embraced by the TGNA during this period. The sharpest reaction here was directed at fiscal transactions in the form of decrees that were followed by the Ottoman government. Under the influence of the policy of national sovereignty, financial regulation was left solely to the law. Undoubtedly, legality is not just such a formal choice. It also functioned to replace Ottoman domination with the sovereignty of the TGNA and to provide a legal basis for *de facto* actions. Second, it became the basis for both the control of the executive and for the executive's rejection of demands made against it. Thus, legality constitutes the basis of legal boundaries and the new regime for all power centers.

Regarding the second issue, the effect of the period on the use of budgetary power reveals a more unusual picture. Despite the ongoing inability to make a regular budget that it inherited from the Ottoman legal order, the TGNA used its budget-making power through the Budget Commission that directed the ministries. Nevertheless, to judge by the performance of the budget and final account laws, the TGNA seems to have been relatively unsuccessful as a legislative body. One of the main reasons for this is the absence of a disciplined party structure. However, for the first time, the parliament decided that the ministers should pay compensation to the treasury on the

grounds that they harmed the state, based on the legal responsibility of the ministers. At the same time, as an example of political accountability, ministers held responsible for acting arbitrarily or ignoring the will of the Assembly were dismissed through a vote of no confidence. Likewise, the 1921 budget was the first to be rejected by the TGNA.

In sum, the period of the 1921 Constitution shows an extraordinary interim character in which the political structure, being incompatible with national sovereignty, was partially liquidated through the implementation of the constitutional fiscal rules. Fiscal conflicts played a role in shaping the government system, and some of those that were inherited from the previous period remained to be resolved in the next (1924) constitutional period. The 1921 Constitution, however, provides no automatic and instant formulas in this fiscal regime change. In fact, the Assembly's ability to use its fiscal powers is a product of a political change, rather than legal change. In other words, the legal adoption of financial issues in this period resulted from the national sovereignty policy rather than from the adoption of the 1921 Constitution.

1921 Anayasasının Türkiye'nin Mali Hukuk Düzenine Yansımaları

Giriş

Bu çalışma, 1921 Anayasası (AY) döneminde Türkiye'deki *mali hukuk düzenini* betimlemek ve *anayasal düzendeki değişikliğin mali hukuk kuralları üzerindeki yansımalarını* çözümlmek amacıyla kaleme alındı. *Mali kuralların konulması ve mali işlemlerin denetlenmesi* süreçlerini içeren *mali düzenin* irdelenmesine, 1876 AY döneminden miras kalan ve 1924 AY dönemine miras bırakılan mali hukuk birikimi ve sorunlarının gösterilmesine çalışıldı.

Siyasal koşulların anayasal kuralları, anayasal kuralların ise mali hukuku şekillendirdiğinden hareket edildi. Yeni bir anayasayla oluşan yeni düzen (statüko), anayasa metninden ibaret olamayacağından, hukuksal normativizme ve madde metinlerine hapsolünmedi. Zaten, bir mali hukuk düzeni, mali nitelikli anayasa kurallarından ibaret olsaydı, bu tip hiçbir kural içermeyen 1921 AY dönemine ilişkin hiçbir söz söylenemezdi. Çalışma bu dönem çıkarılan ve mali ana kuruluşu düzenleyen kanun metinlerine de indirgenemezdi. Dönemin mali hukuk düzeni, mevzuat metinlerinden çok, o metinlerde yer alan kuralların nasıl şekillendirildiğinin ortaya konulması ile anlaşılabilir. İşte bu nedenle mali kuralların yaratıldığı, kaldırıldığı ya da tartışıldığı Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tutanakları incelendi. Dönemin mali düzenine hayat veren anlam ve tercihlere dikkat edilerek, sadece kabul edilen kanunlar değil, kabul edilmeyenler ve gensoru önermeleri de veri sepetine eklendi. Sonunda çıkan tablo, dönemin mali hukukunu oluşturan *yasama siyasetinin* de bir kompozisyonu oldu.

Bu kompozisyon elbette kuru bir betimleme olmamalıydı. Bu nedenle yazıya dökülürken, 'anayasaların, toplum içindeki çıkar grupları arasında yaşanan mücadelenin ulaştığı yeni durumu yansıtan belgeler olduğu' yargısıyla hareket edildi. Gerçekten, hukuk kuralları soyut bir idealar dünyasında, zaman ve mekândan bağımsız doğrularla oluşturulan metinler değiller. Tersine, belirli bir zaman akışı içinde yaşanan siyasal sorun ve çatışmalarla doğan ve var oldukları sürede, yeni sorun ve çatışmalara gebeler. Bu nedenle dönemin mali hukuk düzeni, bir zaman akışı içinde anayasa hukuku ve siyasal gerçeklik zemininde ele alınarak, diğer dönemlerden farklı kılan karakteristiği açığa çıkarıldı. Etkileşimin karşılıklı bir ilişkinin varlığını gerektirdiği gözetilerek, *siyasetin yarattığı hukuk* ile *hukukun yön verdiği siyaset* birbirinden ayrılmadan işlendi. Nitekim 1921 AY, 1876 AY dönemindeki siyasal çatışmaların doğurduğu bir sonuç olduğu kadar, bu anayasanın uygulandığı dönemde ortaya çıkan yeni sorunlar da 1924 AY için bir neden oluşturmuştu.

Bir mali hukuk düzenini çözümlenmenin birden çok yolu olsa da, burada anayasal düzenle etkileşimi ön plana çıkarıldı; bu yapı, övgü veya yergilerle değil kendisini

doğuran siyasal çatışmalarla anlatılmaya çalışıldı. Nitekim TBMM, her ne kadar ülkenin işgalden kurtarılması gibi ortak bir amaç güden milletvekillerinden oluşsa da, bu kanlı–canlı insanlar, birbirlerinden tamamen farklı siyasal amaçlara, yöntemlere ve duruşlara sahipti ve eşzamanlı olarak hem İstanbul hükümeti, hem işgal güçleri hem de birbirleri ile bir mücadele içindeydi. Bu çerçevede 1921 AY, Osmanoğulları monarşisi ve İstanbul hükümetine karşı cumhuriyetçi, İtilaf devletlerine ve onların işgalini destekleyen etnik gruplara karşı milliyetçi bir siyasal programın ürünüydü.¹ Bu siyasal programın hukuksal yansıması 1921 AY metninde *milli egemenlik ve kuvvetler birliği (meclisin üstünlüğü)* kavramları oldu. Bir başka deyişle, bu iki anayasal kavram, TBMM üyesi olan farklı grupların farklı gerekçelerle de olsa oydaşabildiği kesişim noktalarıydı.²

Peki, bu anayasal kavramların, mali kuralların konulduğu ve denetlendiği mali hukuk düzenindeki yansımaları nelerdir? Dönemin koşulları açısından bakıldığında, milli egemenliğin kanunilik kuralıyla; meclis üstünlüğünün ise bütçe yetkisiyle yakın ilişkili olduğunu görebiliriz. Bu nedenle ilk bölümde, milli egemenlik kavramını somutlaştıran kanuniliğin, bu dönemde *nasil uygulandığı ve mali kuralların konulmasında hangi işlevlerle kullanıldığı* sorusu cevaplanmaya çalışılacak. İkinci bölüm ise, meclisin üstünlüğü kavramını somutlaştıran *bütçe yetkisinin kullanımındaki değişimin, etki ve sonuçlarının* neler olduğu şeklindeki araştırma sorusuyla şekillenecek.

Bu soruların cevabını aramadan önce, 1921 AY döneminden ne anlamak, bu süreyi hangi zaman dilimiyle sınırlamak gerektiğini ele almalıyız. Dönemsel sınırlar hukuksal metinlerin kabul edildikleri değil, fiilen uygulandıkları tarihlerle şekillenir. Bu nedenle 1921 AY dönemini, anayasanın kabûl edildiği 20 Ocak 1921'den değil, bu anayasanın temel kuralları olan milli egemenlik ve meclisin üstünlüğünün uygulanmaya başlandığı 23 Nisan 1920'de başlatmak gerekir. Bu durumda, 1921 AY metninin kabûlünün, TBMM'nin toplanmasıyla başlayan sürecin daha ileride yer alan bir halkası olduğu görülür.

Bu dönemin bitiş tarihi ise anayasa hukuku-mali hukuk ilişkisini göstermesi açısından oldukça semboliktir. Cumhuriyetin ilk bütçe kanunu olan 490 sayılı Genel Bütçe (Muvazene-i Umûmiye) Kanunu, 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu adını taşıyan 1924 AY ile aynı gün, 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilmiş ve yine aynı gün yayımlanmıştır.³ Bu iki metnin asıl ortak noktası ise şudur: 1921 AY dönemi boyunca bütçe kanunları, *avans* ya da *geçici(muvakkat) bütçe* adını taşımış, 490 Sayılı Kanunla ilk defa olağan bir bütçe yapılmıştır. Keza, 1921 AY dönemi boyunca devlet

¹ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri* (34. Bası, Yapı Kredi 2017) 226-227.

² Milli egemenlik ve kuvvetler birliği, TBMM'deki devrimci ve muhafazakâr olarak adlandırılacak birbirine zıt görüşlerdeki milletvekillerinin farklı nedemlerle de olsa oydaştığı kurallardır: Ergun Özbudun, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu 1992) 24.

³ RG 24.05.1924/71.

ana kuruluşuna ilişkin temel tartışmaların çözümü hep ileri bir tarihe ertelenmiş, bu erteleme 491 Sayılı Kanunla son bulmuştur. Bu nedenle dönemin bitiş tarihi olarak hem anayasa, hem de mali hukuk açısından bir kesişim anı olan 20 Nisan 1924'ü kabûl edebiliriz. Çalışmaya konu zaman dilimi bu şekilde sınırlandırıldığına göre, şimdi araştırma sorularımıza geçebiliriz.

I. Milli Egemenliği Somutlaştıran Kanunilik

1921 AY mali hukuk alanında kanuniliğe ilişkin bir kural içermez. Ancak md 1'de yer alan *egemenliğin millete ait olması* kuralı ile temsile dayanmayan padişah ve ayan gibi anayasal kurumları örtülü biçimde saf dışı bırakır.⁴ AY md 2'de ise egemenliğin, aynı zamanda yasama yetkisinin de tek sahibi olan TBMM'de ortaya çıktığı bildirilir.⁵ Dönemin siyasal koşullarını yansıtan bu düzenleme, kanunilik kuralının anayasal dayanağını oluşturur. Buna göre, yasama yetkisini Ankara'da mevzilenerek kullanan bu güç, Sultan ve İstanbul hükümeti gibi *iradeyi seniyye* veya *kararname* yerine sadece TBMM tarafından yapılabilen *kanun* formunda işlemlerle hareket edecektir. Peki kanunilik bu dönemde nasıl uygulanmış, hangi işlevlerle kullanılmıştır?

Kanunilik kuralı, hukuk yazını için bağımsız şekilde kullanılıp romantik sloganlara dönüştürülmeye çok elverişli olsa da, bu dönemdeki kimlik ve işlevi, TBMM'nin siyasal programından ve duruşundan bağımsız değildir. Öyleyse, kimliği ve nasıl uygulandığı da, bu uygulamada güdülen amaç ve sağlanan sonuçlarla beraber açıklanmalıdır. Bu dönem kabul edilen mali kanunlar, farklı siyasal grupları içeren TBMM kompozisyonunun uzlaşabildiği asgari müşterekleri gösterir. Dolayısıyla bu kanunların kapsam ve konuları yanında, hangi şartlar içinde ve hangi amaçlarla kabûl edildikleri ve ne sonuç verdikleri de kanunilik kuralının siyasal çerçevesinden bağımsız değildir. Öyleyse, kanunilik uygulamasının koşul, işlev ve sonuçlarını anlayabilmek için üç başlık üzerinden ilerleyelim. Bunlar sırasıyla (1) eski rejimin kanunilik mirasına yeni rejimin katkısı, (2) kanuniliğin (milli egemenliğin ortaya çıktığı) TBMM'nin mali iktidarını hukukileştirme ve meşrulaştırma işlevi, (3) 1924 AY dönemine bırakılan kanunilik mirasıdır.

A. Eski Rejimin Kanunilik Mirasına Yeni Rejimin Katkısı

Kanunilik kuralına uyum çabası, 1876 AY md 96'daki mali yükümlerin kanuna dayandırılması kuralıyla şekillenen siyasal mirasın bir uzantısıdır.⁶ Ne var ki, bu kural Birinci Meşrutiyet bir yana, İkinci Meşrutiyet döneminde dahi tam olarak

⁴ 'Egemenlik (*hâkimiyet*) kayıtsız şartsız (*bilâ kaydu şart*) millettir. Yönetim (*idare*) usûlü halkın kaderini bizzat ve kendi eline alarak (*bilfil*) yönetmesi (*idaresi*) esasına dayanır (*müstenittir*)'.

⁵ 'Yürütme (*icra*) erki (*kudreti*) ve yasama (*teşri*) yetkisi (*salâhiyeti*) milletin tek (*yeğâne*) ve gerçek (*hakiki*) temsilcisi (*mümessili*) olan Büyük Millet Meclisinde ortaya çıkar ve toplanır (*tecelli ve temerküz eder*)'.

⁶ 'Mali yükümlerin (*tekâlifî Devletin*) hiçbiri bir kanun ile belirlenmedikçe (*taayin olunmadıkça*) konulamaz, dağıtılamaz, toplanamaz (*vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz*)'.

uygulanamamıştır. Bu sonuç sadece Mebusan Meclisinin, 1877'den 1908'e kadar toplanamamış olmasından doğmamıştır. Meclisin sahip olduğu anayasal yetki, çoğunlukla açık olduğu 1908-1918 yılları arasında da çoğu kez kâğıt üzerinde kalmıştır.

Gerçi, kanunilik kuralının uygulanmasına ilişkin talepler, İkinci Meşrutiyet döneminin başından sonuna kadar heyecanlı bir biçimde savunulmuştur. Bu savununun boyu boyunca yayıldığı dönem, 1909 yılında İttihat ve Terakki (İT) üyesi Mehmet Cavit Yalçın'ın Bütçe Komisyonu sözcüsü (mazbata muharriri) sıfatıyla, Mebusan Meclisi kürsüsünde, mali düzenlemelerin kanunla yapılmasının milli egemenliğin bir gereği olduğu, baskı rejiminin de, meşrutiyetin de temelinde mali egemenliğin yattığı şeklindeki tezleriyle başlar.⁷ 1920'de son Osmanlı Mebusan Meclisinde yine Bütçe Komisyonu üyesi olan Saruhan milletvekili Muvaffak Menemencioğlu'nun, kanunilik kuralına aykırı şekilde mali yükümlülük getirilmesine komisyon olarak şiddetle karşı oldukları yönündeki sözleriyle biter.⁸ Ne var ki bu söylem İkinci Meşrutiyet döneminde mali hukuk kurallarının kanunla yapılması talebi açısından başarılı bir sonuç vermemiştir. Bu sonuç ancak iki ay sonra, son Mebusan Meclisi'nden gelenlerin,⁹ TBMM çatısı altındaki birleştikleri diğer milletvekilleri ile beraber oluşturdukları kompozisyon tarafından hayata geçirilecektir.

Kanuniliğin kâğıt üzerinde kalmasının en bariz göstergelerinden biri, yüzyıllardan beri İslam hukukunun bir parçası olarak var olan ağnam ve öşür vergilerinin Meşrutiyet döneminde de kanunlaştırılmadan uygulanmaya devam edilmesidir. Bu dönemde söz konusu vergilerle ilgili kodlaştırma hareketi, yürütme eliyle çıkarılan Aşar Nizamnamesi ve Ağnam Talimatnamesi gibi düzenleyici işlemlerden ibaret kalmıştır.¹⁰ Dahası ilk kez bu dönemde getirilen vergiler, örneğin 1914'te temettü ve 1919'da harp kazançları vergileri de kanunla değil, *kanunu muvakkat* olarak adlandırılan kararnamelerle düzenlenmiştir. Gerçi 1876 AY md 36 hükmü ile hükümete olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesine benzeyen bu kararnameleri çıkarma yetkisi tanınmıştır.¹¹ Ancak meclisin toplantıda olmadığı zamanlarda kullanılacak bu yetki, devlet güvenliğini sağlama amacıyla sınırlıyken, bir usûl saptırmasıyla bu sınırın dışında kalan mali düzenlemeler için kullanılmıştır.

⁷ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC), Devre (D) 1, İcümle Senesi (İS) 1, Cilt (C) 4, İcümle (İ) 98, 09.06.1909, 548-549.

⁸ '(T)ekâlîfe mütedair kavanin lâyhâlarının herhalde Meclis-i Mebusanca tasdik edilmeden evvel Hükümetçe tatbik ve icra edilmesine Encümenimiz şiddetle muhalif bulunuyor' MMZC, D 5, C 2, İ 15, 28.02.1920, 231.

⁹ Mebusan Meclisinin 169 üyesinden 92'si (%54'ü) TBMM'ye katılmıştır. Ahmet Demirel, *İlk Meclisin Vekilleri* (İletişim 2017) 7. Çalışmada, tüm milletvekillerine resmi kaynaklarda geçen soyadları ile yer verilmiştir: *TBMM Albümü C 1* (TBMM yay 2010) 7-70; Fahri Çoker, *Türk Palamento Tarihi- Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem C 3* (TBMM 1994).

¹⁰ 22.06.1905 tarihli Aşar Nizamnamesi: *Düstur*, T 1, C 8, (Başvekalet matbaası 1943) 263. 14.01.1905 tarihli Ağnam Resminin Suret-i Tadad ve Cibayetine ve Yoklama Muameletinin İlasına Dair Talimat: *Düstur* T 1, C Mütemmim, 300. Latın harfli fihrist için: Mehmet Akman, 'Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı 1. Tertip Düstur'un Tarihi Fihrist ve Dizini' (2007) (3), *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 67, 224.

¹¹ Günümüz Türkçesiyle: 'Meclis toplantıda değilken, devletin tehlikeden veya genel güvenliğin zarardan korunmasını gerektiren bir zorunluluk ortaya çıktığında, gerek görülen kanunun görüşülmesi için meclisin çağırılması ve toplanması için yeterli süre yoksa Anayasaya aykırı olmamak üzere bakanlar kurulu tarafından verilen kararlar Mebusan Heyetine verilecek karara kadar geçici kanun hüküm ve kuvvetindedir'.

Bir başka eğilim, kanuniliğin görünüşte kalmasını sağlayacak şekilde bir kanun yapım faaliyetidir. Mali hükümler içeren kararnameler, anayasaya aykırı olarak çıkarıldıktan sonra yine bir usûl saptırmasıyla yıllık bütçe kanunlarına eklenmiş ve Mebusan Meclisine bu şekilde kabul ettirilmiştir.¹² Gerçekten, dönemin bütçe kanunlarının ortak özelliği, içerdikleri bir madde ile T cetvelinde yer verilen mali yükümlerin tahsil edileceğinin belirtilmiş olmasıdır.¹³ Böylece bir kanunla konulmayan vergiler, bütçe kanununa dayandırılarak toplanmaya devam edilmiştir. 1918 yılı gelir bütçesi kanununda daha da ileri gidilerek, hükümete daha sonra Meclisin onayına sunmak üzere, peşinen belirli mallar için tüketim vergisi koyma yetkisi verilmiştir.¹⁴ Bu mali yasama faaliyetinin niteliği izleyen yıllarda da unutulmayacak, 1922’de bir gizli celsede, Erzurum milletvekili Hüseyin Avni Ulaş tarafından, “(İT’li Maliye Bakanı Mehmet Cavit Yalçın kastedilerek) *Cavit Bey kanunu kendi yapar telefonla evinden söylerdi*” sözleriyle anılacaktır.¹⁵

Meclis iradesini kâğıt üzerinde bırakmaya dönük bu tavrın, İT iktidarına özgü olduğu düşünülmemelidir. Nitekim Düstur’un ikinci tertibi incelendiğinde, padişah ve atadığı hükümetin, İT’nin iktidardan düşmesinden sonra iradei seniyye ve kararname tipi işlemlerle ağırlıklı olarak Meclise ait mali yetkileri fiilen kullandığı, böylece anayasallıktan daha da uzaklaşıldığı görülür. Mebusan Meclisi’nin bir iradei seniyye ile 21 Aralık 1918 tarihinde feshinden, Düstur’da yer alan 29 Ekim 1922 tarihli son işleme kadar, yapılan işlemlerin çoğu çeşitli bütçelere para eklenmesi ve vergilere ilişkin düzenlemelerden oluşur.¹⁶

Pekiye kanunilik kuralı açısından 23 Nisan 1920 itibarıyla TBMM örgütlenmesinin sahip olduğu yasama deneyimi, daha da özel olarak kanun yapma yeteneği ne durumdadır? TBMM’nin İstanbul’un 16 Mart 1920’de resmen işgali üzerine Atatürk’ün çağrısıyla toplandığını,¹⁷ üyelerin Mebusan Meclisi’nin Ankara’ya gelenlerden ve her livada (bugünkü il) yapılan seçimlerle belirlenenlerden oluştuğunu biliyoruz. Bu durum Mebusan Meclisi’nin parlamentoculuk deneyiminin TBMM’de sürdürülmesini sağlıyor. Hatta Mebusan Meclisi Başkanı ve aynı zamanda İstanbul Hukuk Fakültesi’nin Anayasa Hukuku Profesörü olan Celalettin Arif Bey’in TBMM ikinci başkanı seçilmesi, Mebusan Meclisi İçtüzük’ünün (nizamname) değiştirilip uygulanmaya devam edilmesine karar verilmesi,¹⁸ bu bağlamda Bütçe

¹² Nitekim son olarak, 1920 yılı Mart ve Nisan aylarına ilişkin geçici bütçe kanunun üçüncü maddesi, 1918 yılı bütçe kanunundan sonra kabul edilen ve mali yüküm içeren kararnamelerin Meclis tarafından kabulüne ilişkindir. Bu yetki saptırmasına itiraz edildiğinde ise Maliye Bakanı Mehmet Tefvik Biren, geçmişte de aynı usulün izlendiğini, mali yüküm içeren kararnamelerin bütçenin T cetveline eklenmesinin ellisekiz ayrı örneği olduğu cevabını verecektir. MMZC, D 4, C 3, İ 15, 28.02.1920, 262-263.

¹³ Osmanlı Bütçeleri 1909-1918 (Maliye Bakanlığı 2000) 3, 201, 307, 358, 417,471.

¹⁴ MMZC, D 3, C 3, İ 64, 07.03.1918, 27.

¹⁵ TBMM Gizli Celse Zabıtları (GCZ), D 1, C 3, B 3, 06.03.1922, 20.

¹⁶ Bu işlemler, 11. Cilt s 72’den başlamakta ve 2. Tertibin son cildi olan 12’nin sonuna kadar devam etmektedir.

¹⁷ *Atatürk’ün Tamim, Telgraf ve Beyannameleri* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu 1991) 280.

¹⁸ TBMM Zabıt Ceridesi (ZC), D 1, İS 1, C 1, İ 4, 26.04.1920, 72,78.

(Muvazene) ve Mali Kanunlar (Kavanini Maliye) Komisyonlarının (Encümenlerinin) oluşturulması,¹⁹ bu beklentiyi güçlendiriyor. Dahası TBMM milletvekillerinden on ikisinin daha önce maliye örgütlenmesinde çalışmış olması ve bunlardan bir kısmının meclis çalışmalarında çok etkin olması,²⁰ mali kanunlarda daha özenli davranılacağını düşündürüyor.

Ne var ki bu varsayım, özellikle mali kanunlar açısından karşılığını bulmuyor. Gerçekten ülkedeki parlamentoculuk deneyimi 1876'ya kadar uzansa da, TBMM açıldığı günden itibaren yasama tekniği eksikliği kaynaklı bir bocalama yaşamış görünüyor. En bariz sonuçlar da, TBMM'nin yasama faaliyetinin yoğunlaştığı mali kanunlarda karşımıza çıkıyor. Bunun ilk örneği, aceleyle kabul edilmiş olan ağnam resmi oranıyla ilgili düzenlemenin, bir kanun formu içermemesi;²¹ hatta 24 Nisan 1920 tarihinde kabul edilmiş olsa da, maddi sorunlar yüzünden Resmi Gazete ile yayım tarihinin 7 Şubat 1921'i bulmasıdır.²² Dikkat çeken bir başka sorun, yapım aşamasındaki teknik eksiklikler sonucunda, mali kanunlarda yapılan hesap hatalarıdır ki, bu bazen kanunun tamamı kabul edildikten sonra fark edilerek, hatalı madde düzeltilmiş haliyle tekrar oya sunulmuştur.²³ Bu dönem yaşanan sorunların bir nedeni de TBMM'nin, Mebusan Meclisi yöntemleri ile çalıştırılmak istenmesi ancak bir kurumsal eksiklik sorunu yaşanmasıdır. Örneğin, *Gümrük Resminin Beş Misline İbلاغına İlişkin Kanun Lahiyasının*, Rûsumat Encümenine havalesi tartışılmış ancak bu komisyonun henüz oluşmadığı anlaşılmıştır.²⁴ Dahası gümrük tarifesi değiştirilmek istendiğinde, Ankara'da bir tarife cetveli dahi bulunamadığından bu değişiklik ertelenmek zorunda kalmıştır.²⁵ Aslına bakılırsa, mali kanunlar bir yana, genel olarak kanunlara numara verilip verilmeyeceği,²⁶ hatta kanunların başlığının olup olmayacağı bile tartışmalıdır.²⁷

¹⁹ Belirtilen (muavazene-bütçe gibi) karşılıklar TBMM tarafından da kullanılmaktadır: TBMM Albumü (n 9) XXIII.

²⁰ Hamdi Apaydın, Mehmet Önay, Sırrı Özata, Hacı Fevzi Celayir, Hasan Tahsin Artık, İbrahim Turhan, Hacı Ahmet Bilgin, Naci Karaali, Tahsin Berk, Reşat Kayalı, Ferit Törümküney, Yahya Galip Kargı. Bu isimlere ilişkin bilgiler için: Demirel (n 9) 213-269. Bunlardan son dördünün çok faal olduğu tutanaklardan anlaşılmaktadır.

²¹ Nitekim bir yürütme, bir yürürlük maddesi ve bir kanun tekniği yoktur: Alptekin Müderrisoğlu, *Milli Mücadelenin Mali Kaynakları* (Bilgi 2018) 221; Cihan Duru, Kemal Turan ve Abdurrahman Öngeoğlu, *Atatürk Dönemi Maliye Politikası* (Tisa 1982) 216.

²² Ağnam Resmi Kanunu, Kanun Numarası: 1, Kabul Tarihi: 24.04.1923, RG 07.02.1921-1. Kanun yayım sürecinde devam edecek bu gecikme olgusu, özellikle mali yüküm içeren kanunların nasıl duyurulacağı ve muhataplarınca tebellüğü edilmiş sayılacağına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir (ZC, D 1, İS 1, İ 28, 02.05.1921, 223). Buna 18 Temmuz 1921'den, 10 Eylül 1923'e kadar Resmi Gazete çıkarılmaması da eklenince, ancak telgrafla belirli yerlere tebliğ edilen mali kanunlara erişememe sorunu büyümüştür.

²³ Bu ikinci dönem TBMM göreve başladıktan sonra dahi devam etmiştir: Örneğin: ZC, D 2, İS 2, C 7, İ 5, 06.03.1924, 133.

²⁴ ZC, D 1, İS 1, C 2, İ 39, 24.07.1920, 383.

²⁵ ZC, D 1, İS 1, C 2, İ 40, 28.07.1920, 391.

²⁶ Kanunlara numara verilmesi usulü, Hilmi Tunali'nin teklifi ile 14 Aralık 1920'de kabul edilmiş, bazı kaynaklarda atf verilen bu karara Meclis çalışmalarında uyulmamış (örn 11.08.1921 tarihli içtima) 1921 AY dönemi boyunca da yeniden bu yönde bir karar alınmamış, kanunlara sadece Resmi Gazetede yayımlanırken numara verilmiştir.

²⁷ Örneğin *İhracat Resmi Hakkında Kanun Lahiyası* görüşülürken, kabul edilmesi halinde kanunun bir isminin olup olmayacağı ve ismin müzakereye açık olup olmadığı dahi tartışılmaktadır. ZC, D 1, İS 1, C 1, İ 49, 15.08.1920, 241.

Tüm bu yetersizliklere rağmen TBMM üyelerinin en azından bir kısmının hukuk birikiminin küçümsememesi gerekir. Özellikle de, mali düzenlemelerde hukuk güvenliğinin sağlanması için tasarılarıdaki belirsiz ifadelerin ayıklanması çabası dikkate alınır. Nitekim mali avantaj içeren bir kanun tasarısında, düzenlemenin kapsamını belirsizleştiren *gibi* ifadesi,²⁸ mali yükümlülük öngörülen başka bir kanun tasarısında ise uygulamayı belirsizleştiren *vesaire* ifadesi verilen önergelerle kaldırılmıştır.²⁹ Ayrıca, vergi kanunları üzerindeki görüşmelerin genellikle tartışmalarla dolu olduğunu, bu dönemde TBMM'nin, "kabul edenler, etmeyenler, kabul edilmiştir" döngüsüyle çalışan bir onay meclisi olmadığını söylemek gerekir. Öyle ki, *İhracat Rüşumu Hakkında Kanun* tasarısının görüşülmesinde, çifte vergilendirme sonucunun doğmamasına dikkat edilmiş,³⁰ birden çok malı konu alan gümrük vergisi gibi ayrıntılı kanunlarda, her bir faslın ayrıntılarıyla tartışıldığı titiz çalışma sergilenmiştir.³¹

Burada TBMM tarafından kabul edilen ilk kanunun bir vergi kanunu (Ağnam Resmî) olduğu şeklindeki yaygın bilgiyi de küçük bir düzeltmeyle hatırlatmak iyi olur. 24 Nisan 1920 günü kabul edilen Kanun ile aslında yeni bir vergi kanunu yapılmamış, zaten var olan verginin sadece 1920 yılında uygulanacak oranını belirlenmiştir. TBMM'nin ağnam (koyun) vergisini ilk defa konusu ve matrahı gibi vergi tekniğine ilişkin kapsamıyla düzenleyerek bir dayanağa bağlaması, 1924 yılında kabul edilen *Sayım Kanunu* ile dir.³² TBMM'nin 15 Nisan 1922 tarihinde kabul ettiği ilk vergi kanunu ise, deniz araçlarından alınacak vergiyi, matrah ve oranlarıyla beraber düzenleyen *Merakibi Bahriyeden Alınacak Rüşum Hakkında Kanundur*.³³

Kanun yapım deneyimine ilişkin bu tablodan sonra, şimdi de bu deneyimin mali kanunların yapımına etkisine, kanunların hangi amaçla yapıлып, kanunilik kuralının hangi işleyle kullanıldığına bakalım. Bunun için de önce şu soruyu soralım: Kanunlaştırma gibi teknik bir faaliyet, siyasal bir anlam ifade edebilir mi? İstanbul hükümetinin çıkardığı kararnemelerin TBMM kanunlarıyla reddi olgusuna bakarsak bu soruya *evet* cevabını verebiliriz. *Evet*, cevabı verilmesini sağlayan ikinci olgu ise, vergi toplamak isteyen TBMM'nin kanunilik kuralına bir düzen ve meşruluk arayışı içinde sarılmasıdır. Şimdi bu hukukileştirme ve meşrulaştırma işlevini aşağıda daha ayrıntılı olarak irdeleyelim.

²⁸ *Beyiye Hakkının ve Gişe Memurlarının Malûl Gazilere Tahsisi Hakkında Kanun* görüşülürken, Hilmi Tunalı muğlaklık yaratan 'gibi' sözcüğünün metinden çıkarılması sağlayacaktır. ZC, D 1, İS 2, C 14, İ 112, 17.11.1921, 249.

²⁹ *Temettü Vergisine Zam İcrasına Dair Kanun Lahiyası*'nda yer alan *vesaire* sözcüğü de kanunların anlamlarının açık olması gerektiğini söyleyen Saruhan milletvekili Refik Şevket İnce'nin önergesiyle metinden çıkarılacaktır. ZC, D 1, İS 1, C 2, İ 69, 21.09.1920, 251.

³⁰ Örneğin Isparta milletvekili Hüseyin Hüsnü Özdamar, 'Eğer bu resmî alıpta, tekrar cepheleri memleketler idare edecekse bir şeyden iki defa vergi olmaz' diyecektir. ZC, D 1, İS 1, İ 66, 16.09.1920, s 163.

³¹ *Ibid.*

³² Sayım Kanunu, Kanun Numarası: 410, Kabul Tarihi: 12.02.1924, KD (Kanunlar Dergisi) (2) 209.

³³ *Millî Mücadele Dönemi Bütçeleri ve Mali Mevzuat 1920-1923* (Maliye Bakanlığı 1994) 49.

B. TBMM'nin Mali İktidarını Hukukileştirme ve Meşrulaştırma İşlevi

Türkiye'de 1920 yılı öncesi ve sonrasını içine alan birkaç yıllık dönem içinde, İttihat ve Terakki, Vahdettin ve TBMM iktidarlarının temsil ettiği, şekil ve esas yönlerinden birbirleriyle kesişip ayrılan üç ayrı siyasal ve hukuksal çizginin uygulandığı görülebilir. Gerçekten şekil yönünden bakıldığında, Osmanlı Devletini yöneten İT ile Vahdettin, mali konularda yasama yetkisini büyük ölçüde *kararname ve iradei seniyye* gibi yürütme işlemleriyle kullanmışken, Türkiye devletini yöneten TBMM'nin (bu işi kendi hükümetine bırakmaksızın) kullandığı form sadece *kanun* olacaktır. Esas yönünden bakıldığında ise, İT ile TBMM mali düzen açısından milliyetçi bir çizgi izlerken, Vahdettin ve işgal sonrası atadığı kabineler, işgal güçlerinin mali taleplerine karşı teslimiyetçidir.

Kronolojik olarak, ilk aşamada İT iktidarının milliyetçi güdülerle kararname formatında yaptığı mali düzenlemeler, ikinci aşamada Vahdettin döneminde itilaf devletlerinin baskısıyla,³⁴ hazırlanan kararnamelerle ortadan kaldırılacaktır. Üçüncü aşamada ise, TBMM bu düzenlemeleri kanun formunda eski haline iade edilecek ya da başka karşı tepkiler verilecektir. Bu durumun en tipik örneği şudur: İT hükümetince 11 Nisan 1918 tarihinde kararname şeklinde çıkarılan Gümrük Kanunu,³⁵ işgal sonrası Vahdettin'in atadığı Damat Ferit kabinesince 12 Ocak 1919'da yine bir kararname ile kaldırılmış,³⁶ TBMM ise ikinci kararnameyi kanunla ilga edip,³⁷ durumu eski haline iade etmiştir. Pekiyi, İstanbul hükümetinin bu kararları neden aynı formda bir işlemle (örneğin bir kararname ile) değil de kanunla değiştirmiştir?

Bu soruya gerçekçi bir cevap vermek için, TBMM'nin güç ve meşruluk ihtiyacının kime karşı ve hangi bağlamda doğduğuna bakmak gerekir. Bu ihtiyacın ortaya çıktığı ilk meclis TBMM'nin kendi içidir. Farklı sosyal ve siyasal kesimlerden üyelerin oluşturduğu TBMM kompozisyonunu çalıştırabilmek için birleşilen siyasal düşünce milli egemenlik,³⁸ bunun doğal sonucu olarak kullanılan hukuksal işlem formu da kanundur. Böylece karar alma süreçlerinin sadece belirli bir siyasal görüşteki bir grup bakanın (ya da kabinenin) değil, tüm milletvekillerinin katılımı ve müzakeresiyle (meclis eliyle) şekillenmesi sağlanmıştır. Kanunilik kuralına ihtiyaç duyulan ikinci meclis ise İstanbul hükümetine karşı girişilen iktidar mücadelesidir. Bu kuralın 1876 AY gereğince uygulanması gerektiği halde İstanbul hükümetince uygulanmaması, İstanbul hükümetinin hukuksal dayanağını aşındırdığı ölçüde, kısmen Mebusan Meclisi üyelerinin katılımı ile oluşan TBMM'nin meşruiyeti güçlendirmiştir.

³⁴ Sina Akşin, *İstanbul Hükümetleri ve Milli Mücadele I* (İş Bankası yay 1998) 160.

³⁵ *Düster* T 2, C 10, 459. Latin harfli fihris için: Mehmet Akman, 'Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı II. Tertip Düster'un Tarihi Fihris ve Dizini' (2007) (4) Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 41-368.

³⁶ 29 Cumadela-hira 1336 tarihli Gümrük kanununun tehir-i meriyyeti hakkında kararname, *Düster* T 2, C 11, 105.

³⁷ Gümrük Tarife Kanununun Temini Mer'iyeti Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 165, Kabul Tarihi: 17.11.1921, KD (1) 192.

³⁸ Ömür Sezgin, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (İmge 2005) 22-23.

Böylece bir yandan önceki dönemden devralınan mali düzen sürdürülerek, 1876 AY ve Mebusan Meclisi İçtüzüğü gereğince mali yükümlülükler sadece kanunla konulmuş, buna ilişkin tasarıların kabulü için oylamanın isim yoklamasıyla (tayini esami) yapılması gibi şekli gerekliliklere özen gösterilmiştir. Öbür yandan ise İstanbul'un işgal tarihi olan 16 Mart 1920'den sonraki Osmanlı mevzuat ve işlemleri bir kanunla hükümsüz sayılarak,³⁹ Osmanlı egemenliğine son verilmiştir. Dolayısıyla, *İstanbul'un kararname ve iradei seniyelerine karşı Ankara'nın kanunları* sadece hukuksal bir usûl değil, aynı zamanda bir siyasal esas farklılaşmasını da ifade eder.⁴⁰ Şimdi bu dönemde TBMM tarafından kabul edilen mali kanunların işlevleriyle kanunilik kuralının hangi siyasal sınırlar içinde uygulandığına bakalım ve yukarıdaki gözlemleri somut kanunlar üzerinden örneklendirmiş olalım.⁴¹

Kronolojik açıdan bakıldığında, TBMM'nin kabul ettiği mali kanunların içinde bulunulan koşullara göre şekillendiği açıktır. Nitekim ağnam vergisi oranını konu alan ilk kanunun, Meclisin açılmasından hemen bir gün sonra kabul edilmesi, İstanbul hükümetinin bu vergiyi sekiz katına çıkarmasının beklenmesinden kaynaklanmıştır ki, İstanbul hükümeti 5 Mayıs 1920'de gerçekten bir kararname ile bu oranı arttırmıştır.⁴² TBMM'nin ise bu oranı arttırmaması, dahası bu kararın tüm ülkeye halifenin kurtarılmasının amaçlandığı ile beraber duyurulmasının teklif edilmesi,⁴³ İstanbul hükümetine karşı bir meşruiyet oluşturma işlevini gösterir.⁴⁴

Ne var ki, ağnam vergisini arttırmama dışındaki örnekler, aynı çıkarımı yapmak için hiç de uygun değildir. Nitekim yaklaşık altı ay sonra, artan savaş finansmanı ihtiyacı gerekçe gösterilerek, aynı vergiyi tıpkı İstanbul hükümeti gibi sekiz katına çıkaracaktır.⁴⁵ Hatta 28 Temmuz 1920'de gümrük vergisinin beş kat artırılmasıyla başlayan,⁴⁶ 1923'e kadar devam eden zaman diliminde, vergi oranları sürekli olarak kanun eliyle arttırılmıştır. TBMM'nin birinci dönemdeki toplam 338 adet kanunun 55'inin gelir arttırıcı olduğu hesaplanmıştır.⁴⁷ Bu artışlar iki dalga halinde; ilki, düzenli orduya geçiş kararıyla beraber 1920 sonbaharında; ikincisi, Büyük Taarruz öncesi ordunun eksiklikleri nedeniyle 1922 Nisan ayında yoğunlaşmış, bazen on

³⁹ 16 Mart 1336 Tarihinden İtibaren İstanbul Hükümetince Akdedilen Biletimle Mukavelât, Uhdudat ve Sairenin Keenlemeyektin Addi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7, Kabul Tarihi: 07.06.1920, RG 14.02.1921/2.

⁴⁰ Nitekim meşruiyet kaynaklarına ilişkin bu değişimi TBMM'nin siyasal manifesto niteliği taşıyan 25 Nisan ve 21 Ekim 1920 tarihli iki ayrı beyannamesinde gözlemek mümkündür. Bunlardan ilki TBMM'nin meşruluğunu kısmen padişahın işgal altındaki İstanbul'da esir bulunmasına, ikincisinde ise padişahın bahsetmeksizin doğrudan millete dayandıracağıdır. ZC, D 1, İS 1, C 6, İ 3, 25.04.1920, 60 ve ZC, D 1, İS 1 C 1, İ 99, 18.11.1920, 414.

⁴¹ Dönem boyunca kanunla yapılan vergisel düzenlemelere ilişkin özet tablo için: Erdoğan Öner, *Mali İdare* (Maliye Bakanlığı 2005) 1097-1098.

⁴² Ağnam ve Canavar ve Deve ve Camus Rüşm-i Asliyesinin Sekiz Misle İblağı Hakkında Kararname, *Düstur* T 2 (11) 73.

⁴³ ZC, D 1, İS 1, İ 2, 24.04.1920, 39.

⁴⁴ Müderrisoğlu, (n 21) 220.

⁴⁵ Senei Haliye Ağnam Resmine Bir Misli Zamma Dair Kanun, Kanun Numarası 58, Kabul Tarihi: 27.10.1920, RG 28.03.1921/8.

⁴⁶ *Milli Mücadele Dönemi Bütçeleri*, (n 33) 30.

⁴⁷ Fahri Çoker, *Türk Palamento Tarihi- Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem C 1* (TBMM 1994) 617.

kata kadar varmıştır.⁴⁸ Dolayısıyla bu artışlar yapılırken kanunilik kuralına uyulması, TBMM için bir meşruiyet sağlanmayı değil, TBMM'nin meşruluğuna dayanılarak bu artışlara karşı çıkan çeşitli siyasal ve sosyal grupları temsil eden milletvekillerinin rızasının oluşmasını sağlamıştır.

Kanunilik uygulamasının içinde bulunulan koşullara bağlı yürümesinin bir başka sonucu, Başkomutanlık Kanunu örneğinde olduğu gibi koşullar gereği bazen uygulanmamasıdır.⁴⁹ Yunan Ordusunun Sakarya Nehrini geçmesi ve içinde bulunulan mali sorunlar nedeniyle, bu kanunun ikinci maddesiyle, mali konularla sınırlı olmayacak şekilde başkomutana yasama yetkisi tanınmış, buna bağlı olarak çıkarılan Tekâlifî Milliye emirleriyle, TBMM onayına sunulmayan mali yükümler konulmuştur.⁵⁰ Bununla beraber bu yükümlerin, olağanüstü koşulların sonucu olması ve daha sonra uygulanmaya devam edilmemesi nedenlerine bağlı olarak, TBMM'de ciddi bir itiraza uğramadığı söylenebilir. Başkumandanlık Kanunu, TBMM'deki muhalifler tarafından daha çok mali kapsamı dışındaki nedenlerle eleştirilmiştir.⁵¹ Tekâlifî Milliye emirleri de kaynakların doğru kullanılmaması gibi daha çok maddi sonuçlarıyla gensoru görüşmelerinin konusunu oluşturmuş,⁵² ancak kanunilikle ilgili bir itirazla karşılaşmamıştır.

Gerçekten, kanunsuz gelir toplamak milli güvenlik söz konusu olduğunda, özellikle de tam bir devlet otoritesinin kurulamadığı yerler ve dönemlerle sınırlı olmak üzere hoş görülebilmıştır. Bu bağlamda dönem boyunca kronolojik olarak üç ilginç örneği dikkate alabiliriz. Bunlardan ilki bedelli askerlik kanunen mümkün olmasa da, batı cephesindeki askeri makamların askerlik bedeli toplamalarıdır.⁵³ Ancak askeri ihtiyaçların varlığından olsa gerek, bu kanunsuzluğun üzerinde pek durulmamıştır.⁵⁴ Diğer iki örnek ise, dönemin iki güçlü generalinin sorumluluğuna ilişkin olarak karşımıza çıkacak, bu generaller yaptıkları anayasaya aykırı işlemler sert ve uzun eleştirilere uğrasa da, gensoru görüşmelerinde aklanacaklardır.

⁴⁸ Ibid 310; Standford Shaw, *From Empire to Republic* 3 (Türk Tarih Kurumu 2000) 1022-1024; Müderrisoğlu (n 21) 379-392.

⁴⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Reisi Mustafa Kemal Paşa Hazretlerine Başkumandanlık Tevcihine Dair Kanun, Kanun Numarası: 144, Kabul Tarihi: 05.08.1921, KD (1) 169.

⁵⁰ Bu yükümler, (giysi gibi) aynı vergi, zorla alınan borç, bedel karşılığı ya da karşılıksız hizmet yükümlülüğü, sahihsiz kalmış mallara ve silah gibi sahipli mallara el koyma gibi birden çok türe ayrılmıştır. *Millî Mücadele Dönemi Bütçeleri*, (n 33) 34.

⁵¹ Özellikle Başkumandanlık Kanunun üçüncü kez uzatılması görüşülürken, İkinci Grup liderlerinden Ali Şükrü Doruker ve Hüseyin Avni Ulaş'ın Tekâlifî Milliye emirlerinden de bahsettiği görülür (GCZ, D 1, C 2, İ 39, 04.05.1922). Ancak bu kanunla ilgili gerilim yaratan asıl konunun, bazı milletvekillerinin başkumandan tarafından mali olmayan konularda görevlendirilmesidir: Ahmet Demirel, *Birinci Mecliste Muhalefet* (İletişim 2003) 278-280.

⁵² Örneğin GCZ, D 1, C 1, İ 101, 29.10.1921; GCZ, D 1, C 1, İ 134, 26.12.1921.

⁵³ Batı Cephesi Komutanlığı 15 Temmuz 1920'de 12. Kolorduya, 1892 ve 1893 doğumlulardan alınacak bedelle taburların giydirilmesini emretmiştir. *Türk İstiklal Harbi- VII İdari Faaliyetler* (Ankara: Genelkurmay Harp Tarihi Başkanlığı Yay. 1975) 92.

⁵⁴ Bedelli askerlikle ilgili açılan tartışmada, Hasan Fehmi Ataç, kanuni temeli olmadan yapılan uygulamaya karşı gensoru yoluna gidilebileceğini söylese de, (ZC, D 1, İS 1, C 1, İ 69, 21.09.1920, 205) bu konuda herhangi bir gensoru önergesine rastlanmıyor.

Bunlardan ilki El Cezire cephesi komutanı Nihat (Paşa) Anılmış'ın askerlik bedeli (bedeli nakdî) toplamak da dâhil kanuna dayanmayan işlemlerini konu alır. Süreç bir gensoru verilmesiyle başlamış ve konu hakkında daha sonra TBMM eliyle bir soruşturma yapılmıştır.⁵⁵ Anılmış savunmasında, görev yaptığı bölgenin Suriye ve Irak sınırında, devlet otoritesinden yoksun olduğuna ve kendisine özel bir görev verildiğine dikkat çekecektir. Aslında, Anılmış'ın gelir yaratan mali işlemleri, Atatürk tarafından kendisine özel olarak verilen görev belgesindeki *El cezire cephesi Kumandanlığı idarî, adlî veya malî tadilât ve islâhata lüzum gördükçe bunun tatbikini hükümete teklif eder* şeklindeki talimatın kapsamını aşmıştır. Ancak kanunsuz şekilde topladığı gelirlerle, görev bölgesinde bir otorite kurarak Kürt ve Arap aşiretlerinin İngiliz etkisine girmesini engellediği gözetilerek, yargılanmasına gerek görülmemiş ve aklanmıştır.⁵⁶

Bir sonraki gensorunun konusu General Refet Bele'nin Başkumandan temsilcisi sıfatıyla İstanbul'da aldığı kanuna dayanmayan mali kararlar olacaktır. Bele, Mudanya Mütarekesi sonrası İstanbul'a gönderilmiş; saltanatın kaldırılıp, İstanbul hükümetinin istifa etmesinden sonra şehirde TBMM otoritesini kurmakla görevlendirilmişti. İstanbul'daki işgalin halen devam ettiği bu hassas dönemde, bir ekmek sorunu baş göstermiş, Bele İstanbul ile sınırlı olmak üzere gümrük tarifesinde değişiklik yaparak ithalatı kolaylaştırmıştı. Bu nedenle 22 Kasım 1922 günü icra vekilleri heyeti hakkında gensoru verilmiş, başkan Rauf Orbay oldukça sıkıntılı geçen üç günlük görüşmeler boyunca, şehirdeki hassas dengelere ve ekmek sorununun TBMM otoritesine yönelik bir tehdide dönüşmemesi için böyle bir tedbire ihtiyaç duyulduğunu savunmuştur. Olağan dışı bir biçimde gizli celsede yapılan gensoru görüşmeleri sonunda, oylama da isim değil işaret yoluyla yapılmış, bu nedenle kaç oyla ret sonucu çıktığı anlaşılammıştır.⁵⁷ Ancak kanuna aykırılığı konusunda bir tereddüt olmayan bu işlemlerin, milli güvenlik kaygısıyla sineye çekildiği anlaşılmaktadır. Yine gözden kaçırılmaması gereken bir başka olgu, özellikle muhalif İkinci Grubun sert eleştirilerinde kanunilik kuralına dayanmasıdır. Kanuniliğin meclisteki iktidar-muhalefet ilişkisindeki işlevi burada karşımıza çıkmaktadır. Esas yönünden ihtilafın bulunmadığı mali kararların kanun dışı bir formda yapılması, bu işlemin yapım sürecinde bulunmayanların muhalefetine doğurmaktadır.

⁵⁵ Konuyla ilgili verilen gensoru üzerine Genelkurmay Başkanı sıfatıyla söz alan Fevzi Çakmak, Başkumandan Atatürk'ün Anılmış'a işten el çektiğini açıklamışsa da, yargılama kararı için konu TBMM gündemine alınmıştır. (ZC, D 1, İS 2, İ 106, 07.11.1921, 122) Anılmış'ın dosyası önce Milli Savunma Bakanlığına gönderilmiş, yapılan soruşturmada yargılanması gerekli bulunmadığı bilgisi 11 Haziran 1922'de Meclise sunulmuştur. Ne var ki çoğunluk, Milli Savunma Bakanlığının soruşturma sonucunu kabul etmeyecek, konunun bir de Adliye Encümenince incelenmesine karar verecektir. ZC, D 1, İS 3, C 20, İ 52, 11.06.1922, 341- 352.

⁵⁶ ZC, D 1, İS 3, C 21, İ 79, 24.07.1922, 487. Nihat Anılmış'ın bölgenin feodal kimlikli milletvekilleri ile arasındaki gerilim, sorunlu kanunilik kuralına uyumdan başka bazı boyutları olabileceğini düşündürmektedir (GCZ, D 1, C 3, İ 78, 22.07.1922, 558).

⁵⁷ GCZ, D 1, C 3, İ 143, 22.11.1922, 1123.

Kanuniliğin bir diğer işlevi, kurtuluş hareketinin mali ihtiyaçları için girilen, yerleşik (Osmanlı) hukuk düzeninde suç niteliği taşıyan eylemlerin, hukuka uygun hale getirilmesidir. Örneğin ilk olarak Heyeti Temsiliye adına Atatürk tarafından gönderilen 18 Mart 1920 tarihli emirle Duyûnu Umumiye ve Reji İdarelerinin mevcutlarını, buldukları yerin en büyük mülki ve mali amirlerine bildirmesi ve bunların izni olmadan İstanbul'a göndermeleri yasaklanmış, dolayısıyla bu paralara fiilen el konulmuştur.⁵⁸ Ancak 1920 yılı bütçe kanunuyla yapılan tahsilatların barış andlaşmasına dek hazineye aktarılması düzenlenerek, bu el koyma işlemi hukuki bir temele oturtulmuştur.⁵⁹ Aynı kapsamda, 25 Mart 1920'de, 20. Kolordu Komutanlığı kararıyla Anadolu demiryollarına el konulmuştur.⁶⁰ El koyma ve devlet eliyle işletme, bunların bütçeleri ve tarifeleri için çıkarılan kanunlarla hukuksallaştırılmıştır.⁶¹

Kanun eliyle hukuksal temele oturtulan ikinci grup, bir kısmı aynı zamanda milletvekili olan,⁶² Müdâfaai Hukuk Cemiyetleri ve Kuvvayı Milliye üyelerinin suç niteliği taşıyan mal varlığına el atma fiilleridir. Bu fiillerin sonuçları, zaferden sonra normal duruma döndüğünde, direniş örgütü üyelerinin karşısına hem ceza soruşturması,⁶³ hem de hukuk davası olarak çıkmaya başlamıştır.⁶⁴ Bunun üzerine, İzmir'in işgalinden Lozan Barış Andlaşması TBMM tarafından onaylanana dek geçen sürede direniş örgütleri üyelerince el konan tutarlar, kanunla vergi olarak kabul edilerek, bunları toplayanların hukuki ve cezai sorumlulukları kaldırılmıştır.⁶⁵ Bir başka deyişle kanuna uymayan fiiller, izlenen milli egemenlik amacı doğrultusunda ise kanuna uygun hale getirilmiştir.

Kanunilik kuralı yürütme yetkisini kullananlar için bir sorumluluk getirdiği kadar, kanuna dayanmayan talepleri reddetmek için de bir gerekçe oluşturmuştur.

⁵⁸ *Türk İstiklal Harbi* (n 53) 52-53.

⁵⁹ 1336 Senesi Muvazenei Umumiye Kanunu (md 21-22), Kanun Numarası: 103, Kabul Tarihi: 28.02.1921, RG 25.04.1921/12.

⁶⁰ *Türk İstiklal Harbi* (n 53) 198. Shaw (n 48) bu kararı Heyeti Temsiliye'nin aldığı yazmışsa da, (s 1084), yayınlanan kararlar 1919 sonuna kadar verilenlerden ibarettir: Bekir Sıtkı Baykal, *Heyeti Temsiliye Kararları* (TTK 2020).

⁶¹ Söz konusu 13, 14 ve 15 sayılı kanunlar için: RG 21.02.1921/3. Konu daha sonra tekrar düzenlenmiştir: Anadolu ve Bağdat ve Uşak-Afyon Karahisar Demiryolları Tarifeleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 280, Kabul Tarihi: 08.11.1922, KD (1), 328.

⁶² Isparta milletvekili Hafız İbrahim Demiralay: 'Meclisi Âliniz henüz teşekkül etmezden evvel Isparta Müdâfaai Hukuk Reisi idim. O zaman Hükümet Kuvayı Milliye muavenet yapamıyordu. Biz memlekette ahaliye zenginlere vergi tarhediyorduk. Bin, iki bin, beş bin lira. Bu suretle para alıyorduk. Cepheyi müdafaa ediyorduk.' GCZ, D 1, C 2, İ 165, 25.02.1922, 886.

⁶³ Maraş milletvekili Hasib Aksöyek, bu konuda şu bilgiyi verecektir: '(H)epimiz de Kuvayı Milliye ile teşriki mesai etmişizdir. Bendenizin de bu hususta cürmüm vardır, hepinizin de cürmünüz vardır (...) Bugün bunlar mahkemelerde cürüm olarak telâkki ediliyor ve ona göre hüküm veriliyor.(...) Bu hususta seksen bin tane müracaat vardır'. ZC, D 1, İS 4, C2, B 22 11.04.1923, 46.

⁶⁴ Saruhan milletvekili Vasfı Çınar: 'Heyeti Merkeziyenin âzasından idim. Heyeti Merkeziye kongre kararlarıyla ithalâtın ve ihracattan rüsum almıştır. (...) Sonra arkadaşlar birçok mevaşi müsadere edilmiştir. Çünkü Yunanlılara, Fransızların suüstimali altında - Açık söylüyorum - İzmir'e sevk olunuyordu, Yunanlılara satılıyordu. Bu tarzda sevk edilen mevaşi zabt ve müsadere edilmiştir, orduya verilmiştir, cephede askerlerimiz bunu yemiştir. Şimdi rica ediyorum, yarın bu mevaşi, bu sığırların sahipleri olan adamlar veyahut parası alınan adamlar, o zamanki Heyeti Merkeziye âzası aleyhine ikamei dâva ederse bu arkadaşları sürdüreceğiz miyiz? ZC, D 2, İS 1, C 3, İ 49, 06.11.1923, 271.

⁶⁵ 30 Teşrinievvel 1334'ten 23 Ağustos 1339 Tarihine Kadar Geçen Müddet Zarfında Müdâfaa-i Memleket Uğrunda İka Edilmiş Olan Ef'al ve Harekâtın Cürüm Olunmayacağı Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 372, Kabul Tarihi: 19.11.1923, RG 29.11.1923/45.

Nitekim bakan Ahmet Ferit Tek, çok sayıda milletvekilinin il özel idarelerinin maaş ödemediği öğretmenlere Maliye Bakanlığı'nın ödeme yapması isteğine karşı direnerek, böyle bir ödemeyi ancak kendisine kanunla yetki verilmesi şartıyla yapabileceğini söyleyerek sorumluluk almayacaktır.⁶⁶ Bunun bir başka örneği Maliye Bakanı Hasan Saka'nın Vehib Paşa ile Kaymakam Pertev Beyin emlakine Hükümet tarafından vaziyet edilmesi talebine kendisine bu yönde yetki veren bir kanun olmadığı gerekçesiyle reddetmesidir.⁶⁷ Her iki örnek de içinde bulunulan savaş döneminde siyaseten meşru görülebilecek nitelikte olmasına rağmen, Ankara'da kurulduğu henüz resmen ilan edilmemiş bir devlet bürokrasisinin mali sorumluluk kaygısıyla bu taleplerin reddedildiğini gösterir. Bu *yetkisiz işlem yapmama* tavrı, daha önce İstanbul hükümeti tarafından bazı hava kuvvetleri mensuplarına yapılan ek ödemelerin, kanuna dayanmaması nedeniyle durdurulmasına dahi neden olmuştur. Hatta ödemenin yapılabilmesi için TBMM'den özel olarak bir kanun çıkarılmıştır.⁶⁸

C. 1924 AY Dönemine Bırakılan Miras

Yukarıda, 1876 AY (md 96) ile mali yükümlerin kanuna dayanması zorunluluğu getirilse de meşrutiyet döneminde buna uyulmadığını, 1921 AY döneminde ise kanun yapımının, ağırlıklı olarak Osmanlı döneminde bir kanuna dayanmayan mali yükümlülüklerinin değiştirilmesi için kullanıldığını görmüştük. Düzenli olarak toplanacak mali yükümlülükleri kanunlaştırma hareketi, ancak zaferden sonra başlamış; ancak bunlar da, küçükbaş hayvan vergisi ve yolculuk vergisi gibi birkaç örnekle sınırlı kalmıştır.⁶⁹ 1924 AY (md 85) bu deneyim üzerine kurulduğu için, 1876 AY md 96'daki karşılığına göre daha gerçekçi bir içerikle,⁷⁰ kanunilik kuralına anayasal bir istisna getirmiştir. Bu istisna, kanunlaştırma faaliyeti bitene dek önceki dönemden beri süregelen kanunsuz vergilerin toplanmasına devam edilmesine izin vermektedir. Dolayısıyla salt anayasa metinleriyle sınırlı olarak bakıldığında, 1924 AY metnindeki düzenleme, 1876 AY metnine göre bir gerileme olsa da gerçekte durum farklıdır. 1876 AY döneminde kâğıt üzerinde kalan mali yükümlülüklerin kanunla konulması 1921 AY döneminde uygulanmaya başlanmış ve bu süreç 1924 AY döneminde büyük ölçüde tamamlanmıştır.

Ne var ki dış ticaret vergileri söz konusu olduğunda, döneminin ruhu açısından şartırcı bir başlangıç noktasına tanık olunmaktadır. TBMM iradesinin yansıması olan kanuniliğe bir istisna olarak, ithalat vergilerinde yasama yetkisinin kanunla yürütme organına devri olgusu, ilk örneklerini bu dönemde vermiştir. Maden kömürü

⁶⁶ ZC, D 1, İS 1, C 2, İ 60, 06.09.1920, 581.

⁶⁷ ZC, D 1, İS 2, C 13, İ 88, 06.10.1921, 96-97.

⁶⁸ Tayyarecilere Verilecek Mütteferrika Tahsisatı Hakkında Kanun, ZC, D 1, İS 3, C 18, İ 5, 09.03.1922, 123.

⁶⁹ Muayyen Tarifeli Vesaiti Nakliye ile Seyahat Eden Yolculardan Alınacak Nakliyat Resmi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 472, Kabul Tarihi. 10 Nisan 1924, KD (2) 327.

⁷⁰ 'Vergiler ancak kanunla salınır ve alınır. Devletçe illerin özel idarelerince ve belediyelerce alınagelmekte olan resimler ve yüklemeler, kanunları yapılmıca kadar alınabilir.'

ihracından alınacak verginin görüşülmesi sırasında, Maliye Bakanı Tek, kendisinin teklif dahi etmeye cesaret edemediği hükmün, Bütçe ve Mali Kanunlar Komisyonları tarafından konulduğunu söyleyecek,⁷¹ buna göre, bakanlar kurulu bu verginin oranını yüzde elliye kadar artırılıp azaltılabilecektir.⁷² Kömür için açılan bu kapı, daha sonra kabul edilen ihracat vergisi kanunuyla tüm ihraç mallarını içine alacak şekilde genişleyecektir.⁷³ 1923 yılında çıkarılan geçici bütçe kanununda ise (md 8) Türkiye'den ihraç edilen mallara, Türkiye'nin uyguladığından daha yüksek bir tarife uygulayan devletlere karşı olmak üzere, bakanlar kuruluna bu vergiyi yirmi katına kadar artırım yetkisi verilecektir.⁷⁴ Bu kısıtlı takdir yetkisi 1924 AY döneminde ve sonrasında genişleyerek,⁷⁵ dış ticaret vergilerinin yürütmenin takdirine bırakılması şeklinde bir *anayasaya aykırılık geleneğine* dönüşecektir.

Son olarak bu dönemde TBMM'nin, Divanı Muhasebat (Sayıştay) Kanunu md 4 ile 1876 AY md 105 ve 106'nın zımnen ilga ettiğine dikkat çekilmelidir. Bir kanunla, anayasa hükümlerinin değiştirilebilmesi, anayasanın üstünlüğü kavramının yerleşmediğini, asıl kaygının kanunilik (bir başka deyişle meclisin üstünlüğü) olduğunu göstermektedir.⁷⁶ 1924 AY döneminde de aynı bakış açısının 1961 Anayasasını doğuracak şekilde sürdürüldüğünü biliyoruz.

II. Meclisin Üstünlüğünü Somutlaştıran Bütçe Yetkisi

1921 AY md 3'e göre, *Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti Büyük Millet Meclisi Hükümeti unvanını taşır*. Bu düzenleme, yasama ve yürütme yetkisinin TBMM'de toplandığını bildiren md 2⁷⁷ ve Meclisin yürütme yetkisini bakanlar eliyle kullanacağını bildiren md 4⁷⁸ ile beraber düşünüldüğünde, karşımıza çıkan siyasal tercih, Meclisin hükümet karşısındaki üstünlüğüdür. 1921 AY ile kurulan bu anayasal dizge, yasama ve yürütme ilişkisini göstermekle kalmaz, aynı zamanda mali hukuk düzeninin de temelini oluşturur. Çünkü yasama ve yürütme organları arasındaki etkileşim, hem bütçe ve kesin hesap kanunlarının yapım süreçleri, hem de bu süreçlerden bağımsız olarak her zaman Meclis gündemine alınabilecek gelir ve giderlerin denetimi yetkileriyle sağlanır. Dolayısıyla, meclisin üstünlüğü kuralının varlığı bu etkileşim kanalları üzerinden gözlemlenebilir.

⁷¹ ZC, D 1, İS 1, İ 49, 15.08.1920, 239.

⁷² Maden Kömüründen Alınacak İhracat Resmi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 11, Kabul Tarihi: 15.08.1920, RG 14.02.1921/2.

⁷³ İhracat Rüşumu Kanunu, Kanun Numarası: 23, Kabul Tarihi: 20.09.1920, RG 28.02.1921/4.

⁷⁴ İkinci Avans Kanunu, Kanun Numarası: 331, Kabul Tarihi: 15.04.1923, KD (1) 385.

⁷⁵ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (AÜSBF 1965) 145-146.

⁷⁶ ZC, D 2, İS 1, İ 57, 24.03.1924, 540.

⁷⁷ 'Yürütme erki ve yasama yetkisi milletin tek ve gerçek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisinde ortaya çıkar ve toplanır.'

⁷⁸ 'Meclis, Hükümetin bölündüğü yönetim şubelerini bakanlar aracılığıyla yönetir.' (Cumhuriyetin ilan edildiği 1923 AY değişikliği ile eklenmiştir)

Bu dönemde yasamanın üstünlüğü (ya da erkler birliği) kuralının bütçe süreçlerine etkisini anlayabilmek için öncelikle Osmanlıdan kalan olumsuz mirası ele alıp, buna tepki olarak gelişen bütçe yetkisinin fiilen Bütçe Komisyonu eliyle kullanılması olgusuna bakalım. Daha sonra ise harcamaların denetimi ve bu denetim çabasının sonuçlarını ortaya koymaya çalışalım ve izleyen döneme bırakılan mirasa göz atalım. Böylece araştırma sorumuz olan bu dönemde bütçe yetkisinin kullanımındaki değişimin etki ve sonuçlarının neler olduğunu bulmaya çalışalım.

A. Eski Rejimden Miras Kalan Süresinde ve Düzenli Bir Bütçe Yapamama Sorunu

1876 AY md 97 ile bir bütçe kanunu yapımı öngörülmüş ve bunun kabulü sürecinde Mebusan Meclisi'ne yer verilmişse de,⁷⁹ ilk bütçe kanunun yapımı için İkinci Meşrutiyetin ilanını ve 1909 yılını beklemek gerekecektir.⁸⁰ 1909 bütçesini anılmaya değer kılan özelliklerinden biri, Mebusan Meclisinde görüşülmeye başlandığı gün ilk sözü alan Mehmet Cavit Yalçın'ın, altı yüz yıldan beri ilk kez milletvekillerinin bütçe kanunu vergi toplanmasına izin vereceklerini söylemesidir.⁸¹ Ancak Meclisin bütçe yetkisine atfedilen bu önemin karşılığını bulmadığını, bu dönemdeki bütçe yetkisi kullanımına ilişkin gözlemlenen sorunların büyük ölçüde 1921 AY dönemi bütçeleriyle çözüldüğünü bir kısmının ise devam ettiğini belirtmek gerekir.

İkinci Meşrutiyet döneminden kalan sorunlardan ilki, tüm gelir ve giderlerin bir kanunda toplanması anlamına gelen bütçe birliği ilkesinin hayata geçirilememesidir. Bunun en dramatik nedeni, 1881 yılında kurulan Duyûnu Umumiye idaresi eliyle bazı vergilerin toplanarak Osmanlı'nın alacaklarına mahsuben dağıtılmasıdır. 1909 Bütçesiyle bu yapı dağıtılmamış, ancak Duyûnu Umumiye bütçesine, genel bütçe içinde bir fasılda yer verilmiştir.⁸² 1921 AY dönemini farklı kılan ise, bir adım daha ileri gidilerek Duyûnu Umumiye gelirlerine geçici bir süre el konulması olacaktır. Bir başka deyişle, TBMM'nin üstünlüğü öncelikle kendisi dışında gelir ve giderleri yöneten bir kurumun idaresi üstlenilerek sağlanmıştır.

Daha belirgin bir sorun, Mebusan Meclisi'nin büyük ölçüde ya da tamamen kapalı olduğu 1912, 1913, 1919 ve 1920 yıllarında hiç *yıllık bütçe* yapamamasıdır.⁸³ İkinci Meşrutiyet döneminin 1915 ve 1916 dışındaki yıllarında ise bütçe kanunlarından hiçbiri mali yılsonundan önce kanunlaşmamıştır.⁸⁴ Bu olgu, kararnamelerle geçici bütçe yapılmasına ve bu bütçelerin daha sonra Meclisin onayına sunulmasına yol

⁷⁹ 'Devletin bütçesi gelir ve giderleri yaklaşık olarak ortaya koyan kanundur. Devlet ait mali yükümlerin konulması, dağıtılması ve tahsili işlemlerinde dayanacak kanun budur.'

⁸⁰ Erdoğan Öner, *Osmanlı Devleti 1912 Yılı Hazine Genel Hesabı ve Kesin Hesap Kanunu Tasarısı* (Maliye Bakanlığı 2009) 38.

⁸¹ MMZC, D 1, İS 1, C 4, İ 98, 09.06.1909, 548.

⁸² Öner (n 80) 39.

⁸³ Ibid 56.

⁸⁴ Bütçe Komisyonu mazbatası, ZC, D 2, İS 1, C 2, İ 25, 25.09.1923.

açmıştır. Nitekim 1876 AY md 102 hükmü, Meclisin olağanüstü nedenlerle kapalı olduğu zamanlarda bütçe yapılamaması durumunda, bir kararname veya iradei seniyye ile önceki yılın bütçesinin bir yıl daha uygulanabilmesini mümkün kılıyordu. Öyle ki, son olarak 16 Mart 1920'de İstanbul işgali ve Mebusan Meclisi'nin kapanması sonrasında Osmanlı hükümeti, 1 Mayıs itibari ile yeni bir bütçe kanunu yapılamayacağından, 22 Nisan 1920 tarihli bir kararname ile 1919 yılı bütçe kanununun 1920 yılı mayıs ve haziran aylarında da uygulanmasına karar vermişti.⁸⁵ 1919 bütçe kanunu ise aslında Meclis tarafından bir genel bütçe yapılması mümkün olmadığından, Mebusan Meclisi'nin yıllık olarak kabul ettiği 1918 bütçe kanununun uzatılmış hali olacaktır. Yeni açılmış bir Meclisin hükümeti için belki de kaçınılmaz olarak, TBMM hükümeti de 6 Mayıs 1920 tarihli bir kararla aynı yolu izlemiş, 1920 Mayıs ve Haziran ayları bütçesi bu şekilde belirlenmiştir.⁸⁶

Ancak bütçe yetkisinin kullanımı ile ilgili eski rejimden miras kalan sorunlar, sayılanlarla sınırlı değildir. Meclisin görüşüp kabul ettiği bütçe kanunları üzerinde belirleyici bir rolü yoktur. Mebusan Meclisi tarafından kabul edilen bütçelerden hiç birinde personel kadroları ve harcama dağılımını gösteren cetvel Meclise sunulmamış,⁸⁷ hatta son Mebusan Meclisi tarafından kabûl edilen bütçe kanunu (md 2) ile bu yetki Maliye Bakanlığına devredilmiştir.⁸⁸ Dahası, bütçe Meclise bu mümkün olduğu halde süresinde sunulmamış, üzerinde yeterli bir inceleme yapılamadığı için de bir emrivaki halini almıştır.⁸⁹ Öte yandan, İkinci Meşrutiyet boyunca Mebusan Meclisi kabûl ettiği bütçeleri, kesin hesap kanunu yoluyla denetlemeye de imkân bulamamıştır. 1910, 1911 ve 1912 kesin hesap kanun tasarıları önemli eksikliklerle hazırlanmış ancak kanunlaşmamış, diğer yıllarda ise herhangi bir tasarı dahi hazırlanmamıştır.⁹⁰

Mebusan Mebusanın çoğu kez kapalı olması nedeniyle bütçe yetkisinin fiilen hükümetçe kullanılması sorunu, 1921 AY döneminde TBMM'nin sürekli toplantı halinde olmasının benimsenmesiyle aşılmıştır.⁹¹ Buna süresinde ve düzenli bir bütçe kanunu yapılması yine mümkün olmamıştır. Dönemin bütçe hukukuna ilişkin ilk kanun tasarısı, (geçici hükümetin Maliye Bakanı Hakkı Behiç Bayıç'ı saymazsak), TBMM hükümetinin ilk Maliye Bakanı Ahmet Ferik Tek tarafından göreve seçildikten iki hafta sonra, 31 Temmuz 1920'de Meclise sunulmuş ve 11 Eylül 1920'de kabul

⁸⁵ *Düstur* T 2, (11) 49.

⁸⁶ Divanı Muhasebat Bütçe Mazbatası: ZC, D 2, İS 2, C 8, İ 25, 31.04.1924 tarihli tutanağa eklidir.

⁸⁷ Maliye Bakanı Hasan Fehmi Ataç, geçmişte kendisinin de üyesi olduğu Mebusan Meclisindeki bu durumu bir karşılaştırma yapılması için TBMM Genel Kurulunda hatırlatacaktır. ZC, D 2, İS 1, C 3, İ 27, 27.09.1923, 334-335.

⁸⁸ 'İşbu tahsisattan her daireye ait miktarın Umumi Bütçede mevzu fusul ve mevadda tevzii Mâliye Nâzırı tarafından icra edilir.' MMZC, D 4, C 2, İ 15, 28.02.1920, 262.

⁸⁹ Bütçe Komisyonu sözcüsü Muvaffak Menemencioglu, Genel Kurulda bu durumdaki şikâyet edecektir. *Ibid.*, 229.

⁹⁰ Öner (n 80) 213.

⁹¹ Nisabı Müzekkere Kanunu, Kanun Numarası 18, Kabul Tarihi: 05.09.1920, RG 21.02.1921/3.

edilmiştir.⁹² Bu tarihten itibaren devlet harcamaları, *avans* veya *muvakkat bütçe* adını taşıyan kanunlara dayandırılmıştır.

Öte yandan bu kanunlar, bütçe hukuku üzerinde bir Meclis otoritesi sağlasa da, normal bir bütçe kanununun teknik ayrıntı ve kapsamını içermemiştir. Hatta bütçe içeriği o denli zayıftır ki, yukarıda sözü geçen ilk *avans* kanunu aslında harcamalar için iki maddelik bir yetkilendirmeden ibarettir. Dahası, yürürlük ve yürütmeye ilişkin unutulmuş maddeleri, kanun kabul edildikten iki gün sonraki oturumda metne eklenmiştir.⁹³

Bütçe kanunu yapımındaki düzensiz yapı sürekli olarak milletvekillerinin şikâyetine konu olmuş ama dönem boyunca hiç değişmemiştir. Öyle ki 1920 yılı bütçesi kabul edilirken yapılan konuşmalarla, izleyen yıllara ait bütçelere ilişkin kanunlar kabul edilirken yapılan konuşmalar arasında anlamlı bir fark bulunmamakta, sürekli olarak anonimleşmiş sözler tekrarlanmaktadır. Bu sözler, eldeki usulün bir emrivaki olduğu, bütçe kanununun bir formaliteye dönüştüğü, eldeki süresi biten bütçe için görüşmenin anlamsız olduğu, bunun yerine gelecek yıl bütçesinin müzakeresinin gerektiği şeklinde uzar gider. İlginçtir ki, 28 Şubat 1920 günü 2 aylık bir bütçe kanunu kabul etmek durumunda kalan Mebusan Meclisi'nde de aynı konuşmalar yapılmıştır.⁹⁴ 1921 AY dönemi boyunca da, her seferinde, *bunun son olduğu* düşüncesiyle kabul edilen izleyen *avans* kanunlarının gerçekte son olmadıkları neden sonra anlaşılabilmiştir.

1921 AY dönemindeki bütçe hukuku örüntüsünde, harcamalar tüm yıl boyunca çıkarılan *avans* kanunlarına dayandırılmış, yıllık bütçe kanunları ise ancak mali yılın sonunda, harcanmasına izin verilen tutarın toplamı üzerinden kabul edilebilmiştir. Ancak bu toplam sadece verilen tahsisatı gösterdiğinden, ita amirlerince havale edilen tutar ve daha da kötüsü gerçekte harcanan tutarla ilgili bir bilgi vermemektedir. Bir başka deyişle, bütçe kanunları sırf yılsonunda çıkmasından dolayı bir kesin hesap kanunu niteliği taşımamakta, yıl içi verilen harcama izinlerinin üst üste toplamının oluşmaktadır. Dolayısıyla bu rakamlar gerçekleşmiş harcamaları göstermez.

1921, 1922, 1923 ve hatta 1924 mali yılları, ilk günleri olan 1 Marttan çok kısa bir süre önce çıkarılabilen birer *avans* kanunu ile başlamışlardır. Bu mali yılların hiçbirinde, bütçe kanununun mali yıl başlamadan önce kabul edilememesi Maliye Bakanlığının gecikmesinden kaynaklanmamıştır. Nitekim 1920 yılı genel bütçe kanunu 29 Eylül 1920'de Meclise sunulmuşsa da, ancak 28 Şubat 1920 gecesi, yani mali yılın bitmesine saatler kala kabul edilebilmiştir. İlk hali 15 Şubat 1921'de Meclise sunulan 1921 mali yılı bütçe kanunu tasarısı ise, maliye bakanına koltuğunu

⁹² Altı Aylık Muvakkat Bütçe Kanunu, Kanun Numarası: 20, Kabul Tarihi: 11.09.1920, RG 28.02.1921/4.

⁹³ ZC, D 1, İS 1, İ 63, 11.09.1920, 74. Tasarıda, kanunun eylül sonuna kadar yürürlükte kalması öngörülmüşken, genel kurul aşamasında yıllık bir bütçe kanununun hazırlanması için zaman tanımak istenmiş ve yürürlük ekim sonuna uzatılmıştır (ZC, D 1, İS 1, İ 61, 09.09.1920). Ancak mali yıl yine iki ayrı *avans* kanunu ile tamamlanmıştır.

⁹⁴ MMZC, D 5, C 2, B 15, 28.02.1920, s 234, 237, 240.

kaybettirecek bir siyasal krizi de içeren sancılı bir değişikliğe uğrayarak yine mali yılın sonunda, 26 Şubat 1922'de kanunlaşacaktır.⁹⁵ 1922 yılı Bütçe Kanunu 2 Mart 1922'de Meclis gündemine alınmışsa da,⁹⁶ bir bütün halinde kanunlaşamayacak, bütün harcamalar bakanlıklar için ayrı ayrı çıkarılacak avans kanunları ile yapılacaktır. Meclise 26 Şubat 1923'te sunulan 1923 yılı bütçesinin de kabulü mümkün olmayacak, bu mali yıl da avans kanunları ile geçirilecektir.⁹⁷ Bu tablodaki tek istisna, 1921 mali yılı Milli Savunma Bakanlığı bütçesinin ayrı bir kanun olarak İkinci İnönü Zaferinin kazanılmasının doğurduğu heyecan dalgası içinde *orduya olan muhabbetin gösterilmesi* için mali yılın ikinci ayı olan nisanda Genel Kurulda müzakere yapılmadan kabul edilmesidir.⁹⁸ Böylece en azından mali yıl bitmeden kabul edilen bir bütçe olmuştur.

Bu düzensizlik sadece süresinde kanun yapamamakla sınırlı değildir. Genel nitelikli bu avans kanunları yanında, tüm dönem boyunca her mali yıl çok sayıda tahsisat kanunu ile ek harcamalara izin verilmiştir.⁹⁹ Yıllık bütçe kanununun gecikmesi ve onun yerine çok sayıda avans ve tahsisat kanununun yapılmasının iki temel nedeni vardır. Bunlardan birincisi olan dış faktörler, 1921'de yoğunlaşan savaş, 1922'de buna işgalden kurtarılan yerler için ek ödenek gereğinin eklenmesi, 1923'te ise yapılan genel seçim nedeniyle TBMM'nin uzun süre toplanamaması, toplandıktan sonra ise Lozan Antlaşmasının kabulü ve hilafetin kaldırılması gibi yoğun bir gündemin varlığıdır. İçsel faktörler ise TBMM'nin çalışma düzeninden kaynaklanmış, Meclis gündemine sonradan eklenen önergeler, her seferinde bütçe tasarısını geri plana itmiştir.¹⁰⁰

Hiç şüphesiz bunun partileşme, disiplin gibi siyasal ve içtüzük, anayasal boşluklar gibi hukuksal nedenleri de vardır. Ancak kesin olan, yürütme erkinin dahi TBMM'de toplandığını bildiren 1921 AY md 3 düzenlemesine rağmen; bütçe kanunu yapım süreci açısından, TBMM performansı bir yasama organı için bile oldukça düşüktür. Bu ifrat ise TBMM'nin bir bütün olarak kullanamadığı bütçe yetkisinin, bütçe komisyonuna devri şeklinde bir tefritle giderilmeye çalışılmıştır.

⁹⁵ ZC, D 1, YY 2, B 166, 26.02.1922, 156.

⁹⁶ ZC, D 1, YY 3, B 2, 02.03.1922, 46.

⁹⁷ 28 Şubat 1923'teki ilk avans kanunu, seçimlerin yenilenmesi kararından sonra 15 Nisan 1923'teki ikinci ve TBMM ikinci dönemi başlayınca çıkarılan Eylül ayındaki üçüncü avans kanunu izlemiştir.

⁹⁸ ZC, D 1, İS 2, C 9, İ 15, 02.04.1921, 307.

⁹⁹ Bunlar 1920 mali yılında üç avans, yirmi beş tahsisat, 1921 mali yılında altı avans ve yirmi dokuz tahsisat, 1922 yılında on adet avans, on iki adet de tahsisat kanunu yapılmıştır. Bu süreçte ve sayılara ilişkin bilgi Bütçe Komisyonu mazbatasında özet olarak sunulmaktadır. ZC, D 2, İS 1, C 1, İ 2 5, 25.09.1923, 247. Bunların ayrıntılı listesi için: Milli Mücadele Dönemi Bütçeleri (n 31) 198.

¹⁰⁰ Dönemin Maliye Bakanı Hasan Fehmi Ataç bu durumdan şu sözlerle yakınacaktır: 'Ruznameye (gündeme) her gün yeni bir takrirlle (önergeyle) bir şey ilâve etmek hastalığı bizde mevcut iken biz muntazam (düzgün) bütçe çıkaramayız'. ZC, D 1, İS 4, C, İ, 12.02.1923, 293.

B. Bir Tepki Olarak Bütçe Yetkisinin Fiilen Komisyona Devri

Meclis Bütçe Komisyonu sahip olduğu özgül ağırlıkla, acele durumlarda bazen Meclis Genel Kuruluna ait yetkileri kullanabilmiştir. Bunun en tipik örneklerinden biri, hristiyanlardan alınacak askerlik bedeline ilişkin kanun kabul edilmeden önce komisyon kararıyla, bu bedelin emanet hesabına alınarak tahsil edilmesidir.¹⁰¹ Bu işleyiş sadece vergi kanunlarına özgü değildir. Bütçe Komisyonu diğer kararlarıyla da Genel Kurula ait harcamalara izin verme yetkisini kullanmıştır. Örneğin, Sağlık Bakanı Refik Saydam, Göçmen (Muhacirin) İdaresinin Bütçe Komisyonu tarafından bütçesinin belirlenmesi üzerine gerekli işlemleri kanunun çıkmasını beklemeden yapmaya başlamıştır.¹⁰² Keza Büyük Taarruzdan sonra, işgalden kurtulan yerlere kaymakam atanması öngörülmeleyen bir ödenek gerektirmiş ve Maliye Bakanlığı Meclisten kanun çıkması uzun süreceğinden, buna izin verilmesi için Bütçe Komisyonuna başvurmuştur.¹⁰³

Komisyonun Meclis Genel Kurulunu ikame eden rolü yanında, Genel Kurulda Bakanlar Kurulu karşısında rakip rolü oynadığı da görülür. Örneğin hükümet, Hicaz demiryolunun yapım masraflarının finansmanı için çıkarılmış damga vergisi pullarının bedelinin arttırılarak kullanımına devamını sağlayacak bir tasarı sunmuş, Bütçe Komisyonu ise halkın bunu ödemeye alıştığı gerekçesiyle pullara zam yapılmadan aynı düzenin devamını içeren bir mazbata hazırlamıştır. Sonuçta Genel Kurul, Bütçe Komisyonu'nun görüşünü kabul etmiştir.¹⁰⁴ 1922 ilkbaharında bütçe açığının doğurduğu mali bunalımın görüşülmesi sırasında da Komisyon ayrıcalıklı statüsüyle ön plana çıkmış, bu bunalımı aşmaya yönelik tüm teklifleri incelenmiştir. Öte yandan Komisyonun bu rolünün tartışmasız bir biçimde sürdüğü söylenemez. Örneğin, Maliye Bakanı Saka'nın, gelir getirici tasarıların kanunlaşması beklenmeden, Bütçe Komisyonu kararı ile uygulanması teklifi, Meclis İkinci Başkanvekili Hasan Fehmi Ataç'ın Genel Kurula ait yetkilerin Komisyona devredilemeyeceği itirazıyla reddedilmiştir.¹⁰⁵

Meclis Bütçe Komisyonunun bu dönemde asıl öne çıkan özelliği, devlet personel kadrolarının belirlenerek bütçeyi şekillendirmesidir. Bütçe açığı sorunu yanında, personel harcamalarının yarattığı ağır yük ve İstanbul hükümetinin şişkin kadro yapısına duyulan tepki de Komisyonun kadrolarla ilgili faaliyetini tetiklemiştir. Öncelikle, hem birinci hem de muhalif ikinci grup üyesi milletvekillerinin ortak tavrı ile hükümetten memur sayıları ve maaş tutarlarına ilişkin bilgi biraz gecikmeli de

¹⁰¹ Maliye Bakanı Tek, kendisi hakkında kanunsuz bir biçimde koyun vergisi tahsil edildiği gerekçesiyle verilen gensoruya karşı, savunmasında bu geleneği hatırlatmaktadır. ZC, D 1, İS 2, C 1, İ 20, 13.04.1921, 469.

¹⁰² ZC, D 1, İS 2, C 10, İ 40, 20.06.1921, 423.

¹⁰³ Ne varki Komisyon bunu kabul etmemiştir. ZC, D 2, İS 1, C 2, İ 21, 19.09.23, 191.

¹⁰⁴ ZC, D 1, İS 1, C 6, İ 103, 27.11.1920, 72.

¹⁰⁵ GCZ, D 1, C, 3, İ 26, 13.04.1922, 265.

olsa celp edilmiştir.¹⁰⁶ İkinci önemli adım, 4 Ocak 1921'de Karesi milletvekili Vehbi Bolak'ın her bir bakanlık için gelecek mali yılın kadrolarını belirlemek üzere beşer üyeden oluşan on bir ayrı komisyon oluşturulması teklifinin kabul edilmesidir.¹⁰⁷ Teklif 1920 yılı mali yılının sonuna geldiği ancak bütçesi görüşmelerinin daha yeni başladığı bir zamanda yapılmış, Bolak'ın en azından bundan sonraki bütçelerde kadroları belirleme yetkisini hükümetten komisyona geçirecek teklifi bu koşullarda benimsenmiştir. Bütçe sürecinde yürütme organına mevzi kaybettirecek bu işleyiş, Meclis ilk açıldığında Tokat Milletvekili Nazım Resmor Öztelli'nin reddedilen -bakanlık görevinin ilgili meclis komisyonları eliyle yürütülmesi- teklifini hatırlatmaktadır.¹⁰⁸ Kadro komisyonlarının diğer uzmanlık komisyonlarından farkı, sadece bakanlık bazındaki kadroları belirlemek için (*ad hoc*) kurulmaları, ancak belirleyecekleri kadroların kalıcı biçimde bütçe kanunlarını şekillendirmesidir.

Aslına bakılırsa, kadrolara Bütçe Komisyonu eliyle bir müdahale, çok daha önce 11 Eylül 1920 tarihli ilk avans kanunu yapılırken yaşanmıştı. Komisyon, jandarma müfettişlikleri için öngörülen ödenekleri ve aslında dolaylı yolla bu kadroları kaldırmıştı.¹⁰⁹ Bu yeni süreçte ise ilk adımı Milli Savunma Kadro Komisyonu atacak, seyyar jandarma müfrezelerinin kaldırılmasına ilişkin kanun bu komisyonca teklif edilecektir.¹¹⁰ Görüldüğü gibi komisyon böylece kendisine havale edilen teklif ve tasarıları inceleyen reaktif rolden, kendisi teklifte bulunan proaktif bir role bürünecektir.

Bu sürecin bir özelliği de, elli beş milletvekilinin komisyon çalışmasına katılması nedeniyle Genel Kurul çalışmalarının aksaması ve azaltılmasıdır.¹¹¹ Nihayet bu çaba, Bütçe Komisyonunun üye sayısının artırılarak belirlediği kadroların, 18 Haziran 1921'de bütçe kanunlarında esas alınmasına karar verilmesiyle tamamlanacaktır.¹¹² Böylece, olağan bir bütçe görüşmesinde hükümetle komisyon arasında çıkabilecek görüş ayrılıklarının Genel Kurulda giderilmesi gibi süreçler büyük ölçüde bypass edilerek, komisyonun kadrolara ilişkin çalışması peşinen kabul edilmiş olacaktır. Bu olağanüstü usûl, 1 Temmuz 1921 tarihinden itibaren uygulanmış, 1921 yılı bütçe

¹⁰⁶ 5 Temmuz 1920'de daha sonra İkinci Gruba katılacak İçel Milletvekili Ali Sabri Güney ve arkadaşlarına verilen iki ayrı önerge kabul edilerek bakanlar kurulunun göreve getirilen ve görevden alınan memur listesinin bildirilmesi istenmiştir (ZC, D 1, İS 1, İ 28, 05.07.1920, 178-179). Bu liste 1 Kasım 1920 tarihinde Meclise sunulmuş ve milletvekillerinin bilgisi için kaleme gönderilmiştir. 1920 Bütçe Kanununun Meclise sunulduğu 30 Eylül 1920'de ise bu kez daha sonra Maliye Bakanı olacak Hasan Fehmi Ataç idare örgütünde memur giderlerini azaltacak somut bir plan önerilecektir.

¹⁰⁷ ZC, D 1, İS 1, C 7, İ 129, 04.01.1921, 169.

¹⁰⁸ ZC, D 1, İS 1, C 1, İ 3, 25.04.1920, 53.

¹⁰⁹ Bkz Bütçe Komisyonu sözcüsü Fuat Tek'in beyanı: ZC, D 1, İS 1, C 2, İ 62, 09.09.1920, 60.

¹¹⁰ Fatma Eda Çelik, '1921: Savaş Yönetimi ve Yönetimin Merkezleşmesi', iç Nuray Ertürk (ed) *Yönetim Zamanızını* (AÜSBF 2012) 560.

¹¹¹ Öğlene kadar komisyonlarda çalışan milletvekilleri genel kurula katılmadıklarından, 10.01.1921 günü alınan bir kararla, meclis birleşimlerinin azaltılmasına karar verilmiştir. ZC, D 1, İS 1, C 7, İ 132, 10.01.1921, 249.

¹¹² ZC, D 1, İS 2, C 10, İ 39, 18.06.1921, 404.

kanunu (md 3) yanında,¹¹³ 1922 yılının ilk avans kanununda da (md 3),¹¹⁴ verilen tahsisatlar bu komisyon kararında belirlenen esaslara dayandırılmıştır. Bu çalışma tarzı daha sonra da sürdürülmüştür. 4 Kasım 1922’de İstanbul hükümetinin istifası ve yönetimin aniden TBMM hükümetine geçmesi üzerine oluşan olağanüstü durum karşısında, çıkarılan avans kanunuyla İstanbul memurlarına yapılacak maaş ödemeleri Bütçe Komisyonun değerlendirmesine bırakılmıştır.¹¹⁵ Keza, 1923 yılında kabul edilen her iki avans kanununda da giderler için Komisyonun önceki yıl kabul ettiği esaslara atıf yapılmıştır.¹¹⁶

Bu tablo karşısında, avans kanunları içerdikleri bu kadro kısıtıyla, İkinci Meşrutiyet döneminin aksine,¹¹⁷ Meclise yapılan bir emrivaki değil, tam tersine Meclisin, komisyon eliyle hâkim olduğu bir yasama örüntüsü oluşturmuştur. Komisyonun bu baskın rolünü, bakanla ilişkisinde de görmek mümkündür. Nitekim 18 Haziran 1921’de İçişleri Bakanı Ata Atay, Komisyonun kadrolardaki azaltımına karşı çıkacak ve Komisyon Başkanı Mazhar Müfit Kansu ile tartışacak, ancak Meclisin Komisyon kararını benimsemesi üzerine istifa edecektir.¹¹⁸ Ancak, Komisyonun üstlendiği bu rol başkan Kansu’yu dahi rahatsız etmiş olacak ki, 1923 yılına gelindiğinde o da, Meclise ait bütçe yetkisinin Komisyona devretmiş olmasından yakınacaktır.¹¹⁹

Bu devir olgusu, bakanların bütçe talebine Meclis yerine Komisyon tarafından izin verilmesini de kapsar. Bu durum biraz karikatürleşmiş ama çıplak bir biçimde Genel Kurul tutanaklarına yansır. Kansu’nun beyan ettiği üzere, bakanlar nasıl olsa Komisyon tarafından kesinti uygulanacağı bildiklerinden, bütçe ödenek taleplerini şişirilerek Meclise sunmakta, bunları inceleyen Bütçe Komisyonu da bu tavrı bilerek kesinti yapmaktadır.¹²⁰ Ancak kesin olan bu şekilde Komisyonun bütçe yetkisinin fiili kullanıcısına dönüştüğü, Genel Kurulun ise büyük ölçüde bir onay mercii olmakla yetindiğidir.

¹¹³ 1337 Senesi Muvazenei Maliye Kanunu, Kanun Numarası: 197, Kabul Tarihi: 26.02.1922, KD (1) 224.

¹¹⁴ 1338 Senesi Avans Kanunu, Kanun Numarası 198, Kabul Tarihi 28.02.1922, KD (1) 226.

¹¹⁵ Üç Milyon Lira Avans İtası Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 285, Kabul Tarihi: 09.12.1923, KD (1) 333.

¹¹⁶ 1339 Senesi Birinci Avans Kanunu, Kanun Numarası: 311, Kabul Tarihi: 28.02.1923, KD (1) 363. İkinci Avans Kanunu, Kanun Numarası 331, Kabul Tarihi 15.04.1923, KD (1) 385-386.

¹¹⁷ ZC, D 2, İS 1, C 3, İ 27, 27.09.1923, 334-335.

¹¹⁸ Bakan Atay, istifa nedeni olarak sağlık nedenini göstermişse de, aynı komisyonda görev yapan Süleyman Sırrı İçöz, daha sonra bir başka vesile ile bu istifanın bütçe komisyonu başkanı Mazhar Müfit Kansu’nun bakanlığın genel müdür kadrolarını azaltması karşısında, mevcut kadrolarla idare edemeyeceğini söylemesinden kaynaklandığını belirtecektir. ZC, D 1, İS 2, C 17, İ 163, 21.02.1921, 90.

¹¹⁹ ‘Şunu da arz edeyim ki (97) milyon liranın sarfına Heyeti Aliyeniz yalnız encümeni memur etmiştir. Efendiler encümen namma teşekkür ederiz. Fakat beyefendiler! Nasıl oluyor da bütün hakkınızı on kişinin eline bırakarak icra salâhiyetini fair encümene verdiniz ve yedi sekiz kişiye (97) milyon liranın sarfına memur dediniz?’ ZC, D 1, İS 3, C 27, İ 191, 12.02.1923, 289.

¹²⁰ Kansu, ‘Meselâ: Bugün mülhakata bir tahrirat yazara, size kaç zarf lâzımdır diye sorarız. Memur düşünür on tane zarf diyelim de bunlar ancak bin zarf gönderir der ve hakikaten Hükümet de bin zarf gönderir âdet böyledir (...) Yani Muvazene biliyor ki; Hükümetin teklifinde bu zihniyet vardır. Hükümet der ki daima ben üç bin istiyeyim, binini encümen keser, iki bin olur’. ZC, D 1, İS 3, C 27, İ 186, 03.02.1923, 157.

Son olarak Bütçe Komisyonunun, Genel Kurulda sürekli olarak dile getirilen savunma harcamalarındaki israf ve usulsüzlük konusuna da el attığını, bu konuda Millî Savunma ve Maliye Bakanları ile Genel Kurmay Başkanını davet edip tasarruf edilmesi yönünde karar aldığını belirtmek gerekir.¹²¹ Hatta Millî Savunma Komisyonu da ordu personel politikasına müdahil olacak, şikâyet konusu olan cephe gerisindeki personel fazlalığının cepheye kaydırılmasını sağlayarak yürütme işlevi üstlenecektir.¹²²

C. Giderlerin Denetimi

Bu dönemde, milletvekillerinin harcamalara ilişkin ilgi ve dikkati, Genel Kurulda bazen çok çarpıcı sonuçlara yol açabilecek kadar yoğundur. Örneğin 21 Ağustos 1922'de Meclise sunulan dördüncü avans kanunu ile salgın hastalıklar için ek ödenek istenmiş, ancak konuyla ilgili kuşkucu sorularla gelişen görüşmeler sonunda, asıl amacın salgın hastalıklarla ilgili olmadığı anlaşılmıştır. Gerçekte Sağlık Bakanı Rıza Nur'un 1921 bütçesine sıhhiye memurları için gerekli ödeneği koymayı savsakladığı, o sırada bakanlık görevine vekâlet eden Fuat Umay'ın ise avans kanunu ile tahsis edilecek ödenekle bu eski borçların kapatılması amacını sakladığı ortaya çıkmıştır. Genel Kurulun buna tepkisi sert olacak, bu ödeneye ilişkin tasarı sağlık memurlarına olan borcun gerçek olmasına rağmen reddedilerek, konu bakan Rıza Nur'un dönüşüne ertelenecektir.¹²³

Harcamaların sorgulanması ve bütçe esaslarına uygunluk açısından soru ve gensoru yolları da dönem boyunca sıklıkla kullanılmıştır. Bunlardan siyasal sonuç doğuranlar üzerinde özel olarak durmak gerekir. Birinci örnek (geçici bakanlar kurulunun) ilk Maliye Bakanı olan ve sonra İçişleri Bakanlığını üstlenen Hakkı Behiç Bayiç'in bütçe kanununa dayanmayan harcamalarını konu alan soru önergesidir. Bayiç, kendisine yöneltilen soruyu, yeni kurulan hükümetin elinde yeterli teknik bilgi ve olanak bulunmadığından, son Mebusan Meclisi tarafından kabul edilen bütçe kanunundaki düzenlemeler doğrultusunda hareket edildiğini belirterek cevaplayacaktır. Sonraki Maliye Bakanı Tek'in cevapları da bütçe hazırlıklarıyla ilgili daha etraflıca bilgi vermek dışında farklı olmayacaktır.¹²⁴ Ne var ki Bayiç, eşzamanlı başka soru ve gensorular karşısında, İçişleri Bakanlığından istifasını sunarak,¹²⁵ evine kapanacak ve geçirdiği akıl hastalığından kurtulamayarak bir daha Meclise dönemeyecektir.¹²⁶

¹²¹ GCZ, D 1, C 3, İ 75, 17.07.1922, 489.

¹²² Ibid, 511 (Komisyon Başkanı Selahaddin Köseoğlu'nun beyanı).

¹²³ ZC, D 1, İS 3, C 21, İ 88, 21.08.1922, 266-270.

¹²⁴ ZC, D 1, İS 1, C 3, İ 43, 03.08.1920, 75-76.

¹²⁵ ZC, D 1, İS 1, C 3, İ 42, 02.08.1920, 60-63.

¹²⁶ ZC, D 2, İS 2, C 8, İ 35, 12.04.1924, 578.

İkinci örnek, Bayındırlık Bakanı İsmail Fazıl Cebesoy hakkında, demiryolları idaresine malzeme alımı için İtalya'ya gönderilen heyete iki milletvekilinin eklenmesi gerekçesiyle verilen gensorudur. Demiryolu malzemesi konusunda uzmanlığı olmayan milletvekilleri için dönemin zorlu mali koşulları içinde yapılacak harcama, konunun Meclise bir emrivaki oluşturacak şekilde gelmesinin yarattığı tepki ile birleşerek 1921 AY döneminde ilk kez bir bakanın güvensizlik oylarıyla düşürülmesine neden olmuştur.¹²⁷

Üçüncü örnek, 1921 bütçesi görüşmelerinde patlak veren ve bu kez de Maliye Bakanı Tek'in istifası ile sonuçlanacak krizdir. Bütçe, mali durumun açıklanmak istenmeyecek kadar kötü olması nedeniyle 5 Mayıs 1921'de gizli celsede görüşülmeye başlanmış, gelen tepkiler üzerine geri çekilmiş, personel kadroları azaltılarak 15 milyon TL tasarrufla 14 Mayıs 1921'te yeniden sunulmuştur. Bütçe Komisyonu ile Tek arasındaki siyasal çatışma daha sonra bir restleşmeye dönüşmüş, Fevzi Çakmak başkanlığındaki bakanlar 16 Mayıs 1920'de toplu olarak istifa etmiştir. Diğer bakanlar yeniden seçilirken, Maliye Bakanlığına bu kez Bütçe Komisyon başkanı Hasan Saka seçilecektir. Bu durum bakanlar kurulunun ikircikli kimliğinin de bir örneği olmuştur. Nitekim bütçenin reddine bağlı olarak parlamenter sistemdeki bir kabine üyesi gibi istifa eden bakanlar, sonuçta sadece sorunun kaynağı bakanın saf dışı bırakıldığı yeni bir seçimle eski görevlerine dönmüşlerdir.

Dördüncü örnek İktisat Bakanı Sırrı Bellioğlu'nun memur tayini ve akçalı işlerde görevini kötüye kullandığı iddiasıyla verilen gensoru görüşmeleri sonunda düşürülmesidir.¹²⁸ Beşinci örnek olarak Din İşleri (Şeriye) Bakanı Vehbi Çelik'in, kayınbiraderini kayırarak kendi sorumluluğu altındaki Vakıflar İdaresinde işe aldığı ve din görevlilerine maaş bağlarken nesnel davranmadığı gerekçeleriyle bakanlık görevinden düşürülmesi gösterilmelidir.¹²⁹

Bu dönem, Türk hukukunda ilk kez bir bakanlar kurulunun, kanuna aykırı olarak verdiği bir karar sonucu yapılan ödemedeki Meclis kararı ile sorumlu tutulması örneğini de içerir. Gerçekten Bütçe Komisyonu, Ziraat Bankası genel müdürlüğüne yapılan atamanın, bankanın bütçe kanununa aykırı olduğu sonucuna varmıştır. 1 Aralık 1923 tarihinde konu gündeme taşınınca, İcra Vekilleri Heyeti Başkanı Rauf Orbay, hatadan haberdar olmadığını ancak kararı heyet olarak imzaladıkları için kusurundan doğan zararı tazmin etmeye hazır olduğunu beyan edecektir. Şebinkarahisar milletvekili Ali Sururi Tönük tarafından, banka bütçesine verilen zararın icra vekillerince tazmin edilmesi yönündeki önerge Meclis tarafından kabul edilecektir. Böylece ilk kez Meclis kararıyla hukuksal sorumluluk yolu çalıştırılmış olacak, ancak usûlsüz ödenen

¹²⁷ ZC, D 1, İS 1, C 7, B 121, 25.12.1920, 11-18.

¹²⁸ ZC, D 1, İS 3, C 3, B 35, 27.04.1922, 430

¹²⁹ ZC, D 1, İS 4, C 29, İ 24, 14.04.1923, 146.

paranın tahsili için dava yoluna gidilmesi yerine Meclis kararı yeterli sayılacaktır.¹³⁰ Öte yandan, sorumluluk konusu tutar o kadar düşüktür ki, bu kararın aslında başka bir siyasi güdüyle alındığını düşündürmektedir.¹³¹ Bakanlar Kuruluna atama teklifini yapan bakan Mahmut Esat Bozkurt ise (o sırada Mecliste bulunmadığı için) çektiği telgrafta verdiği atama kararının doğru olduğunu savunmakla beraber, iddia edilen zararı tek başına üstlendiğini beyan edecektir.¹³²

TBMM bu dönemde hesap denetimini, Sayıştay (Divanı Muhasebat) yerine kendi kurduğu komisyonlar eliyle yapmaya çalışmış, ancak bu çaba başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Gerçekten 1922'de ilk avans kanunuyla milletvekillerinden oluşan bir Denetim Komisyonu kurulmuşsa da,¹³³ bundan verim alınamamıştır. Sayıştay denetimi ancak 1923'te bütçeye ödenek konulup gerekli kadrolar doldurulunca başlayabilmiştir. Böylece, 1920-1923 yıllarına ait kesin hesapların akıbeti 1924 AY dönemine bırakılmıştır ki, bu nedenle konuya alttaki başlıkta devam edebiliriz.

D. 1924 AY Dönemine Bırakılan Miras

1921 AY döneminin bütçe yetkisine ilişkin mirasını, hesap denetimi, bütçe yapımı ve mali rejimin hükümet sistemine etkisi açılarından ele alabiliriz. Hesap denetimi konusuna 1921 AY metninde, tıpkı bütçe kanunu gibi yer verilmediğini biliyoruz. 1876 AY (md 104) ise kesin hesap kanunu tasarısının dört yıl içinde meclise sunulmasını gerektiriyordu. Oysa TBMM öncesi döneme ait bu hesapların Meclise sunulması söz konusu dahi olmamıştı. Asıl tartışma konusu, 1920 mali yılından itibaren hazırlanmış olması gereken kesin hesaplarıdır.

1921 AY döneminin sonunda, eşzamanlı olarak 1924 yılı bütçesi ve 1924 Anayasasının görüşüldüğü günlerde bu konu da TBMM gündemine gelmiştir. Sayıştay bütçesi görüşülürken, önceki yılların kesin hesapları bir yana, 1920 yılı kesin hesabının bile hazırlanamayacağı ve TBMM denetimine açılmayacağı anlaşılmıştır.¹³⁴ 1921, 1922 ve 1923 yılı kesin hesap kanunlarında ise bir fikir ayrılığı göze çarpar. Saruhan milletvekili ve eski Bütçe Komisyonu başkanlarından Reşat Kayalı, bu yıllarda hesaplar usûlüne uygun tutulmadığından Sayıştay denetiminin faydasız olacağını söylese de, dönemin Bütçe Komisyonu Başkanı Hasan Fehmi Ataç, hesapların Bakanlıkça hazırlanmış olduğuna dikkat çekmiş ve Meclise aksi görüşü

¹³⁰ ZC, D 2, İS 1, C 3, İ 60, 01.12.1923, 703.

¹³¹ Bozkurt'un İktisat Bakanlığındaki selefi Hasan Saka fazladan ödemenin, banka genel müdür yardımcısının genel müdürlüğe atanmasından doğan maaş farkından oluştuğunu ve toplamda otuz lirayı geçmediğini söyleyecektir (Ibid 696). Gündemde olan yolsuzluk iddialarına karşı başka bir sorumluluk kararı alınmadan bu olay üzerinde durulması, toplamı yüz milyona bulan bütçelerin yapıldığı bu dönemde hayatın olağan akışına uygun gözüküyor.

¹³² ZC, D 2, İS 1, C 4, İ 62, 05.12.1923, 48.

¹³³ 1338 Senesi Avans Kanunu, md 5 (n 114).

¹³⁴ Bu karar Bütçe Komisyonu eliyle alınmıştır. Ancak komisyonun o tarihteki başkanı Hasan Fehmi Ataç'ın belirttiğine göre, Birinci Dünya Savaşı dönemindeki muhasebeleştirilemeyen yirmi beş milyon liralık bir hesap açığına karşı, Kurtuluş Savaşı döneminin muhasebeleştirilemeyen açığı bir buçuk milyon lirayı geçmemektedir. ZC, D 2, İS 2, C 8, İ 25, 31.03.1924, 133.

kabul ettirmeyi başarabilmiştir.¹³⁵ Ne var ki, bu bireysel çaba sonuçsuz kalacaktır. Çünkü birkaç hafta sonra yapılan 1924 yılı Bütçe Kanununa eklenen md 22 ile söz konusu yıllara ait hesapların Sayıştay değil, Maliye Bakanlığı tarafından kurulacak hesap kurulları eliyle denetlenmesi düzenlenmiştir.¹³⁶ 1926 yılına gelindiğinde ise bu kurullar kaldırılmış,¹³⁷ konu 1934'e kadar sürüncemede kalmış, nihayet kesin hesap kanunları hesap denetimi yapılmaksızın çıkarılmıştır.¹³⁸ Bu durum, ilerleyen yıllarda kesin hesap kanunu süreciyle gerçekleşecek Meclis denetiminin salt bir anayasal zorunluluğun yerine getirilmesi şeklinde işleyeceğinin de habercisi olmuştur.

Gerçekten, kesin hesap kanununun sunulması için, 1876 Anayasasında öngörülen bütçe yılından sonraki dört yıllık süre, 1924 AY ile iki yıla indirilmişti. Ne var ki, uygulamada 1924'ten itibaren uzun yıllar boyunca, kesin hesap kanunlarının yapımı için bütçe yılından sonra ortalama beş yıl beklemek gerekecektir.¹³⁹ 1967-1982 yılları arasındaki 17 yıllık kesin hesap kanunları ise ancak 1994'te kabul edilebilmiş ve kesin hesap kanunu yapmak tamamen bir anayasal formaliteye dönmüştür.¹⁴⁰ Bir başka deyişle, hesaplar üzerindeki Meclis denetimi açısından 1921 AY döneminde ciddi bir gelişme kaydedilmemiş, bu eksiklik ilerleyen yıllarda da devam etmiştir.

Bütçe kanunlarına baktığımızda ise, süresinde bütçe çıkarılmama sorununun bir yıl daha sürdüğünü söyleyebiliriz. Gerçekten 1925 mali yılı bütçesinin de, mali yılbaşına yetiştirilemediğini, bu nedenle önce bir geçici bütçe kanunu çıkarıldığını görüyoruz.¹⁴¹ Ancak bu sorun 1926 yılından itibaren ortadan kalkacaktır. Bu amaçla 1924 AY eliyle, bütçenin Meclise sunulacağı zaman kısıtı, 1876 AY düzenlemesine göre daha belirli hale getirildiğini biliyoruz.¹⁴² Ancak asıl değişimin anayasa kuralları ile değil, siyasal hayattaki özellikle de parti yapısındaki değişimden kaynaklandığını tahmin etmek zor değil.

Dikkate değer bir başka sorunlu miras, ordu bütçesidir. Bunun en çarpıcı örneği, 1924 AY ve 1924 yılı mali bütçesi kabul edildikten iki gün sonra, Milli Savunma Bakanlığının 1923 yılı bütçesinde nakliye ödeneği yetersiz kaldığı için fasıllar arasında bir aktarım içeren bir kanun tasarısı gönderdiğinin anlaşılmasıdır. Bütçe

¹³⁵ Kayal'ın beyanına göre, Sayıştay denetime başladığından beri çok sayıda yolsuzluk rapor edilmiştir. Ibid, 129. Bu durum bir sürpriz değildir, çünkü eski Maliye Bakanları Tek ve Saka daha önce, hesap denetimi işini yapacak ayrı bir kadro olmadığından işi yapanla denetleyen kişilerin aynı olmasının sağlıklı olmadığını söylemişlerdi.

¹³⁶ Muvazene-i Umumiye Kanunu, Kanun Numarası: 490, Kabul Tarihi: 20.04.1924, RG 24.05.1924/71.

¹³⁷ 1340 Senesi Muvazene-i Umumiye Kanunu'nun Yirmi İkinci Maddesinin İlgasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 747, Kabul Tarihi: 17 Şubat 1926, RG 02.03.1926/311.

¹³⁸ ZC, D 4, İS 4, C 23, İ 78, 05.07.1934, 439-441. Süreci anlatan Komisyon mazbataları karışık olarak zabıt sonuna eklidir.

¹³⁹ Tüm yıllara ait tablo için: Öner (n 80) 254-255.

¹⁴⁰ Ibid 244.

¹⁴¹ 1341 senesi Muvazene-i Umumiye Kanununun mevkii mer'iyete vazına kadar ifa olunacak hizmet hakkında kanun, Kanun Numarası: 565, Kabul Tarihi: 26.02.1925, RG 02.03.1925/86.

¹⁴² 1876 AY (md 99) düzenlemesi, tasarının Meclisin toplanmasından sonra, 1924 AY (md 95) ise mali yıl başlamadan üç ay önce sunulacağı şeklindedir. Mebusan Meclisi 1876 Anayasasına göre 1 Kasım'da toplanmakta, mali yıl ise 1 Şubat'ta başladığından, teorik olarak bütçe tasarısı Meclisin ilk günü sunulunca dört aylık bir görüşme süresi kalıyordu ki, bu teorik ihtimalin hiçbir zaman gerçeğe dönüşmediğini biliyoruz.

yılı bittikten sonra böyle bir durumla karşılaşılması, Genel Kurulda tepki doğurmuş ve konunun çözümü kesin hesap kanununa bırakılmak üzere tasarı reddedilmiştir.¹⁴³ Ancak yukarıda da belirtildiği üzere 1923 yılı kesin hesap kanunu gerçek bir denetime dayanmayacaktır. Genel olarak bakıldığında da, 1921 AY dönemi boyunca ordu harcamalarına ilişkin hesaplar sağlıklı bir biçimde alınmamıştır.¹⁴⁴

Son olarak bütçe kanunlarının 1924 Anayasasına giden süreçte olgunlaşan hükümet sistemi değişikliğine etkisine bakalım. Türkiye'yi parlamenter sisteme götüren yol, pek dikkat çekmese de bütçe sorunları ve bütçe kanunlarıyla açılmıştır. 1921 AY yürütme erkini düzenlerken padişaha ilişkin bir hüküm içermemiş, bakanların sorumluluğunun belirlenmesi sorununun çözülmesi özel bir kanuna bırakılmış (md 7), ancak böyle bir kanun çıkarılamamıştı. TBMM'nin yaptığı kanunları kendi seçtiği bakanlar eliyle kullanacağını belirtmesi (md 8) ise İstanbul hükümetini, sultanı ve ayan meclisini devre dışı bırakmakla beraber, bakanların kendi aralarında ve meclisle olan yetki paylaşımı ve buna bağlı sorumluluklarını içermemişti. Bu koşullar altında, bakanlar kurulunun parlamenter sisteme özgü bir kabine sistemine evrilmesini sağlayan, bir bütçe kanunu ve bir bütçe sorunu kaynaklı bir Meclis kararı oldu. Gerçekten, 1922 yılında çıkarılan Birinci Avans Kanunu md 8 ile Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları bütçelerine ait ödeme izinleri (ita emirleri) ile havalelerin bakanlar kurulu başkanı ile maliye bakanının müşterek imzası ile gerçekleştirilmesi düzenlenmiştir.¹⁴⁵ Böylece eşitler arası birinci konuma gelen kurul başkanlığı makamı, başbakanlık statüsüne yaklaşacaktır.

1923 yılının ikinci avans kanunu görüşmesinde ise Milli Savunma Bakanı Kazım Özalp, Meclisten bakanlar kurulunda görüşülmemiş bir ek ödenek talep edecektir. Maliye Bakanı Hasan Fehmi Ataç ise buna karşı çıkacak, Bütçe Komisyonu konu hakkında yaptığı oylamada ortadan ikiye bölünecek ve konu Genel Kurulda uzun uzun tartışıldıktan sonra tekrar Komisyona gönderilecektir.¹⁴⁶ Bakanlar kurulu başkanı Rauf Orbay, ertesi gün iki ayrı serzenişte bulunacaktır. Bunlardan biri, bütçedeki ek ödenek konusundan kendisinin haberinin dahi olmamasıdır. Diğeri ise aynı gün Din İşleri Bakanı (Vehbi Çelik) ile ilgili iddia ve taleplerin yine kendisine bildirilmeksizin gensoru yoluna gidilmiş olmasıdır.¹⁴⁷ Orbay'ın bu tavrı üzerine kabûl edilen kararla bakanlar kurulu başkanlığının, bakanlar kurulu ile TBMM arasında vasıta olmak ve bakanların istişare mercii olmak şeklinde iki ayrı görevi olduğu kabul edilecektir.¹⁴⁸

¹⁴³ ZC, D 2, İS 2, C 8, İ 44, 22.04.1924, 1044-1052.

¹⁴⁴ Hatta Maliye Bakanı Ataç, gizli celsede, askeri harcamaların bütçe esasına oturtulamadığı ve yolsuz şekilde yapılan harcamanın daha sonra bile bildirilmediğinden yakınacaktır: GCZ, D 1, C 1, İ 160, 16.02.1922, 791.

¹⁴⁵ Fatma Eda Çelik, '1922: Yeni Türkiyeyi Kuracak Zafer için Beşeri ve Mali Kaynakların Yönetimi,' iç Nuray Keskin (ed) *Açıklamalı Yönetim Zamanizini* 1919-1928, (AÜSBF Yay. 2012) 1012.

¹⁴⁶ ZC, D 1, İS 4, C 29, İ 23, 12.04.1923, 86-95.

¹⁴⁷ ZC, D 1, İS 4, C 29, İ 24, 14.04.1923, 124-127.

¹⁴⁸ Ibid, 129.

Bu değişikliğin, bakanlar kurulu başkanlığı görevini başbakanlığa, hükümet sistemini ise parlamentarizme yönelttiği açıktır.¹⁴⁹ Böylece bütçe kanunu ve bütçe uygulaması kaynaklı olaylar, erkler birliğinin ortadan kalkmasına yönelik sonuçlar doğuracak, 1924 AY bu konudaki yasal mevzuatı anayasal hükümlere dönüştürecekler. Bu açıdan bütçe yetkisi kullanımının etkilerinden biri hükümet sistemiyle ilgilidir ve 1921 AY döneminin büyük bir bölümüne hâkim olmuş meclis hükümeti sisteminin de sonunu getirmiştir.

III. Sonuç

Çalışmadaki araştırma sorularından ilki, 1921 AY döneminin mali hukuktaki kanunilik uygulamasına etkisinin ne olduğuydu. 1876 AY ile yasama organına verilen ancak genellikle kâğıt üzerinde kalan mali yükümlülük koyma yetkisine, bu dönemde TBMM tarafından radikal bir biçimde sahip çıkıldığı çok açık. Buradaki en keskin tepkinin Osmanlı hükümetinin izlediği iradei seniyye ve kararname formundaki mali işlemlere yöneldiği ve buna karşı milli egemenliğin göstergesi olarak mali hüküm koyarken kanun formunun tercih edildiği anlaşılıyor. Hiç şüphesiz kanunilik böyle şekli bir tercihten ibaret değil. Aynı zamanda Osmanlı egemenliği yerine TBMM'nin egemenliğini kurmak, *de facto* eylemleri hukuksal bir temele oturtmak işlevini de görüyor. İkinci olarak, gerek yürütmenin denetimi, gerekse yürütmenin kendisine yöneltilen talepleri reddederken kullandığı bir dayanak halini alıyor. Böylece kanunilik aslında tüm güç odakları için hukuksal sınırların ve yeni rejimin temelini oluşturuyor. Ayrıca ağnam resminin şeri hukuktan doğduğu göz önüne alındığında, 1921 AY döneminden itibaren verginin kanunla düzenleniyor olması iktidarın dünyevileşmesi açısından da bir anlam ifade ediyor.

İkinci soru olan, dönemin bütçe yetkisinin kullanımına etkisinde ise önümüze daha sıra dışı bir tablo çıkıyor. Her ne kadar İkinci Meşrutiyet döneminden miras kalan süresinde ve düzenli bir bütçe yapamama sorunu bu dönemde devam etse de, meclis hükümeti sisteminin bir yansıması olarak, TBMM bütçe yapımı yetkisini bakanlıklara yön veren bütçe ve kadro Komisyonları eliyle kullanıyor. Buna karşın özellikle bütçe ve kesin hesap kanunlarının çıkarılmasına ilişkin performansa bakıldığında TBMM'nin bir yasama organı olarak başarılı olmadığını görüyoruz. Bunun en önemli nedenlerinden biri disiplinli bir parti yapısının yokluğudur ki, daha sonra Halk Partisine dönüşecek Birinci Grubun kuruluşunun nedenlerinden biri de bu olsa gerekir. Harcamaların denetimi bağlamında ise Sayıştay'ın uzmanlık ve çalışmasından mahrum kalınarak sağlıklı bir kesin hesap kanunu çıkarılamıyor. Ancak öte yandan bir bakanın devleti zarara uğrattığı iddiasına karşılık kendi isteğiyle iddia edilen zararı ödeyeceğini beyan etmesiyle ilk kez bir hukuksal sorumluluk uygulaması hayata geçmiş oluyor. Aynı zamanda, siyasal sorumluluk örneği olarak da

¹⁴⁹ Tanör (n 1) 274.

birden çok kez, keyfi davranmak ya da Meclis iradesini dikkate almamakla sorumlu tutulan bakanların gensoru ile düşürüldüğü görülüyor. Keza 1921 yılı bütçesi, TBMM tarafından reddedilen ilk bütçe olma özelliğini taşıyor.

Böylece 1921 AY dönemi, önceki dönemde kâğıt üzerinde kalan anayasal mali kuralların uygulanmasıyla milli egemenlikle bağdaşmayan siyasal yapının kısmen tasfiye edildiği, hükümet sisteminin şekillenmesinde mali çatışmaların rol oynadığı, önceki dönemden devralınan mali hukuk sorunların ise kısmen 1924 AY dönemine bırakıldığı, olağanüstü bir ara dönem niteliği gösteriyor. 1921 Anayasası bu mali rejim değişikliğinde içerdiği sihirli formüllerle bu değişimi sağlayan bir metin değil. Nitekim Meclisin 1876 AY ile sahip olduğu mali yetkileri kullanabilir hale gelmesi hukuksal değil siyasal bir değişimin ürünü. Bu durumda, TBMM'nin 1921 AY ile vergi ya da bütçe kanunu yapar hale gelmediği; tersine, milli egemenlik siyaseti ile bu mali yetkilere sahip çıkması sayesinde 1921 Anayasasını da yapabildiği görülüyor.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akşin S, *İstanbul Hükümetleri ve Milli Mücadele I* (İş Bankası 1998)

Baykal B S, *Heyeti Temsiliye Kararları* (Türk Tarih Kurumu 2020).

Çelik F E, 1921: Savaş Yönetimi ve Yönetimin Merkezileşmesi, *Yönetim Zamandizini* (AÜSBF 2012)

Çelik F E, 1922: Yeni Türkiyeyi Kuracak Zafer için Beşeri ve Mali Kaynakların Yönetimi, *Yönetim Zamandizini* (AÜSBF Yay 2012)

Çoker F, *Türk Parlamento Tarihi- Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem C 1* (TBMM 1994)

Çoker F, *Türk Parlamento Tarihi- Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem C 3* (TBMM 1994)

Demirel A, *İlk Meclisin Vekilleri* (İletişim 2017)

Demirel A, *Birinci Mecliste Muhalefet* (İletişim 2003)

Duru, C Turan K ve Öngöçlü A, *Atatürk Dönemi Maliye Politikası* (Tisa 1982)

Güneş T, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (AÜSBF 1965)

Müdderrisoğlu A, *Milli Mücadelenin Mali Kaynakları* (Bilgi 2018)

Öner E, *Mali İdare* (Maliye Bakanlığı 2005)

Öner E, *Osmanlı Devleti 1912 Yılı Hazine Genel Hesabı ve Kesin Hesap Kanunu Tasarısı* (Maliye Bakanlığı 2009)

Özbudun E, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu 1992)

Sezgin Ö, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (İmge 2005)

Shaw S, *From Empire to Republic* 3, 1 (Türk Tarih Kurumu 2000)

Tanör B, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi 2017)

TBMM Albumü C I (TBMM 2010)

TBMM Zabıt Ceridesi

Düstur, 1, 2 ve 3. Tertipler

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi

Osmanlı Bütçeleri 1909-1918 (Maliye Bakanlığı 2000)

Kanunlar Dergisi

TBMM Gizli Celse Zabıtları

Atatürk'ün Tamim, Telgraf ve Beyannameleri (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu 1991)

Milli Mücadele Dönemi Bütçeleri ve Mali Mevzuat 1920-1923 (Maliye Bakanlığı 1994)

Türk İstiklal Harbi- VII İdari Faaliyetler, (Ankara: Genelkurmay Harp Tarihi Başkanlığı 1975)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.12.2021
Revizyon Talebi: 05.02.2022
Son Revizyon Tarihi: 17.06.2022
Kabul: 17.06.2022

Cezalandırılmayan Önceki Hareketler

Erkan Sarıtaş*

Öz

Ceza hukukunda kural, failin işlediği birden fazla fiilden her birinin, yaptırım açısından diğerlerinden ayrı olarak ele alınmasıdır. Bu çerçevede bir fiilin ceza yaptırımı ile karşılaşması, kural olarak, aynı fail tarafından daha önce veya daha sonra gerçekleştirilen başka bir fiilin meydana getireceği ceza sorumluluğunu etkilemez. Öte yandan bazı hallerde, aynı fail tarafından art arda icra edilen birden fazla fiilin arasında çok yakın bir ilişki söz konusu olabilmektedir ve bu ilişki, özellikle failin aynı bağlamda işlediği ve giderek ağırlaşan nitelikte fiillerle, aynı ya da birbirine yakın hukuki değerleri ihlal ettiği durumlarda daha da görünür hale gelmektedir. Bu gibi haller açısından doktrinde, normların görünüşte içtimali ilkeleri çerçevesinde ‘cezalandırılmayan önceki hareketler’ kurumu ortaya atılmıştır. Buna göre aynı fail tarafından birden fazla fiil icra edilmiş olsa dahi belli şartların gerçekleşmesi halinde, yalnızca sonraki fiili nedeniyle ceza yaptırımı tatbik edilecek olan faile, ayrıca bir de önceki fiili ya da fiilleri nedeniyle ceza verilmeyecektir. Nitekim bu kurum zamanla doktrinde yerleştiği gibi yüksek mahkeme kararlarında da sık sık bu kuruma atıf yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte bu kavramın hukuki niteliği ve buna bağlı olarak kapsamı doktrinde oldukça tartışmalı olduğu gibi hangi şartların gerçekleşmesi halinde cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilebileceği meselesi de yüksek mahkeme kararlarında tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu kapsamda, bu çalışmada doktrinde tartışmalar ve mahkeme içtihatları çerçevesinde, cezalandırılmayan önceki hareketler kavramının kapsamı, koşulları ve hukuki sonuçları ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Görünüşte içtimali, Tüketen-Tüketilen Norm İlkesi, Geçitli Suç, Hazırlık Hareketleri, Öncü Suç, Suçta İlerleme

Unpunishable Prior Acts

Abstract

The principle in criminal law is that each act an offender commits shall be treated separately with regard to sanctions. In this context, the punishment of an act as a rule does not affect the criminal liability arising from another action the same offender might have performed prior to or after that action. In some cases, however, a very close relationship exists among multiple acts the same offender has committed consecutively. This relationship becomes more visible when the offender in particular violates the same or similar legal values with acts that are committed in the same context and become more and more serious. In terms of such cases, the concept of unpunishable prior acts has been put forward in the legal doctrine within the framework of the principles of the ideal concurrence of offenses. Accordingly, even if multiple acts are found to have been committed by the same offender, the offender is punished only for the posterior act under certain conditions. This concept has settled into the legal doctrine over time and is seen to be frequently referred to in high court decisions. However, the legal nature and scope of this concept is quite controversial in the legal doctrine, and the specific conditions have also not been fully clarified in the high court’s decisions. This study discusses the scope, conditions, and legal consequences of the concept of unpunishable prior acts within the framework of the discussions with regard to legal doctrine and high court decisions.

Keywords

Ideal Concurrence of Offences, Principle of Consumption, Progressive Crime, Preparative Acts, Precursor Crime, Progression of Crime

* **Sorumlu Yazar:** Erkan Sarıtaş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: esaritas@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0003-4873-9317

Atrf: Saritas E, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler” (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 615. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0008>



Extended Summary

As a rule in criminal law, each act that constitutes a crime is punished independently. In this context, the punishment of an act as a rule does not affect the criminal liability arising from another action the same offender performed prior to or after that act. In some cases, however, a very close relationship exists between more than one action committed consecutively by the same offender. This relationship becomes more visible when the offender in particular violates the same or similar legal values with acts that are committed in the same context and that become more and more serious. In such cases, legal doctrine states that the offender should be punished only for their posterior act, and this has given rise to the concept of unpunishable prior acts. Which legal basis this concept is based on is a highly controversial issue. The conclusions from this discussion aim to determine the conditions and scope of this concept.

This study will approach the concept of unpunishable prior acts as well as its legal foundations, conditions, and consequences. In this context, the doctrine must first be said to consider this concept mostly within the scope of the principles of ideal concurrence of offenses (or improper joinder of offenses). However, under which principle of the ideal concurrence of offenses this concept should be addressed is controversial. While some authors have tried to explain the concept according to the principle of subsidiarity, others have attempted to explain it according to the principle of consumption. Some authors have also made a distinction and referred to both principles in terms of acceptable categories.

Despite multiple acts being found under the concept of unpunishable previous acts, each of which gives rise to a different crime, close links exist among them. This is because these acts are committed under the same context, against the same victim, and on the same subject while violating the same (or another closely related) legal value. Thus, although multiple acts are found, each of which constitutes a crime, these acts are the subject of a single normative-social valuelessness judgment due to the connections among them. Within the framework of this valuelessness judgment, the offender is punished only for the more severe posterior act, and as such, punishment for prior acts becomes unnecessary. For this reason, the norm violated by the posterior offense exhausts the previous one. In this respect and according to this study's opinion, unpunishable previous acts are based on the principle of consumption.

This legal basis also establishes the circumstances under which previous actions cannot be punished: First, more than one crime must have occurred. The concept of impunity for previous acts will not need to be applied for the occurrence of a single act or crime. In addition, previous and posterior actions must be against the same victim, committed on the same subject, and violate the same (or another closely related) legal value. In addition, the previous and subsequent actions must be processed in the same

context, and the posterior action must cause greater unjustness. Lastly, the posterior act must be punishable.

Crimes that meet these conditions can be classified under various categories. The first category involves the offender committing another crime in preparation for or as a precursor to the posterior crime before it is committed. The production or purchase of instruments to be used in the crime of counterfeiting money prior to the act of counterfeiting money can be given as an example of this (Turkish Penal Code [TPC] Arts. 197 & 200). The second category involves the offender first starting to commit a crime, whether intentionally or negligently, and then stopping it. However, within the framework of the offender's new purpose that emerges immediately afterward, this time they commit a more severe crime. The case where the offender first injures a victim, whether intentionally (TPC Art. 86) or negligently (TPC Art. 89), and then intentionally kills the victim (TPC Art. 81) can be given as an example of this. In the third and last category, the offender commits a negligent crime. However, immediately afterwards, the offender commits a more severe negligent crime against the same victim. The case where the offender first injures the victim negligently (TPC Art. 89) and then kills the victim negligently (TPC Art. 85) is an example of this.

In all these cases, the offender is punished only for their posterior act. The offender is not punished separately for their prior actions, and these prior actions are not taken into account while determining the penalty.

Cezalandırılmayan Önceki Hareketler

Giriş

Ceza hukukunda failin arka arkaya işlediği ve farklı suç tiplerini karşılayan her bir fiil, kural olarak diğerlerinden bağımsız şekilde ele alınır. Ancak Alman ve İtalyan doktrinlerinde, görünüşte içtima ilkeleri çerçevesinde, aynı hukuksal değer gittikçe ağırlaşan birden fazla fiille, birden fazla kez ihlal edildiği bazı hallerde faile yalnızca sonraki fiili nedeniyle ceza verilmesi ve fakat önceki fiili nedeniyle ayrıca ceza verilmemesi gerektiği dile getirilmiştir. Genel olarak *cezalandırılmayan önceki hareketler* başlığı altında ele alınan bu kurumun hangi hukuki temele dayandırılacağı ve buna göre de kapsamının ne olması gerektiği meseleleri ise oldukça tartışmalıdır.

Buna karşılık bu kurum ülkemiz doktrininde son derece az çalışmaya konu olmuş, yine bu kurum çerçevesinde tartışma konusu yapılabilecek örnekler, genel yahut özel mahiyetteki eserlerde genellikle inceleme konusu yapılmamıştır. Oysa pek çok somut mesele açısından tartışmanın odağında olması nedeniyle Yargıtay, birçok kararında doğrudan ya da dolaylı olarak bu kuruma atıf yapmış ya da açıkça zikretme de bu kurumun öngördüğü sonuçları çeşitli hukuki sorunların çözümüne tatbik etmiştir. Bununla birlikte, bu kararların büyük çoğunluğunda da bu kurumun kapsam ve koşulları açısından, tüm olaylar yönünden tatbik edilebilir mahiyette ilkelerden yola çıkıldığını, dolayısıyla da tümüyle doğru neticelere varıldığını söylemek olanaklı değildir.

Bu açıdan cezalandırılmayan önceki hareketler kavramının koşullarının ve kapsamının, benzer kavramlardan farklarının ve hukuki sonuçlarının incelenmesinin, gerek doktrin gerekse de uygulama açısından faydalı olacağı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, aşağıda evvela kavram ve hukuki nitelik meselesi incelenecek, devamında cezalandırılmayan önceki hareketlerin koşulları ve kapsamı ele alınacak, benzer kavramlardan farkları ile suça teşebbüs ve suça iştirak hükümlerinin uygulanması açısından gösterdiği özelliklere değinilecek, son olarak ise ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından sonuçlarına yer verilecektir.

I. Kavram ve Hukuki Nitelik

A. Kavram

Ceza hukukunda kural olarak suç oluşturan her bir fiil bağımsız olarak cezalandırılır¹. Bu çerçevede bir fiilin ceza yaptırımı ile karşılanması, kural olarak, aynı fail tarafından daha önce veya daha sonra gerçekleştirilen başka bir fiilin doğuracağı ceza sorumluluğunu etkilemez². Buna karşılık bazı hallerde failin, belirli zaman aralıkları ile işlediği birden fazla fiilden yalnızca sonraki cezalandırılır, önceki fiil nedeniyle faile ayrıca ceza verilmez³. Bu gibi hallerde önceki fiili konu edinen norm diğerinin arkasına çekilmekte ve artık uygulanmamakta, haliyle önceki fiil ayrıca cezalandırılmamaktadır⁴. Örneğin fail, yaralayarak bıraktığı mağdurun hakaret etmesi üzerine dönüp onu öldürürse, her ne kadar ilki kasten yaralama suçunu (TCK m 86), ikincisi kasten öldürme suçunu (TCK m 81) teşkil eden iki farklı fiil söz konusu olsa da yalnızca sonraki fiili nedeniyle kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır⁵. Keza anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak değiştirmeyi isteyen bir grup kişi bir araya gelerek anlaşır ve bilahare anlaşmalarını icraya koymaya girişirlerse, ilki suç için anlaşma (TCK m 316), ikincisi anayasayı ihlal (TCK m 309) suçları kapsamında iki farklı fiil söz konusu olsa da failer bunlardan yalnızca ikincisi nedeniyle sorumlu tutulacak ve ayrıca TCK m 316 gereğince cezalandırılmayacaklardır⁶.

Yukarıda verdiğimiz örneklerde fail, birden fazla fiili ile aynı konu üzerinde, aynı mağdura ait, aynı ya da yakın hukuksal değerleri ihlal etmekte, ancak aynı

¹ Arturo Santoro, *Manuale di diritto penale I* (UTET 1958) 537; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (3. Edz, CEDAM 1956) 410-411; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffrè 2003) 516; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale* (5. Edz, G Priulla 1962) 506; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2011) 465; Roberto v Hippel *Manuale di diritto penale (Lehrbuch des Strafrechts)* traduzione Italiana di Roberto Vozi, prefazione di Arturo Rocco (Casa Edit 1936) 242; Tullio Padovani, *Diritto penale* (4. Edz, Giuffrè 1998) 484; Bartolomeo Romano, *Diritto penale, Parte generale* (4. Edz, Giuffrè 2020) 439; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia e Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Il Mulino 2007) 763; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Çeviren: Yener Ünver vd (Adalet 2014 ve 2015) II 403; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020) 610; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Aşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018) 723.

² Giuliano Vassalli, 'Progressione criminosa e reato progressivo', *Enciclopedia del diritto, Vol XXXVI*, 1150-1164 (Giuffrè 1987) 1151.

³ Silvio Ranieri, *Reato progressivo e progressione criminosa* (Giuffrè 1942) 59 vd; Vincenzo Cavallo, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'oggetto del diritto penale* (E Jovene 1955) 796; v Hippel (n 1) 253; Bettiol (n 1) 519; Heinrich (n 1) II 428; Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (9. Edz, Giuffrè 2020) 594; Luigi Delpino e Rocco Pezzano, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (30. Edz, Simone 2020) 346-347; Luca Della Ragione, *Il concorso apparente di norme tra teoria e prassi, Tesi di dottorato* (Università Degli Studi di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza 2012) 184.

⁴ Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, Parte generale* (Zanichelli 1990) 391; Kayhan İçel, *Suçların İçtimalı* (Sermet Matbaası 1972) 218 vd; Heinrich (n 1) II 428; Padovani (n 1) 411; Vassalli (n 2) 1151-1152; Della Ragione (n 3) 191.

⁵ Bettiol (n 1) 519; Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale* (5. Edz, Giuffrè 1996) 205; Marco Pelissero, 'Concorso apparente di norme', *Manuale di diritto penale, Parte generale*, di CF Grosso, M Pelissero, D Petri, P Pisa (3. Edz, Giuffrè 2020) 614; Fabrizio Ramacci e Roberto Guerrini, *Corso di diritto penale* (5. Edz, G Giappichelli 2013) 468; Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2018) 518-519; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594; İçel (n 4) 220; Della Ragione (n 3) 192.

⁶ Luigi Delpino e Rocco Pezzano, *Manuale di diritto penale, Parte speciale* (23. Edz, Simone 2016) 63.

bağlam içinde icra edilen bu fiillerin meydana getirdiği haksızlık, niteliksel ve/veya niceliksel olarak gittikçe ağırlaşmaktadır. İşte bu gibi hallerde esasen her biri kanuni tipi karşılayan ve hukuka aykırı mahiyette birden fazla fiil söz konusu ise de sonraki fiil nedeniyle cezalandırılan fail, normlar ve fiiller arasındaki ilişki nedeniyle artık bir kez de önceki fiil nedeniyle cezalandırılmayacaktır⁷. Bu çerçevede, aynı bağlam içinde işlenen ve her biri farklı suç tiplerini karşılayan birden fazla fiil söz konusu olsa da konu, mağdur ve hukuksal değerlerin ihlali bağlantıları nedeniyle, failin yalnızca sonraki fiilden dolayı cezalandırıldığı hallerde *cezalandırılmayan önceki hareketlerden* söz edilecektir⁸.

⁷ Antonio Pagliaro, 'Concorso di norme', *Enciclopedia del diritto*, Vol VIII, 545-554 (Giuffrè 1961) 552; Pagliaro (n 5) 204-205; Ranieri (n 1) 427 vd; Ranieri (n 3) 16 vd, 59 vd; Bettiol (n 1) 519; Padovani (n 1) 411; Cavallo (n 3) 796; v Hippel (n 1) 253-254; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; Romano (n 1) 418; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594; Vassalli (n 2) 1151-1152; Giuliano Vassalli, 'Antefatto non punibile postfatto non punibile', *Enciclopedia del diritto*, Vol II, 505-519 (Giuffrè 1958) 506; Delpino e Pezzano (n 3) 346-347; İçel (n 4) 218 vd; Heinrich (n 1) II 427; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çeviren: Salih Oktar (2. Bası, Yetkin 2021) 350.

⁸ Bununla birlikte kavramlaştırma meselesi oldukça tartışmalıdır. Özellikle İtalyan doktrininde, bizim *cezalandırılmayan önceki hareketler* şeklinde tek bir başlıkta ele aldığımız örnekler, çeşitli ayrımlarla, farklı farklı başlıklarda ele alınmış ve bunların birbirlerinden farklı kavramlara tekabül ettiği ileri sürülmüştür. Bu çerçevede *Ranieri*, klasik İtalyan doktrininde kabul edilen *suçta ilerleme (=progressione criminosa)* kavramını sistematikleştirmiş ve sınırlarını belirlemiş, bizim cezalandırılmayan önceki hareketler olarak ele aldığımız meseleyi de kısmen bu başlık altında incelemiştir. *Yazara* göre fail suç yolunda ilerlerken bir fiili ile bir normu ihlal ettikten sonra, o fiille bağlı bir anlam taşıyan daha ağır nitelikte bir başka fiil gerçekleştirilerek, aynı hukuksal değeri bir kez daha ihlal eder yahut basamak özelliği gösteren diğer bir hukuksal değeri ihlal ederse *suçta ilerleme* söz konusu olur. *Bkz* Ranieri (n 3) 59; Ranieri (n 1) 427. Örneğin kasten yaraladığı mağduru, hemen sonrasında bu sefer öldüren failin durumu bu kapsamda telakki edilmektedir. *Yazara* göre bu kavram, bu yönüyle *mütekerrir (geçitli) suçtan (=reato progressivo)* ayrılır. Zira bu ikincisinde başlangıçta beri ağır neticeye yönelmiş "tek bir hareket" söz konusu iken suçta ilerleme birden fazla farklı hareket söz konusudur. *Bkz* Ranieri (n 3) 59; Ranieri (n 1) 430. Diğer taraftan yazar aslında, *cezalandırılmayan önceki fiiller (=antefatto non punibile)* kavramını da kullanmakta ancak bu kavrama daha dar bir anlam vererek az önce izah ettiğimiz *suçta ilerlemeyen* ayrılmaktadır. *Yazar*, bu kavramı çoğunlukla *bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri* ve kısmen de bazı normların ihlali açısından *öncül suç* olarak nitelenebilecek diğer bazı hallerle sınırlı olarak ele almaktadır ki yukarıda verdiğimiz TCK m 309 ila 316 ilişkisi de bu kavrama yönelik tarife uymaktadır. *Yazara* göre cezalandırılmayan önceki hareketlerde failin kastı başlangıçtan itibaren birden fazla fiili sırasıyla işlemekken, suçta ilerlemede böyle bir amaç özelliği yoktur. *Bkz* Ranieri (n 3) 91; Ranieri (n 1) 429. Ancak yazar, her iki kavramın birbirine çok yakın olduğunu ve aynı hukuksal değerini gittikçe ağırlaşan şekilde ihlalini tarif ettiklerini de belirtmektedir. *Bkz* Ranieri (n 3) 90. Nitekim yazar, bilahare *sonradan icra edilen kasıtlı veya taksirli fiilden önceki cezalandırılmayan hareketleri*, "*dar anlamda suçta ilerleme*" olarak nitelemiş ve bunları, *geçit suçları*, *cezalandırılmayan önceki hareketler* ve *cezalandırılmayan sonraki hareketler* ile birlikte *geniş anlamda suçta ilerlemenin* bir parçası olarak kabul etmiştir. *Bkz* Ranieri (n 1) 421 vd. *Suçta ilerleme* ile *cezalandırılmayan önceki hareket* kavramları arasındaki bu ayrım zamanla yerleşmiştir ve bugün de doktrinde çoğunlukla kullanılmaktadır *bkz* Cavallo (n 3) 806-807; Padovani (n 1) 511; Mantovani (n 1) 492, dipnot 133; Ferrando Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale* (N Zanichelli 1966) 299 vd, 314 vd, 342 vd; Giuseppe Santaniello e Luigi Maruotti, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Giuffrè 1990) 570 vd; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; Romano (n 1) 418; Delpino e Pezzano (n 3) 346-347; Della Ragione e Guarni (n 3) 193. Ancak böyle bir ayrımı gereksiz gören pek çok yazar da bulunmaktadır. Örneğin *suçta ilerleme* kavramını cezalandırılmayan önceki hareketlerden ayrı olarak ele alsada *Pagliaro*, gerçekte bu tip bir ayrımı ihtiyaç olmadığını belirtmektedir *bkz* Pagliaro (n 7) 551; Pagliaro (n 5) 204-205. *Pelissero* ise suçta ilerlemeye örnek olarak gösterilen hallerin (örneğin mağduru öldürülmesinden önce yaralanması) cezalandırılmayan önceki hareket olarak nitelenmesinin de mümkün olduğunu belirtmektedir *bkz* Pelissero (n 5) 614. *Marinucci, Dolcini e Gatta* ise bu hallerin tümünü müştereken *cezalandırılmayan önceki hareketler* başlığı altında ele almaktadır *bkz* Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 592 vd. Almanya'da ise failin, kanunun suç saydığı bir fiili işledikten hemen sonra, onunla aynı bağlam içinde ve aynı hukuksal değeri ihlal eden daha ağır bir diğer fiili işlemesi, bir bütün olarak *cezalandırılmayan önceki fiiller (straßlose Vortat)* veya *birlikte cezalandırılan önceki fiiller (mitbestrafte Vortat)* şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla Alman doktrininde kabul ettiği bu terimler, İtalyan doktrininde *Ranieri* ve takipçilerince kabul edilen *suçta ilerleme* ve *cezalandırılmayan önceki hareketler* kavramlarının ifade ettiği halleri birlikte karşılamaktadır. *Bkz* Gabriele Fornasari, *I principi del diritto penale Tedesco* (CEDAM 1993) 481, dipnot 50; Mantovani (n 8) 313-314; Vassalli (n 8) 506; Heinrich (n 1) II 427; Enrico Pezzi, *Il ne bis in idem sostanziale nella convergenza di fattispecie incriminatrici, Tesi di dottorato* (Università Degli Studi di Trento Facoltà di Giurisprudenza, Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei 2019) 281, dipnot 135; Flavia Accardo, *Unità e pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato, Tesi di dottorato* (Università Degli Studi di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza Corso di Dottorato in Sistema Penale Integrato e Processo 2017) 60-61. Bize göre failin, başlangıçtan itibaren bir suç işlemeyi amaçlamakta iken evvela onun hazırlığı veya öncüsü mahiyetindeki bir başka suçu işlemesi ile bir suç işledikten sonra aynı bağlam içinde bir başka suçu daha işleminin birbirinden farklı durumları ifade ettiği şüphesizdir (Romano [n 1] 422; Vassalli [n 8] 512). Ancak dikkat edilirse her iki ihtimal mantıksal olarak birbirine çok yakındır. Nitekim *Ranieri* de her iki kavramın birbirine çok yakın olduğunu ve aynı hukuksal değeri ihlal eden ve gittikçe ağırlaşan haksızlık tiplerini tarif ettiklerini belirtmektedir *bkz* Ranieri (n 3) 90. Ayrıca aşağıda ifade edeceğimiz üzere bizzat bunların her ikisi de aynı hukuki temele dayanmaktadır. Bu nedenle bize göre, aynı mağdura karşı, aynı konu üzerinde ve aynı bağlam içinde icra edilen, aynı ya da yakın mahiyette hukuksal değer ihlaline sebebiyet veren ve gittikçe ağırlaşan birden fazla fiilden yalnızca sonrakilerin cezalandırıldığı tüm halleri -Alman doktrininde olduğu gibi- *cezalandırılmayan önceki hareketler* başlığı altında ele almak, bunlar için müşterek koşullar ve hukuki sonuçlar belirlemek ve bilahare de bu kapsama giren tüm halleri -İtalyan doktrininde benimsendiği gibi- gösterdikleri özellikleri nazara alarak gruplandırarak suretiyle incelemek daha doğru olacaktır.

Kısaca bu şekilde tanımlayabileceğimiz *cezalandırılmayan önceki hareketlerin* hangi hukuki temele dayandığı ve bu halde failin neden yalnızca sonraki hareketi nedeniyle cezalandırılması gerektiği hususu ise çözülmeyi bekleyen çetrefilli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu meselenin çözümü, cezalandırılmayan önceki hareketlerin koşullarını ve kapsamını belirleme imkânını sağlayacak olması açısından son derece önemlidir.

B. Hukuki Niteliği

Yukarıda belirttiğimiz genel tarif çerçevesinde *cezalandırılmayan önceki hareketler* kurumu –farklı isimler ve farklı sınıflandırmalar şeklinde olsa da- bugün için doktrinde çoğunlukla kabul edilmekte⁹ ve ağırlıklı olarak *normların görünüşte*

⁹ Ancak belirtelim ki bu kurumu kabul etmeyen ve bu halde *gerçek içtima* hükümlerinin uygulanması gerektiğini öne süren yazarlar da bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, İt CK m 15’de açıkça düzenlenen *özel norm-genel norm ilişkisi* ve m 84’de ele alınan *bileşik suç* dışında, görünüşte içtima ilkelerinin normatif bir temelden yoksun olduğunu ileri sürmektedirler. Nitekim *Caraccioli*, cezalandırılmayan önceki hareketler açısından gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini, zira bu kurumlara dair ileri sürülen ilkelerin hiçbir kanuni dayanağı olmadığını belirtmektedir. *Yazara göre*, kanun görünüşte içtima meselesi açısından yalnızca *özel norm-genel norm ilişkisini* ve *bileşik suç* kabul etmiş ve yalnızca bu kurumlara dair ileri sürülen normatif olarak bir sonuca bağlamıştır. Birden fazla failin söz konusu olduğu hallerde ise bu kurumlara uygulanamayacağı açıktır. Cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketlerde de fail çokluğu söz konusudur ve bu halde özel norm-genel norm yönünden görünüşte içtimayı düzenleyen İt CK m 15’e ya da bileşik suç düzenleyen m 84’e başvurulması olanaklıdır. Bu ihtimalde failin önceki faili nedeniyle ayrıca cezalandırılmaması gerekliliği ortaya koyan herhangi bir norm da söz konusu değildir. Öyleyse bu halde fail hem önceki hem de sonraki faileri nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılmaldır *bkz* Ivo Caraccioli, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (CEDAM 1998) 553-554. *Conti* de benzer bir görüşü dile getirmiş ve esasen asli-tali norm ilişkisinin zımnı olduğu haller ile tüketen-tüketilen norm ilişkisinde olduğu gibi –isterse bunların kapsamında isterse de ayrı değerlendirilsin- cezalandırılmayan önceki hareketler açısından da normatif bir temel bulmanın mümkün olmadığını ileri sürmüştür. *Yazara göre* bu kurum esasen, kanunun orantısız yaptırım sisteminin hafifletilmesi için kayda değerse de yine de yasal bir dayanak bulma noktasında taraftarlarını hüsrana uğratmaktadır *bkz* Luigi Conti, ‘Concorso apparente di norme’, *Novissimo digesto Italiano, Vol III, 1007-1017*, diretto da A Azara e E Eulo (UTET 1957) 1017. Bizce bu görüşlerin kabulü olanaklı değildir. Zira *görünüşte içtima* ya da daha doğru bir ifade ile *normların içtiması*, zaten normlar arasındaki ilişkilerden çıkarılan soyut ilkeleri ihtiva etmektedir (Pagliaro [n 7] 545 vd) ve normal olan da zaten bunların yanında ayrıca öngörülmemeleridir. Nitekim *Bettiol*’un oldukça isabetli olarak belirttiği üzere, “normların içtiması sorununun çözümü, kanun koyucunun bahsedeceği açık bir formüle değil, iki veya daha fazla norm arasında kurulan mantıksal veya değerlendirci ilişkiye bağlıdır. Bunun da temelinde yorumcunun, ele alınan olgu açısından belirli bir normun, diğerinin yerine uygulanması gerektiğine dair mantıksal faaliyeti yatar” Bettiol (n 1) 516. Tam olarak bu nedenle ki İtalyan Ceza Kanunu’nda sadece özel-genel norm ilişkisine (m 15) yer verilmesi ve bileşik suçun da ayrıca öngörülmesi (m 84) nedeniyle sadece bu iki kurumun kabulü ve diğer ilkelerin reddedilmesi şeklinde bir öneri, örneğin Türk hukuku açısından düşünün çikilmez bir duruma sebebiyet verecektir. Zira bizim kanunumuzda, İt CK m 15 benzeri, özel-genel norm ilişkisini düzenleyen somut bir norm söz konusu değildir. Dolayısıyla kanunî bir temel olmaması nedeniyle görünüşte içtima ilkelerini reddedeceksek, bizde *bileşik suç* hariç diğer tüm durumlarda suçların içtiması (*gerçek içtima* ve *fikri içtima*) normlarına başvuramazdık. Böyle bir kabulde bulunulması halinde ise örneğin *özel norm-genel norm ilişkisinin* söz konusu olduğu durumlarda fikri içtima normuna başvurulacak ve hangi suçun cezası daha ağırsa o tatbik edilecektir. Oysa özel normların, genel normlara göre daha az bir cezayı ihtiva etmeleri de mümkündür ve bu olasılıkta özel normun hiçbir zaman uygulanma kabiliyeti olmaması gibi garip bir neticeye varmamız kaçınılmaz olacaktır (*bkz* Pagliaro [n 7] 548). Yine tam olarak bu nedenle *Bettiol*, özel-genel norm yönünden görünüşte içtima ilkesi açısından da “Kanun 15. maddede düzenlese de aslında bu ilke, herhangi bir kanunî tanımdan bağımsız olarak tanınması ve kabul edilmesi gereken mantıksal bir ilkedir” demektedir (Bettiol [n 1] 516). Keza böyle bir kabul, örneğin farklı suçta iştirak şekilleri arasındaki aslilik/talilik ilişkisinin de inkârı anlamına gelecek ve işi büsbütün içinden çıkılmaz hale getirecektir. Kaldı ki yine bu görüşün kabulü halinde failin, devam eden birkaç bıçak darbesi ile mağduru öldürmesi halinde tek ceza verileceksen, evvela yaraladığı mağduru hemen akabinde oluşan yeni kastı çerçevesinde bu sefer öldürmesi halinde her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmek durumunda kalınacaktır ki bunun adaletsiz bir sonuca sebebiyet vereceği de açıktır. Bu nedenle yine bu gibi hallerde *görünüşte içtima* ilkelerinin tatbikini kabul etmeyen bazı yazarlar, bu tip sonuçlardan kaçınmak adına farklı çözümlere başvurmak durumunda kalmışlardır. Örneğin *Nuvolone*, kasten yaralama ile kasten öldürme arasındaki cezalandırılmayan önceki hareket neticesine, “üzerinde uzlaşma sağlanamayan ilkelere” başvurmak yerine, doğrudan normatif sistemin rasyonel mantığına dayanarak da varılabileceğini iddia etmektedir. *Yazara göre* burada, daha basit bir ihlal olarak yaralama, zaten daha ağır ihlal olan öldürmenin içinde zımnen yer alır. Dolayısıyla daha ağıra giden bir süreçte fail, zaten bu ağır ihlal nedeniyle cezalandırılmakta ise artık daha hafif bir ihlalden dolayı ayrıca cezalandırılmamasının mantıksal ve hukuki bir sebebi söz konusu olmayacaktır *bkz* Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale* (2. Ed, CEDAM 1982) 392. Keza, bu gibi durumlarda görünüşte içtimaya atf yapılması için normatif bir temel olmadığını ileri süren *Mantovani* de, *ne kadar suç o kadar ceza* ilkesi ve bu ilkeye dayanan normatif mantık karşısında, cezalandırılmayan önceki hareketler açısından bir dayanak bulmanın zor olduğunu ve bu nedenle de tüketim ilkesi çerçevesinde yapılan hukuki temellendirmenin oldukça kırılğan bir yapıda olduğunu belirtmektedir. *Bkz* Mantovani (n 8) 318; Mantovani (n 1) 491; farklı gerekçelerle benzer mahiyette Santaniello e Maruotti (n 8) 574. *Mantovani*’ye göre birden fazla failin söz konusu olması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesinin de uygulanabilir olmadığı (Mantovani [n 1] 491; benzer mahiyette Pezzi [n 8] 283) bu gibi durumlara verilen örnekler açısından, aslında söz konusu olan bir yorum sorunudur ve bu kavramlarla ilişkin verilen pek çok normatif örnekte aynı sonuca “somut olarak normlar arasındaki ilişkinin yorumu” yoluyla da ulaşılabilir. *Bkz* Mantovani (n 8) 318 vd, 588-589; Mantovani (n 1) 491-492. Benzer mahiyette *bkz* Santaniello e Maruotti (n 8) 574-576; Pezzi (n 8) 284. Esasen bu görüşteki yazarlar, cezalandırılmayan önceki hareketleri ilke olarak reddetmekte, ancak görünüşte içtima sadece İt CK m 15 ile sınırlı olarak kabul ettiklerinden ya da *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde farklı çözümler önerdiklerinden, genel ilkeler belirlemek yerine, her bir somut olay nazarında mantıksal yorum ya da (fail teklifinin kabulü çerçevesinde fikri içtima

içtimaı ya da kısaca *görünüşte içtima* kapsamına değerlendirilmektedir¹⁰. Ancak bu kurumun hangi *görünüşte içtima* ilkesiyle ve ne surette açıklanacağı meseleleri oldukça tartışmalıdır.

Bu konudaki ilk görüşe göre cezalandırılmayan önceki hareketlerde ardı ardına ihlal edilen normlar arasında *asli-tali norm ilişkisi* söz konusudur¹¹. Bu ilişki gereğince eğer kanun koyucu bazı normları (= *tali normlar*), yalnızca diğer normların (= *asli normlar*) uygulanmadığı hallerle sınırlı olarak uygulanma düşüncesi ile ihdas etmişse, asli normların uygulanma kabiliyetinin olduğu hallerde artık tali normların uygulanabilirliği tamamen *görünüşte* olacaktır¹². Öyle ki kanun koyucu, ön planda asli normların ihlali olasılığını hesaba katmış ve normatif bir boşluğa sebebiyet vermemek ve bu suretle hukuksal değerleri daha etkin bir şekilde korumak amacıyla yardımcı normların ihdas etmiştir¹³. Dolayısıyla bu gibi hallerde ihlal edilen birden fazla norm söz konusu ise de bunlardan bir kısmının uygulanma kabiliyeti, normlar arasındaki ilişki nedeniyle gerçek değil yalnızca *görünüştendir*¹⁴. İşte *cezalandırılmayan önceki*

hükümlerinin uygulanması gibi) fail lehine kıyas yoluyla meselenin çözülebileceğini belirtmektedirler. Oysa zaten *görünüşte içtima* ilkeleri de kapsamlarına giren tüm somut olaylara uygulanma kabiliyetine sahip ilkeler olup genel bir ilkenin belirlenerek her bir somut olaya uygulanması ile bunların vardığı sonuçlara, tek tek her bir somut olayda mantık yoluyla ayrı ayrı varılmasının pratik bir farkı yoktur. Aksine bu hususta genel ilkelere varılması, her bir somut olayda subjektif yorumlardan kaynaklı uygulama farklılıkları ve bu nedenle düşülmesi muhtemel çelişkileri de ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla iki norm arasında somut ve özel bir ilişki kurulması ile yetinilmesi yerine, kapsamına giren tüm normlar arasında uygulanma kabiliyetine sahip soyut ilkelerin genel ve teorik olarak tanımlanmasının, ceza hukuku biliminin amaçlarına daha çok hizmet edeceği şüphesizdir *bkz* Pagliaro (n 7) 545-546. Bu ilkelere nihayetinde yine "normlar" arasında sistematik ilişkiden yola çıkılarak kanun koyucunun iradesi ortaya konulmakta olduğundan, bunun mutlaka kanun koyucu tarafından genel mahiyette bir normda, somut olarak tanımlanmasına ihtiyaç olmadığı da açıktır. Aynı yönde *bkz* Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13 Baskı, Seçkin 2020) 554. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında bu hususu oldukça net bir şekilde dile getirmiştir: "*Görünüşte içtima* kanunda düzenlenmemiştir, ancak ceza normlarının birbirleriyle olan ilişkisi ve bunların yorumundan aynı fiille ilgili görülen çeşitli normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna varmak mümkün olduğundan, kanun koyucunun *görünüşte içtima* şekillerine yer vermesi gerekmemektedir" (YCGK, 492/594, 10/10/2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 7/1/2021).

¹⁰ *Bkz* Bettiol (n 1) 518-519; Pagliaro (n 7) 552; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Vassalli (n 2) 1151-1152; Vassalli (n 7) 508; Padovani (n 1) 411; İçel (n 4) 218 vd; Delpino e Pezzano (n 3) 346-347; Romano (n 1) 418; Della Ragione (n 3) 191. *Bkz* ve *kry* Ranieri (n 3) 96; Ranieri (n 1) 88; Cavallo (n 3) 807-808. Alman doktrini de konuyu çok büyük oranda normların *görünüşte içtima* kapsamında telakki ediyor gözükmektedir. Ancak yine Alman doktrininde cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketleri ayrı bir başlıkta inceleme yönünde bir eğilim de söz konusudur. *Bkz* Hilgendorf ve Valerius (n 7) 350; Heinrich (n 1) II 428; Fornasari (n 8) 481; Conti (n 9) 1010. Ayrıca *bkz* İçel (n 4) 179 vd ve 218, dipnot 200 vd' da yapılan atıflar. Nitekim *yazar*, Alman doktrininde önceleri *görünüşte içtima*nın tümüyle fiil teklifi içinde incelendiğini, bilahare bazı eserlerde bu konudaki ilkelerin cezalandırılmayan önceki ve sonraki fiiller için de uygulanabileceğinin belirtildiğini ifade etmektedir. *Bkz* İçel (n 4) 168, dipnot 5 ve 6'daki atıflar. İtalyan doktrininde benzer şekilde *görünüşte içtima* fiil teklifi hallerine hasreden ve cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketleri ayrı bir başlıkta ele alan *bkz* Cadoppi e Veneziani (n 5) 518-519. Bu kurumları, *görünüşte içtima* ilkelerinin yanında, "birden fazla fiil açısından *görünüşte içtima*" başlığı altında ayrıca ele alan görüş için *bkz* Pelissero (n 5) 613-614; benzer şekilde *bkz* Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 580. Yine buna paralel olarak Türk doktrininde *görünüşte içtima*nın fiil teklifi esasına dayandığı, birden fazla fiilin bulunduğu durumlarda *görünüşte içtima*dan söz edilemeyeceği yönünde *bkz* Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtimaı)* (Adalet 2013) 132-133. Buna karşılık *görünüşte içtima*nın kural olarak hareket teklifi halinde söz konusu olacağı ancak istisnai olarak hareket çokluğu hallerinde de *görünüşte içtima*dan bahsedilebileceği yönünde *bkz* Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7 Baskı, Adalet 2020) 869.

¹¹ Bu görüşün 20. yüzyılın ilk yarısında Alman doktrininde hâkim olduğu anlaşılmaktadır *bkz* Fornasari (n 8) 481, dipnot 50, paragraf 1'de belirtilen yazarlar ve ayrıca *bkz* v Hippel (n 1) 247 (ancak zaten *yazar tüketen-tüketilen norm ilişkisini* bir *görünüşte içtima* hali olarak kabul etmemektedir); Heinrich (n 1) II 428 dipnot 1291. İtalyan doktrininde ise bu görüş azınlıktadır; *bkz* aşağıda dipnot 15. Türk doktrininde de suçların *içtimaı* konusunda çıkarılan doçentlik çalışmasında İçel bu görüşü savunmuş ve yakın zamana kadar da bu görüş büyük oranda kabul edilmiştir *bkz* İçel (n 4) 219; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III* (Beta 1992) 485; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Hukuk Akademisi 2020) 829.

¹² Mantovani (n 1) 475; Ranieri (n 1) 85; Bettiol (n 1) 518; Fiandaca e Musco (n 4) 387-388; Fornasari (n 8) 480; İçel (n 4) 175, 209; Della Ragione (n 3) 158-159; Accardo (n 8) 51-52.

¹³ *Bkz* ve *kry* Padovani (n 1) 484; Fiandaca e Musco (n 4) 388; Cadoppi e Veneziani (n 5) 515; Pezzi (n 8) 41.

¹⁴ Ranieri (n 1) 85; Bettiol (n 1) 518; Padovani (n 1) 484; İçel (n 4) 175; Fornasari (n 8) 480; Fiandaca e Musco (n 4) 388;

hareketlerde de bu tip bir ilişki söz konusudur¹⁵. Fail, ardi ardına işlediği hareketlerle birden fazla normu ihlal etse de aslında önceki norm, sonrakine göre *yardımcı* nitelik taşıdığından, faile yalnızca sonraki hareketi nedeniyle ceza verilir¹⁶. Ancak burada yardımcılık niteliği sarih değildir¹⁷. Bu nedenle, çeşitli normlar arasındaki -zorunluluk veya taksirin kasta göre istisnai olması gibi- mantuksal ikincillik ilişkilerine atıf yapan yazarlar, cezalandırılmayan önceki hareketlerde *zımni bir asli-tali norm* ilişkisinden söz edilmesi gerektiğini dile getirmektedirler. Örneğin failin, önce kasten yaralama, sonra kasten öldürme fiillerini gerçekleştirdiği hallerde ikincinin, zorunlu olarak birinciyi de kapsamaması nedeniyle, önce taksirle yaraladığı mağduru bu halde bırakarak ihmal suretiyle ölümüne sebebiyet verdiği durumlarda ise taksirin kasta göre istisnai bir mahiyet arz etmesi nedeniyle yalnızca sonraki fiili çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁸.

Bu husustaki diğer bir görüşe göre ise bu konuda bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre failin bir suçu işledikten sonra onunla bağlantılı ve farklı bir kastla yeni bir suç işlemesi olasılığı *suçta ilerleme* (= *progressione criminosa*)¹⁹ kapsamında değerlendirilmelidir ve bu halde bir *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* mevcuttur²⁰. Nitekim, failin sırasıyla icra ettiği tipik haksızlıklardan ilki, diğerine göre niteliksel veya niceliksel olarak daha hafif olduğundan ikinci normun ihlali ile birlikte ilk norm geri çekilmek durumunda

Cadoppi e Veneziani (n 5) 515; Della Ragione (n 3) 164.

¹⁵ *Bkz* Santoro (n 1) 142-143; Padovani (n 1) 511; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 593; İçel (n 4) 219; Önder (n 11) 485; Dülger (n 11) 829. Yalnızca *özel-genel norm* ve *asli-tali norm* ilişkisini kabul ettiği için cezalandırılmayan önceki hareketlerin de aslında tali normun uygulanması mahiyetinde olduğunu, zira daha ağır hukuksal değer ihlalini engellemeyi hedefleyen normun her durumda asli norm mahiyetinde olacağını ifade eden *bkz* Gaetano Contento, *Corso di diritto penale* (2. Edz, Laterza 1992) 709. Aynı yönde *bkz* Aldo Moro, *Unità e pluralità di reati - Principi* (CEDAM 1954) 109-110, ayrıca *bkz* 89 vd, 97 vd. Bu konudaki tartışmalar için *bkz* Mantovani (n 8) 92 vd. Ayrıca *bkz* Bettiol (n 1) 517-518; Vassalli (n 2) 1151 vd; Della Ragione (n 3) 191 vd; Accardo (n 8) 51 vd.

¹⁶ İçel (n 4) 219; Santoro (n 1) 142-143; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 593; Fornasari (n 8) 481.

¹⁷ Heinrich (n 1) II 424; İçel (n 4) 213 vd. *Marinucci, Dolcini ve Gatta*, cezalandırılmayan önceki hareketler açısından temelde *asli-tali norm* ilişkisinin söz konusu olacağını belirtmekle birlikte duruma göre *tüketen-tüketilen norm ilişkisinden* de bahsedilebileceğini ifade etmektedir. *Yazarlar* buna, yok etmek amacıyla bir senedin çalınması halinde hırsızlık (İt CK m 624) ile resmi belgenin yok edilmesi (İt CK m 490) suçları arasındaki ilişkiyi örnek göstermektedir. Yazarların naklettiğine göre İtalyan Yüksek Mahkemesi de bu halde hırsızlık fiilinin cezalandırılmayan önceki hareket olduğuna hükmetmiştir (*Cass pen, Sez V, 13836, 11 Dicembre 2013*) *bkz* Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594, 595.

¹⁸ Örneğin bu görüşteki İçel'e göre fail, önce hasmını yaralar sonra fikir değiştirerek onu öldürürse, her kasten öldürme suçunun zorunlu olarak kasten yaralamayı da ihtiva etmesi nazara alındığında, yalnızca sonraki kasten öldürme fiili nedeniyle cezalandırılmalıdır. Zira *yazara göre* "bu zorunluluk ilişkisi bizi zımnî nitelikte asal-yardımcı norm ilişkisinin varlığına götürmektedir" İçel (n 4) 220. Buna karşılık önceki fiilin taksirli olması halinde failin yalnızca sonraki fiilden dolayı cezalandırılması "taksirin istisnai bir nitelik taşıması" nedeniyle. *Yazara göre*, "aynı suçun aynı fail tarafından hem taksirle ve hem de kasten işlenmesi mümkün olmadığına göre bu ihtimalde meydana gelen neticeden failin iki defa sorumlu tutulması düşünülemez" İçel (n 4) 222-223. Bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri açısından ise normlar arasında bir zorunluluk ilişkisinin söz konusu olduğunu belirten *yazar*, ancak bunun dar anlamda bir zorunluluk ilişkisi olmadığını yani bir suçun işlenmesi için mutlaka diğer bir suçun da zorunlu olarak işlenmesi şeklinde anlaşılmasını gerektiğini belirtmektedir. Bu, esasen geniş anlamda bir zorunluluk ilişkisi olup "bu gibi hallerde normun yardımcılık niteliği ve zorunluluk doğrudan doğruya suçlardan birinin diğer suçun hazırlık hareketi durumunda bulunmasından çıkar" İçel (n 4) 210.

¹⁹ *Ranieri*'nin ve takipçilerinin *müterakki suç, suçta ilerleme ve cezalandırılmayan önceki hareketler* ayrımına ilişkin kavramsal tartışmalar için *bkz* yukarıda dipnot 8. Bu konuda detaylı bilgi ve çeşitli tartışmalar için *bkz* Ranieri (n 3) 59 vd; Ranieri (n 1) 427 vd; Cavallo (n 3) 806-807; Padovani (n 1) 511; Mantovani (n 8) 299 vd, 314 vd, 342 vd; Mantovani (n 1) 487 vd; Pagliaro (n 7) 552; Pagliaro (n 5) 204-205; Vassalli (n 2) 1154; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Santaniello e Maruotti (n 8) 566 vd; Della Ragione (n 3) 193.

²⁰ Ranieri (n 3) 96; Ranieri (n 1) 88; Della Ragione (n 3) 184, 191, 194.

kalır; zira ikinci normun ihlali, ilkinin ihlalini de kapsayarak onu tüketir²¹. Bu hallerde daha ağır suça ilişkin tipikliğin gerçekleştirilmesi ile daha hafif suçun haksızlık içeriği tükenir ve ağır suç için öngörülen yaptırımın uygulanması ile hafif suçun meydana getirdiği haksızlık zaten hesaba katılmış olur²². Buna karşılık failin, başlangıçtan itibaren belli bir suçu işlemek niyetinde iken bunun öncesinde aynı hukuksal değeri korumak için kanunun ayrıca cezalandırdığı bir başka fiili işlemesi halinde ise *dar anlamda cezalandırılmayan önceki hareketler (=fatto antecedente non punibile)* söz konusu olur ve bu halde failin yalnızca sonraki fiili nedeniyle cezalandırılması, ilk olasılıktan farklı olarak tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle değil *asli-tali norm ilişkisi* nedeniyle²³. Zira bu halde hukuksal değer korunmasına göre *asli* nitelikte normların ihlali için daha öncesinde *tali* nitelikteki normlar ihlal edilmektedir²⁴.

Bu husustaki son görüşe göre ise cezalandırılmayan önceki hareketlerin tümü aynı hukuki esasa göre değerlendirilmelidir ve bu esası *tüketen-tüketilen norm* ilişkisinde bulmak gerekmektedir²⁵. Nitekim bu yöndeki bir kısım yazara göre bu halde önceki fiil, sonraki fiilin haksızlığını önceden hazırlamaktadır ve sonraki fiilin haksızlık içeriği, öncekinin haksızlık içeriğinden daha fazla olduğundan, önceki fiili tüketir²⁶. Yine bu görüşteki diğer bazı yazarlara göre cezalandırılmayan önceki hareketler tipikliği gerçekleştirmek için bir ön basamağı teşkil ederler ve bir sonraki basamakta, korunan hukuksal değere yönelik daha ileri derecede bir diğer fiilin varlığı halinde bağımsız niteliklerini kaybederler²⁷. Bu nedenle fail yalnızca sonraki fiil nedeniyle cezalandırılır. Bu yönde görüş belirten diğer bir grup yazara göre ise belirli bir bağlam içinde ardı ardına işlenen birden fazla fiil, birden fazla normu ihlal etse de normlar arasındaki hukuksal değerlerin korunması ilişkisine göre yapılacak *normatif-sosyal*

²¹ Ranieri (n 3) 96; Ranieri (n 1) 88.

²² Della Ragione (n 3) 184, 194.

²³ Farklı bir terminoloji çerçevesinde Alman doktrininde bu görüşe paralel şekilde, cezalandırılmayan önceki hareketlerde duruma göre *asli-tali norm* veya *tüketen ve tüketilen norm* ilişkisinin söz konusu olabileceği yönünde bkz Hilgendorf ve Valerius (n 10) 350-351. *Yazarların yaptığı ayrımı da burada aktardığımız ayrımla paralel olduğu anlaşılmaktadır*. Nitekim *yazarlar*, Alman CK § 30/2'de düzenlenen *suç için anlaşma suçu* ile bu anlaşmanın konusunu teşkil eden suç arasındaki ilişkiyi *asli-tali norm* kapsamında izah ederken, mağazada yapılan hırsızlık ile sonrasında bunun gizlenmesi için yapılan dolandırıcılığı ise *tüketen – tüketilen norm* ilişkisine örnek vermektedirler. Paralel şekilde, ilk örneği *asli-tali norm* ilişkisi çerçevesinde ele alan bkz Heinrich (n 1) II 425. Türk doktrininde aynı yönde ayırım yapan bkz Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2020) 399 ve 400-401; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (5. Baskı, Adalet 2020) 735, 737.

²⁴ Ranieri (n 1) 88-89. *Yazar*, neticede bizim cezalandırılmayan önceki hareketler başlığı altında incelediğimiz hallerin tümünü *normların gerçek içtimanın* “zımnı nitelikte” istisnaları olarak nitelendirmektedir. Nitekim *yazara göre* esasen bir kimse, eğer birden fazla fiili ile birden fazla ihlale sebebiyet verirse her birinden ayrı ayrı cezalandırılması gerekmekte iken kanun buna istisnalar getirmiş olup *zincirleme suç* bunun “açık” istisnası iken *geniş anlamda suçta ilerleme* “zımnı” istisnasıdır. Geniş anlamda suçta ilerleme ise *dar anlamda suçta ilerleme, geçit suçları, cezalandırılmayan önceki hareketler ve cezalandırılmayan sonraki hareketlerden* oluşmaktadır bkz Ranieri (n 1) 421 vd. Ancak neticede *yazar*, bunları farklı hukuki temellere dayandırdığı gibi farklı kurumlar olarak görmektedir. Aynı mahiyette bkz Cavallo (n 3) 806 vd.

²⁵ Bettiol (n 1) 519; Pagliaro (n 5) 204-205; Pagliaro (n 7) 552; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Cavallo (n 3) 806; Ramacci e Guerrini (n 5) 467; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519-520; Romano (n 1) 418; Delpino e Pezzano (n 3) 346. Türk doktrininde bkz Akbulut (n 10) 872; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Adalet 2016) 645. Alman doktrininde bu görüşte olan yazarlar için bkz Fornasari (n 8) 481, dipnot 50, paragraf 2; Moro (n 15) 91, dipnot 78; Akbulut (n 10) 872-873'de yapılan atıflar.

²⁶ Akbulut (n 10) 872.

²⁷ Hakeri (n 25) 645.

bir değerlendirme ile sonraki normun ihlaline ilişkin değersizlik yargısı, diğerinin ihlalini de kapsıyorsa, ikinci normun ilkinin tükettiği kabul edilecektir²⁸. Bu gibi durumlarda daha ağır fiilden dolayı failin cezalandırılmasının yanında bir de ona öncül mahiyetteki daha hafif fiilden ceza verilmesi, neticede tatbik edilecek cezanın hak ve adaletle bağdaşmayacak şekilde yüksek olmasını sonuçlayacaktır²⁹. Burada her ne kadar doğal anlamda birden fazla fiil söz konusu ise de bunlar, normatif-sosyal bir değer yargısının konusu olmaları açısından homojen şekilde algılanmaya müsaittir³⁰. Böyle bir değerlendirme açısından ise daha ağır fiille ihlal edilen norm ön planda olacak ve bu norm nedeniyle failin cezalandırılması, fiillerin tümünün müşterek sosyal değersizliğini karşılayacağından, aynı failin bir kez de daha hafif fiille ihlal edilen norm nedeniyle cezalandırılmasını gereksiz kılacaktır³¹. Bu nedenle failin mağduru önce yaraladığı ve bilahare oluşan kastla da onu öldürdüğü bir olay açısından, daha ağır bir haksızlığı tanımlayan kasten öldürme suçunu düzenleyen norm, kasten yaralama suçunu düzenleyen normu tüketecek ve faile yalnızca sonraki kasten öldürme fiili nedeniyle ceza verilecektir^{32, 33}.

²⁸ Pagliaro (n 5) 200; Fiandaca e Musco (n 4) 388; Bettiol (n 1) 518; Padovani (n 1) 488-489; Delpino e Pezzano (n 3) 346; Accardo (n 8) 55.

²⁹ Pagliaro (n 5) 200; Fiandaca e Musco (n 4) 389; Pezzi (n 8) 281, dipnot 136. Aynı faile, normatif anlamda bir bütün olarak değerlendirilebilecek birden fazla fiil açısından, birden fazla kez ceza vermenin *non bis in idem* ilkesi açısından da kabul edilemez olacağı yönünde bkz Fiandaca e Musco (n 4) 388; Accardo (n 8) 54.

³⁰ Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 1) 765; Accardo (n 8) 55.

³¹ Pagliaro (n 5) 200; Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Accardo (n 8) 54-55. Suçta ilerleme ve cezalandırılmayan önceki hareketleri, normların görünüşte içtımının özel bir görünümü olarak kabul etmekle birlikte, birden fazla fiilin meydana getirdiği değersizliğin üniter bir anlamı olması gerekçesi ile neticede tek bir ceza verilmesi gerektiği yönünde bkz Pelissero (n 5) 613.

³² Bettiol (n 1) 519. *Yazara göre tüketen-tüketilen norm ilişkisi*, en iyi ifadesini *suçta ilerleme (sonradan ortaya çıkan kasıtlı hareketten önceki cezalandırılmayan hareketler)* kavramında gösterir. *Mantovani* de doktrinde *tüketen-tüketilen norm yönündeki görünüşte içtım ilişkisini* kabul eden tüm yazarlar tarafından, müştereken bu ilişkinin örneği olarak gösterilen kurumların *bileşik suç* ve *suçta ilerleme* olduğunu belirtmektedir bkz Mantovani (n 8) 90-91.

³³ Görüldüğü üzere meselenin tartışma eksenini *asli-tali norm* ile *tüketen-tüketilen norm* ilişkisi teşkil etmekte ve görünüşte içtımın tüm ilkelerini kabul eden yazarların hiçbirini, meseleyi *özel-genel norm ilişkisi* kapsamında izaha çalışmamaktadır. Ancak İtalya'da özellikle *Antolisei* tarafından savunulan ve *monist teori* olarak ifade edilen görüş açısından, görünüşte içtımın tek şekli *özel norm-genel norm* yönünden görünüşte içtımdır. Bu görüşe göre İTCK'da düzenlenen tek görünüşte içtım hali *özel-genel norm yönünden görünüşte içtım* olup esasen yorum yoluyla diğer tüm hallerin de bu ilke ile açıklanması olanaklıdır. Örneğin *Antolisei*'ye göre aslında *bileşik suç* ilişkisinde de bileşik olarak tanımlanan suç, unsuru ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturan diğer suçlara göre *özel norm* niteliğindedir. Keza faillik şerikliğe göre, icrai suç ihmali suçta göre özel norm niteliğindedir. Dolayısıyla aslında *tüketen-tüketilen norm* veya *asli-tali norm* ilişkisi kapsamında kabul edilen tüm haller, gerçekte özel-genel norm ilişkisi ile de açıklanabilecek mahiyettedir. Nitekim kanun koyucu da yalnızca bu hali kanunda öngörerek, bu yönde iradesini ortaya koymuştur bkz *Antolisei* (n 1) 157 vd, bu görüşteki yazarlar için ayrıca bkz *Mantovani* (n 1) 474, dipnot 102; *Conti* (n 9) 1010, bu görüşün ülkemizdeki temsilcileri bkz *Nevzat Toroslu* ve *Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Savaş 2019) 92. İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından da bu görüşün ilkesel olarak büyük oranda kabul gördüğü belirtilmelidir (birçoğu yerine bkz *Cass pen, SS UU, 41588, 22 Giugno 2017, Pezzi* [n 8] 48, dipnot 163. Ayrıca bkz *Accardo* [n 8] 46, dipnot 183. Ancak açık bir şekilde asli-tali norm yahut tüketim ilkelerinin uygulandığı kararlar da vardır. Örneğin bkz *Cass pen, Sez I, 8704, 8 Febbraio 2012, Pezzi* [n 8] 49, dipnot 168; doğrudan cezalandırılmayan önceki hareketler kavramına atf yapan karar örneği açısından birçoğu yerine bkz *Cass pen, Sez III, 36364, 10 Luglio 2008, Marinucci, Dolcini e Gatta* [n 3] 593). Buna karşılık bu görüş, görünüşte içtım ilkesinin herhangi bir kanuni tanımdan bağımsız olarak tanınması ve kabul edilmesi gereken mantıksal ilkeler olduğu ve sırf kanunda düzenleniyor diye *özel-genel norm* yönünden görünüşte içtımın uygulanma kabiliyeti olan tek ilke olarak öne sürülmesinin mümkün olmadığını, esasen bu ilkenin çözüme bağlayamadığı pek çok meselenin ancak diğer ilkelerle birlikte çözülebileceği, bu neticeden kaçınmak amacıyla kanundaki ifadelerle oldukça geniş anlamlar vermenin de neticede bu görüş taraftarlarının temel kaygısı olan "normatif temel bulma" iddiasını gerçek anlamda karşılamadığı belirtilerek doktrinde çok büyük oranda reddedilmiştir bkz *Moro* (n 15) 70 vd; *Bettiol* (n 1) 516; *Ranieri* (n 1) 80, dipnot 1; *Pagliari* (n 7) 548-549; *Fiandaca e Musco* (n 4) 386-387; *Padovani* (n 1) 488. Bu konuda detaylı bilgi için bkz *Mantovani* (n 8) 126 vd; *Romano* (n 1) 416-417; *Conti* (n 9) 1007 vd; *Üçel* (n 4) 176 vd; *Accardo* (n 8) 45 vd; *Pezzi* (n 8) 34 vd. Bu görüşün bir benzerinin Almanya'da *Puppe* tarafından savunulduğu ve yazarın, görünüşte içtımın tek halinin özel-genel norm yönünden görünüşte içtım olduğunu

Bizce bu konuda isabetli bir neticeye varılabilmesi için hareket noktası *hukuksal değer kavramı* olmalıdır³⁴. Zira ceza hukukunda herhangi bir fiilin cezalandırılmasının temel nedeni, suçla korunan bir veya daha fazla hukuksal değeri ihlal etmesidir³⁵. Öyle ki bütün ceza normları hukuksal değerleri koruma amacıyla ihdas edilir³⁶. Pek çok durumda ise belirli bir hukuksal değer tek bir ceza normuyla değil, farklı fiilleri düzenleyen birden fazla ceza normuyla korunur³⁷. Bu gibi hallerde kanun koyucu, o hukuksal değeri ihlal eden çeşitli fiilleri, ağırlıklarına göre farklı suç tipleri kapsamında değerlendirme ihtiyacı hissetmektedir³⁸. Bu durum, hukuksal değer ihlalini ifade eden tipik haksızlığın niceliksel yoğunluğu ile ilgili olabileceği gibi (örneğin aynı hukuksal değer ihlali mahiyetindeki haksızlığın *kasten* yahut *taksirle* gerçekleştirilmesi) kanun koyucunun hukuksal değer koruma alanını öne alarak, hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandırmak istemesi ile de ilgili olabilir³⁹. Hatta farklı hukuksal değerleri koruyan normlar arasında (*kasten yaralama* ile *kasten öldürme* gibi) bir basamak ilişkisi de söz konusu olabilir⁴⁰. Tüm bu hallerde çeşitli normlar belirli bir koruma amacı çerçevesinde kademelenir, her birinin koruma alanı bir diğerine göre konumlandırılır ve bu durum, gittikçe daha hafif nitelikteki haksızlığı düzenleyen normdan daha ağır nitelikteki haksızlığı düzenleyen norma doğru bir yol izler⁴¹. Bu nedenle aynı hukuksal değeri ya da birbiri ile basamak ilişkisi içinde olan yakın hukuksal değerleri koruyan çeşitli normlar arasında, *ratio legis* açısından mantıksal ve sistematik bir bağın olduğu şüphesizdir⁴².

Normlar arasındaki bu bağ, aynı hukuksal değeri ya da aralarında basamak ilişkisi olan yakın hukuksal değerleri, haksızlık yoğunluğu gittikçe artacak şekilde ihlal eden birden fazla fiil arasında da bir *hukuksal değer ihlali bağlantısının* varlığını sonuçlayacaktır. Bu fiiller, aynı mağdura karşı, aynı konu üzerinde, biri diğerinin

belirttiği, görünüşte içtimai diğer bütün hallerini ise fikri içtima kapsamında ele aldığı aktarılmaktadır. Bkz *Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, 313 vd'den nkl Fornasari (n 8) 479, dipnot 44; Pezzi (n 8) 39, dipnot 126; Göktürk (n 10) 74.

³⁴ Normların içtimai probleminde, neden bir olguya uygulanabilir görünen birden fazla normun söz konusu olduğu hususunun, normun koruma amacı göz önünde bulundurulmadan açıklanamayacağı yönünde bkz Moro (n 15) 46.

³⁵ Fiandaca e Musco (n 4) 2-3; Padovani (n 1) 101; Cadoppi e Veneziani (n 5) 104; Heinrich (n 1) I 4-5; Öztürk ve Erdem (n 23) 30-31; Özgenç (n 1) 176; Koca ve Üzülmöz (n 9) 30-31; Toroslu ve Toroslu (n 33) 109; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 5; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmüler* (11. Baskı, Seçkin 2020) 41; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükmüler* (7. Baskı, Beta 2019) 6; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003) 443, 445, 791-792; Dülger (n 11) 226; Erkan Sarıtaş, 'Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine' [2013] 71(1) İÜHFİM, Prof Dr Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 1051-1108, İstanbul, 1093.

³⁶ Fiandaca e Musco (n 4) 2; Cadoppi e Veneziani (n 5) 105; Heinrich (n 1) I 6; Ünver (n 35) 445, 614; Akbulut (n 10) 32-33; Göktürk (n 10) 30.

³⁷ Moro (n 15) 46; Nuvolone (n 9) 234.

³⁸ Bkz Ranieri (n 1) 85; Nuvolone (n 9) 235.

³⁹ Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması açısından hukuksal değerlerin koruma alanının öne alınması kavramı için bkz Ünver (n 35) 776 vd; Osman Gazi Ünal, *Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları, Doktora Tezi* (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2020) 170 vd.

⁴⁰ Ranieri (n 3) 60.

⁴¹ Tüketim ilkesi yönünden normlar arasındaki amaç ilişkisi için bkz Pagliaro (n 7) 551. Normların içtimainın bütünsel teorik temeli açısından aynı düşünceden hareket eden bkz Moro (n 15) 46.

⁴² Pagliaro (n 7) 551-552; Moro (n 15) 46.

devamı olacak ve aynı koruma objesi için tehlike arz edecek şekilde icra edilmeleri halinde ise sosyal değersizlik yargısı penceresinden *aynı sosyal bağlam* içinde kaynaşacaktır⁴³. Dolayısıyla bu birden fazla fiil, aralarında hukuksal değer ihlali bağlantısı olması nedeniyle kanunun *ratio legis* nazara alındığında *normatif*, aynı bağlam içinde gittikçe ağırlaşan bir şekilde icra edilmeleri nedeniyle de *sosyal* olarak aynı değersizlik yargısının konusu olacaktır. Böylelikle aynı bağlam içinde icra edilen iki fiil, *normatif-sosyal* açıdan tek bir değersizlik ve buna bağlı olarak da tek bir kusur yargısının konusu haline gelmiş olmaktadır⁴⁴.

İşte kanun koyucunun hukuksal değerleri koruma amacı çerçevesinde ortaya koyduğu sistematik karşısında, aynı hukuksal değeri ya da aralarında basamak ilişkisi olan yakın hukuksal değerleri gittikçe ağırlaşan haksızlık içerikleriyle ihlal eden ve bu suretle *normatif-sosyal* bir birlik teşkil ettiklerinden, aynı değersizlik ve kusur yargısının konusu olan birden fazla fiil açısından, esasen uygulanabilir tek bir normun bulunduğundan söz etmek gerekecektir⁴⁵. Böyle bir değerlendirme açısından ise daha ağır nitelikteki fiili konu edinen norm ön planda olacak ve bu norm nedeniyle failin cezalandırılması, diğerinin sosyal değersizliğini ve cezalandırılma amacını zaten karşılayacağından, aynı failin bir kez de daha hafif nitelikteki fiili konu edinen norm nedeniyle cezalandırılmasını artık gereksiz kılacaktır⁴⁶. Zira sonraki fiiliyle, niceliksel veya niteliksel olarak çok daha ağır bir haksızlığı gerçekleştiren failin, artık bir kez de aynı bağlam içerisinde gerçekleştirdiği önceki fiilinden dolayı cezalandırılmasının, hukuksal değer korunması amacı açısından bir anlamı kalmamıştır⁴⁷. Bu hallerde failin ilk gerçekleştirdiği fiil de gerçeki bir norm ihlaline⁴⁸ ve haliyle haksızlığa sebebiyet vermektedir⁴⁹ ancak bu haksızlık, *normatif* ve *sosyal* anlamda müştereken tek bir değersizlik yargısına konu olduğu diğer fiil karşısında geri çekilmekte⁵⁰, ön plana çıkan ağır nitelik ve nicelikteki haksızlık, diğerini bu müşterek değersizlik yargısı içinde “görünmez kılmakta”, onu “arka plana itmekte” ve sonraki fiili düzenleyen norm nedeniyle failin cezalandırılması, diğerinin uygulanması olasılığını *tüketmektedir*⁵¹.

Bu çerçevede, *cezalandırılmayan önceki hareketler* açısından yarışan birden fazla normdan bir kısmı diğerinin arkasına çekilmekte, bunların somut olaya uygulanmasını ve failin bu ihlalleri nedeniyle cezalandırılmasını, diğer normun somut olaya

⁴³ *Bkz* Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391.

⁴⁴ *Bkz* Pagliaro (n 5) 200; Fiandaca e Musco (n 4) 388; Bettiol (n 1) 518; Padovani (n 1) 488-489.

⁴⁵ Fiandaca e Musco (n 4) 391.

⁴⁶ Pagliaro (n 5) 200, 203-204; Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Accardo (n 8) 55. Ayrıca *bkz* Heinrich (n 1) II 421.

⁴⁷ Pagliaro (n 7) 552. *Kry* Ranieri (n 3) 88.

⁴⁸ Ranieri (n 1) 78; Ranieri (n 3) 59-60. Ayrıca *bkz* Öztürk ve Erdem (n 23) 401.

⁴⁹ Heinrich (n 1) II 428.

⁵⁰ Fiandaca e Musco (n 4) 388-389, 391.

⁵¹ *Bkz* Pagliaro (n 7) 552; Pagliaro (n 5) 203-204; Fiandaca e Musco (n 4) 388; Bettiol (n 1) 518; Padovani (n 1) 488-489; Accardo (n 8) 55.

uygulanabilirliği engellemektedir⁵². Haliyle bu tip bir hukuki ilişkinin söz konusu olduğu hallerde fail yalnızca işlediği sonraki fiil nedeniyle cezalandırılmaktadır⁵³.

Bu tespitlerimiz, *cezalandırılmayan önceki hareketler* açısından görünürde uygulanabilir birden fazla norm olmasına rağmen gerçekte bunlardan yalnızca birinin uygulanabilir olması nedeniyle bir *görünüşte içtima* halinin mevcut olduğunu ve bu sonucun, *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* nedeniyle husule geldiğini ortaya koymaktadır⁵⁴. Gerçi bu fiilleri bir arada değerlendirmemize imkân tanıyan ve yukarıda tarif ettiğimiz hukuksal değer bağlantısı *asli-tali norm ilişkisini* de akla getirmektedir. Ancak asli-tali norm yönünden görünüşte içtimada, normlar arasında tamamen *soyut düzlemde mantıksal bir ilişki* kurulmakla yetinilmektedir ve bu ilişki çerçevesinde bu normlardan birinin, ancak diğerinin uygulanamadığı hallerle sınırlı olarak uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır⁵⁵. Tüketim ilkesinde ise normlar arasında mantıksal bir “ikincilik” ilişkisi yerine, belirli nitelikleri gösteren *somut fiiller arasında bir “değer” ilişkisi* aranmaktadır⁵⁶. Bu değer ilişkisi nedeniyle ceza normlarından birinin somut fiil ya da fiiller açısından uygulanması, diğer bazı normları geri plana atmakta, yani onların somut olaya uygulanabilirliğini tüketmektedir⁵⁷. Dolayısıyla aynı bağlamda icra edilen ve aynı yahut yakın hukuksal değerleri ihlal eden birden fazla fiilden yalnızca sonrakilerin cezalandırılmasının nedeni ancak (ihlal edilen normlar arasındaki korunan hukuksal değer bağlantısı çerçevesinde) bu fiiller arasındaki değer ilişkisinde bulunabilir ki bu da bizi zorunlu olarak *tüketen-tüketilen norm ilişkisine* götürmektedir⁵⁸.

Bu tespitimizin doğal sonucu olarak *tüketen-tüketilen norm yönünden görünüşte içtima ilişkisi* tüm cezalandırılmayan önceki hareketler için söz konusudur⁵⁹ ve bu hukuki temelden yola çıkarak önceki hareketlerin cezalandırılmama koşullarını belirlememiz de mümkün olmaktadır. Bu koşulların belirlenmesi, kavramın kapsamını da doğru bir şekilde tespit etmemizi sağlayacaktır.

⁵² Pagliaro (n 5) 200; Bettiol (n 1) 519; Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Accardo (n 8) 54-55.

⁵³ Bettiol (n 1) 519. Krş Mantovani (n 8) 474 vd.

⁵⁴ Bettiol (n 1) 519; Pagliaro (n 5) 204-205; Pagliaro (n 7) 552; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Cavallo (n 3) 806.

⁵⁵ Bkz Mantovani (n 1) 469; Ranieri (n 1) 85; Bettiol (n 1) 518; Fiandaca e Musco (n 4) 387-388; Della Ragione (n 3) 158-159; Accardo (n 8) 51-52.

⁵⁶ Fiandaca e Musco (n 4) 389; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 1) 765; Accardo (n 8) 55.

⁵⁷ Edmondo Mezger, *Diritto penale (Strafrecht)*, traduzione Italiana di Filippo Mandalari, prefazione di Giulio Battaglini (CEDAM 1935) 488; Bettiol (n 1) 518-519; Pagliaro (n 5) 200, 202; Fiandaca e Musco (n 4) 389.

⁵⁸ Bettiol (n 1) 519; Pagliaro (n 5) 204-205; Pagliaro (n 7) 552; Fiandaca e Musco (n 4) 391.

⁵⁹ Bettiol (n 1) 519; Cavallo (n 3) 806; Pagliaro (n 5) 204-205; Pagliaro (n 7) 552; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Ramacci e Guerrini (n 5) 467.

II. Koşulları ve Kapsamı

A. Koşulları

1. Her Biri Tipik ve Hukuka Aykırı Mahiyette Birden Fazla Hareketin Söz Konusu Olması

Cezalandırılmayan önceki hareketlerde, her biri bağımsız olarak hukuksal değer ihlali niteliği taşıyan *birden fazla hareket* söz konusudur⁶⁰. Ancak ihlal edilen normlar arasındaki tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle bu hareketlerden bir kısmı cezalandırılmaz. Bunun mantıksal sonucu olarak eğer ortada tek bir hareket varsa bir öncelik veya sonralık tartışmasına girmeye de gerek yoktur ve haliyle cezalandırılmayan önceki hareketlerden de söz edilemeyecektir⁶¹.

Esasen *doğal hareket teklifi*nde zaten dış dünyaya yansıyan tek bir hareket söz konusudur⁶²: Fail tek bir atışla mağduru yaralamıştır. *Doğal anlamda hareket teklifi*nde ise ortada birden fazla doğal hareket olmasına rağmen bunlar; tek iradi karara dayandıkları, aralarında yer ve zaman açısından sıkı bir bağlantı bulunduğu ve tarafsız bir gözlemci nazarında tek bir hareket olarak algılanmaya müsait oldukları için tek hareket olarak kabul edilirler⁶³. Bu çerçevede *failin bir suç kapsamına giren hareketi somut olayda tekrar tekrar gerçekleştirilmesi* veya *suçu ardışık hareketlerle icra etmesi* halinde tek bir hareketten söz edilecektir⁶⁴. Bu nedenle örneğin çıkan kavgada failin mağduru arka arkaya üç kere bıçaklaması halinde ortada tek bir yaralama hareketi söz konusu olacaktır⁶⁵. Bunun gibi *hukuki hareket teklifi*nde gerçekte birden fazla hareket olmakla birlikte bunlar çeşitli nedenlerle hukuken tek bir hareket olarak nitelenmektedirler⁶⁶. Örneğin *çok hareketli suçlarda* suçun oluşabilmesi için birden fazla hareketin icra edilmesi gerekmekte ise de bu halde esasen hukuki anlamda bir hareket teklifi söz konusudur⁶⁷. Bu nedenle failin önce

⁶⁰ Ranieri (n 3) 62-63; Ranieri (n 1) 427; Vassalli (n 7) 508; Romano (n 1) 422; Cadoppi e Veneziani (n 5) 518-519; Santaniello e Maruotti (n 8) 570; Heinrich (n 1) II 428; Della Ragione (n 3) 194; Pezzi (n 8) 285.

⁶¹ Ranieri (n 3) 62; Vassalli (n 7) 508; Romano (n 1) 422.

⁶² Ranieri (n 1) 412; Bettiol (n 1) 495; Heinrich (n 1) II 407; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 346; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 749; Koca ve Üzülmöz (n 9) 513; Akbulut (n 10) 840.

⁶³ Fiandaca e Musco (n 4) 371; Heinrich (n 1) II 408; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 346; Önder (n 11) 489; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 749; Akbulut (n 10) 841 vd; Koca ve Üzülmöz (n 9) 517; F Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017) 1013; Göktürk (n 10) 103 vd.

⁶⁴ Bettiol (n 1) 495; Ranieri (n 1) 411; Fiandaca e Musco (n 4) 370-371; Heinrich (n 1) II 408; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 347; Koca ve Üzülmöz (n 9) 515; Göktürk (n 10) 110 vd.

⁶⁵ Fiandaca e Musco (n 4) 371; Heinrich (n 1) 495; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 601; Della Ragione (n 3) 194-195; Toroslu ve Toroslu (n 33) 136; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 750; Göktürk (n 10) 126.

⁶⁶ Bettiol (n 1) 496; Ramacci e Guerrini (n 5) 462; Heinrich (n 1) II 413; Akbulut (n 10) 857.

⁶⁷ Bettiol (n 1) 496; Ranieri (n 1) 412-413; Fiandaca e Musco (n 4) 370; Ramacci e Guerrini (n 5), 462; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 599; Heinrich (n 1) II 413; Önder (n 11) 490; Koca ve Üzülmöz (n 9) 514; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 1010; Akbulut (n 10) 858; Göktürk (n 10) 131.

sahte özel belge oluşturup sonra bunu kullanması açısından hukuki anlamda tek bir hareketten söz edilmesi kaçınılmazdır⁶⁸. Kimi durumlarda, birlikte gerçekleştirilmesi gereken hareketler esasında farklı suç tiplerinin kapsamına girmekte iken tek bir suçun çatısı altında birleştirilmiş de olabilir. Örneğin önce mağduru tehdit edip sonra malını alan fail, yalnızca yağma suçundan dolayı cezalandırılırken artık bir de tehdit suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır⁶⁹. Zira kanun koyucu bir *bileşik suç* ihdas ederek birden fazla hareketi hukuki anlamda tek bir hareket olarak kabul etmiştir⁷⁰. Keza *seçimlik hareketli suçlarda* da birden fazla hareket icra edilse bile hukuki anlamda hareket teklifinden söz edilmesi gerekecektir⁷¹. İşte belirttiğimiz tüm bu hallerde hukuki anlamda hareket teklifi söz konusu olduğundan cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.

Birden fazla hareketin cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında telakki edilebilmesi için her birinin kanuni tarifi karşılması ve hukuka aykırı olması da şarttır⁷². Eğer önceki ya da sonraki hareket, herhangi bir nedenle kanuni tip kapsamına girmiyorsa veya hukuka aykırı değilse, zaten görünüşte içtima kuralları çerçevesinde yarışan *birden fazla normdan* ve haliyle de cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz etmeye olanak bulunmayacaktır⁷³. Bu nedenle art arda işlenen birden fazla hareketten biri, örneğin bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanıyorsa artık failin yalnızca diğer hareketi nedeniyle cezalandırılacağı ve haliyle cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilmesine de gerek olmayacağı hususunda şüphe yoktur.

⁶⁸ Ranieri (n 1) 414; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 751; Koca ve Üzülmöz (n 9) 514; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 1010; Akbulut (n 10) 858; Göktürk (n 10) 131.

⁶⁹ Bettiol (n 1) 503; Fiandaca e Musco (n 4) 370; Heinrich (n 1) II 413; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 346. Tehdit ile tehdit konusu hareketin işlenmesi halinde hukuki anlamda hareket teklifinin söz konusu olacağı, zira failin yapmayı düşündüğü hareketi önceden beyan etmesine bağımsız bir anlam yüklenemeyeceği yönünde bkz Mantovani (n 8) 336. Bu örneği, cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında değerlendiren görüş için bkz Vassalli (n 7) 507. Yargıtay 1 CD de bir olayda farklı bir gerekçe ile aynı sonuca varmıştır: "*Sanığın tüfeği mağdura yöneltip 'seni öldüreceğim' diye söyledikten sonra ateş edip öldürmeye teşebbüs ettiği olayda, sanığın sarf ettiği sözlerin kastını ortaya çıkartmaktan ibaret olup, tehdit suçundan karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması*" (Y 1 CD, 847/2633, 27/4/2015). Bu kararı zikretmekle birlikte bu halde tehdit suçunun ayrıca oluşacağı yönünde bkz Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 164.

⁷⁰ Bu konuda bkz Cavallo (n 3) 809-810; Bettiol (n 1) 503; Ranieri (n 3) 89; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 1011; Akbulut (n 10) 861; Göktürk (n 10) 132.

⁷¹ Bettiol (n 1) 497; Ramacci e Guerrini (n 5) 462; Koca ve Üzülmöz (n 9) 516; Akbulut (n 10) 859; Dülger (n 11) 769. Seçimlik hareketli suçları *cezalandırılmayan sonraki hareketler* kapsamında değerlendiren görüş için bkz İçel (n 4) 200. *Yazara göre* fail kanunda seçimlik olarak gösterilmiş hareketlerden birini icra etmekle yetinmemiş ve birden çok harekette bulunmuşsa tek ceza verilir. Zira bu halde norm gerçekte bir defa ihlal edilmiştir ve aynı normun birden çok ihlali yalnızca görünüştedir.

⁷² Heinrich (n 1) II 427-428; Vassalli (n 7) 508; Ranieri (n 3) 62; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; Santaniello e Maruotti (n 8) 573.

⁷³ Vassalli (n 7) 508.

2. Önceki ve Sonraki Hareketlerin Aynı Konu Üzerinde, Aynı Mağdura Ait, Aynı Hukuksal Değeri yahut Yakın Nitelikteki Hukuksal Değerleri İhlal Etmeleri

Cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilebilmesi için ikinci koşul, önceki ve sonraki hareketlerin; aynı konu üzerinde, aynı mağdura ait, aynı hukuksal değeri yahut yakın nitelikte hukuksal değerleri ihlale etmeleridir⁷⁴. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere önceki hareketin ihlal ettiği normun geri çekilmesi, aynı sosyal bağlam içinde işlenen önceki ve sonraki hareketler arasındaki *hukuksal değerlerin ihlali bağlantısına* dayanmaktadır⁷⁵. Bu ise ancak “aynı konu üzerinde” ve “aynı mağdurun, aynı yahut yakın hukuksal değerlerinin ihlali” durumunda söz konusu olabilecektir.

Buna göre cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmek için evvela failin birden fazla hareketi *aynı mağdura* karşı ve *aynı konu* üzerinde gerçekleştirmesi gerekmektedir⁷⁶. Bu nedenle farklı mağdurlara karşı işlenen suçların bu kapsamda telakki edilebilmesi olanağı söz konusu olmayıp işlenen önceki ve sonraki hareketlerin, birinde yahut her ikisinde farklı bir mağdur da söz konusuysa veya aynı mağdura ait olsa bile farklı konular üzerinde icra edilmeleri mevzu bahisse gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Zira bu olasılıklarda, birden fazla hareketin aynı değersizlik yargısına konu olduğundan bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır.

İkinci olarak, birden fazla hareketin arasında bir hukuksal değer ihlali bağlantısından söz edebilmek için bunların *aynı hukuksal değeri yahut yakın nitelikte hukuksal değerleri ihlal etmelerini* aramamız da gerekmektedir⁷⁷. Bu durum evvela aynı hukuksal değer ihlali suretiyle husule gelebilir ki bu da aynı hukuksal değeri koruyan birden fazla ceza normunun, aynı konu üzerinde ve aynı mağdura karşı arka arkaya icra edilen birden fazla fiille ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Örneğin failin mağdura karşı, her ikisi de cinsel özgürlüğün ihlali mahiyetinde olan suçlardan önce cinsel taciz (TCK m 105), bilahare cinsel saldırı (TCK m 102) suçlarını işlemesi halinde, aynı hukuksal değer iki ayrı suçla birden fazla kez ihlalinden söz edilecektir. Buna karşılık önceki ve sonraki hareketlerle ihlal edilen hukuksal değerler, aynı nitelikte olmasa bile aralarında basamak ilişkisi olan yakın hukuksal değerler mahiyetinde de olabilirler. Burada belirttiğimiz anlamıyla *yakınlık*, birden fazla hukuksal değer koruma objeleri arasındaki müştereklikten yahut bu objelerin, birinin diğeri ile normların koruma amaçlarına göre kademelenen mantıksal bir öncelik sonralık ilişkisi içinde bulunmasından kaynaklanıyor olabilir. Örneğin kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarından ilki yaşam hakkını koruyorken ikincisi

⁷⁴ Cavallo (n 3) 807; Ranieri (n 3) 62; Ranieri (n 1) 427; Vassalli (n 7) 508; Romano (n 1) 422.

⁷⁵ Ranieri (n 3) 60; Ranieri (n 1) 427; Bettiol (n 1) 519; Cavallo (n 3) 805, 807; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519.

⁷⁶ Cavallo (n 3) 806; Ranieri (n 3) 62-63; Vassalli (n 7) 508.

⁷⁷ v Hippel (n 1) 253; Vassalli (n 7) 508; İçel (n 4) 220; Padovani (n 1) 511; Cavallo (n 3) 806-807; Santaniello e Maruotti (n 8) 574; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; Romano (n 1) 422; Akbulut (n 10) 872.

farklı bir hukuksal değer olarak kişi dokunulmazlığı korumaktadır. Buna karşılık ilkinin koruma objesi olan yaşama son verilebilmesi için mantıksal olarak evvela kişinin vücut bütünlüğüne bir zarar verilmesi gerektiği açık olduğundan, iki normun koruma objeleri arasında mantıksal bir öncelik sonralık ve bu objeleri zarara veya tehlikeye uğratan fiiller arasında bir basamak ilişkisi olduğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır. Hukuksal değerler arasındaki bu ilişki, bunları ihlal eden önceki ve sonraki hareketler arasında da bir hukuksal değer ihlali bağlantısına sebebiyet verecektir. Bu bağlantının söz konusu olmadığı ve failin, ardı ardına işlediği birden fazla fiili ile tamamen farklı hukuksal değerleri ihlal ettiği hallerde cezalandırılmayan önceki hareketlerden de söz edilemeyecektir. Bu çerçevede örneğin A, otomobiliyle yolda seyir halindeyken kırmızı ışıkta duramayarak B'nin otomobiline çarpıp onu yaralasa ve bilahare aralarında çıkan tartışmanın meydana getirdiği kızgınlıkla bu sefer B'nin otomobiline kasten zarar verse artık taksirle yaralama (TCK m 89) ve mala zarar verme (TCK m 151) suçlarından dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Keza, diğer bir suç açısından hazırlık hareketi mahiyetinde olsa bile bizatihi bağımsız bir hukuksal değeri koruyan suç tipleri açısından da benzeri bir sonuca varmamız kaçınılmazdır⁷⁸. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları (TCK m 220) işlenmesi hedeflenen suçlar açısından birer hazırlık hareketidir⁷⁹. Ancak bu suçlarla korunan hukuksal değer, örgütün işlemeyi hedeflediği -söz gelimi kasten öldürme veya yağma gibi- suçlarla korunan yaşam, mülkiyet, kişi özgürlüğü gibi hukuksal değerler değil aksine *toplumsal düzen, barış ve güvenlik içinde yaşama hakkıdır*⁸⁰. Dolayısıyla suç örgütünü kuran, yöneten veya bu örgüte üye olan kimseler, sonrasında amaçladıkları suçları işlerlerse, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları ile bilahare işlenen amaç suçlar arasında bir hukuksal değer ihlali bağlantısından ve haliyle cezalandırılmayan önceki hareket ilişkisinden söz edilemeyecektir⁸¹.

3. Aynı Bağlamda İcra Edilen Hareketlerin Meydana Getirdikleri Haksızlıkların, Niteliksel veya Niceliksel Olarak Gittikçe Ağırlaşmış Olması

Üçüncü olarak, cezalandırılmayan önceki hareketlerin söz konusu olabilmesi için failin, aynı bağlam içinde icra ettiği ve aynı hukuksal değeri yahut yakın hukuksal değerleri ihlal eden birden fazla hareketinden sonrakinin, öncesine nispetle daha ağır bir haksızlık teşkil etmesi de gereklidir⁸². Bu kapsamda evvela, birden fazla hareketin,

⁷⁸ Cadoppi e Veneziani (n 5) 519.

⁷⁹ Antolisei (n 1) 484-485; İçel (n 4) 225; Koca ve Üzülmöz (n 9) 423; Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları* (Oniki Levha 2018) 180-181.

⁸⁰ Sarıtaş (n 82) 182-183.

⁸¹ Sarıtaş (n 82) 636-637. Bu halde bir *asli-tali norm ilişkisinin* söz konusu olduğu ve ancak TCK m 220/4'de açık hüküm olması nedeniyle faillerin hem suç işlemek amacıyla örgütlenme suçlarından hem de işledikleri amaç suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacakları yönünde *bkz* Öztürk ve Erdem (n 23) 400; Hakeri (n 25) 492; Özen (n 23) 735. Eski TCK'daki düzenleme açısından aynı mahiyette *bkz* İçel (n 4) 225.

⁸² Ranieri (n 3) 60, 87; Ranieri (n 1) 427; Santaniello e Maruotti (n 8) 574; Romano (n 1) 422; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519.

aynı sosyal değersizlik yargısının konusu olabilmesi için aynı bağlam içinde işlenmeleri⁸³ yani birbirini takip eden hareketlerin belirli bir *sosyal bağlam* içinde gittikçe yoğunlaşması şarttır. Bunun için de iki hareket arasında mantıksal bir bağ kurulabilmesi gereklidir⁸⁴. Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı hallerde bu bağ zaten doğal olarak vardır. Zira bu hallerde cezalandırılmayan önceki hareket, cezalandırılan sonraki hareketin zaten *hazırlığı* mahiyetindedir⁸⁵. Bu nedenle hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı hallerde amaç suçun icrasına girilmesi çok uzun bir zaman sonra söz konusu olsa bile hazırlık hareketi - amaç suç ilişkisinin doğal bir sonucu olarak ihlal bağlantısı görünür durumdadır.

Diğer hallerde ise önceki ve sonraki hareketlerin aynı bağlam içinde işlendiğinden söz edebilmek için failin, sonraki hareketin icrasına girişmesi ile önceki hareketin sona ermesi arasında bir mantıksal yakınlığın söz konusu olmasını aramak gerekmektedir⁸⁶. Bu mantıksal yakınlık gereğince, ikinci hareket bağımsız bir gözlemci açısından *ilkinin devamı* olarak kabul edilebilmelidir⁸⁷. Bunun doğal sonucu olarak birden fazla bağımsız hareket birbirlerine nesnel anlamda bağlı olmalı ve bu bağlamsal ilişki, birlikte değerlendirilmelerini gerektirecek kadar yoğun olmalıdır⁸⁸. Bunun için kural olarak sonraki hareketin, önceki hareket henüz sona ermişken ve fakat etkileri devam ederken ve kayda değer bir zaman dilimi geçmeksizin icra edilmiş olmasını aramak gerekmektedir⁸⁹. Örneğin failin, yaraladığı mağdur yerde yatarken oluşan kastı ile onu öldürmesi halinde böyle bir durum söz konusu olacaktır. Buna karşılık yaraladığı mağduru birkaç gün sonra sokakta gören ve duyduğu hakaret üzerine bu sefer onu öldüren fail açısından artık iki hareketin aynı sosyal bağlamda işlendiğini söylemek mümkün olmayacaktır⁹⁰. Ancak istisnai olarak, zamansal anlamda çok sıkı bir bağ kurulamasa bile eğer iki hareketin, aralarındaki ilişki nedeniyle, mantıksal olarak birinin diğerinin devamı olarak algılanmasını haklı kılacak bir sosyal bağlam içinde icra edilmeleri söz konusu ise yine cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilebilecektir. Örneğin failin kullanmak amacıyla satın aldığı uyuşturucudan bir kısmını, sonradan ortaya çıkan para ihtiyacı nedeniyle satmaya karar vermesi halinde kullanmak amacıyla satın alma (TCK m 191) ve ticari amaçla satma (TCK m 188/3) fiilleri arasında kayda değer bir zaman dilimi geçmiş olsa bile yine de satın alınan

⁸³ Heinrich (n 1) II 427; Vassalli (n 7) 508; Ranieri (n 3) 60; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Santaniello e Maruotti (n 8) 570.

⁸⁴ Ranieri (n 3) 62, 87; Vassalli (n 7) 508.

⁸⁵ Bkz İçel (n 4) 210.

⁸⁶ Bkz Heinrich (n 1) II 428; Ranieri (n 3) 62; Cavallo (n 3) 805; Vassalli (n 2) 1161.

⁸⁷ Ranieri (n 3) 63; Santaniello e Maruotti (n 8) 571, dipnot 84.

⁸⁸ Ranieri (n 1) 427; Ranieri (n 3) 64-65, 87. Ayrıca bkz Mantovani (n 8) 342, bkz ve krş Heinrich (n 1) II 428.

⁸⁹ Ranieri (n 3) 65; Vassalli (n 2) 1161; Santaniello e Maruotti (n 8) 570-571. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu* da yakın tarihli bir kararında, cinsel istismarın hemen öncesinde cinsel taciz mahiyetinde fiillerin işlenmesi halinde "aynı hukuki menfaate yönelik daha ağır bir saldırı söz konusu olduğundan" failin yalnızca sonraki cinsel istismar fiili nedeniyle cezalandırılması gerektiğini ifade etmiş ancak somut olayda failin "fiillerini farklı zamanlarda işlemesi" nedeniyle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir bkz YCGK, 208/666, 26/11/2019 sayılı kararı (aşağıda dipnot 123).

⁹⁰ Santaniello e Maruotti (n 8) 571, dipnot 84.

uyuşturucunun bilahare satışa konu edilmesi nedeniyle ikinci hareketin, mantıksal olarak ilkinin devamı olduğu kabul edilecektir.

Bunun yanında, cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmemiz için aynı sosyal bağlam içinde icra edilen hareketlerin meydana getirdiği haksızlıkların niteliksel veya niceliksel olarak gittikçe ağırlaşması yani sonraki hareketin öncekine nispetle daha ağır bir haksızlık teşkil etmesi de gereklidir. Aksi halde, sonraki hareketle ihlal edilen normdan dolayı ceza verilmesinin, önceki hareketin normatif-sosyal değersizliğini de karşılamasından söz edilemeyecektir⁹¹. Haksızlığın ağırlaşması ise aynı hukuksal değer ihlali söz konusu olduğunda *niceliksel* olacaktır⁹². Örneğin reşit olmayanla cinsel ilişki ile nitelikli cinsel istismar suçlarına dair TCK m 104 ile TCK m 103/2'in her ikisi de *çocukların cinsel sömüründen korunma hakkını* korumaktadır. Ancak fail, bunlardan ilkinde iradesini etkileyen herhangi bir sebep meydana getirmeksizin reşit olmayan mağdurla cinsel ilişkiye girmekte iken ikincisinde mağduru cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple cinsel ilişkiye girmeye zorlamaktadır. Dolayısıyla nitelikli cinsel istismarın haksızlık içeriğinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna göre daha ağır olduğu şüphesizdir. Fail, mağdurla, önce iradesini etkileyen herhangi bir sebep meydana getirmeksizin cinsel ilişkiye girip ikinci kez aynı istemini kabul etmeyen mağduru bu kez cebirle cinsel ilişkiye zorlarsa aynı hukuksal değeri ihlal eden daha ağır bir haksızlığa sebebiyet vermiş olacaktır. Keza suç örgütüne üye olan kişinin (TCK m 220/2) bilahare yönetici (TCK m 220/1) olması⁹³ halinde *toplumsal düzen, barış ve güvenlik içinde yaşama hakkının* daha ağır bir fiille ihlalinden söz etmemiz kaçınılmazdır. Buna mukabil önceki ve sonraki hareketlerle, birbirine yakın ve çoğunlukla aralarında basamak ilişkisi olan *farklı* hukuksal değerlerin ihlali de söz konusu olabilir ve bu halde haksızlık artık aynı zamanda *niteliksel* olarak da gittikçe ağırlaşmaktadır⁹⁴. Örneğin kasten insan öldürme ile kasten insan yaralama suçları farklı hukuksal değerleri korumakta ise de bu hukuksal değerler arasında bir basamak ilişkisi bulunduğundan, failin önce mağduru kasten yaraladığı ve hemen sonra kasten öldürdüğü hallerde de haksızlığın gittikçe ağırlaştığı söylenebilecektir⁹⁵. Bu çerçevede cezalandırılmayan önceki hareket ilişkisi, aynı hukuksal değeri ihlale yönelmiş hareketler arasında söz konusu olabileceği gibi farklı ve fakat birbirine yakın hukuksal değerleri ihlale yönelmiş hareketler arasında da söz konusu olabilir⁹⁶.

⁹¹ Geçitli suç için bunu bir koşul olarak arayan ve cezalandırılmayan önceki hareketler için de aynı koşula atf yapan *bkz* Cavallo (n 3) 805-806.

⁹² Ranieri (n 3) 61; Ranieri (n 1) 427.

⁹³ Santas (n 82) 430.

⁹⁴ Ranieri (n 3) 62; Cavallo (n 3) 806.

⁹⁵ Cavallo (n 3) 806; Ranieri (n 1) 427.

⁹⁶ Cavallo (n 3) 806; Ranieri (n 3) 62.

Bununla birlikte, cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmek için her durumda, sonraki hareketin meydana getirdiği haksızlık, öncesine nazaran daha ağır olmalı; her iki hareket bu yönden aynı ya da yakın mahiyette olmamalıdır. Bu açıdan sonraki ihlal edici hareketin haksızlık içeriği, önceki ihlal nedeniyle failin cezalandırılmasını artık gereksiz kılacak kadar ağır olmalıdır⁹⁷. Zira cezalandırılmayan önceki hareketler açısından, daha ağır haksızlığı konu edinen norm nedeniyle failin cezalandırılması, diğerinin sosyal değersizliğini ve cezalandırılma amacını zaten karşılayacağından, aynı failin bir kez de daha hafif haksızlığı konu edinen norm nedeniyle cezalandırılması artık gereksiz hale gelmektedir⁹⁸. Dolayısıyla aynı hukuksal değeri ihlal etse bile aynı ya da yakın ağırlıkta birden fazla hareket söz konusu ise bir tüketen-tüketilen norm ilişkisinden söz etmek de mümkün olmayacak ve bu gibi hallerde her bir hareket ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁹⁹. Örneğin failin yetiştirdiği hint kenevirinden (TCK m 188/7) bilahare uyuşturucu imal ederek ihraç etmeye teşebbüs etmesi (TCK m 188/1) halinde, her ne kadar ikinci hareket, ilkinde göre daha ağır şekilde cezalandırılmakta ise de her ikisi de sağlıklı bir toplumsal çevrede yaşama hakkı açısından birbirine yakın ağırlıkta ihlallere karşılık geldiklerinden, burada cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edilmesi mümkün olmayıp fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹⁰⁰.

4. Failin Sonraki Hareketinin Cezalandırılabilir Olması

Cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmek için son olarak failin tipik ve hukuka aykırı sonraki hareketinin aynı zamanda cezalandırılabilir de olması yani sonraki hareket açısından ceza sorumluluğunun tüm unsurlarının gerçekleşmesi de şarttır. Esasen yukarıda belirttiğimiz üzere önceki hareketlerin cezalandırılmama nedeni failin sonraki hareketi nedeniyle cezalandırılmasının, önceki hareketinin sosyal değersizliğini ve cezalandırılma amacını zaten karşılaması ve bu nedenle aynı failin bir kez de daha hafif haksızlığı konu edinen norm nedeniyle cezalandırılmasının gereksiz hale gelmesidir. Bunun doğal sonucu olarak sonraki normun somut olaya uygulanarak failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı yani failin sonraki hareketi nedeniyle ceza sorumluluğunu kaldıran bir durumun mevzu bahis olduğu hallerde artık önceki normun geri çekilmesinin sebebi de ortadan kalkmış olacaktır. Haliyle bu halde cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁰¹.

⁹⁷ Cezalandırılan failin haksızlık içeriğinin diğerinin haksızlık içeriğinden daha fazla olması gerektiği yönünde bkz Akbulut (n 10) 871.

⁹⁸ Bkz Pagliaro (n 5) 200; Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Accardo (n 8) 55. Ayrıca bkz Heinrich (n 1) II 421.

⁹⁹ Bettiol (n 1) 509. Tüketen-tüketilen norm ilişkisi açısından genel olarak bu yönde bkz Pelissero (n 5) 610.

¹⁰⁰ Bu halde gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği yönünde bkz Göktürk (n 10) 163.

¹⁰¹ Sonraki hareketin cezalandırılabilir olmaması doktrinde çoğunlukla *geri çekilen normun uygulanabilme imkanı* başlığı altında incelenmektedir. Örneğin İçel'e göre kovuşturma şartlarının bulunmaması, zamanaşımı süresinin dolması, af, şahsi cezasızlık sebepleri gibi suçun unsurlarını etkilemeyen bir sebeple fail cezalandırılmıyorsa önceki hareket nedeniyle cezalandırılması da mümkün olmaz. Diğer hallerde, geri çekilen normun uygulanması mümkün olabilecektir ki *yazar* sonraki hareket için isnat kabiliyetinin bulunmaması yahut kusurluluğu kaldıran bir sebebin bulunmasını buna örnek olarak göstermiştir. Bkz İçel (n 4) 240 vd. Doktrinde bazı yazarlar ise *tüketen-tüketilen norm* yönünden görünüşte içtima açısından

Bu açıdan, suç oluşturan sonraki hareket yönünden cezalandırmayı tamamen ortadan kaldıran bir sebebin vaki olması halinde, artık önceki norm uygulanabilir hale gelecektir¹⁰². Bu nedenle örneğin sonraki hareket açısından failin; kusur yeteneğini kaldıran bir sebebin var olması, kaçınılmaz haksızlık hatasına düşmüş olması, cezasızlık sonucunu doğuran bir mazeret sebebinin söz konusu olması, objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmemesi- yahut şahsi cezasızlık sebebinin veya cezayı kaldıran şahsi sebebin söz konusu olması hallerinden birinin mevzu bahis olması nedeniyle cezalandırılması mümkün değilse, artık geri çekilen normun uygulanması gündeme gelecek, haliyle failin, ilk hareketi nedeniyle cezalandırılması mümkün olabilecektir¹⁰³. Örneğin (A) evvela ceza sorumluluğunu etkileyen herhangi bir sebep olmaksızın kasten yaraladığı mağdur (B) yerde yatarken bu sefer (C) tarafından maruz kaldığı ağır ve muhakkak bir tehdidin etkisi ile dönüp (B)'yi öldürmüş ise kusurunun bulunmaması (TCK m.28) dolayısıyla bu ikinci hareketinden dolayı cezalandırılmayacak ise de bu halde ilk icra ettiği kasten yaralama fiilinden dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmek için failin icra ettiği sonraki hareketler açısından ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebebin bulunmaması da şarttır.

B. Kapsamı

1. Genel Olarak

Cezalandırılmayan önceki hareketlerin hukuki temelini ve buna uygun olarak tâbi olduğu koşulları ortaya koyduktan sonra, bu koşulları sağlayan tüm hallerde faile yalnızca sonraki hareket nedeniyle ceza verilmesi ve önceki hareket nedeniyle ayrıca ceza verilmemesi gerektiğini ifade etmemiz kaçınılmaz olacaktır. Zira esasen tanım, hukuki nitelik ve koşullar, diğer hukuki kurumlar açısından olduğu gibi bu kurumun uygulama alanının da sınırlarını çizmektedir. Ancak doktrinde öteden beri yapılan sınıflandırma çerçevesinde, cezalandırılmayan önceki hareketlerin kapsamına giren çeşitli hallerin birbirinden ayrılmasının ve buna göre örneklendirilmesinin, bu hallerin kapsamının netleşmesi açısından oldukça faydalı olduğu da açıktır¹⁰⁴. Bu nedenle aşağıda evvela *bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri ile öncü suçlar*, sonrasında ise *sonradan işlenen kasıtlı hareketten önceki cezalandırılmayan hareketler* ayrı ayrı inceleme konusu yapılacak, her birinin gösterdiği özelliklere değinilecek ve bu kapsamda çeşitli örneklere yer verilecektir. Bilahare ise sonradan daha ağır bir haksızlığı oluşturan hareketin de *taksirli* olması ihtimali ayrıca

geri çekilen normun uygulanma imkanını kabul etmemektedir. Bu yazarlara göre, *tüketen-tüketilen norm ilişkisinde*, tüketen normdan dolayı ceza verilemediğinde artık tüketilen normdan da ceza vermek söz konusu olmayacaktır. *Bkz* Öztürk ve Erdem (n 23) 401; Akbulut (n 10) 869, 873.

¹⁰² *Bkz* ve *krş* Ranieri (n 3) 117.

¹⁰³ *Bkz* ve *krş* İçel (n 4) 280.

¹⁰⁴ *Bkz* yukarıda dipnot 8.

incelenecek ve bu halde de cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz etmek gerektiği ifade edilecektir.

2. Olağan Olarak Bağımsız Şekilde Cezalandırılmalarda da Hedef Suçun İcrasına Başlanması Nedeniyle Artık Cezalandırılmayan Hazırlık Hareketleri ve Öncü Suçlar

Hazırlık hareketleri açısından ceza hukukunda ilke bunların ceza sorumluluğunun konusu olmaması¹⁰⁵ ise de kanun koyucu bazı hallerde hazırlık hareketlerini bağımsız suç tipleri olarak kabul etmiştir¹⁰⁶. Bunların bir kısmında suç haline getirilen hazırlık hareketleri *münhasıran* hedef suçun hazırlık hareketi mahiyetindedir¹⁰⁷. İşte bu hallerde fail, hazırlık hareketlerini icra ettikten sonra hedef suçun icrasına da girişirse artık sadece bu suçtan dolayı sorumlu tutulacak, bir de hazırlık hareketini bağımsız olarak cezalandıran normdan dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁰⁸.

Bunun en tipik örneği *suç için anlaşma suçudur* (TCK m 316). Bu maddeye göre “*bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırlarsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir*”. Kanun koyucu, vatandaşların sosyal hayatlarını demokratik anayasal düzene göre idame ettirebilme haklarını güvence altına almak amacıyla TCK’nın ikinci kitabının, dördüncü kısmının, dördüncü ve beşinci bölümlerinde çeşitli suç tiplerine yer vermiş ve alıntılanan bu kanun hükmüyle de bu suç tiplerinden herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek amacıyla anlaşma yapılması şeklindeki hazırlık hareketini bağımsız olarak cezalandırılacağını öngörmüştür¹⁰⁹. Buna göre birden fazla kişi, örneğin TCK m 309’da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunu işlemek için anlaşır ancak henüz hedef suçun icrasına başlamadan yakalanırlarsa suç için anlaşma suçu nedeniyle sorumlu tutulacaklardır. Ancak bu kimseler hedef suçun

¹⁰⁵ Mezger (n 57) 405; v Hippel (n 1) 218; Bettiol (n 1) 446; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 523; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, Yayına hazırlayan: Köksal Bayraktar vd (14. Bası, Der 2019) 118; Önder (n 11) 399; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016) 501; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2016) 273; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (US-A 2019) 304; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020) 519; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 474 ve 481; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 627; Özgenç (n 1) 501, 506; Zafer (n 35) 496; Koca ve Üzülmöz (n 9) 422; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 35) 445; Hakeri (n 25) 490-491; Özen (n 23) 578; Dülger (n 11) 651; Ünal (n 39) 179.

¹⁰⁶ Mezger (n 57) 405; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 523-524; Dönmezer ve Erman (n 105) 118-119; Önder (n 11) 401; Soyaslan (n 105) 274; Özgenç (n 1) 506; Koca ve Üzülmöz (n 9) 422; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 35) 445; Hakeri (n 25) 492; Demirbaş (n 105) 482; Özen (n 23) 578; Dülger (n 11) 661; Ünal (n 39) 181.

¹⁰⁷ *Bkz* Önder (n 11) 401-402; Ünver (n 35) 776 vd. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yekdiğeri açısından hazırlık hareketi mahiyetinde olsa bile hedef alınan suçtan bağımsız bir hukuksal değer ihlalini konu alan suçun işlenmesi halinde, artık bunun cezalandırılmayan önceki hareket olduğundan söz edilebilmesi de mümkün değildir. İşlenmesi hedeflenen suçlardan bağımsız olarak toplumsal düzen, barış ve güvenlik içinde yaşama hakkını ihlal eden suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları gibi. *Bkz* Sarıttaş (n 82) 182-183.

¹⁰⁸ v Hippel (n 1) 253; Ranieri (n 1) 431; Padovani (n 1) 511; Ramacci e Guerrini (n 5) 469; İçel (n 4) 225-226.

¹⁰⁹ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 523, 594; Delpino e Pezzano (n 6) 63; Soyaslan (n 105) 320; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020) 833-834; Özgenç (n 1) 506; Koca ve Üzülmöz (n 9) 423; Ünal (n 39) 186-187. *Bkz* ve *kry* Mantovani (n 8) 314-315.

icrasına başlamışlarsa artık suç için anlaşma suçu cezalandırılmayan önceki hareket olarak kalacak ve failerin TCK m 316 gereğince ayrıca sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır¹¹⁰.

Keza, TCK m 197’de parada sahtecilik suçunu düzenleyen kanun koyucu TCK m 200’de ise “*paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi*”nin cezalandırılacağını öngörerek esasen parada sahtecilik suçunun hazırlık hareketlerini bağımsız suç tipi olarak düzenlemiştir¹¹¹. Bu çerçevede fail, sahte para üretmek amacıyla buna yarayan aletleri izinsiz olarak satın alır ve bu aşamada yakalanırsa TCK m 200 nedeniyle sorumlu tutulacaktır¹¹². Ancak bu aletleri kullanmak suretiyle elverişli hareketlerle para basma işine girişirse artık sadece TCK m 197 gereğince sorumlu tutulacak olan fail, ayrıca bir de TCK m 200 nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır^{113, 114}.

Diğer bazı hallerde ise aynı bağlam içinde ardı ardına işlenen suçlardan biri, diğerinin olağan *öncüsü* olabilir¹¹⁵. Bu gibi hallerde yukarıda bahsettiğimiz olasılıktan farklı olarak iki suç tipinden biri, diğerinin (=hedef suçun) münhasıran hazırlık hareketi mahiyetinde değildir ve bunların ihdası açısından hukuksal değer korunma alanının öne alınmasından da bahsedilemez. Ancak aynı hukuksal değeri farklı derecelerde ihlal eden fiiller, farklı suç tiplerinde düzenlenmiş olduğundan, birinin işlenmesinden evvel diğerinin işlenmesi *iter criministe* olağan bir aşamayı ifade eder¹¹⁶ ve dolayısıyla bu tip suçlarda bir amaç-araç ilişkisinden söz edilir¹¹⁷. Örneğin bir kimse hukuka uygun suretle girdiği bir bilişim sistemine de yetkisi olmamasına rağmen veri yerleştirebilir, ancak bu fiilin işlenmesi için çoğu zaman, öncesinde bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme fiilinin de işlenmesi gerekir. İşte bu gibi hallerde aynı bağlam içinde işlenen hareketlerle fail, amacını

¹¹⁰ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594; Delpino e Pezzano (n 6) 63; Soyaslan (n 109) 835.

¹¹¹ Delpino e Pezzano (n 6) 295; Ünal (n 39) 181.

¹¹² Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 593; Delpino e Pezzano (n 6) 295; Ünal (n 39) 182.

¹¹³ Cavallo (n 3) 806; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 593; Delpino e Pezzano (n 6) 295 (ancak yazarlar buradaki *cezazlılık* sonucunu, bu normun *tali* olmasına bağlamaktadır). *Dönmezer/Erman* ise TCK m 197 ile 200 arasındaki ilişkiyi *geçitli suç* çerçevesinde ele almaktadır *bkz* Dönmezer ve Erman (n 105) 650. Ancak aşağıda ifade edeceğimiz üzere geçitli suçta *hareket teklifi* söz konusu olup nitekim bu husus da aynı eserde “gerçekleştirilen ve hafiften ağıra doğru sıralanan neticelerin, aynı harekete tek bir nedensellik bağı ile bağlanması” şeklinde belirtilmiştir (*Ibid* 649). Oysa burada failin evvela sahte para basmaya yarayan aletleri edinmesi ve sonra sahte para basmaya girişmesi halinde *hareket çokluğunun* söz konusu olduğu açıktır. Bu nedenle bu örnek ve daha genel olarak hedeflenen suçun icrasına başlaması nedeniyle artık cezalandırılmayan hazırlık hareketleri açısından *geçitli suçtan* söz etmeye bizce olanak bulunmamaktadır.

¹¹⁴ Yargıtay 8’inci CD de bahsedilen suç tipiyle ilgili kararlarında TCK m 197 gereğince cezalandırılan failin ayrıca bir de TCK m 200 gereğince cezalandırılmayacağına içtihat etmekte ise de buna dair hukuki gerekçelendirme noktasında “eylemin kül halinde TCK m 197’de tanımlanan suçu oluşturmasından” söz etmektedir. Birçoğu yerine *bkz* Y8CD, 4725/17542, 10/6/2013: “Sanık Harun Özsoy’un eyleminin kül halinde TCKnun 198/1. maddesi yollamasıyla 197/1. maddesinde tanımlanan sahte altın basma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde TCKnun 200. maddesinden de hüküm kurulması...” (<https://www.corpus.com.tr>, erişim tarihi 2/3/2021).

¹¹⁵ Bettiol (n 1) 519; Padovani (n 1) 511; Ranieri (n 1) 429; Mantovani (n 1) 490; Pelissero (n 5) 613; Romano (n 1) 422; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; Delpino e Pezzano (n 3) 347.

¹¹⁶ *Bkz* Ranieri (n 1) 429; Cavallo (n 3) 807; Bettiol (n 1) 519.

¹¹⁷ Ranieri (n 1) 429; Vassalli (n 7) 512.

gerçekleştirebilmek için önce bilişim sistemine girmiş ve bilahare de sisteme veri yerleştirmiş ise yalnızca hedef suçtan dolayı cezalandırılacak kendisine ayrıca bir de öncü suçtan dolayı ceza verilmeyecektir. Bu nedenle bahsettiğimiz örnekte failin bilişim sistemine veri yerleştirmek için sisteme hukuka aykırı olarak girdiği hallerde artık TCK m 243/1, TCK m 244/2 karşısında geri çekilecek, faile yalnızca bu ikincisi nedeniyle ceza verilecektir¹¹⁸.

3. Sonradan İşlenen Kasıtlı Hareketten Önceki Cezalandırılmayan Hareketler

Cezalandırılmayan önceki hareketlerin en geniş grubunu *sonradan işlenen kasıtlı hareketten önceki cezalandırılmayan hareketler* teşkil etmektedir. Bu halde, yukarıda belirttiğimiz bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri yahut öncü suçlardan farklı olarak fail, belirli bir hareketi kasten ya da taksirle icra ettikten sonra, ortaya çıkan yeni amacı çerçevesinde, aynı konuda, aynı mağdura ait aynı ya da yakın bir başka hukuksal değeri kasten işlediği daha ağır mahiyette yeni bir fiille ihlal etmektedir¹¹⁹. Örneğin fail, başlangıçta öldürmek gibi bir amaca sahip olmadığı mağduru kasten ya da taksirle yaraladıktan ve bu hareketini tamamladıktan sonra yeni oluşan kastı çerçevesinde bu sefer onu öldürür¹²⁰. Bu gibi hallerde yukarıda

¹¹⁸ *Cezalandırılmayan önceki hareket* terimini kullanmamakla birlikte bu halde TCK m 244’de tanımlanan fiilin, TCK m 243’te tanımlanan fiilin haksızlık içeriğini karşılayacağı için *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* gereğince faile yalnızca TCK m 244 gereğince ceza verileceği, ayrıca TCK m 243’ün uygulanmayacağı yönünde *bkz* Durmuş Tezcan, M Ruhana Erdem ve R Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020) 1160. Failin bilişim sistemi üzerinde TCK m 244’te tanımlanan fiilleri icra edebilmesi için önce sisteme girmesi gerektiği, bu nedenle de iki norm arasında “geçitli suç” ilişkisi olduğu gerekçesiyle failin yalnızca TCK m 244 gereğince cezalandırılacağı yönünde *bkz* Soyaslan (n 109) 676. İki norm arasındaki ilişkiyi “geçitli suç” şeklinde tarif etmekle birlikte, kendileri geçitli suç kurumunu kabul etmedikleri için failin kastına göre hangi suçun oluştuğunun tespit edilmesi gerektiği yönünde *bkz* Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 72) 972. İki norm kapsamına girebilecek fiiller arasında bir zorunluluk ilişkisi söz konusu olmadığı için geçitli suçtan bahsedilemeyeceği, ancak bu halde *karma suçtan* bahsedilmesi gerektiği yönünde *bkz* Dülger (n 11) 931. İki normda tanımlanan fiillerin tümüyle örtüşmesi nedeniyle fikri içtima ilişkisinin söz konusu olduğu yönünde *bkz* Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7 Baskı, Adalet 2020) 906. Yargıtay 8’inci CD ise bu suç tipleri arasındaki hukuki ilişki açısından bir açıklamaya yer vermemektedir eğer TCK m 244 kapsamına giren bir fiil işlenmiş ise failin artık yalnızca bu suç nedeniyle cezalandırılacağı için etmektedir. Örneğin *bkz* Y8CD 14054/5891, 2/5/2016: “...katılana ait mail adresinin erişilmez kılındığı takdirde TCK nun 244/2. mail adresine girilmesi ancak bu adrese erişimin engellenmemesi halinde aynı yasanın 243/1. maddesi kapsamındaki suçların oluşacağı dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırmaya dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaaya aykırı” (<https://www.corpus.com.tr>, erişim tarihi 21/2/2021). Bu noktada örnek kabilinden belirtmemiz gerekir ki İt CK m 615-ter’in birinci fıkrasında bilişim sistemine girme fiilleri suç olarak düzenlenmişken, sisteme zarar verici fiiller aynı maddenin üçüncü fıkrasında suçun daha ağır cezaevi gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. *Bkz* Delpino e Pezzano (n 6) 510.

¹¹⁹ Ranieri (n 3) 60 vd; Ranieri (n 1) 427; Cavallo (n 3) 807; Vassalli (n 2) 1161; Bettiol (n 1) 519; Padovani (n 1) 511; Santaniello e Maruotti (n 8) 570; Pelissero (n 5) 614; Accardo (n 8) 116; Della Ragione (n 3) 192.

¹²⁰ Bettiol (n 1) 519; Mantovani (n 8) 338; Padovani (n 1) 511; Cavallo (n 3) 806; Pelissero (n 5) 615; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594; İçel (n 4) 220; Della Ragione (n 3) 192. Bu halde *doğal hareket teklifi* çerçevesinde önce yalnızca yaralama kastıyla, daha sonra ise öldürme kastıyla hareket etmiş ise failin yalnızca kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olacağını belirten ancak bunu *asli-tali norm ilişkisi* çerçevesinde açıklayan *bkz* Tezcan, Erdem ve Önok (n 118) 205. Bu halde meseleyi *sonradan eklenen/oluşan kast* başlığı altında ele alan ve bu halde failin kasten öldürme nedeniyle sorumlu olacağını ifade eden görüş için *bkz* Dönmezer ve Erman (n 105) 477; Hafizoğulları ve Özen (n 105) 261; Demirbaş (n 105) 389; Zafer (n 35) 301, özellikle dipnot 85; Hakeri (n 25) 229-230; Dülger (n 11) 830. Ayrıca *bkz* aşağıda dipnot 130. Ancak sonradan eklenen kast kavramının bir kast türü olarak kabul edilemeyeceği, bir tipiklik unsuru olarak kastın, bir diğer tipiklik unsuru olarak hareketin icrası ile hemzaman olması gerektiği, hareketin tamamlanmasından sonra oluşacak kastın geçmişteki harekete teşmil edilemeyeceğini haklı olarak dile getiren *bkz* Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 1) 403; Delpino e Pezzano (n 3) 177-178; Romano (n 1) 370-371; Önder (n 11) 282, 291; Koca ve Üzülmöz (n 9) 166-167; Öztürk ve Erdem (n 23) 244; Akbulut (n 10) 447. Bazı yazarlar ise bu kavrama yönelik eleştirileri kabul etmekle birlikte, bu kapsama giren hallerde *failin tek suçtan mı yoksa iki suçtan mı cezalandırılacağı* meselesine çözüm

belirttiğimiz koşulların söz konusu olması kaydıyla fail, aynı bağlamda işlediği hareketlerden yalnızca sonraki daha ağır hareket nedeniyle cezalandırılır ve faile önceki hareketi nedeniyle ayrıca ceza verilmez¹²¹.

Bu kapsamda önceki hareket evvela *kasten* işlenmiş olabilir. Bir başka deyişle fail kasten icra edip tamamladığı bir suçtan sonra aynı mağdura karşı, aynı konu üzerinde yeni bir suç işlemeye karar verebilir¹²². Bu çerçevede yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi fail sonrasında kasten öldürme suçunu işlediği için aynı bağlam içinde işlediği önceki kasten yaralama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaz. Keza, takip ettiği mağduru önce cinsel yönden taciz edip bilahare fırsat bulduğu anda cinsel saldırıda/istismarda bulunan faile yalnızca sonraki hareketi nedeniyle TCK m 102 veya 103 nedeniyle ceza verilecek ve artık bir kez de cinsel taciz nedeniyle TCK m 105 gereğince ayrıca ceza verilmeyecektir¹²³.

İki hareket arasındaki bu ilişki, sadece mağduru belirli bir kişi olan suçlarda değil ve fakat toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda da söz konusu olabilir¹²⁴. Örneğin suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte önce üye olan ve bu suretle *suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçunu* (TCK m 220/2) işleyen kimse, bilahare örgüt yöneticisi konumuna yükselmiş olabilir. Bu halde icra

bulunması açısından bu kavramdan yararlanmanın doğru olacağını (Özbek, Doğan ve Bacaksız [n 35] 264) veya burada iki kast ve iki suç olsa da hakimin suçları birbirinden ayrılarak denetim yapmasını kolaylaştıracağı için kullanılmasının kolaylık sağladığını (Zafer [n 36] 302) belirtmişlerdir. *Bizce eklenen kast* kavramının bir kast türü olduğundan bahsetmek hatta ceza hukukunda herhangi bir şekilde böyle bir kavrama yer vermek isabetli değildir. Eğer fail, kasten bir fiili icra edip sonra erdirdikten sonra oluşan yeni amacı çerçevesinde kasten yeni bir fiil icra etmişse artık iki ayrı fiilin ve haliyle iki ayrı kastın olduğu şüphesizdir. İki farklı fiilin söz konusu olması durumu, elbette önceki taksirli fiilden sonra kasıtlı bir fiilin işlenmesi hali için de geçerlidir. Mağdurun ve hukuksal değerın aynı olması da farklı bir değerlendirme yapmaya elverişli değildir. Bu halde iki farklı fiil, iki farklı suç tipini karşılamaktadır ve bu halde faile tek bir norm nedeniyle mi yoksa ihlal edilen iki norm nedeniyle mi ceza verileceği meselesi açısından ise *görünüşte içtima* ilkelerinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Yoksa, tek bir fiil ve tek bir manevi unsur varmış gibi değerlendirme yapmak ya da sonraki fiilin önceki fiili “kapsadığını” iddia etmek yahut sonradan ortaya çıkan amaç çerçevesinde failin başlangıçtan itibaren aynı kastla hareket ettiğini “varsaymak” *kast* kavramının yapısı ve *hareket* kavramıyla ilişkisi ile uyumlu olmayacaktır. *Bkz Önder* (n 11) 291-292.

¹²¹ Ranieri (n 3) 88; Ranieri (n 1) 427; Bettiol (n 1) 519; Cavallo (n 3) 806-807; Vassalli (n 2) 1161; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Padovani (n 1) 511; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 3) 594; İçel (n 4) 220; Della Ragione (n 3) 192.

¹²² Ranieri (n 3) 70; Padovani (n 1) 511; İçel (n 4) 220.

¹²³ Bu halde *cezalandırılmayan önceki hareketlerin* söz konusu olduğu yönünde *bkz* Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017) 250. *Cezalandırılmayan önceki hareketler* terimini kullanmamakla birlikte bu halde TCK m 102 ile TCK m 105 yönünden *tüketen-tüketilen norm ilişkisinden* söz edilmesi gerektiği ve failin yalnızca sonraki fiili nedeniyle TCK m 102 gereğince cezalandırılması gerektiği yönünde *bkz* Tezcan, Erdem ve Önok (n 118) 446. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yukarıda işaret ettiğimiz yakın tarihli bir kararında doktrinde zikrettiğimiz bu yönde görüşlere de atıf yaparak ardi ardına gerçekleştirilen bu tip cinsel hareketler açısından “cezalandırılmayan önceki hareketler” kurumunu kabul etmiştir. YCGK, 208/666, 26/11/2019: “Cinsel taciz suçu ile çocuğun cinsel istismarı (veya cinsel saldırı) suçu arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bu suçlardan birisinin işlenmesi için diğer suç normunun ihlalinde zorunluluk yoktur. Ancak çocuğun cinsel istismar suçunun hemen öncesinde, suç sırasında veya hemen sonrasında cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek sözler sarf edilmesi veya davranışlarda bulunulması hâlinde aynı hukuki menfaate yönelik daha ağır bir saldırı söz konusu olduğundan yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi gerekir. Cinsel saldırı ve cinsel taciz ile çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları arasında içtima ilişkisi bakımından farklı bir durum bulunmadığı gözetildiğinde bu husus doktrinde; cinsel taciz suçunun, cezalandırılmayan önceki fiil durumunda olduğu (Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s 250), TCK’nın 102. maddesindeki hükmün ‘Tüketen norm’ sıfatıyla 105. maddede ilişkin normu tükettiği (Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2017 s 399) şeklinde açıklanmıştır” <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 5/3/2021.

¹²⁴ Çeşitli örnekler için *bkz* Ranieri (n 3) 74 vd.

ettiği bu ikinci hareketiyle bağımsız bir suça (*suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu* – TCK m 220/1) sebebiyet veren fail bu nedenle TCK m 220/1 gereğince cezalandırılırken artık bir de önceki hareketi nedeniyle TCK m 220/2 gereğince cezalandırılmaz¹²⁵. Keza failin tümüyle kendi kullanımı için satın aldığı uyuşturucu maddenin bir kısmını bilahare bir başkasına satması halinde de her ne kadar ilki *kullanmak amacıyla uyuşturucu madde temin etme* suçunu (TCK m 191) ikincisi ise *uyuşturucu madde ticareti* suçunu (TCK m 188/3) teşkil eden iki farklı hareket söz konusu ise de fail, yalnızca sonraki hareketinden dolayı TCK m 188/3 nedeniyle cezalandırılacak, bunun yanında bir de önceki hareket nedeniyle TCK m 191 gereğince cezalandırılmayacaktır¹²⁶.

İkinci olarak önceki hareket *taksirli* şekilde gerçekleştirilmiş de olabilir¹²⁷. Bu ihtimalde fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışının ortaya çıkan sonuçlarını müşahede etmekte ve bu aşamada kendisinde yeni bir suç işleme kastı ortaya çıkmaktadır¹²⁸. Örneğin taksirle yaraladığı mağdurun bu durumunu görmesine rağmen onu ölüme terk eden fail açısından artık ihmal suretiyle kasten öldürme suçuna (TCK m 83) ilişkin kastın söz konusu olacağı şüphesizdir¹²⁹. Bu halde önceki taksirli hareketi ile vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği mağdurun, bu sefer yaşam hakkını kasten icra ettiği ihmali hareketiyle ihlal eden faile yalnızca ihmal suretiyle kasten öldürme suçu (TCK m 83) nedeniyle ceza verilecek, artık bir kez de taksirle yaralama suçu (TCK m 89) nedeniyle ceza verilmeyecektir¹³⁰. Ancak bu örnek,

¹²⁵ Sarıtaş (n 82) 430.

¹²⁶ Doktrinde ise çoğunlukla bu halde gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin hem TCK m 188/3 hem de TCK m 191 gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. *Bkz* Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Adalet 2020) 637; Tezcan, Erdem ve Önok (n 118) 1030.

¹²⁷ Ranieri (n 3) 71.

¹²⁸ İçel (n 4) 222. *Bkz* ve *Krş* Ranieri (n 3) 77.

¹²⁹ Ranieri (n 3) 71.

¹³⁰ Türk doktrininde bu örneği *cezalandırılmayan önceki hareketler* açısından veren ve bu halde tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle failin yalnızca TCK m 83 gereğince cezalandırılması gerektiğini belirten *bkz* Akbulut (n 10) 872. Bu durumda eğer sonraki suç tamamlanmış bir suç ise faillerin yalnızca kasıtlı fiillerden sorumlu tutulacağı ancak sonraki suç teşebbüs aşamasında kalmış ise artık aynı suçun taksirli şeklini düzenleyen normdan söz edilemeyeceği ve bunun sonucunda asal norm-yardımcı norm ilişkisinin varlığının da ileri sürülemeyeceği, buna göre taksirle yaraladığı mağduru bırakıp kaçan failin bu fiiline rağmen mağdur olmamışsa failin, hem taksirle yaralama ve hem de kasten öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği yönünde *bkz* İçel (n 4) 223. Meseleyi objektif isnadiyet çerçevesinde çözümleyen ve failin ardı ardına işlediği fiillerden ikincisinde kasıtlı bir suç söz konusu ise artık taksirli suç yönünden isnadiyetin ortadan kalkacağını belirten *bkz* Heinrich (n 1) I 162. Buna karşılık bu halde gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin hem taksirle yaralama hem de ihmal suretiyle kasten öldürme suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini belirten *bkz* Özgenç (n 1) 239, dipnot 246; Koca ve Üzümler (n 9) 409; Koca ve Üzümler (n 118) 151; Hakeri (n 25) 647-648; Soyaslan (n 109) 148. Meseleyi “sonradan eklenen kast” kavramı çerçevesinde ele alan ve bu halde önceki taksirli davranışın bağımsız varlığını koruyacağını, kastın eklenmesinden sonra yapılan hareketlerin başlı başına suç oluşturmaları halinde failin bu hareketlerinden dolayı ve kastı nedeniyle cezalandırılacağı ve bu halde her iki suç arasında suçların içtima hükümlerinin uygulanabileceğini belirten *bkz* Dönmezer ve Erman (n 105) 476-477. Yine sonradan eklenen kast çerçevesinde değerlendirme yapmakla birlikte başlangıçta taksirle yaralama suçuna sebebiyet veren failin, bilahare mağduru ölüme terk etmek suretiyle kastının ortaya çıktığını ve kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulması gerektiğini belirten *bkz* Antolisei (n 1) 364; Padovani (n 1) 261; Hafizoğulları ve Özen (n 105) 261; Demirbaş (n 105) 389; Zafer (n 35) 301; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 35) 263; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 300; Dülger (n 11) 426 (bu konuda *bkz* yukarıda dipnot 120). Failin, aracıyla çarptığı kişiye yardım etmesinden rağmen mağdur ölürse taksirle öldürme nedeniyle, yardım etmemesi dolayısıyla mağdur ölürse ve kastı varsa ihmal suretiyle kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği yönünde *bkz* Centel, Zafer ve Çakmut (n 105) 265. Bu halde failin “daha ağır netice” olarak TCK m 85 gereğince sorumlu tutulması gerektiği ve fikri içtima düşünülebilir de ilk suç kasten işlenmediği için fikri içtimadan söz edilemeyeceği yönünde *bkz* Özen (n 23) 240. Yargıtay I CD bir kararında, içtima meselesini ayrıca tartışmamış ve bilinçli taksirle öldürmeden verilen hükmü bozup

sonraki hareketin mutlaka ihmali olması gerektiği yorumuna sebebiyet vermemelidir. Fail sonraki kasıtlı hareketi icrai olarak işlemiş de olabilir. Örneğin gece karanlığında aracıyla taksirle çarparak yaraladığı kişinin hasmı olduğunu gören fail, fırsattan istifade etmek için silahını çekerek onu öldürebilir. Bu halde de sonradan işlenen kasıtlı hareketten önceki cezalandırılmayan taksirli hareket söz konusu olacaktır¹³¹.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki yukarıda ifade ettiğimiz koşulları sağladığı müddetçe önceki ve sonraki hareketlerin kapsamına girdiği suçların herhangi birinin veya her ikisinin tek veya çok, serbest ya da bağlı, ani ya da mütemadi hareketli suç mahiyetinde olmasının bu açıdan bir önemi olmayacağı gibi tehlike ya da zarar suçu olmasının da bir önemi olmayacaktır¹³².

4. Birbirini Takip Eden ve Gittikçe Ağırlaşan Taksirli Hareketler

Bir önceki başlıktaki açıklamalarımız çerçevesinde aynı ya da ilişkili bir başka hukuksal değeri ihlal eden ikinci hareketin kasıtlı olması halinde, eğer koşulları varsa fail, önceki hareketi nedeniyle ayrıca cezalandırılmayacaktır. Fakat failin daha hafif nitelikteki ilk hareketi taksirli iken¹³³ takip eden daha ağır nitelikteki ikinci

ihmal suretiyle kasten öldürme nedeniyle ceza verilmesi gerektiğinden söz etmiş ise de bu halde ayrıca taksirle yaralamadan hüküm kurulması gereğinden bahsetmemiştir. Böylece Daire, cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz etmemekle birlikte pratikte bu kurumun öngördüğü neticeyle aynı sonuca ulaşmıştır: “Olay tarihinde, kendisinin kullandığı araçla giderken çarptığı maktulü yolda sürükleyen sanık Yurt, öngelen tehlikeli davranışı nedeniyle yaraladığı maktule yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırmak, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle yükümlülüğü kasten yerine getirmeyip aracını durdurmuyarak, çarparak yaraladığı maktulün ölmemesini sağlamak için icrai bir davranışta bulunmayan sanık, meydana gelen ölüm neticesinden ihmali davranışla ölüme neden olmak suçundan TCK nun 83/2-b delaletiyle aynı Yasanın 83/3. maddesi gereğince sorumludur. Buna göre sanık hakkında 83/3. madde uyarınca makul bir temel ceza belirlenmek suretiyle hüküm kurulması gerektiği düşünülmeksizin, suç niteliğinin yanlış tayini ile TCK.nun 85/1, 22/3 ve 62/1. maddeleri gereğince hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Y 1 CD, 5828/7092, 27/11/2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 3/3/2021).

¹³¹ Bkz Ranieri (n 3) 77, dipnot 1. Bu örnek açısından tam aksi yönde görüş için bkz Hakeri (n 25) 647. *Yazar*, failin suç yolunda ilerlerken işlediği hafif suçun taksirli, ağır suçun ise kasıtlı olması halinde cezalandırılmayan önceki hareketlerin kabul edilemeyeceğini belirtmiş ancak bu görüşünü gerekçelendirmemiştir.

¹³² Bkz Ranieri (n 3) 66.

¹³³ Failin ilk hareketi kasıtlı ve sonraki taksirli ise artık daha ağır bir haksızlığın gerçekleştirilmesi mevzu bahis olamayacağı için cezalandırılmayan önceki hareketlerden de söz edilemeyecektir. Örneğin fail, önce kasten yaraladığı mağduru tedavi etmek isterken verdiği yanlış ilaçla taksirle onun ölümüne sebebiyet vermiş ise hem kasten yaralama hem de taksirle ölüme sebebiyet vermekten ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Burada ölüme sebebiyet verme yaralamaya göre daha ağır bir haksızlık ise de kast da taksire göre daha ağır bir haksızlık olduğundan, haksızlığın her durumunda bir bütün olarak gittikçe yoğunlaşmasından söz edilemeyecektir. Önceki hareketin kapsamına girdiği suç tipinin genel tehlike yaratan bir fiili önlemeyi hedeflemesi ve sonraki hareketin bununla bağlantılı olarak taksirle bir zarara sebebiyet vermesi (örneğin trafik güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde araç kullanan failin bu halde taksirli olarak bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi) halinde ise farklı hukuksal değerler korunduğu için cezalandırılmayan önceki hareketlere gitme olanağı zaten söz konusu olmayacaktır. Bu halde bir *asli-tali norm yönünden görünüşte içtima ilişkisi* mi olduğu yoksa fiillerin tam ayniyeti çerçevesinde *fikri içtima* hükümlerinin mi uygulanması gerektiği meselesi ise tartışmalıdır. Asli-tali norm yönünden görünüşte içtımın söz konusu olduğu yönünde bkz Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakar (n 1) 725; Öztürk ve Erdem (n 23) 400; Hakeri (n 25) 643; Muhammed Demirel, ‘Karar Analizi: Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi’ [2013] 71 (1), İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan, 1479-1488, 1480 vd. Fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz Göktürk (n 10) 154-155 (TCK m 171’ in madde gerekçesi de bu yöndedir). Yargıtay 12 CD ise yakın tarihli bir kararında bu hususta yerleşik uygulamaların asli-tali norm yönünden görünüşte içtima görünüşünün benimsenmesi yönünde olduğunu ortaya koymuştur: “Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; tehlikeli eylemin zarara yol açması ve her iki suçun birlikte işlenmesi halinde sanığın hangi suç nedeniyle cezalandırılacağı belirlenirken suçlar için Kanunda öngörülen cezaların ağırlığının değil, zarar suçu-tehlike suçu ölçütünün esas alınması suretiyle, sanığın taksirle öldürme/yaralama suçundan cezalandırılmasının mümkün olduğu halde sadece taksirle öldürme/yaralama suçundan cezalandırılması, taksirle öldürme/yaralama suçundan cezalandırmanın mümkün olmadığı halde ise, sanığın TCK’nın 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan

hareketinin de taksirli bir suça sebebiyet verdiği (örneğin doktorun, yanlış tıbbi müdahale nedeniyle mağdurun taksirle yaralanmasına sebebiyet vermesi üzerine, bu durumu gidermek için yaptığı ikinci tıbbi müdahalede bu sefer taksirle ölümüne sebep olması gibi) hallerde nasıl bir değerlendirme yapılacağı tartışmaya açıktır.

Bu konuda kabul edilen ve meseleyi görünüşte içtima ilkeleri dışında çözen bir görüşe göre failin sonradan ortaya çıkan taksirli hareketi, duruma göre ya hareket tekliği çerçevesinde değerlendirilecek ve faile yalnızca taksirle öldürme suçu nedeniyle ceza verilecek ya da gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır¹³⁴. Bu görüş, bu noktadaki ayrımı şu şekilde ortaya koymaktadır: Failin ikinci hareketi, birinci hareketle iç içe ve birinci taksirli hareketten ortaya çıkan tehlike durumundan doğmuşsa, ortada tek bir taksirli hareketin var olduğu kabul edilecektir. Örneğin fail, taksirli olarak yaraladığı mağduru ilk yardım kurallarına aykırı şekilde taşıyarak ölümüne sebebiyet vermiş ise söz konusu netice ilk kazadan ortaya çıkmıştır. Ancak ilk taksirli hareketin meydana getirdiği tehlike ile gerçekleşen ikinci hareket arasında sıkı bir bağlantı yoksa fail, her iki taksirli hareketinden dolayı ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Örneğin fail, taksirli olarak yaraladığı mağduru hastaneye taşıırken yine taksirli bir hareketi ile kaza yapıp bu sefer onun ölümüne sebebiyet vermiş ise gerçek içtima kurallarına göre hem taksirle yaralama hem de taksirle öldürme suçlarından dolayı sorumlu tutulacaktır¹³⁵.

Buna karşılık bizce, bu gibi hallerde de önceki hareketi düzenleyen normun uygulanması görünüştedir ve önceki taksirli hareket bu nedenle ayrıca cezalandırılmayacaktır¹³⁶. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere aynı hukuksal değeri ya da aralarında basamak ilişkisi olan yakın hukuksal değerleri gittikçe yoğunlaşan haksızlık içerikleriyle ihlal eden ve bu suretle normatif-sosyal bir birlik teşkil ettiklerinden, aynı değersizlik ve kusur yargısının konusu olan birden fazla fiil açısından, esasen

cezalandırılması gerektiği...” (Y 12 CD, 114/2011, 25/2/2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 4/3/2021).

¹³⁴ Bkz Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi* (Turhan 2005) 148-149.

¹³⁵ Keçelioğlu (n 134) 148. Bu görüş açısından, özellikle yapılan ayrımın eleştiriyeye açık olduğu belirtilmelidir. Zira verilen örneğe konu olayların her ikisinde de hareket çokluğunun söz konusu olduğu açıktır ve bunlardan ilkinin hareket tekliği ile aynı sonucu tabi kılmak için makul bir sebep gösterilmiş değildir. Nitekim bu örnekte fail, ilkinde trafik normlarından, ikincisinde ise ilk yardım yapılmasına dair tecrübe kurallarından kaynaklı iki farklı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmakta ve iki farklı tehlikeye sebebiyet vermektedir. Bu noktada “failin ikinci hareketinin, birinci hareketin ortaya çıkardığı tehlikeli sonuçtan doğduğu” ifade edilmiş ve ayrıca “fiiller arasında sıkı bağlantıdan” bahsedilmiş ise de aynı hususların pekâlâ ikinci örnek olay için de geçerli olduğunu iddia etmek mümkündür. Bu iki örneği, iki farklı sonuca tabi kılmanın adalet anlayışı açısından makul sayılmayacağı ise açıktır.

¹³⁶ İtalyan doktrininde *Ranieri* de failin önceki ve sonraki hareketlerinin sübjektif olarak birbiriyle ilişkili olması gerektiğini ancak bunun taksirli iki fiil şeklinde de husule gelebileceğini belirtmektedir. Fail önceki taksirli hareketinin sonuçlarını müşahade ettikten sonra aynı mağdura karşı yeni bir taksirli harekette bulunarak aynı ya da yakın bir hukuksal değerini daha ağır ihlaline sebebiyet vermiş ise önceki taksirli hareketin de cezalandırılmayan önceki hareket mahiyetinde olduğundan söz edilecektir. Bu çerçevede fail, taksirle yaraladığı mağdurun, bilahare taksirli ikinci bir fiili ile bu sefer ölümüne sebebiyet vermiş ise artık yalnızca taksirle öldürme suçu nedeniyle sorumlu olacaktır. Bkz *Ranieri* (n 3) 71. *Yazar* bu duruma, İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayı örnek göstermektedir. Bu kararda (*Corte di Cassazione, 11 gennaio 1940, Giust Pen 1941, II, 94*) deneyimsiz bir doktor, yaptığı tıbbi müdahalede bir kadının rahmine zarar vermiş, bilahare bunun meydana getirdiği tıbbi sorunu giderebilmek için yaptığı daha sonraki müdahalelerde ise bu sefer diğer iç organlarına zarar vererek hastanın ölümüne sebebiyet vermiştir. *Ranieri*, bu hadise açısından tipik bir *suçta ilerleme* vakasından (bkz yukarıda dipnot 8) söz edilmesi gerektiğini ve sonraki taksirle öldürme suçunun, önceki taksirli yaralama suçunu tüketeceğini belirtmiştir (*Ibid* 71, dipnot 1).

uygulanabilir tek bir normun bulunduğundan söz etmek gerekecektir¹³⁷. Böyle bir değerlendirme açısından ise daha ağır nitelikteki fiili konu edinen norm ön planda olacak ve bu norm nedeniyle failin cezalandırılması, diğerinin sosyal değersizliğini ve cezalandırılma amacını zaten karşılayacağından, aynı failin bir kez de daha hafif nitelikteki fiili konu edinen norm nedeniyle cezalandırılmasını artık gereksiz kılacaktır¹³⁸. Bu durum, birbirini takip eden ancak gittikçe daha ağır bir haksızlığa sebebiyet veren iki taksirli hareket açısından da cari olacağından, bu ihtimalde farklı bir sonuca varmamız için bir sebep söz konusu değildir¹³⁹. Bu nedenle taksirli olarak yaraladığı mağduru hastaneye taşıırken yine taksirli bir hareketi ile kaza yapıp bu sefer onun ölümüne sebebiyet vermiş olan fail, yalnızca taksirle öldürme suçu (TCK m 85) açısından sorumlu tutulacak olup artık bir de taksirle yaralama (TCK m 89) suçu nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

III. Benzer Kavramlardan Farkları

A. Cezalandırmanın Alanını Genişleten Normlardan Farkları

Cezalandırmanın alanını genişleten kimi normlar da görünüşte içtima ilişkilerine sebebiyet vermekte¹⁴⁰ ise de esasen bu normların uygulandığı hallerde gerçek anlamda suç çokluğundan bahsedilmesi mümkün değildir¹⁴¹. Gerçekten, cezalandırılmanın alanını genişleten normlardan *suça teşebbüs* halinde esasen henüz suç tipini tam olarak karşılamayan bir hareketin belirli koşullarda cezalandırılması söz konusudur¹⁴². Ancak burada suça teşebbüs normu bağımsız bir ceza normu olmadığından, failin teşebbüs aşamasını geçerek suçu tamamlaması halinde ayrıca suça teşebbüs hükmünden dolayı cezalandırılmamasının nedeni, teşebbüsten dolayı ceza öngören normun *tamamlayıcı* nitelikte olmasıdır. Yoksa burada birbirini takip eden hareketlerle ihlal edilen iki bağımsız ceza normu söz konusu değildir¹⁴³. Keza *suça iştiraki* düzenleyen normlar da aynı şekilde tamamlayıcılık niteliği taşıdığından bir kimsenin önce azmettirdiği suça sonra müşterek fail olarak katılması halinde yalnızca fail olarak sorumlu tutulması, suça azmettirmeye ilişkin normun yardımcılık

¹³⁷ Fiandaca e Musco (n 4) 391.

¹³⁸ Pagliaro (n 5) 200, 203-204; Fiandaca e Musco (n 4) 389 ve 391; Accardo (n 8) 55. Ayrıca bkz Heinrich (n 1) II 421.

¹³⁹ Ranieri (n 3) 71.

¹⁴⁰ Mezger (n 57) 489; Bettiol (n 1) 519; Heinrich (n 1) II 424; Akbulut (n 10) 871.

¹⁴¹ Ranieri (n 3) 82.

¹⁴² Mezger (n 57) 397; Bettiol (n 1) 439, 516; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 1) 669; Cadoppi e Veneziani (n 5) 454; Santaniello e Maruotti (n 8) 501; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs* (Kazancı 1994) 46; Dönmezer ve Erman (n 105) 108; İçel (n 105) 494; Toroslu ve Toroslu (n 33) 300; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 622; Centel, Zafer ve Çakmut (n 105) 453; Özgenç (n 1) 502; Koca ve Üzülmöz (n 9) 416-417; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 787; Demirbaş (n 105) 475; Özen (n 23) 506.

¹⁴³ Bettiol (n 1) 442; Sözüer (n 141) 46; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 623; Özgenç (n 1) 502; Koca ve Üzülmöz (n 9) 417; İçel (n 105) 494; Toroslu ve Toroslu (n 33) 300; Soyaslan (n 105) 329; Demirbaş (n 105) 475; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 63) 786; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 35) 570; Akbulut (n 10) 698; Ünal (n 39) 171. Ayrıca bkz Ranieri (n 3) 82; İçel (n 4) 213-214. Krş Cadoppi e Veneziani (n 5) 459.

niteliğinden dolayıdır¹⁴⁴. Yoksa burada da ardı ardına ihlal edilen iki bağımsız ceza normu söz konusu değildir. Bu çerçevede, belirtilen bu hallerde cezalandırılmayan önceki hareketler kurumuna başvurmaya gerek de yoktur¹⁴⁵.

B. Geçitli Suçtan Farkları

Türk ve İtalyan doktrinlerinde genel olarak kabul edildiği üzere geçitli suçlar, failin bir suçu işleyebilmek için aynı hukuksal değeri koruyan bir başka suçtan geçmek zorunda olduğu suçları ifade etmektedir¹⁴⁶. Örneğin kasten öldürme suçunun işlenebilmesi için aynı zamanda kasten yaralama suç tipine de uyan bir hareketin icrası zorunludur. Bu itibarla, burada bir geçitli suçtan söz edilir ve bu halde faile yalnızca kasten öldürme suçundan dolayı ceza verilir¹⁴⁷. Buradaki ölüm neticesi, zorunlu olarak yaralama neticesini de bünyesinde barındırdığından ve dolayısıyla ikinci ihlalin söz konusu olabilmesi için birinci ihlalin icrası zorunlu olduğundan, fail basamak mahiyetindeki birinci ihlalden kural olarak sorumlu tutulmamaktadır¹⁴⁸. Ancak bunun için failin amacının, başlangıçtan itibaren daha ağır neticeyi gerçekleştirmeye yönelmesi gereklidir¹⁴⁹. Görüleceği üzere geçitli suçta da bir *görünüşte içtima hali* söz konusudur ve bu gibi hallerde geçit niteliğindeki suçu düzenleyen normun ihlali gerçek değil görünüştedir. Ancak bu kurumun hangi görünüşte içtima ilkesi ile açıklanması gerektiği hususu oldukça tartışmalıdır¹⁵⁰. Bu nedenle kimi yazarlar kendi tanımlarına göre geçitli suçları da cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında kabul etmişlerdir¹⁵¹.

¹⁴⁴ Mezger (n 57) 489-490; Bettiol (n 1) 518; İçel (n 4) 214; İçel (n 105) 532; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 725; Koca ve Üzülmöz (n 9) 559; Demirbaş (n 105) 512; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 35) 570; Zafer (n 35) 519; Akbulut (n 10) 871.

¹⁴⁵ Suça teşebbüs normu ile teşebbüs edilen suçu düzenleyen norm arasındaki ilişkiyi de cezalandırılmayan önceki hareketlere örnek olarak gösteren *bkz v Hippel* (n 1) 253-254.

¹⁴⁶ Santoro (n 1) 537; Ranieri (n 3) 13-14; Ranieri (n 1) 84, 430; Antolisei (n 1) 543; Cavallo (n 3) 804; Padovani (n 1) 511; Bettiol (n 1) 519; Vassalli (n 2) 1155; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Delpino e Pezzano (n 3) 346; Della Ragione (n 3) 185; Accardo (n 8) 115; Dönmez ve Erman (n 105) 649; İçel (n 4) 229; İçel (n 105) 623; Önder (n 11) 485; Soyaslan (n 105) 265; Hafizoğulları ve Özen (n 105) 192; Demirbaş (n 105) 554; Zafer (n 35) 565; Özen (n 23) 234; Dülger (n 11) 829.

¹⁴⁷ Santoro (n 1) 537; Ranieri (n 3) 27; Cavallo (n 3) 804; Bettiol (n 1) 519; Padovani (n 1) 511; Delpino e Pezzano (n 3) 347; Dönmez ve Erman (n 105) 650; İçel (n 105) 624; Soyaslan (n 105) 266; Demirbaş (n 105) 554; Zafer (n 35) 566; Della Ragione (n 3) 191-192.

¹⁴⁸ Cavallo (n 3) 804-805; Vassalli (n 2) 1158; Ranieri (n 3) 18; Ramacci e Guerrini (n 5) 468; Della Ragione (n 3) 184.

¹⁴⁹ Ranieri (n 3) 16; Vassalli (n 2) 1161; Dönmez ve Erman (n 105) 649; İçel (n 4) 237; İçel (n 105) 625; Della Ragione (n 3) 186, 193; Accardo (n 8) 115. *Krş Santoro* (n 1) 537.

¹⁵⁰ Bu konuda detaylı bir inceleme için *bkz Mantovani* (n 8) 299 vd. Ayrıca *bkz Ranieri* (n 3) 30 vd; Vassalli (n 2) 1155 vd. Geçitli suç, geniş anlamda bileşik suçun bir örneği olarak kabul eden ve özel-norm genel norm yönünden görünüşte içtimam bir uygulaması olarak ele alan görüş için *bkz Antolisei* (n 1) 543; Caraccioli (n 9) 552; Cadoppi e Veneziani (n 5) 518; Santaniello e Maruotti (n 8) 566. Bu yöndeki diğer görüşler için *bkz Mantovani* (n 8) 302. Bu kurumu *tüketen-tüketilen norm yönünden görünüşte içtima* kapsamında değerlendirir de bağımsız bir kurum olmasına atıf yapan görüş için *bkz Ranieri* (n 3) 46-48. Keza aynı yönde *bkz Bettiol* (n 1) 519; Della Ragione (n 3) 186. Bu kurumun *asli norm-tali norm ilişkisinin* özel bir uygulaması mahiyetinde olduğu yönünde *bkz Vassalli* (n 2) 1160; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 349. Kurumun özerkliğini reddeden ve gösterilen örneklerin duruma göre bileşik suç veya cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında ele alınabileceğini belirten *bkz Romano* (n 1) 422. Bizatihi kavrama yönelik eleştiri için *bkz Mantovani* (n 8) 304 vd; Mantovani (n 1) 487-488.

¹⁵¹ *Bkz İçel* (n 4) 231. *Krş Ranieri* (n 3) 38-39.

Bununla birlikte dikkat edilirse geçitli suçta esasen *hareket tekliği* söz konusudur¹⁵². Nitekim yukarıda verdiğimiz örneği ele alırsak; fail hukuki anlamda tek bir hareket icra ederek mağduru bıçaklamış ve yaralanan mağdur bunun etkisiyle ölmüştür. Haliyle, burada cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışma konusu olabilecek bir *önceki-sonraki hareket ayrılığı* söz konusu değildir. Dolayısıyla *hareket tekliğinin* söz konusu olduğu geçitli suçta, cezalandırılmayan önceki – sonraki hareket ilişkisinden söz etmek ve bu nedenle geçitli suçu cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında telakki etmek olanaklı değildir¹⁵³.

C. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçtan Farkları

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar da mahiyeti itibariyle geçitli suçlara benzemektedir. Ancak burada failin amacı kural olarak başlangıçtan itibaren ağırlaşan neticeleri gerçekleştirmek değildir¹⁵⁴. Burada failin, yalnızca ağırlaşan neticeden (örneğin TCK m 87/4 nedeniyle) sorumlu olması, buna karşılık gerçekleştirmeyi kastettiği neticeden (örneğin TCK m 86/1 nedeniyle) ayrıca sorumlu olmaması da görünüşte içtima ilişkisine sebebiyet vermekteyse de burada *özel-genel norm ilişkisinden* söz edilmektedir¹⁵⁵. Ayrıca geçitli suçta olduğu gibi burada da hareket çokluğu değil *hareket tekliği* söz konusudur¹⁵⁶. Dolayısıyla burada da bir cezalandırılmayan önceki hareket halinden söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

D. Cezalandırılmayan Sonraki Hareketlerden Farkları

Cezalandırılmayan sonraki hareketler, mahiyeti itibariyle cezalandırılmayan önceki hareketlere oldukça benzerdir ve hatta bunlar da *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* temeline dayanırlar¹⁵⁷. Bunun yanında burada da hareket çokluğu söz konusu olup her biri, farklı bir ceza normunu ihlal eden hareketlerden sonrakiler, öncekiler

¹⁵² Ranieri (n 3) 16-17; Vassalli (n 7) 508; Santaniello e Maruotti (n 8) 567; Cadoppi e Veneziani (n 5) 518; Della Ragione (n 3) 185, 193.

¹⁵³ Ranieri (n 3) 38; Vassalli (n 7) 508; Cadoppi e Veneziani (n 5) 518. *Krş* Mantovani (n 8) 309-310. Türk doktrininde İçel geçitli suçu da cezalandırılmayan önceki hareketlerin kapsamında kabul etmektedir. Nitekim *yazar*, geçitli suçun koşullarını sıralarken “önceki fiilin faili ve mağduru ile sonraki fiilin failinin ve mağdurunun aynı olmasına” ve “failin hareketi ile ağırlaşan neticeler arasında nedensellik bağının bulunmasına” yer vermektedir. İçel (n 4) 235-236. Aynı yönde *bkz* Hakeri (n 25) 645. Esasen bu görüş, *yazarların* fiil tekliği ve fiil çokluğu ayırımında neticeye üstünlük tanınmasının (*bkz* İçel [n 4] 34; Hakeri [n 25] 630-631) tutarlı bir sonucudur. Haliyle bu yazarların görüşüne göre tek bir hareket olsa dahi eğer birden fazla netice varsa fiil de önceki ve sonraki olarak ayrılabilir şekilde birden fazla olacaktır. Buna karşılık *Dülger* ise bu hususta *harekete* üstünlük tanınmasına ve geçitli suçlarda “ağırlaşan sonuçların failin hareketine tek nedensellikte bağlanması” gerektiğini belirtmesine rağmen yine de geçitli suçu, cezalandırılmayan önceki hareketlerin bir türü olarak kabul etmektedir *bkz* Dülger (n 11) 829 ve 767.

¹⁵⁴ *Bkz* Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar* (2 Bası, Adalet 2015) 30, 236; Mahmutoglu ve Karadeniz (n 63) 397. Failin ağır veya başka netice açısından kastının var olup olmayacağı ve bu kapsamda gerçek/görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suç tasnifi açısından *bkz* Koca ve Üzülmmez (n 9) 246.

¹⁵⁵ Koca ve Üzülmmez (n 9) 555; Özen (n 23) 733; Doğan (n 153) 288, 290.

¹⁵⁶ Akbulut (n 10) 509; Doğan (n 153) 109.

¹⁵⁷ Bettiol (n 1) 519-520; Cavallo (n 3) 807-808; Hilgendorf ve Valerius (n 7) 332; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 725; Koca ve Üzülmmez (n 9) 555-556; Demirbaş (n 105) 554; Zafer (n 35) 566; Akbulut (n 10) 872; Özen (n 23) 737; Dülger (n 11) 819. *Krş* Vassalli (n 7) 517.

cezalandırıldığı için artık cezalandırılmamaktadır¹⁵⁸. Örneğin, failin çaldığı malı yakması halinde aslında hem hırsızlık suçlarına (TCK m 141 vd) hem de mala zarar verme suçuna (TCK m 151 vd) ilişkin normlar ihlal edilmiş olmasına rağmen fail yalnızca hırsızlık suçlarından dolayı cezalandırılır, artık bir de mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılmaz¹⁵⁹. Esasen aynı hukuki temele dayansalar da cezalandırılmayan önceki hareketlerin koşulları ve kapsamı cezalandırılmayan sonraki hareketlerden farklı olup en genel ifadesiyle gittikçe daha ağır bir haksızlığa sebebiyet verildiği hallerde cezalandırılmayan önceki hareketlerden; buna karşılık ilk ihlalin meydana getirdiği haksızlığın, ikincisinden ayrıca cezalandırmayı artık gereksiz kılacak ağırlıkta olması halinde ise cezalandırılmayan sonraki hareketlerden bahsedilecektir¹⁶⁰.

IV. Suça Teşebbüs ve Suça İştirak Hükümlerinin Uygulanması Açısından Cezalandırılmayan Önceki Hareketler

A. Suça Teşebbüs Hükümlerinin Uygulanması Açısından

Cezalandırılmayan önceki hareketler açısından failin icra ettiği ve birbirini takip eden hareketlerden önceki, sonraki veya her ikisi teşebbüs aşamasında kalmış olabilir ancak bu durum, önceki hareketlerin cezalandırılmaması ve faille yalnızca sonraki hareket nedeniyle ceza verilmesi gereğini değiştirmeyecektir. Örneğin fail, hasmını yaralamak isterken hareketi suça teşebbüs aşamasında kalabilir ancak devamında sonradan ortaya çıkan kastı çerçevesinde mağduru öldürebilir¹⁶¹. Yahut tersine, fail taksirle yaraladığı mağduru daha sonra öldürmeye karar verebilir ancak elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaz¹⁶² veya failin hem önceki kasten yaralama hem de sonraki kasten öldürme mahiyetindeki hareketlerinin her ikisi de

¹⁵⁸ Cavallo (n 3) 807; Ranieri (n 1) 88, 431; Ranieri (n 3) 91; Bettiol (n 1) 519; Fiandaca e Musco (n 4) 391; Pelissero (n 5) 613; Heinrich (n 1) II 429; Vassalli (n 7) 517-518; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519.

¹⁵⁹ Vassalli (n 7) 518; Cavallo (n 3) 808; Ranieri (n 1) 88; İçel (n 4) 196; Önder (n 11) 483; Demirbaş (n 105) 554; Akbulut (n 10) 873; Özen (n 23) 737; Dülger (n 11) 819.

¹⁶⁰ Bettiol (n 1) 519-520; Cavallo (n 3) 808; Cadoppi e Veneziani (n 5) 519; İçel (n 4) 180-181.

¹⁶¹ Ranieri (n 3) 100.

¹⁶² İçel, failin önceki taksirli hareketini takip eden kasıtlı hareketine dayanan failin teşebbüs aşamasında kalması halinde bir ayırım yapılması gerektiği fikrindedir. Buna göre taksirli suç ile teşebbüs aşamasında kalmış kasıtlı suç "aynı suç" iseler "suçun taksirli şeklini düzenleyen normun yardımcı niteliği nedeniyle, sadece teşebbüs derecesinde kalmış kasıtlı suçtan dolayı fail sorumlu tutulmalıdır [...]. Buna karşılık, taksirle işlenen suç, ikinci failin teşebbüs derecesinde kalması nedeniyle başka bir suç haline girmişse, artık aynı suçun taksirli şeklini düzenleyen normdan söz edilemeyecek ve bunun sonucunda asal - yardımcı norm ilişkisinin varlığı da ileri sürülemeyecektir" İçel (n 4) 223. Buna göre taksirle yaraladığı mağduru bırakıp kaçan failin bu fiiline rağmen mağdur bir başkası tarafından kurbanılmışsa fail hem taksirle yaralama ve hem de kasten öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulmalıdır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bize göre konumuz açısından önceki hareketlerin cezalandırılmama nedeni, taksirli suçların kasti suçlara göre ikincil niteliğine değil, normlar arasındaki korunan hukuksal değer bağlantısına ve fiiller arasındaki değer ilişkisine dayanmaktadır. Bu bağlantı ve ilişki, sonraki failin kasten öldürme mahiyetinde olması halinde, önceki yaralama failinin kasten olması ile taksirle olması arasında bir farklılık meydana getirmeye imkan tanıyamayacaktır. Zira failin bir kimseyi önce yaralayıp sonra öldürmeye karar vermesi halinde önceki yaralama ister taksirle ister kasten gerçekleştirilmiş olsun, neticede fail, aralarında mantıksal bir basamak ilişkisi olan yakın hukuksal değerleri aynı bağlam içinde ihlal etmekte ve ikinci ihlal ilkine nispetle daha ağır bir haksızlığa karşılık gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, sonraki failin teşebbüs aşamasında kalması, önceki failin kasten veya taksirle işlenmesi açısından bir farklılık meydana getirmeye elbette müsait olmayacaktır. *Bkz* Ranieri (n 3) 103-104.

teşebbüs aşamasında kalabilir. Bu ihtimallerin tamamında, yukarıda tarif ettiğimiz tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle faile ancak sonraki hareketi nedeniyle ceza verilecektir. Sonraki hareketin suça teşebbüs aşamasında kalmış olmasının buna bir etkisi olamayacağı gibi önceki hareketin tamamlanmış olmasının da buna bir etkisi söz konusu değildir¹⁶³. Zira suça teşebbüs halinde fail, elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlayarak normun koruma objesi üzerinde bir tehlike meydana getirmiş ve bu şekilde korunan hukuksal değeri ihlal etmiş olmaktadır¹⁶⁴. Buradaki haksızlık yoğunluğu, tamamlanmış suça göre daha azdır¹⁶⁵. Ancak her durumda birden fazla norm arasındaki ihlal ilişkisi, somut olayda meydana gelen haksızlığın her bir norm özelindeki yoğunluğundan bağımsız olduğu için önceki veya sonraki hareketlerin veya bunların her ikisinin teşebbüs aşamasında kalması tüketen-tüketilen norm ilişkisini etkilemeyecektir. Bu çerçevede, eğer somut olayda cezalandırılmayan önceki hareketlerin koşulları varsa sonraki hareket suça teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile faile tamamlanmış önceki hareketinden dolayı değil yalnızca sonraki hareketinden dolayı ceza verilecektir¹⁶⁶.

B. Suça İştirak Hükümlerinin Uygulanması Açısından

Cezalandırılmayan önceki hareketler açısından suça iştirak noktasında farklı ihtimallerle karşılaşmak olasıdır. Örneğin bir kimse, bu hareketlerden yalnızca birine iştirak etmiş ya da her iki harekete farklı rollerle iştirak etmiş olabilir. Eğer bir kimse yalnızca sonraki harekete iştirak etmiş ise cezalandırılmayan önceki hareketler açısından bir farklılık söz konusu olmayacaktır¹⁶⁷. Zira bu kimse açısından cezalandırılması tartışma konusu olan bir “önceki hareket” söz konusu değildir. Buna paralel şekilde, bir kimse yalnızca önceki hareketin icrasına iştirak etmiş de olabilir. Bu ihtimalde, her iki hareketin icrasına da katılan diğer failin önceki hareketinden dolayı ayrıca cezalandırılmaması, yalnızca ilk harekete iştirak eden kimsenin sorumluluk statüsünü elbette etkilemeyecektir¹⁶⁸. Zira cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmek için tipe uygun ve hukuka aykırı birden fazla hareketin söz konusu olması şarttır ve bir kimse yalnızca tek bir suça iştirak etmiş ise suç ortağının sonradan işlediği takip eden suçun, onun sorumluluk statüsünü etkilemesi söz konusu olmayacaktır¹⁶⁹. Örneğin (A) ve (B), müşterek hareketle (C)’yi yaralamış, daha sonra (B) olay yerinden ayrılmışken (A) dönüp (C)’yi öldürmüştü, (B) yalnızca kasten yaralama suçundan, (A) ise yalnızca sonraki kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

¹⁶³ Ranieri (n 3) 102.

¹⁶⁴ Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 1) 671; Sözüler (n 141) 148-149; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 622; Özgenç (n 1) 502; Centel, Zafer ve Çakımtut (n 105) 455; Koca ve Üzülmöz (n 9) 419; Ünal (n 39) 170-171.

¹⁶⁵ Akbulut (n 10) 698; Göktürk (n 10) 38.

¹⁶⁶ Ranieri (n 3) 102, 104.

¹⁶⁷ Ranieri (n 3) 108.

¹⁶⁸ Akbulut (n 10) 873.

¹⁶⁹ Bkz İçel (n 4) 227; Ranieri (n 3) 108.

Bir kimsenin, önceki ve sonraki hareketlere, farklı iştirak statüleri ile katılmasının da yalnızca sonraki hareketten ceza verilmesi ilkesine bir istisna getirmesi mümkün değildir. Örneğin müşterek failler (A) ve (B), (C)'yi yaralamış ve mağdur yerde yatarken olay yerinden uzaklaşmaya başlamışlar fakat bu sırada (B), dönüp (C)'yi öldürmek hususunda (A)'yı azmettirmiş olabilir. Bu halde (A) eğer mağduru öldürürse yalnızca kasten öldürme suçu nedeniyle sorumlu tutulabileceği gibi (B) de yalnızca bu suça azmettirme nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Bu halde her ikisi de müşterek fail olarak gerçekleştirdikleri önceki kasten yaralama hareketinden dolayı sorumlu tutulamayacaklardır¹⁷⁰. (B)'nin sonraki hareketi açısından örneğin yalnızca yardım eden olarak sorumlu tutulması, bir de müşterek fail olarak yer aldığı önceki fiilden sorumlu tutulması sonucunu doğurmayacaktır. Dikkat edilmelidir ki bir asli norm-tali norm yönünden görünüşte içtima türü olan *faillik – şeriklik önceliği* ancak hareket teklifinin söz konusu olduğu durumlara özgü olup farklı hareketlerin icrası açısından farklı rolleri almanın bu durumla bir ilgisi söz konusu değildir¹⁷¹.

V. Cezalandırılmayan Önceki Hareketlerin Hukuki Sonuçları

A. Ceza Hukuku Açısından Sonuçları

Cezalandırılmayan önceki hareketlerde failin, birden fazla fiilinden yalnızca sonrakinden dolayı cezalandırılması mümkün olacağından, önceki hareketi düzenleyen normun somut olaya herhangi bir şekilde uygulanabilmesi mümkün değildir¹⁷². Dolayısıyla cezalandırılmayan önceki hareketlere ilişkin koşulların gerçekleştiği hallerde fail yalnızca sonraki hareketinden dolayı cezalandırılacak, önceki hareketinden dolayı cezalandırılması mümkün olamayacağı gibi bu durum, sonraki hareketten dolayı verilecek cezayı da etkilemeyecektir¹⁷³. Dolayısıyla sonraki hareketten dolayı ceza belirlenirken veya bireyselleştirilirken, cezalandırılmayan önceki hareket herhangi bir suretle göz önünde bulundurulmayacaktır¹⁷⁴. Bu belirttiğimiz hususların doğal sonucu olarak suçun işlenme zamanı ve yeri sonraki harekete göre belirleneceği gibi zamanaşımı açısından da sonraki hareket nazara alınarak bir değerlendirme yapılacaktır¹⁷⁵. Önceki hareket tekerrür ya da itiyadi suç hükümlerinin uygulanmasına da imkân tanımayacaktır¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Birlikte icra edilen önceki hareket taksirli bir suç tipine uyuyor da olabilir. Örneğin inşaat işçileri (A) ve (B) beraberce kaldırıkları bir kalası yoldan geçen bir kimse olup olmadığına dikkat etmeksizin yola atmışlar ve oradan geçmekte olan (C)'yi yaralamışlardır (örnek için *bkz* Önder [n 11] 445; Özgenç [n 1] 289). Bilahare aşağıya bakan (A) yaraladıkları ve yerde yatmakta olan kişinin aslında hasmı olduğunu görür ve fırsatı değerlendirerek aşağıya inip (C)'yi öldürürse (A) yalnızca kasten öldürme suçu nedeniyle sorumlu tutulacakken (B) ise yalnızca taksirle yaralama suçu nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Bu konuda *bkz* İçel (n 4) 228.

¹⁷¹ *Bkz* ve *kry* İçel (n 4) 214.

¹⁷² Ranieri (n 3) 114.

¹⁷³ Ranieri (n 3) 114; İçel (n 4) 238; Heinrich (n 1) II 423.

¹⁷⁴ İçel (n 4) 239. Sonraki hareketten dolayı verilecek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, önceki hareketin değerlendirilebileceği yönünde *bkz* Ranieri (n 3) 114-115; Akbulut (n 10) 873.

¹⁷⁵ Ranieri (n 3) 115-116.

¹⁷⁶ İçel (n 4) 239.

B. Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Sonuçları

Cezalandırılmayan önceki hareketlerin söz konusu olduğu hallerde fail hakkında iddianame, hem önceki hem de sonraki hareketleri kapsamalı ancak normlar arasındaki ilişki nazara alınarak yalnızca sonraki hareketle ihlal edilen norm sevk maddesi olarak gösterilmelidir¹⁷⁷. Mahkeme de olayı bir bütün olarak ele alacak ise de faile yalnızca sonraki hareketi nedeniyle ceza verecektir¹⁷⁸. Bu ihtimalde, fikri içtimadan farklı olarak cezalandırılmayan önceki hareketlerin değindiği kanun maddelerine hüküm kısmında ayrıca yer verilmesine gerek yoktur¹⁷⁹. Zira normlar arasındaki ilişki nedeniyle bunların somut olaya uygulanması gerçek değil tamamıyla görünüştedir. Ancak failin, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebeple, iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen normlar nedeniyle cezalandırılmaması halinde, iddianamede yer verilen önceki hareketlerden dolayı cezalandırılması söz konusu olabileceğinden, bu halde sanığa CMK m 226/1 gereğince ek savunma verilerek önceki hareketleri nedeniyle cezaya hükmolunması mümkündür¹⁸⁰.

Bunun dışında cezalandırılmayan önceki hareketlerin görev ve yetki açısından yargılamaya etki etmesi mümkün olmayıp bu kurumları düzenleyen normların tatbiki hususu, kural olarak sonraki hareketle ihlal edilen norm nazara alınarak belirlenecektir¹⁸¹. Yine sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapıp yapılamayacağı (CMK m 195), sanığın istinabe yoluyla sorguya çekilip çekilemeyeceği (CMK m 196/2), davanın basit yargılama usulüne tabi olup olmayacağı (CMK m 251), zorunlu müdafî kurumunun cari olup olmayacağı (CMK m 150/3) gibi atılı suç için öngörülen ceza miktarına göre tespiti mümkün olan tüm hususlar açısından kıstas, sonraki hareketle ihlal edilen norm olacaktır.

Sonuç

Cezalandırılmayan önceki hareketler kurumu, oldukça geniş bir uygulama alanı olan ve pek çok suç tipi açısından mahkeme içtihatlarında doğrudan ya da dolaylı olarak kendine yer bulan oldukça önemli bir kurumdur. En basit tanımıyla; aynı bağlam içinde işlenen ve her biri farklı suç tiplerini karşılayan birden fazla hareket söz konusu olsa da konu, mağdur ve hukuksal değerlerin ihlali bağlantıları nedeniyle, failin yalnızca sonraki daha ağır mahiyetteki hareketinden dolayı cezalandırıldığı hallerde *cezalandırılmayan önceki hareketlerden* söz edilecektir. Burada her biri farklı suç tiplerini karşılayan birden çok hareket söz konusu olsa da bu hareketler, aynı bağlamda işlenmeleri ve aralarındaki hukuksal değer ihlali bağlantısı nedeniyle

¹⁷⁷ Heinrich (n 1) II 402.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ İçel (n 4) 238-239.

¹⁸⁰ İçel (n 4) 239, dipnot. 280. Buna rağmen her nasılsa bu yolla önceki hareket nedeniyle ceza verilmemiş ise artık önceki hareketin bağımsız bir başka davaya konu olması olanaklı değildir. *Bkz* Ranieri (n 3) 118.

¹⁸¹ Ranieri (n 3) 119; İçel (n 4) 239.

tek bir sosyal değersizlik yargısının konusu olmakta ve daha ağır haksızlığı konu edinen norm nedeniyle failin cezalandırılması, diğerinin sosyal değersizliğini ve cezalandırılma amacını zaten karşılayacağından, aynı failin bir kez de daha hafif haksızlığı konu edinen norm nedeniyle cezalandırılmasını gereksiz kılmaktadır. Bu haliyle cezalandırılmayan önceki hareketler açısından ihlal edilen birden fazla norm arasında *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* söz konusudur.

Bu hukuki nitelik, cezalandırılmayan önceki hareketlerin koşullarını ve kapsamını da şekillendirmektedir. Kısaca ifade etmemiz gerekirse cezalandırılmayan önceki hareketlerden söz edebilmemiz için; failin, her biri tipik ve hukuka aykırı olan birden fazla hareketinin söz konusu olması, önceki ve sonraki hareketlerin aynı konu üzerinde, aynı mağdura ait, aynı hukuksal değeri yahut yakın nitelikteki hukuksal değerleri ihlal etmeleri, aynı bağlamda icra edilen hareketlerin meydana getirdikleri haksızlıkların niteliksel veya niceliksel olarak gittikçe ağırlaşmış olması ve nihayet sonraki hareketten dolayı failin ceza sorumluluğunun söz konusu olması gerekmektedir.

Bu koşulları sağlayan halleri ise üç kategoride toplamak mümkündür. Bunlardan ilkinde fail, hedef aldığı suçu işleyebilmek için öncesinde bir başka suçu işlemektedir. Bu ilk suç ya bağımsız olarak cezalandırılan bir hazırlık hareketine ya da diğer suçun işlenebilmesi için icra edilen bir öncü suça sebebiyet vermektedir. Örneğin sahte para basabilmek için buna yarayan araçların satın alınması gibi. Daha geniş bir kategoriye ise failin tipe uygun ilk hareketi icra edip tamamladıktan sonra yeni bir kararla yeni bir suç işlemesi teşkil etmektedir. Failin, yaralayıp bıraktığı mağduru, duyduğu hakaret üzerine öldürmesi bu grubun tipik örneğini teşkil etmektedir. Bunun yanında bizce, koşulları sağladığı müddetçe, failin ardı ardına gelen taksirli hareketlerinin de cezalandırılmayan önceki hareketler kapsamında değerlendirilmesine bir engel söz konusu değildir.

Cezalandırılmayan önceki hareketlerin en önemli sonucu failin birden fazla hareketinden yalnızca sonrakinden dolayı cezalandırılması, önceki hareketi düzenleyen normun somut olaya herhangi bir şekilde uygulanabilmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla cezalandırılmayan önceki hareketlere ilişkin koşulların gerçekleştiği hallerde fail yalnızca sonraki hareketinden dolayı cezalandırılacak, önceki hareketinden dolayı cezalandırılması mümkün olamayacağı gibi bu durum, sonraki hareketten dolayı verilecek cezayı da etkilemeyecektir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliography/Bibliyografya

- Accardo F, *Unità e pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato* (Tesi di Dottorato, Università Degli Studi di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza Corso di Dottorato in Sistema Penale Integrato e Processo, 2017).
- Abkolut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2020).
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffrè 2003).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018).
- Bettiol G, *Diritto penale, Parte generale* (5. Edz, G. Priulla 1962).
- Cadoppi A e Veneziani P, *Elementi di diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2018).
- Canestrari S, Cornacchia L e De Simone G, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Il Mulino 2007).
- Caraccioli I, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (CEDAM 1998).
- Cavallo V, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'oggetto del diritto penale* (E Jovene 1955).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020).
- Contento G, *Corso di diritto penale* (2. Edz, Laterza 1992).
- Conti L, 'Concorso apparente di norme', *Novissimo digesto Italiano, Vol III*, diretto da A Azara e E Eulo (UTET 1957) 1007-1017.
- Della Ragione L, *Il concorso apparente di norme tra teoria e prassi* (Tesi di Dottorato, Università Degli Studi di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza, 2012).
- Delpino L e Pezzano R, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (30. Edz, Simone 2020).
- Delpino L e Pezzano R, *Manuale di diritto penale, Parte speciale* (23. Edz, Simone 2016).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Demirel M, 'Karar Analizi: Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi' [2013] 71 (1), İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 1479-1488.
- Doğan K, *Neticesi Sebepiyle Ağırlaşmış Suçlar* (2. Baskı, Adalet 2015).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, Yay haz Köksal Bayraktar vd (14. Bası, Der 2019).
- Dülger M V, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Hukuk Akademisi, 2020).
- Fiandaca G e Musco E, *Diritto penale, Parte generale* (Zanichelli, 1990).
- Fornasari G, *I Principi del diritto penale Tedesco* (CEDAM 1993).

- Göktürk N, *Fikri İçtima (Suçların İçtima)* (Adalet 2013).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (US-A 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19 Baskı, Adalet 2016).
- Heinrich B, *Ceza Hukuku, Genel Kısım-I ve II*, Çev Yener Ünver vd (Adalet 2014 ve 2015).
- Hilgendorf E ve Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev Salih Oktar (2. Bası, Yetkin 2021).
- v Hippel R, *Manuale di diritto penale (lehrbuch des Strafrechts)* Traduzione Italiana del Roberto Vozzi, Prefazione del Arturo Rocco (Casa Edit 1936).
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016).
- İçel K, *Suçların İçtima* (Sermet Matbaası 1972).
- Keçelioglu E, *Taksirli Suçun Dogmatiği* (Turhan 2005).
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13.Baskı, Seçkin 2020).
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7.Baskı, Adalet 2020).
- Mahmutoglu F S ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017).
- Mantovani F, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale* (Nicola Zanichelli 1966).
- Mantovani F, *Diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2011).
- Marinucci G, Dolcini E e Gatta G L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (9. Edz, Giuffrè 2020).
- Mezger E, *Diritto penale (Strafrecht)*, Traduzione Italiana di Filippo Mandalari, Prefazione di Giulio Battaglini (CEDAM 1935).
- Moro A, *Unità e pluralità di reati - Principi* (CEDAM 1954).
- Nuvolone P, *Il sistema del diritto penale*, (2. Edz, CEDAM 1982).
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III* (Beta 1992).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2020).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (5. Baskı, Adalet 2020).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020).
- Öztürk B ve Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2020).
- Padovani T, *Diritto Penale* (4. Edz, Giuffrè 1998).
- Pagliaro A, 'Concorso di Norme', *Enciclopedia del diritto, Vol VIII* (Giuffrè 1961) 545-554.
- Pagliaro A, *Principi di diritto penale, Parte generale* (5. Edz, Giuffrè 1996).
- Pelissero M, 'Concorso apparente di norme', *Manuale di diritto penale, Parte generale*, CF Grosso, M Pelissero, D Petrini, P Pisa (3. Edz, Giuffrè 2020) 603-617.
- Pezzi E, *Il ne bis in idem sostanziale nella convergenza di fattispecie incriminatrici* (Tesi di dottorato, Università Degli Stufi di Trento Facolta di Giurisprudenza, Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei 2019).
- Ramacci F e Guerrini R, *Corso di diritto penale* (5. Edz, G. Giappichelli 2013).
- Ranieri S, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (3. Edz, CEDAM 1956).
- Ranieri S, *Reato progressivo e progressione criminosa* (Giuffrè 1942).
- Romano B, *Diritto penale, Parte generale* (4 Edz, Giuffrè 2020).

- Santaniello G e Maruotti L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Giuffr  1990).
- Santorio A, *Manuale di diritto penale I* (UTET 1958).
- Sarıtaş E, 'Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine' [2013] 71(1) İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 1051-1108.
- Sarıtaş E, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları* (Oniki Levha 2018).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2016).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020).
- Sözüer A, *Suçta Teşebbüs* (Kazancı, 1994).
- Taner F G, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017).
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Savaş 2019).
- Ünal O G, *Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları* (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2020).
- Ünver Y, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003).
- Vassalli G, 'Antefatto non punibile postfatto non punibile', *Enciclopedia del diritto, Vol II* (Giuffr  1958) 505-519.
- Vassalli G, 'Progressione criminosa e reato progressivo', *Enciclopedia del diritto, Vol XXXVI* (Giuffr  1987) 1150-1164.
- Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Adalet 2020).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019).



Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler

Ümmühan Elçin Ertuğrul*

Öz

Bu çalışmada, uluslararası mülteci rejiminde bir paradigma değişikliği yani mülteci yükü paylaşımının, güvenlik odaklı devlet merkezinden; insan hakları odaklı, uluslararası toplum merkezine kaydırılması önerilir. Ayrıca, geçici koruma ve mülteci yükü paylaşımına ilişkin normatif boşlukları doldurmak için öneriler sunulur.

Menşe ülkesinde zulüm gören kişilerin başka ülkelere sığınması ya da sığınma araması bir insan hakkıdır. Ancak bu durum, mevcut mülteci rejimine göre, devletler için uluslararası bir yükümlülük oluşturmaz. Şöyle ki, mülteci kabulü, ev sahibi devletlerin münhasır egemenliği dahilindedir ve tamamen ev sahibi devletlerin takdirine bırakılmıştır. Devletler genellikle, güvenlik, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri kaygılar nedeniyle, ülkelerine mülteci almaktan kaçınılmaktadırlar. Bunun sonucu olarak da mülteci yükü çok az sayıda devletin omuzlarına kalmaktadır.

Çalışma, geçici korumanın da dahil olduğu mülteci yükünü, bir bütün olarak uluslararası topluma yükler. Mülteci yükünün paylaşımının, bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatine olan jus cogens kural olduğunu ve bundan herkese karşı ileri sürülebilir erga omnes yükümlülük doğduğunu savunur. Erga omnes yükümlülük, mülteci yükünün paylaşılması jus cogens kural kabul edilirse dahi söz konusu olabilecektir. Mülteci yükünün paylaşımında Kolektif Hareketin Mantığı ve Mahkum İkilemi, göz önünde tutulmuştur. Bu çalışma ayrıca, Hart'ın "kısıtlamaların karşılıklılığı" teorisine göre, mülteci yükünü paylaşan devletlerin, diğer devletlerden talep edebilecekleri nisbi haklarının olduğunu iddia eder. Çalışmanın konusu, Friedmann'ın, uluslararası toplum ve dolayısıyla uluslararası hukukun değişimine dayandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Geçici Koruma, Mülteci Yükünün Paylaşılması, Jus Cogens, Erga Omnes Yükümlülük, Kısıtlamaların Karşılıklılığı Teorisi, Uluslararası Mülteci Hukuku

Propositions to Fill for Normative Gaps on Temporary Protection and Refugee Burden Sharing

Abstract

This paper proposes a paradigm change in the international refugee regime, whereby refugee burden-sharing must shift from state-centrism and security concerns toward a perspective grounded in human rights and the international community. Furthermore, it proposes to fill normative gaps regarding temporary protection and refugee burden-sharing.

The right to obtain and receive protection in other countries for a person who is faced with persecution in their own country is a human right. However, it does not constitute an international obligation for states under the present refugee regime. Refugee admission is solely under the control and at the discretion of the host states. States usually avoid admitting refugees due to various concerns regarding security, their social and economic situation, and the like. As a result, the refugee burden is placed on the shoulders of just a few states. In fact, it should be shared by all.

This paper advocates placing the burden of refugees, including the burden of temporary protection, on the international community as a whole. The argument is that refugee burden-sharing is a jus cogens from which the international

* **Sorumlu Yazar:** Ümmühan Elçin Ertuğrul (Doç. Dr.), Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Kırıkkale, Türkiye. E-posta: ueertugrul@hotmail.com ORCID: 0000-0003-3930-8531

Atf: Ertugrul UE, "Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 655. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0009>



community as a whole benefits and that jus cogens entails erga omnes obligation for the international community as a whole. In fact, erga omnes obligations may arise even if refugee burden-sharing is not accepted as jus cogens under international law. In discussions on refugee burden-sharing, the logic of collective action and the prisoner's dilemma have been considered. This paper also contends that burden-sharing states have rights in personam to claim from other states, inspired by Hart's theory of "mutuality of restriction." The essence of this paper is based on Friedman's notion of an everchanging international community and, thus, on an understanding of international law.

Keywords

Temporary Protection, Refugee Burden-Sharing, Jus Cogens, Erga Omnes, The Theory of Mutuality of Restriction, International Refugee Law

Extended Summary

This paper proposes a paradigm shift in the international refugee regime. It defends that burden sharing must shift from state-centrism and security concerns to the human rights and international community perspective. Furthermore, it makes proposals to fill normative gaps regarding temporary protection and refugee burden-sharing.

The right to seek and enjoy asylum in other countries for a person who is faced with persecution is a human right. However, it does not constitute an international obligation for states. According to the present refugee regime, refugee admission is within the exclusive sovereignty and entirely at the discretion of the host states. States usually avoid admitting refugees due to various concerns regarding security, their social and economic situation, and the like. As a result, the refugee burden is placed on the shoulders of just a few states. In fact, it should be shared by all.

We see some burden-sharing mechanisms proposed in theory or arising in practice. Offering compensation to the host state, providing safe havens for refugees, applying quotas, exercising the state of origin liability, and sharing responsibility among a certain region or group are possible examples. These solutions, however, clearly do not work in real life.

The study is based on Friedmann's thesis on the everchanging international community and, thus, on an understanding of international law.

The paper advocates placing the burden of refugees, including the burden of temporary protection, on the international community as a whole. This argument concerns which refugee burden-sharing is a jus cogens from which the international community as a whole benefits. It argues that jus cogens entails erga omnes obligation for the entire international community. In fact, erga omnes obligations may arise even if refugee burden-sharing is not accepted as jus cogens under international law.

While discussing refugee burden-sharing, the study uses the logic of collective action and prisoner's dilemma. Olson's theory of the logic of collective action can be

summarized as follows: Groups of individuals with common interests are expected to act in their common interests; however, single individuals often act in their own interests. Although the international community as a whole will benefit from refugee burden-sharing, states prioritize their national interests and refrain from admitting refugees.

Tucker's prisoner dilemma theory is a zero-sum game theory based on cooperative behaviour. It concerns two persons, jointly charged with violating the law, who are held separately by the police. These persons fail to cooperate, which leads to the worst result for both of them. Failure to cooperate in sharing the burden of refugees leads the international community to the worst outcome for both refugees and states.

This paper also contends that states that participate in refugee burden-sharing have special rights to claim from other states. This argument is inspired by Hart's theory of "mutuality of restriction." Hart expresses his theory as follows: "*when a number of persons conduct any joint enterprise according to rules and thus restrict their liberty, those who have submitted to these restrictions when required have a right to a similar submission from those who have benefited by their submission.*" Accordingly, the refugee burden-sharing obligation for all states has its roots in international cooperation.

Furthermore, this study notes the normative gaps in the international law on temporary protection and refugee burden-sharing from a human rights perspective and the insufficiency of institutions related to the subject matter such as the UNHCR. It focuses on normative gaps to start a discussion on the legal obligations of states. The article suggests the following: to make universal legal arrangements, which overlap with obligatory characteristics of the jus cogens norm and erga omnes obligation, increasing the effectiveness of international institutions, interstate cooperation, and spreading the responsibility to the international community as a whole.

Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler

Giriş

Uluslararası Hukukun maddi kaynağını, uluslararası toplumun varlığına bağlayan ve savunuculuğunu George Schelle'nin yaptığı sosyolojik görüşe göre, nerede toplum varsa, orada hukuk vardı.¹ Latince “*ubi societas, ibi jus*” olarak ifade edilen bu teoriye göre, Uluslararası Hukukun izlerini, Babil, Asur levhalarında yahut Mısır papirüslerinde görsek de, 1648 Vestfalya Barışı ile Uluslararası Hukukun en temel aktörlerine rastladığımız ulus devletler sonrası, daha görünür hale geldiğini biliyoruz. Bizatihi hukuk alanı olarak tanınmasının ise daha yeni tarihlere rastladığına şüphe yoktur.

Uluslararası Hukuk da, bütün diğer hukuk alanlarında olduğu gibi dinamik, değişim dönüşüm içindedir. R. Von Jhering, hukuku, çocuklarını yiyen Saturn'a benzetir ve onun “daimi bir oluş” olduğunu, kendi mazisini yok ederek gençleştiğini ifade eder.² Hukukun daimi bir oluş içinde olması, elbette toplumun ihtiyaçlarıyla da ilgilidir. Uluslararası toplum ve onun ihtiyaçları da sürekli değişir. Uluslararası toplumu düzenlemeye çalışan yazılı hukuki metinleri ise bir durumu tespit ederler ve çok çabuk eskirler. Bu değişimin bir eseri olarak, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra bireyler, uluslararası toplumun sujesi haline gelmiş ve Uluslararası Hukuk, bizatihi bireyler için haklar doğurmuş ve yükümlülükler getirmiştir. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (Mülteci Sözleşmesi) de, bizatihi bireyleri koruyan sözleşmelerden biridir. Ancak günümüz şartları, - kanımızca Friedmann'ın supranasyonal (uluslarüstü) uluslararası toplumu ve onun hukuku³- Mülteci Sözleşmesinin yetersizliğini gözler önüne sermiş, bireyleri koruyan insan haklarının bütün dünyada teklifi ve bir bütün olarak kabul edilmesi zorunluluğunu doğurmuştur.

Mülteci Sözleşmesinde, mülteci “... *ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut*

¹ *Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk ABD Başkanı, halen Ottawa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Araştırma ve Eğitim Merkezinde Şubat 2022-Şubat 2023 dönemi için ziyaretçi araştırmacı E-posta: ueertugrul@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3930-8531
Gerhard Leibholz, ‘Hukukun Gayesi’, (1937) 1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 515, 515; <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2028> (Erişim Tarihi: 01.02.2022)

² Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlimi*, (Ajans Türk Matbaası 1961) 10, Jhering, Puchta ve Savign'nin teorilerinden şu şekilde bahseder. “Hukukun gelişmesi, aynen lisanın gelişmesi gibi hiç hissedilmeden ve zahmet çekilmeden vaki olur. Bu gelişme için, ne didinmeye, ne savaşa ve ne de bir araştırmaya ihtiyaç vardır. Hakikatin itici kuvveti, şiddetli gayrete ihtiyaç göstermeksizin yavaş fakat emin surette onun yolunu açar.” R. Von Jhering, *Hukuk Uğrunda Savaş*, (Sinan Matbaası 1964) 10, 13

³ Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, (Columbia University Press 1964)

tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen...” kişiler şeklinde tanımlanmıştır.⁴

Dünya genelinde mültecilerin korunması ve mülteci sorununa kalıcı çözümler bulunması amacıyla Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) kurulmuştur. BMMYK verilerine göre, 2022 yılında dünyada evlerinden ayrılmaya zorlanan kişi sayısı 82.4 milyondur. Bunlardan yalnızca 20.7 milyonu BMMYK korumasında mülteci statüsündedir. Dünyada, en çok ülkesinden ayrılmaya zorlanmış kişiler, 18 Haziran 2021 verilerine göre 6.7 milyon kişiyle Suriye vatandaşlarıdır.⁵ 2011’den bu yana Türkiye’nin de apaçık yüzleştiği, gördüğü zulüm dolayısıyla kitleler halinde akın eden Suriye vatandaşları Mülteci Sözleşmesi’ne göre, mülteci olarak kabul edilmemekle birlikte BMMYK kapsamındadırlar.⁶

Bu makalede, zulümden kaçan insanların kitleler halinde başka devlete sığınma olgusu, Uluslararası Hukuka uygun şekilde “geçici koruma” olarak adlandırılmış, ayrıca belirtilmediği durumlarda, mülteci ve mülteci yükü kapsamına dahil edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine (İHEB) göre, zulüm altında olan herkesin, başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı düzenlenmiş olsa da⁷, bu insan hakkı uygulamada sınırlı sayıda devlet nezdinde anlamlıdır. Dünyadaki mültecilerin %60’ına, 10 ülkenin ev sahipliği yaptığı; BMMYK bütçesinin %93’ünü, 10 ülkenin yaptığı yardımlar oluşturduğu; yeniden yerleştirilen mültecilerin %90’ının, 3 ülkede olduğu⁸; dünyadaki mültecilerin %84’üne, düşük ve orta gelir düzeyindeki ülkelerin ev sahipliği yaptığı 2017 ve 2019’un son aylarında yapılan toplantıların resmi verileridir.⁹ Bu verilerden de anlaşıldığı üzere mülteci yükü, uygulamada iki elin parmaklarını geçmeyecek, az sayıda devletin -gerçekte bütün uluslararası toplumun sorumluluğunda iken- omuzlarındadır. Bu durum, Olson’un kolektif hareketin mantığı teorisi ile bağdaşır. Olson’un iddia ettiği ve esasen bir iktisat teorisi olan kolektif hareketin mantığı şu şekildedir: Bireyler tarafından oluşturulan gruplarda, grubu oluşturan bireylerin, grubun müşterek menfaatleri doğrultusunda hareket

⁴ <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf> (Erişim Tarihi 09.04. 2022)

⁵ Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, 14 Aralık 1950 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun aldığı bir kararla yardımcı organ olarak kurulmuştur. <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (Erişim Tarihi:12.05.2022)

⁶ BMMYK Tüzüğü’nün 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserinin yetkileri arasında “Tüzükçe tanımlanan mültecilere ek olarak, yıllar içinde, mülteci benzeri durumlarda, Yüksek Komiser’in ilgisi ve daha sonraki Genel Kurul ve EKOSOK kararlarına uygun koşullarda bulunan kişilerden oluşan diğer kategorileri de kapsar.” hükmü, geçici korunanların mülteci kapsamına dahil edilebileceğinin yasal dayanağını oluşturur.

⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 14/1. “Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır.”

⁸ Meltem İneli-Ciğer, ‘The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative Gap Concerning Burden Sharing’, (2019) 38 Refugee Survey Quarterly 115, 121; Küresel Mülteci Paketi ile ilgili 17 Ekim 2017 tarihinde Cenevre’de yapılan tematik görüşmede, <<https://www.unhcr.org/59e747f37.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2022)

⁹ 17-18 Aralık 2019 tarihinde yapılan Küresel Mülteci Toplantısında, <https://www.unhcr.org/5e20790e4> (Erişim Tarihi: 08.07.2021)

etmeleri beklenirken, genellikle bireyler kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda hareket etmektedirler.¹⁰ Mülteci yükünün adil ve hakkaniyetli paylaşılması¹¹ bütün uluslararası toplumun menfaatine olup, devletlerin bunu gözetmeleri gerekirken; mülteciler ile karşılaşmayan devletler, mültecilere ev sahipliği yapan devletlerin yükünü paylaşmayarak kendi ülkesel menfaatlerini korumaktadırlar.

Makale, mülteci yükü konusunda bir paradigma değişikliği ihtiyacına işaret eder. Şöyle ki, günümüze değin mülteci kabulü, ev sahibi devletin münhasır egemenlik yetkisi içinde kabul edilmiş ve bütünüyle devletlerin takdirine bırakılmıştır. Devletler de güvenlik, sosyal, ekonomik ve diğer kaygılarla ülkelerine mülteci almaktan kaçınmışlar ve gerçekte bütün dünyanın olan mülteci yükü – insan haklarının teklifiği ve bölünmezliği çerçevesinde- az sayıda devletin omuzlarına kalmıştır. Bu açıdan makale, mülteci yükünün paylaşılmasının, güvenlik ve devlet merkezinden, İnsan Hakları ve uluslararası toplum odağına kaydırılmasını önerir. Bu öneri, uluslararası toplumda, konu ile ilgili BMMYK gibi kurumların yetersizliklerini de ortaya çıkarır. Mültecilerin, sırf insan olmaları dolayısı ile insan haklarına sahiplikleri ile bu konuda herhangi bir ayırımın gözetilemeyeceği ancak kırılgan durumları bu makalede hatırdta tutulmuştur. Mülteci rejimi ve mülteci hukukundaki normatif eksikliklere ve kurumsal yetersizliklere insan hakları perspektifinden bakılmıştır. Normatif eksikliklerin vurgulanmasının amacı, elbette ki hukuki yükümlülükler doğmasına hizmet etmektedir.¹²

Mülteci yüküne insan hakları açısından bakmak, toplumun ve hukukun dinamikliği içinde insan haklarını bir bütün olarak kabul etmeyi ve bu kabulü uygulamaya geçirme zorunluluğunu doğurur. Mültecilerin korunması, insan hakkıdır ve insan haklarının özü itibariyle korunması jus cogens/emredici kuraldır. Bilindiği üzere jus cogens kurallar, iç hukuklardaki emredici kurallarda olduğu gibi, düzenlediği toplumun menfaati içindir. Bu emredici kurallar, erga omnes yükümlülük yani herkese karşı ileri sürülebilir yükümlülükler doğurur.¹³ Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler de bu durumu teyit eder.¹⁴

Mültecilerin korunmasını, mülteci yükünün paylaşılmasını jus cogens kural kabul etmesek dahi erga omnes yükümlülük söz konusu olabilir. Makalede, mülteci yükünün paylaşılmasının jus cogens kural olma ve erga omnes yükümlülük doğurma

¹⁰ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, (Twentieth Printing, Harvard University Press 2002) 1,2

¹¹ Metin içinde mülteci yükünün paylaşılması derken, mülteci yükünün adil ve hakkaniyetli paylaşılması kastedilmiştir.

¹² Ferreira'ya göre, öngörülebilir yükümlülükler yaratmayan haklar, hak olarak değerlendirilemez. Eğer sığınma hakkı, insan haklarını korumada genel menfaate dayalı bir hak ise, genel yükümlülüğü öngörülemez dahi uygulanabilir pek çok yükümlülük öngörmelidir. Rachel Helen Slater, 'A Jurisprudential Analysis of the Interpretation of 'Persecution' under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees at the Domestic Level', (PhD Thesis, Birmingham Law School, College of Arts and Law, University of Birmingham 2014), 277, 278

¹³ Erga omnes tabiri ilk kez Uluslararası Adalet Divanının 1970 tarihli Barcelona-Traction Davasında kullanılmıştır. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> para.33 (Erişim Tarihi: 09.09.2021)

¹⁴ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 09.09.2021)

özelliklerine de vurgu yapılmıştır. Jus cogens kural ve erga omnes yükümlülükler için elzem olan kamu yararı ya da kamu düzeninin varlığı baştan kabul edilip, bu makalenin konusu dışında tutulmuştur.

Makale’de iddia edilen hususlardan biri de mülteci yükünü yüklenen devletlerin, yüklerinin paylaşılması konusunda diğer devletlere karşı ileri sürebilecekleri “nisbi hak” larının varlığıdır. Bu iddia, Hart’ın “kısıtlamaların karşılıklılığı” teorisine¹⁵ dayandırılmıştır. Kısıtlamaların karşılıklılığı teorisine göre bu hak, mülteci yükü ile yüzleşsin ya da yüzleşmesin uluslararası toplumun bütün üyelerine¹⁶ karşı ileri sürülebilir.

Makale konusu itibariyle, dogmatik hukuk, normatif hukuk, hukuk sosyolojisi, sosyal psikoloji gibi alanları ilgilendirdiğinden; gözlem, istatistik gibi pozitif bilimlerdeki yöntemlerden ve tümevarım, tümdengelim gibi klasik normatif ve dogmatik hukuk yöntemlerinden yararlanılmıştır.

I. Sığınma Hakkı Ve Geçici Koruma Konusunda Normatif Boşluk

Sığınma hakkı, bir insan hakkıdır. Grotius, Wolff, Suarez sığınma hakkını, kişilerin doğal hakları olarak görmüş ve devletlere sığınma tanıma yükümlülüğü yüklemişlerken; Puffendorf, Vattel¹⁷ ve Oppenheim¹⁸ ise kişilerin bir ülkeye ilticalarını doğal hakları olarak görmeyip, iltica hakkını vermenin devletlerin münhasır egemenlikleri dahilinde olduğunu ileri sürmüşlerdir.

İHEB 14/1. maddesi hükmü , “Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır.” şeklindedir.¹⁹ İHEB, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı olması dolayısıyla tavsiye niteliğinde olsa da çoğu hükmünün devletlerin iç hukuklarının parçası olması, uluslararası antlaşmalarda yer alması, uluslararası örf-adet kuralı ve jus cogens kural haline geldiği bir gerçektir.²⁰ İHEB’in bu özelliği dolayısıyla, sığınma hakkına yer veren bölgesel ya da evrensel nitelikli insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların adları burada ayrıca sayılmamıştır.

Günümüzde, sığınma hakkı vermenin devletlerin egemenliğinde olduğu görüşü üstünlük kazanmıştır²¹ ve uygulamada da öyle görünmektedir. Devletlerin sığınma

¹⁵ H.L.A. Hart, ‘Doğal Haklar Var mı?’ *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, (Tekin Yayınevi 2015) 230

¹⁶ Uluslararası toplumun bütün üyelerinden yalnızca bütün devletler kastedilmiştir.

¹⁷ Emmerich de Vattel, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essay on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, (Liberty Fund.,2008) 227; Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, (Seçkin Yayınları 2013) 46

¹⁸ Lassa Francis Lawrence Oppenheim, *International Law; A Treatise*. (Ed.) H. Lauterpacht, Vol I. -Peace, Longmans, (Green and Co. 1955) 677

¹⁹ <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyanname.pdf> (Erişim Tarihi 17.07 July 2022)

²⁰ M. Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 1, (8. Basi, Legal Yayıncılık, San. Tic. Ltd. Şti. 2012), 63-71

²¹ Özkan, (n 17) 46

hakkı verme konusundaki takdir yetkileri, ülkelerinin güvenliklerini sağlama sorumluluğu ile ilişkilendirilmiştir. 2000’li yıllardan sonra yükselen terörizm ve terörle mücadele alanının genişlemesi bireylerin sığınma haklarında güvenlik sorunu engelini, insan hakları aleyhine daha da kuvvetlendirmiştir.²²

Yukarıda da bahsedildiği gibi, yürürlükteki uluslararası hukuka göre devletler, menşe ülkelerinde zulme uğrayan bireylere ülke kapılarını açmak zorunda değildirler. Ancak mülteci olarak kabul etmişlerse belli uluslararası yükümlülükleri vardır. Mültecilik hukuki bir statüdür. Mültecilik Sözleşmesinde aranan statü şartlarını taşıyan bireyler, “hukuken” mülteci kabul edilir. Mültecilik statüsüne, normal olarak bireysel temelde yani çoğunlukla yüz yüze mülakat yapılarak karar verilir.²³ Kavramsal olarak mültecilik ise daha geniştir.

“Aktörlerin beklentileri nedeniyle bir araya geldikleri belirli bir uluslararası ilişkiler alanındaki ilkeler, normlar, kurallar ve karar alma süreçleri” uluslararası rejim olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Uluslararası mültecilik rejimi, mültecilerin ve uluslararası koruma ihtiyacı içindeki kişilerin kalıcı çözümlere ulaştırılmasını amaçlar. BMMYK’nın mülteciler için önerdiği kalıcı çözümler şunlardır: Mülteci Sözleşmesinin 33 ve 34. maddeleri çerçevesinde, gönüllü olarak geri dönüşlerine imkan tanınması, bunun mümkün olmadığı durumlarda, uzun süreli ikamet ya da vatandaşlığa alma suretiyle yerel entegrasyon yahut da bu kişilerin kendileri için kalıcı çözüme ulaşabilecekleri üçüncü ülkelere yerleştirilmeleridir.²⁵ Yukarıda bahsi geçen yükümlülükler dolayısıyla geçici korunanlar, Uluslararası Hukukta mülteci statüsünde kabul edilmemiştir.

Geçici korumaya, Mülteci Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek 1967 tarihli New York Protokolünde açık şekilde yer verilmemiştir.²⁶ Mülteci Sözleşmesinde, mültecilerin özümlemesi ve vatandaşlığa almayı her türlü imkan ölçüsünde kolaylaştırmaktan bahsedilmiş, geçici ya da kalıcı koruma ayrımı yapılmamıştır.²⁷ Ancak, bazı uzmanlar Mülteci Sözleşmesinin 9. maddesi, “*İşbu Sözleşmenin hiçbir hükmü bir taraf devletin, savaş zamanında veya diğer vahim ve özel hallerde, belli*

²² Özlen Çelebi ‘Kuramların Sessizliği: Liberalizm, Realizm ve İltica Rejiminin Kuruluşu’, *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, (BMMYK Yayını 2011) 15

²³ *Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/ENG/REV.1 (UNHCR 1979) para 199 <https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf> (Erişim Tarihi: 21.08.2020)

²⁴ Arzu Güler, ‘Uluslararası Mülteci Rejimi: Afganistan Üzerinden Bir Rejim Etkinliği Analizi’ (2013) 9 Uluslararası İlişkiler Dergisi 101, 103

²⁵ Neva Ö. Öztürk. ‘Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme, (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 240; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı 109, para. (g), [https://undocs.org/en/A/RES/428\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/428(V)) (Erişim Tarihi: 21.02.2022)

²⁶ Ayrıntılı bilgi için; Meltem İneli-Ciger, *Temporary Protection in Law and Practice*, (International Refugee Law Series, Brill Nijhoff 2018); Meltem İneli-Ciger, ‘A Temporary Protection Regime in Line with International Law: Utopia or Real Possibility’, (2016) 18 International Law Community Law Review, 278-316

²⁷ James C. Hathaway & R. Alexander Neve, ‘Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection’ (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 115, 157

bir kimse hakkında bu kimsenin gerçekte bir mülteci olduğu ve kendisiyle ilgili söz konusu tedbirlerin, bu devletin milli güvenliği açısından devaminin gerektiği tespit edilinceye kadar, milli güvenliği için elzem saydığı tedbirleri geçici olarak almasını engellemeyecektir.” hükmü çerçevesinde, devletlerin milli güvenlikleri için tedbir alma hakları kapsamında, geçici korumanın Mülteci Sözleşmesinde düzenlendiğini ileri sürmüşlerdir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi geçici koruma, kitleler halinde sığınma durumlarında söz konusu olmaktadır. Dünyanın, iç savaşlar, silahlı çatışmalar, insan haklarının ciddi ihlalleri gibi sebeplerle kitle göçleriyle karşılaşması yeni değildir.²⁸ Fitzpatrick, geçici koruma statüsünün 1969 tarihli Afrika’da Mülteci Sorunlarının Özel Görünümleri Sözleşmesinde (Afrika Mülteci Sözleşmesi) düzenlendiğini, 1980’lerde Orta Amerika iç savaşında tartışıldığını ve Güneydoğu Asya’dan kitle akınları esnasında geliştirildiğini dolayısıyla yeni bir kavram olmadığını belirtmiştir.²⁹ 1982 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda, geniş ölçekte akın durumlarında sığınma arayanlar geçici mültecilik sağlanması ve yük paylaşımı konusunda uluslararası toplumun çaba sarf etmesi kabul edilmiştir.³⁰

Kitlesel akınların ve geçici korumanın geçmişi daha eskiye dayanmasına rağmen BMMYK geçici koruma ile ilgili resmi olarak ilk kez 1994 tarihli Uluslararası Korumaya İlişkin Not’unda, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nin dağılma sürecinde yaşanan insan hakları ihlalleri ve çatışmalardan kaçan kişilere geçici koruma sağlanmasını önerilmiştir.³¹ Bu dönemdeki kitle göçleri, geçici korumayı Avrupa coğrafyasında doğal olarak gündemde tutmuştur.³² 2001 yılında Avrupa Birliği (AB) tarafından çıkarılan Geçici Koruma Yönergesinde (GKY)

²⁸ 1936 İspanya İç Savaşı ile 1956’da Macaristan, 1968’de Çekoslovakya krizlerinde kitlesel akınlar görülmüştür. 1971’de Hindistan 10 milyon Bangladeşliyi ülkesine kabul etmiştir. 1975-80 arası 1 milyon Hindinin Kamboçya, Vietnam ve Laos’a sığınmıştır. Malavi, 1980’lerin başında 1.1 milyon Mozambik vatandaşına ev sahipliği yapmıştır. 1983’te Hindistan 200 bin Sri Lankalıya koruma sağlamıştır. 1991 yılında 500 bini aşan Iraklı Kürt Türkiye’ye, 2.5 milyon Kuzey Iraklı İran’a sığınmıştır. Eski Yugoslavya’nın parçalanma süreciyle birlikte 1991 yılında Hırvatistan’dan 200 bin kişi kaçmıştır. 1992 yılında Bosna Hersek’te Boşnak ve Hırvat nüfusun %95’i yaşadıkları yeri terke zorlanmış ve 1 milyon kişi evlerini terk etmek zorunda kalmıştır, 1995 yılında yaklaşık 500 bin kişi komşu ülkelere sığınmıştır. Mehmet Özcan, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku: Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı* (USAK Books 2005) 102

²⁹ Joan Fitzpatrick, ‘Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime’ (2000) 94 *The American Journal of International Law* 279, 279

³⁰ <https://undocs.org/en/A/RES/37/195> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

³¹ <https://www.unhcr.org/af/3cc413316.pdf> (Erişim Tarihi: 17.03.2022) Öztürk, (n 25) 207; BMMYK tarafından hazırlanan, Mülteci Statüsüne Karar Verme Kriterleri ve Usulleri El Kitabına göre, “*Ulusal ya da uluslararası silahlı çatışma yüzünden ülkesinden ayrılmaya zorlanan kişiler Mülteci Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne göre mülteci olarak düşünülemez*”. *Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, (n 23), para.164

³² 1981 tarihli Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large Influx <https://www.unhcr.org/excom/scip/3ac68cc08/report-meeting-expert-group-temporary-refugee-situations-large-scale-influx.html> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

1996-1998 tarihli Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It <https://www.unhcr.org/excom/standcom/3ac68eff4/progress-report-informal-consultations-provision-international-protection.html> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

2001 tarihli Protection of Refugees in the Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ac68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

de, geçici koruma statüsünün kitle akınları durumlarında verilebileceği kabul edilmiştir.³³

Sonuç itibarıyla, kitleler halinde başka ülkelere sığınan ve geçici korunan olarak tanımladığımız kişiler “hukuken” mülteci olarak kabul edilmemektedir. Ancak bununla birlikte BMMYK kapsamındadırlar.³⁴

Mülteciliğin özünü, “zulüm görme korkusu” oluşturur. Zulüm kavramı Mülteci Sözleşmesinde kasıtlı olarak tanımlanmamış³⁵ BMMYK tarafından kitleler halinde kısa zamanda sınırlara yığılan kişiler ile zulüm görüp görmediği konusunda mülakat yapmanın güçlüğü dolayısıyla mültecilik statüsü verilmediği ifade edilmiştir.³⁶ Ancak bu durum, şu açıdan çok akla yatkın görünmez. Kitleleri zorla yerinden eden durumların çoğunluğunu, aşağıdaki örneklerde görüleceği ve BMMYK’nın 2015 tarihli raporunda da belirttiği üzere iç savaşlar oluşturur.³⁷ İç savaşlardaki zulüm, silahlı çatışmanın olağan sonucu olarak görülmüş, silahlı çatışmalardan kaçan kitlelere mültecilik statüsü verilmemesinin dayanağı olarak ileri sürülmüş³⁸ olsa da iç savaşların istatistiklere yansıyan nedenleri, Mülteci Sözleşmesindeki zulüm nedenleriyle neredeyse tıpatıp benzerlik gösterir. Yani iç savaşların genellikle nedenleri de dini, ırkı, belli bir toplumsal gruba mensubiyet dolayısıyla yapılan ayrımcılık ve zulümdür.³⁹ Kaldı ki, Mülteci Sözleşmesine gönderme yapan Afrika Mülteci Sözleşmesi ve Cartagena Mülteci Bildirisinde, Mülteci Sözleşmesinin mültecilik öğelerine ek olarak, dış saldırı, işgal, ülkenin tamamı yahut da bir kısmında kamu düzeninin ciddi şekilde bozan olaylar ya da yabancı baskısı yüzünden vatandaşı olduğu ya da ikamet ettiği ülke dışında sığınma arayışını yaşayan kişiler de mülteci olarak kabul edilmiştir.⁴⁰

³³ GKY’nin 2/a maddesinde geçici koruma; üçüncü ülkelerden gelen yerinden edilmiş kişilerin kitle akınları ya da acil kitlesel akın durumlarında, özellikle sığınma sisteminin bu akınlara, etkili işleyişi olumsuz şekilde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması halinde, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu tür kişilere acil ve geçici koruma sağlanması olarak tanımlanmıştır.<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055> (Erişim Tarihi: 17.03.2022); Özkan, (n 17) 226-229

³⁴ BMMYK Tüzüğü’nün 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserinin yetkileri arasında “*Tüzükçe tanımlanan mültecilere ek olarak, yıllar içinde, mülteci benzeri durumlarda, Yüksek Komiser’in ilgisi ve daha sonraki Genel Kurul ve EKOSOK kararlarına uygun koşullarda bulunan kişilerden oluşan diğer kategorileri de kapsar.*” hükmü, geçici korunanların kapsama dahil edilebileceğinin yasal dayanağını oluşturur. Öztürk, (n 25)

³⁵ Mülteci Sözleşmesinin Weis tarafından yapılan yorumunda, zulümün kasten tanımlanmadığı, zulüm kavramını herhangi bir olay ya da yargı kararlarında “incitici/yaralayıcı ya da baskıcı” muamele şeklinde ifade edildiği, bunun gibi edebi ve dar tanımların sorun doğuracağı, Mülteci Sözleşmesinin insani ruhu için tehdit oluşturacağı ve sığınma hakkını kısıtlayacağı gerekçe olarak sunulmuştur. <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

³⁶ Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, (Seçkin Yayınevi 2009) 115-116

³⁷ BMMYK, Haziran 2015 tarihli raporunda dünya çapında evlerinden kaçmaya zorlanan kişilerin sayısındaki yüksek artışa 2010-2015 yılları arasında patlak veren on beş silahlı çatışma sebep göstermiştir. Bu silahlı çatışmalar; Afrika’da sekiz (Fildişi Sahili, Orta Afrika Cumhuriyeti, Libya, Mali, Kuzeydoğu Nijerya, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Güney Sudan ve Burundi), Ortadoğu’da üç (Suriye, Irak, Yemen), Avrupa’da bir (Ukrayna), Asya’da üç (Kırgızistan, Myanmar, Pakistan) olarak tespit edilmiştir. <http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2015/6/558193896/worldwide-displacement-hits-all-time-high-war-persecution-increase.html> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

³⁸ Hugo Storey&Rebecca Wallace, ‘War and Peace in Refugee Law Jurisprudence’, (Apr. 2001) 95(2) The American Journal of International Law 349, 353

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Taşdemir, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, (Adalet Yayınevi 2009)

⁴⁰ https://au.int/sites/default/files/treaties/36400-treaty-0005_-_oau_convention_governing_the_specific_aspects_of_refugee_problems_in_africa_e.pdf (Erişim Tarihi: 17.01.2022); https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (Erişim Tarihi: 17.01.2022).

Geçici korunanların hukuken mülteci olarak kabul edilmemelerinin nedeni, devletlerin ülkesel menfaatleri gereği, geri göndermeme (non-refoulement) yasağından kurtulma saiki olduğu daha mantıklıdır. Geçici koruma, kendi ülkesine güvenli şekilde dönünceye yahut da kalıcı şekilde üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar barınmanın sağlandığı bekleme istasyonu niteliğinde görülmüş, kitleler halinde sığınma gibi olağan dışı durumlarda “istisnai önlem”, “pragmatik araç”, “acil koruma tedbiri” olarak nitelendirilmiştir.⁴¹ Mülteci Sözleşmesinin 33/2 maddesine göre, ev sahibi ülke, kitleler halinde gelen kişilerin en kısa zamanda ülkelerine geri dönmelerini isteyebilecek, böylelikle kendi ülkesinde kalmalarına engel olabilecektir.⁴² Yine AB belgelerinde, geçici koruma 1 yıllık süre için öngörülmüştür.⁴³ Fitzpatrick, geçici korumayı heveslilerinin politik amaçlarının arzulan şekline bürünebilen sihirli bir hediyeye benzetmiştir. Bu sihirli hediye, kendiliğinden, gözlemcilerin korkularının sihirli aynası olarak da hizmet edecektir. Geçici Koruma, mülteci destekçileri için ise Mülteci Sözleşmesi kapsamındaki kriterleri karşılamayan zorunlu göçmenlerin korumasını genişletip, bireyin statüsünün belirlenmesinin imkansız olduğu durumlarda grup temelli koruma da vaat etmektedir.⁴⁴

Geçici korumanın, evrensel bir sözleşmede düzenlenmemiş olması, sığınma hakkı yanında temel nitelikte pek çok insan hakkını da ihlal etmektedir. Örneğin, 17-18 Aralık 2019 tarihinde gerçekleşen Küresel Mülteci Forumunda, dünyadaki 3.7 milyon mülteci çocuğun okula gidemediği dile getirilmiştir.⁴⁵

Mülteciler, sığınmacılar, sığınma arayanlar, şartlı mülteciler, geçici korunanlar, tanımlarındaki uyumsuzluklara ya da belirsizliklere bakılmaksızın bütün yerlerinden edilmiş kişiler, uluslararası korumadan farklı ölçekte yararlanıyor olsalar da sırf insan olmaları dolayısı ile insan haklarına sahiptirler ve onlara asgari insani standartlar sağlanmalıdır. Geçici korunanların, mevcut fiili ve hukuki durumda, insan hakları korumasından en az yararlananlar oldukları konusunda şüphe yoktur.⁴⁶

⁴¹ Fitzpatrick, (n 29) 282-283; Ümmühan Elçin Ertuğrul ‘En Ağır Yük; İnsan Yükü ve Uluslararası Hukuka Yükün Paylaşılması’(2014) *Uluslararası Ortadoğu Sempozyumu Bildirileri*, (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları 567

⁴² Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx, (n 32)

⁴³ Madde 4/1. İlgili maddede, geçici koruma feshedilmediği müddetçe otomatik olarak 6 aylık dönemlerle en fazla 1 yıl uzatılabileceğini de düzenlemiştir <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055> (Erişim Tarihi: 17.01.2022)

⁴⁴ Fitzpatrick, (n 29) 280; Öztürk, (n 25) 231

⁴⁵ <https://www.unhcr.org/global-refugee-forum.html>, <https://www.savethechildren.net/news/refugee-children-must-have-access-education-and-be-protected-though-concrete-commitments-global> (Erişim Tarihi: 10.01.2022)

⁴⁶ Geçici korunanların sahip olmaları gereken asgari haklardan bazılarını şu şekilde sayılabilir: Ülkeye yasal olmayan girişleri yahut da kalmaları sebebiyle ceza verilmemelidir; insani şekilde muamele edilmeli, içinde buldukları olumsuz durumla ilgili anlayış gösterilmeli ve empati kurulmalıdır. İhtiyaçları olan yardıma ulaşmaları sağlanmalı, gayriinsani ve onur kırıcı şekilde davranılmamalıdır; herhangi bir şekilde ayrımcılık yapılmamalıdır; haklarının korunması için yargı organlarına ulaşmaları bedelsiz olmalıdır; hareketleri, sadece gerekli olduğu ölçüde kısıtlanmalıdır; ev sahibi ülkelerde güvenlik ve esenlikleri gerektiği gibi yerine getirilmelidir; sağlık hizmetleri ve temel hijyen koşulları sağlanmalıdır; aile birliklerine saygı duyulmalıdır; akrabalarının ulaşabilmeleri için gerekli yardımlar verilmelidir; kadın ve çocuklara özel koruma ve yardım sağlanmalıdır; çocukların aile ve yakın akrabaları ile iletişimleri en kısa sürede sağlanmalıdır. Yakın akrabaları bulunamayan çocuklar, kendi kültür ve dil grupları içine yerleştirilmelidir; çocuklar için dini uygulamalar ve dini eğitimin sağlanması ücretsiz olmalıdır; posta almalarına ve göndermelerine izin verilmelidir; akrabalarından ve arkadaşlarından en azından sınırlı miktarda maddi yardım almalarına izin verilmelidir; doğum, ölüm ve evlilik kayıtları için gereken düzenlemeler yapılmalıdır; kesin çözümün sağlandığı yerlerde mallarını getirmelerine izin verilmelidir. Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx, (n 32), Ayrıntılı bilgi için bkz. Ümmühan Elçin Ertuğrul, ‘Turkey: The Host Country For Syrian Citizens And The Question Of Sharing The Burden’,(Nisan 2017) XXI/2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 155-173

Geçici korunanlar ülkelerine geri gönderilebilecekleri gibi en acil ve zorlayıcı korumalar dışında kalan bütün güvenceleri askıya alınabilecek;⁴⁷ kamu düzeni ve ulusal güvenlik açısından tehdit oluşturdukları gerekçesiyle en kısa zamanda ülkelerine geri dönmeleri istenebilecektir.⁴⁸ Bu durum, güvenliğin insan haklarından üstün tutulduğunun da göstergesidir. Mülteci yükünün paylaşılmasında paradigma değişikliği ihtiyacı bu hususa vurgu yapmaktadır. Halbuki, insan haklarının ülkesel sınırları yoktur ve insan hakları bir bütün kabul edilmelidir. Esasen her devlet insan haklarına saygı göstermek zorundadır. Devlet tarafından, bir başka ülkeye sığınmaya neden olan zulüm, devletlere hem pozitif hem de negatif yükümlülük yükler. Her devlet, egemenliği altındaki bireylere zulmetmemekle yükümlüdür. Aksi takdirde uluslararası toplumun koruma sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak Uluslararası Hukuk bunları kendiliğinden tespit edip, müdahalede bulunan kurumsal mekanizmalara sahip değildir.⁴⁹ Bunlar için uluslararası bir hükümet fikri Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi deneyimi ile çok haklı görünmez. Ama Birleşmiş Milletler Genel Kurulu düşünülebilir. Araştırılmaya muhtaçtır.

II. Mülteci Yükünün Paylaşılması

A. Mülteci Yükünün Paylaşılmasında Önerilen Sistemler

Mülteci yükünün paylaşılması, yük paylaşımında gösterilen gayretin eşit olmayan dağılımı ile ilgilidir. Yük; iktisadi maliyet, nüfus boyutu, milli kaynaklar, sağlık hizmeti, iş, konut sağlama gibi pek çok durum yanında, kamu düzeni, ulusal güvenlik ve çevre gibi alanlarda maliyetin artması da yük olarak kabul edilir. 1980 sonrası, özellikle kitle akınlarına maruz kalan devletler tarafından dillendirilmiştir.⁵⁰

Küresel Mülteci Paktı ile ilgili 17 Ekim 2017 tarihinde Cenevre’de yapılan tematik görüşmede, şu oranlar paylaşılmıştır: “Dünyadaki mültecilerin %60’ına 10 ülke ev sahipliği yapmaktadır. BMMYK bütçesinin %93’ünü, 10 ülkenin yaptığı yardımlar oluşturmaktadır. Yeniden yerleştirilen mültecilerin %90’ı, 3 ülkededir.” 17-18 Aralık 2019 tarihinde gerçekleşen Küresel Mülteci Toplantısında, dünyadaki mültecilerin %84’üne düşük ve orta gelir düzeyindeki ülkelerin ev sahipliği yaptığı bildirilmiştir. Görüldüğü gibi mülteci yükü, iki elin parmaklarını geçmeyecek, az sayıda devletin omuzlarındadır.⁵¹

⁴⁷ Çiçekli, (n 36) 117

⁴⁸ Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

⁴⁹ Slater, (n 12) 277-278

⁵⁰ Yükün paylaşılması terimi ilk kez 1950’lerin başlarında NATO üzerinde görüşmeler bağlamında kullanılmıştır. 1980’lerin ortalarından beri Avrupa Birliği tarafından söz edilmiş ve tartışılmıştır. 1980’lerden sonra, özellikle gelişmekte olan ülkelere sığınma arama akınları için tepki göstermede anahtar ifade haline gelmiştir. Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, (n 32)

⁵¹ İneli-Ciğer, ‘The Global Compact...’, (n 8) 121, Küresel Mülteci Paktı ile ilgili 17 Ekim 2017 tarihinde Cenevre’de yapılan tematik görüşmede, <https://www.unhcr.org/59e747f37.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2022) 17-18 Aralık 2019 tarihinde yapılan Küresel Mülteci Toplantısında, <https://www.unhcr.org/5e20790e4> (Erişim Tarihi: 17.03.2022)

Mülteci yükünün paylaşılması konusundaki tablo bu kadar eşitsiz iken, mültecilerle ilgili uluslararası toplumda yükün paylaşılması ve devletler arası iş birliği öngörülmüş olsa da bununla ilgili uluslararası düzenlemeleri faaliyete geçirecek mekanizmalar yoktur ya da yeterli değildir. Yükün paylaşılması, devletler açısından hukuken bağlayıcı bir yükümlülükten ziyade ahlaki bir istektir.⁵² Uygulamada, hükümetler, siyasi bir takdir yahut insani bir iyi niyet olarak yardım etmektedirler. BMMYK bünyesinde biriken mal ve paralar, uluslararası bir yükümlülüğün yerine getirilmesi değil, yardım ya da bağışlardır. Bu yardım ve bağışların dağıtılmasında adaletsizlikler de görülebilmektedir. Örneğin, BMMYK'nın 1993 yılında Avrupa için ayırdığı fon, Ortadoğu, Afrika ve Asya'ya ayrılandan 3 kat daha fazladır. Yine aynı şekilde, Zaire, Tanzanya ve Burundi'ye sığınan 1.7 milyon Ruandalı mülteciye yapılan yardım, Eski Yugoslavya'daki programlara yapılandan çok daha azdır.⁵³

Aralarında ülkemizin de bulunduğu, mültecilere ev sahipliği yapan devletler ve mülteci yüküne katkı sunan devletler için mülteci yükünün adil ve hakkaniyetli paylaşımı son derece önemlidir.

Mülteci yükünün paylaşılmasında bazı sistemler önerilmiştir. Bunlar, tazminat, kota, güvenli bölge, uluslararası mülteci ülkesi, yükümlülüğün grup ya da bölge içinde paylaşılması, iltica edilen devletin yükümlülüğü olarak sınıflandırılabilir.⁵⁴ Bu sistemler hakkında kısaca bilgi verecek olursak;

1. Tazminat Sistemi

Tazminat sistemi, mülteci alan ev sahibi devlete, tazminat ödenmesi üzerine kuruludur. Bunun için, merkezi nitelikte bir mülteci koruma fonuna ve dağıtım yapacak bir merkezi organa ya da otoriteye ihtiyaç vardır. Bu merkez otorite, her devlet ile sözleşme imzalayacak ve imzacı devletler de mülteci koruma kriterlerine göre tazminat için katkı sağlayacaktır.⁵⁵ Evrensel düzeyde kurulamamış ve tazminat sağlama yükümlülüğü de hukuken bağlayıcı olmayan bu işbirliği sistemi⁵⁶ Göçmen akınlılarını yönetmek ve desteklemek amacıyla AB tarafından 23 Mayıs 2007 tarihinde, Avrupa Mülteci Fonu adı altında kurulmuştur.⁵⁷ Üye devletler arasında mülteci yükü oranlı şekilde paylaşılacak ve Avrupa Mülteci Fonu, mülteci alan devletlere sabit ve aldıkları mülteci sayısı ile oranlı tazminat ödeyecektir. Oranlı tazminat, mülteci

⁵² Peter H. Schuck, 'Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal', (1997) 22 Yale Journal of International Law 244, 272

⁵³ Hathaway&Neve, (n 27) 116,141, 254; BMMYK tarafından yapılan bağışlardaki adaletsizlikler, daha sonra bahsi geçecek olan, bağış yapanlar tarafından yapılan tahsislerden kaynaklanabilir.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için (n 41) 565-585

⁵⁵ Schuck, (n 52) 284

⁵⁶ Hathaway&Neve, (n 27) 141; Ahilan T. Arulanantham, 'Restructured Safe Haven' A Proposal for Reform of the Refugee Protection System, (2000) 22 Human Rights Quarterly 1, 31

⁵⁷ Özcan, (n 28) 157; https://eufunds.gov.mt/en/EU%20Funds%20Programmes/Migration%20Funds/Documents/Council_Decision_573-2007-EC.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2021), Sığınma Göç ve Entegrasyon Fonu (AMIF) 2021-2027 dönemi için 9.9 milyar Euro'ya sahiptir. 2014-2020 arası dönemde fonda bulunan 3.137 milyar Euro'dur https://ec.europa.eu/migrant-integration/funding/eu-funds-2021-2027-period_en (Erişim Tarihi: 12.12.2021)

alan devletin sosyo-ekonomik durumuna bakılmaksızın, her mülteci için eşit miktarda olacaktır. Devletlerin, mülteci kabul kapasiteleri, nüfusları, ekonomileri ya da kişi başına düşen milli gelirlerinden bağımsız yapılan bu ödemeler ile mülteciler için sağlanan koruma, yeknesak olmayabilecektir. Çünkü devletlerin her bir mülteci için fondan aldığı tazminat ile ülkesine kabul harcaması uyuşmayabilecektir.⁵⁸ Devletlerin, ülkesel özellikleri dikkate alınmaksızın her mülteci için eşit tazminat ödenmesi, sorumluluğun paylaşılmasındaki kaosa engel olamayacaktır.

2. Kota Sistemi

Mülteciler fiziksel olarak paylaşıldığı kota sisteminde; devletlerin nüfusları, ekonomileri, ülkesel zenginlikleri, mülteci özümleme kapasiteleri gibi faktörler son derece önemlidir.⁵⁹ Bu sistemde de ihtiyaç duyulan merkezi organ, dünyadaki bütün mültecileri, onların korunma ihtiyaçlarının geçici ya da kalıcılığını tespit edecek ve onları katılımcı devletlere paylaştıracaktır. Her devletin belli sayıdan oluşan mülteci kotası olacak ve devletler değişim değeri olan mal yahut para karşılığında kendi mülteci kotasını bir başka devlete transfer edebileceklerdir.⁶⁰

Kota sisteminde, yukarıda bahsi geçen ve her devlet için mülteci kotası tespit edecek merkezi organ olarak BMMYK düşünülmüştür. Yukarıda da bahsedildiği gibi, devletlerin kotalarını başka devletlere transfer edebilmeleri, mülteciyi, metalaştırarak pazarlık edilebilen ticaret konusu etmeleri sonucunu doğurmaktadır. Kota transferinde devlet, kendisinden en az bedel isteyen devleti seçecektir. Bir başka devletin, değişim değeri olan mal karşılığı yahut para karşılığında kotasından mülteci alacak, özellikle fakir devletler arası daha ucuz fiyat teklif etme konusunda bir rekabet olacaktır. Mülteci başına aldığı ödeme, söz konusu mültecinin insan haklarına uygun korunması için yeterli olmayabilecektir.⁶¹ Kota transferi aracılığıyla mülteciler, insan oldukları düşünülmeden sırf pazar temelli farklı coğrafyalara dağıtılacaktır. Bu duruma, ilk sığınılan devletin mültecilerin korunma şeklini belirlemesi şeklinde çözüm bulunmaya çalışılsa da uygulamada suiistimal edileceği çok açıktır.⁶² Ayrıca, kota transferinde, mültecilerin sığındıkları ülkeden bir başka devlete transfer edilmeleri göç travmasını tekrar yaşatacaktır. Bu sistemin yukarıda bahsedilen olumsuzluklarına rağmen, sistematik uygulamalarda özellikle kitle akınları için uygulanabileceği ileri sürülmüştür.⁶³

⁵⁸ Eiko R. Thielemann, 'Towards A Common EU Asylum Policy: The Political Economy of Refugee Burden- Sharing'1, 17 http://www.utexas.edu/cola/centers/european_studies/_files/PDF/immigration-policy-conference/thielemann.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2021)

⁵⁹ Schuck, (n 52) 281, 299

⁶⁰ Schuck'a göre, kota transferinin yapıldığı devlete para yanında kredi, mal, silah, politik destek, teknolojik alet, gelişme yardımı ya da bunların bazılarının birleşimi yapılabilir. Schuck, (n 52) 284; Thielemann, 'Towards A Common EU Asylum Policy...', (n 57) 20

⁶¹ Arulantham, (n 56) 37

⁶² Schuck, (n 52) 281, 296

⁶³ Tally Kritzman-Amir, 'Not in My Backyard: On the Morality of Responsibility Sharing in Refugee Law', (2008-2009) 34 (2) Brook. J. Int'l. L. 355, 379

Yine kota sisteminin işleyebilmesi devletlerin mülteci paylaşımı konusunda iradelerinin uyuşmasına ihtiyaç vardır ki, günümüz uluslararası toplumunda devletlerin bu konudaki isteklerinin hayli az olduğu görülür. Devletlerinin iradelerinden bağımsız zorlayıcı merkezi otorite ise yoktur.⁶⁴

3. Güvenli Bölge Sistemi

Güvenli bölge sisteminde; olası mülteci akınlarına karşı, BM Antlaşması 7. Bölümü çerçevesinde güvenli bölgeler oluşturulması, söz konusu devletten mülteci akınlarına engel olacak ve başka devletler için mülteci yükü söz konusu olmayacaktır.⁶⁵ Ancak bu sistemde, güvenli bölgede tutulan yani kendi ülkelerinde yerlerinden edilmiş kişileri güvenli bölgede, hükümetin ya da başka kaynaklı saldırılarına karşı korunması son derece güç olacak ve güvenli bölgelerdeki kişiler yine uluslararası korumaya ihtiyaç duyacaklardır. Ayrıca, güvenli bölgeye uluslararası sağlık ve hizmet çalışanlarını götürmek ve onların korumanın güçlüğü bir başka ciddi boyuttur.

Yaklaşık 800.000 Boşnak için 1995 yılında oluşturulan güvenli bölge içindeki Srebrenika ve Zepa'da, Bosnalı Sırların gayri insani fiilleri güvenli bölgelerin hiç de güvenli olmadığını açıkça göstermiştir.⁶⁶

4. Uluslararası Mülteci Ülkesi Sistemi

Uluslararası mülteci ülkesi sisteminde, BMMYK'nın herhangi bir devletin egemenliğinde olmayan bir toprak parçası üzerinde mültecileri toplaması ve orada koruma sağlaması söz konusudur. Bu sayede, devletlerin ülkelerine mülteci gitmeyecek dolayısıyla devletler açısından mültecilerin özümlemesi ya da vatandaşlık verilmesi gibi sorunları da olmayacaktır. Ancak bu sistemde, BMMYK'nın, dünyadaki bütün mültecilerin toplanabileceği bir ülke bulabilmesinin güçlüğü kadar, insan haklarına aykırı şekilde dünya çapında bir mülteci gettosu oluşturacağı da muhakkaktır.⁶⁷

5. Yükümlülüğün Grup ya da Bölge İçinde Paylaşılması Sistemi

Bu sisteme göre, grup yahut bölge içindeki devletlerin önceden yaptıkları anlaşma çerçevesinde mülteci yükü bir bütün olarak kabul edilip, grup ya da bölge içindeki devletler arasında paylaşılacaktır. Bu paylaşımında, grup ya da bölge üyesi devletlerin sınırları ve özel kaynakları dikkate alınacaktır.

AB, yükümlülüğün grup ya da bölge içinde paylaşılması sistemini uygulamaya çalışmıştır. AB GKY'ye göre, üye devletler, geçici koruma kabul kapasitelerini genel

⁶⁴ Schuck, (n 52) 281-289

⁶⁵ Arulanantham, (n 56) 49

⁶⁶ Özcan, (n 28) 103

⁶⁷ Kritzman-Amir, (n 63) 390-391

olarak ya da rakamla Konsey'i bilgilendireceklerdir. BMMYK ile birlikte hareket edecek olan Konsey'in kararı, üye devletler açısından bağlayıcı olacaktır. Geçici korunanların AB üyesi devletler arasında transferleri – sorumluluk transfer olunan ülkede olmak üzere- mümkün olacaktır.

Kota ve tazminat sistemlerini birleşimi gibi görünen GKY'de, geçici koruma sağlayan üye devletlerin mali yüklerinin üye devletlerin bütününe paylaştırılmasını sağlayan bir hüküm yer almadığı gibi üye devletler için belli sayıda kişi kabulü noktasında bir yükümlülük yüklemeyiz. 1990 yılında imzalanan Dublin Anlaşmasında, mültecilerin AB'ye üye birden fazla devletten sığınma talep edebilmeleri, bu taleplerin değerlendirilmesinde hangi devletin sorumlu olacağına ölçütlerine yer verilmiştir.⁶⁸ Ancak bu sistemin uygulanamadığı da açıktır. 2001 tarihli GKY, her ne kadar 4 Mart 2022 tarihine varıncaya yani Ukraynalı kitle akınlarının AB coğrafyasına ulaşmasına kadar etkin hale getirilmemiş olsa da 2010 yılında Arap Baharı ile başlayan süreçte, Tunus, Libya, Suriye, Afganistan'dan gelenler için AB kendi içinde sorunlar doğurmuştur.

6. İltica Edilen-Orijin- Devletin Yükümlülüğü Sistemi

Esasen koruma sorumluluğundan hareket eden bu sisteme göre, iltica edilen orijin devlet ülkesindeki kişilerin ilticasından sorumludur ve ülkesinden giden mültecileri kabul eden ev sahibi devlete tazminat ödemekle yükümlüdür. Ev sahibi devletin koruması ikame niteliklidir.

Yukarıda, geçici koruma konusunda normatif eksiklik ve bununla da bağlantılı olarak mülteci yükünün paylaşımıyla ilgili önerilen sistemlerin etkin çalışmalarının güçlüğünden kısaca söz edilmiştir. Mülteci yükünün paylaşımına ilişkin sorunlar ve önerilen sistemlerin çalışmaması, devletlerin ülkesel menfaatleri ile uluslararası toplumun bir bütün olarak menfaatlerinin kısa vadede çatışmasına bağlanabilir. -Uzun vadede gerçekte çatışma yoktur.- Şirketler, dernekler gibi özel hukuk tüzel kişileri için söz konusu olan Olson'un Kolektif Hareketin Mantığı Teorisi ve Mahkum İkilemi, mülteci yükünün paylaşılması noktasında da kendini gösterir. Bunlara kısaca bakacak olursak;

B. Kolektif Hareketin Mantığı ve Mahkum İkilemi

Mancur Olson'un 1960'lı yıllarda *The Logic of Collective Action* adındaki kitabında ortaya attığı ve esasen bir iktisat teorisi olan "kolektif hareketin mantığı" şu şekildedir. Bireyler tarafından oluşturulan gruplarda, grubu oluşturan bireylerin, grubun müşterek menfaatleri doğrultusunda hareket etmeleri beklenirken, genellikle bireysel kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda hareket etmektedirler.⁶⁹

⁶⁸ *İnsan Hakları ve Mülteciler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği İnsan Hakları Bilgi Kitapçığı*, No:20, 9, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf> (Erişim Tarihi 17.12. 2021)

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için; Olson, (n 10)

Özellikle geniş katımlı gruplar için kolektif hareketin söz konusu olduğu durumlarda, “bedavacılar” olarak adlandırabileceğimiz “free rider” ların varlığı önemli bir kırılma noktasıdır. Şöyle ki; bedavacılar, kolektif harekete katkı sunmadıkları halde, kolektif menfaatin⁷⁰ olumlu sonucundan yararlanırlar.⁷¹ Bu, kolektif menfaatin “dışlamama” özelliğindedir. Katkı sunup sunmadığına bakılmaksızın herkes yararlanır. Kolektif menfaatin diğer özelliği ise kullanıcılar arasında rekabet olmamasıdır.⁷² Kolektif hareketlerde bedavacılar engel olunması şüphesiz geniş topluluklarda daha zordur. Mülteci yükünün paylaşılması noktasında, devletler ile bütün olarak uluslararası toplumun menfaatleri karşı karşıya geldiğinde; Olson’un teorisine ve uygulamada gördüğümüze göre, devletler ülkesel menfaatlerini tercih etmektedirler. Mevcut durumda hukuki bir sorumluluk haline gelememiş ve yardım niteliğindeki bağışlarda devletlerin ülkesel menfaat tercihi izlerini görmek mümkündür. BMMYK’ya bağış yapan devletler ve devlet temelli olanlar NGO’lar bağışlarının ne için kullanılacağına ilişkin tahsis yapabilmektedirler. Devletlerin kendi iç ve dış politika öncelikleri gözetilerek yapılan tahsisler genellikle vatandaşlık ya da tarihi bağlantılar ve güvenlik endişesi gözetilerek eski sömürgelere yapılmaktadır. Örneğin, İngiltere ve Belçika bağışlarını eski sömürgelerine tahsis etmektedir. Uyruklar ya da eski sömürgeler için yapılan bağışlarda, daha cömert olduğu da tespit edilmiştir.⁷³ BMMYK’ya yapılan katkı miktarı da, katkı yapan devletin küresel beklentisi ile doğru orantılı olup, yine ülkesel menfaatin gölgesinde kalmaktadır.⁷⁴

Yükün paylaşımında, devletlerin kendi ülkesel menfaatlerini tercih etmeleri “Mahkum İkilemi”⁷⁵ nin olumsuz sonucuna götürebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.⁷⁶ Mahkum İkilemi iş birliği davranışı üzerine kurulu bir oyun teorisidir. Şu şekilde basitçe anlatılabilir: Haklarında delil bulunmayan ve ayrı sorularında tutulan iki mahkumun her birine şu seçenekler sunulur;

⁷⁰ Bu Makale’de, mülteci yükünün hakkaniyetli ve adaletli paylaşımı konusunda “kolektif menfaat”in, “uluslararası kamu yararı” olarak algılanması daha uygun olacaktır. Uluslararası kamu yararının yeğlenmesi jus cogens kuralı ve erga omnes yükümlülük açısından da önemlidir.

⁷¹ Olson, (n 10) 58, 76; Eiko Thielemann, ‘Why Refugee Burden-Sharing Initiatives Fail: Public Goods, Free Riding and Symbolic Solidarity in the EU’, (2018) 56 (1) JCMS, 63-82

⁷² Daniel Bodansky, ‘What’s in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy’, (2012) 23(3) EJIL 651, 652

⁷³ Steven D. Roper&Lilian A. Barria, ‘Burden Sharing in the Funding of the UNHCR: Refugee Protection as an Impure Public Law’, (August 2010) 54 (4) Journal of Conflict Resolution 616, 625,629-631

⁷⁴ Roper&Barria, (n 73) 630

⁷⁵ Tutsak İkilemi. İş birliği üzerine kurulu bir oyun teorisidir. 1950 yılında Merrill Flood ve Melvin Dresher tarafından altyapısı tartışılmış, Albert William Tucker tarafından modele hapis cezası eklenerek Tutsak İkilemi olarak adlandırılmıştır. <https://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/> (Erişim Tarihi: 10.12.2021); Albert William Tucker, ‘The Mathematics of Tucker: A Sampler – A Two-Person Dilemma: The Prisoner’s Dilemma’, (Jun 1983), 14/3 The Two Year College Mathematics Journal, Jun., 228-232

<<http://www.tuicakademi.org/tutsak-ikilemi/> (Erişim Tarihi: 19.02.2022.; Cristina Bicchieri, The Grammar of Society, The Nature and Dynamics of Social Norms, (Cambridge University Press, 2006) 53, 54

⁷⁶ Astri Suhrke, ‘Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action’ (1998) 11(4) Journal of Refugee Studies 396, 399

- Eğer her ikisi de suçlarını itiraf ederlerse 5'er yıl,
- Eğer her ikisi de sessiz kalırsa 1'er yıl,
- Eğer mahkumlardan biri suçuyla ilgili itirafta bulunur, diğeri sessiz kalır ise, sessiz kalan 20 yıl hapis cezasına çarptırılacak, suçunu itiraf eden serbest kalacaktır.

Mahkumlar için en iyi seçenek, iş birliği yapıp sessiz kalmalarıdır. Ancak karşı tarafın sessiz kalacaklarına güvenleri yoktur. Üstelik sessiz kaldıklarında 20 yıllık cezaya da çarptırılabilirlerdir.

Mülteci yükünün paylaşımında da uluslararası toplum üyeleri, Mahkum İkilemini yaşamakta ve iş birliğine yanaşmamaktadırlar. Halbuki, bir bütün olarak uluslararası toplum iş birliği içinde olmakla sorumludur. Aşağıdaki başlıkta uluslararası toplumun bir bütün olarak iş birliği içinde olma sorumluluğuna değinilmiştir.

Geçici koruma ve yükün paylaşılmasına paradigma değişikliğine ihtiyaç vardır. Yansımalarını hukuki metinlerden kolayca gördüğümüz ve *“devlet, ülkesinde mülteci almak zorunda değildir ama isterse onlara yardım edebilir. Devlet, ülkesinde yaşayan insanlar dışında hukuken kimseden sorumlu değildir.”* şeklinde basitçe ifade edebileceğimiz, güvenlik ve devlet odaklı bakış açısından uzaklaşmalıdır. Devlet kendisini uluslararası toplumun ayrılmaz bir parçası kabul edip, ülkesel menfaatleri ile bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatleri karşı karşıya geldiğinde uluslararası toplumun menfaatlerini tercih etmelidir. Uluslararası toplumun menfaatini korumak, gerçekte devletin ülkesel menfaatini de korumak anlamına gelecektir. Ülkesine bir tane bile mülteci gelmemiş olan devlet, uluslararası toplumun bir üyesi olarak, dünyadaki 82.4 milyon yerinden edilmiş kişinin sorumluluğuna ortak olmalıdır. Bu ortaklık, herhangi bir hukuki yükümlülük altında girmeden, yardım etmek şeklinde olmamalıdır. Jus cogens kural ve erga omnes yükümlülük esasen buna yöneliktir.

C. Jus Cogens Kural, ERGA OMNES Yükümlülük Ve Devletin Uluslararası Sorumluluğu

Uluslararası Hukukta sıradan kurallara göre daha üstün kabul edilen jus cogens/emredici kuralların tanımına ya da içeriklerine ilişkin genel bir kabul yoktur. Jus cogens kurallar, kurallar arası hiyerarşiye işaret eder. Bu hiyerarşi, devletin sorumluluğu ve antlaşmalar hukukunda açıkça bellidir. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (VAHS) 53. maddesinde, jus cogens kuralın, “bütün uluslararası toplum tarafından emredici kabul edilme” ve “kendisinden sapmaya izin verilmeme”; 64. maddesinde “kendisiyle çatışan uluslararası antlaşmaları batıl hale getirip sonlandırma” özelliklerinden bahsedilmiştir. Jus cogens kurallar, iç

hukuklardaki emredici kurallarda olduğu gibi, düzenlediği toplumun menfaati için konulmuştur ve emredicidir. Uluslararası Hukukta, kurallar arası bir hiyerarşinin varlığı ve bunun neticesi olan jus cogens kurallar, uluslararası topluma ihlal edilmemesi yönünde uyarı niteliği taşır.⁷⁷

Jus cogens kuralların ihlallerinde, bu kuralları ihlal eden devlet yanında uluslararası topluma da sorumluluk yüklenmiştir. 2001 yılında, BM Genel Kurulunda oylama olmaksızın Uluslararası Haksız Fillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde, -40 ve 41. maddelerinde- jus cogens kuralların ciddi ihlallerinde devletler yanında uluslararası toplum da sorumlu tutulmuştur. Buna göre, uluslararası toplum, jus cogens kuralların ciddi ihlallerini hukuken tanımayacak, sürdürülmesinde yardım-yataklık etmeyecek ve sonlandırılması için iş birliği içinde olacaktır.⁷⁸

İnsan haklarında hiyerarşinin varlığı, büyük çoğunlukla kabul edilmiş, İHEB’de sayılan ekonomik ve sosyal haklar dışındaki bütün hakların jus cogens kural olduğu ileri sürülmüştür. İşkence yasağı, soykırım yasağı, kölelik yasağı gibi insan hakları, tereddütsüz jus cogens kabul edilmiştir. Sığınma/ iltica hakkı ya da mülteci yükünün paylaşılmasıyla ilgili işkence ya da soykırım yasağında olduğu gibi bir netlik yoktur. Ancak mültecilik öncesi, bu durum için aranan ve kasıtlı olarak tanımlanmayan “zulüm”, sığınma hakkı verilmemesi yahut da gayri insani koşullarda ev sahipliği yapılmasının sonucu olan pek çok durum temel insan haklarını ihlaline sebep olabilir.

Yine aynı şekilde çoğu zaman mültecilik, “koruma sorumluluğu” gerektiren, ciddi insan hakkı ihlallerinden doğmaktadır.⁷⁹

Bu nedenle, geçici korumanın normatif düzenlenmesine ve mülteci yükünün paylaşılmasına jus cogens kural penceresinden bakılmalıdır. Bunda devletler yanında bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatinin olduğu şüphesizdir.⁸⁰ Geçici koruma ve yükün paylaşılması konusundaki normatif eksikliğin giderilmesi ve bunun jus cogens kural edilmesi bütün uluslararası toplumun menfaatine olacaktır. Kelsen’e göre temel norm, yalnızca yapılış usulüyle değil aynı zamanda içeriğiyle de geçerlidir.⁸¹ Bahsi geçen normatif eksiklikler içerik ve anlam itibarıyla jus cogens kural olabilecek niteliktedir.

⁷⁷ Theodor Meron, ‘On A Hierarchy of International Human Rights’, (January 1986) 80 (1) The American Journal of International Law 1, 22

⁷⁸ <https://www.refworld.org/pdfid/3ddb8f804.pdf> (Erişim Tarihi: 22.11.2021)

⁷⁹ Koruma sorumluluğuna göre, devletler ülkesinde yaşayan vatandaşlarının insan haklarının korunmasından öncelikli olarak sorumludurlar. Ancak devlet, bu sorumluluğunu yerine getirmediği ya da yerine getirmek istemediği hallerde söz konusu insan haklarının korunması sorumluluğu uluslararası topluma ait olacaktır <https://www.globalr2p.org/what-is-r2p/> (Erişim tarihi: 22.01.2022); Ayrıntılı bilgi için: Füsun Arsava, ‘Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu’, (2011) XV(1) 101-124; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-124; Ümmühan Elçin Ertuğrul, ‘Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak’, (2016) XX(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-150

⁸⁰ Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Responsibility*, (Oxford University Press 2010) 109

⁸¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (Third Printing Harvard University Press,1949) 402; Hart, ‘Doğal Haklar...’, (n15) 169

Jus cogens kuraldan, erga omnes yükümlülük doğar. Latince “*erga omnes*” teriminin karşılığı “herkese karşı”dır. Erga omnes tabiri ilk olarak, Uluslararası Adalet Divanında görülen Barcelona Traction Davasında kullanılmıştır. Erga omnes yükümlülükler herkese karşı ileri sürülebilirler.⁸² Erga omnes yükümlülük, bir devletin bir diğer devlete karşı yükümlülüğü ile uluslararası topluma karşı yükümlülüğünün farklılığına işaret eder. Erga omnes yükümlülük, kendisini doğuran “hakkın önemi” ile ilgilidir. Erga omnes yükümlülükler evrenseldir ve dayanışmayı gerektirir.⁸³ Ancak şu önemle vurgulanmalıdır ki, jus cogens kural ile erga omnes yükümlülük belli noktalarda örtüşmeler de erga omnes yükümlülük jus cogens kurala göre daha geniş kapsamlıdır. Örnek vermek gerekirse, savaş esirlerinin korunması jus cogens kural değildir. Ancak savaş esirlerinin korunmasına ilişkin 3 No’lu Cenevre Sözleşmesinin 6/1. maddesi, savaş esirlerinin sahip olduğu hakları sınırlandıracak anlaşma yapılmasını açıkça yasaklamaktadır. Görüldüğü gibi, 3 No’lu Cenevre Sözleşmesinin 6/1 maddesi günümüzde bütün devletler için erga omnes bir yükümlülük yüklemektedir.⁸⁴ Yükün paylaşılmasına öncülük eden insan hakları jus cogens kabul edilmese dahi erga omnes yükümlülük doğurmalıdır.

Jus cogens kurallar ve erga omnes yükümlülükler kamu düzeni kurallarıdır. Kamu düzeni, ahlak ve hukuk sistemlerinde kabul edilen ahlaka aykırı fiillerin hukuka da aykırı olduğu düşüncesinden kaynaklanır. Kamu düzeni hem pozitif hukuk kurallarına hem de ahlakın genel kabul gören ilkelerine gönderme yapılarak açıklanmıştır. Kamu düzeni, geleneksel iki taraflı hak ve yükümlülük üzerine kurulu iki taraflı ilişkinin yetersizliğini ortaya koymuştur ki, günümüzde devletin sorumluluğu bu mantık üzerine kuruludur. Uluslararası Hukuka aykırı haksız fiil, herhangi bir zarar doğurmamış olsa dahi -gerçekte, hukukun yasakladığı fiil işlenerek hukuk düzenine zarar verilmiştir- sorumluluk doğacaktır.⁸⁵ Kamu düzeni, belli yükümlülüklerle istisnasız bütün devletlerin itaatini gerektirir. Uluslararası Hukukta iç hukuktakilere benzer bir kamu düzeni mekanizmasının olmadığı açıktır. Ancak kamu düzeninin

⁸² Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 24 July 1964, para 33. <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments;https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 09.09.2021)Meron, bu davanın insan hakları arasında bir hiyerarşiye işaret ettiğini; temel insan haklarının erga omnes yükümlülük doğurduğunu; Uluslararası Hukuk Komisyonunun bunu, bir bütün olarak uluslararası toplum için önemli görülen belli yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, diğerlerinin aksine bütün devletlerin menfaati olduğu şeklinde yorumladığını ifade etmiştir. Meron, (n 77) 1

⁸³ Ayrıntılı bilgi için; Maurizio Ragazzi, *The Concepts of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford University Press 2002)

⁸⁴ 3 No’lu Cenevre Sözleşmesi Madde 6/1 “Yüksek Akid Taraflar, 10, 23, 28, 33, 60, 65, 66, 67, 72, 73, 75, 109, 110, 118, 119, 122 ve 132 nci maddelerde sarahaten deriş olunan anlaşmalar dışında bilhassa tanzimini münasip görecekları sair bilcümle meseleler hakkında diğer hususi anlaşmalar akdedilebileceklerdir. Hiçbir hususi anlaşma, esirlerin işbu Sözleşme ile tanzim olunan vaziyetlerine halel getiremeyeceği gibi, Sözleşmenin kendilerine bahsettiği hakları da tahdit edemez. Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları) <https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> (Erişim Tarihi: 23.02 2022); Stefan Kadelbach, ‘Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules- The Identification of Fundamental Norms’, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006) 21, 38,39,

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için, Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, (Yetkin Yayınevi 2012)

geleneksel olarak iki taraflı hak ve yükümlülük üzerine kurulu iki taraflı ilişkinin yetersizliğini ortaya koyması ve belli yükümlülüklerle istisnasız bütün devletlerin itaatini gerektirmesi açısından Uluslararası Hukukla da ilgili olması gerektiği unutulmamalıdır.⁸⁶

Geçici koruma ve yükün paylaşılmasına ilişkin kuralların jus cogens olarak kabullerinin uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf adet ile netleştirilmeye çalışılması, uluslararası hukukun iç hukuklardaki gibi daha gelişmiş hukuk sistemi olmasına aracılık edecektir.⁸⁷

Yukarıda bahsedilen, bağlayıcı hukuki metinlerdeki eksiklikler ve mülteci yükünün paylaşılması, günümüz uluslararası toplumu çerçevesinde düşünülmelidir. Şöyle ki, Friedmann çağdaş uluslararası hukuk ve uluslararası toplumun gelişimini değerlendirdiği kitabında, supranasyonal (uluslarüstü) uluslararası toplumda, devletlerin işlev ve faaliyetlerini daimi uluslararası kurumlarda birleştirir.⁸⁸ Günümüz uluslararası toplumuna işaret eden bu aşamada, bahsi geçen sorunlar konusunda iş birliği⁸⁹ eksikliği ve kurumsal yetersizlikler göze çarpar. Bunlara ilişkin yeni dönem çabalar önemli olsa ve bahsettiğimiz paradigma değişikliğine hizmet etse de yeterli değildir. Kısaca bakacak olursak;

19 Eylül 2016'da New York Mülteci ve Göçmenler Deklarasyonu Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilmiştir⁹⁰

17 Aralık 2018'de Küresel Mülteci Pakı (Pakt) kabul edilmiştir. Bu Pakt'ın amaçları; ev sahibi ülkeler üzerindeki baskıları hafifletmek, mültecilerin kendi dayanaklarını artırmak, üçüncü ülkeye erişimlerini genişletmek, onur ve güvenlik içinde geri dönüşleri için orijin ülkedeki şartları desteklemektir. Pakt, paydaş sayısını da artırarak, devletler, uluslararası örgütler, Kızılaç gibi insani yardım ve kalkınma aktörleri, iktisadi kurumlar, bölgesel örgütler, yerel otoriteler, sivil toplum, akademisyenler ve diğer uzmanlar, özel sektör, medya, ev sahibi toplum ve mülteciler gibi çeşitli paydaşlar arasında sorumluluk ve yükün eşit paylaşımı ve öngörülebilirliğini sağlamayı da amaçlamıştır.⁹¹ Pakt'a göre, mülteci sorununun çözümüne ilişkin yapılan Küresel Mülteci Toplantılarında, devletler, gerçek kişiler, NGO'lar, şirketler, örgütler gönüllülük esasına göre katkı sunacaklardır. 17-18 Aralık 2019 tarihinde Cenevre'de yapılan Birinci Küresel Mülteci Toplantısında, Dünya Bankası, mülteciler ve ev sahibi devletler için 2.2 milyar ABD doları, Amerika Kıtası Kalkınma Bankası 1 milyar ABD

⁸⁶ Orakhelashvili, (n 80) 43

⁸⁷ Meron, (n 77) .22

⁸⁸ Friedmann, (n 3)

⁸⁹ Kanımızca iş birliği ideal yöntem değildir ancak devletin sorumluluğuna, devletler arası dostça ilişkiler gibi hukuki metinlerde "cooperation" ibaresiyle vurgulanmıştır.

⁹⁰ <https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf> (Erişim Tarihi: 17.01.2022)

⁹¹ <https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf>, para 33-44 (Erişim Tarihi: 18.01.2022) İneli-Ciger, 'The Global Compact...', (n. 8) 116

doları, özel sektörden 250 milyon ABD dolarından daha fazla miktarda fon ayrılacağı ya da mali destek sunulacağı ilan edilmiştir. Mali yardım ve fonlar bunlarla sınırlı değildir. Bunların dışında mülteciler için eğitim, iş fırsatları, su ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi gibi katkılar da söz konusu olabilecektir.⁹²

Aslında bu amaç ve katkıların bir kısmı yeni değildir. BMMYK, 1990'lı yılların sonlarında dünyadaki zengin devletlerin, mülteciliğe yol açan silahlı grupları silahtan arındırma, demokratik seçimlerin yapılmasını sağlama, savaşta yakılıp yıkılan ülkeleri kendi vatandaşlarının insan haklarına saygı göstermeye teşvik edecek dış politika, ekonomi ve insan hakları politikaları izlemelerinde etken olma hususlarındaki rollerinden bahsetmiştir⁹³ Sonraki dönemde, bu iş birliği zengin devletlerin değil, uluslararası toplumun koruma sorumluluğu kapsamında görünmüştür. Ne yazık ki, uygulamada arzu edilen olmamıştır.

Uluslararası toplumda iş birliği yükümlülüğü, her dönem vurgulanmasına rağmen hedeflenen faaliyetler ve sonuçlara götürmemiş, normatif eksiklik uluslararası toplum sujelerinin iş birliği yükümlülüğünde de kendini göstermiştir. Ancak iş birliği yükümlülüğündeki normatif eksiklik iş birliğine zorlama noktasındadır. Yoksa devletler arası iş birliği, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir ve BM Antlaşmasında, Mülteci Sözleşmesinde, 1970 BM Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgede, 1966 Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesinde, 1986 Gelişme Hakkı Bildirisinde açıkça ifade edilmiştir. BM Genel Kurul 1981 yılından itibaren Mültecilerin Yeni Akınlarını Önlemek İçin Uluslararası İşbirliğine Yönelik Kararlar almıştır. Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde, jus cogens kuralların ciddi ihlallerini sonlandırmak için devletler arasında iş birliği öngörülmüştür.

D. Kısıtlamaların Karşılıklılığı (Mutuality Of Restrictions)

Yukarıdaki başlıklarda geçici koruma ve yükün paylaşımına ilişkin normatif eksiklik jus cogens kural, erga omnes yükümlülük ve iş birliği uluslararası toplum çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. -Bunların uluslararası kamu düzeni, uluslararası kamu yararı ile ilintili olduğunu söylemeye gerek yoktur.-

Hart'ın "kısıtlamaların karşılıklılığı" teorisine göre, mülteci yükünün paylaşılmasında nisbi hakkın varlığı ileri sürülebilir. Kısıtlamaların karşılıklılığı teorisi, Hart'ın kendi ifadesinin Türkçe çevirisine göre şu şekildedir. "*Belirli sayıda kişi, herhangi bir ortak teşebbüsü kurallara göre yönetiyor ve dolayısıyla kendi*

⁹² <https://www.unhcr.org/5e20790e4> (Erişim Tarihi: 18.01.2022)

⁹³ *Dünya Mültecilerinin Durumu-Bir İnsanlık Sorunu*, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (Oxford University Press 1997-1998) 181

özgürlüğünü kısıtlıyorsa bu kısıtlamalara tabi olanlar, kısıtlamadan yararlananların da gerektiğinde kendilerini benzer bir kısıtlamaya tabi kılmasını isteme hakkına sahiptir....” Mülteci yükünün paylaşılması konusunda, tarafımızca ileri sürülen bu teorinin uygulanmasının mantığı gayet basittir. Şöyle ki, mülteci yükünün, yalnızca onunla yüzleşen devletlerin değil, bütün uluslararası toplumun yükü olduğu kabulünden yola çıkılır. Kısıtlamaların karşılıklılığı tezini mülteci yükünün paylaşılması çerçevesinde değerlendirdiğimizde; mülteci yükünü göğüsleyen az sayıda devlet, uluslararası toplumdaki diğer devletler lehine mülteci yükü olarak ekonomik, sosyal, güvenlik vb. açılardan kendi özgürlüğünü kısıtlıyor ise diğer devletlerin de mülteci yükü almalarını isteme hakkına sahiptir. Hart, yükümlülüğün kaynağını toplumdaki iş birliğine bağlamıştır.⁹⁴

Bilindiği gibi, İnsan Hakları, Doğal Hukukun en temel yansıma alanlarından biridir. Toplumsal düzen kurallarından biri olan ahlak kurallarının da kişisel yükümlülükler doğurarak, kişilerin ortak gereksinimlerini güvenceye alırlar. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin olmadığını savunan Hart’a göre – ve diğer pozitif hukukçulara göre- ahlak kuralları, hukuk kuralı haline gelmedikçe hukuki sorumluluk doğurmazlar.⁹⁵ Yükün paylaşılması konusundaki normatif eksiklik, Hart’ın kısıtlamaların karşılıklılığı teorisinin uygulanmasında da kendini gösterir.

Sonuç

Hukukun gelişmesi, yaşlı dünya tarihinde belki Puchta ve Savign’nin teorilerindeki gibi, gerçeğin itici gücüyle aynen lisanın gelişmesi gibi hiç hissedilmeden ve zahmet çekilmeden gerçekleşiyordur. Ama dünya tarihiyle kıyaslanınca insanın kısacık ömründe, hukukun gelişmesinin hiç hissedilmeden, zahmet çekilmeden olduğu söylenemez. Hele ki, mültecilik gibi zor durumları yaşayanlar için. Mültecilik gibi her tür saldırıya açık, kırılğan durumlar için son derece sınırlı koruma sağlayan Mülteci Hukukunun gelişmesi için araştırmak, didinmek ve savaşmak gereklidir.

Mülteci Hukukunda, geçici koruma ve mülteci yükünün paylaşımında, paradigma değişikliğine ihtiyaç vardır. Geçici koruma ve mülteci yükünün paylaşılmasına gösterilen tavır, güvenlik ve devlet merkezinden, İnsan Hakları ve uluslararası toplum odağına kaydırılmalıdır. Bu durum, evrensel hukuki düzenlemeler, uluslararası kurumların etkinliğinin artırılması, devletler arası iş birliği, uluslararası ortak yaşam ve sorumluluğun bütün uluslararası topluma yayılması suretiyle mümkün olabilecektir.

⁹⁴ Hart, ‘Doğal Haklar...’, (n 15) 230, Ayrıca, H.L.A. Hart, *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, (Clarendon Press 1983), Hart H. L. A., ‘Are There Any Natural Rights’ (1955) 64(2) *The Philosophical Review* 175, 185

⁹⁵ Hart, ‘Doğal Haklar...’, (n 15) 18, 35

Hart, hukuk ve ahlakı kesin biçimde ayırma noktasında tereddütlüdür. Ahlakla ve adalete aykırılığı hukuk dışına çıkarmaz. Sercan Gürler, ‘Hukuk Ahlak’tan Ayrılabilir mi? H.L.A. Hart Üzerinden Bir Tartışma’, (2016) 92 *Bilim ve Sanat Vakfı* https://www.bisav.org.tr/Bulten/270/1627/hukuk_ahlaktan_ayrilabilir_mi_h_l_a_hart_uzerinden_bir_tartisma (Erişim Tarihi: 23.11.2022)

Kitleler halinde başka ülkelerin kaplarına yığılan, geçici korunanlarla ilgili normatif boşluğun giderilmesi gereklidir.

Mülteci yükünün paylaşılmasında, tazminat, kota, güvenli bölge, uluslararası güvenli mülteci ülkesi, yükümlülüğün bölge ya da grup içinde paylaşılması ya da iltica edilen -orijin- devletin yükümlülüğü sistemlerinin çalışmazlığı yahut da çalışmadığı ortadadır. Geçici koruma ya da mülteci yükünün paylaşılmasında, kolektif hareketin mantığının işlediği ve bunun Mahkum İkilemine yol açtığı da muhakkaktır.

Az sayıda devletin omuzlarına kalmış mülteci yükünün adil ve hakkaniyetli paylaşımının bir insan hakkı sorunu olduğu, insan haklarının bütün dünyada tek ve bölünemez olduğu kabul edilmelidir. Uluslararası toplum, bu yük paylaşımının bütün insanlığın menfaatine olan jus cogens bir kural olduğu ve bundan bütün uluslararası topluma sorumluluk getiren erga omnes yükümlülük doğduğu bilinciyle hareket etmeli ve eksiklerini gidermelidir. Jus cogens kural olarak kabul edilmediği durumlarda dahi erga omnes yükümlülük doğabileceği, bunun mülteci yükünün paylaşımında da uygulanması gerekeceği hatırdan uzak tutulmamalıdır.

Yine Hart'ın kısıtlamaların karşılıklılığı teorisine göre mülteci yükünü yüklenen devletlerin, diğerlerinin yüklerini hafifletmesi dolayısıyla diğer devletlerden alacak hakları olduğu bilinmeli ve bunu gerçekleştirecek mekanizmalar gerçekleştirilmez.

Friedmann'ın teorisine göre, günümüz uluslarüstü toplumunda, BMMYK ve mülteciler ile ilgili diğer kurumların etkinliğinin artırılması; devletleri, bireyleri, şirketleri, NGO'ları ve diğer unsurları ile bütün uluslararası toplumun sürece dahil edilmesi elzemdir.

Bu sayılanlar yapıldığı takdirde, insan haklarının ciddi ihlallerini durdurmak amacıyla yapılan hukukiliği tartışmalı insani müdahale ve koruma sorumluluklarına başvurular azalacaktır.

Bu makalede bütün yazılanlar, Ferreira'nın, "*öngörülebilir yükümlülükler yaratmayan haklar, hak olarak değerlendirilemez.*"⁹⁶ ifadesinde saklıdır ve geçici korunanların, mülteci yükünü paylaşan az sayıda devletin, insan haklarının ve bütün insanlığın lehine bir bütün olarak uluslararası topluma yükümlülük öngörmektedir.

Zaman, hukukun ve insanlığın vicdanı aleyhine işlemektedir.

⁹⁶ Slater, (n 12) 277-278

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- 1981 tarihli Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large Scale Influx
(<https://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cc08/report-meeting-expert-group-temporary-refugee-situations-large-scale-influx.html>)
- 1996-1998 tarihli Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It (<https://www.unhcr.org/excom/standcom/3ae68cff4/progress-report-informal-consultations-provision-international-protection.html>)
- 2001 tarihli Protection of Refugees in the Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection (<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html>)
- Arsava F, 'Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu', (2011) XV/1 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-124
- Arulanantham A T, 'Restructured Safe Haven' A Proposal for Reform of the Refugee Protection System, (2000) 22 Human Rights Quarterly 1-56
- Bicchieri C, The Grammar of Society, The Nature and Dynamics of Social Norms, (Cambridge University Press, 2006).
- Bodansky D, 'What's in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy', (2012) 23/3 EJIL 651-668
- Çelebi Ö, 'Kuramların Sessizliği: Liberalizm, Realizm ve İltica Rejiminin Kuruluşu' İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, (BMMYK Yayını 2011) 9-26
- Çiçekli B, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, (Seçkin Yayınevi 2009)
- Dünya Mültecilerinin Durumu, Bir İnsanlık Sorunu, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, (Oxford University Press 1997-1998)
- Ertuğrul Ü E, 'Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak', (2016) XX/2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-150
- Ertuğrul Ü E, 'Turkey: The Host Country For Syrian Citizens And The Question Of Sharing The Burden', (Nisan 2017) XXI/2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-173
- Ertuğrul Ü E, 'En Ağır Yük: İnsan Yükü ve Uluslararası Hukukta Yükün Paylaşılması', *Uluslararası Ortadoğu Sempozyumu Bildirileri*, (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları 2014) 565-585
- Fitzpatrick J, 'Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime' (2000) 94/2 The American Journal of International Law 279-305
- Friedmann W, The Changing Structure of International Law, (Columbia University Press 1964)

- Gemalmaz M S, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, (8. Bası, Legal Yayıncılık, San. Tic. Ltd. Şti., 2012)
- Güler A, 'Uluslararası Mülteci Rejimi: Afganistan Üzerinden Bir Rejim Etkinliği Analizi' (2013) 9/36 Uluslararası İlişkiler Dergisi 101-127
- Gürkan Ü, Sosyolojik Hukuk İlmi, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türk Matbaası 1961)
- Gürler S, 'Hukuk Ahlak'tan Ayrılabilir mi? H.L.A. Hart Üzerinden Bir Tartışma', (2016) 92 Bilim ve Sanat Vakfı, https://www.bisav.org.tr/Bulten/270/1627/hukuk_ahlaktan_ayrilabilir_mi_h_l_a_hart_uzerinden_bir_tartisma
- Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/ENG/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992 (UNHCR 1979) <https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>
- Hart H L A, 'Doğal Haklar Var mı?' H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, (Tekin Yayınevi 2015)
- Hart H L A, 'Are There Any Natural Rights' (1955) 64/2 The Philosophical Review 175-191
- Hart H L A, Essay in Jurisprudence and Philosophy, (Clarendon Press 1983)
- Hathaway J C. & Neve R. A, 'Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection' (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 115-211
- İneli-Ciger M, 'A Temporary Protection Regime in Line with International Law: Utopia or Real Possibility' (2016) 18 International Law Community Law Review 278-316
- İneli-Ciger M, 'The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative Gap Concerning Burden Sharing', (2019) 38 Refugee Survey Quarterly 115-138
- İneli-Ciger M, Temporary Protection in Law and Practice, (International Refugee Law Series, Brill Nijhoff 2018)
- İnsan Hakları ve Mülteciler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği İnsan Hakları Bilgi Kitapçığı, No:20
- Jhering R V, Hukuk Uğrunda Savaş, (Sinan Matbaası 1964)
- Kadelbach S, 'Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules- The Identification of Fundamental Norms', Ed. Christian Tomuschat and Jean- Marc Thouvenin, The Fundamental Rules of the International Legal Order, (Martinus Nijhoff Publishers 2006)
- Kelsen H, General Theory of Law and State, 20th Century Legal Philosophy Series Vol. 1, Third Printing (Harvard University Press 1949)
- Kritzman-Amir T, 'Not in My Backyard: On the Morality of Responsibility Sharing in Refugee Law', (2008-2009) 34/2 Brook. J. Int'l . L. 355- 393
- Leibholz G, 'Hukukun Gayesi', (1937) 3 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 515-533 <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2028>
- Meron T, 'On A Hierarchy of International Human Rights' (January 1986) 80/1 The American Journal of International Law 1-23
- Olson M, The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups , Twentieth Printing, (Harvard University Press 2002)
- Oppenheim L, International Law ; A Treatise. Ed. H. Lauterpacht , Vol I. -Peace, (Longmans, Green and Co. 1955)
- Orakhelashvili A, Peremptory Norms in International Responsibility, (Oxford University Press 2010)

- Özcan M, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku: Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, (USAK Books, 2005)
- Özkan I, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, (Seçkin Yayınları 2013)
- Öztürk N Ö, 'Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme' (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-264
- Ragazzi M, The Concepts of International Obligations Erga Omnes, Oxford Monographs in International Law, (Oxford University Press 2002)
- Roper S D & Lilian A B, 'Burden Sharing in the Funding of the UNHCR: Refugee Protection as an Impure Public Law', (August 2010) 54/4 Journal of Conflict Resolution 616-637
- Schuck P H, 'Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal', (1997) 22 Yale Journal of International Law 243-297
- Slater R H, 'A Jurisprudential Analysis of the Interpretation of 'Persecution' under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees at the Domestic Level', (PhD Thesis, Birmingham Law School, College of Arts and Law, University of Birmingham 2014)
- Storey H & Wallace R, 'War and Peace in Refugee Law Jurisprudence', (Apr. 2001) 95/2 The American Journal of International Law 349-366
- Suhrke A, 'Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action' (1998) 11/4 Journal of Refugee Studies 396-415
- Taşdemir F, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, (Adalet Yayınevi 2009)
- Thielemann E R, Towards A Common EU Asylum Policy: The Political Economy of Refugee Burden- Sharing.
http://www.utexas.edu/centers/european_studies/_files/PDF/immigration-policy-conference/thielemann.pdf. 2-22
- Thielemann E, 'Why Refugee Burden-Sharing Initiatives Fail: Public Goods, Free Riding and Symbolic Solidarity in the EU', (2018) 56/1 JCMS .63-82
- Tucker A W, 'The Mathematics of Tucker: A Sampler – A Two-Person Dilemma: The Prisoner's Dilemma', (Jun., 1983) 14/3 The Two Year College Mathematics Journal 228-232
- Vattel E, The Law of Nations, Or , Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essay on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury, (Liberty Fund. 2008)
- Yamaner M B, A E Öktem, B Kurtdarcan, M C. Uzun, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)

İnternet Kaynakları

- <https://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/>
- <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>
- <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2028>
- <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>
- <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>
- <http://www.tuicakademi.org/tutsak-ikilemi/>
- <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>

<http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2015/6/558193896/worldwide-displacement-hits-all-time-high-war-persecution-increase.html>

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigth_s_turkce.pdf

https://au.int/sites/default/files/treaties/36400-treaty-0005_-_oau_convention_governing_the_specific_aspects_of_refugee_problems_in_africa_e.pdf

https://ec.europa.eu/home-affairs/financing/fundings/migration-asylum-borders/refugee-fund_en,

https://ec.europa.eu/home-affairs/financing/fundings/migration-asylum-borders/asylum-migration-integration-fund_en

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055>

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

<https://undocs.org/en/A/RES/37/195>

[https://undocs.org/en/A/RES/428\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/428(V))

<https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>

<https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>

<https://www.unhcr.org/59e747f37.pdf>

<https://www.unhcr.org/5e20790e4>

<https://www.unhcr.org/afr/3cc413316.pdf>

<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>

https://www.unhcr.org/gcr/GCR_English.pdf

<https://www.unhcr.org/global-refugee-forum.html>

<https://www.savethechildren.net/news/refugee-children-must-have-access-education-and-be-protected-though-concrete-commitments-global>

<https://www.unhcr.org/new-york-declaration-for-refugees-and-migrants.html>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 17.12.2021
Revizyon Talebi: 01.05.2022
Son Revizyon Tarihi: 18.06.2022
Kabul: 18.06.2022

İnsan Hayatını Tehdit Eden Salgınlarla Mücadelede Küresel Bir Araç Olarak CITES

Ali Kerem Kayhan*

Öz

SARS-CoV-2 virüsünün yol açtığı ve tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 pandemisi, küresel düzeyde sorgulamalara yol açmış ve birçok meselenin yeniden ele alınmasını gerektirmiştir. Bu meselelerden biri de yaban hayatına ait türlerin ticareti ve bu ticaretin etkileridir. Çeşitli bilimsel araştırmalarda zoonatik bir virüs olan SARS-CoV-2'nin nesli tükenmekte olan yabani bir türün (pangolin) aracılığı ile insanlara bulaşma ihtimali ortaya çıkmıştır. Pangolin, yabani türlerin ticaretini düzenleyen CITES himayesinde sıkı kurallar ile korunan bir tür olmasına rağmen yoğun bir biçimde yasadışı ticarete konu olmaktadır. CITES, nesli tehdit altındaki canlıların ticaretini kurallara bağlı olarak işleten uluslararası bir sözleşmedir. Sözleşme, insan hayatını tehdit eden hastalıkların önlenmesine yönelik herhangi bir düzenleme içermez. Ancak uluslararası ticareti düzenleyerek dolaylı olarak zoonatik virüsler ile mücadelede rol oynayabilir. Bu çalışmada SARS-CoV-2 ve benzeri zoonatik virüsler ile mücadelede CITES'in muhtemel rolü, CITES'in elindeki araçlar ve CITES'in revizyonu üzerinde durulacaktır. Bu amaçla, çalışmada öncelikle CITES içerisinde sevkiyatı yapılan türlerin sağlıklarının korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmesi ve hayvan sağlığını içerecek yeni bir sınıflandırma eklenmesi incelenmektedir. Bunun yanında CITES'in iç ticarete müdahale yolları üzerinde durularak yaban hayatına ait türlerin ticaretinin tamamen yasaklanması önerileri değerlendirilmektedir. Son olarak yasadışı ticaretin ağır bir uluslararası suç olarak kabul edilmesi yönündeki öneriler ele alınmaktadır. CITES'in ana amacı nesli tükenmekte olan yabani türlerin ticaretinin düzenlenerek korunmasıdır. Bu nedenle CITES'in geliştirilmesi ve değiştirilmesine yönelik tüm yaklaşımlar CITES'in başarıları göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. CITES'in radikal bir biçimde genişletilerek temel amacından uzaklaşmaması veya zorlaştırıcı hükümler ile taraf devletleri kapsayıcılığının azalmaması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Yasadışı Yabani Hayvan ve Bitki Ticareti, Yaban Hayatı, Nesli Tehdit Altındaki Türler, Zoonatik Hastalıklar, Pangolin, SARS-CoV-2, CITES, Uluslararası Çevre Hukuku

CITES as an International Instrument Against Pandemics that Threaten Human Life

Abstract

The COVID-19 pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus requires revisiting many global issues, One of these being is the wildlife trade and its adverse effects. Scientific studies have revealed the possibility that the SARS-CoV-2, a zoonotic virus, was transmitted to humans through an endangered wild species (pangolin). Despite pangolins being protected by strict rules under the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) they are still the subject of illegal trade. CITES is a comprehensive global convention regulating trade of endangered wildlife species. The convention does not contain any regulations for preventing diseases that threaten human life. However, CITES can indirectly play a role by regulating international trade. This article discusses the possible role CITES and its mechanisms have in preventing SARS-CoV-2 and similar zoonotic viruses. For this purpose, the study examines the proposals for revisions to CITES, including the integration of species shipment regulations and the addition of a new appendix involving animal health. Moreover, the study evaluates proposals to completely ban the trade of wildlife species and the possibility

* **Sorumlu Yazar:** Ali Kerem Kayhan (Dr. Öğr. Üyesi), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye. E-Posta: alikerem.kayhan@yalova.edu.tr ORCID: 0000-0002-4102-3204

Atf: Kayhan AK, "İnsan Hayatını Tehdit Eden Salgınlarla Mücadelede Küresel Bir Araç Olarak CITES" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 683. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0010>



of having CITES intervene in domestic trade. Lastly, the article discusses proposals for recognizing illegal trade as a serious international crime. The main purpose of CITES is to regulate and protect the trade of endangered wild species. No matter what future arrangements are made, acting very meticulously will be necessary by taking into account the concerns of state parties, as this convention depends on states implementing the arrangements.

Keywords

Illegal Wildlife Trade, Wildlife, Endangered Species, Zoonotic Diseases, SARS-CoV-2, Pangolin, CITES, International Environmental Law

Extended Summary

The SARS-CoV-2 virus has caused a pandemic and is a zoonotic virus that has spread from animals to humans. Studies show that the virus most likely emerged from a wet market in China where wild animals are kept and traded under poor conditions. SARS-CoV-2 has been categorized as a bat-derived virus in the coronavirus family. Scientific research has indicated that an intermediate host should have occurred for the virus to have transferred from bats to humans. Pangolin is a species unique to Asia and has been identified as the probable link in this process. The species is highly demanded and illegally traded at a large scale. The pangolin species has been listed as a species of concern by the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), and its international trade is subject to strict rules.

CITES is a comprehensive global convention regulating wildlife trade regarding endangered species. The convention was first enacted in 1975 and now has 182 parties. The convention's aim is to regulate the trade of endangered species in order to limit their exploitation. In this process three appendices have been established. Appendix I specifically restricts the trade of endangered species. Appendix II protects species that may be threatened with extinction by requiring their trade to be controlled. Appendix III prevents species that may be facing excessive consumption at the request of a party already involved in the trade of said species that need assistance in preventing other countries from exploiting them. The implementation of the convention depends on the cooperation of the Convention Secretariat, the parties, and international organizations such as INTERPOL and the World Customs Organization. The convention works through a licensing system across borders to identify illegal trade. The exporting and importing states parties in this structure have different obligations regarding the monitoring of trade.

The possible link between SARS-CoV-2 and endangered species (i.e., the pangolin) has raised several questions regarding CITES. If the illegal trade of endangered species plays a role in a zoonotic disease, is this because of CITES being insufficiently implemented? If so, can CITES or its mechanisms be strengthened to

tackle this problem? Lastly, can CITES help prevent future global zoonotic diseases such as SARS-CoV-2? This article aims to answer these questions.

Since the establishment of CITES, various reforms and proposals for amendments to it have been suggested by NGOs and scholars. The most assertive approaches involve banning wildlife trade altogether and developing CITES to intervene in domestic trade. However, these approaches might actually harm CITES. Keeping in mind developing countries' inability regarding controlling and monitoring wildlife trade, any strict regulations or prohibitions may move the trade to the black market.

A recent proposal from Global Initiative to End Wildlife Crime is an amendment to CITES that will establish a new list (Appendix IV) containing the species that pose a threat to public and/or animal health. However, creating a new list may take years and might not provide the intended results, because CITES lacks the funding mechanism to implement new regulations like these.

Another issue of debate involves considering illegal wildlife trade as a serious international crime. The Global Initiative to End Wildlife Crime suggests regulating illegal wildlife trade under organized crime through new protocol within the framework of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC). However, this would leave personal offenses out of the structure. States' willingness to add a new binding protocol may additionally be another challenge.

Illegal wildlife trade is a threat to both public and animal health. To tackle this problem, scholars propose regulations for protecting species that are transported and providing standard care for captured species and rules for breeding. These suggestions may help deal with zoonotic diseases. Having the CITES system adopt standards would be easier and is achievable through decisions made at a Conference of the Parties.

The overall main purpose of CITES is to regulate and protect endangered wild species. Statistics show that CITES as one of the oldest environmental protection conventions has actually been successful in combating illegal trade. The long-term observations of wildlife show that, once a species is listed in CITES, their population tends to increase in numbers. For this reason, all suggestions for amendments and revisions should be made by taking into account the achievements of the Convention.

İnsan Hayatını Tehdit Eden Salgınlarla Mücadelede Küresel Bir Araç Olarak CITES

Giriş

Nesli tükenmekte olan yabani hayvan ve bitki türlerine ilişkin ticaret uluslararası hukukun en eski meselelerinden biridir. 1900'lü yılların başında tartışılmaya başlayan konu, 1973 yılında Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES) ile düzenlenmiş olmasına rağmen sözleşmeye ve genel olarak meseleye ilişkin tartışmalar sıklıkla dünya gündemine dâhil olmuştur. Bunun en büyük nedeni nadide türlere ve türlerden üretilen ürünlere (örneğin fildişi, egzotik ağaçlar veya deri eşyalar) olan talep ve yıllık milyarlarca doları bulan ticari boyutudur.¹ Dünya üzerinde yaban hayatına ait türlerin ticareti yılda tahmini 5 ila 23 milyar ABD doları değerinde olduğu tahmin edilen en önemli yasadışı ticaret kollarından biridir.² Bu talep ve meselenin boyutu düşünüldüğünde, ticaret küresel çapta kontrol edilmediği takdirde türlerin neslinin devamı hususunda yoğun endişelere yol açmaktadır.³ CITES da bu amaçla, hem nesli tükenmekte olan türleri korumak hem de taraf devletleri tatmin edecek şekilde ticareti düzenleme gayreti güder. Yaklaşık elli yıldır yürürlükte olan CITES nadide türlerin korunmasındaki rolü nedeniyle sürekli tartışmaların odağında olmuştur.

Yabani hayvan ve bitkilerin ticaretine ilişkin düzenlemelerinin yeterliliğini tartışılmaya devam ederken insan hayatını tehdit eden bir virüs olan SARS-CoV-2'ün insanlara nüfuz etmesinde yabani bir türün ticaretinin rol oynadığı iddiaları olayın boyutunu genişletmiştir. SARS-CoV-2'nin Çin'in Wuhan kentinde canlı hayvan pazarında ticareti yapılan pangolin aracılığı ile insanlara bulaştığı iddiaları öngörülmüştür.⁴ Canlı hayvan pazarlarında hayvanlar doğal ekosistemlerinin dışına çıkarak sağlıklı ve çok kalabalık ortamlarda bulunmakta, evcil hayvanlar ve insanlar ile bir araya gelmektedirler. Kendi ekosistemleri içerisinde karşılaşamayacak türlerin sağlıklı şartlarda bir arada tutulmasının virüsün tür bariyerini atlayarak mutasyona uğramasına sebep olmakta ve böylece enfeksiyonlara yol açması için uygun şartlar oluşmaktadır. Günümüzde nesli tükenmekte olan yaban hayatına ait bir tür olan pangolinin uluslararası ticareti CITES çerçevesinde yasaklanmasına rağmen yasadışı olarak devam etmektedir. Yasadışı ticaretin olumsuz sonuçlarına insan hayatını tehdit eden bir virüsün oluşumunda etki etme ihtimali de eklenince türlerin ticaretine dair düzenlemelerin yeterliliği tartışmaya açılmıştır.

¹ Jan A Randall, *Endangered species: a reference handbook* (ABC-CLIO 2018) 95.

² Brett Scheffers vd 'Global wildlife trade across the tree of life' (2019) 366(6461) *Science* 71, 71.

³ Randall (n 1) 95.

⁴ Bu çalışma yürütülürken henüz SARS-CoV-2'ün net olarak kaynağı tespit edilememiştir. Son olarak 2021 yılının sonunda Amerika Birleşik Devletleri İstihbarat Topluluğu tarafından hazırlanan bir çalışmada, virüsün doğal yoldan mı oluştuğu yoksa laboratuvar ortamında üretildiği varsayımlarında net bir sonuca varılamamıştır. Bkz The U.S. Intelligence Community, 'Key Takeaways' <<https://www.dni.gov/files/ODNI/documents/assessments/Unclassified-Summary-of-Assessment-on-COVID-19-Origins.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

Bu çalışmada yaban hayatın korunmaya muhtaç unsurlarından biri olan nesli tükenmekte olan türlerin ticaretinin insan hayatını tehdit eden virüslerle mücadelede etkisi değerlendirilecektir. CITES'in bu mücadelede mevcut ve muhtemel imkanları incelenecektir. Sözleşmenin etkinliği, eksiklikleri ve insan hayatını tehdit eden virüsler ile mücadeledeki rolüne değinilecektir. Çalışmanın ilk bölümünde SARS-CoV-2'nin kökenine yönelik araştırmalar incelenerek, zoonatik hastalıkların yaban hayatının korunması ile ilişkisi ele alınacaktır. İkinci bölümde nesli tehdit altında olan türlerin ticaretine ilişkin olarak CITES'in yapısına, usullerine ve işleyişine değinilecektir. Üçüncü bölümde zoonatik hastalıkların önlenmesinde CITES'in elindeki araçlar tartışılacak, eksiklikleri tahlil edilecek, bu çerçevede CITES'in geliştirilmesine yönelik öneriler değerlendirilecektir. Son olarak olası CITES'in revizyonuna ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

I. SARS-CoV-2, Zoonatik Virüsler ve Olağan Şüpheli Pangolin

Çin Halk Cumhuriyeti'nde ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkisi altına alan SARS-CoV-2 virüsü hakkında yönelteceğimiz ilk sorulardan biri şöyle olacaktır: Genel olarak yaban hayatın korunması, neden SARS-CoV-2 ve benzeri virüsler bakımından bir önem arz etmektedir?

SARS-CoV-2, zoonatik bir tür virüs olarak tanımlanmaktadır ve bu türler, bitki ve hayvanlardan insanlara taşınan virüsler olarak kabul edilmektedir.⁵ Zoonatik virüsler vasıtası ile ortaya çıkan zoonotik hastalıklar ise bir bakteri, virüs, mantar veya benzeri bulaşıcı bir aracın olabildiği, omurgalı hayvanlar ve insanlar arasında bulaşıcı olan hastalıklar ve enfeksiyonlar olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bu hastalıklar hem hayvan hem de insan sağlığı için ciddi riskler oluşturur. Zoonotik hastalıklar genellikle insanların ve hayvanların birbirleriyle etkileşime girmesiyle ortaya çıkmakta olup doğrudan temas yoluyla geçebileceği gibi çevresel şartlarla da bulaşabilmektedir.⁷

Çalışmalarda insan hayatını tehdit eden bulaşıcı hastalıkların büyük çoğunluğunun zoonatik yapıda olduğunu göstermiştir. Farklı araştırmalarda bu veri; %61⁸, %60.⁹ ve %75¹⁰ oranlarında tespit edilmiştir. SARS-CoV-2 dışında, HIV, SARS, MERS,

⁵ Kristian G Andersen, Andrew Rambaut, W Ian Lipkin, Edward C Holmes ve Robert F Garry, 'The proximal origin of SARS-CoV-2' (2020) 26 Nature Medicine 450, 452.

⁶ Jyotsna S Jagai, 'Zoonotic Diseases' iç Richard Crume (ed), *Environmental Health in the 21st Century from Air Pollution to Zoonotic Diseases Volume 1: A-K*, (ABC-CLIO 2018) 642, 643.

⁷ World Health Organization (WHO), Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) ve World Organization for Animal Health (OIE), *Taking a Multisectoral, One Health Approach: A Tripartite Guide to Addressing Zoonotic Diseases in Countries* (2019) 2. <https://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/Media_Center/docs/EN_TripartiteZoonosesGuide_webversion.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2021.

⁸ Louise H Taylor, Sophia M Latham ve Mark E Woolhouse, 'Risk factors for human disease emergence' (2001) 356(1411) *Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series B: Biological Sciences* 983.

⁹ Jeffrey A. McNeely, 'Nature and COVID-19: The pandemic, the environment, and the way ahead' (2021) 50(4) *Ambio* 767, 768.

¹⁰ Dariusz Halabowski ve Piotr Rzymński, 'Taking a lesson from the COVID-19 pandemic: Preventing the future outbreaks of viral zoonoses through a multi-faceted approach' (2021) 757(143723) *Science of the Total Environment* 1, 2.

Ebola gibi insan sağlığını ciddi oranda tehdit eden virüsler bu kategoridedir. Bu tür hastalıkların kökeni araştırıldığında hastalığın, farklı canlılardan insanlara bulaşarak meydana geldiği ortaya konmuştur. Geçmiş çalışmalar, SARS virüsünün misk kedilerinden insanlara bulaştığını, MERS virüsünün ise develerden insanlara geçtiğini ortaya çıkarmıştı.¹¹ SARS-CoV-2 virüsünün kökenine ilişkin yapılan çalışmalarda virüsün yarasalardan geçen koronavirus ailesinden bir tür olduğu değerlendirilmiştir.¹²

Zoonatik virüslerin büyük çoğunluğunun yaban hayatı kökenli olduğu bilinmektedir.¹³ Bu bakımdan yabani türlerin ticaretinin zoonatik virüslere etkisine değinmeden önce yaban hayatına müdahaleye ve bunun sonuçlarına değinmek gerekir. Kısa bir tanımla yaban hayatı, insanların dahil olmadığı, evcilleştirilmemiş canlı hayvan ve bitkilerin bulunduğu yerler olarak geniş kapsamlı bir biçimde tanımlanabilir.¹⁴ Günümüzde insanlar eskiye oranla yaban hayatı ile giderek daha fazla temas etmektedir. Bu temasa örnek olarak yaban hayatına ait canlıların ticareti, insan faaliyetlerinin yabani yaşam alanlarının içlerine doğru genişlemesi, doğal kaynakların işletilmesi ve ormanların yok edilmesi sayılabilir. Yaşam alanlarına müdahale edilen canlılar farklı bölgelere göç etmek zorunda kalmaktadırlar. Zoonatik virüslerin insanlara geçip sağlığa zarar verebilecek bir hâle gelmesi için çeşitli mutasyonlara uğraması gerekmektedir. Türlerin kendi ekosistemlerinden alınarak farklı bölgelere taşınmaları veya farklı yaşam alanlarından alınan türlerin bir araya getirilmesi ile yaban hayatına ait canlılar üzerindeki virüsler diğer canlılara bulaşarak mutasyona uğramakta ve insanlara bulaşabilecek ve enfekte edebilecek hale gelmektedir.¹⁵

Yabani canlılara ait yaşam alanlarının yok edilmesi insanların yabani hayvanlar tarafından taşınan ve hastalık potansiyeli taşıyan virüslere maruz kalma ihtimalini arttırmaktadır.¹⁶ Zoonatik virüslere ilişkin farklı bölgelerde yapılan bir araştırmada, toprak kullanımındaki değişikliklerin insanlar üzerindeki etkileri araştırılmıştır. Doğal hayatın yok edilmesi ile insanların yoğun kullanım alanına dönüşen tarımsal ve kentsel alanlarda yapılan araştırma önemli bir sonucu ortaya koymuştur. Çalışmaya göre insanların doğaya müdahale ettiği bölgelerde bulunan yaban hayatına ait patojenlerin, el değmemiş ekosistemlere kıyasen çok daha büyük bir oranda olduğu

¹¹ UNEP, 'Coronavirus outbreak highlights need to address threats to ecosystems and wildlife' <<https://www.unep.org/news-and-stories/story/coronavirus-outbreak-highlights-need-address-threats-ecosystems-and-wildlife>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2021.

¹² Yarasalardan insanlara bulaşan virüslerin başında koronavirüsler ve henipavirüsler gelmektedir. Her ikisi de yüksek derecede hastalık yapan virüsler olarak sınıflandırılmaktadırlar. Bkz Halabowski vd (n 10) 2.

¹³ Peter Daszak, Andrew Cunningham, Alex Hyatt, 'Emerging Infectious Diseases of Wildlife-- Threats to Biodiversity and Human Health' (2000) 287 (5452) Science 443, 443. Pervaze A O'Regan, Katarina C. Sheikh, 'Wildlife Trade, COVID-19, & Other Zoonotic Diseases' <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11494>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.

¹⁴ Annecoos Wiersema, 'Wildlife' iç Rajamani L ve Peel J (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2. Baskı, 2021 Oxford University Press) 554.

¹⁵ Daszak vd (n 13) 445-446.

¹⁶ Conservation International, 'Nature + Coronavirus Brief' <https://www.conservation.org/docs/default-source/publication-pdfs/ci_nature_coronavirus_brief_may2020.pdf?sfvrsn=417c3145_2> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.

tespit edilmiştir.¹⁷ Çalışma ile tespit edildiği üzere, biyolojik çeşitliliğin insanlar tarafından yok edilmesi bulaşıcı hastalık salgınlarının önde gelen nedenlerinden biridir. Bir ekosistemde biyolojik çeşitlilik ne kadar fazlaysa bir patojenin yayılması veya bölgeye hâkim olması o kadar zor olur. Biyolojik çeşitliliğin kaybı, patojenlerin hayvanlar ve insanlar arasına kolayca taşınması için bir fırsat sağlar.¹⁸ Mesela Asya genelinde biyolojik çeşitlilik açısından zengin ormanlar, sulak alanlar ve su kaynakları, giderek çoğalan insan nüfusunun artan taleplerini karşılamak için yaşam alanlarına dönüştürülmektedir. Bunun sonucunda doğal yaşam alanlarının bozulması, yabani hayvanlarla insanları daha yakın bir temasa mecbur bırakmakta ve bu durum patojenlerin insanlara bulaşmasına yol açmaktadır.¹⁹ Araştırmalarda yabani yaşam alanlarının hızlı tahribatı nedeniyle tehdit altındaki yaban hayatı türlerinin hastalık kaynağı olma olasılığının daha yüksek olduğu ortaya konulmuş ve bu yüzden zoonatik salgınların gelecekte daha sık olacağı öngörülmüştür.²⁰

Yaban hayatına yapılan müdahalede farklı türlere ait canlıların ticareti en başta gelmektedir. Yaban hayatına ait bitki ve hayvan ticareti, günümüzde küresel biyolojik çeşitlilik için en büyük tehditlerden biri olarak kabul edilmektedir.²¹ Bu ticaret gerek nakliye sürecinde gerekse pazarlarda birbirinden farklı yabani ve evcil, tutsak veya serbest, normal koşullarda bir araya gelemeyecek çok sayıda farklı türlerin yakınlaşmasına yol açar. Hayvandan hayvana, türden türe ve yaban hayatından insana bulaşma, bu tür ticaretle oldukça kolay bir hâle gelmektedir.²²

Canlı hayvan pazarları bu noktada özellikle dikkat çeker. Asya'nın genelinde oldukça popüler olan canlı hayvan pazarlarında hem yerli hem de egzotik türler satılmakta, bu da genellikle insanların yoğun olarak yaşadığı kalabalık nüfus merkezlerinde gerçekleşmektedir.²³ Bu bölgeler, potansiyel olarak çeşitli patojenler taşıyan, çok farklı yerlerden gelen hayvanların yakınlaştığı noktalar.²⁴ Doğal ortamlarında etkileşime girmeyen türler bir araya getirilerek, yabani türler, evcil hayvanlar, satıcılar ve alıcılar doğada karşılaşmayacakları patojenlere maruz kalmaktadır. Burada türler, patojenlerin

¹⁷ Çalışmaya göre insanların doğal yaşam alanlarını tahrif ettiği bölgelerde patojen ve parazitlerin toplam sayısı %21 ile %144 aralığında daha yüksek görünmektedir. Bkz Rory Gibb, David W Redding, Kai Qing Chin vd 'Zoonotic host diversity increases in human-dominated ecosystems' (2020) 584 Nature 398, 398–402.

¹⁸ Amaël Borzee vd 'COVID-19 Highlights the Need for More Effective Wildlife Trade Legislation' (2020) 35(12) Trends in Ecology & Evolution 1052, 1052; Steven J Cooke, Rebecca L Cramp, Christine L Madliger, Jordanna N Bergman, Connor Reeve, Jodie L Rummer, Kevin R Hultine, Andrea Fuller, Susannah S French ve Craig E Franklin 'Conservation physiology and the COVID-19 pandemic' (2021) 9(1) Conservation Physiology coaa139.

¹⁹ Borzee vd (n 18) 1053.

²⁰ Conservation International (n 16).

²¹ William J. Sutherland vd 'A 2017 horizon scan of emerging issues for global conservation and biological diversity' (2017) 32 Trends Ecol. Evol. 31, 34.

²² Steven Broad, 'Covid 19 Briefing: Wildlife Trade, Covid-19, And Zoonotic Disease Risks' (2020) Traffic Wildlife Trade Monitoring Group, <https://www.traffic.org/publications/reports/wildlife-trade-covid-19-and-zoonotic-disease-risks-shaping-the-response/> Erişim Tarihi 21 Ekim 2021, 2-5.

²³ Borzee vd (n 18) 1053.

²⁴ Wu Tong, 'The socioeconomic and environmental drivers of the COVID-19 pandemic: A review' (2021) 50(4) Ambio 822, 825.

tür bariyerini atlaması için ideal koşulları yaratan aşırı kalabalık ve sağlıksız koşullarda barındırılmaktadır. Ayrıca hijyenik olmayan şartlarda tutsak olan yabancı türler genellikle yetersiz beslenmektedir.²⁵ Bu olumsuz şartlar altında yoğun stres altındaki canlıların bağışıklık sistemleri zayıflamakta ve bu durum onları, diğer hayvanlar tarafından taşınan virüslerin neden olduğu enfeksiyonlara yatkın hale getirebilmektedir.²⁶ Kozmopolit ticaret alanları, yüksek düzeyde patojene maruz bırakma ve vücudu yeni enfeksiyonlara açık hâle getirmeleri bakımından insan sağlığını ciddi risk altına sokan bir ortam oluşturmaktadır.²⁷ Birleşmiş Milletler Çevre Programı tarafından COVID-19 salgını sürecinde, 2020 yılı Temmuz ayında bir rapor yayınlamıştır. “*Bir Sonraki Pandemiye Önlemek: Zoonotik Hastalıklar ve Bulaş Zinciri Nasıl Kırılır*” isimli raporda yabancı hayvanların ticaretinin, özellikle de yabancı türlerin hijyenik olmayan pazarlarda satılmalarının ve kesimlerinin, patojenlerin asıl bulaşma yolları olduğu kabul edilmiştir.²⁸

Uluslararası hukuk yabancı hayvanların ticaretinin yapıldığı hayvan pazarlarına doğrudan müdahale edebilecek araçlara sahip değildir. Ancak yaban hayatına ait türlerin ticareti başta olmak üzere doğal hayatın korunmasına yönelik çeşitli sözleşmeler çerçevesinde bu anlamda bir hareket alanı doğmaktadır. Nesli tükenmekte olan yaban hayatına ait türlerin uluslararası düzeyde korunması, insan sağlığını tehdit eden zoonotik virüslerle mücadelede nasıl bir fayda sağlayacaktır? Bu sorunun cevabı, bizi, 2020’de başlayan pandemi sürecine yol açan zoonotik virüs SARS-CoV-2’nin neden kaynaklandığını incelemeye yöneltir.

2020 yılında SARS-CoV-2 virüsünün Çin’in Wuhan kentinde bir canlı hayvan pazarında ortaya çıktığına dair iddia ortaya atılmıştır.²⁹ Çin’de sıklıkla rastlanan canlı hayvan pazarlarında, çok farklı bölgelerde yakalanan yabancı hayvanların ticareti yapılmaktadır.³⁰ SARS-CoV-2’nin birçok koronavirüsün kökeninde olduğu gibi, yabancı yarasalara dayandığı, ondan bir konak (aracı) hayvana geçerek insanlara

²⁵ Borzee vd (n 18) 1053.

²⁶ McNeely (n 9) 770.

²⁷ Borzee vd (n 18) 1053.

²⁸ United Nations Environment Programme and International Livestock Research Institute, *Preventing the Next Pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission A Scientific Assessment with Key Messages for Policy-Makers A Special Volume of UNEP’s Frontiers Report Series* (Nairobi, Kenya 2020). COVID-19 pandemisi nedeniyle hazırlanan raporda, koronavirüsler başta olmak üzere bulaşıcı zoonotik hastalıklara ve bunların oluşum nedenlerine değinilmiştir. Bunun yanında rapor, bulaşıcı hastalıklarla mücadele için bir takım politika önerileri getirmektedir. Bu öneriler, devletlerin yanında özel sektörde de muhatap kabul ederek geniş bir çerçevede hazırlanmıştır. Öneriler; bilimsel araştırmaların genişletilmesi, gıda pazarlarının düzenlenmesi ve izlenmesi, yabancı türlerin ticaretine ilişkin kontrol önlemlerinin benimsenmesi, paydaşlarca farkındalığın artırılarak mümkün olduğu ölçüde kapasite gelişiminin sağlanması gibi hususları içermektedir.

²⁹ Dina Fine Maron, ‘Wet markets’ likely launched the coronavirus. Here’s what you need to know’ (*National Geographic*, 15 Nisan 2020) <<https://www.nationalgeographic.com/animals/article/coronavirus-linked-to-chinese-wet-markets>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.

³⁰ 2016 yılı verilerine göre Çin’deki yaban hayatı ticaretinin, yaklaşık 749 milyon ABD doları üzerinde olduğu ve bu sektör için yaklaşık 14 milyon kişinin istihdam edildiği tahmin edilmektedir. Bkz Chinese Academy of Engineering, ‘A sustainable development strategy for China’s wildlife industry’ (Beijing 2016) Aktaran: Tong (n 24) 828.

bulaşabilir bir yapı kazandığı en önde gelen tez olarak karşımıza çıkar.³¹ Çeşitli araştırmalarda, bu ara konak canlıının da Çin’de canlı hayvan pazarlarında satılan Asya bölgesine özgü memeli bir tür olan pangolinler olabileceği ortaya konmuştur.³² Pangolinlerin kendi ekosistemlerinde insanlar için hiçbir tehdit oluşturmadığı, ancak diğer yabancı türlerle birlikte kaçakçılığı ve yasa dışı hayvan pazarlarında satılmaları sonucu virüslerin ve diğer patojenlerin insanlara bulaşma riskinde etkisi olduğu tespit edilmiştir.³³ Pangolinlerin yetiştirilmesinde ve ticaretinde Çin önemli bir merkezdir. Yaban hayattan ele geçirilen pangolinler, Çin’deki çiftliklerde yetiştirilmektedir.³⁴ Pangolin yasadışı olarak en çok ticareti yapılan canlıların başında gelmektedir.³⁵ Yakın zamanda yapılan bir çalışmaya göre özellikle pulları için dünya çapında artan bir biçimde pangolin ticareti yapıldığı saptanmıştır.³⁶ Bu konu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na taşınmış, Genel Kurul’un 2019 yılında aldığı bir kararda, yasadışı pangolin kaçakçılığındaki önemli artış hususunda endişeler dile getirilmiştir.³⁷

Uluslararası hukuk çerçevesinde pangolinin ticareti, Nesli Tehlike Altında Olan Yabancı Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES) içerisinde, istisnalar dışında yasaklanmıştır.³⁸ CITES çerçevesince 2016 yılında alınan kararlar pangolinin, en sıkı tedbirlerle korunması gereken, tehdit altındaki türler arasında yer aldığı kabul edilmiştir. Sözleşmeye taraf devletlerden, yasadışı pangolin ticaretini engellemek için gerekli yasal düzenlemeleri oluşturmaları/iyileştirmeleri, sıkı gümrük kontrolleri uygulamaları, kapasite geliştirme faaliyetleri yürütmeleri, diğer taraf devletler ve uluslararası kuruluşlarla iş birliğini arttırmaları istenmiştir.³⁹ Pandemi sürecinde 2020 yılı içerisinde Çin, pangolin dahil olmak üzere yabancı hayvanların yiyecek olarak tüketimi amacıyla yapılan ulusal ticareti yasaklama yoluna gitmiştir.⁴⁰

³¹ Andersen vd (n 5) 1-2; Chaolin Huang vd ‘Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China’ (2020) 395(10223) The Lancet 497, 498.

³² Jeevan Malaiyan, Suresh Arumugam, Kamalraj Mohan ve Gokul Gomathi Radhakrishnan, ‘An update on the origin of SARS-CoV-2: Despite closest identity, bat (RaTG13) and pangolin derived coronaviruses varied in the critical binding site and O-linked glycan residues’ (2021) 93(1) Journal of medical virology 499, 499-455; Tao Zhang, Qunfu Wu ve Zhigang Zhang, ‘Probable Pangolin Origin of SARS-CoV-2 Associated with the COVID-19 Outbreak’ (2020) 30(7) Current Biology 1346, 1346-1350.

³³ UNODC, ‘Wildlife trafficking harms animals and human health - the case of Pangolins’ <<https://www.unodc.org/unodc/frontpage/2020/April/wildlife-trafficking-harms-animals-and-human-health---the-case-of-pangolins.html#:~:text=Between%202014%20and%202018%2C%20the,primarily%20West%20and%20Central%20Africa.&text=And%20ivory%20traffickers%20appeared%20to%20be%20involved%20in%20the%20pangolin%20scale%20trade>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2021.

³⁴ Çiftliklerde uygunsuz ve sağlıksız hayvancılık koşulları nedeniyle birçok pangolinin yaşamlarını yitirdiği bildirilmiştir. Bkz Amanda Whitfort, ‘COVID-19 and Wildlife Farming in China: Legislating to Protect Wild Animal Health and Welfare in the Wake of a Global Pandemic’ (2021) 33 Journal of Environmental Law 57, 63.

³⁵ 2014 ile 2018 yılları arasında 370.000 pangolinin öldürüldüğü ve ticaretinin yapıldığı tespit edilmiştir. Bkz UNODC (n 33)

³⁶ Scheffers (n 2) 74-75.

³⁷ UN Doc A/RES/73/343 (20 Eylül 2019).

³⁸ UN Doc 993 UNTS 243 (1973); Anne Peters, ‘Covid-19 As A Catalyst for The (Re-)Constitutionalisation Of International Law: One Health – One Welfare’ 2020(44) MpiL Research Paper Series.

³⁹ Conf Res 17.10 (2016) Conservation of and trade in pangolins.

⁴⁰ Reuters, ‘China bans trade, consumption of wild animals due to coronavirus’ (Reuters, 25 Şubat 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-china-health-wildlife-idUSKCN20J069>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021. Çin yasak ile ilgili olarak CITES’a taraf devletleri resmi olarak da bilgilendirmiştir. Bkz <<https://cites.org/sites/default/files/notif/E-Notif-2020-018.pdf>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.

Tüm bu bilgiler ışığında şüphesiz son olarak şu soruyla karşı karşıya kalmaktayız: Zoonatik bir virüs olan SARS-CoV-2'nin insanlara taşınmasında, CITES kapsamında korunan ve ticareti yasaklanmış bir tür olan pangolin ara konak ise CITES'in burada sorumluluğu var mıdır? Bu sorunun cevabı için bundan sonraki bölümde pangolin ticaretinin yasaklandığı CITES'e, sözleşmenin çalışma sistemine, uygulanmasına ve yardımcı mekanizmalarına değinilecektir.

II. Zoonatik Virüsler ile Mücadelede CITES

A. CITES'in Yapısı ve Usulleri

Yaban hayatına ilişkin türlerin ticaretini düzenlemeye yönelik uluslararası sözleşmelerin tarihine bakıldığında yirminci yüzyılın başında Avrupa merkezli iki başarısız girişimin yer aldığı görülür.⁴¹ Bu iki sözleşmenin ortak özelliği, sömürgeci güçler arasında yaban hayatı çevresinin genel yönetimini düzenlemek için hazırlanmış olmalarıdır.⁴² Yabancı türlerin ticaretinin uluslararası çerçevede etkili bir biçimde düzenlendiği yegâne sözleşme 1973 tarihli Nesli Tehlike Altında Olan Türlerin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES)'dir.

Uluslararası çevre hukukunun öncü sözleşmelerinden kabul edilen CITES'in temelleri 1960'lı yıllarda Dünya Doğayı ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği (*the International Union for Conservation of Nature and Natural Resources- IUCN*), tarafından yapılan toplantılara dayanır.⁴³ 1948 yılında kurulan IUCN, hem devlet yetkililerini hem de sivil toplum unsurlarını bir arada bulunduran, doğal hayatın korunması için küresel ölçekte en büyük ve en çeşitli çevre ağı olarak kabul edilmektedir.⁴⁴

IUCN, CITES sözleşmesinin hazırlanmasının öncesindeki yıllarda doğal hayatın korunmasına ilişkin çeşitli çalışmalarda bulunmuştur. En önemlilerinden biri, hazırladığı tehdit altındaki türlere ilişkin listedir. Tehdit Altındaki Türlerin Kırmızı Listesi (*the Red List of Threatened Species*) olarak adlandırılan liste, IUCN tarafından ilk kez 1964 yılında oluşturulan, biyolojik türlerin küresel koruma statülerine ilişkin dünyanın en kapsamlı envanteridir. Her yıl dünya çapında binlerce bilim insanı tarafından yeniden değerlendirilmekte ve doğruluğu kontrol edilmekte, nihayetinde

⁴¹ Convention for the Preservation of Wild Animals, Birds and Fish in Africa (1900); Convention relative to the Preservation of Fauna and Flora in their Natural State (1933). 1900 yılında imzalanan sözleşme hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Zira sözleşmenin VIII. maddesi uyarınca tüm imzacıların onaylaması gerekmektedir. 1933 tarihli sözleşme ise sadece Afrika kıtasını kapsamakdaydı ve kısa bir süre için yürürlükte kaldı. Ayrıntılı bilgi için bkz Michael Bowman, Peter Davies, Catherine Redgwell and Simon Lyster, *Lyster's International Wildlife Law* (Second Edition, Cambridge University Press, 2010) 5-10.

⁴² Peter H. Sand, 'The Whither CITES - The Evolution of a Treaty Regime in the Borderland of Trade and Environment' (1997) 8 Eur. J. Int'l L. 29, 31.

⁴³ Philippe Sands ve Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (4. Baskı, Cambridge University Press 2018) 409.

⁴⁴ Randall (n 1) 93.

yeni verilerle güncellenmektedir. Böylelikle dünyanın risk altındaki bitki, hayvan ve diğer canlılarının durumunu sürekli takip etme imkânı bulunmaktadır.

Devletler ve hükümet dışı kuruluşlar, türleri koruma amacıyla listedeki bilgilerden yararlanır.⁴⁵ Günümüzde IUCN'nin çalışmaları, korunması gereken türler hakkında önemli bir bilgi kaynağı olmaya devam etmektedir.⁴⁶ Tehdit Altındaki Türlerin Kırmızı Listesi ile tüm dünyada nesli tehdit altında olan canlılara ilişkin veriler paylaşılmaya başlanmış ve bu konuda, uluslararası bir sözleşme yapılmasına ilişkin uluslararası kamuoyunun dikkatleri çekilmiştir. Nesli tükenmekte olan canlıların korunması amacıyla ticaretlerinin düzenlenmesi fikriyle gündeme gelen mesele, 1972 tarihli Stockholm Konferansı'nda fiiliyata dökülmüş ve uluslararası bir sözleşme yapılmasına karar verilmiştir.⁴⁷ Sözleşmenin yapılmasında da IUCN önemli bir rol oynamış ve sözleşmenin taslağını hazırlama görevini üstlenmiştir. IUCN'nin oluşturduğu taslak, yaban hayatına ilişkin tehdit altındaki türlerin ticaretinin kontrol edilmesi veya yasaklanması merkezinde olmuştur. Buna göre türler üzerindeki çalışmalar, alanında uzman kişilerin incelemeleriyle hazırlanıp güncellenecektir.⁴⁸

Stockholm Konferansı'ndan sonraki bir yıl içerisinde hazırlanan metin, 1973 yılında imzalanmış ve 1975 yılında yeterli sayıda taraf devletin onaylaması ile yürürlüğe girmiştir.⁴⁹ CITES amacını, Giriş kısmında listelenen yabancı hayvan ve bitki türlerinin uluslararası ticaretinin yol açtığı sürdürülemez tüketime karşı bunların korunması olarak belirlemiştir. Sözleşmenin temel amacı ise nesli tükenmekte olan türlerin uluslararası ticaretinin türlerin nesillerinin devamını korumak amacıyla türlerin muhafazasına ve kontrollü ticaretine dayanır. Bu açıdan CITES hem bir koruma anlaşması hem de bir ticaret anlaşması olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰

CITES, çeşitli kategorilere göre canlıların ticaretine düzenleme getirmiştir. Sözleşmenin Ek I maddesi ile nesli yok olma tehdidi altındaki canlıların ticareti yasaklanır. Ek II ile şu anda yok olma tehdidi altında olmasa da ticareti kontrol edilmezse yok olma tehdidinde açık canlıların ticareti sıkı kurallar ile takip edilir. Son olarak Ek III ile ise taraf olan bir devletin talebiyle ticareti kısıtlanan canlılar yer almaktadır. CITES günümüzde 5950 hayvan ve 32.800 bitkiyi koruma kapsamına almıştır. Bunlardan 1082 adeti Ek I, 37.420 tür de Ek II'de yer almaktadır. Ek III kapsamında ise 211 hayvan listelenmiştir.⁵¹

⁴⁵ Ibid 93, 94.

⁴⁶ Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2010) 129.

⁴⁷ Chris Huxley, 'CITES: The Vision' iç Hutton J ve Dickson B (eds) *Endangered Species, Threatened Convention: The Past, Present and Future of CITES* (Earthscan 2000) 3, 5-7.

⁴⁸ Sand 'The Whither CITES' (n 42) 34.

⁴⁹ CITES m XXII. CITES'a günümüzde 183 ülke taraftır. Bkz <<https://cites.org/eng/disc/parties/index.php>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

⁵⁰ Sand 'The Whither CITES' (n 42) 34.

⁵¹ Bkz <<https://cites.org/eng/disc/species.php>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

CITES her ne kadar çok yönlü küresel politikaların dünya kapsamında etkili olmaya başladığı 1980'ler öncesinde kayda geçen uluslararası bir sözleşme olsa da güncelliğini korumayı başarmıştır. Bunun en büyük nedeni değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnek bir yapıda tasarlanmasıdır.⁵² Karar mekanizmaları vasıtasıyla sözleşme ekleri düzenli olarak güncellenebilmiş ve sözleşmenin tādili sayesinde başka protokollere gereksinim duymadan bu sözleşme güncel tutulabilmiştir.⁵³ Sözünü ettiğimiz karar mekanizmalarından en önemlisi XI. maddede düzenlenen Taraflar Konferansı'dır. Sözleşmenin yürütülmesinde ana karar merci olan Taraflar Konferansı'nın yetkileri ana hatlarıyla şu şekilde düzenlenmiştir: Eklerde yer alan türlerin korunmasındaki durumu gözden geçirmek; Ek I ve II'deki listelerde değişiklik yapmak, taraflardan, Daimî Komite'den, Sekreteryaya'dan ve çalışma gruplarından gelen raporları dikkate almak; sözleşmenin etkinliğini artırmak için tavsiyelerde bulunmak ve bütçeyi onaylamak. Taraflar Konferansı yukarıdaki yetkileri çerçevesinde koşullar gerektirdiğinde çalışma grupları atayabilmektedir. Taraflar Konferansı, devletlerin CITES ihlallerini bildirmeleri için bir forum olma rolüne de sahiptir. Ayrıca ulusal raporları kamuya açık tutarak şeffaf bir çalışma yapısına sahiptir.⁵⁴

Taraflar Konferansının temel yetkilerinden biri Ek'lerde değişiklik yapma yetkisi, yani yeni türlerin listelere eklenmesi veya listelerden çıkarılmasına ilişkin değişiklik yapılmasıdır. Madde XV gereğince, teklif edilen değişikliklerin kabul edilebilmesi için toplantıda hazır bulunan ve oy veren tarafların üçte iki çoğunluğunun oyu gerekmektedir. Oylamada çekimser kalan taraflarsa değişikliğin kabulü için gerekli üçte iki çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.

Taraflar Konferansının işleyişini kolaylaştırmak için bir sekreteryaya ihdas edilmiştir. İsviçre'nin Cenevre kentinde bulunan CITES Sekreteryası, UNEP tarafından yürütülmektedir. Sekreteryaya, CITES'in işleyişinde çok temel bir role sahiptir. Sekreteryaya'nın görevleri sözleşme metninin XII. maddesinde belirtilmiştir. Görevleri, sırasıyla, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin tavsiyelerin sunulmasını, taraflara kendi çalışmaları hakkında yıllık raporlar sunulmasını ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin raporlar hazırlanmasını içerir.⁵⁵ Sekreteryaya bu amaçlar çerçevesinde ulusal uygulama mevzuatının yeterliliğini değerlendirmekte ve taraf ülkelere ziyaretler düzenlemektedir.⁵⁶ Sekreteryaya, ülkelerin, sözleşmenin gereklerine

⁵² Sand 'The Whither CITES' (n 42) 40.

⁵³ Richard E. Saunier ve Richard A. Meganck, *Dictionary and Introduction to Global Environmental Governance* (2. Baskı, Earthscan 2009) s. 250. Sözleşmenin iki kez tādili gerçekleştirilmiştir: Bonn (1979) ve Gaborone (1983) Değişiklikleri. Bkz <<https://cites.org/eng/disc/bonn.php>> , <https://cites.org/eng/disc/gaborone.php> Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

⁵⁴ Malgosia Fitzmaurice, 'Environmental Compliance Control' (Güncelleme Şubat 2021) iç *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Peters A (2021-) ve Wolfrum R (2004-2020), (eds) para 29 <<http://opil.ouplaw.com>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2021.

⁵⁵ Dionysia-Theodora Avgerinopoulou, *Science-Based Lawmaking: How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law* (Springer 2019) 201.

⁵⁶ Bodansky (n 46) 234.

uygun, uyumlu bir mevzuat hazırlamaları için onlara yardımcı olur.⁵⁷ Bunun yanı sıra sözleşmenin uygulanmasında sorun yaşayan taraflara yerinde yardım sağlar.⁵⁸

Sözleşmenin değişen koşullara dinamik olarak uyarlanmasından sorumlu yönetim organı Taraflar Konferansı iken, faaliyetleri yürüten ise Daimî Komite'dir. Taraflar Konferansı, her iki veya üç yılda toplanan bir yapı olarak düşünüldüğü için düzenli olarak aktif faaliyet gösterecek icrai bir organa ihtiyaç duyulmuştu. Daimî Komite bu amaçla Taraflar Konferansı'na yardımcı bir yapı olarak oluşturulmuştur.⁵⁹ İcra ile yetkili olan Daimî Komite,⁶⁰ düzenli olarak faaliyet yürüten bir organ olup⁶¹ esas yetkisi politika rehberliği yapmak ve Sekreteryaya ve Taraflar Konferansı'nın işleyişine yardımcı olmaktır. Daimî Komite, Taraflar Konferansı'nın aldığı kararlar doğrultusunda sözleşmenin uygulanması, mali ve idari meseleleri yürütmekle yetkili kılınmıştır.⁶² Sözleşmede özel bir denetim mercii oluşturulmadığı için bu görevi de Daimî Komite yerine getirerek uygunluk denetimi yürütme vazifesini yürütmektedir.⁶³ Daimî Komite, Taraflar Konferansı'nın yetkisinde olan ve kendisine verilen görevleri yerine getirebilir ve yine, Taraflar Konferansı tarafından değerlendirilmek üzere karar taslakları hazırlayabilir. Bunların yanında Sekreteryaya tarafından bütçenin yönetimini denetlemek üzere görevlendirilmiştir. Daimî Komite üyelerinin her biri, taraf ülkelerin coğrafi olarak kıtaları temsil eden temsilcileri olmaktadır. Temsilci sayısı kıtada yer alan taraf ülkelerin sayısına göre belirlenmiştir.⁶⁴ Komite, kararlarını konsensüs ile almaktadır.

Daimî Komite'nin çalışmalarına yardımcı olmak üzere 1987 yılında Ottawa'daki Taraflar Konferansı'nın toplantısında alt komiteler kurulmasına karar verilmiştir.⁶⁵ Hayvanlar, Bitkiler ve Terimlendirme (*Nomenclature*) uzman komiteleri olarak belirlenen komiteler, Taraflar Konferansı'nın toplantıları arasında iki kez toplanmaktadır. Daimî Komite altında çalışan komite üyeleri, Daimî Komite benzeri bir biçimde coğrafi olarak eşit bir şekilde temsil edilmektedir. Komite üyeleri, Taraflar Konferansı toplantılarında seçilmektedir.⁶⁶

⁵⁷ Ibid 227.

⁵⁸ Fitzmaurice 'Environmental Compliance Control' (n 54) para 29.

⁵⁹ Conf Res 9.14, Daimî Komitenin çalışma usulüne ilişkin olarak çeşitli dönemlerde değişiklikler yapılmıştır. Bkz Conf Res 11.1; Conf Res 14.3.

⁶⁰ Peter H Sand, 'Enforcing CITES: The Rise and Fall of Trade Sanctions' (2013) 22(3) RECIEL Special Issue: Focus on: CITES+40 251, 251.

⁶¹ Peter H Sand, 'International protection of endangered species in the face of wildlife trade: whither conservation diplomacy?' (2017) 20(1) Asia Pacific Journal of Environmental Law 5, 11.

⁶² Bowman vd (n 41) 489.

⁶³ Conf Res 14.3. Usule ilişkin olarak bkz Bowman vd (n 41) 518; Meinhard Doelle, 'Non-Compliance Procedures' iç Rajamani L ve Peel J (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2. Baskı, 2021 Oxford University Press) 972, 948.

⁶⁴ Avgerinopoulou (n 55) 247.

⁶⁵ Sand 'The Whither CITES' (n 42) 36.

⁶⁶ Avgerinopoulou (n 55) 204.

Hayvanlar, Bitkiler ve Terimlendirme Komiteleri, Taraflar Konferansına sundukları teknik uzman görüşleri vasıtasıyla bilimsel tavsiye ve rehberlik sağlama görevini üstlenirler. Komiteler, Ek'lerin uygun bir biçimde sınıflandırılması için türlere ait listelerin periyodik olarak gözden geçirilmeleri, güncellenmeleri ve terminolojik olarak sınıflandırılmaları görevini üstlenir. Bu çerçevede belirli türlerin ticaretinin sürdürülemez olup olmadığı hususunda fikir beyan edebilirler.⁶⁷ Bunun yanı sıra gündemin hazırlanması ve toplantılara ilişkin diğer hususlarda Sekreteryaya'ya rehberlik etmek ve bilimsel tavsiyelerde bulunmak da yetkileri içindedir. Komiteler birbirleri ile koordinasyon içinde bulunarak ortak çalışma grupları oluşturabilirler. Komiteler, Taraflar Konferansına düzenli olarak rapor sunar ve istenirse Daimî Komite'ye tavsiyelerde bulunabilirler. Daimî Komite, gerektiğinde diğer komitelerin ve çalışma gruplarının faaliyetlerini koordine ederek denetleyebilmektedir. Komiteler vasıtasıyla taraf devletlerin sözleşme yükümlülüklerine uyup uymadıkları incelenmekte ve komitelerin önerileri dikkate alınmaktadır.

CITES'in güncelliğini korumak için alt komitelerin faaliyetleri oldukça önemlidir. Yıllarca komitelerin önerileri, Taraflar Konferansı'nda alınan kararlar ve Ek'lerde yapılan liste değişiklikleri ile sözleşme güncel tutulmaya çalışılmıştır. Bu yetkiler sözleşmenin XV. maddesi çerçevesinde Taraflar Konferansı'na verilmiş olsa da yetkinin nasıl kullanılacağı ve kıstasların neler olacağına ilişkin bilgiler sözleşme metninde bulunmamaktadır. Listelemeye ilişkin kriterler ilk kez 1976 yılında Bern'de yapılan ilk Taraflar Konferansı'nda kabul edilmiştir.⁶⁸ Bu kriterlerle bir türün neslinin tükenme tehdidi altında olup olmadığı belirlenirken türün sayıca azalmasının yanında coğrafi dağılımını içeren istatistikî verilerin de dikkate alınması gerekliliği göz önüne alınmaya başlanmıştır. Listeleme için toplantıya katılan tarafların en az üçte ikisinin "lehte" oyu olması şartı aranmıştır. Bern kriterlerinin, nesli tükenmekte olan bir türün listeye eklenme sürecini geciktirdiği ileri sürülmüştür.⁶⁹ 1994 yılında Fort Lauderdale'de yapılan Taraflar Konferansı'nda Bern kriterlerinde değişikliğe gidilmiştir.⁷⁰ Fort Lauderdale kriterleri olarak adlandırılan sistemle bir uluslararası çevre hukuku ilkesi olan *ihtiyat ilkesi* benimsenmiş, listeleme ve listeden çıkarma için yeni usuller ortaya konmuştur.⁷¹ Özellikle türlerin listelenmesinde çeşitli biyolojik ve ticari kıstaslar getirilmiştir. Buna göre Ek I'e eklenecek bir tür, muhakkak mevcut hâlde nesli tükenme tehdidi altında olmak zorunda ve ticareti doğrudan türün yok olmasına etki edecek durumda olmalıdır.⁷² CITES'te genel olarak bir türün listelenmesi kararının yürürlüğe girmesi için 90 günlük bir süre öngörülmüştür. Bu süre, fiili

⁶⁷ Conf Res 11.1. Ayrıntılı bilgi için bkz Avgerinopoulou (n 55) 204-205.

⁶⁸ Sand 'The Whither CITES' (n 42) 46.

⁶⁹ Armin Rosencranz ve Dhiren Sehgal, 'Elephants, Ivory and CITES' (2017) 47(1) Environmental Policy and Law 2, 4.

⁷⁰ Conf Res 9.24 (EK 4)

⁷¹ Sand 'The Whither CITES' (n 42) 46.

⁷² Conf Res 9.24

ticaret kısıtlamalarının yürürlüğe girmesinden önce ilgili yasakların duyurulması ve gerekli önlemlerin alınması için düşünülmüştür.⁷³

CITES, her bir taraftan, nesli tükenmekte olan bir türün ithalatının esas olarak ticari amaçlara yönelik olup olmadığını belirlemek için ulusal bilimsel merciler ve yönetim mercilerinin oluşturulmasını ister. Ana hatları ile yönetim merci, listelenen türlerin ithalatı ve ihracatı için izin sistemi kurarak denetim vazifesini yürütürken bilimsel merci, ihracatın korunan bir türün neslinin devamını etkileyip etkilemeyeceğini değerlendirme görevini yürütür.⁷⁴ Taraf devletlere ilgili ticaretin, CITES'te listelenen türleri içerip içermediğini ve sözleşmenin gerekliliklerine uygun olup olmadığını belirlemek için çeşitli görevler verilmiştir. Devletler sevkiyatları inceleyerek sözleşmeye aykırı nitelikte ticareti cezalandırmalı ve yasa dışı ticarete konu olan türlere el koymalıdır.⁷⁵

Sözleşmenin uygulanması için türlerin Ek'lerdeki listelerde bulunma şekline göre farklı usuller benimsenmiştir. Buna göre Ek I'de yer alan canlıların transferi için hem ihraç eden ülkeye hem de ithal eden ülkeye çeşitli yükümlülükler verilmektedir. Öncelikle ihraç eden ülkede özel bir izin alınmalı ve o ülkenin ilgili bilimsel mercinden onay verilmelidir. Ayrıca yönetim merci de ithal edecek ülkenin bu gönderimi usullere uygun bir biçimde yapacağından emin olmalıdır. Son olarak canlıların taşınması sırasında sağlığı için risk oluşturabilecek müdahalelerden uzak durulmalı ve canlı korunmalıdır. İthal eden ülke ise ülkenin bilimsel merci, ticaretin sadece bilimsel amaçlarla yapıldığını onaylamalı ve canlıların, ülkede barınabilecek yer ve şartlarının önceden hazırlandığından emin olmalıdır. İhraç eden ülkenin idari merci, türün, ticari amaçlarla kullanılmayacağından emin olmalıdır.⁷⁶

Ek II listesi, CITES'in denetimi altındaki türlerin büyük çoğunluğunu (%97) oluşturmaktadır. Bu listedeki canlıların ticareti, yasaklanmaktan ziyade düzenlenme yoluna gidilir. Ek II'de yer alan türlerin ticareti için ithalat iznine gerek duyulmaz, sadece ihracat izni olması yeterlidir.⁷⁷ İhracat yapan ülkenin bilimsel mercinden ihracatın, türün nesline zarar verecek düzeyde olmadığı hususunda onay alınmalı ve ticaret, ülke yasalarına uygun olmalıdır. CITES, bu ihracatın; yalnızca ticaretin sürdürülebilir, yasal ve nakliye sürecinin de insancıl olduğu kabul edilirse yapılabileceğini öngörür.⁷⁸ İthal eden ülkenin sorumluluğu, ithalat öncesinde, ihraç eden ülkenin sunduğu ihraç iznine sahip olmaktır. Burada ithalatçı taraflardan iyi niyetle ihracat izinlerini kabul etmeleri beklenir. Yalnızca az sayıda taraf ülke Ek II

⁷³ Uygulamada bu usul nesli tükenmekte olan türleri korumaktan ziyade ekonomik çıkarları korumaya hizmet eden bir düzenleme olduğu düşüncesi ile eleştirilmiştir. Bkz Rosencranz ve Sehgal (n 69) 5.

⁷⁴ Bodansky (n 46) 211.

⁷⁵ CITES, m VIII.

⁷⁶ Sands ve Peel (n 43) 411. CITES, m III.

⁷⁷ Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması* (Beta, 2016) 189.

⁷⁸ CITES, m IV(2).

türlerinin ticaret için ithalat inceleme usulleri yürürlüğe koymuş olup diğer devletler, ticareti sadece ihracat izni ile yürütmektedir.⁷⁹

Ek III ile amaçlanan, taraf ülkenin tehdit altında olduğunu düşündüğü türün ticaretini kısıtlayarak diğer devletlerle iş birliği arayışını sağlamaktır. Bu kategori bir türün aşırı tüketiminin önlenmesini isteyen tarafın talebini karşılamak amacıyla oluşturulmuştur.⁸⁰ Ek III'de yer alan türlerin zaman içinde Ek II'ye taşındığı da görülmüştür.⁸¹ CITES bu üç düzenleme dışında, hiçbir devletin egemenliği altında olmayan alanları da içeriğine dâhil etmek suretiyle deniz alanlarından elde edilen türleri de sözleşme kapsamına almıştır.⁸²

CITES sistemine göre listelenen türler, devletlerin ulusal denetimine bırakılmaktadır.⁸³ CITES Sekretaryası, sözleşmeyle belirlenen standartlara uygun olması koşuluyla, devletlerin ulusal yönetim mercileri tarafından yapılan incelemeleri esas almaktadır. Bu noktada CITES'in etkinliği de devletlerin etkili gümrük kontrolleri yapmasına ve ulusal yönetim ve bilimsel mercilerinin düzgün çalışmalarına dayanacaktır.⁸⁴ Tüm taraflardan CITES'in gereklerini yerine getirmek için gerekli mevzuat değişikliklerini yapmaları beklenir.⁸⁵ Ancak, ihracatçı taraflardan genellikle nasıl düzenlemeler yaptıklarını beyan etmeleri istenmez.⁸⁶ Uygulamada standartları sağlama amacıyla örnek niteliğinde bir model kanun sunulmuş ve devletlerden bu modeli uygulamaları beklenmiştir.⁸⁷ Bunun yanında sözleşmeye taraf olmayan devletlerle yapılacak ticaret için de belirli kurallar belirlenmiştir. Madde X'e göre taraf devletler, taraf olmayan devletlerin yetkili kurumlarından CITES sistemine uyumlu, benzer izin belgelerini temin etmelidir.⁸⁸

CITES, listelenen hayvan ve bitki ticaret hacmini değerlendirmek için bir veritabanı kullanmaktadır.⁸⁹ UNEP ve WCMC (Dünya Koruma İzleme Merkezi) veritabanının verimliliğini arttırmak için 2019 yılında yeni bir sistem geliştirmiş ve uluslararası sevkiyatların tek tek kayıt altına alınmasına imkân sağlayan bir

⁷⁹ İthalat sürecinde inceleme yapan devletlere örnek olarak Avustralya ve ABD verilebilir. Bkz Sarah J. Foster ve Amanda Vincent, 'Holding governments accountable for their commitments: CITES Review of Significant Trade for a very high-volume taxon' (2021) 27 Global Ecology and Conservation 1, 2.

⁸⁰ Şimşek (n 77) 186.

⁸¹ Sands ve Peel (n 43) 411; CITES, m V.

⁸² CITES, m II.

⁸³ Kimi yazarlar, CITES sisteminde ulusal mercilere tanınan bu yetkinin uluslararası toplum adına kullanıldığını ileri sürmektedirler. Sand 'The Whither CITES' (n 42) 46.

⁸⁴ Sands ve Peel (n 43) 410.

⁸⁵ Bodansky (n 46) 211; Sands ve Peel (n 43) 416.

⁸⁶ Foster ve Vincent (n 79) 2.

⁸⁷ Model kanun için bkz <https://cites.org/eng/legislation/Legislative_guidance_materialsk> Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

⁸⁸ Şimşek (n 77) 191-192.

⁸⁹ Bkz <<https://www.trade.cites.org>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2021.

veri sistemi hazırlanmıştır.⁹⁰ Bunun yanında taraf devletlere, gümrük memurları ile merkezi organlar arasında iletişimi sağlamak için gelişmiş bilgi teknolojileri sunulmaktadır.⁹¹ Teknolojik gelişmelerden yararlanarak CITES, ticareti ayrıntılı bir biçimde değerlendirme imkanına kavuşmuştur.

CITES, sözleşmenin ihlallerine ilişkin çeşitli düzenlemelere sahiptir. İhlallere bakıldığında genellikle uyum sorunları, yetersiz mevzuat, yetersiz raporlama ve çeşitli türlere ait ticaretin kontrolünde yetersiz kalınması dikkat çekmektedir.⁹² Bu tür ihlallere karşı CITES'in sahip olduğu en önemli araçların başında "Kayda Değer Ticaretin Gözden Geçirilmesi" usulü (*Review of Significant Trade-RST*) " gelmektedir.⁹³ Bu usul ile, devletlerin sözleşmeye bağlı yükümlülüklerini sürdürülebilir bir biçimde yerine getirmeleri amaçlanmış olup, ticaretin türlerin neslinin devamına zarar vermemesi ve ticaretin takip edilmesi amaçlanmıştır. Bu türlerin takibi, CITES ticaret veritabanında kaydı tutulan ticaret kayıtlarına dayanmaktadır. Ek II'de yer alan belirli bir tür için ticarete endişe verici bir durum ortaya çıkarsa Daimî Komite tarafından Kayda Değer Ticaretin Gözden Geçirilmesi süreci başlatılır ve ilgili devletlerden, incelenen türler için yaban hayatına ait ihracatlarını gerekçelendirmeleri istenir.⁹⁴ İhracatın değerlendirilmesinde, ilgili ticaretin türün devamlılığına zarar vermeme karinesi (*Non-Detriment Findings-NDF*) olarak bilinen bir usul benimsenmiştir. Buna göre ticareti yapılan tür için, ihraç eden devletin bilimsel mercinden ilgili ticaretin türün neslinin devamını tehdit etmediğine ilişkin rapor ve yasal edinim ispatı sunulması beklenmektedir.⁹⁵ Konuya ilişkin türlerin ticaretinde uygun bir gerekçe sunamayan taraf, sözleşmeyi ihlal etmiş olmaktadır.⁹⁶ Bu durumda Daimî Komite yazılı bir uyarı yapabilir, özel raporlama talep edebilir veya bir eylem planı önerebilir. Son olarak meselenin çözülemediği durumlarda, Daimî Komite, ilgili tarafla CITES listesinde yer alan bir veya daha fazla türün örneklerinin ticaretinin askıya alınması kararını alabilir.⁹⁷ Ticaretin askıya alınması ile sözleşmeyi ihlal eden tarafça verilen ihracat izinleri geçersiz kabul edilecektir.⁹⁸

Ticareti askıya alma kararlarının çoğu, RST süreci sonrasında alınmakla birlikte yıllık raporlamaların yapılmaması, ulusal düzenlemelerdeki eksiklikler, XIII. madde çerçevesindeki uygunluk kararlarına aykırılıklar ticareti askıya alma kararlarının

⁹⁰ Michal Berec, Maĝda Vodrázková ve Irena Šetlíková, "Tracking the wildlife trade: Usability of shipment identifiers in the CITES Trade Database" (2021) 28 *Global Ecology and Conservation* 1, 1-5.

⁹¹ Fitzmaurice 'Environmental Compliance Control' (n 54) para 29.

⁹² Sand, 'International protection of endangered species' (n 61) 18. İlgili kararlar için bkz Conf Res 5.2 (1985); Conf Res 11.17 (2000).

⁹³ Conf Res 8.9 kararı ile oluşturulan uygulama 11.1 ve 12.8 kararları ile geliştirilmiştir.

⁹⁴ Foster ve Vincent (n 79) 2.

⁹⁵ Wiersema (n 14) 561-562. Ayrıca bkz <<https://cites.org/eng/prog/ndf/introduction>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2021.

⁹⁶ Foster ve Vincent (n 79) 2.

⁹⁷ Conf Res 14.3. Temmuz 2020 itibarıyla, 660 tür RST'ye tabi tutulmuştur. RST süreci sonunda yirmi taraf ülke 39 türe ilişkin ticareti askıya alma kararlarına maruz kalmıştır. Bkz Foster ve Vincent (n 79) 2.

⁹⁸ Sand, 'International protection of endangered species' (n 61) 18.

alınma nedenleridir.⁹⁹ Bu karar, sözleşmenin XIV. maddesine dayanır. İlgili madde, devletlerin, numunelerin ticareti ve sevkiyatına ilişkin koşullara ilişkin daha katı önlemler alma hakkını açıkça saklı tutmaktadır.¹⁰⁰ Maddeye Ek I, II ve III'te yer alan türlerin ticaretinin tamamen yasaklanması vurgusu eklenmiş ve CITES listelerinde yer alan tüm türlerin ticaretinin yasaklanabileceği öngörülmüştür.¹⁰¹ Günümüze kadarki uygulama ile ticareti askıya alma kararlarının yasal olarak bağlayıcı olduğu ve uygulamanın Dünya Ticaret Örgütü sistemine aykırılık teşkil etmediği kabul edilmektedir.¹⁰²

Bütün bu bilgilerin ışığında SARS-CoV-2'nin muhtemel şüphelisi pangolinin CITES kapsamında statüsüne değinmemiz yerinde olacaktır. Pangolin ilk olarak IUCN'in, Tehdit Altındaki Türlerin Kırmızı Listesi'ne dâhil edilmiştir. Pangolin türleri CITES listelerinde 1975 yılından beri Ek II statüsünde kabul edilmiş ve ticareti düzenlenmiştir. Bu statüde iken çeşitli zamanlarda RST sürecine tabii tutularak ticareti takip edilmiştir. Bu incelemelere rağmen, listelenen tüm pangolin türleri, uluslararası ticaretin sonucu olarak koruma statüleri azaldığı için 2016 yılında Ek II'den Ek I'e taşınarak ticareti istisnai durumlar dışında tamamen yasaklanmıştır.¹⁰³

CITES, kendi komitelerinin faaliyetlerine ek olarak, bilimsel bilginin edinilmesini ve bilgi akışının devamlılığını sağlamak için takip edilen süreçlerde uzman kuruluşların katılımına açıktır. Hem hükümetler arası örgütler hem de bağımsız hükümet dışı uzman kuruluşlar, CITES'in faaliyetlerini inceler ve CITES'in etkin bir şekilde uygulanmasına yardımcı olur.¹⁰⁴ Bundan sonraki bölümde CITES'e yardımcı mekanizma ve kuruluşlara değinilecektir.

B. Yasadışı Ticareti Önlemede CITES'e Yardımcı Mekanizmalar

CITES, hükümet dışı kuruluşların aktif olarak CITES Sekreteryası'yla birlikte çalışmasına olanak sağlayacak şekilde düşünülmüştür. CITES'in yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, madde XII (1) ile verilen yetki çerçevesinde, "Alım-Satımdaki Bitki ve Hayvanların Ticari Kayıtlarının Analizi" (*Trade Records Analysis of Flora and Fauna in Commerce-TRAFFIC*) isimli hükümet dışı kuruluş ile anlaşmaya girmiştir. TRAFFIC, Dünya çapında yaban hayatına ait türlerin ticareti hakkında bilgi toplama maksadıyla kurulmuştur. Kuruluş, nesli tükenme tehdidi altında olan türlerin

⁹⁹ Bkz <<https://cites.org/eng/resources/ref/suspend.php>> Erişim Tarihi 27 Ekim 2021.

¹⁰⁰ CITES, m XIV (1)(a)

¹⁰¹ Sand, 'Enforcing CITES' (n 60) 253.

¹⁰² Sand, 'International protection of endangered species' (n 61) 12-21. Burada özellikle CITES yasaklarının, istisnai hallerde uluslararası ticareti kısıtlayıcı uygulamaların yapılabileceğini öngören GATT madde XX'ye uygun olduğu ifade edilmektedir.

¹⁰³ Foster ve Vincent (n 79) 2.

¹⁰⁴ Avgerinopoulou (n 55) 204.

ticaretine ilişkin bilgi toplar.¹⁰⁵ TRAFFIC tarafından elde edilen bu bilgiler, CITES sekretaryasına veya doğrudan ilgili ulusal makamlara iletilmektedir. IUCN, Dünya Doğayı Koruma Vakfı (*World Wide Fund for Nature-WWF*) ve diğer kaynaklardan sağlanan fonlarla desteklenen grup farklı ülkelerde CITES için bilgi toplamaya işini yürütür.¹⁰⁶ CITES'in işleyişi, TRAFFIC ile iş birliği sayesinde faaliyetlerine şeffaflık kazandırmakla kalmamış, aynı zamanda saha bilgi kaynaklarından yararlanma imkânını doğurmuştur.¹⁰⁷

Nadide türlere ilişkin yüksek talep bu canlıların ticaretine ilişkin tek elden bir takibi ve kontrolü zorlaştırmaktadır. CITES, bu nedenle çeşitli uluslararası kuruluşlardan yasadışı ticaretin engellenmesi hususunda yardım almaktadır. Bu işbirlikleri özellikle 2000'li yıllarda artmaya başlamış ve yasadışı ticarete karşı daha etkili mücadeleyi teşvik etmek için CITES, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC)¹⁰⁸, Dünya Bankası, INTERPOL ve Dünya Gümrük Örgütü ile birlikte “Uluslararası Yaban Hayatı Suçlarıyla Mücadele Konsorsiyumu” (*The International Consortium On Combating Wildlife Crime*) oluşturulmuştur.¹⁰⁹ Bunun yanında yaban hayatı ve yaban hayatından elde edilen ürünlerin ticareti ile ilgili usulleri yerleştirmek için Dünya Gümrük Örgütü ve özellikle polis memurlarının eğitimini koordine etmek için INTERPOL Çevre Suçları Çalışma Grubu ile de ortak çalışmalar düzenlemiştir.¹¹⁰

CITES'in ortak faaliyet yürüttüğü kuruluşlardan biri doğrudan hayvan sağlığı ve zoonatik hastalıkların önlenmesi çerçevesinde faaliyet gösteren Dünya Hayvan Sağlığı Örgütü (*World Organisation for Animal Health -OIE*)'dir. Bir erken dönem uluslararası kuruluş olarak 1924'te 28 devlet tarafından kurulan örgüt, özellikle sınır ötesi canlılar bağlamında zoonatik hastalıkların yayılmasını kontrol etmede uluslararası iş birliğini amaçlamaktadır. Örgüt bu amacını, son yirmi yılda hayvan sağlığının ötesine taşıyarak hayvan refahını kapsayacak şekilde genişletmiştir.¹¹¹ OIE, üye devletlerin her birinde veterinerlik makamlarıyla yaptığı iş birlikleri aracılığıyla hayvan sağlığı ve refahının iyileştirilmesi için standartlar oluşturur. Bu amaçla bilimsel komiteleri tarafından, düzenli olarak güncellenen “Karada ve Suda Yaşayan Hayvan Sağlığı Kuralları” yayınlar. Karada yaşayan hayvanlar için bu kurallar hayvanların sevkıyatı, yetiştirilmeleri ve kesimleri için belirlenmiş standartları içerir. Bu standartlar, hastalıkların önlenmesi ve kontrolü, teşhis ve bildirilmesine ilişkin usullerden oluşmaktadır.¹¹² OIE standartları, DTÖ tarafından “Sağlık ve Bitki Sağlığı

¹⁰⁵ Bodansky (n 46) 235.

¹⁰⁶ Sand ‘The Whither CITES’ (n 42) 49.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz <<https://www.unodc.org>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2021.

¹⁰⁹ <<https://www.unodc.org/unodc/en/wildlife-and-forest-crime/iccwc.html>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2021. Bkz Whitfort (n 34) 80.

¹¹⁰ Sand ‘The Whither CITES’ (n 42) 52.

¹¹¹ Peters (n 38) 5.

¹¹² Whitfort (n 34) 61-62.

Önlemleri Anlaşması” (*Sanitary and Phytosanitary Measures-SPS*) kapsamında kabul edilmektedir. Bununla birlikte, OIE’nin hayvan sağlığı ve refahına ilişkin standartları, yabani türlerin yetiştirilmesini ele almakta yetersiz kalmıştır. OIE’nin odak noktası öncelikle tarımsal olarak kullanılan evcil hayvanların sağlığı üzerinde olmuştur. Hayvan sağlığına ilişkin yapılan çalışmalarda, yetiştirilen hayvanlar çoğunluğu oluşturduğu için doğal olarak evcil türlere odaklanma eğiliminde olmuştur.¹¹³ CITES ile OIE arasındaki bu odak farklılığı, iki kuruluşun ortak çalışmalar yapmasına uzun yıllar engel olmuştur. Ancak 2015 yılından bu yana OIE ile CITES, hayvan hastalıklarının kontrolüne ilişkin politikalarını, sınır ötesi yaban hayatı kaçakçılığını engelleme çabalarıyla bütünleştirmek için ortaklık oluşturmuştur.¹¹⁴

CITES’in yürüttüğü bir diğer iş birliği de Dünya Kereste Birliği (*The International Tropical Timber Organization-ITTO*) ile dir. Taraflar Konferansı’nda alınan karar ile dünya kereste ticaretinin tüm ilgili paydaşlarıyla istişare edileceği, uluslararası iş birliğini geliştirmek için etkili bir forum oluşturulacağı ve tropik kereste ticaretinin sürdürülebilir kaynaklar üzerinden yapılmasının teşvik edileceği kabul edilmiştir.¹¹⁵

Ortak faaliyetlerin dışında CITES, gözlemci kuruluşlara da açıktır. XI. maddeye göre, hükümet dışı örgütler Taraflar Konferansı toplantılarına gözlemci olarak katılma hakkına sahip olmaktadır. Ancak bunun için ilgili maddeye göre katılacak örgütlerin, nitelikli uzman kuruluşlar olarak kabul edilmeleri ve CITES çerçevesine uygun bir faaliyet alanında çalışıyor olması beklenmektedir. Bunun yanında toplantıya katılan tarafların üçte biri itiraz ettiği takdirde katılmaları mümkün değildir.

III. Zoonatik Hastalıklarla Mücadele İçin CITES’in Etkinliğini Arttırma Çabaları

A. CITES ve Canlı Sağlığının Korunması

Kimi bilim adamları yaşadığımız pandemi dönemini göz önünde bulundurarak yaban hayata müdahale ile zoonotik hastalıkların oluşumu arasındaki bağa dikkat çekmiş, uluslararası hukukta yabani hayvan sağlığına yönelik yeni bir yaklaşımın gerektiğini dile getirmiş ve CITES’in, canlıların sağlığını koruyacak şekilde genişletilmesi için çeşitli önerilerde bulunmuşlardır.¹¹⁶ Zira CITES, mevcut hâliyle ne yaban hayatı kökenli zoonotik hastalıkların önlenmesine ne de ilişik halk sağlığı sorunlarının

¹¹³ Ibid 62.

¹¹⁴ Tong (n 24) 828.

¹¹⁵ Conf Res 14.4 Cooperation between CITES and ITTO regarding trade in tropical timber.

¹¹⁶ Dan E Ashe ve John E Scanlon, ‘A Crucial Step Towards Preventing Wildlife-Related Pandemics’ (2020) 15 Scientific American <<https://www.scientificamerican.com/article/a-crucial-step-toward-preventing-wildlife-related-pandemics/>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2021. Aktaran: Whitfort (n 34) 58.

yönetilmesine yardımcı olabilmektedir.¹¹⁷ Pandemi sürecinde CITES Sekreteryası aracılığı ile yapılan açıklamalarda zoonatik hastalıklar ile ilgili meselelerin CITES kapsamı dışında kaldığı ve Sekreteryaya tarafından herhangi bir yorum yapılamayacağı açıklanmıştır.¹¹⁸ Bu mesele CITES tarafından ancak 2022 yılının sonunda yapılacak Taraflar Konferansı toplantısında değerlendirilebilecektir.¹¹⁹

Aslına bakılırsa CITES tamamen canlı sağlığından arı bir sözleşme değildir. Sözleşmenin himayesinde ve ticarete konu olan hayvanların yaralanma, sağlık bakımından zarar görme ve zalimce davranışa maruz kalma rizikosunu en aza indirecek şekilde hazırlanacağına ve sevk edileceğine ilişkin hükümler mevcuttur.¹²⁰ Ancak bu hükümlerin tamamı canlıların nakliyatına ilişkin olarak düzenlenmiştir. CITES'in burada hayvan sağlığına ilişkin standartları zorunlu kılan bir yöntem sunmadığı görülür. İşbu hükümlerin uygulanmasına ilişkin bir yaptırım yolu gelişmemiş, uygulama, taraf devletlerin yorumuna bırakılmıştır.¹²¹ Sözleşme hazırlanırken temel amacı yabani türlerin sınırışan ticaretinin, nesillerin devamına etki edecek türdeki ticaretini engellemek olmuş, bu türlerin sağlığına ilişkin bir yaklaşımsa düşünülmemiştir. Ancak günümüzde canlıların sağlığının korunmasına ilişkin uygulamalar hem hastalıklara karşı bir önlem olması hem de türlerin neslinin mevcudiyetini etkilediği için önemli bir eksiklik olarak kabul edilmektedir.¹²² Nesli tükenmekte olan türlerin ticaretinin kısıtlanması yaklaşımında sağlıklarının korunması da olması gereken bir unsurdur.

CITES, ticareti yapılan hayvanların, doğal hayatta yakalanma süreçleri esnasında zalimce bir muameleye maruz kalma ihtimaline de değinmez. 1983'te Botsvana'daki CITES Taraflar Konferansı'nda Gambiya, yakalanan hayvanlara insancıl muamelelerin sağlanmasına ilişkin taraf devletlerin gerekli önlemleri almasına ilişkin bir öneri getirmiştir. Teklif, sözleşme metni ile hayvanların yakalanma yollarına ilişkin bir yetki vermediğinden dolayı böyle bir düzenlemenin yapılamayacağına kanaat getirilerek reddedilmiştir.¹²³

CITES çerçevesince hayvan taşımacılığına ilişkin standartlardaki eksiklikler zaman içerisinde çeşitli düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır. CITES Sekreteryası, üye devletlerde uygulanmak üzere, "Canlı Yabani Hayvanların ve Bitkilerin Hava Dışı Taşınmasına İlişkin CITES Kılavuz İlkelerini" hazırlamış ve İlkeler, 2013 yılında

¹¹⁷ James Wingard vd *Wildlife Trade, Pandemics and the Law: Fighting This Year's Virus with Last Year's Law* (Legal Atlas 2021) 11.

¹¹⁸ <https://cites.org/eng/CITES_Secretariat_statement_in_relation_to_COVID19> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

¹¹⁹ Taraflar Konferansı'nın COVID-19 pandemisi sürecinde ilk kez 2022 yılı Kasım ayı içerisinde toplanması planlanmıştır. <<https://cites.org/eng/meetings/cop>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2021.

¹²⁰ CITES, m III(2), IV(2), V(2), VIII(3).

¹²¹ CITES, m VIII(3), tarafları hayvanların sadece transit, bekletilme ve sevkıyatı esnasında uygun muamele görmelerini sağlamakla yükümlü kılar.

¹²² Whitfort (n 34) 60.

¹²³ Ibid.

Bangkok'ta düzenlenen CITES Taraflar Konferansı'nda kabul edilmiştir.¹²⁴ Kılavuz İlkelerine göre, nakliyat, bir hayvan için doğal olmayan bir durumdur ve hayvanda strese neden olabileceği öngörülmelidir. Canlılarda yüksek düzeyde stres, hastalıklara yatkınlığı arttırabilmektedir. Kılavuz İlkeler, bazı hayvanlar için türe özel tavsiyelerle birlikte, nakliyecilere sevkiyat sırasında hayvanların maruz kaldığı stresin nasıl en aza indirilebileceği konusunda rehberlik sağlar.¹²⁵ Ancak, CITES uygulamasında yönerge ve rehberlerin uygulanması ihtiyaridir.¹²⁶ Bugüne kadar çok az sayıda devlet Kılavuz İlkeler'e uyulmasını zorunlu kılan düzenlemelere başvurmuştur.¹²⁷

Hayvan sağlığına ilişkin bir diğer eksiklik, suni yollarla çiftliklerde yetiştirilen hayvanlar bahsinde görülmektedir. CITES, tutsak olarak yetiştirilen hayvan ticaretini VII. maddede düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre sözleşmede listelenen türler içinden çiftliklerde yetiştirilmiş olanları, ticaret istisnalarından biri olarak kabul edilmektedir. Çiftlikte yapay yollarla yetiştirilmiş bu tür canlıların, Ek I statüsünde olsa bile, ticaretleri, Ek II çerçevesince uygulanabilmekte ve böylelikle bu hayvanların ticareti kolaylaştırılmaktadır.¹²⁸ Bunun yanında bu canlıların yetiştirilmesinde dikkat edilecek standartlara ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, yaban hayatta yakalanmalarına ilişkin esasen bir boşluk bulunmaktadır. Herhangi bir taraf devlette, yaban hayatından bir canlının yumurtası alınıp çiftlikte yetiştirilerek bu hayvanın ticareti yapılabilir.¹²⁹

Dünyanın her yerinde yaban hayatına ait canlılar yiyecek, ilaç, dekorasyon, evcil hayvan olarak veya sergi amacıyla yetiştirilmektedir. Suni olarak yetiştirme, yaban hayatından elde edilen türlerle sürdürülemez olan seviyedeki talepleri karşılamak için de gereklidir. Ancak gerekli sıhhi koşullar sağlanmadığı takdirde bu tür çiftlikler, insanların ve yabani hayvanların birbirlerine yakın temasta bulunduğu yerler oldukları için, zoonatik hastalıklara ilişkin bariz bir risk taşırlar.¹³⁰ 2020 yılında UNEP tarafından hazırlanan raporda, Çin'de yaban hayatı yetiştiriciliği yapılan çiftliklerdeki sıhhi şartların eksikliğine dikkat çekilmiş ve virüslerin oluşması için buradaki şartların elverişliliğinden bahsedilmiştir.¹³¹

CITES'in yetiştirme çiftlikleri için bir düzenleme getirmemesi, önemli eksiklerinden biri olarak değerlendirilmektedir.¹³² Bu bahis aslında pandemi öncesinde, 2016 yılında,

¹²⁴ CITES Guidelines for the Non-Air Transport of Live Wild Animals, Conf Res 10.21 (Rev. COP 16)

¹²⁵ Whitfort (n 34) 76.

¹²⁶ Bowman vd (n 41) 484.

¹²⁷ İlgili standartları uygulayan ülkelerin ekseriyeti Avrupa Birliği üyesi taraflardır. Bkz Whitfort (n 34) 61.

¹²⁸ Ek I'de yer alan türlerin ticaretinde hem ihraç hem de ithal eden taraflarının incelemeleri aranırken, Ek II'de sadece ihraç eden tarafın incelemesi yeterli görülmektedir.

¹²⁹ Sands ve Peel (n 43) 415.

¹³⁰ Whitfort (n 34) 62.

¹³¹ United Nations Environment Programme and International Livestock Research Institute (n 28)

¹³² Ved Nanda ve George Rock, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century* (2. Baskı, Nijhoff 2012) 261.

Taraflar Konferansı'nın gündemine gelmiş, Güney Afrika'da kabul edilen Taraflar Konferansı kararında esaret altındaki yabancı hayvanlara değinilmiştir. Kararda, esaret altında tutulan veya nakliye edilen hayvanların çok kısa bir süre için bile olsa çeşitli patojenlere maruz kalabildiği kabul edilmiş ve tutsak hayvanların doğal ortamlarında genellikle rastlanmayan hastalıklara sıklıkla maruz kaldığı dile getirilmiştir.¹³³ Bu riskleri azaltmak için doktrinde çeşitli öneriler getirilmektedir. Bunların başında, yaban hayatı çiftliklerinde gerekli sıhhi koşulların sağlanması gelir.¹³⁴ Bunun yanında canlıların sevkîyat boyunca hastalığa maruz kalma risklerini azaltabilecek şekilde, çiftlikleri satış yerlerine yakın konumlandırılmaları önerilmiştir.¹³⁵ Ancak henüz CITES tarafından bu önerilere ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bir uluslararası düzenlemenin yokluğunda, yabancı hayvanların yetiştirilmesi için sadece birkaç devlet ulusal standartlar geliştirebilmiştir.¹³⁶

Hayvan sağlığına yönelik yukarıda ifade ettiğimiz eksikliklerin giderilmesi amacıyla çeşitli sivil toplum kuruluşları çalışmalar yürütmektedir. Bunların başında yaban hayatın korunması amacıyla oluşturulmuş olan bir hareket olarak *the Global Initiative to End Wildlife Crime (İnisiyatif)* dikkat çeker. *İnisiyatif*, yaban hayatın korunmasına yönelik reformların yapılması talebiyle ortak hareket eden çeşitli kuruluşları bir araya getiren bir yapıdır. *İnisiyatifin* başında CITES'in eski Genel Sekreteri John Scanlon yer almaktadır.¹³⁷

İnisiyatifin hedefleri içinden en önemlisi, CITES çerçevesince yapılacak iyileştirmelerle yaban hayatın korunmasıdır. Bu amaçla CITES'in hayvan sağlığını koruyacak bir biçimde geliştirilmesi için sözleşmede çeşitli değişiklikler önerilmiştir.¹³⁸ Dikkate sunulan değişikliklerde ilk olarak tanımlar kısmında, "halk sağlığı" ve "hayvan sağlığı" terimlerinin kullanılması önerisi getirilmiştir. Bunun yanında özellikle, Ek I, Ek II ve Ek III'le birlikte, listeleme için kullanılacak yeni bir ekin (Ek IV) oluşturulması teklifi dikkat çekmektedir. Ek IV, ticaretinin, halk veya hayvan sağlığı için risk oluşturduğu düşünülen tür veya türlerin örneklerini içerecek ve sıkı düzenlemelere tabi olabilecek türleri içerecektir.¹³⁹ Bu listede toplum veya hayvan sağlığına risk teşkil ettiği düşünülen ve bunu bertaraf etmek için katı düzenlemelere tabi olabilecek türler dâhil edilmeli ve Ek I, II veya III'te yer alan ve ticareti yapılan tüm canlı türlerinin de kapsanabileceği belirtilmiştir. Ek IV için ihracat ve ithalat prosedürleri ayrı ayrı uygulanacaktır. Bu usulde ihracat yönetim mercinden,

¹³³ Conf Res 17.8; Whitfort (n 34) 76.

¹³⁴ McNeely (n 9) 774-776.

¹³⁵ Broad (n 22) 5.

¹³⁶ Whitfort (n 34) 62.

¹³⁷ John Scanlon 2010-2018 yılları arasında CITES genel sekreterliği görevini yürütmüştür. İnisiyatif ile ilgili bilgi için bkz <https://endwildlifecrime.org> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021.

¹³⁸ <<https://endwildlifecrime.org/cites-amendments/>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021.

¹³⁹ <https://endwildlifecrime.org/wp-content/uploads/2020/09/CITES_Amendments-Final_PDF.pdf> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021.

herhangi bir canlı için örneğin yaralanma, kötü muamele görme, insan veya hayvan sağlığına yönelik herhangi riski en aza indirecek şekilde bu canlının hazırlanıp sevk edileceğinden emin olunması beklenmektedir. İthalat yönetim merci ise ilgili bilimsel, veterinerlik ve insan sağlığı ile ilgili makamlarla istişare ederek böyle bir ithalatın, insan veya hayvan sağlığı için önemli bir riske yol açmayacağından, uygun sıhhi ve biyolojik güvenlik önlemlerinin alındığından ve kontrollerin yapıldığından emin olmalı, şayet varsa bu tür risklere karşı önlem almalıdır.¹⁴⁰ Bu teklifle CITES, yalnızca listelenen türlerle sınırlı olarak uygulanmaya devam etmekte, mevcut uygulama çerçevesinde sınır kontrolleri temelli olarak ana amacından ve usullerinden uzaklaşmamış olmaktadır.

CITES içerisinde yeni bir kategori (Ek IV) oluşturma önerisi uygulanması hiç de kolay bir hadise değildir. Hâlihazırda mevcut listelere ilişkin çekinceler düşünüldüğünde yeni bir listenin hazırlanması ve bu amaçla taraf devletlerin rızasını almak oldukça meşakketli ve uzun bir süreç olacaktır. Eğer tam anlamıyla zoonatik hastalıkların önlenmesine hayvan sağlığına ilişkin bir düzenleme yapılmak isteniyorsa bu, CITES kapsamında bir protokol veya değişiklikle değil; tamamen yeni bir sözleşme ile yapılmalıdır. Bu hususa ilişkin bir öneride, hayvan sağlığına ilişkin DTÖ ve OIE gibi kuruluşların himayesinde geliştirilecek yeni bir uluslararası anlaşma ile zoonatik hastalıklarla mücadelenin sağlanabileceği iddia edilmiştir.¹⁴¹ Böylelikle hem CITES'in kazanımlarına zarar verilmeyecek hem de yaban hayatı ticaretinin hastalık risklerine karşı koruma sağlanmış olacaktır. Ancak bu husus, hâlihazırdaki çalışmamızın konusu olmayıp ancak başka bir çalışmada değerlendirilebilir.

B. Yaban Hayatına Ait Türlerin Yasadışı Ticaretinin Uluslararası Bir Suç Olarak Düzenlenmesi

Yaban hayatına ait türlerin yasadışı ticaretinin ağır bir suç olarak kabul edilmesi gerek yasadışı ticaret ile yapılacak mücadele için gerekse de zoonatik hastalıkların engellenmesi için uygulanabilecek bir yoldur. CITES, uluslararası yasadışı ticareti engellemek için yaban hayatına ait türlerin ticaretinin taraf devletlerce suç olarak kabul edilmesine yönelik girişimlerde bulunmaktadır. CITES'in 2021-2030 yıllarına ilişkin stratejik hedefinde yasadışı ticaretin ağır bir suç olarak taraf ülkelerce kabul edilmesi unsuru yer almaktadır.¹⁴² Ancak CITES'in bu hedefi, taraf devletlerin iç hukuk uygulamalarına bağlı kalmakta, CITES'in bu tür bir düzenlemeye ilişkin devletlerin işleyişlerine müdahale etmesine yarayacak bir aracı bulunmamaktadır.

Günümüzde nesli tehdit altındaki türlerin yasadışı ticaretinin olumsuz etkileri Birleşmiş Milletler bünyesinde çeşitli kademelerde dile getirilmeye başlanmıştır.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Broad (n 22) 8.

¹⁴² Conf Res 18.3: CITES Strategic Vision: 2021-2030, obj 3.4.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) çeşitli zamanlarda bu yasadışı ticarete değinmiştir.¹⁴³ Bu konuda en kapsamlı ve önemli kararı, 2014 yılında aldığı 2136 sayılı karardır. İlgili kararda kaçak avlanma da dâhil olmak üzere doğal kaynakların yasadışı sömürüsü ve ticareti konu edilmiştir. Afrika'nın çeşitli bölgelerinde yaban hayatı kaynaklarının yasadışı ticaretinin, çatışmaları körükleyen ve alevlendiren başlıca nedenlerden biri olduğu ve yaban hayatına ait türlerin yasa dışı ticaretinin, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olduğu kabul edilmiştir.¹⁴⁴

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (Genel Kurul) farklı tarihlerde aldığı kararlarla yaban hayata ilişkin yasadışı ticarete dikkat çekmiştir.¹⁴⁵ Özellikle 2019 yılında alınan “*Yaban hayatta yasa dışı kaçakçılıkla mücadele*” başlıklı Genel Kurul Kararı ile yaban hayatı ürünlerinde artan kaçak avlanma ve yasadışı ticarete değinilmiş, bunların, başta ekonomik, sosyal ve çevresel etkiler olmak üzere olumsuz etkileri vurgulanmıştır.¹⁴⁶ Kararda üye devletler, yasadışı ticaretle mücadele için mevzuatta gerekli düzenlemeleri yaparak yaban hayatındaki yasa dışı ticareti önlemek ve ortadan kaldırmak için kararlı adımlar atmaya çağırılmıştır. Bunun yanında üye devletlerden yasa dışı ticaretin, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nations Convention against Transnational Organised Crime-UNTOC*) 2. maddesinde tanımlanan ağır bir suç olarak kabul edilmesi istenmektedir.¹⁴⁷ Sözleşmede 2. maddede ağır suçlar, 4 yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyet cezası gerektiren suçlar olarak tanımlanmıştır. Yaban hayatı türlerinin yasadışı ticaretinin ağır bir suç olarak düzenlenmesine ilişkin uygulama tamamen devletlere bırakılmıştır.

İnisiyatif ise, yabani hayvan ve bitkilerin yasadışı ticaretinin uluslararası bir suç olarak kabul edilerek Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (UNTOC) kapsamında ek bir protokol olarak eklenmesi gerektiği yönünde bir öneride bulunmuştur.¹⁴⁸ Böylelikle suç, sözleşme çerçevesinde bir protokolle düzenlenecek ve devletlerin onayına sunularak uluslararası bir suç olarak tanımlanacaktır. *İnisiyatif*, 2020 yılı içerisinde önerilen protokolünün bir taslağını yayınlamıştır.¹⁴⁹ Önerilen

¹⁴³ UN Doc S/RES/2134 (28 Ocak 2014); UN Doc S/RES/2136 (30 Ocak 2014)

¹⁴⁴ UN Doc S/RES/2136 (30 Ocak 2014)

¹⁴⁵ UN Doc A/RES/69/314 (19 Ağustos 2015); UN Doc A/RES/71/321 (21 Eylül 2017); UN Doc A/RES/73/343 (20 Eylül 2019); UN Doc A/RES/74/177 (27 Ocak 2020).

¹⁴⁶ UN Doc A/RES/73/343 (20 Eylül 2019).

¹⁴⁷ Ibid. Yaban hayatına karşı işlenen suçların ağır bir suç olarak tanımlanmasına ilişkin girişimler ilk olarak BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi kararlarında ifade edilmiştir. Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 2011 yılında aldığı karar ile korunan yabani hayvan ve bitki türlerinde yasadışı ticaretin Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde tanımlanan ağır bir suç olarak, örgütlü suç grupları içerisinde yer alması tavsiye edilmiştir (UN Doc E/RES/2011/36). Daha sonra bu tavsiye 2013/40 sayılı karar ile teyit edilmiştir.

¹⁴⁸ UNTOC, BM çatısı altında faaliyet gösteren uluslararası organize suçlara yönelik bir araçtır. UNTOC, insan kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını ve ateşli silah ve mühimmatın yasadışı üretimini ve kaçakçılığını engellemeyi hedefleyen üç protokolle desteklenmektedir. UN Doc A/RES/55/25 (8 Ocak 2019). Bkz <https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/organised-crime/UNITED_NATIONS_CONVENTION_AGAINST_TRANSNATIONAL_ORGANIZED_CRIME_AND_THE_PROTOCOLS_THERETO.pdf> Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

¹⁴⁹ Whitfort (n 34) 80.

Protokol, yabancı hayata ait fauna ve flora örneklerinin CITES çerçevesi dışında kalan ticaretini uluslararası bir suç hâline getirecektir. Protokol taraflarının, taraf oldukları uluslararası anlaşmalara aykırı olarak alınan veya kanunlara aykırı olarak yürütülen yabancı hayvan veya bitki kaçakçılığını suç saymaları istenecektir. Tarafların, ayrıca yaban hayatına ait türlerin ticaretiyle ilgili organize suçlar hakkında bilgi alışverişinde bulunmaları, adli örnekleri paylaşmaları, ticari belgelerin geçerliliğini doğrulamak için birbirleri ile iş birliği içerisinde olmaları, sınır kontrollerini geliştirmeleri, eğitim ve teknik yardımlaşma ve yasa dışı yaban hayatı ürünlerine yönelik talebi caydırmak için birlikte hareket etmeleri beklenmektedir.¹⁵⁰ UNTOC, eğer bir yaban hayatına ilişkin uluslararası suçu tanımlayacaksa muhtemelen sadece organize suçla bir bağlantı olduğu durumlarda bu kullanılabilir. Zira UNTOC'un çerçevesi organize suçlarla mücadeledir.¹⁵¹

UNTOC açısından baktığımızda, 2020 yılında yapılan toplantıda, çevreyi etkileyen suçların önlenmesi ve bunlarla mücadeleye ilişkin bir kararın kabul edildiği görülmektedir. Kararda, taraflara, çevreye karşı işlenen suçların hapis cezasıyla cezalandırılması gereken ağır suçlar olarak tanınması çağrısında bulunmuştur.¹⁵² Ancak henüz UNTOC içerisinde, yaban hayatına ait türlerin yasadışı ticaretinin bir protokol çerçevesinde düzenlenmesi veya ağır bir suç olarak uygulanması konusunda somut bir düzenleme yapılmamıştır. Benzer şekilde CITES bu konuya ilişkin UNTOC nezdinde somut bir girişimde bulunmuş değildir.

C. CITES'in Ticareti Düzenleyici Mekanizmalarının Geliştirilmesi

Zoonatik hastalıklarla mücadele için CITES kapsamında başvurulabilecek bir diğer yol, CITES'in ticareti düzenleyici faaliyetlerinin geliştirilerek etkinliğinin artırılmasıdır. Böylelikle sözleşme himayesindeki canlıların yasadışı ticareti daha etkin bir biçimde engellenebilecektir. Genel olarak yürürlüğe girdiğinden bugüne CITES'in yasadışı ticaretin engellenmesi için büyük katkıları olduğu kabul edilmekle birlikte, günümüzde sistematik iyileştirmeler gerektiği görüşü sunulmuştur.¹⁵³ Bu bölümde dile getirilen öneriler icra edilmesi en zor olandan en elverişli olana doğru değerlendirilecektir.

CITES'in işleyişine yönelik en dikkat çekici ve radikal öneri, yaban hayatına ait bitki ve hayvan ticaretinin tamamen yasaklanması teklifidir.¹⁵⁴ Ancak, böyle bir politika değişikliğinin uygulanması büyük zorluklarla karşı karşıyadır. Korunan

¹⁵⁰ <<https://endwildlifecrime.org/untoc-wildlife-protocol/>> Erişim Tarihi 8 Ekim 2021. Ayrıca bkz Whitfort (n 34) 80.

¹⁵¹ Wingard vd (n 117) 5.

¹⁵² UNTOC, 10th meeting of the parties, Res. 10/6. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION_10/Resolutions/Resolution_10_6_-_English.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2021.

¹⁵³ Nanda ve Rock (n 132) 261.

¹⁵⁴ Önerinin arkasında yatan fikir olarak, zaman içerisinde nesli tükenmekte olan türler için istisnasız olarak tüm ticaretin tehdit haline alacağı ve nihayetinde yasaklanması gerektiği görüşü yer alır. Bkz Huxley (n 47) 10-13.

türlerin çoğu, yeterli koruma sağlamak için gerekli araçlara sahip olmayan, gelişmekte olan ülkelerde bulunmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin bir kısmı, türler ve onlardan elde edilen yan ürünlerin (mesela fildişi) ticari amaçlı olarak kullanılmasının ekonomileri için gerekli olduğunu dile getirmektedirler.¹⁵⁵ Yaban hayatına ait canlıların ticaretinin tamamen yasaklanması, dünya çapında geçimleri yabani türlerin ticaretine bağlı olan milyonlarca insanı etkileyecektir.¹⁵⁶ Bu tür bir yasak, özel sektörün ve potansiyel tüketicilerin yoğun itirazlarına yol açacaktır. Bunun yanında bu yasağı, herhangi bir teşvik olmadan uygulamak bir hayli zordur. CITES ise şu anda bu tür bir teşvik sistemini sağlayacak yeterli mali kapasiteye sahip bir sözleşme değildir.¹⁵⁷

Ayrıca genel olarak yasaklar, yaban hayatından gelen yasal mal arzını azaltır, ancak talebi doğrudan etkilemez. Bu nedenle ticaretin yasaklanması, kaçak avlanmayı tek yol olarak bırakır ve ticaret yasa dışı kanallara yönelerek yasakların etkisiz hale gelmesine, devletlerde yolsuzluğun artmasına yol açabilir.¹⁵⁸ Hâlihazırda, yabani türlerin ticareti üzerindeki idari baskının, ticareti “yeraltına” sürme eğiliminde olduğuna dair çalışmalar bulunmaktadır.¹⁵⁹ Yaban hayata ilişkin piyasa taleplerini azaltmak için daha fazla çaba gösterilmeden, yasa dışı ticareti ortadan kaldırmaya yönelik yaptırımlar yeterli olmayacaktır.¹⁶⁰ Yukarıda ifade edilen nedenlerle, yabani bitki ve hayvanların ticaretinin genel bir yasak altına alınmasının günümüzde faydadan çok zarar getireceği görülecektir.¹⁶¹

CITES’in iyileştirilmesine yönelik bir diğer yaklaşım, CITES’in ülke içi ticarete müdahil olacak şekilde kapsamının genişletilmesi yaklaşımıdır.¹⁶² CITES’in listelenen türler için ulusal ticaret üzerinde denetim yetkisi yoktur. CITES rejimi, mutabık kalınan ortak standartlara uygun olarak verilen ulusal idari işlemlerin (ihracat/ithalat izinleri, yetiştirme veya çiftçilik sertifikaları vb.) karşılıklı tanınması temelinde işler.¹⁶³ Ancak bu izinlerin alınma yollarına, devletlerin iç işleyişlerine karışmadığı gibi ulus içi ticarete de müdahale etmez.¹⁶⁴ Listelerde yer alan türlerin ülke içerisindeki hareketliği CITES rejiminin dışında kalır.¹⁶⁵ Nesli tükenmekte olan

¹⁵⁵ Malgosia Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law* (Edward Elgar 2009) 75.

¹⁵⁶ Broad (n 22) 7-8.

¹⁵⁷ Foster ve Vincent (n 79) 11.

¹⁵⁸ Benedikt Heid ve Laura Márquez-Ramos, ‘Wildlife Trade Policy and the Decline of Wildlife’ (2020) 8757 CESifo Working Paper 28.

¹⁵⁹ Broad (n 22) 7-8.

¹⁶⁰ Agustín García-Ureta, ‘Nature Conservation’ iç Lees E ve Viñuales J E (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law* (Oxford University Press 2019) 460, 485.

¹⁶¹ Borzee vd (n 18) 1054.

¹⁶² Peters (n 38) 7.

¹⁶³ Sand, ‘International protection of endangered species’ (n 61) 14.

¹⁶⁴ Bowman vd (n 41) 484-490.

¹⁶⁵ Mesela, bu ayrımı göz önünde bulunduran Çin, kendi ülkesel yetki alanı içinde, kaplanların esaret altında yapay olarak üremesi meselesinin CITES’in görev alanı dışında kaldığını sürekli olarak ileri sürmektedir. Aktaran: Whitfort (n 34) 76-77.

türlerin ticaretinin sınıraşan önemli etkilerini dikkate alarak, ulus içi ticaretini de kapsayan bir ek protokolün düzenlenmesi mümkündür.¹⁶⁶ Ancak gelişmekte olan ülkelerde bu tür iç ticaret denetiminin güçlüğü dikkate alındığında, bir protokol hazırlansa dahi, denetiminin ve uygulamasının zorluğu, bunu pratikte uygulanamaz kılacaktır.¹⁶⁷ Zira hâlihazırda CITES, taraf devletlerde listeleme etkinliğine ilişkin kesin sonuçlara dahi sahip değildir. Gelişmekte olan ülkelerde hesap verebilirlik ve kapasite eksikliğinin CITES'in işleyişine zarar verdiği bilinmektedir.¹⁶⁸ Bununla birlikte CITES kapasite artırımını destekleyecek bir mali yapıya sahip değildir. Rio Konferansı sonrası imzalanan birçok çevre sözleşmesi, Küresel Çevre Fonundan (GEF) katkı alan mali bir mekanizma oluşturmuştur.¹⁶⁹ CITES ise gönüllü katkıların ötesinde, taraflara sözleşmenin yürütülmesine ilişkin yardım sağlayacak bir mali mekanizmadan mahrumdur.¹⁷⁰ Bu nedenlerle sözleşmenin bir ek protokolle genişletilmesi, taraflar tarafından pek de tercih edilebilir görünmemektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz öneriler olan genel bir ticaret yasağı uygulamasının veya CITES'in iç ticarete müdahale edecek şekilde genişletilmesinin zorlukları ve olası olumsuz sonuçları düşünüldüğünde, daha uygulanması kolay önerileri değerlendirmemiz yerinde olacaktır. Bu noktada CITES'in mevcut usul ve yöntemlerin geliştirilmesi yoluyla yapılabilecek değişikliklere bakmak yararlı olacaktır.

Bu konuda verebileceğimiz ilk örnek, CITES içerisinde nispeten kolay bir şekilde düzenlenebilecek olan “Kayda Değer Ticaretin Gözden Geçirilmesi” (RST) sürecinin geliştirilmesidir. RST sürecine ilişkin eleştirilerin başında taraf devletlere verilen tavsiyelerin çok genelgeçer ve detaylandırılmamış olduğu yer alır. Yine bu tavsiyelerin yerine getirip getirmediğine ilişkin değerlendirmelerde teknik uzmanlardan yararlanılmadığı ve raporların oldukça özensiz ve üstünkörü hazırlandığı dile getirilmiştir.¹⁷¹ Bu hususta çeşitli iyileştirme önerileri dile getirilmiştir. Bunlar, tarafların özel durumlarına göre uygulanabilir ve ölçülebilir tavsiye raporlarının hazırlanması, gelişmekte olan ülkelere kapasite geliştirilmesine yönelik yardımlarının sağlanması, süreçte teknik uzmanların rolünün artırılması, RST'lerin türlerin yararına olacak şekilde çerçeveselendirilmesi ve nihayet, ihracatı askıya alma kararlarının uygulanmasının takip edilmesi şeklindedir.¹⁷² İçinde

¹⁶⁶ Peters (n 38) 7.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Chris R Shepherd vd 'International wildlife trade, avian influenza, organised crime and the effectiveness of CITES: The Chinese hwamei as a case study' (2020) 23 Global Ecology and Conservation 3.

¹⁶⁹ Bkz Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1760 UNTS 69 (1994); Birleşmiş Milletler Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi, 954 UNTS 3 (1994); Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stokholm Sözleşmesi, UN Doc A/CONF 151/26 (2001).

¹⁷⁰ Bu husus geçmiş yıllardan beri diğer küresel çevre anlaşmaları ile kıyaslanarak bir eksiklik olarak dile getirilmektedir. Bkz Timothy Swanson, 'Developing CITES: Making the Convention Work for all of the Parties' iç Hutton J ve Dickson B (eds) *Endangered Species, Threatened Convention: The Past, Present and Future of CITES* (Earthscan 2000) 134, 141. Ayrıca bkz Foster ve Vincent (n 79) 11.

¹⁷¹ Foster ve Vincent (n 79) 9-12.

¹⁷² Ibid 10, 11. Gelişmekte olan ülkelerin kapasite eksikliğine ilişkin olarak bkz Bowman vd (n 41) 533-534.

bulduğumuz süreçte CITES bünyesinde RST ile ilgili olumsuzlukları gidermek için yeni ve kapsamlı bir RST sistemi oluşturulmaya karar verilmiş olmakla birlikte düzenleme süreci devam etmektedir.¹⁷³

RST süreci sonrası alınan, ticaretin askıya alınması kararlarının etkinliği de bir başka tartışma konusudur. Eleştirel bir yaklaşımda bir ticaret yasağının, yalnızca bir türün popülasyonunda olumlu bir etki sağlıyorsa fayda sağlayacağı dile getirilmiş ve yasaklanmış ticaretin genellikle karaborsaya taşınarak takibinin, çok daha zor bir hâle gelebileceği dile getirilmiştir.¹⁷⁴ Kimi devletlerin, ticareti askıya alma kararlarının sonucu olarak ortaya çıkan ekonomik maliyetlerden şikâyet ettiği ve itibarlarına zarar verdiği için buna itiraz ettikleri görülmektedir.¹⁷⁵ Hatta bazı devletlerde yasaklara rağmen, ticaretin yasadışı olarak devam ettirildiği iddia edilmiştir.¹⁷⁶ Ancak istatistikî veriler ticaret yasaklarının oldukça işe yaradığını göstermektedir. Yasaklamaların %80'inden fazlasında, devletlerin, kararların gereklerini yerine getirmek için ticareti askıya alma kararları sonrasında, bir yıldan daha kısa bir süre içinde yeterli çabayı gösterdikleri görülmüş ve böylece ilgili yasaklar kaldırılabilmiştir.¹⁷⁷

CITES'in geliştirilmesine yönelik bir diğer öneri ise listelemeye ilişkindir. CITES'in özellikle eleştiri alan yanlarından biri, korunan türlere ilişkin listede yer alan canlıların tehdit altındaki türlerin tamamını kapsamadığı yönündeki eleştiridir. Zira IUCN'in hazırladığı Tehdit Altındaki Türlerin Kırmızı Listesi'ndeki verilere göre listede nesli tehdit altında olarak tanımlanan türlerin yaklaşık üçte ikisi CITES kapsamında değildir.¹⁷⁸ Yine bir diğer eleştiri, CITES'in, aynı türün farklı popülasyonlarının CITES içerisinde farklı koruma kategorilerinde yer alabilmesine imkân vermesi hakkındadır.¹⁷⁹ Ancak şu husus unutulmamalıdır ki listelemede yetki, Taraflar Konferansı'ndadır ve liste düzenlemeleri taraf devletlerin kararları ile yapılmaktadır.

CITES'in geliştirilmesine yönelik genel bir öneri yasadışı ve yasal tüm yabancı bitki ve hayvan ticaretinin etkin bir şekilde takip edilmesi olarak ifade edilmektedir.¹⁸⁰ Bu konuda ticaretin izlenmesi için yapay zekâdan yararlanılması bir tavsiye olarak sunulmuştur. Öneriye göre gerek hayvan pazarlarında gerekse doğal yaşam alanlarında türlerin ticaretinin etkilerini izlemek, yaban hayatı ticareti ve tüketimi hakkında doğru ve zamanında veri toplamak ve yasa dışı ticareti tespit etmek için yapay zekâdan

¹⁷³ <https://cites.org/eng/imp/sigtraderreview> Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

¹⁷⁴ Foster ve Vincent (n 79) 9-10.

¹⁷⁵ Fitzmaurice 'Environmental Compliance Control' (n 54) para 79.

¹⁷⁶ Foster ve Vincent (n 79) 10-11.

¹⁷⁷ Sand, 'Enforcing CITES' (n 60) 255.

¹⁷⁸ McNeely (n 9) 777.

¹⁷⁹ Şimşek (n 77) 182.

¹⁸⁰ Borzee vd (n 18) 1054.

yararlanılabileceği ifade edilmiştir.¹⁸¹ Bu öneri her ne kadar isabetli görünse de yabancı türlerin, genelde teknolojik imkân ve kapasiteleri zayıf olan gelişmekte olan ülkelerde yer aldığı gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu devletlerin de bu tür araçlara sahip olmadığı bilinen bir gerçektir. Ancak CITES, bu hususta gelişmeleri takip etmekte ve teknolojik gelişmeleri sözleşme ile onaylama istikametindedir. 2019 yılında veritabanı takibi için uluslararası sevkiyatların tek tek kayıt altına alınmasına imkân sağlayan bir veri sistemi kullanmaya başlamıştır.¹⁸²

Yukarıda ifade edilen tüm öneri ve teklifleri değerlendirilirken dikkate alınması gereken bazı hususlar vardır. Bunların başında, tarafların ortak iradesi gelir. Gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerin ortak iradesi sözleşmenin başarısı ve geleceği için elzemdir. Bunun yanında nesli tükenmekte olan türlere ilişkin piyasa talebi de sözleşmeden bağımsız düşünülemez bir girdi olarak sorunun merkezinde yer almaktadır. Bunlar yukarıda ifade ettiğimiz tüm eleştiri ve önerileri dikkate alırken düşünülmesi gereken hususlardır. CITES'in, genel çerçeveli bir doğa koruma andlaşması olarak değerlendirilip tüm yaban hayatın korunmasını ona yüklemek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Eğer amaç tehdit altındaki türlerin yasa dışı ticaretini önlemekse CITES, yasa dışı ticareti engellemeyi başarma kıstası ile değerlendirilecektir. Bunun yerine, sorunu, daha genel bir ifadeyle biyolojik çeşitliliğin korunması şeklinde tanımlarsak, o zaman CITES, yasa dışı ticareti tamamen sona erdirmiş olsa bile ticaret, türlerin yok olması sorununun yalnızca küçük bir bölümünü oluşturduğundan etkisiz kalabilir. Mesela yasadışı ticareti engellenmeye çalışılan filler, günümüzde avlanılması kadar yaşam alanlarının kaybından dolayı büyük bir tehditle karşı karşıyadır.¹⁸³ Günümüzde bir milyon civarında bitki ve hayvan türü, kara ve deniz alanlarının insanlar tarafından aşırı tahribi, iklim değişikliği, artan kirlilik ve istilacı türler nedeniyle yok olma tehdidi altındadır.¹⁸⁴ Bu geniş çerçeveli meseleler CITES'in herhangi bir biçimde müdahale edebileceği alanlar değildir. CITES bunlarla mücadele için gerekli araçlara sahip olmadığı gibi herhangi bir yetkiye de sahip değildir.

Nihayetinde CITES kesinlikle genel kapsamlı bir yaban hayatı anlaşması değildir. Sözleşme, yaban hayatın korunmasına ilişkin her derde deva bir sözleşme olarak değil, mevcut haliyle yabancı türleri korumak için çeşitli yerel, bölgesel ve küresel planlarla bağlantılı olarak kullanılması gereken araçlardan biri olarak düşünülmelidir.¹⁸⁵ CITES,

¹⁸¹ Enrico Di Minin, Christoph Fink, Henrikk Tenkanen, Tuomo Hiippala vd 'Machine Learning for Tracking Illegal Wildlife Trade on Social Media' (2018) 2 Nat Ecol Evol 406, 406-407.

¹⁸² Berec vd (n 90) 1-5.

¹⁸³ Bodansky (n 46) 256.

¹⁸⁴ Sandra Diaz vd 'Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services' (2019) IPBES <https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_en.pdf> Erişim Tarihi 18 Eylül 2021.

¹⁸⁵ CITES burada katalizör görevi ile düşünülmelidir. BM başta olmak üzere çeşitli uluslararası örgütlerle, IUCN gibi hükümet dışı kuruluşlarla ve daha somut denetim usulleri olan Dünya Gümrük Birliği ve INTERPOL ile olan ortaklıkları CITES'i yaban hayatına ait türlerin ticaretine ilişkin düzenlemelerin merkezine yerleştirmektedir. Bkz García-Ureta (n 160) 485; Sand, 'International protection of endangered species' (n 61) 8.

işte bu yönden ele alındığı ve tehdit altındaki türlerin neslinin korunması amacıyla değerlendirildiği zaman, yaban hayatının korunmasıyla ilgili tüm uluslararası anlaşmaların belki de en başarılısı olarak karşımızda durduğunu görürüz.¹⁸⁶ 2020 yılında yapılan bir çalışmaya göre hem ticari yasakların hem de nesli tükenmekte olan türlerin sürdürülebilir ticaretini teşvik eden kısıtlamaların yaban hayatını olumlu yönde etkilediği tespit edilmiştir. Türlerin CITES’te listelenmesinden bir süre sonra (özellikle 16 ila 20 yıl sonraki dönemde) önemli ve olumlu etkiler gösterdiği ortaya konmuş, türlerin popülasyonlarının bu sürede %20 oranında arttığı ortaya konmuştur.¹⁸⁷

Sonuç

COVID-19 pandemisi, birçok alanda olduğu gibi küresel çevrenin korunması meselesinde de mevcut düzende sorgulamalara yol açmıştır. Pandemi, insan hayatını tehdit eden virüslerle -küresel çevre sorunlarında olduğu gibi- devletlerin tek başlarına mücadele edemeyeceklerini göstermiştir. Küresel çevrenin ve genel olarak doğal hayatın korunması amacıyla yapılan düzenlemeler, bu anlamda, SARS-CoV-2 ile mücadeleye paralel bir yaklaşım içerir.

Bu çalışmanın yapıldığı dönemde SARS-CoV-2 virüsünün kökenine ilişkin çalışmalar devam etmekle beraber genel yaklaşım virüsün yarasalardan kaynaklandığı ve ara konak olarak CITES içerisinde ticareti düzenlenen (Ek I) pangolinler tarafından taşınarak insanlara bulaştığı yönündeydi. Ancak henüz bu bilgiye ilişkin kesin bir veriye ulaşılmış değildir. Bu bilginin aksi kanıtlanırsa bile bu, çalışmamızda vardığımız sonuca etki etmeyecektir. Çalışmanın ilk bölümünde değindiğimiz üzere SARS-CoV-2, zoonatik yani hayvanlardan insanlara bulaşan bir virüstür ve zoonatik virüslerin büyük çoğunluğu yaban hayatı kökenlidir.

Zoonatik virüslerin ortaya çıkmasına ilişkin olarak çalışmalar doğal hayatın zarar görmesi, insanların ekosisteme müdahalesi, yaban hayatına ait türlerin ticareti ve benzeri insan faaliyetleri sonucunda yaban alanlarında bulunan ancak insanlara etki etmeyen virüslerin, insanlara bulaşabilir nitelik kazandığını göstermiştir. Bu nedenle yaban hayatın korunmasına ilişkin adımlar SARS-CoV-2 ve benzeri insan sağlığına zarar verecek muhtemel virüslerin ortaya çıkmasını engelleyici bir rol oynayacaktır. Yaban hayatın korunmasına yönelik olarak en önemli ve eski araçların başında CITES gelmektedir. CITES nesli tükenme tehdidi altında olan türlerin ticaretini düzenleyerek türlerin devamını sağlamaya yönelik düşünülmüştür. Her ne kadar CITES ile hedeflenmemiş olsa da yaban hayatına ait türlerin yasadışı ticaretinin engellenmesi zoonatik hastalıklar ile mücadele için araçlardan biridir.

¹⁸⁶ Huxley (n 47) 11; Bowman vd (n 41) 488; Sand, ‘International protection of endangered species’ (n 61) 7; Nanda ve Rock (n 132) 261.

¹⁸⁷ Heid ve Márquez-Ramos (n 158) 17, 34.

CITES'e ilişkin değerlendirmelerin hemen hemen tamamında sözleşmenin, amacı bakımından, yani nesli tükenmekte olan yaban hayatın korunmasında oldukça başarılı olduğu kabul edilmektedir. Sözleşme, imzalandığı 1973 yılından bugüne gelişmelere açık olarak güncelliğini koruyabilmiştir. Özellikle geçtiğimiz elli yılda küresel ticaretin büyüme çapı ve yıllar içerisinde gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin uluslararası alanda çatışan görüşleri de göz önüne alındığında, devletlerin dış ticaretine müdahale eden bir sözleşmenin başarısı daha da anlamlı olacaktır. Çeşitli zamanlarda sözleşmenin geliştirilmesine yönelik öneriler tartışılmıştır. Bu öneriler yaşamakta olduğumuz pandeminin de etkisiyle farklı bir boyut kazanmıştır. Bu çalışmada özellikle incelediğimiz konu ise zoonatik hastalıkların önlenmesine yönelik olarak CITES'in kapsamının geliştirilip geliştirilemeyeceği olmuştur.

CITES'in geliştirilmesine yönelik tüm teklifler, CITES'in başarıları dikkate alınarak yapılmalıdır ve bu minvaldeki düzenlemeler oldukça titiz bir tetkik gerektirecektir. Sözleşmede köklü bir değişiklik yapılması kolay bir yol olmayacaktır. Zira CITES, dünya çapında geniş çerçevede uygulanmaktadır ve bağlayıcı hükümler ortaya koyan bir uluslararası sözleşme olduğu için olası değişikliklerin sonuçları göz önünde bulundurulmalıdır. Herhangi bir değişiklikte gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin ortak rızası olmalı ve bu değişiklikler, CITES'in etkinliğine zarar vermemelidir. Ancak bu hiç de kolay değildir. Zira birbirinden farklı menfaatleri ve amaçları olan gelişmiş ve gelişmekte olan devletler, yaban hayatı ticareti konusunda fikir ayrılıklarına sahiptir.¹⁸⁸ CITES zaten tam da bu noktada ticareti kısıtlayarak devletler arasında bu ayrılıkları en aza indirme görevini yerine getirir. Nihayetinde ticaretin kısıtlanması ve kontrolü tüm devletlerin lehinedir. Yaban hayatına ait ürünleri ihraç eden ülkelerde kıymetli kaynaklar korunarak kaçak avcılarla mücadelede destek alınırken, ithal eden ülkelerde ise bu kaynakların rasyonel kullanımını ile gelecek nesillerin erişim imkânı sağlanmış olacaktır. Böylelikle düzenlemelerin aslında tüm taraflar için fayda getirdiği görülecektir.¹⁸⁹

Çalışmamızda zikredilen ve CITES'e ilişkin radikal değişiklik önerileri olarak nitelendirilebileceğimiz yaban hayatı ticaretinin tamamen yasaklanması veya CITES'in iç ticarete müdahil olacak şekilde genişletilmesi fikirleri yerinde yaklaşımlar olarak değerlendirilmemektedir. Yaban hayatı ticaretinin tamamen yasaklanması, kontrol edilebilir bir uygulama olmayacak ve bu durum, yaban hayatı ticaretini tamamen karborsaya indirgeyecektir. CITES'in iç ticarete müdahil olacak şekilde genişletilmesi ise kontrolü oldukça zor ve denetimi oldukça maliyetli bir uygulama olacaktır. Birçok devlet bu iç denetimi yapabilecek kapasiteye sahip değildir.

Pandemi sürecinde tekrar gündeme gelen bir diğer yaklaşım, yaban hayata ilişkin bir uluslararası suçun tanımlanma girişimidir. Çeşitli dönemlerde UNTOC çerçevesince

¹⁸⁸ Fitzmaurice, *Contemporary Issues* (n 155) 75.

¹⁸⁹ Bowman (n 41) 484.

yaban hayatına ait nesli tehdit altındaki türlerin yasadışı ticaretinin ağır bir örgütlü suç olarak kabul edilmesine yönelik öneriler ortaya atılmış, hatta tamamen bu suçla ilişkin bir UNTOC protokolü yapılması gerektiği dillendirilmiştir. Ancak devletlerin bu tür bir yeni protokole ne kadar istekli olacağı bir muamma olarak görünmektedir. Henüz UNTOC içerisinde böyle bir protokol söz konusu olmadığı gibi CITES de bu konuda uygulamayı sadece taraf devletlere tavsiye şeklinde sunmuştur. Böyle bir suçun sadece örgütlü suçlar kapsamında uygulanacağı akılda bulundurulmalıdır. Bir uluslararası suç olarak yaban hayatı suçunun ihdasının yanında uygulamasının da yabani türleri bulduran gelişmekte olan ülkeler için oldukça zor bir durum olduğu dikkate alınmalıdır.

Peki CITES çerçevesince ne yapılabilir? CITES'in zoonatik hastalıkları önlemede bir rolü vardır. Bu rol aslında kendi amacı olan nesli tükenmekte olan türlerin ticaretini düzenlemekten ibarettir. CITES, bu amacını sağladığı oranda başarı sağlanacaktır. Bu ise CITES'in tek başına yürütebileceği bir husus değildir. Devletlerin iradesi ve iç denetimlerinin etkinliği CITES'in başarısını doğrudan etkileyecektir. Unutulmamalıdır ki zoonatik virüslerin tek nedeni yaban hayatı ticareti değildir. CITES'in yetkisinin dışında kalan biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik çevre meseleleri farklı iradelerin farklı yaklaşımlarını gerektirmektedir. CITES'in kapsamını tüm yaban hayatın korunması değildir ve kendisinden bu beklenmemelidir. CITES çerçevesinde yapılması gereken en temel yaklaşım, CITES kapsamında korunan türlerin sağlıklarının muhafazasıdır. Taraf devletlerden özellikle ticarete konu olan canlı türlerin sağlığını koruyacak çeşitli düzenlemeler istenebilir. Bunların başında, CITES himayesindeki yaban hayatına ait canlıların sevkiyatı sırasında sıhhi koşulların sağlanması amacıyla düzenlemeler geliştirilerek taşımacılık için standart uygulamaların yapılması talep edilebilir. Bu yolla ulusal ticarete doğrudan müdahale edilmez, ama korunan türlerin iç ticarete konu olan sevkiyatları için bazı standartlar oluşturulabilir. Bu standartların devletler tarafından uygulanması için Daimî Komite yetkilendirilerek sıkı bir denetim uygulanabilir. Ticaret veritabanının türlerin tek tek takibine imkân verdiği günümüz CITES sisteminde, bunun takibinin yapılmasına herhangi bir engel yoktur. Nihayetinde CITES ana amacı olan “tehdit altındaki canlıların yaban hayatı ticaretinin düzenlenmesi” ve “yasadışı ticaretinin engellemesi” odaklarından ayrılmaması gerekir. Çeşitli iyileştirmelerle hayvan sağlığını koruyucu önlemler olarak zoonatik virüslerin yayılmasında mevcut amacı çerçevesinde fayda sağlamalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar ve Makaleler

- Andersen K G, Rambaut A, Lipkin W I vd 'The proximal origin of SARS-CoV-2' (2020) 26 Nature Medicine 450-452.
- Ashe D E ve Scanlon J E, 'A Crucial Step Towards Preventing Wildlife-Related Pandemics' (2020) 15 Scientific American. <<https://www.scientificamerican.com/article/a-crucial-step-toward-preventing-wildlife-related-pandemics/>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2021.
- Avgerinopoulou D A, *Science-Based Lawmaking: How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law* (Springer 2019).
- Berec M, Vodrážková M ve Šetlíková I, 'Tracking the wildlife trade: Usability of shipment identifiers in the CITES Trade Database' (2021) 28 Global Ecology and Conservation 1-5.
- Bodansky D, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press 2010).
- Borzee vd 'COVID-19 Highlights the Need for More Effective Wildlife Trade Legislation' (2020) 35(12) Trends in Ecology & Evolution 1052-1055.
- Bowman M, Davies P, Redgwell C ve Lyster S, *Lyster's International Wildlife Law* (Second Edition, Cambridge University Press, 2010).
- Broad S, 'Covid 19 Briefing: Wildlife Trade, Covid-19, And Zoonotic Disease Risks' (2020) Traffic Wildlife Trade Monitoring Group <<https://www.traffic.org/publications/reports/wildlife-trade-covid-19-and-zoonotic-disease-risks-shaping-the-response/>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2021.
- Chinese Academy of Engineering, *A sustainable development strategy for China's wildlife industry* (Beijing 2016)
- Conservation International, 'Nature + Coronavirus Brief' <https://www.conservation.org/docs/default-source/publication-pdfs/ci_nature_coronavirus_brief_may2020.pdf?sfvrsn=417c3145_2> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.
- Cooke S J, Cramp R L, Madliger C L, Bergman J N, Reeve C, Rummer J L, Hultine K R, Fuller A, French S S, ve Franklin C E, 'Conservation physiology and the COVID-19 pandemic' (2021) 9(1) Conservation Physiology coaa139.
- Daszak P, Cunningham A ve Hyatt A, 'Emerging Infectious Diseases of Wildlife-- Threats to Biodiversity and Human Health' (2000) 287 (5452) Science 443-449.
- Di Minin E, Fink C, Tenkanen H vd 'Machine Learning for Tracking Illegal Wildlife Trade on Social Media' (2018) 2 Nat Ecol Evol 406-407.
- Diaz S vd 'Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services' (2019) IPBES <https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_en.pdf> Erişim Tarihi 18 Eylül 2021.

- Doelle M, 'Non-Compliance Procedures' iç Rajamani L ve Peel J (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2. Baskı, 2021 Oxford University Press) 972-987.
- Fitzmaurice M, 'Environmental Compliance Control' (Güncelleme Şubat 2021) iç *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Peters A (2021-) ve Wolfrum R (2004-2020) (eds) <<http://opil.ouplaw.com>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2021.
- Fitzmaurice M, *Contemporary Issues in International Environmental Law* (Edward Elgar 2009).
- Foster S J ve Vincent A, 'Holding governments accountable for their commitments: CITES Review of Significant Trade for a very high-volume taxon' (2021) 27 *Global Ecology and Conservation*.
- García-Ureta A, 'Nature Conservation' iç Lees E ve Viñuales J E (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, (Oxford University Press 2019) 460-489.
- Gibb R, Redding D W, Chin K Q vd 'Zoonotic host diversity increases in human-dominated ecosystems' (2020) 584 *Nature* 398-402.
- Halabowski D ve Rzymiski P, 'Taking a lesson from the COVID-19 pandemic: Preventing the future outbreaks of viral zoonoses through a multi-faceted approach' (2021) 757(143723) *Science of the Total Environment* 1-9.
- Heid B, Márquez-Ramos L, 'Wildlife Trade Policy and the Decline of Wildlife' (2020) 8757 CESifo Working Paper.
- Huang C vd 'Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China' (2020) 395(10223) *The Lancet* 497-506.
- Huxley C, 'CITES: The Vision' iç Hutton J ve Dickson B (eds) *Endangered Species, Threatened Convention: The Past, Present and Future of CITES* (Earthscan 2000) 3-13.
- Jagai J S, 'Zoonotic Diseases' iç Crume R (ed), *Environmental Health in the 21st Century from Air Pollution to Zoonotic Diseases Volume I: A-K*, (ABC-CLIO 2018) 642-644.
- Malaiyan J, Arumugam S, Mohan K ve Gomathi Radhakrishnan G, 'An update on the origin of SARS-CoV-2: Despite closest identity, bat (RaTG13) and pangolin derived coronaviruses varied in the critical binding site and O-linked glycan residues' (2021) 93(1) *Journal of medical virology* 499-505.
- Maron D F, 'Wet markets' likely launched the coronavirus. Here's what you need to know (*National Geographic*, 15 Nisan 2020) <<https://www.nationalgeographic.com/animals/article/coronavirus-linked-to-chinese-wet-markets>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.
- McNeely J A, 'Nature and COVID-19: The pandemic, the environment, and the way ahead' (2021) 50(4) *Ambio* 767-781.
- Nanda V ve Rock G, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century* (2. Baskı, Nijhoff 2012).
- O'Regan P A ve Sheikh K C, 'Wildlife Trade, COVID-19, & Other Zoonotic Diseases' <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11494>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.
- Peters A, 'Covid-19 As A Catalyst for The (Re-)Constitutionalisation of International Law: One Health – One Welfare' 2020(44) *Mpil Research Paper Series*.
- Randall J A, *Endangered species: a reference handbook* (ABC-CLIO 2018).
- Reuters, 'China bans trade, consumption of wild animals due to coronavirus' (*Reuters*, 25 Şubat 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-china-health-wildlife-idUSKCN20J069>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.
- Rosencranz A ve Sehgal D, 'Elephants, Ivory and CITES' (2017) 47(1) *Environmental Policy and Law*, 2-5.

- Sand P H, 'Enforcing CITES: The Rise and Fall of Trade Sanctions' (2013) 22(3) RECIEL Special Issue: Focus on: CITES+40 251-263.
- Sand P H, 'International protection of endangered species in the face of wildlife trade: whither conservation diplomacy?' (2017) 20(1) Asia Pacific Journal of Environmental Law 5–27.
- Sand P H, 'The Whither CITES - The Evolution of a Treaty Regime in the Borderland of Trade and Environment' (1997) 8 Eur. J. Int'l L. 29.
- Sands P ve Peel J, *Principles of International Environmental Law* (4. Baskı, Cambridge University Press 2018)
- Saunier R E ve Meganck R A, *Dictionary and Introduction to Global Environmental Governance* (2. Baskı, Earthscan 2009)
- Scheffers B vd 'Global wildlife trade across the tree of life' (2019) 366(6461) Science, 71-76.
- Shepherd C R vd 'International wildlife trade, avian influenza, organised crime and the effectiveness of CITES: The Chinese hwamei as a case study' (2020) 23 Global Ecology and Conservation.
- Şimşek G E, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması* (Beta, 2016).
- Sutherland W J, Barnard P, Broad S, Clout M, Connor B, Cote I M, Dicks L V, Doran H, Entwistle A C, Fleishman E ve Fox M, 'A 2017 horizon scan of emerging issues for global conservation and biological diversity' (2017) 32 Trends Ecol. Evol. 31-40.
- Swanson T, 'Developing CITES: Making the Convention Work for all of the Parties' iç Hutton J ve Dickson B (eds) *Endangered Species, Threatened Convention: The Past, Present and Future of CITES* (Earthscan 2000) 134-153.
- Taylor L H, Latham S ve Woolhouse M E, 'Risk factors for human disease emergence' (2001) 356(1411) Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B: Biological Sciences 983-989.
- The U.S. Intelligence Community, 'Key Takeaways' <<https://www.dni.gov/files/ODNI/documents/assessments/Unclassified-Summary-of-Assessment-on-COVID-19-Origins.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.
- Tong W, 'The socioeconomic and environmental drivers of the COVID-19 pandemic: A review' (2021) 50(4) Ambio 822–833.
- UNEP, 'Coronavirus outbreak highlights need to address threats to ecosystems and wildlife' <<https://www.unep.org/news-and-stories/story/coronavirus-outbreak-highlights-need-address-threats-ecosystems-and-wildlife>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2021.
- UNEP ve International Livestock Research Institute, *Preventing the Next Pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission, A Scientific Assessment with Key Messages for Policy-Makers, A Special Volume of UNEP's Frontiers Report Series* (Nairobi, Kenya 2020).
- UNODC, 'Wildlife trafficking harms animals and human health - the case of Pangolins' <https://www.unodc.org/unodc/frontpage/2020/April/wildlife-trafficking-harms-animals-and-human-health---the-case-of-pangolins.html#:~:text=Between%202014%20and%202018%2C%20the,primarily%20West%20and%20Central%20Africa.&text=And%20ivory%20traffickers%20appeared%20to%20be%20involved%20in%20the%20pangolin%20scale%20trade>> Erişim Tarihi 03 Eylül 2021.
- UNODC, The International Consortium on Combating Wildlife Crime, <<https://www.unodc.org/unodc/en/wildlife-and-forest-crime/iccwc.html>> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021.
- UNTOC, 10th meeting of the parties, Res. 10/6. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION_10/Resolutions/Resolution_10_6_-_English.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2021.

- Whitfort A, 'COVID-19 and Wildlife Farming in China: Legislating to Protect Wild Animal Health and Welfare in the Wake of a Global Pandemic' (2021) 33 *Journal of Environmental Law*, 57–84.
- Wiersema A, 'Wildlife' iç Rajamani L ve Peel J (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2. Baskı, 2021 Oxford University Press) 554-573.
- Wingard J, Belajcic S, Samal M, Rock K, Custodio M L, Heise M, Fiennes S, Machalaba C ve Aguirre AA, *Wildlife Trade, Pandemics and the Law: Fighting This Year's Virus with Last Year's Law* (Legal Atlas 2021).
- World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations ve World Organization for Animal Health, *Taking a Multisectoral, One Health Approach: A Tripartite Guide to Addressing Zoonotic Diseases in Countries* (2019) <https://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/Media_Center/docs/EN_TripartiteZoonosesGuide_webversion.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2021.
- Zhang T, Wu Q ve Zhang Z, 'Probable Pangolin Origin of SARS-CoV-2 Associated with the COVID-19 Outbreak' (2020) 30(7) *Current Biology* 1346-1351.

Belgeler

- Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora 993 UNTS 243 (3 Mart 1973).
- UN Doc A/RES/55/25 (8 Ocak 2019).
- UN Doc A/RES/69/314 (19 Ağustos 2015).
- UN Doc A/RES/71/321 (21 Eylül 2017).
- UN Doc A/RES/73/343 (20 Eylül 2019).
- UN Doc A/RES/74/177 (27 Ocak 2020).
- UN Doc E/RES/2011/36 (28 Temmuz 2011).
- UN Doc E/RES/2013/40 (17 Ekim 2013).
- UN Doc S/RES/2134 (28 Ocak 2014).
- UN Doc S/RES/2136 (30 Ocak 2014).

CITES Taraflar Konferansı Kararları

- Conf Res 5.2 (1985).
- Conf Res 8.9 (1992).
- Conf Res 9.14 (1994).
- Conf Res 9.24 (1994).
- Conf Res 10.21 (1997) CITES Guidelines for the Non-Air Transport of Live Wild Animals.
- Conf Res 11.1 (2000).
- Conf Res 11.17 (2000).
- Conf Res 17.10 (2016) Conservation of and trade in pangolins.
- Conf Res 12.8 (2002).
- Conf Res 14.3 (2007).
- Conf Res 14.4 (2007).
- Conf Res 17.8 (2016).
- Conf Res 18.3 CITES Strategic Vision: 2021-2030 (2019).

İnternet Siteleri

<<https://endwildlifecrime.org>>

<<https://www.cites.org>>

<<https://www.trade.cites.org>>

<<https://www.unodc.org>>

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimededen oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimededen oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevinin) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözетerek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.