

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
31

Sayı
Number
1

Yıl
Year
2023

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean
Prof. Dr. Haluk Hâdi SÜMER
hsumer@selcuk.edu.tr

Baş Editör | Editor-in-Chief

Doç. Dr. Cemil GÜNER
cguner@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Sezin ÖZTOPRAK
soztoprak@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL
oguz.yolal@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK
af_kaynak@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA
rabiamacit26@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Abdussamed ATASOY
samedatasoy1109@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU
muhammedfurkansoylu@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ
enes.eksi@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU
Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ
nurend@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI
salihahl4@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadil Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey


+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Mart 2023

Publication Date: March 2023

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

**TÜZEL KİŞİ TACİRLERİN TÜKETİCİ SIFATI SORUNU VE
BU KAPSAMDA TARAF OLDUKLARI HUKUKİ
UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ/TÜKETİCİ DAVA ŞARTI
ARABULUCULUĞA ETKİLERİ** **1-34**

The Problem of The Consumer Attrition Of Legal Enrollment
Trades And The Effects Of The Legal Disputes That They Are
Parties To The Commercial/Consumer Case Condition On
Mediation

Emel TEKTEN

**DERNEK ÜYELERİNİN GENEL KURULDA TEMSİLİNİ
YASAKLAYAN TMK M. 69/1 HÜKMÜNE ELEŞTİREL BİR
BAKIŞ** **35-64**

A Critical Overview To The Provision Of Tcc Art. 69/1 Prohibiting
The Representation Of Association Members In The General
Assembly

Caner TAŞATAN

**TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI DURUMUNDA DAVA
ŞARTI ARABULUCULUK HÜKÜMLERİNİN UYGULANIP
UYGULANAMAYACAĞI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER
(HUAK m. 18/A,18)** **65-89**

Assessments On Whether The Provisions Of Mediation As Cause
Of Action Can Be Applied In The Existence Of The Arbitration
Agreement (Huak M. 18/A,18)

Levent BÖRÜ

**KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN BİR BAŞKA SUÇ
DOLAYISIYLA İŞLENMESİ NİTELİKLİ HALLERİ (TCK m.
82/1-h-i)** **91-175**

Qualified Forms Of The Commission Of The Crime Of Willful
Murder Through Another Crime (TPC Art. 82/1-H And I)

Murat AKSAN

- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
YÜKLENİCİNİN VEKÂLETİ KÖTÜYE KULLANMASI** 177-191
For Construction Contracts in Return for Flat Abuse Of The
Contractor's Attorney
Gökhan ŞAHAN – Ali KUMLU
- AVUKATIN MÜVEKKİLİNİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNE
ERİŞİMİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER** 193-228
Evaluations About Attorney Access To Client's Personal Health
Data
Nesibe KURT KONCA – Emel BADUR
- DEPREMDEN HASAR GÖREN BİNALARIN SEBEP OLDUĞU
ZARARLARDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ
SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ – I – SÖZLEŞME
SORUMLULUĞU)** 229-260
Overview Of Legal Liability Arising From Damages Caused By
Earthquake Damaged Buildings – I – Contractual Liability
Sinan Sami AKKURT
- MARKANIN ALAN ADI OLARAK KULLANILMASINDA
KARŞILAŞILAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM
MEKANİZMALARININ YERİ** 261-296
The Use of Arbitration Mechanisms In The Disputes Of Using The
Trademark As A Domain Name
Fatih Buğra ERDEM
- DİJİTAL PLATFORMLAR ARACILIĞIYLA ELDE EDİLEN
GELİR BİLGİSİNİN ULUSLARARASI OTOMATİK DEĞİŞİMİ
VE TÜRKİYE** 297-324
International Automatic Exchange Of Information On Income
Earned Through Digital Platforms And Turkey
Leyla ATEŞ

**DENİZ SEVİYESİNİN YÜKSELMESİNİN ULUSLARARASI
HUKUK BAKIMINDAN ETKİLERİ VE BM ULUSLARARASI
HUKUK KOMİSYONUNUN ÇALIŞMALARI**

325-391

The Impact Of The Sea Level Rise On International Law and the
Works of the UN International Law Commission

Ahmet ULUTAŞ

Araştırma Makaleleri
Research Articles

TÜZEL KİŞİ TACİRLERİN TÜKETİCİ SIFATI SORUNU VE BU KAPSAMDA TARAF OLDUKLARI HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ/TÜKETİCİ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Emel TEKTEN*

Öz

Tacirler bilindiği üzere gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişilerden de oluşabilir. TTK m. 3 gereğince “bir tacirin borçlarının ticari olması esastır” kuralına gerçek kişiler bakımından TTK m. 19/1 hükmü sebebiyle iki tane istisna getirilmişken, tüzel kişi tacirler bakımından herhangi bir istisnanın yer almadığı görülmektedir. Diğer taraftan özel Kanun niteliğindeki TKHK m. 3/k’da yer alan tüketici tanımı “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde olması sebebiyle; tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesinde tereddütler yaşandığı gözlemlenmektedir. Buna bağlı olarak, tüzel kişi tacirlerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklarda, dava şartı arabuluculuk ticari/tüketici meselesinin belirlenmesinde sıkıntılar da yaşanabilmektedir. Çalışmamızda, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı sorununun çözülebilmesi için öğretilerdeki çeşitli görüşler ve yargı kararları birlikte incelenerek; bu kapsamda çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların ticari/tüketici dava şartı arabuluculuklardan hangisine gireceği konusunda değerlendirmeler yapılması planlanmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye | Asst. Prof., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Rize, Turkey.

✉ emel.tekten@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-2733-7928.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TEKTEN, Emel: “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğuna Etkileri”, SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 1-34.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Tacir • Tüzel Kişi Tacir • Tüketici • Tüketici İşlemi • Zorunlu Arabuluculuk

THE PROBLEM OF THE CONSUMER ATTRICTION OF LEGAL ENROLLMENT TRADES AND THE EFFECTS OF THE LEGAL DISPUTES THAT THEY ARE PARTIES TO THE COMMERCIAL/CONSUMER CASE CONDITION ON MEDIATION

Abstract

As it is known, traders can be natural persons as well as legal entities. TTK m. According to the rule of "it is essential that a trader's debts are commercial", in terms of real persons, Article 3 of the TCC. While two exceptions were introduced due to the 19/1 provision, it is seen that there is no exception for legal person merchants. On the other hand, TKHK m. Since the definition of consumer in 3/k is "real or legal person who acquires, uses or benefits from a good or service for commercial or non-professional purposes"; It is observed that there are hesitations in determining the consumer title of legal person merchants. Accordingly, in legal disputes to which legal person merchants are a party, difficulties may also be experienced in determining the commercial/consumer issue of mediation as a condition of litigation. In our study, in order to solve the problem of the consumer title of legal person merchants, various opinions in the doctrine and judicial decisions are examined together; It is planned to make evaluations about which of the commercial/consumer litigation mediations will enter into legal disputes that may arise in this context.

Keywords

Merchant • Legal Person Merchant • Consumer • Consumer Transaction • Mandatory Mediation

GİRİŞ

6502 sayılı TKHK yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamaya yönelik birtakım yenilikler getirdiği gibi birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Özellikle tüketici ve tüketici işlemine yönelik tanımlardaki yenilikler beraberinde kimlerin tüketici sıfatına olabileceği meselesinde bazı tartışmalar yaşanmasına neden olmuştur.

Çalışma konumuzla ilgili olarak, ticari iş niteliğinin belirlenmesi amacıyla getirilen düzenlemelerden TTK m. 19, gerçek kişi tacirler bakımından, borçlarının adi iş olması hususunda iki tane istisna tanıyor-ken, tüzel kişi tacirler bakımından herhangi bir istisnanın yer almadığı

gözlemlenmektedir. Bunun yanı sıra; 6502 sayılı TKHK'da tüketiciyi tanımlayan hükümde mesleki olmayan amaçlarla, bir mal veya hizmeti edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eden hükmün lafzından mesleki ya da ticari olmayan amaçlarla hareket eden tüzel kişinin tüketici olabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca, TKHK m. 83/1'de, TKHK hükümlerinin, tüketici işlemi olarak nitelendirilen işler hakkında öncelikle, bu Yasada düzenleme olmaması halinde ise genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Tüm bu hükümler değerlendirildiğinde ticari iş ve tüketici işleminin iç içe geçmesi halinde tüzel kişi tacirler açısından öncelikli olarak TKHK mevzuatı mı uygulanacak sorusu akla gelmektedir. Bu konuda öğreti ve yargı kararları incelendiğinde yapılan işin niteliğinin ve görevli mahkemenin tespiti noktasında çözüme kavuşturulamayan bazı tartışmaların devam ettiği görülmektedir.

Yaşanan bu karmaşa nedeniyle, uygulamada ticari/tüketici dava şartı arabuluculuğun yürürlüğe girmesinden itibaren tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının değerlendirilmesinde ve buna bağlı olarak doğan hukuki uyuşmazlıklarda hangisinin uygulanacağını belirlemede sıkıntı yaşandığı da gözlemlenmektedir. Bizde çalışmamızda söz konusu düzenlemeler, öğreti ve yargı kararları ile birlikte bu meseleleri tartışarak, çözüm önerileri getirmeye çalışacağız.

Çalışmamızın planıyla ilgili olarak öncelikle tüzel kişilere ilişkin genel bir açıklama yapıldıktan sonra tüzel kişi tacirlerin sınıflandırılması, ticari iş kavramı, sonrasında, tüketici işlemi konusunda açıklamalara girildikten sonra tüzel kişi tacirlerin tüketici/tacir sıfatının tespiti noktasında öğretideki görüşlerle birlikte yargı kararlarının değerlendirilmesi, paket tur sözleşmesinde tüketici kavramı ve akabinde tüzel kişi tacirlerin taraf oldukları hukuki uyuşmazlıkların zorunlu dava şartı arabuluculuk açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. TÜZEL KİŞİ KAVRAMI

Tüzel ve gerçek kişi olmak üzere, "kişiler" ikiye ayrılmaktadır. Gerçek kişiler ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına dikkat edilmeksizin kişi olduğu kabul edilmiş ve bu sebeple de borçlara ve haklara sahip olabilir hale gelmiştir. İnsanların yanında kendilerine haklar ve borç-

lar edinebilme gücü tanınmış olan mal ve kişi topluluklarına ise tüzel kişi denilmiştir¹.

“A. Tüzel kişilik” kenar başlıklı TMK m. 47/1’de, belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları ile bireysel bir varlık olmak üzere teşkilatlanmış olan kişi topluluklarının, kendileri ile ilgili düzenlenen özel hükümlere bağlı olarak tüzel kişilik kazanacağı belirtilmiştir. TMK m. 47/2’de ise kişi ve mal topluluklarından amacı hukuka ve ahlâka aykırı olanların tüzel kişilik kazanamayacağı düzenlenmiştir.

Tüzel kişileri “*kişi ve mal topluluk olması*” ile “*tabi oldukları hukuka göre*” sınıflandıracak olursak; ilk olarak, “*kişi ve mal topluluğu olmasına*” göre sınıflandırma yapıldığında; bir amaca özgülenmiş mal topluluğu ile belirli bir amaç etrafında bağımsız bir kişilik yaratmak amacıyla meydana gelmiş olan kişi toplulukları şeklinde ikiye ayrılır. Kişi topluluklarına dernekler ve şirketler gibi özel hukuk tüzel kişileri ile devlet, belediye gibi kamu hukuku tüzel kişileri de örnek olarak gösterilebilir. Vakıflar ve kamu hukukundaki kamu kurumları mal topluluklarına örnek olarak verilebilir².

İkinci olarak, kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri şeklinde, tabi oldukları hukuka göre, yapılan ayrıma baktığımızda; kamu hukuku tüzel kişilerine, kamu hukuku kuralları uygulanır. Kamu tüzel kişileri ancak kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulabilir. Özel hukuk tüzel kişileri ise özel hukuk kanunları tarafından düzenlenir. Bunlar da kendi amaçlarına göre ikiye ayrılmaktadır. Manevi amaçlarla kurulanları dernek olarak, ekonomik yani kazanç paylaşma amacıyla kurulanlar ise şirketler şeklinde ifade edebiliriz³.

¹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, 22. Baskı, İstanbul 2021, s. 215; ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 46. Baskı, Ankara 2021, s. 334.

² DURAL/ ÖĞÜZ, s. 231-233.

³ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 233-236; ÖZTAN, s. 337-339.

II. TÜZEL KİŞİ TACİRLER

A. Ticaret Şirketleri

TTK m. 16/1'e göre, tüm ticaret şirketleri tüzel kişi tacirdir⁴. TTK m. 124/1'de ticaret şirketleri sayma yoluyla belirtilmiştir. Bunlar, limited, anonim, komandit, kolektif ve kooperatif şirketleridir⁵.

B. Ticari İşletme İşleten Dernekler

Dernekler, bir ticari işletmeyi ideal (manevi) amacın gerçekleştirilebilmesi için işletmek durumunda kalabilir. Bu halde dernek, TTK m. 16/1 gereğince tacir sayılır ve bu derneğe ait ticari işletmenin de TSY m. 52-53 gereğince ticaret siciline tescil edilmesi gerekir.

TMK'da kazanç paylaşma dışında kalan her türlü amaç için derneğin kurulabileceği ifade edilmiştir (m. 56/1). 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 12 gereğince, bu amaçla kurulacak sandık (işletme), ticari işletme boyutuna ulaşırsa, bunu işleten dernek tacir sıfatına sahip olur⁶.

Kamu yararına çalışan dernekler, bir ticari işletmeyi ister kamu hukuku hükümlerine göre ister doğrudan doğruya işletilen ve yönetilen bir tüzel kişi eliyle işletilsinler kendileri tacir sayılmazlar (TTK m. 16/2).

⁴ Şener, ticaret ortaklıklarının tamamının tüzel kişiliğe sahip olmasının tamamen Türk Hukukuna özgü olduğunu ve bizde tüzel kişiliğe sahip olan ortaklıkların (kolektif ve adi komandit ortaklıkların) kaynak Alman ve İsviçre Hukukunda tüzel kişiliğe sahip olmadığını ifade etmiştir (bkz. ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2020, s. 162, dn. 223).

⁵ "Amaçları dolayısıyla ticaret şirketleri"; kolektif ve komandit şirket ile "şekilleri dolayısıyla ticaret şirketleri": anonim ve limited şirketler şeklindeki ayırım için bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış Yirmi Yedinci Bası, Ankara 2021, s. 134-135 s. 132; 6102 sayılı TTK m. 124'te kooperatiflerin ticaret şirketleri arasında sayılması ve TTK m. 16/1'de ticaret şirketlerinin tacir sayılması ve 1163 sayılı KoopK m. 1'de kooperatifin ortaklık olarak tanımlanması sebebiyle kooperatifin şirket, dolayısıyla tacir olup olmadığı yönündeki tartışmalar son bulmuştur (bkz. KAYAR, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2018, s. 117, dn. 101, s. 121).

⁶ "Sandık kurma" kenar başlıklı Madde 12- "Dernekler, tüzüklerinde yazılı olmak ve sağlanan kârı üyelerine paylaşmırmamak, gelir, faiz veya başka adlarla üyelerine aktarmamak şartıyla üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zarurî ihtiyaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerle kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sandık kurabilirler. Bu sandıkların kuruluş ve çalışma esasları yönetmelikte düzenlenir" hükmündedir.

Bu durumda, ticaret siciline kamuya yararlı derneğin ticari işletmesinin kaydedilmesi gerekir⁷ (TSY m. 58 vd.).

C. Ticari İşletme İşleten Vakıflar

TTK m. 16/1’de vakıfların, ideal (manevi) amaçlarını gerçekleştirmek için ticari işletme işletmeleri halinde tacir sayılacağı hükme bağlanmıştır⁸. TSY m. 55. gereği, vakfa ait işletmelerin de ticaret siciline tes-cili gerekir⁹.

Ancak bazı vakıflar ticari işletme işletseler bile tacir sayılmayacaktır. Bunları, gelirlerinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayanlar şeklinde ifade edebiliriz¹⁰ (TTK m. 16/2).

D. Kuruluş Kanunları Gereğince Özel Hukuk Hükümlerine Göre Yönetilmek veya Ticari Şekilde İşletilmek Üzere Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Kurum ve Kuruluşlar

TTK m. 16/1’e göre tacir sayılanlar arasında, kendi kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri çerçevesinde yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurumlar da yer almaktadır¹¹.

⁷ ŞENER, s. 165; AKBIYIK, Cem: “Yeni Kurulan Vakıfların Ticari Faaliyetleri”, Fasi-kül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, Mart 2018, s. s. 113; Kamuya yararlı derneğin iş-letmesi, tüzel kişiliği olmasa da tacir sayılır. Böylece tüzel kişiliği olmayan ve dola-yısıyla taraf olma ehliyeti de bulunmayan bir tacir grubu oluşmuştur (bkz. AR-KAN, s. 134-135).

⁸ Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler. Şirketler dahil iktisadî işletmelerden elde edilen gelirler vakfın amacından başka bir amaca tahsis edilemez (Vakıflar Kanunu, m. 26/1, cüm. 1-2).

⁹ İstisna kapsamına girmeyen bir dernek/vakıf varsa, bunlar da tüzel kişi tacir olacağı için, örneğin bunların işletmesi aracılığıyla yaptıkları işler, kendileri açısından ticari iş olacak; bunların iflası istenebilecektir (BOZKURT, Tamer, Ticaret Hukuku, Yeni-lenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2021, s. 49).

¹⁰ Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Galatasaray Eğitim Vakfı, Türk Silahlı Kuvvetleri, Mehmetçik Vakfı gibi vakıflar tacir kabul edilmeyecektir (bkz. AKBI-YIK, s. 112).

¹¹ 18.09.2018 tarihli 15. HD.’nin 2605/3264 sayılı kararı“...TTK’nun 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri

Bununla birlikte, hiçbir şekilde tacir sayılmayanları şu şekilde belirtebiliriz: kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen kurum ve kuruluşlardır¹².

Tacir sayılan ve kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar “*Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Bunlara Ait Müesseseler*” şeklinde iki grupta yer almaktadır. 233 sayılı KHK’ya göre teşebbüsler, tüzel kişiliğe sahip olup; 233 sayılı KHK ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla tüm kamu iktisadi teşebbüsleri, TTK m. 16/1 uyarınca tacirdir.

Müesseseler de tüzel kişiliğe sahiptir (233 sayılı KHK m. 15/5) ve 233 sayılı KHK’da saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir. TTK m. 16/1 hükmüne bağlı olarak müesseseler de tacir durumundadır.

Sermayesi, 233 sayılı KHK’da belirtilen oranlarda bir iktisadi devlet teşekkülüne ya da kamu iktisadi kuruluşuna ait olan iştirakler ve bağlı ortaklıklar da, yine anonim ortaklık vasfına sahip olmakla (ve 233 sayılı KHK’de saklı tutulan hususlar dışında, özel hukuk hükümlerine tabi olmakla) tacir sıfatını haizdirler¹³.

İkinci gruba, kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri çerçevesinde yönetilmek veya ticari biçimde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, köy, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan, kamu iktisadi teşebbüsü veya bunlara ait müessese niteliğinde olmayan, diğer kurum ve kuruluşlar girer. Bu tür kurumlara örnek olarak OYAK, TÜBİTAK, ASKİ, KASKİ, İSKİ verilebilir.

ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmayacağından davalı belediyenin tacir olarak kabulü de mümkün bulunmamaktadır....” Hükmündedir [Karar için bkz. **KENDİGELEN**, Abuzer/ **SOYKAN**, İsmail Cem/ **AYDINALP**, Yasemin/ **OĞUZ**, Elif/ **ŞANDA**, Onur: Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları (2018), İstanbul 2019, s. 56].

¹² **ARKAN**, s. 136; **ŞENER**, s. 166; Önemli olan kuruluşun özel hukuk hükümlerine göre yönetilmesidir. Bu hususun kuruluş kanununda, ana sözleşmede veya statüde belirtilmiş olmasının önemi yoktur (**ERDEM**, Ercüment H.: **KİT**’lerin Tacir Sıfatı, İzmir 1992, s. 48).

¹³ **ARKAN**, s. 138-140.

TTK m. 16/2'ye göre, il özel idaresi, devlet, köy, belediye ile diğer kamu tüzel kişileri, bir ticari işletmeyi ister kamu hukuku düzenlemelelerine göre yönetilen bir tüzel kişi aracılığıyla ister doğrudan doğruya işletsinler kendileri tacir sayılamazlar. Bu nedenle, ekmek fabrikası ya da otobüs işletmesi işleten bir belediye tacir sayılamaz. Ancak tacir sıfatı, fabrika ya da işletmenin tüzel kişiliğinin var olup olmadığına bakılmaksızın işletmeye tanınmalıdır. Benzer şekilde, üniversiteden ayrı bir tüzel kişiliği olmayan basımevinin tacir sıfatına sahip olduğunu söyleyebiliriz¹⁴. TSY m. 59 hükmü gereğince, tüzel kişiliği olmasa da kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin ticaret siciline kaydı gerekir.

E. Hâkim Teşebbüs

Hâkim teşebbüsün, TTK m. 195/5'te hiçbir şarta bağlanmadan, tacir sayılacağı ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak, hâkim teşebbüs konumunda oldukları sürece, il özel idaresi, belediye, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ile her türlü vakıflar ve kamuya yararlı derneklerin tacir sayılması gerekir¹⁵.

F. Donatma İştiraki

Tacirlere ilişkin hükümler TTK m. 17 uyarınca, donatma iştirakine de birebir uygulanır. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği yoktur ama bir tüzel kişi gibi işlem gördüğünü söyleyebiliriz¹⁶.

III. KAVRAMLARA GENEL BİR BAKIŞ

A. Ticari İş

Tüzel kişi tacirlerin, tüketici sıfatını değerlendirebilmek için öncelikle ticari iş kavramına değinmemiz gerekmektedir. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ile TTK'da düzenlenen hususların, ticari işlerden olduğu TTK m. 3/1'de düzenlenmiştir.

Ticari işletmenin yürüttüğü ticari faaliyet ile işletmeyle doğrudan veya dolaylı ilişkisinin olduğu sayılabilen her işlemi ve fiili ticari saymak gerekir. Dolayısıyla ticari iş, bir hukuki işlem, hukuki işlem

¹⁴ ARKAN, s. 141.

¹⁵ TTK m. 195/5'teki hüküm, TTK m. 16/2'ye oranla daha özel bir hükümdür (bkz. ARKAN, s. 140).

¹⁶ ARKAN, s. 142; ŞENER, s. 169.

benzerinden, sözleşmeye aykırı fiillerden, vekâletsiz iş görmeden, sebpsiz zenginleşmeden ya da haksız fiilden doğabilir¹⁷.

“*Ticari iş karinesi*” kenar başlıklı TTK m. 19/1/ilk cümlede, tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu düzenlenmiştir. TTK m. 19/1, ikinci cümlede, gerçek kişi tacirler bakımından bu hükme iki şekilde istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, işlemin yapıldığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirdiği takdirde, diğeri ise olayın somut özelliklerinin işin ticari sayılmasına elverişli olmadığı hallerde borcun adi sayılacağı belirtilmiştir. Hatta 6502 sayılı TKHK anlamında şartlar oluşmuşsa gerçek kişi tacirin tüketici sayılabilmesi ve yapılan işleme TKHK hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelecektir.

Ancak TTK m. 19/2 cüm. 2’de yer alan istisna sadece “*gerçek kişi tacirler*” bakımından öngörülmüştür. Öyleyse, tüzel kişi tacirlerin adi sahası bulunmamaktadır¹⁸. Bir başka bir ifadeyle, kural olarak bu kişilerin, her türlü işlemi, ticari sayılır¹⁹.

B. Tüketici

TKHK m. 3/k’da tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişiyi ifade eder. Hükümden de anlaşılacağı üzere her alıcı tüketici sıfatını sahip değildir. Çünkü bir alıcının tüketici olarak nitelendirilebilmesi için belli şartların varlığını gerektirir.

¹⁷ ARKAN, s. 73; ŞENER, s. 50; Bu konuda, ayrıntılı açıklamalar için bkz. NARBAY, Şafak/ AKKUŞ, Muhammed: “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İş Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 838-842.

¹⁸ ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959, s. 25; ARKAN, s. 74; BOZER, Ali/ GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017, s. 89; AYHAN, Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, GÜHFD, C. 17, S. 2, 2013, s. 301; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara 2022, s. 76; ŞENER, s. 52; TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997, s. 43; ÇELİK, Aytekin, Ticaret Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021, s. 13.

¹⁹ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımıza çalışmamızın ilerleyen aşamalarında yer vereceğimizden tekrara girmemek adına detaya girilmeyecektir.

Öncelikli şart, tüketici bir hukuki ilişkiye girerken ticari veya mesleki amacıyla hareket etmeyen kişi olmasıdır²⁰. Bir başka deyişle Kanun burada “hukuki işlem iradesine”- “amaç teorisine” üstünlük tanımıştır²¹. Bu nedenle, bir kişinin tüketici değerlendirilmesi yapılırken, hukuki işlem iradesinin ne yönde olduğunun tespiti gereklidir. Bunun içinde alıcının işlemin yapıldığı sıradaki hukuki işlem iradesine bakılmalıdır²².

Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında “...*davalı tarafın aracın salt ticari ya da mesleki amaçlarla üretildiği ve davacı tarafından da bu amaçlarla satın alındığına ilişkin bir savunması bulunmadığı gibi davacının ev hanımı olup, mesleki ve ticari bir faaliyetinin bulunmadığı, yasadaki tüketici tanımı içinde kaldığı anlaşılmaktadır...*”²³ bu ölçütü kullandığı gözlemlenmektedir. Buna karşın Yargıtay’ın başka bir kararında, “...*iptali ve tescil istemine ilişkin olup dava konusu 14 no’lu bağımsız bölüm “dükkan” niteliğinde olduğundan, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda tanımları yapılan satıcı ve tüketici arasındaki mal ve hizmet satışına ilişkin düzenlemeye uymadığı anlaşılmaktadır...*”²⁴ bu kıstasın kullanılmadığını da görmekteyiz.

C. Tüketici İşlemi

Tüketici işlemi kavramı, TKHK m. 3/1-1’de tanımlanmıştır²⁵. Buna göre; tüketici işleminden bahsedilebilmesi için öncelikli olarak konusu

²⁰ Öğretide Çabri, “Kanun koyucunun ticari faaliyetlerin yanında mesleki faaliyetleri de tüketici kapsamının dışında tutmasının nedenini, mesleki faaliyet yürüten şahısların da bu alana özgü olarak uzman oldukları, bu sebeple korunmalarını gerektirecek bir husus bulunmadığı ön kabulünden ileri geldiğini” ifade etmiştir (bkz. **ÇABRİ**, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2 Baskı, Ankara 2021, s. 83).

²¹ **ÖZAY**, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, Avrupa Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 12, 2017, s. 264; **ÇABRİ**, s. 86-87.

²² **KARAKOCALI**, Ahmet/ **KURŞUN**, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015, s. 22.

²³ Y. 13. HD., 27.03.2007, E. 2006/15796, K. 2007/2720 [https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2006-15796-k-2007-2720-t-27-03-2007, (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2022)].

²⁴ Y. 14. HD., 19.09.2018, E. 2016/1963, K. 2018/5788 [https://www.lexpera.com.tr/icthata/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2016-1963-k-2018-5788-t-19-9-2018, (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2022)].

²⁵ Söz konusu düzenlemede “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık,

hizmet edinme veya mal olan bir sözleşme olmalı, ayrıca sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin ise sağlayıcı/satıcı olması gerekmektedir. Bununla beraber, Kanunda tüketici işlemi tanımlarken “her türlü...hukuki işlemi” ifadesi yer aldığı için, tek taraflı işlemler bakımından da tüketici işlemi veya uygulaması söz konusu olabilecektir²⁶.

Tüketicinin karşısında yer alan tarafın, TKHK m. 3/1- 1 ve i satıcı/sağlayıcı yani tüketici işleminin konusu olan hizmet veya malı sunmaya meslek edinmiş ve bunu kazanç elde etme gayesiyle yapan kişi olduğunu ifade etmemiz gerekir. Dolayısıyla, bir kişinin iş arkadaşının evini satın alması durumunda, TKHK kapsamında yapılan işlemin tüketici işlemi olmadığını ve evi satan kişinin TKHK kapsamında satıcı sıfatına sahip olmadığını söyleyebiliriz²⁷.

D. Satıcı

Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m. 3/1-i). Buna göre; ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında gelir elde etmek amacıyla bu işi yapan kamu kurum ve kuruluşları dahil satıcı olarak kabul edilir. Bunun doğal bir sonucu satıcının gelir elde etme amacı ile hareket eden bir gerçek veya tüzel kişi olmasıdır. Gelir elde etme amacı olmadan hareket eden kişiler hiçbir şekilde satıcı olarak kabul edilemez²⁸.

E. Sağlayıcı

Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m. 3/1-ı). Sağlayıcı daima gelir elde etme amacı ile hareket eden gerçek veya tüzel kişidir²⁹.

sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” şeklinde tüketici işlemi nitelendirilmiştir.

²⁶ ÖZAY, s. 260.

²⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. NARBAY/AKKUŞ, s. 857.

²⁸ KARA, s. 167.

²⁹ KARA, s. 167.

F. Mal

Mal; alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder (TKHK m. 3/1-h).

G. Hizmet

Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade eder (TKHK m. 3/1-d).

IV. Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatının Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

6502 sayılı TKHK m. 3/k'da tüketici tanımlanmıştır³⁰. Hükümde gerçek ve tüzel kişilerin kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde tüketici olabileceği belirtilmiştir. 6502 sayılı TKHK m. 3/k'da yer alan tanım 1999/44 sayılı Yönerge'den alındığı, bu Yönergeyi değiştiren 12.10.2011 tarihli 2011/83 sayılı "Tüketici Haklarına İlişkin" AB Yönergesi m. 2/a'da tüketici, yönerge kapsamındaki sözleşmelerde, ticareti, işi (işletmesi) veya mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden her gerçek kişi şeklinde tanımlanmıştır³¹. Böylece TKHK, Avrupa Birliği Hukukundan ayrıldığı görülmektedir.

³⁰ "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" şeklinde mevzuatta açıklanmıştır.

³¹ 25.10.2011 tarih ve 2011/83 sayılı Yönergesi m. 2'de tüketici şu şekildedir: "consumer" means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession" bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083> (Lexpera, Erişim Tarihi: 25.12.2021); Alman Hukukunda BGB § 13'de "Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können" tüketici kavramı ile ilgili olarak gerçek kişiyi içeren bir tanım yapıldığı gözlemlenmektedir; İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu'nda "Als Konsumentin oder Konsument gilt jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann" (Art. 3) sadece gerçek kişileri içeren bir tüketici tanımına yer verildiği gözlemlenmektedir; 6502 sayılı TKHK'nın m. 3 gerekçesine bakıldığında ilginç bir şekilde "Yapılan en esaslı değişiklikler, tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulması ve tüketici işlemi kavramının

Öğretide, tüketici tanımında, tüzel kişilerin yer alması eleştirilmekte olduğu gibi³² bu düzenlemenin amacı ticari olmayan, tedavi, eğitim gibi ideal amaçlarla hareket eden dernek veya vakıflar vb. tüzel kişiler de olduğu için yerinde olduğunu ifade edenler de vardır³³.

Fikrimizce, Kanunda gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de tüketici tanımı içinde yer alması yerindedir. Ancak, öğretilerde hangi tüzel kişilerin tüketici olabileceğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Ticari gayesi olmayan dernek, vakıf gibi tüzel kişilerin tüketici olabileceği³⁴ noktasında pek tartışma yaşanmazken; ticari gaye taşıyan tüzel kişi tacirlerin tüketici olup -olmadığının belirlenmesi tartışmalara neden olmaktadır. Bu nedenle, Kanun'da veya ikincil mevzuatta, özellikle tüzel kişi tacirler bakımından daha belirleyici yahut sınırlayıcı düzenlemelere (ticaret şirketlerinin hiçbir halde tüketici olamayacağı gibi...) yer verilmesinin, söz konusu tartışmanın sonlanması ve uygulamanın da buna paralel olarak daha hızlı işlemesi adına yararlı olacağı düşüncesindeyiz³⁵.

kapsamının genişletilmesidir” ifadesiyle tüzel kişiler de düzenlemede yer almıyormuş gibi açıklanmıştır.

³² İNAL, H. Tamer, Tüketici Hukuku, Ankara 2014, s. 68.

³³ AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 84; BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Haziran 2015, s. 408; AÇIKGÖZ, Osman: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler”, MÜHFHAD, C. 21, S. 2, 2015, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 814, dn. 42.

³⁴ İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi, 10.05.2005, E. 2004/4600, K. 2005/433 sayılı kararda tüketici olarak kabul edilen tüzel kişilerin ticari amaçla kurulmayan tüzel kişiler olduğu ve örnek olarak ticari amaçla kurulmayan dernek, vakıflar yasada tüketici kabul edilen tüzel kişiler olduğu yönünde belirleme yaptığı fark edilmektedir. Karar 13. HD. 3.2.2006 tarihli, E. 2005/17295, K. 2006/1165 sayılı kararıyla kesinleşmiştir (Karar için bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 405, dn. 34).

³⁵ Kanun koyucunun bu konuda sessiz kalmasını ihmalkarlık olarak değil, bilinçli bir boşluk oluşturarak bu konuda hâkime takdir yetkisinin tanıdığı şeklindeki yorum için bkz. KARAKOCALI/ KURŞUN, s. 24; BAL, Yakup: “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, TAAD, Y. 13, S. 50, Nisan 2022, s. 378.

B. Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı

TKHK m. 83/2³⁶ düzenlemesi nedeniyle, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerde, diğer kanunlarda düzenleme olsa bile bu işleme TKHK'nın uygulanması gerekmektedir. Bu hüküm sebebiyle; "Tüzel kişi tacirlerin, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket etmesi halinde; bazı işlemleri özel kanun TKHK uygulanması sebebiyle tüketici işlemi sayılacak mıdır?" sorunuyla karşılaşılabilir. Daha farklı açıdan anlatacak olursak; tüzel kişi tacirlerin adi sahası olmayacağına ilişkin TTK m. 19/1 hükmü her koşulda uygulanacak mıdır? Mesela tüzel kişi tacirlerden olan bir anonim şirketin kendi personeli için, yılbaşı kutlamaları organizasyonu konusunda bir otelle anlaşma yapması halinde; yapılan bu işlem şirket açısından ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi saikine dikkat edilerek anonim şirketin tüketici sayılması yoluna gidilebilecek midir?

Bu konuda, öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, tüzel kişi tacirlerin tamamının TKHK'nın koşullarının oluşması halinde tüketici olabileceği savunulmaktadır. Diğer bir görüşe göre, TTK m. 19/1'in açık olduğu bu nedenle tüzel kişi tacirlerin kural olarak asla tüketici sıfatına sahip olamayacağı ileri sürülmektedir. Son görüştekiler ise, ticaret şirketleri dışında yer alan diğer tüzel kişi tacirlerinin TKHK'da yer alan koşulların oluşması halinde tüketici olabilmesinin mümkün olabileceği yönündedir. Bu görüşleri kendi fikrimizle birlikte aşağıda sırasıyla inceleyecek olursak;

Öğretideki ilk görüşe göre; ticari iş karinesi gereği (TTK m. 19), ilgili işlemin, fiilin ve işin ticari işletmeyle bağlı olduğu varsayıldığı durumlarda, ticari iş sayılmalı ve TTK hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin, üretim yapabilmek amacıyla ticari bir işletmenin işyerine sanayi tipi elektrik kablosu döşetmesi, yine üretim amacıyla makine alması halinde, bu işlemlerin ticari işletmeyle ilgili olması nedeniyle ticari iş olduğu açıktır. Ancak, kömür alım-satımı yapan bir tüzel kişi tacirin işyerinin aydınlatılması amacıyla elektrik döşetmesi, ofise kahve-çay makinası

³⁶ Söz konusu hüküm "(2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılması ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez" şeklindedir.

alması, işyerinin yemekhanesinde kullanılmak üzere yiyecek madde satın alması gibi haller ticari nitelikte değildir, aksine tüketim amaçlı bir alım-satım sözleşmesidir. Tüzel kişi tacirlerin, özellikle de şirketlerin, bu gayeyle yaptıkları sözleşmeleri tüketici işlemi olmalıdır. Bu durumda, tüketim amacı ile hareket eden tüzel kişi tacirlerin yaptığı bu işlemler, tüketici hukukunun sağladığı korumadan, hakkaniyet çerçevesinde ve Kanunda belirtilen şartlar dahilinde TKHK düzenlemeleri uygulanmalıdır³⁷. Yargıtay'da eski tarihli bir kararında nihai tüketimde bulunan tüzel kişi tacirlerin de tüketici sayılmasına ilişkin bir karar vermiştir³⁸.

37 **POROY**, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 524-525; **BATTAL**, Ahmet: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 322, 329-330; **ALTOP**, Atilla: "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", İKÜHFD, C. 3 S. 1-2 Aralık 2004, s. 11-14; **TAŞKIN**, Mustafa: "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Sıfatı", Ankara Barosu Dergisi, 1997/1, s. 36; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. I, 2001, s. 72; **AYHAN**, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 21; **ZEVKLİLER**, Aydın/ ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 93; **AKTÜRK**, İpek Yücer: "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, S. 2, 2016, s. 119, 120, 124, 125; **GÜNER**, Cemil: "Türk Hukukunda Bazı Milli Hukuklarda ve Milletlerarası Sözleşmelerde Tüketici Kavramı", İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1045; **YERKAYA**, Kübra, Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, İstanbul 2018, s. 14; **ÇABRİ**, s. 148-149; **TÖREMİŞ**, H. Ebru: "Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 235-243.

38 Y. 19 HD., 06.07.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621 sayılı kararı "*Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez. Kaldı ki hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın nihai tüketici olan gerçek kişi tacirler koruma kapsamında iken tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda davacı şirketin, aracı özel amaçla satın alıp, nihai olarak yararlandığı anlaşıldığından mahkemece davanın 4077 Sayılı Yasa hükümleri uyarınca değerlendirilmesi gerekirken, genel hükümlere göre değerlendirilmesi ve harca tabi tutulması doğru değil ise de; davanın tüketici mahkemesine açıldığı ve mahkemenin tüketici mahkemesi sıfatını da taşımakta bulunduğu gözetilip, HUMK.'nun 438/7-son maddesi gereğince sonucu itibarı ile doğru olan hükmün düzeltilerek onanması gerekmektedir*" şeklindedir. Kararın karşı oy yazısı ise özetle, "*tüzel kişi tacirlerin tüm işlerinin ticari*

İkinci görüşe göre ise, tüm tüzel kişi tacirlerin gerçek kişiler gibi adi sahası olmadığından, hiçbir varsayımda tüketici sayılmamalı ve yaptıkları işlemleriyle ilgili hiçbir konuda TKHK'ya tabi olmamalıdır³⁹.

Diğer taraftan bizim de katıldığımız üçüncü görüş, tüzel kişi tacirlerden ancak ticaret şirketleri dışında kalanların, adi iş sahalarının varlığı kabul edilerek, TKHK'da belirtilen şartların oluşması halinde tüketici sıfatıyla hareket ettiklerinin kabulü gerektiği yönündedir⁴⁰. Bilindiği

sayıldığını, gerçek kişi tacirler için tanınan istisnanın tüzel kişi tacirler için tanınmadığı ve bu sebeple de tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmaması gerektiği ifade edilmiştir” şeklinde (Karar için bkz. ÖZSOY, Rabia: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 24, dn. 83; ARAS, Aslı: Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009, s. 31, dn. 78).

³⁹ **ARKAN**, s. 74; **ÜNAL**, Ahmet Cemil, “Ticari İş- Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2020, s. 47-48; **KAYAR**, s. 88; **TAŞDELEN**, Nihat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Sıfatı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, s. 711; **BOZKURT**, s. 29; **AKÇAAL**, Mehmet/ **UYUMAZ**, Alper: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 245; YHGK’nun 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249 sayılı kararında çoğunluk oyla şu şekilde karar alınmıştır: “...Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı Yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki, uyumsuzluğun çözümünde 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, ticari nitelik taşıyan uyumsuzluğun tüketici mahkemesi sıfatıyla incelenmesi ve karara bağlanması yasaya aykırıdır”. Aynı kararın, karşı oy yazısında “...davacı şirketin aldığı otoyu ticari işletmesinde kullanmak üzere almış bulunması tüketici sayılmasına engel bulunmamaktadır. Zira bu otoyu kendi ihtiyacını gidermek amacı ile demirbaşına kaydedip kendisi kullanarak tüketmek ve ahara satmamak, devretmemek üzere satın aldığına göre tüketici olarak kabulü ile davaya tüketici mahkemesinde bakılması gerekmektedir...” şeklinde ifadelere yer verilmiştir [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2000-1255-k-2000-1249-t-11-10-2000>, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.10.2022)].

⁴⁰ **ARSLANLI**, s. 27-28; **İMREGÜN**, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1995, s. 23; **BOZER/GÖLE**, s. 89; **NARBAY/AKKUŞ**, s. 845, 854, 855, 856; **ŞENER**, s. 52; **BAHTİYAR/ BİÇER**, s. 404, 405; **ÇITIR**, Eren, “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 3, s. 42; **DERYAL**, Yahya/ **KORKMAZ**, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2015, s. 60; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında

üzere hukukun zaman bakımından uygulanması açısından özel kanun - genel kanun, eski tarihli -yeni tarihli kanun ilişkisi açıktır. Buna göre TKHK yeni tarihli bir “özel kanun” olması sebebiyle eski tarihli TTK’ya göre öncelikle uygulanması gereklidir. Buna bağlı olarak her ne kadar TTK m. 19/1 gereği tüzel kişi tacirlerin adi sahası olmadığı kabul edilse de zaman bakımından uygulanması gereken TKHK’ya göre, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket edilmesi halinde, tüzel kişi tacirler tüketici sıfatına sahip olabilecektir. Ancak, tüzel kişi tacirlerden sadece ticaret şirketlerini ayırarak; bunların mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket edebilecekleri bir alana sahip olduklarının kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz⁴¹. Mesela şirketin çalışanlarının barınması için bir konut kiralaması, çalışanların veya yöneticilerin öğle yemeği için malzeme, işyerine çalışanlar için kahve satın alınması gibi tüketim veya barınma ihtiyaçlarını giderirken bile ticaret şirketlerinin, ticari veya mesleki amaç doğrultusunda hareket ettikleri kabul edilmelidir. Üstelik, TKHK’nın getiriliş amacının zayıf olan tüketicilerin korunması olduğu göz önüne alındığında; ticaret hayatında tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından biri olan basiretli davranmanın getirdiği hukuki sonuçlar bakımından ticaret şirketleri hem tecrübe hem de bilgi bakımından sıradan tüketicilere nazaran daha güçlü bir konumdadırlar. Bu nedenlerle ticaret şirketlerinin tüketici sıfatının söz konusu olamayacağı fikrindeyiz.

Ancak, ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirlerin (örneğin amacına ulaşmak için ticari işletme işleten bir derneğin), ticari işletmeleleriyle ilgili olmayan işlemlerinden TKHK kapsamına girenleri, tüketici işi

Kanun Şerhi, C. I, İstanbul 2015, s. 30-31; İNAL, s. 285; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 87, 89.

⁴¹ Benzer görüşteki Bahtiyar/Biçer; “Ticaret şirketlerinin yaptıkları işlemlerin tümünün ticari sayılmasının nedeni olarak şirketlerin her türlü harcamaları, maliyetlerini yazabilmeleri ve böylece bir şekilde ödedikleri bedelin geri dönüşümünü sağlayabildikleri ancak tüketici işlemlerinde bu geri dönüşümün ve bedelin mümkün olmadığını” şeklinde ifade etmişlerdir (bkz. BAHTİYAR, Mehmet/ BİÇER, Levent: “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Y. 2016, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 405-406); Poroy/Yasaman ise “ticaret şirketlerinde sırf şekle dayanarak tacir sıfatını kabul eden kanun koyucunun aslında yine de ticari işletme kavramını göz önünde tuttuğunu” şeklinde görüşünü açıklamıştır (bkz. POROY/ YASAMAN, s. 160).

olarak kabul edilecektir⁴². Dolayısıyla, ticaret şirketlerinin dışında kalan diğer tüzel kişi tacirler, ticari işletmesiyle ilgili olmayan sahalarında TKHK kapsamındaki şartlar bulunuyorsa m. 3/1-k kapsamında tüketici olarak değerlendirilmelidir⁴³. Ayrıca şunu net olarak söyleyebiliriz ki; TKHK m. 3/k'da ifade edilen tüzel kişilerden tacir olmayanlar, örneğin ticari işletme işletmeyen dernek veya vakıflar, TKHK kapsamında gereken şartların oluşması kaydıyla “tüketici” sıfatına sahip olabilirler. Buna bağlı olarak, bu kişilerin tüketici sıfatıyla hareket ettiği işler, tüketici işlemi olarak nitelendirilmeli ve TKHK hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Konuyla ilgili güncel yargı kararlarına bakıldığında; yeknesak şekilde tüzel kişi tacirlerden, ticaret şirketlerinin, tüm işlerinin ticari olduğu dolayısıyla tüketici sıfatına sahip olamayacağı ve uyumsuzluk konusuyula ilgili görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde hem YHGK hem Yargıtay'ın ilgili Hukuk Daireleri hem de Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından kararlar verildiği gözlemlenmiştir⁴⁴.

⁴² Öğretilen, TTK m. 19/1 hükmünün tüzel kişi tacirlerin adi iş sahası oluşumuna imkân tanınmaması, ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirler bakımından eleştirilmektedir (bkz. ARSLANLI, s. 28; İMREGÜN, s. 23; GÖKTÜRK, Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, s. 19, 20; NARBAY/AKKUŞ, s. 846-847, s. 854-855).

⁴³ ALTOP, s. 11-12; BATTAL, s. 324-326; ARSLANLI, s. 28; İMREGÜN, s. 23; GÖKTÜRK, s. 19, 20; DOMANIÇ, Hayri/ ÇAMOĞLU, Ersin, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 220; NARBAY/AKKUŞ, s. 855; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”, Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 690 dn. 73; TÖREMİŞ, s. 242; ŞENER, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflarda adi iş ve ticari iş ayrımı olabilmeli şeklindeki görüşü için bkz. ŞENER, s. 52; Tüzel kişi tacirler bakımından tüketici işlemi kavramının dar yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. ÜNAL, s. 49.

⁴⁴ YHGK'nun 09.07.2020 tarihli, E. 2017/913, K. 2020/568 sayılı kararı “...davacı limited şirket, tacir olup; tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi, yaptığı işlemin tüketici işlemi olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar aracın hususi araç olduğu beyan edilmişse de aracın sahibinin şirket olması ve faturanın da şirket adına düzenlenmesi nedeniyle, bu araç özel değil, ticari bir araçtır. Bu durumda taraflar ve işlemin niteliğine göre, ortada bir tüketici işleminin bulunmadığı anlaşılmakla....” hükmündedir [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-913-k-2020-568-t-9-7-2020>, (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022)]; Yine, Y. 19. HD'nin

14.05.2015, E. 2015/3696, K. 2015/7224 sayılı kararı; “Davacı vekili, müvekkili şirkete ait aracın, akaryakıt alındıktan sonra arızalandığını, akaryakıtın bozuk olmasından araçta arıza olduğunu iddia ederek aracın onarımı için yapılan 9.261.89 TL.ile tamir süresince kiralanan araç nedeniyle ödenen 2.690 TL.’nin faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı Ö. W. Ltd.Ş ti., davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Davalı A. Ş. I. A.Ş. vekili cevap dilekçesinde, davacının, müvekkili şirket bayisinden satın aldığı motorinin standartlara uygun olup, davacıya ait araçta meydana gelen arızanın yakıtla bir ilgisi bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece 4077 Sayılı Yasanın 3.ve 23.maddesi uyarınca, bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağına öngörüldüğü, davacı tüketici ile davalılar arasında motorin (dizel motor) yakıt satımından kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunduğu gerekçesiyle davacı vekilinin davalılar aleyhine açmış olduğu alacak davasının HMK.nun 114/c, 115/2.maddesi gereğince usulden reddine, mahkemenin görevsizliğine, karar kesinleştikten sonra süresi içinde başvuru yapıldığında dava dosyasının Bakırköy Tüketici Mahkemesi’ne gönderilmesine, aksi halde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğine hükmolunmuş, karar davacı vekili ve davalı A. Ş. I. A.Ş.(eski ünvanı A. Ş. I. A.Ş.) vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davaya konu ticari nitelikteki araç, tüzel kişi tacir sıfatına haiz davacı şirketin mülkiyetinde ve kullanımındadır. 6102 sayılı TTK’nun 19.maddesi gereğince tacirin işlerinin ticari olması esas olduğundan somut olayda görevli mahkeme aynı kanunun 5.maddesi gereğince Ticaret Mahkemesi’dir. Bu husus gözetilmeden, yanlışlıklarıyla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı ve davalı A. Ş. I. A.Ş. (eski ünvanı A. Ş. I. A.Ş.) yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 14.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi” şeklindedir [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2015-3696-k-2015-7224-t-14-05-2015>, (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022)]; İstanbul, BAM, 13. HD., 25.03.2021, E. 2021/419, K. 2021/438 sayılı kararı “...Somut olayda; davacı ile ... A.Ş. arasında düzenlenen 08.05.2018 tarihli gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinde “bağımsız bölüm alıcı ve satıcıya ilişkin bilgiler” başlıklı 1. sayfasında taşınmazın türü villa olarak nitelendirildiği, bedele ilişkin bilgiler bölümünde de “konut bedeline ilişkin bilgiler” başlığı altında tüm vergiler dahil peşin fiyatının 2.750.000 TL olduğunun yazılı olduğu, bu haliyle sözleşmeye konu taşınmazın villa niteliğinde konut olduğu tesbit edilmiştir. Somut olayda, taraflar ticari şirket olup tacirdir. 6102 sayılı TTK’nun 19/1 maddesinde, bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu, ancak gerçek bir kişi olan tacirin yaptığı işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işlemin fiil veya işleminin ticari sayılması niteliği gereği uygun olmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borcun adi sayılacağı düzenlenmiştir. Anılan madde yönünden yasa koyucunun, sadece gerçek kişi tacirleri öngörmesine ve dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin bu kuralın dışında kalmalarına göre, ticari bir şirket olan davacının tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. (Yargıtay’ın 2015/10751 Esas- 2016/2252 Karar sayılı kararı da benzer mahiyettedir.) Türk Ticaret Kanunu’nda ticari şirketlerin tacir sayılacağı hükme bağlanmıştır. Tacir niteliğindeki tüzel kişileri ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işleri ticari işlerdendir. Eğer bir muamele fiil veya iş ticari iş ise, bunlara özel ticari kuralları uygulanır. Bu tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanmaları veya tüketmeleri söz konusu değildir (Yargıtay 17. HD., 2016/18301 E., 2016/12036 K. Sayılı kararı benzer mahiyettedir.) Taraflar arasındaki sözleşmenin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili husustan kaynaklandığı buna göre uyuşmazlığın TTK 4. maddesinde sayılan nisbi ticari dava olduğu anlaşılmakta-

Kararlardan ilkinе bakılacak olursa; Y. 19. HD. 28.03.2013 tarihli 2013/1723 E., 2013/5492 K. Sayılı kararı “ ... Davacı vekili, davalılardan V. L. Otom.San.Tic.Ltd.Şti.den satın aldığı aracın arızalı çıktığını belirterek araç bedeli ile aracın ayıplı olmasından kaynaklanan maddi zararının tazminini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekilleri, araçta gizli ayıp olmadığını, 5 yıl kullanılan araçta davacının kullanımından kaynaklanan arızaların bulunduğunu, davanın haksız olduğunu belirterek davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece iddia, cevap ve toplanan deliller doğrultusunda davacı şirketin söz konusu aracın maliki olmakla birlikte bu aracın ticari veya mesleki amaçla kullanılmadığı, aracın niteliği gereği ticari amaçlarla kullanılan türde bir araç olmadığı dolayısıyla davada görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş hüküm davalı vekillerince temyiz edilmiştir. Davaya konu araç her ne kadar ticari nitelikte olmasa da araç tüzel kişi tacir sıfatını haiz davacı şirketin mülkiyetinde ve kullanımındadır. TTK m. 19 gereğince tacirin işlerinin ticari olması esas olduğundan somut olayda görevli mahkeme aynı Kanun’un 5.maddesi gereğince Ticaret Mahkemesi’dir. Mahkemece bu husus gözetilmeden anılan kanun hükmüne aykırı şekilde Tüketici Mahkemesi tarafından hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” denilerek konunun görevli mahkeme bakımından Asliye Ticaret Mahkemesi olması gerektiği yönünde karar verilmiştir [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2013-1723-k-2013-5492-t-28-03-2013>, (E. T. 05.01.2022)].

İkinci olarak, İstanbul, BAM 14. HD. 24.06.2021 tarihli E. 2020/1976, K. 2021/835 sayılı kararında; “...Somut uyuşmazlıkta, davacının ve davalıların tüzel kişi tacir olduğu açıktır. TTK’nın 16. maddesi uyarınca, ticaret şirketleri tacirdir. Aynı Kanun’un 19/1. Maddesi uyarınca, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Sadece gerçek kişi tacir, bu ticari iş karinesinin aksini kanıtlayabilir. Tüzel kişi tacirlerin, yani ticaret şirketlerinin, ticari iş karinesinin aksini iddia ve ispat etmelerine Kanun izin vermemiştir. Bu nedenle, davacı şirket, tüketici olduğunu, taşınmaz ticari olmayan amaçlarla, aldığı

dır. TTK 5. maddesine göre ticari davalarda görevli mahkeme Asliye Ticaret mahkemeleridir. Buna göre, söz konusu uyuşmazlığın çözümünde Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli olduğundan davalı vekilinin göreve ilişkin istinaf sebebi yerinde görülmiştir....” şeklinde verilmiştir [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam13-hd-e-2021-419-k-2021-438-t-25-3-2021>, (Lexpera Erişim Tarihi: 05.01.2022)].

iddia ve ispat edemeyeceğinden, davacının tüketici olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, tacir olan tarafların ticari işletmelerinden kaynaklanan davanın TTK'nın 4.maddesi kapsamına giren nispi ticari dava olup, asliye ticaret mahkemeleri görevli olduğundan, mahkemece verilen görevsizlik kararı isabetsiz olup, ilk derece mahkemesinin görevli olduğu halde, mahkemenin görevsizliğine ilişkin verilen kararının kaldırılması gerekmiştir...." şeklinde Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararı vermiştir⁴⁵.

C. İstisna: Paket Tur Sözleşmesi

Paket tur sözleşmesi TKHK m. 51/1'de, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından konaklama, ulaştırma, konaklama ve ulaştırma hizmetleriyle bağlantılı olmayan farklı turizm hizmetlerinden en az iki-siyle beraber, her şeyin içinde yer aldığı ücretle satıldığı veya satının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten fazla bir zamanı kapsadığı veya gece kalmayı içeren sözleşmelerdir.

Paket tur sözleşmesinde, tüketici sıfatına Kanun'da yer alan genel "tüketici" kavramından daha geniş özel bir düzenleme getirilmiştir⁴⁶. Şöyle ki: TKHK m. 51/9'da, tüketici kapsamına; mesleki veya ticari faali-

⁴⁵ Karar için bkz <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam14-hd-e-2020-1976-k-2021-835-t-24-6-2021>, (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022); Bu konudaki benzer kararlara şu şekilde ilave örnekleri de verebiliriz: İstanbul BAM, 43. HD., 24.2.2021, E. 2020/2291, K. 2021/177 [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam43-hd-e-2020-2291-k-2021-177-t-24-2-2021> (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022)]; İstanbul BAM, 43. HD., 25.2.2021 tarihli, T. 2020/2298, K. 2021/205 [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam43-hd-e-2020-2298-k-2021-205-t-25-2-2021> (E. T. 05.01.2022)]; İzmir BAM, 6. HD., 26.11.2021, E. 2021/3851, K. 2021/2574 [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/izmir-bam6-hd-e-2021-3851-k-2021-2574-t-26-11-2021> (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022)]; İstanbul BAM, 14 HD., 24.6.2021, E. 2020/1976, K. 2021/835 [Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam14-hd-e-2020-1976-k-2021-835-t-24-6-2021>, (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.01.2022)].

⁴⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇINAR, Ömer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, s. 846-847; MİRHANOĞULLARI, Yusuf Erdem: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 22.

yetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de dahil edilmiştir.

Paket tura katılan herkesin tüketici kabul edilmesinin nedeni için bu hükmün gerekçesine baktığımızda; 90 tarihli AT Paket Tur Yönergesinin kaynak olarak kullanılmasından dolayı olduğu anlaşılmaktadır⁴⁷. Bunun en önemli sebebi, paket tur katılımcısının ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde hareket etmesi halinde de koruma ihtiyacının var olduğunun düşünülmesidir. Yine gerekçenin devamında Kanunda belirtilen bu kişilerin paket turla ilgili yaşamış oldukları uyuşmazlıklar için TKHK'da belirtilen şartlar dairesinde tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurabilecekleri belirtilmiştir.

Ancak, 2015 tarihli Konsey Yönerge⁴⁸'de ise (m. 2/II, b) paket tur sözleşmesinden, mesleki veya ticari amaçlarla hareket edenler koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Hukukumuzdaki düzenleme, 1990 tarihli Yönergeyi⁴⁹ (90/314 sayılı Yönerge m. 2/c) esas aldığı için düzenlemenin kapsamı daha geniş olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide, 2015 tarihli Yönerge'nin dikkate alınması gerektiğini ifade edenler olduğu gibi mevcut düzenlemenin uygun olduğunu da belirtenler de bulunmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Paket tur sözleşmesine ilişkin hükmün gerekçesinde kaynak mevzuat şu şekilde belirtilmiştir: "13/6/1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi (ATRG 1990 L158/59) esas alınarak hazırlandığı ve bunun yanı sıra bu Yönergenin İsviçre hukukuna aktarılması amacıyla yürürlüğe konulan 18/6/1993 tarihli Paket Turlara İlişkin Federal Yasadan da (Bundesgesetz über Pauschalreisen - AS 1993 3152)". 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31990L0314> (Lexpera, Erişim Tarihi: 01.01.2022).

⁴⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2302> (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.12.2021).

⁴⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31990L0314> (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.12.2021).

⁵⁰ Öğretide Sayın, 2015 tarihli Yönerge'nin esas alınması gerektiğini ve kapsamın bu şekilde geniş tutulmasını eleştirmektedir (bkz. SAYIN, Feyza Eren, Paket Tur Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 93); Aksi yönde görüştekilerden ilki AYDOĞDU/KAHVECİ, mevcut düzenlemenin doğru olduğu fikrindedir (bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 668); Bir diğer aksi görüşteki kişilerden olan Kara, "paket tura katılan herkes aynı yemeği yemek, aynı otelde konaklamakta, aynı yerleri gezmekte olduğunu; bu nedenle tura katılan kişilerden bir kısmının ticari şirket veya tüzel kişi olmasının herhangi bir özelliği olmadığını ve dolayısıyla tura katılan herkesin tüketici sayılması bu nedenle isabetli olmuştur" şeklinde görüşünü beyan etmiştir (bkz. KARA, s. 991).

Fikrimizce, 2015 tarihli Yönerge'deki gibi ve Kanun'un lafzı ve ruhuna uygun olması amacıyla; paket tur sözleşmesi kapsamında mesleki ve ticari amaçlarla hareket edenler tüketici kavramından çıkartılmalıdır.

Paket tura yönelik, Paket Tur Yönetmeliği⁵¹ m. 4/ç hükmünde "tüketici" terimi tercih edilmemiş çünkü paket tura katılan herkes tüketici olarak kabul edildiğinden, tura katılan gerçek ve tüzel kişiler "katılımcı" şeklinde ifade edilmiştir⁵².

Dolayısıyla, paket tur sözleşmeleriyle ilgili olarak ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde faaliyet gösteren kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından konumuzla sınırlı olarak tüzel kişi tacirlerin tamamının paket tur sözleşmeleriyle ilgili hukuki uyumsuzluklarında tüketicilere sağlanan haklardan faydalanabileceğini ifade edebiliriz⁵³. Daha açık bir ifadeyle, tüzel kişi tacirlerden anonim şirket, limited şirket, kooperatifler ile gerçek kişi tacirler, dernek, vakıf kamu kurumları yani tüm gerçek ve tüzel kişiler arasında herhangi bir ayırım gözetmek sizin yaptıkları paket tur sözleşmesi kapsamında tüketici sayılacağını ve tüketicilere tanınan haklardan yararlanabileceğini söyleyebiliriz. Sözleşmeyi yapan kişinin şirket olması, kamu kurumu olması veya başka bir resmi kurum olmasının herhangi bir önemi yoktur. Bu nedenle paket tur sözleşmesi yapan kamu kurum ve kuruluşları adına veya hesabına paket tura katılanlar da (genel müdür, daire başkanı, memur v.b.) tüketici ve yapılan bu sözleşme tüketici işlemidir. Mesela, paket tur sırasında verilen yemekten dolayı zehirlenme meydana gelmesi durumunda, tura katılan ticari şirket veya kamu kurumları, belediyeler ve diğer tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilmelidir⁵⁴.

Tüzel kişiler için niteliği gereği farazi bir kişilik olduğundan sadece paket tur sözleşmesine taraf olabilirler. Tüzel kişilerin fiilen tura ka-

⁵¹ Yönetmelik için bkz. 14.01.2015 tarihli ve 29236 sayılı Resmî Gazete.

⁵² Söz konusu hüküm "ç) Katılımcı: Herhangi bir paket turu satın alan veya almayı taahhüt eden, adına ya da lehine bir paket tur satın alınan veya satın alınması taahhüt edilen veya kendisine bir paket tur sözleşmesi devredilen tüketiciyi" şeklindedir.

⁵³ Taşdelen, çalışmasında paket tura yönelik meselelerde tüzel kişi tacirlerden sadece ticaret şirketleri açısından tüketici sıfatı değerlendirmesini yapmıştır (bkz. TAŞDELEN, s. 712).

⁵⁴ KARA, s. 991.

tilması mümkün değildir. Bu nedenle tüzel kişilerin yaptıkları paket tur sözleşmesinde, bu sözleşme uyarınca paket tura katılan kişi veya kişiler daima bir gerçek kişidir⁵⁵.

Paket tur sözleşmesi kapsamında TKHK m. 51/9'da yapılan açık düzenleme olmasaydı, normal koşullarda TKHK m. 3/1-k bendine yapılan düzenleme nedeniyle, tüketici sayılmayan gerçek ve tüzel kişilerin paket tur sözleşmesi kapsamında tüketici kabul edilmesi mümkün olmayacaktı.

Mevcut düzenlemenin sonucu olarak, tüzel kişi tacirler, TKHK m. 51/6, 7 ve 8 hükümlerinden⁵⁶ kaynaklı hukuki uyuşmazlıkları için Kanun'daki şartlar çerçevesinde tüketici hakem heyetine⁵⁷, tüketici dava şartı arabuluculuk yoluna veya tüketici mahkemelerine başvurabileceklerdir.

⁵⁵ Bu kişiler genellikle şirket yöneticileri, çalışanlar veya şirket misafirleridir (bkz. **KARA**, s. 990).

⁵⁶ Şöyle ki; TKHK m. 51/6 "Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimini kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur" şeklindedir. TKHK m. 51/7 "Tüketicinin, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksiklik nedeniyle bedelin indirilmesini talep etme hakkı vardır. Paket tur düzenleyicisinin, tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde tüketici sözleşmeden dönebilir. Bu hâllerde paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer. Yapılmış olan ödemelerin sözleşmeden döndüğü tarihten itibaren tüketiciye derhâl iade edilmesi zorunludur. Ancak paket tur düzenleyicisi o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için tüketiciden hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir" hükmündedir. TKHK m. 51/8 ise "14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir" şeklindedir.

⁵⁷ 21.09.2022 tarihli ve 31960 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanıp 1/10/2022 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/2 "Tarafların 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla; değeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değer ve üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz" hükmündedir.

V. TÜZEL KİŞİ TACİRLERİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK YÖNÜNDEN BELİRLENMESİ

A) Dava Şartı Arabuluculuk ile İlgili Genel Açıklamalar

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, arabuluculuk, alternatif çözüm yöntemleri arasında düzenlenmiştir⁵⁸. Dostane çözüm yolu, bu Kanunun 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmesi ile hukuk sistemimize girmiştir. Aslında, alternatif bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuğun ihtiyari olması esastır. Ne var ki, bazı alanlar bakımından ülkemizde bu yöntemin yaygınlaştırılabilmesi amacıyla dava şartı olarak uygulanmasına karar verilmiştir. Buna bağlı olarak tüketici, ticaret ve iş hukuku alanlarında üç önemli düzenleme yapılmıştır⁵⁹.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel usul hükümleri HUAK m. 18/A'da düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuğun uygulandığı hallerde (İş Mahk. K m. 3; TKHK m. 73/A; TTK m. 5/A) bu yol tüketilmeden dava açılması halinde, taraflara bekletici süre verilmeksizin açılan davanın "*dava şartı yokluğu*" nedeniyle usulden reddedilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (HUAK m. 18/A-2)

Konumuzla ilgili olarak, sadece ticari ya da tüketici dava şartı arabuluculuk olasılıklar karşımıza çıkabileceği için bu kapsamda söz konusu türleri açıklayacak olursak; ilk olarak ticari dava şartı arabuluculuk bakımından konu incelendiğinde⁶⁰; TTK m. 5/A/1'de, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. TTK m. 5/A/2'de arabuluculuğun tamam-

⁵⁸ 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 6325 sayılı Kanun 28 ve 32. maddeleri yayımı tarihinde diğer hükümlerin ise bir yıl sonra yürürlüğe gireceği m. 37'de hüküm altına alınmıştır.

⁵⁹ Güncel Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 04/10/2022 tarihli ve 31973 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁰ 19/12/2018 tarihli 30630 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle TTK'ya eklenen 5/A hükmüyle ticari dava şartı arabuluculuk 1/1/2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

lanması gereken zorunlu süre hüküm altına alınmıştır⁶¹. TTK m. 5/A'da düzenlenmeyen hususlarda dava şartı arabuluculuk hakkında HUAK m. 18/A hükmü ve bu hükümde yer almayan hususlar için hukuki niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer hükümler uygulanacaktır (HUAK m. 18/A-20).

İkinci olarak, tüketici dava şartı arabuluculuk bakımından incelendiğinde; TKHK m. 73/A hükmü⁶² ile tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Buna göre, Kanunda sayılan istisnalar dışında mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır⁶³.

B) Tüzel Kişi Tacirlerin İşlemlerinin Dava Şartı Arabuluculuk Yönünden İncelenmesi

Tüzel kişi tacirlerden, ticaret şirketlerinin adi sahası olmadığı için ticari işletmeleriyle ilgili yaptığı tüm işlem ve fiilleri ticari iş sayılmalıdır. Bu yüzden, TKHK'ya tabi olmamalıdır. Bu nedenle, ticaret şirketlerinin yaşadığı hukuki ihtilaflarda TTK m. 5/A gereğince TTK m. 4'te yer alan davalara girmesi ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleriyle ilgili meseleler için "dava şartı ticari arabuluculuk" yoluna gidilmelidir. Tüzel kişi tacirlerden, ticaret şirketlerinin tüketici vasfının hiçbir halde tanınmaması gerektiği fikrinde olduğumuz için bunlar, uyuşmazlık konularıyla ilgili olarak ne tüketici hakem heyetine ne dava şartı tüketici arabuluculuk yoluna ne de tüketici mahkemelerine gidebilirler. Ancak, bu konuda tek istisna, Kanun düzenlemesi sebebiyle paket tur sözleşmeleridir. Söz konusu hükümden dolayı, mesleki veya ticari faaliyetleri çerçevesinde olsa da paket tur hizmetinden yararlanan kişiler tüketici sayılacağı için sadece bu konuyla ilgili uyuşmazlık halinde tüm tüzel kişi tacirler (ticaret şirketleri de dahil olmak

⁶¹ Söz konusu düzenleme, "arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir" şeklindedir.

⁶² 22/07/2020 tarihli 31199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Kanun m. 59 ile "tüketici dava şartı arabuluculuk" 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶³ TKHK m. 73/A hükmünde bu istisnalar şu şekilde sayılmıştır: "a. Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar. b. Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itirazlar, c. TKHK m. 73/6 kapsamında olan davalar, d. TKHK m. 74 kapsamındaki davalar, e. Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayınandan doğan uyuşmazlıklar".

üzere), TKHK'da belirtilen şartlar dahilinde, uyuşmazlıkların çözümü noktasında, tüketici dava şartı arabuluculuk yoluna gitmelidir.

Ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirlerden mesela amacına ulaşmak için bir dernek, ticari işletme işletecek olursa; dernek tüzel kişiliği, tacir sıfatına sahip olacaktır. Söz konusu derneğin ticari işletmeyle ilgili olmayan hukuki uyuşmazlıklarında, dernek, TKHK'da belirtilen şartlar dahilinde ise tüketici olarak kabul edilip, yine Kanun'da belirtilen istisnalar dışında ise uyuşmazlığın çözümü için tüketici dava şartı arabuluculuk yoluna gidilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Elbette ki, TKHK m. 3/k'da ifade edilen tüzel kişilerden tacir olmayanlar, örneğin ticari işletme işletmeyen dernek veya vakıflar, TKHK kapsamında gereken şartların oluşması kaydıyla tüketici olabilir. Buna bağlı olarak da bu kişilerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklarda Kanun'da belirtilen istisnalar dışında olması şartıyla uyuşmazlığın çözümü için "tüketici dava şartı arabuluculuk" yolunun tüketilmesi gerekmektedir.

Neticede, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak zorunlu dava şartı arabuluculuk yönünden birtakım hatalar yapılabilmesi olasıdır. Bu konuda, Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, dava şartı arabuluculuk konusunda birtakım görüş yayınlamıştır, bunlardan istifade edilebilir. Şöyle ki, konumuzla ilgili olarak; tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesinde hataya düşülüp yanlış dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanması halinde Başkanlığın şu görüşü yardımcı olabilir; *"bir uyuşmazlıkla ilgili yapılan arabuluculuk başvurusunun, gerek ticari, gerek iş ve gerekse tüketici uyuşmazlığı adı altında yürütülüp görüşme sonunda anlaşmama olarak sonlandırılmasının ardından, o uyuşmazlıkla ilgili, arabuluculuk süreci tamamlanmış olacağından, açılacak olan dava hangi görevli mahkemede açılırsa açılınsın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili dava şartının yerine getirilmiş olacağı bu şekilde yapılacak değerlendirmenin usul ekonomisine de uygun olacaktır"*⁶⁴. Öyleyse, tüzel kişi tacirlerin, tüketici sıfatının belirlenmesi noktasında hataya düşülmesi halinde hangi tür dava şartı yolu-

⁶⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokman/532021164348adb%3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2022)

na gidilmiş olursa olsun, anlaşmama şeklinde sonuçlanan görüşme için mahkeme yoluna başvurulması halinde dava şartı yokluğundan red edilmemelidir. Elbette ki burada karşımıza şu şekilde problemler çıkabilir; bunlardan ilki, arabulucu veya taraflar, ticari/tüketici dava şartı bakımından süreler ve ücret farklı olduğundan mağdur olabilirler. İkinci olarak, arabuluculuk süresi boyunca zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi bakımından (HUAK m. 18/A-5), özellikle farklı arabuluculuk usulüne başvuru hâlinde, arabuluculukta geçirilen süre hak kaybı olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumda çözüm önerisi olarak; “E. Davanın reddinde ek süre” kenar başlıklı TBK m. 158 kapsamında düzeltilebilir bir yanlışlığın varlığı yoluna gidilebilir⁶⁵.

Tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak dava şartı arabuluculuk kapsamında olmamasına rağmen bu alanda değerlendirme yapılmışsa sürecin ne olacağına ilişkin Başkanlığın farklı bir görüşü yol gösterici olabilir. Başkanlığın 26.02.2021 tarihli görüşüne göre; “arabulucularımızın, dava şartı kapsamına girmediği çok net olan ve ilk bakışta anlaşılan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında hukuki değerlendirme sonucunda, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğuna karar verip arabuluculuk görüşmelerine devam etmeleri durumunda, emek ve mesailerinin karşılığı olarak arabuluculuk ücretine hak kazanacakları değerlendirilmektedir”⁶⁶. Öyleyse, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı sahip olup -olmamasına göre taraf oldukları hukuki uyuşmazlıklarla ilgili tüketici/ticari dava şartı arabuluculuk değerlendirilmesi yapılırken dava şartı kapsamına girip girmediği net olarak anlaşılmayan konularda dava şartı arabuluculuk değerlendirilmesi yapılmışsa; arabulucuların mağdur olmayacağı anlaşılmaktadır.

⁶⁵ ATİK, Ebru Tüzemen, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri”, SÜHFD, C. 30, S. 3, 2022, s. 1552.

⁶⁶ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2622021151134Bir%20Uyu%C5%9Fmazi%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Dava%20%C5%9Eart%C4%B1%20Kapsam%C4%B1nda%20Olu%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Ve%20Uyu%C5%9Fmazi%C4%B1k%20T%C3%BCr%C3%BCn%C3%BCn%20Belirlenmesine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20G%C3%B6r%C3%BClmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2022).

SONUÇ

Tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesi ve bu bağlamda taraf oldukları hukuki uyuşmazlıklarda ticari/tüketici dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirdiğimiz çalışmamızda elde ettiğimiz sonuçları şu şekilde maddeler halinde sıralayabiliriz:

1) TKHK'ya kaynaklık eden, Avrupa Birliği Hukukunda tüketici tanımında sadece gerçek kişi olduğu ve tüzel kişi ifadesinin yer almadığı fark edilmektedir. Öncelikli olarak, mevzuatımızda tüzel kişilerin de tüketici kısmında yer almasının yerinde olduğunu ifade edebiliriz. Bununla birlikte, uygulamada tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesi noktasında sıkıntı yaşanmakta olduğu da görülmektedir. Bu nedenle Kanuna yapılacak şu şekildeki herhangi bir ilaveyle: *“tüzel kişi tacirlerden yalnızca ticaret şirketlerinin hiçbir hukuki uyuşmazlıkta (paket tur sözleşmeleri haricinde) tüketici sıfatına sahip olmayacağı”* veya *“ticaret şirketleri dışındaki diğer tüzel kişi tacirler açısından mesleki veya ticari amaçla hareket etmemesi halinde tüketici sıfatına sahip olabileceği”* uygulamanın daha da hızlı işlerlik kazanabileceği fikrindeyiz.

2) Kural olarak, TTK m. 19/1 gereğince, tüzel kişi tacirlerin adi sahası olmadığından ticari işletmeyi ilgilendiren bütün fiil ve işlemleri ticari olmalıdır. Ancak TKHK m. 3/k'da *“mesleki veya ticari olmayan ideallerle hareket eden gerçek ve tüzel kişi”* ifadesi olduğundan ve farklı kanunlarda düzenleme olmasına rağmen taraflardan birinin tüketicinin oluşturduğu işlemler hakkında TKHK m. 83/2 gereğince öncelikli Kanun olarak TKHK uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin hiçbir şekilde tüketici olamayacağını kabul etmek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının tespiti için tüm olaylara uygulanabilecek genel geçer bir prensibin kabul edilmesi mümkün değildir. Her somut olaya göre yeniden tespit yapılarak hüküm kurulmalıdır. Fikrimizce, bu tespiti yapabilmek için iki konunun dikkate alınması gereklidir. İlk olarak, ticaret şirketlerinin dışında kalan diğer tüzel kişi tacirler, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmemesi şartıyla tüketici işlemiyle ilgili TKHK kapsamındaki diğer şartları da sağlaması şartıyla tüketici olarak değerlendirilmelidir. İkinci olarak, tüzel kişi tacirlerden ticaret şirketleri ise doğası gereği ve TKHK'nun getiriliş amacının zayıfın korunması düşüncesi se-

bebiyle, yaptıkları bütün işlem ve fiilleri ticari sayılmalıdır. Bir başka ifadeyle, tüzel kişi tacirlerden sadece ticaret şirketleri için amaç sorgulaması yapılmamalıdır.

3) Tüketici/ticari dava şartı arabuluculuk değerlendirilmesi yapılırken ticaret şirketleri dışında kalan diğer tüzel kişi tacirlerin mesela ticari işletmesi bulunan derneklerin, ticari işletmesiyle ilgili olmayan ve TKHK kapsamında değerlendirilebilen tüketici işlemleriyle ilgili hukuki uyumsuzluklarında tüketici sayılmaları ve Kanunda belirtilen şartlar halinde (Tüketici Hakem Heyeti parasal sınırlarını aşma şartı gibi) tüketici dava şartı arabuluculuk uygulanmalıdır. Ancak ticaret şirketleri dışındaki tüzel kişi tacirlerin, mesleki veya ticari olan amaçlarla ticari işletmesiyle ilgili alanlarda ve ticaret şirketlerinin ticari işletmesiyle ilgili tüm işlem ve fiillerinin ticari sayılıp, TTK m. 5/A hükmü gereğince uyumsuzluğun TTK m. 4'te sayılanlar kapsamında olması ve talebin alacak veya tazminat istemli olması halinde ticari dava şartı arabuluculuk yoluna gidilmelidir.

4) TKHK m. 51/9'da, paket tur sözleşmelerine ilişkin getirilen düzenlemelerde ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur sözleşmesinden yararlanan kişilerin de tüketici sayılabilmesi ifadesi yer aldığından, bu hizmetten yararlanan tüm tüzel kişi tacirlerin herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın tüketici sayılması ve bu alandaki hukuki uyumsuzluklarıyla ilgili olarak TKHK'da belirtilen şartlar dahilinde tartışmasız tüketici dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmalıdır.

5) Tüzel kişi tacirlerin, tüketici sıfatının belirlenmesinde ve bu bağlamda doğan hukuki uyumsuzluklarla ilgili olarak ticari/tüketici dava şartı arabuluculuk belirlenmesinde yanlışlık yapılması ve anlaşmama olması halinde; Arabuluculuk Daire Başkanlığının ilgili görüşüne bağlı olarak, o uyumsuzlukla ilgili arabuluculuk süreci tamamlanmış olduğundan, açılacak davada, dava şartının sağlandığının kabulü gerekecektir.

KAYNAKLAR

- AÇIKGÖZ**, Osman: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler", MÜHF-HAD, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21, S. 2, 2015, s. 805-838.
- AKÇAAL**, Mehmet/ **UYUMAZ**, Alper: "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 241-276.
- AKBIYIK**, Cem: "Yeni Kurulan Vakıfların Ticari Faaliyetleri", Fasikül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, Mart 2018, s. 111-115.
- AKTÜRK**, Yücer İpek: "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2, 2016, s. 103-128.
- ALTOP**, Atilla: "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, Aralık 2004, s. 3-14.
- ARAS**, Aslı: Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009.
- ARAT**, Serdar: Ehliyetleri Açısından Dernek ve Vakıf Tüzel Kişilikleri (Medeni Hukuk Tüzel Kişileri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış Yirmi Yedinci Bası, Ankara 2021.
- ARSLANLI**, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959.
- ATİK**, Ebru Tüzemen: "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri", C. 30, S. 3, 2022, s. 1515-1560.
- AYDOĞDU** Murat/ **KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- AYHAN**, Rıza: "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", GÜHFD, C. 17, S. 2, 2013, s. 291-314.

- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.
- BAL, Yakup:** Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu, TAAD, Y. 13, S. 50, Nisan 2022, s. 365-384.
- BAHTİYAR, Mehmet/ BİÇER, Levent:** “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, s. 395-436.
- BATTAL, Ahmet:** “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, 1998, s. 313-332.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017.
- BOZKURT, Tamer:** Ticaret Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÇABRİ, Sezer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÇELİK, Aytekin:** Ticaret Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021.
- ÇINAR, Ömer:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016.
- ÇITIR, Eren,** “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, 2016, s. 37-52.
- DERYAL, Yahya / KORKMAZ, Yakup:** Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2015.
- DOMANIÇ, Hayri/ ÇAMOĞLU Ersin:** İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ: Tufan,** Türk Özel Hukuku, C. II, 22. Baskı, İstanbul 2021.
- ERDEM, Ercüment H.:** KİT’lerin Tacir Sıfatı, İzmir 1992.
- GÖKTÜRK, Kürşat:** “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, s. 3-44.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul 2015.

- GÜNER**, Cemil: “Türk Hukukunda Bazı Milli Hukuklarda ve Milletlerarası Sözleşmelerde Tüketici Kavramı”, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 1032-1071.
- İMREGÜN**, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1995.
- İNAL**, Tamer H.: Tüketici Hukuku, Ankara 2014.
- KARA**, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış, 2. Baskı, Ankara 2021.
- KARAKOCALI**, Ahmet/ **KURŞUN**, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.
- KAYAR**, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2018.
- KENDİGELEN**, Abuzer/ **SOYKAN**, İsmail Cem/ **AYDINALP**, Yasmine/ **OĞUZ**, Elif /**ŞANDA**, Onur: Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları (2018), İstanbul 2019.
- MİRHANOĞULLARI**, Yusuf Erdem: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- NARBAY**, Şafak/**AKKUŞ**, Muhammed: Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İş Ayrımı, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 823-881.
- OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”, Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692.
- OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. I, 2001, s. 55-90.
- ÖZAY**, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, Avrupa Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272.

- ÖZSOY**, Rabia: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 46. Bası, Ankara 2021.
- POROY**, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.
- POROY**, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara 2022.
- SAYIN**, Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2020.
- TAŞDELEN**, Nihat: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Sıfatı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, s. 705-719.
- TAŞKIN**, Mustafa: "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Sıfatı", Ankara Barosu Dergisi, S. I, 1997, s. 30-37.
- TEKİL**, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997.
- TÖREMİŞ**, H. Ebru: "Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 227-262.
- YERKAYA**, Kübra: Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, İstanbul 2018.
- ÜNAL**, Ahmet Cemil: "Ticari İş- Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2020, s. 37-52.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **ÖZEL**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.



DERNEK ÜYELERİNİN GENEL KURULDA TEMSİLİNİ YASAKLAYAN TMK M. 69/1 HÜKMÜNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Caner TAŞATAN*

Öz

Dernek üyelerinin oy haklarını düzenleyen TMK m. 69/1 hükmü doğrultusunda üyeler, genel kurulda oylarını şahsen kullanmak zorundadırlar. Hükmün İsviçre hukukundaki karşılığını oluşturan ZGB Art. 67/1 ile 743 sayılı MK m. 60/1 hükümlerinde yer almayan bu zorunluluk, Türk öğretisindeki hakim görüş tarafından, gerçek kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsilinin yasaklandığı biçiminde yorumlanır. Bu durum, esasen, hükmün emredici nitelik taşımasının doğal bir sonucudur. Ancak oy hakkının, niteliği itibarıyla, temsilci aracılığıyla kullanılmasında bir sakınca yoktur. Ayrıca oyun şahsen kullanılması zorunluluğu, tüzel kişilerin dernek üyesi olabilmeleri ile genel kurulda temsil edilmeleri ihtiyacı ve zorunluluğu karşısında, onlar bakımından uygulanmaya elverişli değildir. Kaldı ki tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsilinin mümkün olduğu, halihazırda yürürlükte olan Dernekler Kanunu'nda açıkça kabul edilmektedir. Buna göre, TMK m. 69/1 hükmünün amaca uygun olarak sınırlandırılması, dernek tüzüğünde hüküm bulunması ve kullanılacak oyun yönünün üye

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ caner.tasatan@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0003-4090-324X

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TAŞATAN, Caner: "Dernek Üyelerinin Genel Kurulda Temsilini Yasaklayan TMK m. 69/1 Hükmüne Eleştirel Bir Bakış", SÜHFD, C.31, S.1, 2023, s. 35-64.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



tarafından belirlenmesi koşullarıyla, gerçek kişi dernek üyelerinin de genel kurulda temsil edilebilmeleri gerekir.

Anahtar Kelimeler

Dernek • Genel Kurul • Üye • Temsil • Oy Hakkı

A CRITICAL OVERVIEW TO THE PROVISION OF TCC ART. 69/1 PROHIBITING THE REPRESENTATION OF ASSOCIATION MEMBERS IN THE GENERAL ASSEMBLY

Abstract

The members are obliged to cast their votes personally in the general assembly in accordance with the provisions of TCC Art. 69/1, which regulates the voting rights of the members of the association. This obligation, which is not included in the provisions of ZGB Art. 67/1 and 743 numbered CC Art. 60/1, establishing the equivalent of the provision in Swiss law, is interpreted by the dominant view in Turkish doctrine as prohibiting the representation of natural person association members in the general assembly. This is essentially a natural consequence of the imperative nature of the provision. However, due to its nature, there is no inconvenience in voting through a representative. In addition, in the face of the necessity and obligation of legal persons to be members of the association and to be represented in the general assembly, the obligation to vote personally is not suitable for them. Moreover, it is clearly accepted in the Associations Law that is currently in force that it is possible to represent the members of legal entity associations at the general assembly. Accordingly, provided that the provisions of TCC Art. 69/1 are restricted in accordance with the purpose, that there is a provision in the charter and the direction of vote to be casted is determined by the member, the real person association members should also be able to be represented in the general assembly.

Keywords

Association • General Assembly • Member • Represent • Right to Vote

GİRİŞ

Dernek kurma ve kurulmuş derneğe üye olma bakımından gerçek ve tüzel kişiler eşit haklara sahiptirler¹. Gerçekten, Türk Medeni

¹ Bununla birlikte, dernek tüzüğünde üyelerin salt gerçek veya tüzel kişi olabilecekleri hususu kararlaştırılmış olabilir. Böyle durumlarda, ilgili tüzük değişikliği yapılmadan, daha sonra açıklanacak kanun hükümleri sayesinde derneğe üye olma hakkının kısıtlanamayacağı, tüzükte yer alan diğer üyelik koşullarını sağlayan herkesin üye

Kanunu'nun (TMK) dernekleri tanımlayan m. 56 hükmüne göre, "*dernekler, gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır*". Aynı Kanun'un derneklerde üyelik koşullarına ilişkin m. 64/1 hükmüne göre de "*fil ehliyetine sahip bulunan her gerçek kişi ile tüzel kişiler, derneklere üye olma hakkına sahiptir*." Gerçek ve tüzel kişiler arasındaki bu eşitlik, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı bakımından da geçerlidir. Bu doğrultuda, gerçek veya tüzel kişi ayırımına değinmeyen TMK m. 68/2 hükmüne göre, "*her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır*." Gerçi derneğin her faaliyetine, sözgelimi bir sahne veya spor etkinliğine, tüzel kişinin katılması mümkün değildir. Ne var ki "*derneğin yönetimine katılma hakkı*" (*Mitverwaltungsrecht*) bakımından böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır².

Üyeler, gerçek veya tüzel kişi olmaları fark etmeksizin, derneğin yönetimine katılma hakkına sahiptirler. Derneğin yönetimine katılma hakkı, üyelerin "*derneğin varlığını ve özünü teşkil eden*"³ genel kurula katılmaları ve burada oy kullanmaları biçiminde somutlaşır. Bu hak, derneğe kayıtlı üyelerin tamamına tanınmıştır. Nitekim, derneklerde genel kurulu -kısmen dahi olsa- tanımlayan TMK m. 73 hükmüne göre, "*genel kurul, derneğin en yetkili karar organı olup; derneğe kayıtlı üyelerden oluşur*." Emredici nitelik taşıyan bu hüküm kapsamında, dernek tüzüğünde, genel kuruldan daha yetkili bir karar organı belirlenemez⁴ veya üyelerin genel kurula

olabileceği ileri sürülemez. Çocuk derneklerine üye olma bakımından ise durum farklıdır. Bu derneklere, on sekiz yaşından büyüklerin (Dernekler Kanunu m. 3/6) ve pek tabii tüzel kişilerin kurucu veya üye olabilmeleri mümkün değildir. 2908 sayılı Dernekler Kanunu m. 4 hükmü, yalnızca gerçek kişilerin kurucu üye olabileceği yönündeydi. Bkz. ENGİN, Baki İlkey: Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul 1995 (ENGİN, Dernek Üyeliği), s. 29-30.

- 2 Karş. KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich, 2016 (SCHERRER, OFK-ZGB), Art. 67, N. 2; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V./ ATAAY, Aytekin M.: Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul 1956, s. 90-91; SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, 2. bs., İstanbul 1994, s. 74-75.
- 3 ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. bs., İstanbul, 1982, s. 170; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 18. bs., İstanbul 2017, N. 1377.
- 4 SEROZAN, s. 63. İsviçre hukukunda durum farklıdır. Gerçekten, genel kurulu derneğin zorunlu organlarından biri olarak düzenleyen TMK m. 72/1 hükmünün,

katılmalarına yahut burada oy kullanmalarına engel olunamaz⁵. Dernek üyelerinin tamamının yer aldığı genel kurul, TMK m. 80 hükmünden anlaşılacağı üzere, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir, dernek organlarını seçer, derneğin diğer organlarını denetler ve onları haklı sebeplerle her zaman görevden alabilir ve derneğin diğer bir organına verilmemiş olan işleri görür. Diğer bir anlatımla genel kurul, derneğin en geniş yetkili, nihai karar organıdır⁶.

İsviçre hukunda bir karşılığı bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, genel kurulun derneğin "*en üst organı*" (*oberste Organ*) olduğu yönündeki ZGB Art. 64/1 hükmünün de emredici nitelikte olmadığı, genel kurula ilişkin bu yetkilerin "*delegeler kuruluna*" (*Delegierterversammlung*) devredilebileceği kabul edilir. Bkz. **RIEMER**, Hans Michael: BK - Berner Kommentar, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, 3. Auflage, Bern 1990 (**RIEMER**, BK-ZGB), Art. 66, N. 37. Derneklerde delegeler kurulu, aşağıda, temsil yasağı bakımından tekrar incelenmektedir.

- ⁵ Uygulamada dernek tüzüklerinde, özellikle derneğe aidat borcu olan üyelerin genel kurula katılamayacakları ve burada oy kullanamayacakları yönündeki hükümlere sıklıkla rastlanılır. Bu yöndeki tüzük hükümlerinin geçerliliği, kanımızca, dernek üyeleri arasındaki eşitliği bozucu nitelikte olup olmamasına göre incelenmelidir. Gerçekten, TMK m. 68/1 hükmüne göre, "*dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz.*" Bu kapsamda, ayrımcılık niteliği taşımayan, üyelik aidatının veya başka bir hukuki ilişkiden doğan borcun ödenmemesi durumlarında genel kurula katılmaktan yasaklayan veya üyelik haklarının bir kısmını yahut tamamını askıya alan tüzük hükümlerinin geçerli olarak kabul edilmeleri gerekir. Aynı yönde bkz. **AKÜNAL**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. bs., İstanbul 1995, s. 79; **ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 46. bs., Ankara, 2021, s. 388. İsviçre öğretisinde bu yönde bkz. **HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter/ **GEISER**, Thomas (hrsg): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (**HEINI/ SCHERRER**, BSK-ZGB), Art. 67, N. 4. Dernek üyelerinin ancak kanunda öngörülen nedenlerin varlığı halinde genel kurulda oy kullanamayacakları yönünde bkz. **FEYZİÖĞLU**, Feyzi N./ **DOĞANAY**, Ümit/ **AYBAY**, Aydın: Medeni Hukuk Dersleri, 3. bs., İstanbul, 1976, s. 139. Belirtmek gerekir ki yukarıda belirtilen yönde bir tüzük hükmünün bulunmaması durumunda, dernek üyesinin genel kurula katılmasına ve burada oy kullanmasına, her ne sebeple olursa olsun, sınırlama getirilemeyeceği hususunda tereddüt edilmemelidir. Diğer bir anlatımla, üyelik aidatı veya başka bir hukuki ilişkiden doğan borç ile dernek yönetimine katılma hakkı arasında, dernek tüzüğünde aksi yönde hüküm bulunmadığı sürece, ödemezlik def'i benzeri bir uygulamaya zemin oluşturabilecek bir mübadele ilişkisi bulunmamaktadır.

⁶ **SEROZAN**, s. 63.

Genel kurulun yukarıda sayılan bu en geniş yetkileri kullanabilmesi, usulüne uygun biçimde bir "*genel kurul kararı*" alınmış olmasına, esasen, dernek üyelerinin kendilerine bildirilen gündemde yer alan (veya toplantı sırasında buna TMK m. 79/2 hükmü kapsamında sonradan eklenen) maddeler hakkında oy kullanmalarına bağlıdır. Dernek üyeleri, katıldıkları toplantı sırasında, görüşülmekte olan gündem maddesine ilişkin olumlu veya olumsuz yönde bir genel kurul kararı alınmasında oy (kullanma) hakkına sahiptirler⁷. Oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılması ise Kanunda yasaklanmıştır. Ne var ki bu çalışmanın da konusunu oluşturan "*temsil yasağı*", tartışmaya açıktır. Gerçekten, "*Oy hakkı*" başlıklı TMK m. 69/1 hükmüne göre, "*her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır; üye, oyunun şahsen kullanmak zorundadır.*" Hükmün (i) lafzı ve (ii) içeriği, sözü geçen tartışmayı büyük ölçüde yönlendirir:

(i) Öncelikle lafzi bakımdan hükümde yer alan "*oyunu (...) kullanmak*" ifadesi, yukarıda da kısmen değinildiği üzere, genişletici biçimde, "*genel kurula katılma ve burada oy kullanma*" olarak anlaşılmalıdır. Zira bu çalışmanın konusu itibarıyla temsilcinin genel kurula katılabilmesi ancak burada oy kullanamaması, özellikle kanunun toplantı ve karar yeter sayıları arayan hükümleri çerçevesinde, kabul edilemez⁸. Diğer yandan, temsilcinin genel kurula katılabilmesine rağmen oy kullanamaması, ona gündem hakkında söz alma ve konuşma yapma imkanı dışında bir yetki de sağlamaz⁹. Böyle bir yetkinin temsilciye, üyeye veya derneğe ne ölçüde bir katkı sağlayacağı ise belirsizdir. Kısacası, dernek üyesini temsil eden kişinin genel kurula katılabileceği ancak burada oy kullanamayacağı yönündeki bir yorum, kanımızca, baştan, reddedilmelidir.

⁷ DURAL/ ÖĞÜZ, N. 1360-1362.

⁸ Toplantı yeter sayısının sağlanması için sadece belirli sayıda üyenin bir araya gelmesinin yeterli olmadığı, bunların aynı zamanda alınacak karar bakımından oy hakkına sahip olması gerektiği yönünde bkz. NOMER, Haluk N.: Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2008, s. 23-24.

⁹ Üyenin genel kurula katılabilmesine rağmen burada oy kullanamaması, TMK m. 82 hükmünde düzenlenen durumlara özgüdür. Gerçekten, sözü geçen hükme göre, "(1) hiçbir dernek üyesi, dernek ile kendisi, eşi, üstsoyu ve altsoyu arasındaki bir hukukî işlem veya uyumsuzluk konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz. (2) Tüzel kişi adına oy kullanacak kişi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır." Bu yönde bkz. AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku, C. 1, 17. bs. İstanbul 2021, s. 640; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. bs., İstanbul 2018, N. 1055.

(ii) Hükmün içeriği bakımından ise oyun "şahsen" kullanılması zorunluluğu, gerçek ve tüzel kişiler bakımından yapay ve kabul edilemez bir ayırım getirir. Zira tüzel kişiyi temsile yetkili organın, sözgelimi dernek yönetim kurulunun veya vakıflarda yönetim organının üye olunan derneğin genel kuruluna küll halinde katılmaları, pek çok durumda, fiilen mümkün değildir¹⁰. Böyle bir karar mekanizması, özellikle salt tüzel kişi üyelere ibaret dernekler bakımından, tasavvur dahi edilemez. Kaldı ki halihazırda yürürlükte olan mevzuat bakımından tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsiline açıkça imkan tanınmaktadır. Bu durum, esas itibarıyla, TMK m. 69/1 hükmünün tarihi gelişiminden kaynaklanmaktadır. Ayrıca gerçek kişi dernek üyesinin genel kurulda temsilinin yasaklanması, yeterli bir hukuki gerekçeye de dayanmaz.

Buraya kadar olan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bu çalışmanın, gerçek ve tüzel kişi dernek üyesi ayırımını esas alan iki ana başlıkta ilerlemesi isabetli olur.

I. GERÇEK KİŞİ DERNEK ÜYELERİNİN GENEL KURULDA TEMSİLİ

A. Oyun Şahsen Kullanılması Zorunluluğuna İlişkin Mevzuat

Oyun şahsen kullanılması zorunluluğunu öngören TMK m. 69/1 hükmü, derneklere ilişkin diğer hükümlere kıyasla yeni bir düzenlemedir. Burada, öncelikle, söz konusu hükmün tarihi gelişimini incelemekte fayda vardır.

743 sayılı Medeni Kanun'un, yürürlükteki TMK m. 69/1 hükmünün karşılığını oluşturan, m. 60/1 hükmünün ilk cümlesine göre, "*cemiyetin her azası, heyeti umumiyede aynı rey hakkını haizdir.*" Görüldüğü gibi hüküm, gerçek kişi dernek üyesinin temsilini yasaklayan veya sınırlandıran bir içerikte değildir. Dönemin derneklere ilişkin diğer mevzuat hükümleri bakımından da durum başlangıçta benzerdir. Türkiye Cumhuriyeti'nin derneklere ilişkin ilk özel kanunu olan 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu'nda¹¹ m. 21 hükmünün son cümlesi ile daha sonra bu kanunu yürürlükten kaldıran 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nda m. 16/3 hükmü, her üyenin genel kurulda bir oy hakkı olduğu hususunu düzenlemekle yetinmektedir. Bu dönemde, Kanunda, dernek üyesinin genel kurulda

¹⁰ Tüzel kişinin yönetim organının, sözgelimi vakıf yönetim organının veya anonim şirket yönetim kurulunun, bir kişiden ibaret olduğu durumlar saklıdır.

¹¹ Bu kanundan önce, Osmanlı Devleti döneminde kabul edilmiş, 3 Ağustos 1325 (1909) tarihli Cemiyetler Kanunu yürürlükteydi.

temsiline engel başka herhangi bir düzenleme olmadığını da ifade etmek gerekir.

1630 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 2908 sayılı Dernekler Kanunu bakımından ise durum çok farklıdır. Gerçekten, 2908 sayılı Kanun'un "*Üyelerin hakları*" başlıklı m. 18/4 hükmünün kanunlaştığı ilk haline göre, "*her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır, üye oyunu bizzat kullanabileceği gibi diğer bir üye aracılığıyla da kullanılabilir. Her üye genel kurulda en çok bir üyeyi temsil edebilir.*" Hüküm, dernek üyelerinin genel kurulda temsilini -kanımızca- sınırlandırmaktadır. Ancak diğer bir görüş ve dönemin uygulaması, temsile -sınırlı biçimde dahi olsa- açıkça imkan tanıdığı yönündedir. Bundan bağımsız olarak, ilgili hüküm kapsamında üyenin genel kurulda temsilinin, yalnızca, başka bir üyeyi temsil etmeyen diğer bir üye aracılığıyla mümkün olduğu açıktır¹². Buna göre, derneğe üye olmayan yahut halihazırda başka bir üyeyi temsil eden temsilcinin, genel kurulda bu temsil yetkisini kullanabilmesi kabul edilmemektedir¹³.

Dernek üyelerinin genel kurulda temsiline açıkça imkan tanıyan 2908 sayılı Kanun'un m. 18/4 hükmü, daha sonra, 3415 sayılı Kanun uyarınca değiştirilmiştir. Hüküm değişiklikten sonraki haline göre, "*her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır, üye oyunu bizzat kullanmak zorundadır.*" Görüldüğü gibi hüküm, halihazırda yürürlükte olan TMK m. 69/1 hükmü ile neredeyse aynıdır ve üyelerin genel kurulda temsilini açıkça yasaklamaktadır. Hüküm gerekçesi, derneklerin, üyelerinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirme amacıyla kurulduğu, buna göre her üyenin genel kurula katılmasının zorunlu olduğu, hukuki ve fiili mazeretler sebebiyle genel kurula katılamayan üyenin temsil edilmesinin zorunlu olmadığı, asıl olanın genel kurula bizzat katılmak olduğu, kaldı ki üyelerin temsil edilmesinin birtakım uyuşmazlıklara da sebebiyet verdiği yönündedir. Bununla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerden¹⁴, halihazırda yönetim kurulu üyesi olan kişilerin

¹² Hükümde tüzel kişilerin temsiline ilişkin bir husus yer almamaktadır zira ilgili dönemde bu tür kişilerin dernek kurma veya kurulmuş derneğe üye olma hakları henüz kabul edilmemiştir.

¹³ Belirtelim ki Kanun'un tasarı halinde, üyenin oyunu bizzat kullanması gerektiği yönünde bir düzenleme (m. 19/5) bulunmaktaydı. Ne var ki bu hüküm, daha sonra, (dönemin bir tür kanun koyucu iradesi olan) Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen metinde yukarıda gösterildiği biçimde değiştirilmiştir. Bkz. Milli Güvenlik Konseyi 1. Dönem 10. Cilt 167. Birleşim, s. 213.

¹⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi 18. Dönem 3. Cilt 29. Birleşim, s. 301-303.

veya derneği bir biçimde ele geçirmiş azınlık gruplarının, genel kurul öncesinde, diğer üyelerden "*vekaletname*" (temsil belgesi) olarak dernek üzerindeki bu hakimiyetlerine devam etmelerinin önüne geçmenin asıl gerekçe olduğu anlaşılmaktadır.

Halihazırda yürürlükte olan TMK m. 69/1 hükmü, yukarıda da belirtildiği üzere, 2908 sayılı Kanun'un -3415 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonraki- m. 18/4 hükmü ile neredeyse aynıdır. 2908 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran ve halen yürürlükte olan 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda ise gerçek kişi dernek üyelerinin temsilini yasaklayan veya bunu sınırlandıran herhangi bir hüküm yoktur. Diğer bir deyişle, 2908 sayılı Kanun'daki yasaklayıcı hüküm bütünüyle TMK hükümleri içerisine aktarılmış ve söz konusu yasak özel mevzuattan kaldırılmıştır. Bununla birlikte, Dernekler Yönetmeliği'nin¹⁵ "*Toplantı usulü*" başlıklı m. 15/5 hükmünün son cümlesine göre, "*genel kurulda her üyenin bir oy hakkı vardır; üye oyunu şahsen kullanmak zorundadır.*" Bu hükümler dikkate alındığında, günümüzde, gerçek kişi dernek üyesinin genel kurulda temsil edilmesi, hukuken mümkün gözükmemektedir.

İsviçre ve Alman hukuklarında ise durum oldukça farklıdır. Gerçekten, İsviçre hukukunda oyun şahsen kullanılması zorunluluğuna ilişkin TMK m. 69/1 hükmünün açık bir karşılığı yoktur. İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) Art. 67/1 hükmü¹⁶, 743 sayılı Medeni Kanun'un ilk dönemine benzer biçimde, üyelerin genel kurulda eşit oy hakkına sahip olduklarını ifade etmekle yetinmektedir. Ayrıca bu Kanun'da, gerçek kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsilini yasaklayan veya bunu sınırlandıran herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak üyeliğin devredilemeyeceği veya mirasçılara geçmeyeceği yönündeki ZGB Art. 70/3 hükmü¹⁷, oy hakkının devredilemeyeceği ve bir bakıma bunun temsilci aracılığıyla da kullanılamayacağı yönünde yorumlanmaya elverişlidir¹⁸. Alman hukuku bakımından ise Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) § 38 hükmünün ikinci cümlesi¹⁹, "*üyelik haklarının kullanılmasının*" devrinin mümkün olmadığı yönündedir. Ne var ki dernek tüzüğünde aksi yönde

¹⁵ Resmi Gazete 31.03.2005-25772.

¹⁶ ZGB Art. 67/1: "*Alle Mitglieder haben in der Vereinsversammlung das gleiche Stimmrecht.*"

¹⁷ ZGB Art. 70/3: "*Die Mitgliedschaft ist weder veräußerlich noch vererblich.*"

¹⁸ Bununla birlikte İsviçre öğretisinde, üyelerin genel kurulda temsiline imkan tanımakta olduğunu aşağıda göreceğiz. Bkz. I. B. 2.

¹⁹ BGB § 38: "*(...) Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann nicht einem anderen überlassen werden.*"

bir düzenleme bulunduğu durumlarda bu hükmün uygulanmayacağı, BGB § 40 hükmünde²⁰ açıkça ifade edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, Alman hukukunda, dernek üyeliğinden doğan bütün hakların ve oy hakkının devredilebileceği, dernek üyesinin genel kurulda temsilinin -evle-viyetle- mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilir.

B. Gerçek Kişi Dernek Üyelerinin Temsiline İlişkin Türk ve İsviçre Öğretilerindeki Görüşler ile Günümüz Türk Yargı Uygulaması

1. TMK m. 69/1 Hükmünün Tarihsel Süreci Kapsamında Türk Öğretisindeki Görüşler

Türk öğretisinde, dernek üyelerinin genel kurulda temsilinin mümkün olup olmadığı hakkında ileri sürülen görüşlerin, yukarıda açıklanan mevzuat tarihçesine göre kronolojik bir sıra takip ettikleri söylenebilir. Bu kapsamda, başlangıçta, dernek üyelerinin genel kurulda temsilinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Öyle ki 743 sayılı Medeni Kanun ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ÖZSUNAY²¹, oy hakkının kanundan doğan bir üyelik hakkı olduğu, bu hakkın doğrudan doğruya üye veya onun geçici yahut sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması veya hastalık yahut başka bir yerde bulunma gibi sebeple önemli çıkarları korunamayacak durumdaysa kanuni temsilcisi²² tarafından da kullanılabilceği, kanunda emredici bir hüküm bulunmasından hareketle tüzükte buna izin verilmesi halinde oyun iradi temsilci tarafından da kullanılmasının mümkün olduğu görüşündedir.

Dernek üyelerinin genel kurulda serbest biçimde temsiline imkan tanıyan yukarıdaki görüş, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, bu kanunun m. 18 hükmüne 3415 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten sonra -çoğunlukla- savunulmamıştır. Gerçekten,

²⁰ BGB § 40: "Die Vorschriften des § 26 Absatz 2 Satz 1, des § 27 Absatz 1 und 3, , der §§ 28, 31a Abs. 1 Satz 2 sowie der §§ 32, 33 und 38 finden insoweit keine Anwendung als die Satzung ein anderes bestimmt. (...)"

²¹ ÖZSUNAY, s. 197-198, 255-256, 260-261.

²² Türk hukukunda dernek üyesi olabilmenin başlıca koşulu fiil ehliyeti sahibi olmaktır. Fiil ehliyetini yitiren kişinin dernek üyeliği kendiliğinden sona erer (TMK m. 64-65). Ancak bu koşulun açıkça yer almadığı 743 sayılı Medeni Kanun döneminde -2908 sayılı Dernekler Kanunu'ndan önce- durum tartışmalıydı. Ayırt etme gücünün yitirilmesinin dernek üyeliğini sona erdirmeyeceği yönünde bkz. ÖZSUNAY, s. 243; aksi yönde bkz. VELİDEDEOĞLU/ ATAAY, s. 87-88. Ayrıca bkz. ENGİN, Dernek Üyeliği, s. 78.

AKÜNAL²³, oy hakkının kişiye (sıkı surette) bağlı olduğu, bu sebeple de kural olarak temsil kabul etmeyeceği, kanunda veya tüzükte bazı üyelik haklarının üye adına temsilci tarafından kullanılması olanağının öngörülebileceği, nitekim (2908 sayılı) Dernekler Kanunu'nun başlangıçta üyenin genel kurulda oyunu diğer bir üye aracılığıyla kullanabilmesine imkan tanıdığı ancak -yukarıda belirtilen değişiklikten sonra- bu imkanın ortadan kalktığı ve bu alanda temsilin artık mümkün olmadığı görüşündedir. Benzer biçimde ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA²⁴, üyelik haklarının bir kısmı bakımından temsilin mümkün olduğu, oy hakkının ise -yine yukarıda belirtilen değişiklikten sonra- genel kurulda temsil ile kullanılmayacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte aynı dönemde SEROZAN²⁵, oy hakkının kullanılması bakımından üyenin kendi adına ve hesabına başkalarına temsil yetkisi vermesinin mümkün olması gerektiği, ne var ki başlangıçta kabul edilen bu imkanın sonrasında azınlığın dernek üyelerinden temsil yetkisi elde edip dernek içerisinde tekeli bir güç oluşturmaları ve böylece temsil imkanının amacından saptırılması gibi sebeplerle yasaklandığı, ayrıca -diğer yazarlardan farklı olarak- seçim yoluyla oluşturulan delege kurullarının böyle bir sakıncayı içermediği ve söz konusu temsil yasağının dışında bırakılması gerektiği görüşündedir.

Halihazırda yürürlükte olan mevzuat kapsamında ise hakim görüş²⁶, dernek üyelerinin genel kurulda temsil edilmelerinin mümkün olmadığı, bunun kanun koyucu tarafından yasaklandığı yönündedir. Bu görüş kapsamında dernek üyelerinin, genel kurulda oylarını bizzat kullanmaları gerekir. Hakim görüş yanlısı KARAKAŞ²⁷, oy hakkının iradi temsil yoluyla kullanılmasının mümkün olmadığını, benzer

²³ AKÜNAL, s. 76-77.

²⁴ ZEVLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. bs., Ankara 1999, s. 690-691.

²⁵ SEROZAN, s. 73.

²⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1053; DURAL/ ÖĞÜZ, N. 1362; ÖZTAN, s. 388; HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul 2020, s. 107; AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. bs., Ankara 2016, s. 229; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 639: Yazarlara göre öğretinin büyük bir kısmı, üyelik haklarının temsilci aracılığıyla kullanılmasına dernek tüzüğüyle izin verilebileceğini kabul etmektedir. Ne var ki bu görüş, günümüzde, İsviçre hukuku bakımından geçerli olabilir.

²⁷ KARAKAŞ, Fatma Tülay: Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara, 2015, s. 107.

düzenlemenin Dernekler Kanunu'nda da yer aldığı²⁸, ayrıca İsviçre Medeni Kanunu'nun üyelikten doğan hakların devredilemeyeceği veya mirasçılara geçmeyeceği yönündeki m. 70/3 hükmünün bu hakkın kişiye bağlı niteliğini açığa kavuşturduğunu belirtmektedir. Yine hakim görüş yanlısı olan AYKUL²⁹, temsil yasağının, dernek tanımındaki üyelerin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri unsurundan kaynaklandığını ileri sürmektedir. Düzenlemeyi eleştiren ENGİN³⁰, oylamaya katılamayacak üyelerin iradelerinin de (genel kurulda alınan) kararlara yansiyabilmesi amacıyla dernek tüzüğünde her üyenin en fazla bir üyeyi temsilen oy kullanabileceğine ilişkin bir hüküm konulabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Azınlıkta olan NOMER³¹ ise TMK m. 69/1 hükmünün (oyun şahsen kullanılması bakımından) emredici nitelikte olmadığı, bu kapsamda oy hakkının (dernek tüzüğünde) temsilci aracılığıyla kullanılmasına izin verilebileceği gibi bunun yasaklanmasının da mümkün olduğu görüşündedir.

2. İsviçre Öğretisinde Kabul Edilen Görüş

İsviçre öğretisinde dernek üyelerinin genel kurulda temsili, ZGB içerisinde TMK m. 69/1 benzeri bir hüküm bulunmamasına rağmen, yalnızca belirli sınırlar çerçevesinde kabul edilmektedir. Bu sınırlamanın başlıca sebebinin, oy hakkının kişiye sıkı surette bağlı nitelik taşıması olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten, İsviçre öğretisinde, oy hakkının iradi temsil yoluyla kullanılmasının kural olarak kabul edilmemesi gerektiği³², dernek tüzüğünde bu yönde bir hüküm bulunması veya bu hususta bir "(yerleşik) dernek uygulaması" (*Vereinsübung*) olması ihtimalinde iradi

²⁸ Ne var ki 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'na 3415 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin aksine, bulunmamaktadır.

²⁹ AYKUL, Ömer: Dernekler Hukuku, 3. bs., Ankara, 2021, s. 50-51.

³⁰ ENGİN, Baki İlkyay: "Yeni Medeni Kanun ve Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Dernekler Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (ENGİN, Değişiklikler), s. 355.

³¹ NOMER, s. 20-21.

³² Oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılması hususunda kesin bir yasak olmadığı, bununla birlikte temsilin dernekler hukukuna "*yabancı bir olgu*" (*Fremdkörper*) olduğu yönünde bkz. BRÜCKNER, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Zürich, 2000, N. 1219. Aynı yönde bkz. HEINI, Anton: Das Schweizerische Vereinsrecht, Basel, 1988, s. 51-52.

temsilin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır³³. Bunun dışında, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların (sınırlı ehliyetlilerin), "önemli mali sonuçları" (*erheblichen finanziellen Folge*) olan hususlar dışında, genel kurulda kendi adlarına oy kullanabilecekleri kabul edilmektedir³⁴.

3. Günümüz Türk Yargı Uygulamasının Konuya Yaklaşımı

Günümüz Türk yargı uygulaması, beklenileceği biçimde, TMK m. 69/1 ve Dernekler Yönetmeliği m. 15/5 hükümlerinin açık ifadeleri doğrultusunda, gerçek kişi dernek üyelerin genel kurulda temsiline mümkün olmadığı yönündedir³⁵. Bu durum, aşağıda açıklanacağı üzere TMK m. 69/1 hükmünün emredici nitelikte olmasının doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Üyelerin temsilcileri tarafından verilen oylarla alınmış genel kurul kararlarının ise -açık olmamakla birlikte- TMK m. 83/1 hükmü kapsamında iptal edilebilir nitelikte oldukları kabul edilmektedir³⁶.

³³ RIEMER, BK-ZGB, Art. 67, N. 35; HEINI/ SCHERRER, BSK-ZGB, Art. 67, N. 6; BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra (hrsg.): CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich 2016 (NIGGLI, CHK-ZGB), Art. 67, N. 3; BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique (hrsg.): Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2017 (JAKOB, KUKO-ZGB), Art. 67, N. 2; SCHERRER, Urs/ GRETER, Marco: Der Verein in der Praxis - Organisation und Steuern, 2. Auflage, Zürich, 2019, s. 9. Dernek tüzüğünde hüküm bulunması halinde temsilin mümkün olduğu yönünde bkz. SCHERRER, OFK-ZGB, Art. 67, N. 1.

³⁴ HEINI/ SCHERRER, BSK-ZGB, Art. 67, N. 7; NIGGLI, CHK-ZGB, Art. 67, N. 3; SCHERRER/ GRETER, s. 9. Türk hukukunda dernek üyeliğinin başlıca koşulu, yukarıda da belirtildiği üzere, fiil ehliyetine sahip olmaktır. Buna göre, ayırt etme gücünü yitiren veya kısıtlanan kişinin dernek üyeliği de kendiliğinden sona erer ve bu kişinin genel kurulda kanuni temsili dahi mümkün olmaz.

³⁵ Yarg. 18. HD T. 07.06.2016 E. 2016/8502 K. 2016/9134: "(...) Yargıtay uygulamalarına göre uyumsuzluk, öncelikle vakıf hukuku kapsamında mevzuatta yer alan düzenlemeler esas alınarak çözüme kavuşturulacak, hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Medeni Kanununun benzer kuruluşlardan olan derneklerle ilgili hükümleri esas alınarak çözüme gidilmelidir. Vekaleten oy kullanma konusunda vakıf mevzuatında açık bir düzenleme bulunmazken Türk Medeni Kanununa göre derneklerde bu durum açıkça yasaklanmıştır. (...)". Aynı yönde diğer bir karar için bkz. Yarg. 8. HD T. 1.10.2018 E. 2018/13685 K. 2018/16573 (Kazancı).

³⁶ Yarg. 18. HD T. 16.06.2015 E. 2015/7793 K. 2015/10424: "(...) Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında; derneklerde vekaleten oy kullanma söz konusu olmadığı halde vekaleten oy kullanılması, vekaleten oy kullananlar düşüldüğünde dernek genel kurulu toplantı ve karar yeter sayısına ulaşılmamış olması, usulsüz olarak toplantılarda tüzük değişikliğinin yapılmış olması sebebiyle kanuna ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul toplantılarının iptaline karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir. (...)". Benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yarg. 18. HD T. 24.11.2014 E. 2014/16823 K. 2014/16788: "(...) Dosyadaki bilgi ve belgelerden;

Burada, kararın iptali bakımından temsilciler tarafından verilen oyların miktarının, sonucu etkileyecek ölçüde olması aranmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı biçimde, tamamı temsilciler tarafından verilen oylarla alınmış genel kurul kararlarının dahi, bunlara karşı herhangi bir yargı yoluna başvurulmadığı sürece, uygulama alanı bulacaklarını ve hüküm doğurmaya devam edeceklerini belirtmek gerekir.

C. Gerçek Kişi Dernek Üyelerinin Genel Kurulda Temsiline İmkan Tanınabilir mi?

Buraya kadar olan açıklamalar çerçevesinde, gerçek kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsil yasağına ilişkin tartışmanın başlıca iki sebebi olduğu anlaşılmaktadır:

(i) Tartışmanın birinci sebebi, Türk hukukuna özgü bu hükmün emredici nitelikte olup olmaması hususundaki, öğretilerde bulunan görüş farklılığıdır. Gerçekten, TMK m. 69/1 hükmünün emredici olmadığı³⁷, diğer

davalı derneğin 13.01.2013 tarihinde genel kurul toplantısı yaptığı, bu toplantı için üyelere bildirimde bulunulduğu toplantıya 64 üyenin bizzat, 29 üyenin ise vekaleten katıldığı, dernek organlarının seçiminin açık oylama ile yapıldığı ayrıca oylamalarda vekaleten oy kullanıldığı, dernek üyesi 26.11.2012 tarihli yönetim kurulu kararı ile üyeliğine son verilen H. B.'nin hazırlanmış listesine sonradan eklendiği, genel kurul tarihinde dernek üyesi olmayan bu kişiye oy kullanıldığı, toplantı tutanağında davacının muhalefet şerhinin bulunmaması sebebiyle dernek üyesi olan davacının genel kurul toplantısının kanuna ve tüzüğe aykırı yapılması nedeniyle iptali için dava açtığı; mahkemece, davacının muhalefet şerhi bulunmaması sebebiyle dava şartı gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında; genel kurula katılmaması gerekenlerin katılıp oy kullandığı, derneklerde vekaleten oy kullanma söz konusu olmadığı halde vekaleten oy kullanılması genel kurul kararlarının yok hükmünde sayılması gerektiğinden ve bu konularda davacının açıkça muhalefet şerhinin bulunmaması dava açmasına engel oluşturmayacağından, kanuna ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul toplantısının iptaline karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir. (...)" Burada her ne kadar genel kurul kararının "yok hükmünde sayılması" gerektiği ifade edilse de nihayetinde toplantının (kararın) iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Ankara BAM 16. HD T. 13.02.2020 E. 2018/2307 K. 020/173: "(...) dernek genel kurul toplantılarında vekaleten oy kullanmanın mümkün olmadığı, vekaleten oy kullanılması halinde genel kurul kararının yok hükmünde sayılması gerektiği, istinaf aşamasında sunulan 14/06/2017 tarihli genel kurula ait tutanak içeriğinden genel kurula 38 üyenin katıldığı ve katılan 10 üyenin toplantıya vekaleten katıldığı anlaşılmakla genel kurulda alınan kararlarda vekaleten oy kullanılıp kullanılmadığının açıklığa kavuşturulması, oy çokluğu ile karar alındığı anlaşılmakla kimin kaç oy aldığı belirlenmesi, saptanan olguların birlikte değerlendirilerek genel kurulun usule uygun olup olmadığı, genel kurul kararlarının iptalinin gerekip gerekmediği konusunda bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. (...)" (Lexpera).

bir deyişle yedek hukuk kuralı niteliği taşıdığı yönündeki görüş, aynı zamanda, dernek üyelerinin genel kurulda temsilinin de mümkün olduğunu savunmaktadır. Ne var ki hükmün tarihçesi ve lafzı birlikte ele alındığında, bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Zira hüküm, 3415 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmalarında ve gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, dernek üyelerinin genel kurulda temsilini "*yasaklama*" amacını taşır. Hükmün lafzındaki "*zorunluluk*" ifadesinin başka biçimde yorumlanabilmesi mümkün değildir. Buna göre, dernek tüzüğünde, dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanıyan düzenlemelerin bulunması kabul edilmemelidir³⁸. Mevcut hükümler ise herhangi bir iptal kararı alınmasına gerek olmaksızın, kendiliğinden, geçersiz olarak nitelendirilmelidir. Bu kapsamda, Türk öğretisinde çoğunluk tarafından savunulduğu biçimde, halihazırda yürürlükte olan düzenlemelerin gerçek kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanımadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Bunun doğal bir sonucu olarak, Türk hukukunda genel kurulun, gerçek kişi dernek üyeleri tarafından seçilmiş delegelerden oluşan bir "*delegeler kurulu*" biçiminde yapılması da mümkün değildir³⁹.

³⁸ Esasen bu durum, uygulamada, yalnızca dernek tüzüğünde değişiklik yapılması ihtimalinde mümkündür. Zira kuruluş aşamasında dernek tüzüğünün, TMK m. 59 hükmü kapsamında kuruluş bildiri ve gerekli diğer belgelerle birlikte, yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine (valiliğe) teslim edilmesi gerekir. Bu aşamada her bir valilik nezdinde kurulan Sivil Toplumla İlişkiler Müdürlüğü (bilinen adıyla Dernekler Masası), kendisine sunulan evrakı kanuna ve yönetmeliğe uygunluk bakımından inceler ve bunlara uymayanları derhal iade eder. Diğer bir deyişle kuruluş bildiri ve belgeler ile dernek tüzüğünün teslim alındıktan sonra ve dosya üzerinden incelenmesini öngören TMK m. 60/1 hükmü, fiilen, uygulanmaz. Bu kapsamda, dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanıyan veya benzeri hükümleri barındıran tüzük Müdürlük tarafından teslim alınmadığı için ilgili dernek de tüzel kişilik kazanamaz. Ne var ki kanuna açıkça aykırı olan bu uygulamının, aynı zamanda, insan haklarından biri olan örgütlenme özgürlüğüne de fazlasıyla ağır bir müdahale olduğunu ifade etmek gerekir. Dernek olarak örgütlenme özgürlüğü hakkında ayrıca bkz. **SEROZAN**, s. 53-55.

³⁹ Siyasi partiler bakımından ise durum çok farklıdır. Gerçekten, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 14/1-3 hükümlerine göre, "(1) *siyasi partinin en yüksek organı büyük kongredir. (2) Büyük kongre, seçilmiş üyeler ile tabii üyelerden oluşur. (3) Seçilmiş üyeler, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının iki katından fazla olmamak kaydıyla, parti tüzüğünde gösterilen şekilde ve sayıda il kongrelerince seçilen delegelerdir. Tabii üyeler; parti genel başkanı, merkez karar ve yönetim kurulu ile merkez disiplin kurulu üyeleri ve partinin üyesi olan bakanlar ve milletvekilleridir.*" Görüldüğü gibi dernek genel kuruluna benzer nitelikteki büyük kongre, sınırlı sayıda tabii üyenin dışında, il kongrelerince seçilen delegelerden oluşur. Buna göre, üyelerin siyasi partinin yönetimine -doğrudan- katılmaları mümkün değildir.

(ii) Tartışmanın ikinci ve asıl sebebi, daha çok İsviçre öğretisinde işaret edildiği üzere, oy hakkının kişiye sıkı surette bağlı nitelik taşımasıdır. Ancak oy hakkının, diğer pek çok kişiye sıkı surette bağlı hakta olduğu gibi, kullanıldıktan sonra bunun "*icra edilebilmesi*" (hakkın sonuç doğurmasını sağlayan gerekli işlemlerin yapılması) için temsil yetkisi verilmesinde bir engel olup olmadığı hususu, kanun koyucunun tercihinin yerindeliği bakımından, tartışmaya açıktır. Zira gerçek kişinin oy kullanması, yalnızca dernek genel kurulunda gerçekleşen bir durum değildir. Gerçek kişi, ortak sıfatıyla anonim ve limited şirketlerin genel kurulunda veya aynı sıfatla adi şirketin ortaklar kurulunda, kat maliki sıfatıyla ise kat malikleri kurulunda da oy kullanır. Bu tür "*kişi birliklerinde*"⁴⁰ kişilerin yine oy hakları olduğu açıktır. Üstelik bu kişi birliklerinin çoğunda, temsile ilişkin hususlar kanunda açıkça düzenlenmektedir. İlgili yapılarıdaki temsil imkanının, dernek genel kurulundaki temsil yasağının aşılmasına ışık tutabileceği kanısındayız. Ayrıca kanunda yer alan bir hüküm, emredici nitelikte dahi olsa, TMK m. 1/1 hükmü çerçevesinde ve kanunun özü bakımından, örtülü boşluk içerebilir. Uyuşmazlığı çözümlenecek hakim, bu örtülü boşluğu doldururken, yasaklayıcı hükmü kısmen veya tamamen uygulamayabilir. Bunların da ayrıca ve sırayla incelenmesi gerekir.

1. Oy Hakkının Hukuki Niteliği

"*Oy hakkı*" (*Stimmrecht*), üyelik haklarının en önemlisidir⁴¹. Bu hak sayesinde üye, genel kurulda derneğin iradesinin oluşumuna katkıda bulunur ve böylece derneğin yönetimine katılmış olur⁴². Genel kurula katılan üye, karar aşamasında, gündemde yer alan veya toplantı sırasında buna sonradan eklenen maddeler hakkında olumlu, olumsuz veya çekimser⁴³ görüş bildirmek suretiyle oyunu kullanmış olur. Oy kullanma, çoğunlukla, işaretle (toplantı sırasında el kaldırma) veya gizli olarak (kabin içerisinde kapalı zarfa pusula koyarak) gerçekleşir. Tüzükte, genel kurulda alınacak kararların veya bunlardan bir kısmının (sözelimi organ seçimlerinin) hangi oylama usulüne tabi oldukları düzenlenebilir. Böyle bir hükmün bulunmadığı hallerde işaretle oylama yapılması yeterli kabul

⁴⁰ NOMER, s. 1-2.

⁴¹ HEINI, s. 50-51; HEINI/ SCHERRER, BSK-ZGB, Art. 67, N. 1. Benzer yönde bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, N. 1362.

⁴² DURAL/ ÖĞÜZ, N. 1360.

⁴³ Çekimser oyun, oyların değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir oy niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda bkz. NOMER, s. 42 vd.

edilir. Dernek üyesi, oy hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir⁴⁴. Tüzükte bu yönde bir yükümlülük öngörülmesi olsa dahi üye, oy hakkını kullanmaya "zorlanamaz". Bununla birlikte oy hakkını kullanmayan üyeye tüzükte birtakım yaptırımların öngörülmesi mümkündür.

Öğretide oy hakkının, hukuki niteliği bakımından, "*kişiye sıkı surette bağlı haklardan*" (*höchstpersönliche Rechte*) biri olduğu kabul edilir⁴⁵. Kişiye sıkı surette bağlı hakların genel teorisi ise bu hakların temsilci aracılığıyla kullanılmasına izin vermez⁴⁶. Bu kapsamda, oy hakkının da temsilci aracılığıyla kullanılmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Diğer bir deyişle, TMK m. 69/1 benzeri bir hüküm olmasaydı dahi, oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışmaya açık olurdu. Ancak kişiye sıkı surette bağlı hakkın yine hak sahibi tarafından kullanıldığı, bunun yalnızca icra edilmesinin temsilciye bırakıldığı⁴⁷ durumların, söz konusu temsil yasağının kapsamına girmediği hususuna dikkat edilmesi gerekir. Nitekim TMK m. 69/1 benzeri bir hüküm bulunmayan İsviçre hukukunda da konuya bütünüyle böyle yaklaşılmaktadır. Bahsi geçen hüküm ise Türk hukukunda oy hakkının icra edilmesinde dahi temsili yasaklar niteliktedir.

Kişiye sıkı surette bağlı haklar, öğretilde, ayırt etme gücüne sahip olmayanların kanuni temsilcileri tarafından kullanılmalarına elverişli olup olmamaları kriteri bakımından, kişiliğe bağlılıkları ölçüsünde ve kişiliğin korunması ihtiyacı çerçevesinde, kişiye "*mutlak*" (*absolut*) ve "*nisbi sıkı surette bağlı haklar*" (*relativ höchstpersönliche Rechte*) olmak üzere ikiye ayrılırlar⁴⁸. Bunlardan kişiye mutlak sıkı surette bağlı olanlar, sözgelimi evlenmeye veya ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaya yönelik açıklama yapma, hiçbir durumda temsil kabul etmeyen hakları ifade eder. Öyle ki bu tür kişiye sıkı surette bağlı hakların ortaya çıkardığı işlemler, "*temsil düşmanı*" (*vertretungsfeindlich*) olarak dahi nitelendirilir. Kişiye nisbi sıkı

⁴⁴ Karş. HEINI/ SCHERRER, BSK-ZGB, Art. 67, N. 1.

⁴⁵ Bkz. RIEMER, BK-ZGB, Art. 67, N. 36-37; HEINI/ SCHERRER, BSK-ZGB, Art. 67, N. 7; NIGGLI, CHK-ZGB, Art. 67, N. 3; JAKOB, KUKO-ZGB, Art. 67, N. 2.

⁴⁶ Bkz. KARAKAŞ, s. 36 vd.

⁴⁷ Bkz. KARAKAŞ, s. 37-38. Bunun başlıca örneği olarak, boşanma davası açmak üzere gerekli özel temsil yetkisinin avukata verilmesi gösterilebilir.

⁴⁸ Bkz. BUCHER, Eugen/ AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Bern, 2017 (BUCHER/ AEBI-MÜLLER, BK-ZGB), Art. 19-19c, N. 239 vd.; KARAKAŞ, s. 59-60.

surette bağlı olanlar, sözgelimi kişiliğin korunmasına yönelik dava açma veya tıbbi müdahaleye rıza gösterme, belirli koşullarda kanuni temsilciler tarafından kullanılabilen hakları ifade eder. Belirtelim ki bu ayırım, dernek genel kurulunda oy hakkının kullanılması bakımından doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Zira ayırt etme gücünü yitiren üye, Türk hukuku bakımından, esasen, üyelik hakkını da kaybeder (TMK m. 64-65). Ne var ki sözü geçen ayırımı belirleyen kriterlerden biri olan "*bağlılık derecesi*", oy hakkının üye tarafından kullanıldıktan sonra bunun icra edilmesinin temsilciye bırakılmasına elverişli olup olmadığına da işaret eder.

Kanımızca, oy hakkının, kişiye nisbi sıkı surette bağlı bir hak olarak nitelendirilmesi gerekir⁴⁹. Zira bu hakkın, kişiye ve kişilik hakkına ayrılmaz biçimde bağlı olduğuna ilişkin elde hiçbir somut gerekçe yoktur. Ayrıca hak sahibinin, oy hakkını kullandıktan sonra bunun icra edilmesini iradi temsilciye bırakmasında menfaati olduğu açıktır. TMK m. 69/1 hükmü ise bu imkanı açıkça yasaklar niteliktedir. Ne var ki bu yasağın, oy hakkına sahip olan gerçek kişi dernek üyesine ait herhangi belirgin bir hukuki menfaati koruma amacı yoktur. Esasen bu düzenlemenin, yukarıda belirtilen Meclis görüşmelerinden anlaşıldığı üzere, hukuki bir menfaati koruma veya hiç değilse hakkın kullanılma biçimi bakımından teorik bir zemin oluşturma gayesiyle değil, yalnızca birtakım pratik kaygılarla getirildiği anlaşılmaktadır. Bunların dışında, aşağıda da belirtileceği üzere, tüzel kişi dernek üyesine genel kurulda temsil imkanının halihazırda tanınmış olması, kanun koyucunun dahi oy hakkını temsile yabancı bir işlem olarak değerlendirmedini gösterir.

2. Benzer Hukuki Kurumlarda Temsile İlişkin Esaslar

Gerçek kişinin oy kullanmasının, yalnızca dernek genel kurulunda gerçekleşen bir durum olmadığını yukarıda ifade etmiştik. Gerçek kişi, benzer hukuki yapılarda, ortak sıfatıyla (*i*) anonim ve limited şirketlerin genel kurullarında veya aynı sıfatla (*ii*) adi şirketin ortaklar kurulunda, kat maliki sıfatıyla ise (*iii*) kat malikleri kurulunda oy kullanır.

(*i*) Anonim ve limited şirketlerde genel kurul, dernek genel kurulunda olduğu gibi, şirket ortaklarının tamamından oluşur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m. 407 vd. hükümleri anonim şirket, m. 616 vd. hükümleri ise limited şirket genel kurullarının görev ve yetkileri ile toplantıya çağrı ve karar alınması gibi hususları düzenlemektedir. Anonim

⁴⁹ Derneğe üye olma ve dernekten ayrılma hakkı bakımından ayrıca bkz. ve karşı. BUCHER/ AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 19-19c, N. 293-294.

şirketlerde pay sahibinin kişisel haklarını düzenleyen hükümler arasında ilk sırada yer alan m. 425 hükmüne göre, "*pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.*" Kanun'un devamı hükümlerinde de oy hakkının kullanılmasına ve temsile ilişkin diğer hususlar düzenlenmektedir. Bunun dışında, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'in⁵⁰ 3 numaralı ekinde, genel kurulda kendisini temsil ettirecek şirket ortakları için vekaletname (temsil belgesi) örneği dahi bulunmaktadır. Limited şirketlerde ise m. 617/3 hükmüne göre, "*toplantıya çağrı, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak, yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümler, Bakanlık temsilcisine ilişkin olanlar hariç, kıyas yoluyla uygulanır. Her ortak kendisini genel kurulda ortak olan veya olmayan bir kişi aracılığıyla temsil ettirebilir.*" Belirtilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hem anonim hem de limited şirketlerde, şirket ortağının genel kurulda temsilinin mümkün olduğu, buna ilişkin yetkinin genel veya özel nitelikte olabileceği ve temsilcinin şirket ortağı dışında bir üçüncü kişi olabileceği sonuçlarına varılabilir.

(ii) Tüzel kişiliğe sahip olmayan adi ortaklıklarda ise "*ortaklar kurulu*", genel kurul işlevini görür. Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklık sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında yer alan "*Ortaklığın kararları*" başlıklı m. 624 hükmüne göre, "(1) *ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır. (2) Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir.*" Görüldüğü gibi hüküm, ortaklar kurulu toplantısının karar yeter sayısını düzenlemekle yetinmektedir. Öğretide⁵¹, ortaklar kurulu toplantısında karar alınması hususunda, şirket sözleşmesine hüküm konulabileceği, aksi takdirde ortaklar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu sebebiyle ortağın toplantıya bizzat katılması gerektiği, ancak zorunluluk hallerinde toplantıya temsilci aracılığıyla katılmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Adi ortağın kendisini temsil ettirmesi için bir zorunluluk halinin aranması da tartışmaya açıktır. Ancak

⁵⁰ Resmi Gazete 28.11.2012-28481.

⁵¹ **KENDİGELEN**, Abuzer / **KIRCA**, İsmail: Şirketler Hukuku, C. 1, Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri: Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri, İstanbul 2021, N. 155.

her durumda, adi ortaklıklarda, ortaklar kurulu bakımından bir temsil yasağı olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

(iii) Kat mülkiyetine tabi yapılar bakımından da durum benzerdir. Gerçekten, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun anagayrimenkulün yönetimine ilişkin hükümleri arasında ilk sırada yer alan "Genel kurul" başlıklı m. 27 hükmüne göre, "*anagayrimenkul, kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır.*" Kat malikleri kurulu, söz konusu Kanun kapsamında yer alan yapının bağımsız bölüm maliklerinin (kat maliklerinin) tamamından oluşur. Aynı Kanun'un "Oya katılma" başlıklı m. 31/5 hükmüne göre ise, "*kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekâlet edebilir.*" Görüldüğü gibi hüküm, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun ilk halinde olduğu gibi, kat malikleri kurulunda temsilin mümkün olduğu hususunu açıkça düzenlemektedir⁵². Kanun'un ilk halinde yer almayan, 5711 sayılı Kanun ile sonradan eklenen bu hükümden önce de kat malikleri kurulunda temsilin mümkün olduğu kabul edilmekteydi⁵³. Buna göre söz konusu hükmün, esasen, temsile ilişkin bir sınırlandırma niteliği taşıdığı kendiliğinden anlaşılır.

⁵² Kat Mülkiyeti Kanunu'nun m. 31/3 hükmüne göre ise "*bir bağımsız bölümün birden ziyade maliki varsa, kat malikleri kurulunda bunları içlerinden vekalet verecekleri birisi temsil eder. Kat maliklerinden biri ehliyetsiz ise onu kanuni mümessili temsil eder.*"

⁵³ Yarg. 18. HD T. 04.07.2003 E. 2003/5055 K. 2003/5917: "(...) Kat Mülkiyeti Yasasının 30. maddesinde, kat malikleri kurulunun kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlası ile toplanacağı ve oy çoğunluğuyla karar verileceği öngörülmektedir. Bu madde hükmü de göz önünde tutulduğunda dava konusu edilen toplantıya kat maliklerinden dokuzunun (asaleten ya da vekaleten) katıldığı, alınan karara sekizinin olumlu oy kullandıkları ve bunların arsa payı toplamının 7000/11287 olduğu, bu durumda anılan yasa maddesinde öngürülen toplantı ve karar yeter sayısının sağlandığı, diğer yandan alınan karara bağlanan hususların niteliği itibarıyla de sayı ve arsa payı çoğunluğunun yeterli bulunduğu cihetle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü ile kararın iptali yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir. (...) Yönetim planındaki temsil ilkelerine uyulması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 3. HD T. 24.01.2005 E. 2004/14833 K. 2005/60: "(...) Dosya içeriğine göre; toplantının yeter sayı ile yapılmadığı, bu nedenle geçerli kabul edilemeyeceği yönetim planında da üst yönetimle ilgili hüküm bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü cihetine gidilmiştir. Oysa, maliklerin taşınmaz satın alırken satış akitlerinin parçası olarak imzalatılan ve davacı ve diğer malikler yönünden özel anlaşma niteliğinde kabul edilen yönetim planlarının 26. ve 27. maddesine göre; kat malikleri Kurulu oy çokluğu ile toplanır ve karar verir. İlk toplantıda yeter sayı sağlanamadığı takdirde bir hafta içinde yeter sayı aranmaksızın yapılan 2. toplantıda katılanların oy çokluğu ile karar verilir. Toplantıda yazılı

Kat malikleri kurulunda temsil edilmek üzere verilecek yetkinin içeriği bakımından ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nda herhangi bir sınır öngörülmemiştir. Buna göre kat maliki, dilediği içerikte genel veya özel yetki vererek kat malikleri kurulunda temsil edilmesini sağlayabilir. Kat maliki olmayan kişilerin kurulda temsilci olarak bulunabilmeleri, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun m. 18/4 hükmünün ilk halinde öngörülenden farklı olarak, mümkündür. Temsilin miktar bakımından kapsamı ise toplam bağımsız bölüm sayısına göre belirlenir. Burada temsilci, kırk ve daha az bağımsız bölüm bulunan yerlerde en fazla iki kat malikini temsil edebilir ancak bundan fazla bağımsız bölüm bulunan yerlerde oy sayısının en fazla yüzde beşini temsil edebilir. Belirtilen sınırı aşan oylar geçerli sayılmaz⁵⁴. Temsil yetkisi verilmesi, herhangi bir şekle bağlı değildir⁵⁵.

vekaletname ile temsil mümkün olup, ancak bir şahsın vekaleten kullanabileceği oy sayısı bütün oyların sayısının üçte birini geçemez. O halde yönetim planına gere; 1. toplantıda çoğunluk sağlanamadığı için 13.1.2002 de yapılan ikinci toplantıya asaleten katılan 143 kişinin 105 kişiyi de vekaleten temsil ettiği, toplantıya katılanların üçte biri (34 kişi) nisabını aşmayan vekaleten temsillerin bu durumda geçerli olduğu kabul edilerek, toplantıya katılanların oy çokluğuyla aldığı kararın ve yönetici seçiminin müşterek malikler arasında sözleşme niteliği ile tüm malikleri bağlayacağı nazara alınarak davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü ve Kat Malikleri Kurul Kararının iptal edilmesi doğru görülmemiştir. (...)" (Kazancı).

⁵⁴ Yarg. 18. HD T. 10.11.2014 E. 2014/13615 K. 2014/15695: "(...) 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 5711 sayılı Yasa ile değişik 31. maddesinin son fıkrasındaki "kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekalet edebilir." hükmü dikkate alındığında somut olayda, dava konusu anataşınmazda 41 adet bağımsız bölüm bulunduğu göre, toplantıda oy kullanmak üzere vekil tayin edilen yukarıda adı geçen kişiler, %5 kuralına göre en fazla iki kat maliki adına oy kullanabilir. Diğer bir anlatımla, vekaleten oy kullanan bu kişilerin kullandıkları oylardan iki tanesinden fazlasını geçerli kabul etmek mümkün bulunmamaktadır. (...)" Aynu yönde bkz. Yarg. 18. HD T. 04.06.2013 E. 2013/5127 K. 2013/9691 (Kazancı).

⁵⁵ Yarg. 18. HD T. 16.12.2010 E. 2010/11930 K. 2010/16248: "(...) 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın hükümlerine göre anataşınmaz kat malikleri tarafından yönetilir. Aynı yasanın 31. maddesinin son fıkrasına göre kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eli ile kullanabilir. Yetkili vekilin mutlak surette imzalı bir belge ile toplantıya katılması yolunda yasadaki düzenleme bulunmamaktadır. Bilindiği gibi Borçlar Yasası hükümlerine göre vekalet hiçbir şekil koşuluna bağlı değildir. Vekalet sözleşmesinin yazılı veya resmi olması mecburiyeti de yoktur. Vekil eden ile onu temsil eden arasında, somut olayda olduğu gibi temsil yönünden herhangi bir anlaşmazlık bulunmadığı hallerde, vekilin yaptığı işlemlerin, aldığı kararların, oluşacak kararlara verdiği oyların geçerli olduğunun kabulü gerekir. Meğer ki bu yolla temsil edilen kat maliki, o kişinin kendisini temsil etmediğini ona vekalet vermediğini belirtmiş olsun. (...)" (Kazancı).

Bununla birlikte, uygulamada, kat maliki tarafından hazırlanmış adi yazılı veya (özellikle çok sayıda kat malikinin yer aldığı büyük yapıların kurullarında) noter tarafından düzenlenmiş yahut onaylanmış yetki belgelerine sıklıkla rastlanır. Ancak her halde, yönetim planında öngörülmuş bir şekil var ise ona uyulması gerekir.

3. Çözüm Önerisi: Hükmün Amaca Uygun Olarak Sınırlandırılması

Gerçek kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsilini yasaklayan TMK m. 69/1 hükmü, yukarıda da belirtildiği üzere, hakkın kullanılma biçimi bakımından teorik bir zemin oluşturma gayesiyle değil, yalnızca birtakım pratik kaygılarla getirilmiş bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin temelinde yer alan düşünceye göre, gerçek kişi dernek üyeleri genel kurulda oylarını şahsen kullanır ve böylece derneğin yönetimini ele geçirmiş azınlık gruplarının üyelerden temsil belgesi toplayarak karar almalarının önüne geçilir. Ne var ki bu yasaklayıcı düzenleme, dernek üyeleri ile derneğin menfaatine aykırı sonuçlar doğurmaya oldukça elverişlidir. Ayrıca, aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, tüzel kişilerin dernek genel kurulunda temsil edilmelerine açıkça imkan tanınması, gerçek ve tüzel kişi dernek üyeleri bakımından kabul edilmesi güç bir ayırım getirmiştir.

Genel kurulda temsilin yasaklanması, dernek üyelerinin menfaatine aykırı sonuçlar doğurmaya elverişli olduğu kolaylıkla görülür. Zira üyeler, pek çok sebepten ötürü, genel kurula katılamayabilir veya katılmak istemeyebilir. Böyle durumlarda, üyenin derneğin yönetimine katılma ve oy haklarını elinden almanın makul bir gerekçesi yoktur. Bu üyelerin iradelerinin de genel kurulda alınacak kararlara yansımada ise fayda olduğu inkar edilemez⁵⁶. Kaldı ki kendisini genel kurulda temsil ettirmek isteyen üye, bu yetkiyi her zaman geri alabilir. Üyenin bu geri alma hakkından önceden feragat edebilmesi de mümkün değildir (TBK m. 42/1-2)⁵⁷. Diğer bir anlatımla, dernek üyesinin, genel kurulda temsil edilmesini sağlamak üzere diğer üyelerden birine veya üçüncü bir kişiye yetki vermesi bakımından kendisi açısından hiçbir sakınca yoktur. Bunun dışında, üyelerin fiilen bir araya gelmeleri gerekmeksizin derneğin yönetimine katılabilecekleri hususuna, toplantısız veya çağrısız alınan

⁵⁶ ENGİN, Değişiklikler, s. 355.

⁵⁷ Bu durumun ticaret ortaklıkları bakımından pay veya pay senedi için temsil yetkisi elde eden kişiler bakımından sürekli ve güvenilir bir hukuki bağlantı oluşturmadığı yönünde bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Oy Sözleşmeleri, 5. bs., İstanbul 2015, s. 2-3.

kararlara ilişkin TMK m. 76/1 hükmünde işaret edildiği üzere, Kanunda -sınırlı biçimde olsa dahi- cevaz verilmektedir.

Yukarıda belirtilen hususlar, derneğin menfaati bakımından da geçerlidir. Belirtmek gerekir ki üyelerin genel kurula şahsen katılmaları zorunluluğu, bunların doğrudan ikinci toplantı esas alınarak yürütülmesi yönünde bir "*teamülün*" yerleşmesine sebep olmuştur. Gerçekten, birinci toplantıya üyelerin salt çoğunluğunun, gündemde bir tüzük değişikliği (veya derneğin feshi) söz konusu olduğunda üyelerin üçte ikisinin katılması zorunluluğu (TMK m. 78/2), çok sayıda üyeye sahip dernekler bakımından bu toplantıları imkansız hale getirmektedir. Üstelik böyle durumlarda yapılan ikinci toplantı ise -yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olmayacak- pek az sayıda kişinin, dernek hakkındaki bütün kararları almasına imkan tanımaktadır.

Görüldüğü gibi TMK m. 69/1 hükmü, özellikle genel kurula katılma imkanı olmayan üyelerin bu haklarını, menfaatlerine aykırı bir sonuç doğurması mümkün olmadığı halde, ortadan kaldırmaktadır. Bu durum, toplantı yeter sayısının sağlanamadığı ihtimallerde ikinci toplantı yapılmasını ve böylece neredeyse hiçbir çoğunluk aranmaksızın dernek hakkında bütün kararların alınmasını, toplantı yeter sayısının sağlandığı ihtimallerde ise bu kez yönü ve içeriği belirsiz oylar⁵⁸ ve hatta (geçerli) oy kullanılmaması sebepleriyle, genel kurulda dernek lehine karar alınmaması sonuçlarını doğurabilir. Kanunun böyle bir amacı olmadığı ise açıktır. Bu halde söz konusu hükmün amacına uygun olarak sınırlandırılması, kanımızca, hem dernek üyelerinin hem de derneğin menfaatlerini korumaya yönelik yerinde bir çözüm olur.

Kanun hükmünün amaca uygun olarak sınırlandırılması (teleolojik reduksiyon), kanundaki örtülü boşluğun doldurulması faaliyeti çerçevesinde, hükmün geniş kapsamlı lafzının (sözünün), yorum yoluyla tespit edilen amacının (özünün) gerektirdiği biçimde, sınırlı bir uygulama alanına indirgenmesi ve bu alanda sınırlandırılması olarak tanımlanabilir⁵⁹. Kanunun lafzının çok geniş kapsamlı olduğu ve herhangi bir istisnaya yer

⁵⁸ Böyle durumların ortaklığın hayatı için çok önemli kararların alınmasını "*yüzen gelen*" oylara bırakacağı yönünde bkz. **MOROĞLU**, s. 2-3.

⁵⁹ Ayrıca bkz. **KIRCA**, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 98-99; **AKBULUT**, Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yapıtırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul 2016, s. 101.

vermediği hallerde bunu sınırlandırmak gerekir. Nitekim TMK m. 69/1 hükmü bakımından durum böyledir. Dernek üyelerinin genel kurulda temsiline hiçbir surette imkan tanımayan bu hükme, TMK m. 1/3 hükmü kapsamında hukuk yaratacak hakim tarafından, belirli koşullar dahilinde istisna getirilebilir.

Gerçek kişi dernek üyesinin genel kurulda temsiline imkan tanınması, öncelikle, İsviçre ve Alman hukuklarında da kabul edilen anlayışa benzer biçimde, buna dernek tüzüğünde imkan tanınması, ardından temsilci aracılığıyla kullanılacak oyun yönünün (olumlu, olumsuz veya çekimser içerikte yahut adaylardan birinin seçimi yönünde) doğrudan üye tarafından belirlenmiş olması koşullarına bağlıdır⁶⁰. Belirtelim ki bu durum, oy hakkının kişiye sıkı surette bağlı nitelik taşımasının doğal bir sonucudur. Kullanılacak oyun yönünün üye tarafından belirlendiği durumlarda oy hakkı yine üye tarafından kullanılmış ancak bunun icra edilmesi temsilciye bırakılmış olur. Bu kapsamda dernek üyesi, TMK m. 77/1 hükmü kapsamında kendisine bildirilmiş olan toplantı gündeminde yer alan hususlardaki oyunun içeriğini şahsen belirler ve bunu temsilciye iletir, diğer bir deyişle temsilciyi belirlenen içerikte yetkilendirir. Aynı husus, gündeme sonradan alınan maddeler bakımından, temsilcinin telefon veya internet aracılığıyla iletişime geçtiği üyenin, bu maddeler hakkındaki oyunun yönünü belirlemesi ve temsilciyi sözlü olarak yetkilendirmesi durumunda da geçerlidir⁶¹. Dernek üyesinin, temsilciyi, gündem hakkında dilediği kararı alması hususunda yetkilendirmesini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

Dernek üyesinin genel kurulda temsiline imkan tanıyacak yetkinin verilmesi, temsile ilişkin genel kuralın bir uzantısı olarak, şekle bağlı olmamalıdır. Ancak bu şekil serbestisi, temsilcinin genel kurula katılma hakkı bulunan üyelerin listesine (hazirun listesi) imza atarak toplantı yerine girebilmesi ve özellikle temsilcinin yetkilendirildiği içerikten farklı yönde oy kullanması sorunlarını ortaya çıkarabilir. Burada iki ayrı ihtimal üzerinde durmak gerekir:

⁶⁰ İsviçre öğretisinde bu yönde bkz. **BRÜCKNER**, N. 1219; **HEINI**, s. 51-52.

⁶¹ Anonim şirketlerde oy hakkının temsilci aracılığıyla kurulmasının mümkün ve üstelik bunun büyük şirketler bakımından kural olduğu, burada yetkinin süre veya içerik bakımından çoğu kez sınırlandırılmadığı, bunun sebebinin de kanun koyucunun anonim şirketlerde oy kullanmayı kişiliğe bağlı bir hak olarak görmemesi olduğu yönünde bkz. **BRÜCKNER**, N. 1220.

(i) Birinci ihtimal, genel kurula temsilci aracılığıyla katılacağı hususunun üye tarafından daha önce derneğe bildirilmemiş olmasıdır. Bu ihtimalde temsilcinin, genel kurula katılmaya yetkisi olduğunu ispata elverişli bir belgeyi -resmi makamlarca verilmiş kimlik belgesi gösterilmesinde olduğu gibi- yönetim kuruluna veya onlar tarafından belirlenen görevlilere sunması gerekir⁶². Temsilcinin yetkilendirildiği içerikten farklı yönde oy kullanması ise üye ile temsilci arasındaki ilişki (çoğu kez vekalet sözleşmesi) kapsamında çözümlenir.

(ii) İkinci ihtimal, genel kurula temsilci aracılığıyla katılacağı hususunun üye tarafından daha önce derneğe bildirilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde temsilcinin toplantı yerine girebilmesi sorunu kendiliğinden çözümlür. Oyun yönü bakımından ise durum yine ikiye ayrılır. Derneğe yapılan bildirim yalnızca genel kurula temsilcinin katılacağı hususunu içerdiği durumlarda yine yukarıdaki esasları uygulamak gerekir. Derneğe yapılan bildirimde oyun yönü de belirlenmişse, bu kez aksi yöndeki oyların toplantıyı yöneten başkanlık heyeti (divan) tarafından dikkate alınmaması ve bildirimde uyulması düşünülebilir. Ne var ki bu husus, söz konusu ilişkiyi temsil olmaktan çıkarır. Buna göre, her halde, temsilci oyunu serbest biçimde kullanır. Temsil yetkisini aşan temsilcinin üyeye karşı sorumluluğu saklıdır⁶³. Burada son olarak, temsile yetkisi verilmesi hususunda dernek tüzüğüne hüküm konulabileceğini, böyle bir durumda ilgili şekil koşuluna uyulması gerektiğini ifade edelim.

Temsilcinin dernek üyesi olmasına⁶⁴ ve temsilcinin elinde bulundurduğu yetkiye miktar bakımından belirlilik arz edecek düzeyde bir sınırlandırma getirilmesine ise gerek görülmemelidir. Dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanıyan 2908 sayılı Kanun'un ilk hali, yukarıda açıklandığı üzere, temsilcinin de dernek üyesi olmasını aramakta

⁶² Genel kurula temsilcinin katılacağı hususu, hazirun listesine imza atıldığı sırada, doğrudan üye tarafından da bildirilebilir. Ancak böyle bir durumda görevlilerin, söz konusu bildirim ve yetkilendirme işlemi tutanak altına almaları gerekir. Bununla birlikte, genel kurul toplantı yerine gelen bir üyenin buraya katılmak yerine bir temsilci yetkilendirmesi ihtimalinin pek olası gözükmediğini ifade etmek gerekir.

⁶³ Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun "*Pay sahibinin temsili*" üst başlıklı m. 427 hükmüne göre, "(1) *katılma haklarını temsilci olarak kullanan kişi, temsil edilenin talimatına uyar. Talimata aykırılık, oyu geçersiz kılmaz. Temsil edilenin temsilciye karşı hakları saklıdır. (2) Hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödüllü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimse, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabilir.*"

⁶⁴ Karş. ENGİN, *Değişiklikler*, s. 355.

ve bunu yalnızca bir üye ile sınırlamaktaydı. Bunlardan temsilcinin üye olması koşulu, üyeler dışındaki kişilerin -temsilci sıfatlarıyla dahi olsa- derneğin yönetimine ve işleyişine katılmalarının önüne geçme anlayışına dayanmaktaydı. Ancak bu anlayış, aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, tüzel kişiler bakımından bütünüyle aşılmıştır. Yetkinin miktar bakımından sınırlandırılması koşulu ise genel kurulun usulen yapmış bir toplantıya dönüşmesinin önüne geçer. Ne var ki burada miktar bakımından belirlilik arz edecek düzeyde bir sınırlandırma yapmak yerine, yine hükmün amacı doğrultusunda, temsilcinin toplantı ve karar yeter sayısını tek başına veya somut olayın koşulları ile özellikle dürüstlük kuralı uyarınca belirlenecek birkaç kişi tarafından oluşturmamasına dikkat edilmesi ile yetinilmelidir.

II. TÜZEL KİŞİ DERNEK ÜYELERİNİN GENEL KURULDA TEMSİLİ

Oyun şahsen kullanılması zorunluluğuna ilişkin TMK m. 69/1 hükmü, dernek üyesinin gerçek veya tüzel kişi olması bakımından bir ayırım yapmış değildir. Bu kapsamda, tüzel kişilerin de genel kurula katılma ve burada oy kullanma haklarını şahsen kullanmaları zorunlu olmalıdır. Ne var ki gerçekte durum böyle değildir.

A. Genel Kurulda Temsil Bakımından Yapılan Tüzel ve Gerçek Kişi Ayrımı

Oyun şahsen kullanılması zorunluluğunu getiren 3415 sayılı Kanun, başlangıçta, tüzel kişilerin genel kurulda temsilini yasaklama amacı taşımamaktadır. Ne var ki bu durum bilinçli bir tercihin sonucu olmayıp, bütünüyle, ilgili 743 sayılı Medeni Kanun döneminde tüzel kişilerin dernek kurma veya kurulmuş derneğe üye olma hakkının Türk öğretisinde ve uygulamasında büyük çoğunlukla kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Belirtelim ki 4721 sayılı TMK bakımından da başlangıçta durum böyleydi. Buna karşın, 4963 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişikliklerden sonra, tüzel kişilerin dernek kurma ve kurulmuş derneğe üye olma hakları açıkça kabul edilmiştir. Bu değişiklikten sonra yürürlüğe giren 5253 sayılı Dernekler Kanunu ise tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsiline açıkça imkan tanımaktadır. Gerçekten, sözü geçen Kanun'un m. 6 hükmüne göre, *"tüzel kişinin üye olması halinde, tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı veya temsille görevlendireceği kişi oy kullanır. Bu kişinin başkanlık veya temsil görevi sona erdiğinde, tüzel kişi adına oy kullanacak kimse yeniden belirlenir."*

Tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanıyan 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun m. 6 hükmü, TMK m. 69/1 hükmüne kıyasla, özel niteliktedir. Bu iki hüküm birlikte ele alındığında varılacak sonuç, genel ve evrensel bir hukuk ilkesi olan "*özel hüküm genel hükmü ilga eder*" (*lex specialis derogat legi generali*) kuralı uyarınca, TMK m. 69/1 hükmünün tüzel kişiler bakımından uygulanamayacağı olmalıdır. Bu kapsamda, dernek üyelerinin genel kurulda temsili bakımından, belirgin bir gerçek ve tüzel kişi ayrımının ortaya çıktığı kolaylıkla görülür. Ne var ki Kanun'un hazırlık çalışmalarında veya meclis görüşmelerinde sözü geçen bu ayrıma işaret eden herhangi bir husus yoktur. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, dernek genel kurulunda temsile imkan tanımak suretiyle, burada mutlak bir temsil yasağı olmadığını dolaylı biçimde dahi olsa kabul etmiştir. Bu hususun, gerçek kişi dernek üyelerin de genel kurulda temsil edilebileceği yönündeki görüşü desteklediği kanısındayız. Bunun dışında, tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsili bakımından oldukça geniş bir yetki alanı bırakıldığı, hükmün lafzı itibarıyla kendiliğinden anlaşılır.

B. Tüzel Kişi Dernek Üyelerinin Temsili Usulü ve Burada Yaşanan Bazı Hukuki Sorunlar

Tüzel kişilere dernek üyesi olabilme imkanının tanınması, doğal olarak, bu tür üyelerin genel kurulda iradelerini nasıl açıklayacağı sorununu beraberinde getirir. Gerçekten, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır (TMK m. 50/1). Bu organ, derneklerde yönetim kurulu, vakıflarda yönetim organı, ticaret ortaklıkları bakımından anonim şirketlerde yine yönetim kurulu, limited şirketlerde ise müdürdür. Derneğin üyesi olan tüzel kişi, kural olarak, burada sayılan yetkili organ tarafından alınacak karar çerçevesinde, genel kurulda iradesini açıklar. Ne var ki Dernekler Kanunu m. 6 hükmü bu ilkeyi benimsemiş değildir. Sözü geçen hüküm kapsamında tüzel kişi, belirli bir kişi tarafından temsil edilir. Temsilci, yönetim kurulu başkanı veya tüzel kişi tarafından görevlendirilen üçüncü bir kişi olabilir. Üçüncü kişinin ilgili tüzel kişinin yetkili organı içerisinde bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte uygulamada, üçüncü kişinin, ilgili tüzel kişinin yetkili organının üyelerinden biri veya hiç değilse tüzel kişinin (sigortalı) çalışanı olması aranır. Tüzel kişiyi temsil edecek kişinin kimlik bilgileri, Dernekler Yönetmeliği m. 83/8 hükmü kapsamında, dernek beyannamesi bünyesinde Sivil Toplumla İlişkiler Müdürlüğü'ne yazılı olarak veya Dernekler Bilgi Sistemi (DERBİS) üzerinden bildirilir. Bu bildirimde yer almayan ancak daha sonra tüzel kişi

tarafından yetkilendirilmiş bir kişinin genel kurula katılması ve burada oy kullanması, teorik olarak mümkün olmakla birlikte, uygulamada kabul edilmemektedir. Ancak bu uygulamanın da kanunda bir dayanağı bulunmadığını ifade etmek gerekir.

Tüzel kişi dernek üyelerinin temsili, öncelikle, genel kurula ilişkindir. Bu kapsamda temsilci, dernek üyesi adına genel kurula katılmaya ve burada oy kullanmaya yetkilidir. Ne var ki söz konusu yetki bununla sınırlı değildir. Burada iki ayrı ihtimal üzerinde durmak gerekir. Birinci ihtimalde tüzel kişi, derneğin yalnızca üyesidir. Böyle durumlarda, tüzel kişiyi temsil edecek kişinin bu yetkisi, ilgili tüzel kişi tarafından her zaman geri alınmış veya bu yetki kendiliğinden sona ermiş olabilir. Bu gibi hallerde tüzel kişi adına oy kullanacak kimse yeniden belirlenir (Dernekler Kanunu m. 6). İkinci ihtimalde ise tüzel kişi, aynı zamanda, derneğin yönetim veya denetim kurulları ile tüzükte öngörülen diğer kurullarında üye olarak yer alır. Nitekim, tüzel kişilerin temsili bakımından yaşanan asıl hukuki sorun da bundan kaynaklanır. Gerçekten, yukarıda belirtilen dernek organlarına ilişkin seçimlerin, tüzel kişiye izafeten aday olan temsilcileri üzerinden yapılması yönünde bir uygulama bulunmaktadır. Esasen bu uygulama bütünüyle isabetsizdir zira üye olmayan kişilerin dernek yönetim veya denetim kuruluna üye olabilmeleri mümkün değildir. Ayrıca böyle durumlarda, yetkisi geri alınan veya sona eren temsilcinin ilgili organdaki görevinin de sona ermeyeceği, üstelik bu yetkilerin genel kurul dışında bir organ tarafından sona erdirilemeyeceği kabul edilir. Bu uygulamaların, kanunda dayanağı bulunmaması bir yana, ona bütünüyle aykırı olduğunda tereddüt edilmemelidir.

SONUÇ

Dernek üyelerinin genel kurulda temsilini yasaklayan TMK m. 69/1 hükmü, derneği bir biçimde ele geçirmiş kişi veya kişilerin, üyelere toplayacakları temsil belgeleriyle dernek üzerindeki hakimiyetlerini sürdürmelerinin önüne geçme amacını taşır. Ne var ki bu yasaklayıcı düzenleme, dernek üyeleri ile derneğin menfaatine aykırı sonuçlar doğurmaya oldukça elverişlidir. Genel kurula herhangi bir sebeple katılmayan üyelerin iradelerinin de burada alınacak kararlara yansımada ise fayda vardır. Bunun dışında, her zaman geri alınabilen temsil yetkisinin, üyenin menfaatine aykırı bir sonuç doğuracağı da söylenemez. Ayrıca tüzel kişi dernek üyelerinin genel kurulda temsiline imkan tanıyan Dernekler Kanunu m. 6 hükmü, TMK m. 69/1 hükmünü kısmen ilga ederek temsil yasağını gerçek kişilere özgülemiş ve böylece kabul edilmesi güç bir ayrım

getirmiştir. Buna göre, TMK m. 69/1 hükmünün amaca uygun olarak sınırlandırılması, diğer kişi birliklerindeki uygulamalara benzer biçimde, dernek tüzüğünde hüküm bulunması ve kullanılacak oyun yönünün üye tarafından belirlenmesi koşullarıyla, gerçek kişi dernek üyelerinin de genel kurulda temsil edilebilmeleri gerekir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yapıtırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul 2016.
- AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 17. bs. İstanbul, 2021.
- AKÜNAL**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. bs., İstanbul 1995.
- AYAN**, Mehmet/ **AYAN**, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. bs., Ankara, 2016.
- AYKUL**, Ömer: Dernekler Hukuku, 3. bs., Ankara 2021.
- BREITSCHMID**, Peter/ **JUNGO**, Alexandra (hrsg.): CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich 2016 (**NIGGLI**, CHK-ZGB).
- BRÜCKNER**, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000.
- BUCHER**, Eugen/ **AEBI-MÜLLER**, Regina Elisabeth: Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Bern 2017 (**BUCHER/ AEBI-MÜLLER**, BK-ZGB).
- BÜCHLER**, Andrea/ **JAKOB**, Dominique (hrsg.): Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2017 (**JAKOB**, KUKO-ZGB).
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 18. bs., İstanbul 2017.
- ENGİN**, Baki İlkyay: Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul 1995 (**ENGİN**, Dernek Üyeliği).
- ENGİN**, Baki İlkyay: "Yeni Medeni Kanun ve Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Dernekler Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (**ENGİN**, Değişiklikler).
- FEYZİOĞLU**, Feyzi N./ **DOĞANAY**, Ümit/ **AYBAY**, Aydın: Medeni Hukuk Dersleri, 3. bs., İstanbul 1976.
- HATEMİ**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul 2020.
- HEINI**, Anton: Das Schweizerische Vereinsrecht, Basel 1988.
- HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter/ **GEISER**, Thomas (hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (**HEINI/ SCHERRER**, BSK-ZGB).
- KARAKAŞ**, Fatma Tülay: Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.

- KENDİGELEN**, Abuzer/ **KIRCA**, İsmail: Şirketler Hukuku, C. 1, Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri: Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri, İstanbul 2021.
- KIRCA**, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119.
- KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta/ **WOLF**, Stephan/ **AMSTUTZ**, Marc/ **FANKHAUSER**, Roland: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016 (**SCHERRER**, OFK-ZGB).
- MOROĞLU**, Erdoğan: Oy Sözleşmeleri, 5. bs., İstanbul 2015.
- NOMER**, Haluk N.: Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2008.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. bs., İstanbul 2018.
- ÖZSUNAY**, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. bs., İstanbul 1982.
- ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 46. bs., Ankara 2021.
- RIEMER**, Hans Michael: BK - Berner Kommentar, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, 3. Auflage, Bern 1990 (**RIEMER**, BK-ZGB).
- SCHERRER**, Urs/ **GRETER**, Marco: Der Verein in der Praxis - Organisation und Steuern, 2. Auflage, Zürich 2019.
- SEROZAN**, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, 2. bs., İstanbul 1994.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı V./ **ATAAY**, Aytakin M.: Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul 1956.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **ACABEY**, M. Beşir/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Zevkçiler Medeni Hukuk, 6. bs., Ankara, 1999.
- www.kazanci.com (Kazancı).
- www.lexpera.com (Lexpera).

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI DURUMUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK HÜKÜMLERİNİN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER (HUAK m. 18/A,18)

Doç. Dr. Levent BÖRÜ*

Öz

Son zamanlarda dava şartı (zorunlu) arabuluculuk uygulamasının gelişmesi ile birlikte, tahkime ve arabuluculuğa ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması noktasında sorunlar ortaya çıkmıştır. Özellikle aynı somut olayda tahkime ve arabuluculuğa ilişkin HUAK, HMK ve özel kanunlarda dava şartına ilişkin (TTK m. 5/A; İK m. 3; TKHK m. 73/A) hükümlerin hangilerinin öncelikle uygulanması gerektiği cevaplandırılması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu sorunun çözümü HUAK m. 18/A,18 hükmü ile düzenlenmiş olmasına rağmen, hükmün yorumlanması bakımından uygulamada bazı tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Çalışmamız, HUAK m. 18/A,18 hükmünün değerlendirilmesi üzerinedir. Başka bir deyişle tahkim sözleşmesi karşısında, dava şartı olan arabuluculuk hükümlerinin HUAK m. 18/A,18 karşısında nasıl bir uygulamasının olması gerektiğinin değerlendirilmesi yapılmıştır.

* Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Procedure and Enforcement Bankruptcy Law Department, Ankara, Turkey.

✉ leventboru@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0003-3043-3467.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BÖRÜ, Levent: "Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m.18/A,18)", SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 65-89.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi • Arabuluculuk • Dava Şartı Arabuluculuk • Tahkim • Tahkim İlk İtirazı

ASSESSMENTS ON WHETHER THE PROVISIONS OF MEDIATION AS CAUSE OF ACTION CAN BE APPLIED IN THE EXISTENCE OF THE ARBITRATION AGREEMENT (HUAK m. 18/A,18)

Abstract

Recently, with the development of mediation as cause of action (mandatory mediation) practice, a number of issues have arisen in the implementation of the provisions of the legislation on arbitration and mediation. In the same concrete case, which of the provisions regarding the cause of action in the HUAK, HMK and special laws (TTK m. 5/A; İK m. 3; TKHK m. 73/A) regarding arbitration and mediation should be applied first and foremost has emerged as a issue which needs to be answered in particular. Although it is regulated by the HUAK 18/A,18 provision, it is observed that there are a number of discussions in terms of the interpretation of the provision in practice. Our study is related to evaluation of HUAK m.18/A, 18. In other words, it has been evaluated that what kind of application the mediation provisions of the arbitration agreement should have against the HUAK article: 18/A,18.

Keywords

Alternative Dispute Resolution • Mediation • As Cause of Action (Mandatory) Mediation • Arbitration • The Preliminary Objection of Arbitration

GİRİŞ

Dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, arabuluculuk veya tahkim ile çözümlenmesi mümkündür. Ülkemizde tahkim, arabuluculuğa nazaran daha eskiden beri uygulanan bir yöntemdir. Tahkim, ülkemizde ilk defa 04.10.1927 yürürlük tarihli 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Daha sonra tahkime ilişkin mevzuat hükümleri yabancı ve yabancı nitelikte olmayan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ikiye ayrılmıştır: Yabancı nitelikteki uyuşmazlıkların, 21.06.2001 yürürlük tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile yabancı

nitelikte olmayan uyuşmazlıkların ise 01.10.2011 yürürlük tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çözümlenmesi amaçlanmıştır¹.

Arabuluculuk ise, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'nın 07.06.2012 tarihinde kabul edilmesi ve 22.06.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile ülkemizde ilk defa uygulanmaya başlamıştır. Söz konusu arabuluculuk öncelikle tarafların rızası ile yapılan ihtiyari (gönüllü) bir süreç olarak düşünülmüştür. Daha sonraki zamanlarda ise kanun koyucu bazı hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar bakımından henüz dava açılmadan arabuluculuk yoluna başvurulmuş olmasını (zorunlu) bir dava şartı (HMK m. 114 vd.) olarak kabul etmiştir. HUAK bağlamında dava şartı arabuluculuk hukukumuzda ilk olarak işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar bakımından öngörülmüştür. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı arabuluculuğu konu edinen m. 3 hükmü, 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Bunu takip eden süreçte işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuğun başarı sağlamasının da olumlu etkisiyle 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile HUAK ve TTK' da yapılan değişikliklerle, ticari nitelikteki uyuşmazlıkların önemli bir kısmı bakımından dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler 01.01.2019'da yürürlüğe girmiştir. Son olarak 7251 sayılı Kanunla gerek HMK gerek diğer Kanunlarda özel hükümlerle getirilen değişiklikler çerçevesinde tüketici uyuşmazlıkları bakımından dava şartı olarak arabuluculuk TKHK m. 73/A maddesinde (istisnaları ile birlikte) düzenlenmiş ve yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk yöntemine başvuru, uyuşmazlıkların daha az masrafla ve hızlı sürede çözümlenmesini mümkün kılması sebebiyle (zorunlu) dava şartı uygulamasıyla daha da artmıştır².

¹ Tahkimin tarihi gelişimi için bkz. **AYDEMİR**, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 17 vd.; **ÖZBEK**, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku C. I, Ankara 2022, s. 154 vd.

² Dava alışkanlığının getirmiş olduğu yargı yükünü azaltmaya yönelik bu tür zorunlu yöntemler, uyuşmazlıkların dostane bir çözümünü teşvik ederek yaygınlaştırmaya yarayan araçlardır. Dava hakkını ortadan kaldırmaya, müzakere ortamı yaratmaya çalışan bu yöntemlerin başvurusunun zorunlu kılınması ölçülülük ilkesine aykırı olarak değerlendirilmemelidir. Bkz. **KIYAK**, Emre, Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara 2018, s. 39; Dava yolunu kapamayan ve davanın görülmesinde önemli bir gecikmeye de sebep olmayan zorunlu (dava şartı olan) arabuluculuk kurumunun hak arama özgürlüğünün özünü zedelemez. Bkz. **BUDAK**, Ali Cem Budak/ **KARAASLAN**, Varol, Medeni Usul

Dava şartı (zorunlu) arabuluculuk uygulamasının gelişmesi ile birlikte, son zamanlarda özellikle tahkime ve arabuluculuğa ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması noktasında sorunlar ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, aynı somut olayda tahkime ve arabuluculuğa ilişkin yukarıda ismen belirttiğimiz mevzuata ilişkin hükümlerin hangilerinin öncelikle uygulanması gerektiği cevaplandırılması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu sorunun çözümü esasen HUAK m. 18/A,18 hükmü ile düzenlenmiş olmasına rağmen hükmün yorumlanması bakımından uygulamada hala bazı tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Çalışmamız, HUAK m. 18/A,18 hükmünün yorumlanması, değerlendirilmesi üzerinedir.

Çalışmamızda tahkimin ve arabuluculuğun sıklıkla alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun bir türü olarak nitelendirilmesinden ötürü, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı üzerinde kısaca durulmuştur. Daha sonra tahkim ile arabuluculuk kurumlarının birbirlerinden ayırt edilmesine ilişkin bazı kıstaslara değinilmiştir; çünkü HUAK m.18/A,18'de "tahkim" kavramı, "alternatif uyuşmazlık çözüm yolu" kavramından açıkça ayırt edilmiştir. Çalışmamızın son kısmında ise tahkim sözleşmesi karşısında, dava şartı olan arabuluculuk hükümlerinin HUAK m.18/A,18 karşısında nasıl bir uygulamasının olması gerektiğinin değerlendirilmesi yapılmıştır.

Hukuku, 6.Baskı, İstanbul 2022, s. 505; Buna karşın doktrindeki bazı karşı görüşlere göre arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, yargılama hukuku ilkeleri bakımından uygun değildir. Bu görüşte olanlara göre arabuluculuğun dava şartı olarak değil de tahkim gibi ilk itiraz olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bkz. **EKMEKÇİ**, Ömer/**ÖZEKES**, Muhammet/**ATALI**, Murat/**SEVEN**, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.Baskı, İstanbul 2019, s. 153 vd; Arabuluculuk karşılaştırmalı hukukta da yeni düzenlenmeye başlayan alanlardan biridir. Dolayısıyla arabuluculuk günden güne gelişim göstermektedir. Zorunlu arabuluculuk modelleri, sadece ülkemizde değil, çeşitli hukuk sistemlerinde de maliyetlerinin düşürülmesi ve yargıdaki iş yükünün azaltılabilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Örneğin İtalya ve Kanada gibi ülkelerde de zorunlu arabuluculuk uygulaması vardır. Bu da arabuluculuğun zorunlu (dava şartı) olarak düzenlenmesi konusunda karşılaştırmalı hukuk anlamında da gelişim gösterdiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **HOPT**, Klaus J./**STEFFEK**, Felix, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Mediation: Comprasion of Laws, Regulatory Models, Fundamentel Issues, Oxford 2012, s. 24 vd; **ÖZMUMCU**, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 808 vd.

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU KAVRAMI

Mahkemeler eliyle yürütülen yargılama hukuku, şekli kurallara sahip esnek olmayan bir süreçtir ve bu kurallar, hukuk devletinin güvencesi altındadır; bununla birlikte bazı uyuşmazlıkların yargılama suretiyle çözümü taraflarını her zaman memnun etmeyebilir; bu uyuşmazlıkların, uyuşmazlığın taraflarınca kararlaştırılan yöntemlerle çözülmesi daha barışçıl olabilir³. Bu nedenle, kanun koyucu bazı uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülebilmeye yönelik yasal düzenlemelerde bulunmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak da ifade edilmektedir. Amerikan kökenli bir kavram olan “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi”, İngilizcede “Alternative Dispute Resolution” ile, Almandada “Außergerichtliche Streitbeilegung”, “Außergerichtliche Konfliktbeilegung” “Alternative Streitbeilegung” terimleri ile ifade edilmektedir⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı, ilk defa devlet mahkemelerinin yargılamasına alternatif olarak düşünülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ortaya çıkmakla birlikte bu düşünce artık modern zamanda değişmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sisteme ikame edilmek istenen ya da onunla rekabet içinde olan çözümler süreci değildir; bu yöntemlerle asıl amaçlanan, kamu düzenini ilgilendirmeyen, küçük çaplı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların adli bir sorun olarak ortaya çıkmasından önce çözümünü gerçekleştirmektir⁵. Bu yönüyle Alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devletin, uyuşmazlıkların çözümü hususunda yargı yetkisi dışında kişilere sunduğu bir imkândır⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mahkeme ya da devlet yargısına bir alternatif değil; yargı organlarını destekleyici bir işleve sahip

³ ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, Aufl.17, München 2010, s. 4-5.

⁴ Bkz. BÖRÜ, Levent: “Alman Hukukunda Arabuluculuk”, Türk Alman Çalışmaları Serisi I-Sosyal Bilimler Makaleleri, 2020, s. 211; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 4-5.

⁵ TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2.Baskı, Ankara 2022, s. 31.

⁶ GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2022, s. 732.

olduğunu belirtmek gerekir⁷. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini devletin mutlak egemenliğinde olan yargılama faaliyetinin bir alternatifi değil; onu destekleyici yöntemler olarak düşünmek gerekir⁸. Bu sebeple, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı yerine bugün doktrinde daha çok tercih edilen “dostane çözüm yolları” kavramıdır⁹. Fakat uygulamada alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramının kullanımı, dostane çözüm yollarına göre daha çok yerleşmiştir ve kavram kargaşasının önüne geçilebilmesi için çalışmamızda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

O halde alternatif uyuşmazlık çözümünü şu şekilde tanımlayabiliriz: “Uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan devlet mahkemelelerinde görülen dava yolunun yanında seçimlik bir yol olarak işleyen, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı bir çeşit (grup) uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğudur”¹⁰.

II. TAHKİMİN VE ARABULUCULUĞUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDAKİ KONUMU

Tahkim ve arabuluculuk kurumlarının birbirinden ayırt edilmesine yönelik kıstasların ortaya konulabilmesi inceleme konumuz bakımından önemlidir.

Arbuluculuk, en genel tanımıyla tarafların, bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla anlaşmaya varmak amacıyla uyuşmazlık konusu üzerinde müzakereler yoluyla görüştükleri bir uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder¹¹. Bununla birlikte son zamanlarda arabuluculuk uygulamalarının artması ile birlikte arabulucunun aktif bir rol oynayarak çözüm

⁷ “Uyuşmazlıkların çözümünde tek yöntem, devletin yargılama kurallarına müracaat olmayıp, buna alternatif teşkil eden çeşitli yöntemler söz konusu olabilmektedir; bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözümü kavramındaki alternatif ibaresi kural olarak, mahkemelerde uygulanacak olan yargılama kurallarının alternatifleridir.” **ILDIR**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Modeller, Ankara 2003, s. 21.

⁸ Bkz. **ILDIR**, s. 21; **YAZICI TIKTIK**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2015, s. 5; **ÖZBAY**, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s. 460.

⁹ **TANRIVER**, Arabuluculuk, s. 32.

¹⁰ **ÖZBEK**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5.Baskı, Ankara 2022, s. 197.

¹¹ Bkz. **ÖZBEK**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 657.

önerisi getirebilmesi veya getirememesi gibi çeşitli arabuluculuk modelleri ortaya çıkmıştır¹². Yine Almanya örneğinde olduğu gibi arabuluculuk, mahkeme içi-dışı modeli olarak uygulanabilmektedir¹³. Bu noktada arabuluculuk modellerinin daha da gelişmesiyle birlikte, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki konumunun da gelecekte tartışmaya açılabileceğini şimdiden ifade edebiliriz.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde yer alan ve bu yöntemler içerisinde en sık başvurulan temel çözüm yöntemidir; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bütün özelliklerini taşır¹⁴. Bu yönüyle arabuluculuk, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri veya tahkim ile birleşerek uyuşmazlığın çözümlenmesinde değerlendirilebilmektedir. Örneğin arabuluculuk-tahkim, kendine özgü ayrı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak da uygulanabilmektedir. Bunun altında yatan sebep ise, her iki yöntemin en iyi özelliklerinden maksimum seviyede yararlanılmak istenmesidir¹⁵. Bu yöntemde öncelikle arabuluculukla başlanır; taraflar arabuluculuk sonunda bir anlaşmaya varamazsa, her iki tarafın da rıza göstermesiyle tahkime geçilir¹⁶.

¹² Avrupa'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın bir şekilde uygulama alanı bulan, alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamında yer alan arabuluculuk yöntemi, arabuluculukta temel olarak alınabilecek modeller arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüş ayrılıkları, arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık içerisinde olan taraflar arasında arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabulucunun rolünün ne olması gerektiği konusu üzerine toplanmaktadır. Doktrindeki ilk görüşe göre arabuluculuk, taraf bağımsızlığını vurgulamakta ve uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, arabulucunun iletişimi kolaylaştıran ve pasif rol üstlenen bir sığata sahip olması gerektiğini ileri sürmektedir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, birinci görüşün tam aksine, arabulucunun tercihan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde aktif bir rol oynamasına ve çözüm önerisinde bulunmasına işaret etmektedir. Bu görüşlerden hareketle doktrinde kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk modelleri ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanunla 12.10. 2017 tarihinde HUAK m.2,1-b ve m.15, 7 ve ile tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucuya bir çözüm önerisi getirebilme yetkisi verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZMUMCU**, Seda, Arabuluculuk Modelleri, İstanbul 2021, s. 5 vd.; **KIYAK**, s. 81 vd.

¹³ **BÖRÜ**, s. 218.

¹⁴ **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s. 21.

¹⁵ **HOPT/STEFFEK**, s. 22.

¹⁶ **ILDIR**, s. 100 vd.

Tahkim, iki veya daha fazla taraf arasında yapılan ve tarafların, adil bir yargılamadan sonra hakemlerce hukuk kurallarına uygun şekilde verilecek kararlarla bağlı olacaklarını kabul ettikleri bir sözleşmeye dayanarak, uyuşmazlıkların özel olarak çözümü için oluşturulmuş bir yöntemdir¹⁷. Tahkimin hukuki niteliği yönünden bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁸.

Doktrindeki bir görüşe¹⁹ göre tahkim, özel bir yargılama olup, arabuluculuk gibi geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olmasından ötürü bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir; çünkü tahkimde asıl amaçlanan yargılamada olduğu gibi hakemlerin yargılama yaparak karar vermesidir ve bu özelliği ile tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilmemelidir.

Doktrindeki diğer bir görüşe²⁰ göre ise tahkim, Devlet yargısına bir alternatif olması, bir diğer söyleyişle uyuşmazlığın nerede ve kim tarafından çözüleceği konusunda, duruma ve yerine göre taraflara bir seçenek sunması sebebiyle bir “alternatif uyuşmazlık çözümü” olarak nitelendirilebilir. Bu görüşe göre, tahkimde tarafların hak ve borçları her ne kadar maddi hukuk kuralları ile yargılama yapılarak çözümlense de, uyuşmazlığın esasını çözümlen mahkeme değil, hakemlerdir.

Bizimde katıldığımız doktrindeki üçüncü bir görüşe²¹ göre ise tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak değerlendirilse bile bazı özellikleriyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılık arz etmektedir. Tahkimin bu özelliklerinden ötürü diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden, özellikle arabuluculuktan ayırt edilmesi gerekir. Dolayısıyla arabuluculuk ile tahkimin birbirinden farklı

¹⁷ YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.4, Ankara 2021, s. 5385; ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 142.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 143 vd; ÖZBAY, İbrahim/KORUCU, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Ankara 2016, s. 33 vd.

¹⁹ TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku C. II, Ankara 2022, s. 336; PEKCANITEZ, Hakan: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Hukuk Perspektifleri Dergisi, S.5, 2005, s. 15; LIONNET, Klaus/LIONNET, Annette, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Aufl. 3, Stuttgart- München- Hannover- Berlin- Weimar- Dresden 2005, s. Nr 8, 1.

²⁰ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 143 vd; ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 218 vd.

²¹ ÖZBAY/KORUCU, s. 34.

özellikleri olan yöntemler olduğunu kabul etmemiz gerekir. Arabuluculuk ve tahkim arasındaki ilişki, bir yönüyle arabuluculuk ve mahkeme arasındaki ilişki gibidir²². Buna göre, arabuluculuk yönteminde taraflar, bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amacıyla anlaşarak bu konudaki uzlaşma iradelerini ortaya koyarlar. Tahkimde taraflar, uyuşmazlık çözümünü hakem veya hakem kuruluna bırakır. Ayrıca uyuşmazlığın çözümünde arabulucu, müzakerelere katılmayıp sadece taraflara yardımcı olan, tarafsız üçüncü kişi konumunda yer alırken, hakem veya hakem kurulu ise doğrudan hâkim gibi uyuşmazlığı değerlendirerek çözüm üretir²³. Bu bakımdan tahkimi, yargısal nitelik taşıyan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirebiliriz²⁴. Tahkimde, devlet yargılamasına göre daha esnek bir süreç yürütülür; bununla birlikte arabuluculukta da tahkime göre daha esnek bir süreç söz konusu olur. Tahkimde kimin haklı olduğu değerlendirilirken, arabuluculukta uyuşmazlık menfaat temeli (taraf menfaati ön plana alınarak) esas alınarak çözülür²⁵.

HMK ve HUAK’umuzda yer alan münferit hükümlerin içeriğine baktığımızda da, kanun koyucunun, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” ile “tahkim” kavramlarını birbirinden ayırt etmek istediği arzusunda olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin, HMK m. 74’te hükme bağlanan davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren hallerde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile tahkim ve hakem sözleşmesi yapılması hususları birbirinden ayırt edilmiştir. Yine inceleme konumuz olan HUAK m. 18A,18’de

²² HOPT/STEFFEK, s. 24; Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan arabuluculuk ile devlet yargılamasına ve tahkime alternatif kurallar getirilmiştir. Bu sebeple arabuluculuğu, klasik anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul etmek gerekir. Bkz LIONNET/LIONNET, s. Nr 8, 1.

²³ ÖZBAY/KORUCU, s. 35.

²⁴ Bkz. CAPPELLETTI, Mauro: “Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the Worl-Wide Access to-Justice Movement”, The Modern Law Review, V.56, I.3, 1993, s. 282 vd; KIYAK, s. 27; Tahkim anlaşması, hakemlerin yargı yetkisinin temelidir ve sınırlarıyla içeriğini belirler. YEŞİLOVA, Bilgehan: “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1”, Prof. Dr. Bilge Umar Armağan, C.I; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2009, C.11, s. 799-810 (İtiraz), s. 740.

²⁵ YEŞİLIRMAK, Ali, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15.Baskı, İstanbul 2017, s. 2601.

tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramlarının kesin ifadeyle birbirinden ayırt edilmiş olduğunu görüyoruz.

III. TAHKİM SÖZLEŞMESİ KARŞISINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI SORUNSALI

A. Genel Olarak

Taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, söz konusu uyuşmazlığın çözümünde dava şartı arabuluculuk hükümlerinin öncelikle uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalı pratik hayatta karşımıza sıklıkla çıkmaktadır. Bu husus iki şekilde olabilir. İlk olarak taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, tarafların dava şartı sebebiyle önce uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurması gerekip gerekmediğidir. İkincisi ise tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açılmış ve davalının ilk itirazda bulunmaması durumundan sonra uyuşmazlığın çözümü için tekrar dava şartı sebebiyle arabuluculuğa gidilmesinin gerekip gerekmediğidir.

Konuyla ilgili olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m.18/A,18’de şu şekilde bir hüküm bulunmaktadır: “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” İşte bu hükümden hareketle çalışmamızda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler ile tahkim sözleşmesinin (veya şartının) uygulanmasına ilişkin (usuli) hükümlerin karşı karşıya gelmesi durumunda nasıl bir usuli yolun izlenmesi gerektiğinin değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır.

B. Tahkim Sözleşmesine Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerine Göre Öncelik Verilmesinin Koşulları

Dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir uyuşmazlık için aynı zamanda tahkim sözleşmesi yapılmış ise, HUAK m. 18/A,18’ e göre dava şartı arabuluculuk hükümlerinin tahkimde uygulanmaması için şu iki koldan birinin varlığı gerekir: a- Özel kanunlarda tahkim ya da bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olması; b- Taraflar arasında tahkim sözleşmesinin (veya şartının) bulunması²⁶. Bu hükmün gereği olarak, özel kanunlar uyarınca tahkime ya da diğer bir

²⁶ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 402.

alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olduğu veya tahkim sözleşmesinin olduğu durumlarda, dava şartı olan arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça ve emredici şekilde, hukuki (kanuni) düzenlemeye kavuşturulmuş olduğunu ifade edebiliriz²⁷. Kanunun madde gerekçesinde de açıkça dava şartı olan arabuluculuk hükümleri ile özel kanunlarla öngörülen tahkim ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının birbirinden ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁸.

C. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜZERİNE ETKİLERİ

1. Davanın Açılmasından Önceki Durum

HUAK m. 18/A,18'in tahkim sözleşmesine ilk etkisi, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemesidir. Uyuşmazlığın çözümü için kanunen (6102 Sayılı TTK m. 5/A, TKHK m. 73/A, İMK m.3) arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiş olsa dahi aynı uyuşmazlık için tahkim sözleşmesi yapılmışsa söz konusu uyuşmazlığın çözümü için tahkim davası (veya hakem heyetine başvurulurken) açılırken ayrıca dava şartı arabuluculuğa da başvurulmuş olması gerekmez²⁹. HUAK m. 18A,18 hükmünü, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun temel prensibi bakımından yerinde karşılamak gerekir; çünkü kanun koyucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, dava şartı (zorunlu) arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinden önce, tarafların kendi rızalarıyla başlattıkları alternatif uyuşmazlık çözüm yolu veya tahkim ile sona erdirmelerine fırsat tanımıştır³⁰.

Tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen taraflardan birinin dava şartı arabuluculuğa başvurması ve diğer tarafın tahkim itirazında bulunmaması durumunda, arabulucunun tahkim sözleşmesinin varlığından

²⁷ TANRIVER, Usul, s. 368.

²⁸ 6325 sayılı Kanuna, maddeyle ilave edilen 18/A maddesi düzenlenirken 1 yıldır başarılı bir şekilde uygulanan 7036 sayılı Kanunu 3 üncü maddesindeki düzenleme esas alınmaktadır. Ancak kapsamın genişleyecek olması dikkate alınarak dava açılmadan önce ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alınması durumu ile özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun bulunması hali özel olarak düzenlenmektedir." 7036 sayılı Kanun Gerekçesi için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_gd.durumu?kanun_no=7036. (Erişim Tarihi: 30.12.2022)

²⁹ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 402.

³⁰ Bkz. ve karşı AKİL, Cenk: "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", TAAD, Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit'e Armağan, Yıl:11, S.41, 2020, s. 318.

bilgi sahibi olması mümkün değildir. Taraflardan biri tahkim sözleşmesinin “hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olduğu” (HMK m. 413,1) iddiasında bulunsa dahi dava şartı arabuluculuk için arabulucunun tahkim sözleşmesinin varlığını kendiliğinden dikkate alamaması gerekir; çünkü “tahkim sözleşmesinin hükümsüz, geçersiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığına” karar verme yetkisi yalnızca HMK m. 413,1 ve 422,1 gereği mahkemelere ve hakemlere tanınmıştır; arabuluculara kanunen böyle bir yetki verilmemiştir³¹. Başka bir deyişle, arabulucunun, tahkim sözleşmesinin varlığına veya geçerliliğine ilişkin itirazları kendiliğinden veya talep üzerine inceleme yetkisi bulunmamaktadır³². Bununla birlikte diğer tarafın tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle dava şartı arabuluculuk hükümlerinin HUAK m. 18/A, 18 gereği uygulanmayacağına ilişkin (tahkim) itirazda bulunması halinde, arabulucu, durumu açıklayarak süreci ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa dönüştürmeyi taraflara önerebilir³³; taraflar bu öneriye rıza gösterirlerse, arabulucu, son tutanakta bu durumu açıklayarak arabuluculuğu ihtiyari olarak devam ettirebilir. Taraflar arabuluculuk sürecinin ihtiyari olarak devam ettirilmesini istemezlerse, arabulucu, dava şartı arabuluculuk sürecini tutanakta belirterek sona erdirmelidir³⁴.

HUAK m. 18/A,18 hükmü uyarınca ilgili özel kanunlardaki tahkim veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurunun zorunlu olduğu hallerde, dava şartı olan arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin durumlara şu şekilde bazı örnekler verilebilir:

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK) m. 68/1’e göre, “tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla³⁵;

³¹ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 404.

³² AKİL, s. 318.

³³ Özbek’in de isabetli olarak vurguladığı üzere, tahkim davası açılmadan veya dava sırasında ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa başvurulabilir; aynı şekilde hakemlerin, tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi yahut tarafların rıza göstermesi şartıyla arabuluculuk görüşmelerinin yapılabilmesi de mümkün ve hatta tavsiye edilen bir durumdur. Bkz. ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 402. Nitekim HUAK m. 5 gereği, taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü kişi, bir uyuşmazlıkla ilgili tahkim yoluna başvurulduğunda arabuluculuk görüşmelerinde ortaya çıkan beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar.

³⁴ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 404; AKİL, s. 318.

³⁵ Yargıtay’a ve doktrine göre, TKHK değişikliğinden önce tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılmadan ilamsız takip yapılamazdı. Daha sonra yapılan yerinde

değeri altmışaltı bin³⁶ Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz". Bu hallerde, dava şartı olan arabuluculuk hükümleri uygulanmaz (HUAK m. 18A/18). Ancak, tarafların ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilmeleri mümkündür; çünkü TKHK m. 68/5' de açıkça "tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir" şeklinde düzenleme yapılmıştır³⁷. Ayrıca tarafların, tüketici hakem heyeti kararı üzerine tebliğden itibaren on beş gün içinde tüketici mahkemesine yapacağı itirazlarda (TKHK m. 70/3), dava şartı olan arabuluculuk hükümleri uygulanmaz (TKHK m. 73/A,1-b)³⁸.

Sigortacılık Kanunu (SK) m. 30/13 gereği "Sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapılabilmesi için sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olayla ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşu gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir". Bu hükme göre komisyona başvuru için sigorta şirketine başvuru yapılması yeterli olup ayrıca dava şartı olan arabuluculuk yoluna gidilmesi HUAK

değişiklikle tüketici hakem heyetine başvurulmaksızın ilamsız takip yapılabilmesinin önü açılmıştır. Aynı yönde görüş için bkz. **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2022, s. 109; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 195-196; Konumuzla bağlantılı olarak buradan hareketle dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir uyuşmazlık için tahkim sözleşmesinin varlığı durumunda da icra takibinin yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Yeşilova'ya göre, tahkim sözleşmesi ile devlet yargısı devre dışı bırakıldığı için bunun içine ilamsız icra-iflas takipleri de dahil edildiği kabul edilerek ilamsız icra takibi yapılamamalıdır. Bkz. **YEŞİLOVA**, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 534; Ayrıca geçmiş dönemdeki doktrindeki ve yargı Kararlarındaki tartışmalar ve bilgi için bkz. **YEŞİLİRMAK**, Ali: "Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.96, 2011, s. 206 vd.

³⁶ Miktar güncellemesi için bkz. 16.12.2022 Tarihli ve 32045 Sayılı Resmi Gazete.

³⁷ **KOÇYİĞİT**, İlker/**BULUR**, Alper, Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 66.

³⁸ **KOÇYİĞİT/BULUR**'a göre, tüketici mahkemesine yapılan itirazları klasik anlamda bir dava olmadığı için dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir (**KOÇYİĞİT/BULUR**, s. 66). Kanaatimizce TKHK m. 73/A,1-b' deki "tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar" ifadesiyle bu tür durumlar açıkça dava şartı arabuluculuk kapsamından çıkarıldığı için yazarların ifade ettiği şekilde yorum yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

m. 18/A,18 sebebiyle gerekli değildir; fakat taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilirler³⁹. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde karar verdiği görülmektedir⁴⁰.

İş Kanunu (İK) m. 20'ye göre, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabulucuya başvurması zorunludur. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme (tahkime) de götürülebilir⁴¹. Kanun'da iki ihtimal söz konusudur: İlkinde, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminden tebliği tarihten itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabuluculuk yoluna başvurmak zorunda olduğudur. Arabuluculuk görüşmelerinin sonunda anlaşma olmaması durumunda, ya son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılır ya da taraflar rıza gösterirse aynı sürede tahkime gidilebilir. Arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içerisinde tahkim sözleşmesinin yapılması durumunda İK m. 20 hükmünün uygulanmasında kanaatimizce tereddüt edilmemelidir.

³⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 66.

⁴⁰ "Arabuluculuk Kanunu'nda 'Dava Şartı Olarak Arabuluculuk' başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinde 'Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.' hükmü yer almıştır. Sigortacılık Kanunu'nun 30/13.maddesi 'Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir.' düzenlenmesine yer vermektedir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru için dava şartı olarak sigorta şirketine başvuru şartı düzenlenmiş olup ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu dikkate alınarak karar verilmesi gereklidir." Y. 4. HD. 30.06.2021, E.2021/3476, K.2021/3999, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 30.12.2022)

⁴¹ Tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim sözleşmesinin HMK m.412 hükmüne uygun olması gerekir. Burada taraflar ile kastedilmek istenen iş sözleşmesinin tarafı olan İş Kanunu anlamındaki işi ve işverendir. Bkz. YÜCEL, Müjgan: "İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı (İş Kanunu Madde 20)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, 2004, s. 1355.

Tarafların işe iade sebebiyle tahkim yoluna başvuru konusunda anlaşma yapabilmesi imkânunun hangi zaman aralığı içerisinde gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin İK m. 20’de açık bir düzenleme yoktur. Bu sebeple tarafların hangi zaman aralığı içerisinde tahkim sözleşmesi yapabilecekleri doktrinde ve Yargı Kararlarında tartışma konusu olmuştur⁴². Dolayısıyla HUAK m. 18/A,18’in dikkate alınması ile birlikte konumuz kapsamıyla bağlantılı olarak doktrindeki hangi görüşün benimsendiğine göre İK m. 20’nin uygulaması da değişkenlik gösterecektir.

Doktrinde kabul edilen hâkim görüşe göre⁴³, iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçi ve işveren arasındaki sosyo-ekonomik gelir dengesizliğinden ötürü işçinin tahkim yoluna karar verirken sağlıklı düşünmesi mümkün değildir; ayrıca iş hukukunda işçi lehine yorum veya işçiyi koruma ilkesi de göz önüne alındığında işçinin iş sözleşmesi yapılırken tahkim sözleşmesine (veya şartına) rıza göstermesi işçinin serbestçe rıza göstermediğini ortaya koyar. Bu sebeple iş sözleşmesi yapılırken konulan tahkim sözleşmesi (veya şartı) geçersiz olup, ancak iş ilişkisi sona erdikten sonra taraflar anlaşılırlarsa tahkim sözleşmesi (veya şartı) yapılabilmesi mümkündür. Yargıtay’ın da görüşünün doktrindeki hâkim görüş yönünde olduğunu ifade edebiliriz⁴⁴.

Doktrindeki azınlıkta kalan görüşe⁴⁵ göre ise, sadece iş sözleşmesinin feshinden sonra değil, aynı zamanda iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında da taraflar, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna başvurmak için anlaşabilirler ve bu şekilde rıza gösterilen

⁴² Bkz. **ŞAHİN EMİR**, Asiye: “İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2020, s. 919 vd.

⁴³ **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 22.Baskı, İstanbul 2022, s. 637-638; **YÜCEL**, s. 1357.

⁴⁴ “İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumda olduğundan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak feshinden sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır” Bkz. Y. 9.HD, 2.10.2017, E.2016/21367, K.2017/14609; aynı yönde Y. 9.HD. 25.02.2013, E.2013/1773, K.2013/6664, (Kazancı, Erişim Tarihi:30.12.2022).

⁴⁵ **ÇANKAYA**, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 257; **AKI**, Erol/ALTINTAŞ, H. Olcay/BAHÇIVANCILAR, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005, s. 136; **AK-YİĞİT**, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, s. 278; **ŞAHİN EMİR**, s. 935-936.

tahkim şartı da geçerli olarak kabul edilmelidir. Aksi durumda taraflar arasındaki sözleşme serbestisi iradesine müdahale etmek olur. Ayrıca tahkim yolu ile uyuşmazlığın devlet yargısına göre daha hızlı çözümlenmesi dikkate alındığında bu durumun işçinin lehine olduğu değerlendirilebilir.

Kanaatimizce doktrindeki ikinci görüş daha yerindedir. Zira İK m. 20'de tarafların rızaları ile tahkim sözleşmesi yapabilecekleri belirtilirken, açıkça sözleşme yapılmasının zamanı noktasında bir sınırlama getirilmemiştir. Kanunla açıkça bir zaman sınırı konulmamasına rağmen, tarafların sözleşme özgürlüğüne bu şekilde bir müdahalede bulunmak doğru değildir. Aksi bir durum, söz konusu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini engeller ki bu da hakem kararı ile adil bir karar verilemeyeceği anlamına gelir ve bu da açıkça tahkime olan güveni zedeler.

Söz konusu tartışmaları inceleme konumuz kapsamı ile değerlendirilecek olursak, iş sözleşmesi yapılırken veya sürerken işçi ve işverence tahkim sözleşmesi (veya şartı) yapılmışsa, HUAK m. 18/A,18 hükmü her hâlikarda dikkate alınmalıdır. Buna göre işçinin, iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunda fesih için bir sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasıyla bildirimden itibaren bir ay içinde işe iade istemiyle arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁶. Bu halde ilgili tarafın (işçi) işe iade talebiyle işveren ile aralarındaki tahkim şartının varlığı sebebiyle öncelikle hakeme başvurması gerekir. Fakat iş sözleşmesinin yapıldığı anda tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçersiz olduğu kabul edilirse, işçinin tahkim yolunu tercih etmeden doğrudan iş mahkemesinde dava açması gerekir; çünkü az yukarıda da ifade ettiğimiz üzere iş sözleşmesi yapıldığında veya feshedilmesinden önce yapılmış olan tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçersiz olduğu kabul edilirse, tahkim sözleşmesinin geçersiz olup olmadığına karar verme yetkisi yalnızca HMK m. 413,I ve 422,I gereği mahkemelere ve hakemlere tanınmıştır; dolayısıyla arabulucu, tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçerli olup olmadığı konusunda karar veremez⁴⁷.

İşte tam bu noktada HUAK m. 18/A,18 hükmü de dikkate alınarak, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla bildirimden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak

⁴⁶ ŞAHİN EMİR, s. 936 dn. 114; ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 405.

⁴⁷ AKİL, s. 318; ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 405.

zorunda olamaz; bu halde ilgili tarafın (işçi) öncelikle işe iade talebiyle aralarındaki tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle hakeme başvurabileceği değerlendirilebilir; fakat iş sözleşmesinin yapıldığı anda tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçersiz olduğu önceden kabul edilirse, işçinin tahkim yolunu tercih etmeden doğrudan iş mahkemesine dava açması gerekir⁴⁸.

2. Davanın Açılmasından Sonraki Durum

Bir tahkim sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen dava, tahkim davası şeklinde açılmak yerine devlet mahkemesinde açılmışsa ve davalı, süresinde ve usulüne uygun şekilde, tahkim ilk itirazında bulunmadığından devlet mahkemesi, davaya bakabilecek hale gelmişse uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa dahi buna ilişkin hükümlerin işlerlik kazanıp kazanamayacağı, doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki ilk görüşe⁴⁹ göre, arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu olaylarda, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, tarafların tahkim yoluna başvurmayarak mahkemede dava açması ve davalının süresinde verdiği cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunmaması, tahkim ilk itirazının geçersiz olması veya tahkime başvurmadan her iki tarafça açıkça vazgeçilmesi sebepleriyle mahkemece davanın usulden reddedilmemesi durumunda, esasa girilmeden önce arabulucuya başvurularak dava şartı eksikliği giderilmelidir. Bu görüşün kabulü durumunda, HUAK m. 18/A,2 son cümle gereği, davalının süresinde tahkim ilk itirazında bulunmaması durumunda, davanın dava şartı arabuluculuk hükümlerinin yerine getirilmemiş olması sebebiyle herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir. Zira mahkeme bu aşamada söz konusu eksikliği fark etse dahi kanun hükmü gereği ilgili taraflara arabuluculuğa gitmeleri konusunda süre veremez.

Ayrıca Özbek'e⁵⁰ göre, tahkim davası sırasında, tahkim dava dilekçesinin süresi içinde verilmemesi, tahkim yargılama gider avansının süresinde yatırılmaması gibi eksiklikler sebebiyle hakemlerce tahkim yargılamasına son verilmesi durumlarında da, mahkemede dava açıldığı takdirde, uyuşmazlık konusu dava şartı arabuluculuk kapsamındaysa, bu dava şartı tamamlanmalıdır; çünkü mahkeme, dava şartlarının bulunup

⁴⁸ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 405.

⁴⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 65; ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 403.

⁵⁰ ÖZBEK, Tahkim Hukuku, s. 403.

bulunmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı eksikliğini HMK m. 115,1'e göre ileri sürebilirler.

Doktrindeki ikinci görüşe⁵¹ göre ise, tahkim sözleşmesi mevcut olmasına rağmen dava, tahkim davası olarak (hakem mahkemesinde) açılmak yerine devlet mahkemesinde açılmış ve davalı, süresinde ve usulüne uygun şekilde, tahkim ilk itirazında bulunmadığından devlet mahkemesi, davaya bakabilecek hale gelmişse uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile, buna ilişkin hükümler işlerlik kazanmamalıdır. Bu görüşe göre, taraflar arasında tahkim sözleşmesi (veya kaydı) olmasına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması durumunda karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunmasa dahi uyuşmazlığın, dava yolu tercih edilmesi sebebiyle devlet mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce doktrindeki ikinci görüşün benimsenmesi gerekir; çünkü doktrindeki birinci görüşün benimsenebilmesi için HUAK m. 18A,18' e açık bir hüküm konulması gerekir. Başka bir deyişle doktrindeki birinci görüşe hüküm kazandırılabilmesi için tahkim sözleşmesinin yapılması durumunda, dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı bulamayacağını öngören kanuni (veya hukuki) düzenleme olan HUAK m. 18/A,18'e açık bir ekleme yapılması gerekir⁵².

HUAK m. 18/A,18 gereği, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin, taraflar arasında başka bir alternatif uyuşmazlık çözümünün veya tahkim kaydının varlığı durumunda uygulanması mümkün değildir. Bu hükümle özellikle dava şartı olan arabuluculuk usulünün, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından veya tahkimden ayırt edilmesi amaçlanmıştır. Aksi durumda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının veya tahkimin kendi içerisindeki sistematik usulü (veya dinamikleri) işlerlik kazanamaz ve dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık için tahkim kaydının varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması ve cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunulmaması durumunda, artık tahkim sözleşmesinden vazgeçilerek devlet mahkemesinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğine ilişkin usul (yargılama) kuralı işlevini tamamen yitirmiş olacaktır ve tahkim ilk itirazında bulunulmaması durumunda bu kez dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmasına

⁵¹ TANRIVER, Süha: "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.147, 2020, s. 118 dn 2; TANRIVER, Usul, s. 368.

⁵² TANRIVER, Dava Şartı, s. 118, dn 2; TANRIVER, Usul, s. 368; BÖRÜ, Levent/PARLAK BÖRÜ, Şafak: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, 2.Baskı, Ankara 2022, s. 85.

sebeplere olacaktır. Hâlbuki taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmışsa tahkim ilk itirazı ileri sürülmediğinde artık asıl yetkili olan Devlet yargısının uyuşmazlığı çözmesi gerekir⁵³. Mahkeme de kendi önünde açılan dava dosyasından, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunduğunu görse dahi, bunu kendiliğinden dikkate alamaz⁵⁴. HUAK m. 18/A,18 ile özel kanunlarda hükme bağlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları veya HMK' daki tahkime ilişkin usul arasında ortaya çıkabilecek olası çatışmaların önüne geçilmesi arzu edilmiştir⁵⁵. Bu bakımdan, HMK ile dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin birbiri ile çelişmesinin de önüne geçilmiş olur.

Tahkim, bir ilk itirazdır ve HMK m. 117/2'e göre ilk itirazların, dava şartlarından sonra incelenmesi gerekir. Başka bir deyişle HMK'ya göre öncelikle bir yargılamada dava şartları öncelikle incelenecek; daha sonra ilk itirazların incelenmesine geçilecektir. Tahkikat aşamasına geçilmeden önce, HMK m. 138 gereği, ön inceleme aşamasında ise mahkemenin dava şartları ve ilk itirazlar hakkında kararını vermesi gerekir; çünkü gerek tahkim itirazı ile gerek dava şartı arabuluculuk ile davanın esasına girilmesinden sonra mahkemenin gereksiz yere meşgul edilmemesi gerekir. Özellikle tarafların yeniden anlaşmaları durumu dışında, işin esasına girildikten sonra artık tahkim yolu kapalı olmalıdır⁵⁶. Ayrıca HUAK m. 18/A,2 son cümle gereği, arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın dava açılması durumunda mahkemenin işin esasına girmeksizin söz konusu davayı usulden reddetmesi gerekir. Bu eksiklik tamamlanabilir bir dava

⁵³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 154; PEKCANITEZ, Hakan, Tahkim İlk İtirazı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler C. II, İstanbul 2016, s. 814 vd; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2019, s. 181-182.

⁵⁴ YILMAZ, s. 5430.

⁵⁵ Örneğin İş Kanunu m.20'un 12.12.2017 tarihinde yürürlüğe girdiği dönemde, bu hükmün varlığına rağmen tarafların tahkim sözleşmesi yapması durumunda da arabulucuya başvurmasının zorunlu olduğu yönünde doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştü. Daha sonra Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak, 06.12.2018 tarihinde HUAK m. 18/A,18 hükmünü getirerek bu tereddütlü durumu ortadan kaldırmak istemiştir. Bu düzenleme ile işçi ve işverenin İK m.20/1 çerçevesinde tahkim sözleşmesi yaptıklarında söz konusu uyuşmazlık için artık arabulucuya başvuru zorunluluğunun kaldırılması amaçlanmıştır. Bkz. ŞAHİN EMİR, s. 936 dn. 114.

⁵⁶ Bkz. AYDEMİR, s. 320; PEKCANITEZ, Tahkim İlk İtirazı, s. 816.

şartı değildir⁵⁷. Dolayısıyla HUAK m. 18/A,18 hükmü olmasaydı, görül-
mekte olan bir davada tahkim ilk itirazının ileri sürülmemesi durumunda
bu kez tekrar dava şartlarının incelenmesine geçilmesi gerekecekti ki, bu
durum HMK' daki dava şartlarının-ilk itirazların incelenmesi usulüne de
uygun değildir. İşte bu sebeple de kanun koyucu HMK m. 114/2'de dava
şartlarına yönelik diğer kanunlardaki hükümlerin saklı olduğunu belirt-
miştir.

Kanaatimizce davalının tahkim ilk itirazında bulunmaması duru-
munda, davalının bu kez uyuşmazlığın çözümü için dava şartı arabulu-
culuk hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmesi hususu da
HUAK m.18/A,18 hükmü dikkate alındığında ilgili tarafın çelişkili davra-
nışını ortaya koyar. Aksi takdirde HUAK m. 18/A,18 hükmüne rağmen
tarafar arasında tahkim sözleşmesi olsa da mutlaka tarafların davanın
açılmasından önce arabuluculuğa gitmesi gerekirdi. Bu durum HMK m.
29'daki dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder. Tahkim itirazı ve dava
şartı arabuluculuk hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde
kullanılmasına izin verilmemelidir⁵⁸. Yargıtay'ın da vermiş olduğu karar-
larında bu hususları gözeterek somut olayın özelliklerine göre tarafların
çelişkili davranışlarda bulunmalarına veya çelişkili durumların ortaya
çıkmasına izin vermediğini ifade edebiliriz. Örneğin Yargıtay'a göre, söz-
leşmede tahkim şartı bulunmasına rağmen davasını mahkemede açan da-
vacı, davalının aynı sözleşmeye dayanarak kendisine karşı açtığı karşı da-
vada tahkim ilk itirazında bulunması mümkün değildir⁵⁹. Hâlbuki dava
ve karşı davanın aslında birbirinden ayrı dava konuları olmasına ve her
bir dava açısından tarafların HMK m. 413'e göre tahkim ilk itirazında bu-
lunması hakları bulunmasına rağmen, Yargıtay bu durumun dürüstlük

⁵⁷ GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 748.

⁵⁸ Bkz. ÖZBEK, Tahkim İlk İtirazı, s. 186 vd.

⁵⁹ "...davacı tarafından açılan davada 'tahkim itirazında' bulunan arsa sahipleri, kendi davalarında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede da-
valarını açmışlardır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin ta-
raflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tah-
kim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü
gerekir. Çünkü T.M.K.nun 2. maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve
borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın
açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yukarıda açıklandığı üzere,
arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim
şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır." Y. 15. HD, 04.10.2010,
E.2010/4423, K.2010/4960, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.12.2022)

kuralı ve çelişkili davranma yasağı sebebiyle mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yine Yargıtay'a göre, aralarında bağlantı bulunan taleplerin yığılmasına ilişkin davaların, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmadan birlikte davada görülmesi gerekir⁶⁰.

Özetle HUAK m. 18/A,18 gereği, taraflar arasında tahkim sözleşmesi (veya kaydı) bulunmasına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması durumunda, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunmasa dahi uyuşmazlığın, dava yolu tercih edilmesi sebebiyle artık devlet mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Aynı somut olayda tahkime ve arabuluculuğa ilişkin HUAK, HMK'ya ve özel kanunlarda dava şartına ilişkin (TTK m. 5/A; İK m. 3; TKHK m. 73/A) hükümlerin hangilerinin öncelikle uygulanması gerektiği cevaplandırılması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu sorunun çözümü esasen HUAK m. 18/A,18 hükmü ile düzenlenmiş olmasına rağmen, hükmün yorumlanması bakımından uygulamada hala bazı tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Çalışmamız, HUAK m. 18/A,18 hükmünün değerlendirilmesi üzerinedir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir uyuşmazlık için aynı zamanda tahkim sözleşmesinin yapılmış olması durumunda, HUAK m. 18/A,18'e göre dava şartı arabuluculuk hükümlerinin, tahkimde uygulanmaması için şu iki koşuldandır birinin varlığı gerekir: a- Özel kanunlarda tahkim ya da bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olması; b- taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunması. Bu hükmün gereği olarak, özel kanunlarda tahkim ya da diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru zorunluluğu olduğu ya da tahkim sözleşmesinin olduğu durumlarda, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça ve emredici şekilde, hukuki (kanuni) düzenlemeye kavuşturulmuş olduğunu ifade edebiliriz.

HUAK m. 18/A,18'in tahkim sözleşmesine ilk etkisi, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemesidir. Uyuşmazlığın çözümü için kanunen (6102 Sayılı TTK m. 5/A, TKHK m. 73/A, İMK m.3) arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiş olsa dahi, aynı uyuşmazlık bakımından tahkim sözleşmesi bulunuyorsa, bu uyuşmazlığın çözümü için tahkim davası (veya hakem heyetine

⁶⁰ Bkz. Y. 11. HD. 13.06.2022, E.2021/1101, K.2022/4798, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 30.12.2022)

başvururken) açılırken ayrıca dava şartı arabuluculuğa da başvurulmuş olması gerekmez.

Tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen dava, tahkim davası şeklinde hakemde açılmak yerine devlet mahkemesinde açılmış ve davalı, süresinde ve usulüne uygun şekilde, tahkim ilk itirazında bulunmadığından devlet mahkemesi, davaya bakabilecek hale gelmişse uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa dahi, buna ilişkin hükümlerin işlerlik kazanıp kazanamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız doktrinindeki görüşe göre ise, tahkim sözleşmesi mevcut olmasına rağmen dava, tahkim davası şeklinde (hakem mahkemesinde) açılmak yerine devlet mahkemesinde açılmış ve davalı, süresinde ve usulüne uygun şekilde, tahkim ilk itirazında bulunmadığından devlet mahkemesi, davaya bakabilecek hale gelmişse uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi de olsa, dava şartı olan arabuluculuk hükümleri işlerlik kazanmamalıdır; çünkü buna ilişkin HUAK m. 18A,18' de açık bir hüküm yoktur. Buna göre, taraflar arasında tahkim sözleşmesi (veya kaydı) olmasına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması durumunda, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunmasa dahi uyuşmazlığın, dava yolu tercih edilmesi sebebiyle devlet mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKI**, Erol/**ALTINTAŞ**, H. Olcay/ **BAHÇIVANCILAR**, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005.
- AKİL**, Cenk: "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", **TAAD**, Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit'e Armağan, Yıl:11, S.41, 2020, s. 307-324.
- AKYİĞİT**, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2022.
- AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- BÖRÜ**, Levent: "Alman Hukukunda Arabuluculuk", Türk Alman Çalışmaları Serisi I-Sosyal Bilimler Makaleleri, 2020, s.211-228.
- BÖRÜ**, Levent/**PARLAK BÖRÜ**, Şafak: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, 2.Baskı, Ankara 2022.
- BUDAK**, Ali Cem Budak/ **KARAASLAN**, Varol: Medeni Usul Hukuku, 6.Baskı, İstanbul 2022.
- CAPPELLETTI**, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the Worl-Wide Access to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, V.56, I.3, 1993, s. 282-296.
- ÇANKAYA**, Osman Güven/**GÜNAY**, Cevdet İlhan/**GÖKTAŞ**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- EKMEKÇİ**, Ömer/**ÖZEKES**, Muhammet/**ATALI**, Murat/**SEVEN**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.Baskı, İstanbul 2019.
- GÖRGÜN**, Şanal/**BÖRÜ**, Levent/**KODAKOĞLU**, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2022.
- HOPT**, Klaus J./**STEFFEK**, Felix, *Mediation: Princeples and Regulation in Comparative Perspective*, *Mediation: Comprasion of Laws, Regulatory Models*, Fundamental Issues, Oxford 2012.
- ILDIR**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Modeller, Ankara 2003.
- KIYAK**, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara 2018.

- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper:** Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.
- LIONNET, Klaus/LIONNET: Annette,** Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Aufl. 3, Stuttgart-München- Hannover- Berlin- Weimar- Dresden 2005.
- ÖZBAY, İbrahim:** “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s.459-475.
- ÖZBAY, İbrahim/KORUCU, Yavuz:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407- 444, Ankara 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar:** “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2019, s. 179-253. (Tahkim İlk İtirazı)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5.Baskı, Ankara 2022. (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar:** Tahkim Hukuku C. I, Ankara 2022. (Tahkim Hukuku)
- ÖZMUMCU, Seda:** “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s.807-842.
- ÖZMUMCU, Seda:** Arabuluculuk Modelleri, İstanbul 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan:** “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Hukuk Perspektifleri Dergisi, S.5, 2005, s.12-16.
- PEKCANITEZ, Hakan:** Tahkim İlk İtirazı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler C. II, İstanbul 2016. (Tahkim İlk İtirazı)
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter:** Zivilprozessrecht, Aufl.17, München 2010.
- SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, 22.Baskı, İstanbul 2022.
- ŞAHİN EMİR, Asiye:** “İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2020, s.905-946.
- TANRIVER, Süha:** “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.147, 2020, s.111-142. (Dava Şartı)

- TANRIVER**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2.Baskı, Ankara 2022. (Arabuluculuk)
- TANRIVER**, Süha: Medeni Usul Hukuku C. II, Ankara 2022. (Usul)
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.
- YAZICI TIKTIK**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2015.
- YEŞİLİRMAK**, Ali: “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.96, 2011, s.205-228.
- YEŞİLİRMAK**, Ali: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15.Baskı, İstanbul 2017.
- YEŞİLOVA**, Bilgehan: “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I”, Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, C.I; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2009, C.11, s. 799-810 (İtiraz).
- YEŞİLOVA**, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- YILMAZ**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.4, Ankara 2021.
- YÜCEL**, Müjgan: “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı (İş Kanunu Madde 20)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, 2004, s.1346-1365.

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN BİR BAŞKA SUÇ DOLAYISIYLA İŞLENMESİ NİTELİKLİ HALLERİ (TCK m. 82/1-h-i)

Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN*

Öz

Bu çalışmanın konusu kasten öldürme suçunun iki nitelikli şeklini oluşturan, TCK m. 82/1-h ve i’de düzenlenen bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme ile bir suçu işleyememekten duyulan infielle öldürmedir. Çalışmada öncelikle bir başka suçla kasten öldürme suçu arasındaki ilişki belirlenmeye çalışılmıştır. Bir başka suç dolayısıyla işlenen öldürmenin daha fazla cezalandırılmasının nedenleri açıklanmaya gayret edilmiştir. Ayrıca kasten öldürmenin işlenmesinin nedeni olan bir başka suçtan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Özellikle gizleme amacıyla öldürmede gizleme amacının soruşturma ve kovuşturmadan kurtulmak için mi yoksa itibar kaybı, mesleki, sosyal, ekonomik dezavantajlardan korunmak gibi başka nedenleri de kapsayıp kapsamadığı konusuna değinilmiştir. Keza bir başka suç nedeniyle işlenen kasten öldürme suçunun olası kastla veya ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği gibi konular ele alınmıştır. Bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürmenin bir suçu gizlemek amacıyla öldürmeden farkı açıklanmaya çalışılmıştır. Bir suçu işleyememekten duyulan infielle öldürme nitelikli halinin şartları, özellikleri incelenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Turkey.

✉ maksan@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-6232-9491.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKSAN, Murat: “Kasten Öldürme Suçunun Bir Başka Suç Dolayısıyla İşlenmesi Nitelikli Halleri (TCK m. 82/1-h-i)”, SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 91-175.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Suçu Gizlemek Amacıyla Öldürme • Suçun Delillerini Ortadan Kaldırmak Amacıyla Öldürme • Suçun İşlenmesini Kolaylaştırmak Amacıyla Öldürme • Yakalanmamak Amacıyla Öldürme • İnfialle Öldürme

QUALIFIED FORMS OF THE COMMISSION OF THE CRIME OF WILLFUL MURDER THROUGH ANOTHER CRIME (TPC Art. 82/1-h and i)

Abstract

The subject of this study consists of two qualified forms of willful murder. These are TCK art. It is killing with the aim of hiding a crime regulated in 82/1-h and i, eliminating the evidence or facilitating its perpetration, or not being caught, and to kill with indignation for not being able to commit a crime. In the study, first of all, the relationship between another crime and the crime of willful murder was tried to be determined. An effort has been made to explain the reasons for the higher punishment of murder committed in due to another crime. In addition, it has been revealed what should be understood from another crime, which is the reason for willful murder. In particular, in murder for the purpose of concealing a crime, has been mentioned whether the purpose of concealment is to avoid investigation and prosecution, or whether it covers other reasons such as loss of reputation, protection from professional, social and economic disadvantages. Likewise, issues such as willful murder committed due to another crime whether can be committed with eventual intent or negligent behavior are discussed. It has been tried to explain the difference between murder in order to facilitate the commission of a crime and murder in order to hide a crime. The conditions and characteristics of the state of murder with indignation from not being able to commit a crime are been examined.

Keywords

Killing with Aim to Conceal an Offense • Killing with Aim to Destroy Evidence of an Offense • Killing with Aim to Facilitate the Commission of an Offense • Killing with Aim not to be Caught • Killing with Indignation

GİRİŞ

Kasten öldürme, insanların aralarındaki husumet veya anlaşmazlık, namus temizleme, kan gütmeye saiki ve intikam alma gibi birçok nedenle işlenebilmektedir. Keza öldürme, insanların birbirleri üzerinde baskı kurmalarında, üstün ve egemen bir konuma geçmelerinde başvurdukları

araç olarak da ortaya çıkabilmektedir¹. Yine öldürme, işlenmiş olan suçu gizlemek veya başka suçların işlenmesini kolaylaştırmak için işlenebildiği gibi bir suçu işleyememekten duyulan infialle de gerçekleştirilebilmektedir². Türk Ceza Kanununda kasten öldürmenin işlenme nedenlerinden bazıları daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmektedir³.

Bu çalışmada kasten öldürmenin nitelikli halleri arasında düzenlenen TCK'nın 82. maddesinin birinci fıkrasının "h" bendindeki öldürmenin "**bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla**", işlenen nitelikli hali⁴ ile "i" bendindeki "**bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle**" işlenen nitelikli hali ele alınacaktır. Çünkü gizlemek ve kolaylaştırmak amaçlı öldürme açıkça formüle edilmiş olmasına rağmen birçok soruyu gündeme getirmektedir⁵. Gizlenmek veya işlenmesi kolaylaştırılmak

-
- ¹ **BAYRAKTAR**, Köksal: "Kasten Öldürme", Marmara Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı, C. 19, Sy. 2, 2013, s. 58.
- ² Birleşmiş Milletler'in Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Dairesi (UNODC) tarafından elde edilen veriler ve Dünyanın birçok ülkesinden gelen veriler çerçevesinde öldürme nedenlerinin üç genel başlıkta toplanabileceği ifade edilmiştir: Birincisi, uyuşturucu, insan ticareti, silahlı soygun ya da çete ve organize suç örgütlerinin faaliyetleri esnasında gerçekleşen öldürmeler; ikincisi, kişiler arasındaki aile içi şiddet, iş, toprak anlaşmazlığı gibi durumlarda işlenen öldürmeler; üçüncüsü ise, renk, din, siyasi görüş gibi ülkelerin sosyo-politik ortamlarını içeren geniş bir başlık altında gerçekleşen öldürmelerdir. Bkz. **TEPECİK**, Filiz: "Uluslararası Adalet İstatistiklerinde Kasten Öldürme", TAAD, Yıl: 9, Sy. 36, Ekim 2018, s. 117 vd.
- ³ Kasten öldürmenin nitelikli hallerinin mukayeseli hukuktaki düzenlenişi konusunda bkz. **GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat: "Kasten Öldürme Suçu (TCK M. 81)", MÜHF – HAD, C. 17, Sy. 1-2, 2011, s. 102 vd.; **AKBULUT**, Berrin: "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", Adalet Dergisi, Sy. 65, 2020/2, s. 100 vd.
- ⁴ Bu nitelikli halin mukayeseli hukuktaki düzenlenişi konusunda bkz. **WEIß**, Dietmar: Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand: Eine Untersuchung insbesondere aus historischer und rechtsvergleichender Sicht, Berlin: Duncker und Humblot, 1997, s. 10 vd.; **ERYILDIZ**, Hüsnü Sefa: "Kasten Öldürme Suçunun Bir Suçu Gizlemek, Delillerini Ortadan Kaldırmak Veya İşlenmesini Kolaylaştırmak Ya Da Yakalanmamak Amacıyla İşlenmesi (TCK M. 82/1-h)", Adalet Dergisi, Sy. 68, 2022/1, s. 172 vd.
- ⁵ **ARTZ**, Gunther/**WEBER**, Ulrich/**HEINRICH**, Bernd/**HILGENDORF**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 3.,neu bearbeitete Auflage, Bielefeld 2015, § 2 Rn. 62. Ayrıca bkz. **KUPER**, Wilfried: "Zur Problematik der Verdeckungsabsicht bei „außerstrafrechtlichem“ Verdeckungs zweck", JZ, 23/1995, s. 1158.

istenen suça ilişkin belirlemeler, gizlemenin ceza hukuku dışı sonuçları kapsayıp kapsamadığı, suçun olası kastla ya da ihmali davranışla işlenebilip işlenemeyeceği gibi birçok konunun irdelenmesini gerektirmektedir. Diğer taraftan bir suçu gizleme amacıyla öldürme, uygulamada son derece önemlidir; faillerin, suçun işlenmesini müteakip kendilerine yönelik ceza kovuşturmasına uğrama tehdidi karşısında suçu gizlemek için bir başkasını öldürmeye yönelmeleri nadir görülen bir durum değildir. Özellikle suçun ortaya çıkmamasını sağlamak adına mağdur veya tanıkların öldürülmesi, suçüstü halinde failin kendisini takip eden kişi veya kolluk görevlilerinin öldürülmesi olaylarına sıklıkla rastlanılmaktadır⁶. Aynı şekilde başka suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme de başvurulan yöntem olarak uygulamada karşılaşılmaktadır. Keza bir suçu işleyemekten duyulan infial sonucu öldürmede özellikle cinsel saldırı suçlarında mağdurun direnmesi nedeniyle amacına ulaşamayan failin, yağma suçlarında elde etmeyi düşündüğü parayı alamayan failin duyduğu öfke ve kızgınlıkla mağduru öldürmesi gibi olaylar da az rastlanılan bir durum değildir. Bu itibarla sözkonusu nitelikli hallerle ilgili karşılaşılabilecek ihtimallerin ortaya konulmasına, bunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesine ve uygulamada karşılaşılan durumlara ilişkin görüş belirtilmeye gayret edilecektir.

Çalışmanın konusunu oluşturan nitelikli haller, güdülen amaçtan dolayı⁷ veya öldürme suçunun başka suçlarla ilişkisinden/bağlantısından kaynaklanan nitelikli haller olarak belirtilmektedir⁸. Ayrıca doktrinde bu nitelikli halleri “bir başka suç için veya bir başka suç dolayısıyla” öldürme olarak ifade etmenin daha doğru olacağı ileri sürülmektedir⁹.

⁶ MünchenerKommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, (§§ 185–262), **MU-KOSTGB/SCHNEIDER**, 4. Auflage, München 2021, StGB § 211 Rn. 218.

⁷ Bkz. **GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat: Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 81-83; 86-88, 91-93), 2. Baskı, Ankara 2015, s. 204 vd.

⁸ **TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Baskı, Ankara 2021, s. 35; **ÖNDER**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 44; **SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 144.

⁹ **HAKERİ**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 233; **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 140. Nitekim Alman Ceza Kanununda TCK'daki bu nitelikli hallerin karşılığındaki düzenlemede sadece bir başka suçu

Kanaatimizce de ileri sürülen görüşler doğru olmakla birlikte çalışmada bu nitelikli halleri ifade etmek için “bir başka suç için” işlenmesi ifadesini de kapsadığı düşünülen “bir başka suç dolayısıyla” işlenmesi ifadesi tercih edilmiştir.

Bu nitelikli haller incelenirken klasik suç inceleme yöntemi takip edilmemiştir. Her ne kadar bir nitelikli hal düzenlemesi olarak bir başka suç dolayısıyla öldürme de temel kasten öldürme suçunun tüm unsurlarını taşısa da temel suç tipine ait konulara değinilmeden bu nitelikli hallerle özgü hususlar ifade edilmeye çalışılmıştır. Aksi takdirde konu kapsam itibariyle çok genişleyeceği için sınırlanması gerekmiştir. Bu nedenle sadece ve özellikle bu nitelikli hallerle ilişkin konular üzerinde durulmuştur. TCK'nın 82. maddesinin farklı (h ve i) bentlerinde düzenlenen bu nitelikli haller ayrı ayrı incelenmiştir. Fakat bir suçu gizlemek veya delilleri ortadan kaldırmak, yakalanmamak amacıyla veya bir suçu kolaylaştırmak için öldürme nitelikli hali bize göre bir bent içerisinde farklı nitelikli halleri barındırmaktadır. Bununla birlikte doktrinde bu nitelikli haller ile ilgili açıklamalar genellikle bir bütün olarak yapıldığı için biz de tekrardan kaçınmak, atıf tekrarına düşmemek adına gizleme amacı başlığı altında bu açıklamalar yapılacak, ama farklı olduğunu düşündüğümüz noktalar ayrıca belirtilmekle yetinilecektir. Diğer taraftan inceleme konusu nitelikli hallerin anlaşılmasına yardımcı olacağı düşüncesiyle Alman hukukundaki durum da çalışmanın sınırları çerçevesinde aktarılmaya gayret edilecektir.

Çalışmada nitelikli hallerin kanundaki düzenleme şekline uygun olarak öncelikle TCK m. 82/1-h bendindeki nitelikli hal bent içerisindeki düzenlemeye göre incelenecek, daha sonra TCK m. 82/1-i bendindeki nitelikli hal ele alınacaktır. Sonrasında ise bu nitelikli hallerin birlikte ve aynı maddedeki diğer nitelikli hallerle beraber uygulanabilirlik sorunu ile haksız tahrik kurumunun tatbik imkanı değerlendirilecektir.

mümkün kılmak veya gizlemek için bir kimsenin öldürülmesinden bahsedilmiştir (Alman CK m. 211). Bkz. YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 320-321.

I. BİR SUÇU GİZLEMEK, DELİLLERİNİ ORTADAN KALDIRMAK VEYA İŞLENMESİNİ KOLAYLAŞTIRMAK YA DA YAKALANMAMAK AMACIYLA ÖLDÜRME

A. Genel Olarak Kanuni Düzenleme

Öldürme suçunun, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi nitelikli halinde dört durumdan bahsedilmektedir. Bunlar; başka bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak ve yakalanmamak için öldürmektir. Fakat bazı yazarlar bu dört durumu iki başlık altında toplamanın mümkün olduğunu ifade etmektedir: Bir suçu gizlemek ve bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesi. Çünkü suçu gizlemenin en önemli yöntemlerinden birinin delilleri ortadan kaldırmak olduğu, dolayısıyla suçun delillerini ortadan kaldırmak için işlenen, örneğin, suçun delili olan tanığın veya mağdurun öldürülmesi, nihayetinde suçu gizlemeye yönelik faaliyet olduğu için suçun gizlenmesi kapsamında kaldığı vurgulanmaktadır. Yakalanmamak amacının ise, her zaman olmasa da suçu çoğunlukla gizlemek için yapıldığının söylenebileceği; ancak istisnaen yakalanmamak, gizleme amacıyla olmayabileceği belirtilmektedir. Örneğin, suçüstü halinde görülen failin artık suçu gizlemekten ziyade yakalanmamak için tanığı öldürmesi gibi. Keza başkasının suçunu gizlemek için öldürme suçunu işleyen fail için de yakalanmamak amacının gerçekleşmeyeceği, bu nedenle yakalanmamak için öldürmeden ayrıca bahsedilmesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir¹⁰. Bazı yazarlar da suçu gizlemek için öldürmenin çoğu zaman delilleri ortadan kaldırmak için öldürmeyle iç içe geçmiş vaziyette olduğunu ve haliyle kesiştiğini belirtmiştir¹¹.

Bentte gösterilen nitelikli haller seçimlik olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle öldürme suçunun işlenmesiyle bentte sayılan hallerin birden fazlasının gerçekleşmiş olması durumunda örneğin, hem suçun işlenmesini

¹⁰ Bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 163 vd.

¹¹ Bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, M. 45-85, Ankara 2021, s. 3003; TURAN, Ersin/OTACI, Cengiz: Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 852.

kolaylaştırmak hem de tanık bırakmamak için öldürme suçu işlendiğinde iki nitelikli hal gerçekleşmiş olsa da seçimlik oldukları için tek nitelikli öldürmeden ceza belirlenmelidir. Ancak gerçekleşen her bir nitelikli hal hükümde ayrı ayrı gösterilmelidir. Öbür yandan bentteki sayılan amaçlardan her birisiyle farklı mağdurlara karşı öldürme suçunun işlenmesi halinde mağdur sayısınınca nitelikli öldürme suçunun oluştuğu kabul edilmeli ve gerçek içtima kuralları uygulanarak ayrı ayrı sorumluluk belirlenmeli ve bu durumda hükümde gösterilmelidir. Failin mağdurlardan birini örneğin bir suçu gizlemek için, bir başka mağduru da suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürmesi durumunda TCK 82/1-h ayrı ayrı uygulanarak, fail iki kez cezalandırılacaktır¹².

B. Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Olarak

Düzenlenme Nedeni

Alman hukukunda bir suçu gizlemek veya kolaylaştırmak gibi belli amaç veya saiklerle¹³ öldürme suçunun işlenmesinin daha fazla cezalandırılmasının öncelikle araç ve amaç arasındaki orantısızlık ilkesine dayandığı belirtilmektedir¹⁴. Diğer taraftan her iki amacın da kınanabilir amaç olması vurgulanmaktadır¹⁵. Ayrıca özellikle kınanabilir amaca işaret edilmekle birlikte, failin haksızlığı başka haksızlıkla ilişkilendirdiği

¹² Bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ**, s. 140-141; **HAKERİ**, s. 235.

¹³ Bunlar Alman Ceza Kanunu m. 211/2'de düzenlenen öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve alçakça saiklerle öldürme olabilir. İntikam, korku, heyecan, kin gibi duygular da olabilir.

¹⁴ **MAURACH**, Reinhart/**SCHROEDER**, Friedrich-Cristian/**MAIWALD**, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte, 10., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München 2009, § 2 Rn 30.

¹⁵ **FISCHER**, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016, § 211 Rn. 62; **RENGIER**, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2016, Rn. 48; **SATZGER**, Helmut/**Schluckebier**, Wilhelm/**WIDMAIER**, Gunter/**MOMSEN**, Carsten: StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage Köln, 2014, § 211 Rn. 67.

düşüncesine dayandırılmaktadır¹⁶. Yargı kararlarında bu iki gerekçenin yanında yüksek tehlikelilik de ifade edilmektedir¹⁷.

Bir suçun işlenmesine imkan sağlamak (kolaylaştırmak) için öldürmenin daha fazla cezalandırılmasının nedeni olarak birtakım görüşler ileri sürülmektedir: Öldürmenin başka suç teşkil eden haksızlığa araç olarak hizmet ettiği¹⁸; bir insanı öldürerek bir suçu işlemenin önünü açmak isteyen herkesin, son derece kınanacak bir davranışta bulunduğu¹⁹, hem artan kınanabilirlik hem de özel tehlikelilik halinin var olduğu²⁰; keza artan kınanabilirlik ve failin suç hedeflerine ulaşmak için gerekirse cesetlerin üzerinden geçmeye hazır olması, yani kastında başka haksızlıkla haksızlığı ilişkilendirmesinde yattığı²¹; yine amacına ulaşmak için cesetlerin üzerinden geçen failin vicdansızlığı/acımasızlığından²² ve bunun yanında sosyal tehlikelilik göstermesinden²³ kaynaklandığı dile getirilmektedir.

¹⁶ **EISELE**, Jörg: Strafrecht- Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 3., überarbeitete Auflage, Stuttgart 2014, § 211 Rn. 117. Ancak doktrinde gizlemek veya imkan sağlamak amaçlı öldürmenin daha fazla cezalandırılma nedeni olarak ifade edilen haksızlığın fail tarafından işlenen başka bir haksızlıkla bağlantısının olması yönündeki destkriptiv tespitin nitelikli hal olarak kabulü açısından yeterli bir gerekçe olmadığı da dile getirilmiştir. **NEUMANN**, Ulfrid/**SALIGER**, Frank: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch (NK-StGB), 5. Auflage 2017, StGB § 211 Rn. 90.

¹⁷ Bkz. **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD**, § 2 III, Rn. 34, s. 47.

¹⁸ **SCHONKE**, Adolf/**SCHRODER**, Horst/**ESER**, Albin/**STERNBERG-LIEBEN**, Detlev, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Neu bearbeitete Auflage, München, 2019, § 211 Rn. 31; **SCHMIDT**, Rolf/**PRIEBE**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 6. Auflage, Grasberg bei Bremen 2007, Rn. 129; **JOECKS**, Wolfgang: Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Auflage, München 2014, § 211 Rn. 54; **KUPPER**, Georg/**BÖRNER**, René: Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 4. Auflage, Berlin 2017, § 1 Tötungsdelikte Rn. 59; **KLESCZEWSKI**, Diethelm: Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen 2016, Rn. 84; **SK KOMMENTAR** § 211, Rn. 66; Beck'sche Online-Kommentare BeckOKStGB/**ESCHELBACH**, 55. Ed. 1.11.2022, StGB § 211 Rn. 77.

¹⁹ **JÄHNKE**, Burkhard, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11., neu bearbeitete Aufl., Berlin-New York 2000, § 211 Rn. 9.

²⁰ **NEUMAN/SALIGER**, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 90.

²¹ BeckOKStGB/**ESCHELBACH** StGB § 211 Rn. 77.

²² Bkz. **BOCK**, Dennis: Strafrecht Besonderer Teil 1, Nichtvermögensdelikte, Springer-Verlag 2018, s. 72; **ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF**, § 2 Rn. 62.

²³ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 257.

Bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürmenin daha fazla cezalandırılmasının meşruiyetinin tartışmasız olduğu²⁴ ya da daha az sorunlu/anlaşılabilir olduğu²⁵ belirtilmekle birlikte bir suçu gizlemek için öldürmenin daha fazla cezalandırılmasının nedenini açıklamanın genellikle sorunlu görüldüğü ifade edilmektedir²⁶. İlk olarak, işlediği suçu açığa çıkacak olan failin içinde bulunduğu psikolojik zor durum nedeniyle kurallara uymasının zorlaşmasına atıfta bulunularak bu nitelikli halinin meşruiyeti kusur psikolojisi düşüncesiyle sorgulanmaktadır. Zira, çok sayıda gizleme amaçlı öldürme suçlarının, faillerinin kusurunu azaltan bir çatışma durumunda işlendiği, örneğin bu durumda failin korku, panik, karmaşa ve heyecan ve endişe nedeniyle neredeyse düşüncesizce (unreflektiert) hareket ettiklerine işaret edilmektedir²⁷. Ayrıca daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak cezalandırmanın failin içindeki kendini kayırma güdüsüyle de çelişkili olduğu ileri sürülmektedir²⁸. Failin suçu gizleme ve böylece cezadan kaçınmaya yönelik her türlü çabasının anlaşılabilirliğinin yanında bu türden kendi lehine motivasyon yani

²⁴ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9.

²⁵ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 84, 85.

²⁶ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 257. Nitekim Alman hukukunda gizleme amaçlı öldürmenin nitelikli öldürme olarak düzenlemesi Federal Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi gizleme amaçlı öldürmenin anayasaya uygunluğunu kabul etmiş, ancak uygulamayı hükmü dar yorumlamaya davet etmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi de doktrinde ileri sürülen birçok hususa değinmiştir. Failin içinde bulunduğu çatışma durumu ve kendini kayırması gözönünde bulundurulmuş, fakat gizleme amacıyla hareket eden failin aşağılık zihniyetine ve yüksek tehlikeliğine dikkat çekmiştir. Failin özel kınanabilirliği, hukuka aykırı amacına ulaşmak adına öldürmeyi araç olarak kullanması, insan hayatını feda etmekten çekinmemesi, özel aşırı egoist bir çaba gibi gerekçelerle gizleme amacıyla öldürmenin nitelikli öldürme olarak cezalandırılmasının anayasaya uygunluğuna karar verilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesini bu gerekçeleri ve eleştirisi için bkz. WEISS, s. 199 vd. Ayrıca gizleme amacının sınırlandırılmasına ilişkin yorumlar için bkz. WEISS, s. 248 vd.

²⁷ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 220. Aynı yöndeki bazı yazarlar da panik halinde işlenen her fiili nitelikli öldürme olarak nitelendirmenin doğru olmadığını, bkz. LK-JÄHNKE § 211 Rn. 13; panik içinde olan ve kurtulmak için çabalarken cesetlerin üzerinden geçen birinin müebbet hapis cezasını hak etmediğini belirtmektedir. Bkz. BOCK, s. 62.

²⁸ KÜPPER-BÖRNER, § 1 Tötungsdelikte Rn. 59; SALİGER, Frank: "Zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht", ZStW 109, Heft 2, 1997, s. 302; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 220.

kayıрма durumunun ceza muhakemesinde nemo tenatur kapsamında ve ceza hukukunda (Alman Ceza Kanunu, suçlunun suçtan kaynaklanan yararının korunması, suçluyu kayırma m. 257, 258) ayrıcalıklı düzenlemeler bulunmasının bu çelişkiyi ortaya koyduğu ifade edilmektedir²⁹. Nitekim Alman Ceza Kanununun bu konudaki bazı maddelerinde failin kendisini kayıracı hareketlerine ayrıcalık tanınırken, suçu gizlemek için öldürmede bu hususun ömür boyu hapis cezasının bağlama noktası haline geldiği belirtilmektedir³⁰. Bu itibarla failin kendini kayırma eğilimi ve anayasa hukuku kapsamındaki kusur ilkesi açısından da kusurluluğu azaltma eğilimi göz önünde bulundurularak bu nitelikli halin haklılığı için farklı bir gerekçelendirme gerektirdiği ifade edilmektedir³¹. Failin suçu gizlemek için öldürmesi şeklindeki kendini kayırmaya yönelik bu hareketinin lehine bir ayrıcalık tanınmaktan ziyade cezasının artırılmasının gerekçesi olarak birtakım görüşler ileri sürülmüştür³²: Bir görüşe göre Alman Ceza Kanununun 257 ve 258. maddelerinde failin sadece hukuki durumu eski hale getirme veya cezalandırılmayı engelleme sözkonusuyken, burada (nitelikli halde) daha fazla zarara neden olunmaktadır. Öncül suçun haksızlığı yeni ek haksızlıkla birleştirilmektedir³³. Bir görüşe görede failin önceki davranışları nedeniyle psikolojik çıkmazın ortaya çıkmasında kendisinin sorumlu olması ve diğer kendini kayırmacılığın aksine şiddet içermesi nedeniyle hoşgörüyü hak etmemektedir³⁴. Diğer bir görüşe göre ise başka insanların hayatlarını bencil amaçlar için araçsallaştırması halinde fail hoş görülemez³⁵. Hatta bu bağlamda gizleme amacının özel haksızlığı, failin bencil amacını gerçekleştirmek için "cesetlerin üzerinden

²⁹ SATZGER/SCHLUCKEBÄR/WIDMAIER/MOMSEN, § 211 Rn. 75.

³⁰ JOECKS, § 211 Rn. 57; ayrıca bkz. BOCK, s. 62.

³¹ NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 90.

³² Doktrinde gizlemek amacıyla öldürmenin aşırı duygusal etki altında gerçekleştirildiği durumlarda olduğu gibi her zaman özel kınanabilirlik ve/veya tehlikelilik göstermediği de belirtilmektedir. Keza 1936 ve 1939 tarihli tasarılar da görevli ceza hukuku komisyonu söz konusu tipik özel kınanabilirlik eksikliği nedeniyle gizleyerek öldürmeyi nitelikli öldürme olarak değerlendirmemiştir. Bkz. SALİGER, s. 302.

³³ Eisele, § 211 Rn. 120.

³⁴ Bkz. BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 84; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 221; Joecks, § 211 Rn. 57.

³⁵ NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 97, 98; KÜPPER-BÖRNER, § 1 Tötungsdelikte Rn. 59.

geçmesi" şeklinde de ifade edilmektedir³⁶. Fakat literatürün bir kısmı ise farklı bir yaklaşımla, cezanın artırılmasının nedeninin amacın etik olarak kınanabilirliği ile ilgili değil, öncelikle failin özel tehlikeliği ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir³⁷. Bir suçu gizlemek için öldürmenin özel haksızlığını kişinin kendisinin veya başkalarının cezalandırılmasını engellemek için bencil çabalarının özel aşırılığı (besonderes Übermaßegoistischer Bestrebungen) ve ortalamanın üzerinde bir tehlikelilik (über durchschnittliche Gefährlichkeit) olarak ifade etmektedirler³⁸. Ayrıca mağduru korumak için faildeki öldürme eğiliminin daha yüksek ceza ile karşılanması gerektiği de belirtilmektedir³⁹. Yine gizlemek amacıyla öldürme durumuyla sıklıkla karşılaştırılması nedeniyle buna engel olmak adına genel önleme açısından da daha fazla bir ceza tehdidi meşru olmalıdır⁴⁰.

Türk Hukukunda da farklı görüşlere rastlanmakta ve genellikle TCK m. 82/1-h bendindeki nitelikli hallerin bütününe ilişkin olarak görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş öldürmenin bir başka suça bağlı olarak işlenmesi şeklindeki daha ağır sürecin önlenmesi için nitelikli halin kabul edildiğini ifade etmektedir⁴¹. Başka bir görüş, kanunun koyucunun, kim tarafından olursa olsun öldürmenin, işlenmiş veya işlenecek bir suça araç olarak kullanılmasını daha fazla cezalandırmak istediğini belirtmektedir⁴². Bir diğer görüş de öldürme suçunun işlenmesiyle adli makamların

³⁶ BOCK, s. 62.

³⁷ Bkz. JOECKS, § 211 Rn. 57, s. 381; NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 98. Nitekim doktrinde, psikodinamik olarak ortaya çıkarılma korkusuyla öldürmenin daha fazla kriminolojik enerji gerektiren mümkün kalmak için öldürme fiiline göre endişeli bir fail kişiliğine daha yakın olduğu belirtilmektedir. BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 84.

³⁸ Wolter, Jürgen/SİNN, Arndt: SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, C. 3, Carl Heymanns Verlag Köln 2015, § 211 Rn. 75.

³⁹ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 12; RENGİER, Rn. 52.

⁴⁰ WEİSS, s. 248. Genel önleme için cezanın artırılmasının ikna edici olmadığı, zira cezanın fazlalığı caydırıcı olabilmesi için en azından biraz düşünmesi gerekir, fakat ani gelişen olaylarda, dürtüsel olarak hareket edilen durumlarda bu pek mümkün gözükmemektedir (Bkz. WEİSS, s. 249).

⁴¹ BAYRAKTAR, Kasten Öldürme, s. 75; BAYRAKTAR, Köksal: Kasten Öldürme, Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul, 2017, s. 50.

⁴² EREM, Faruk: Adam Öldürmek Cürümleri, Ankara 1982, s. 78; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 364.

delil toplama, suçu açığa çıkarma ve failini yakalama gibi işlemleri yapmasını zorlaştırdığı için nitelikli hal olarak düzenlendiğini ileri sürmektedir⁴³. Başka bir görüş ise failin kötülük düzeyi ağır olan iradeye sahip olmasını daha fazla cezalandırılma nedeni olarak ifade etmektedir⁴⁴. Hakim görüş de belirli bir amaç suç için öldürmekten çekinmeyen, başka bir suçu işlemeyi dahi göze alan failin, toplum açısından daha tehlikeli bir kişiliğe sahip olduğunun açığa çıkmış olmasının daha fazla cezalandırılmayı gerektirdiğini savunmaktadır⁴⁵.

Kanaatimizce nitelikli hal olarak düzenlenmesinin amacı/gerekçesi, failin, bentteki belirtilen amaçları gerçekleştirmek için bir insan yaşamını hiçe sayması, onu araç olarak kullanması, yani onun cesedi üzerinden de olsa amacına ulaşma bencilliğini, alçaklığını ve tehlikeliliğini göstermesidir. Elbetteki bu tür bir öldürmenin gerçekleştirilmesiyle daha fazla kınanabilir durum da ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan faildeki bu durum nedeniyle öldürülme riski altındaki kişilere daha fazla koruma sağlanmak istenmektedir.

C. Bir Başka Suçla Öldürme Suçu Arasındaki İlişki

TCK m. 82/1-h'deki nitelikli halde öldürme suçu bentte sayılan belli amaçlar için işlenmektedir. Bunlar; bir başka suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, bu başka suçtan dolayı yakalanmamak ve bir başka suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıdır. Sayılan bu amaçları gerçekleştirebilmek için öldürme suçu bir araç suç konumundadır. Yani bu nitelikli halde öldürme ile örneğin, gizlenecek veya kolaylaştırılacak fiil arasında amaçsal bir bağlantı olmalıdır⁴⁶. Dolayısıyla bu nitelikli halde bir amaç-araç suç ilişkisi sözkonusudur ve somut olayda da amaç-araç suç ilişkisinin kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat Türk

⁴³ PALUT, Adem: Kasten Öldürme Suçu, Ankara 2019, s. 466. Alman literatüründe de gizleme amacıyla, hayata yönelik saldırıya yargılamanın engellenmesi amacının da eşlik ettiği belirtilmektedir. KLESCZEWSKI, Rn. 87.

⁴⁴ SOYASLAN, s. 144.

⁴⁵ ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 48; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3000; YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 98; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 140.

⁴⁶ Bkz. KİNDHÄUSER, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte Staat und Gesellschaft, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, § 2, Rn. 38.

doktrinindeki iki suç arasında bir bağlantının bulunması gerektiği⁴⁷ yönündeki açıklamaların amaç-araç suç ilişkisini karşılamadığını düşünmekteyiz. Zira her iki suçla maddede aranan amaçsal ilişki dışında bir bağlantı gerçekleşebilir, ancak bu bağlantı bu nitelikli halin uygulanmasını sağlamaz. Örneğin, hırsızlık suçunu işlemeye giderken yolda tartıştığı kişinin öldürülmesi arasında bir bağlantının olduğundan bahsedilebilecektir, ancak bu halde amaç-araç suç ilişkisinden söz edilemez. İki suç arasında fikri bir ilişki, iç bağlantı olması gerekir⁴⁸ yönündeki ifade ise amaç-araç suç ilişkisini kapsamakla birlikte maddenin aradığı (gizleme, delilleri ortadan kaldırma, yakalanmama ve kolaylaştırma amacından) iç bağlantıdan geniştir. Örneğin, kızgınlık, heyecan, korku, hırs gibi psikolojik nedenlerle öldürme suçu işlendiğinde de iç bağlantı var denilebilir, ama maddede aranan amaç-araç suç ilişkisi gerçekleşmez. Örneğin, trafik kazasında diğer tarafında hatası vardı, sebep oldu denilerek kızgınlıkla mağdurun öldürülmesinde de iki fiil arasında iç bağlantı vardır; ama gizleme amacı yoktur. Elbette iki suç arasında nedensellik bağlantısı aranacaktır; ancak bu yeterli değildir. Çünkü maddede aranan husus herhangi bir bağlantı veya nedensellik değil, amaç-araç suç olma bağlantısıdır. Bu tespit edilmeden, sadece nedensellik, bağlantı veya fikri bir ilişki veya iç bağlantının tespiti sözkonusu nitelikli halin uygulanmasını sağlamaz; aksi hal, maddenin aradığı amaç-araç suç ilişkisine aykırı olacak ve tipiklik gerçekleşmeyecektir. Netice itibarıyla bize göre nitelikli halin uygulanabilmesi için iki suç arasında nedensellik bağlantısının bulunması ve ayrıca maddede belirtilen gizleme, delilleri ortadan kaldırma, kolaylaştırma veya yakalanmama gibi amaçlarla öldürme suçunun işlenmiş olması aranmalıdır⁴⁹.

Doktrinde öldürmenin genellikle gizleme, delilleri ortadan kaldırma, yakalanmama amacının nedeni olan önsuçtan sonra işlendiği, bir suçun işlenmesi kolaylaştırmak için öldürmede ise araç olan öldürme

⁴⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 140; YOKUŞ SEVÜK, s. 98; BAKICI, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 3, Ankara 2010, s. 665.

⁴⁸ HAKERİ, s. 234.

⁴⁹ Bkz. PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer: Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, (76-150. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010, s. 1340.

suçunun, amaç suçtan önce işlendiği ifade edilmektedir⁵⁰. Öldürme suçunun işlenmesinin bu zamansal farklılığına rağmen “amaç-araç suç ilişkisi” gerçekleşir. Çünkü öldürme suçu belli amaçları (gizleme-delilleri ortadan kaldırma, yakalanmama ve bir suçun işlenmesini kolaylaştırma) gerçekleştirmede araç olarak kullanılmaktadır.

Bununla birlikte bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme halinde bir “amaç suç-araç suç” ilişkisinin sözkonusu olduğu gerek madde gerekçesinde gerek doktrinde⁵¹ gerekse Yargıtay’ın kararlarında⁵² ifade edilmektedir. Fakat bize göre yukarıda belirtildiği üzere bentteki belirtilen tüm durumlarda “amaç-araç suç” ilişkisi vardır, yani amacı gerçekleştirmede öldürme araç suç olarak kullanılmaktadır. Ancak, “amaç suç-araç suç ilişkisi”, suçun işlenmesini kolaylaştırmak dışında bentte sayılan diğer durumlar açısından gerçekleşmemektedir⁵³. Çünkü öldürme suçunun araç olmasından bahsedilebilmesi için bir başka suçun gerçekleştirilmesinde öldürme fiili kullanılmalı, o suça etki etmeli, katkıda bulunmalıdır. Örneğin kasten yaralamada silah ya da bıçağın, dolandırıcılık suçunda sahte belgenin araç olarak kullanılması böyledir. Kaldı ki yakalanmamak amacı dışındaki gizleme, delilleri ortadan kaldırma amacı

⁵⁰ HAKERİ, s. 235; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 141; YOKUŞ SEVÜK, s. 98; BAKICI, s. 665; ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 6. Baskı, Ankara 2021, s. 125-126; TURAN/OTACI, s. 852.

⁵¹ ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Ü. Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 157; GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 202; HAKERİ, s. 234; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 170; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 52; YOKUŞ SEVÜK, s. 98; GÖKCEN/ARTUÇ, C. 2, s. 2999; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340; TURAN/OTACI, s. 851; PALUT, s. 464; ÖNDER, s. 44; AKBULUT, s. 141; TURAN/OTACI, s. 851.

⁵² YCGK, 11.10.2011, 1-113/207; YCGK, 7.4.2022; 2018/549, 2022/250; YCGK, 8.12.2015, 2014/707, 2015/504, lexpera.com.tr

⁵³ Aynı yönde bkz. ÖZEN, s. 125-126; Nitekim doktrinde bazı yazarlar da bu nitelikli hal bakımından sadece öldürme suçunun bir başka suçun işlenmesini kolaylaştırmak durumu için amaç suç araç (vasita) suç ilişkisinden bahsetmektedir (Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 36).

bakımından istisnai olarak fiilin icrasından önce, fiilin icrası sırasında⁵⁴ gizlemek, delilleri ortadan kaldırmak için öldürme suçu işlenebilirse de gizleme, delilleri ortadan kaldırma çoğunlukla teşebbüs aşamasında kalmış, tamamlanmış veya sona ermiş suçlardan sonra gerçekleşmektedir. Bu durumda öldürmenin bir başka suç dolayısıyla işlenmesi sözkonusu olsa da teşebbüs aşamasında kalmış, tamamlanmış, sona ermiş, yani icrası devam etmeyen suçun gerçekleştirilmesine bir katkısından, araç olmasından söz edilemez. Oysa bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürmede, amaç suçun işlenmesi bakımından öldürme suçunun tam da araç olma özelliği ortaya çıkar. Zira bu nitelikli hal açısından bitmiş bir suç bulunmadığı için, öldürme suçu amaç suçun bizatihi gerçekleşmesine, kolay işlenmesine etki etmektedir. Öldürme suçu, banka soygununun işlenmesini kolaylaştırmak için güvenlik görevlisinin öldürülmesinde olduğu gibi, bir araç olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla gerçek anlamda bir amaç suç - araç suç ilişkisi, öldürme suçunun bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesinde sözkonusu olmaktadır.

Diğer taraftan suçu gizleme, delilleri yok etme ve suçu gizlemek için yakalanmamak amacıyla öldürme nitelikli hallerinde amaç suç olarak TCK m. 281'de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu düşünülebilir. Çünkü öldürme suçu daha önceki işlenmiş suçun gizlenmesi için araç olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla öncül suç olan herhangi bir suçun delillerini gizlemek, yok etmek için öldürme suçunun işlendiği durumlarda aynı zamanda TCK m. 281'deki suçun gerçekleşeceği düşünüldüğünde bu suç ile öldürme suçu arasında amaç suç

⁵⁴ **GÖKCAN/ARTUÇ**, C. 2, s. 3003; Fail, işlemeyi düşündüğü bir suçun ortaya çıkması veya failliğinin bilinmemesi için işlemeyi düşündüğü suçun icra hareketlerine dahi başlamadan delilleri ortadan kaldırmak, gizlemek amacıyla öldürme suçunu işleyebilir. Örneğin kasten öldürmeyi düşündüğü kişinin yanındaki arkadaşını, korumasını tanık bırakmamak için önce öldürmesinde olduğu gibi. Yine örneğin hırsızlık suçunu işlerken veya hürriyetten yoksun kılma suçu devam ederken kendisini gören tanığı öldürmesi böyledir. Bu durumlar bir başkasının suçunu gizlemek bakımından da rahatlıkla gerçekleşebilir. Örneğin, oğlunun evlenmek için kız kaçırması olayının ortaya çıkmamasını sağlamak amacıyla babanın önceden kızın babasını öldürmesi gibi. Fakat işleme anı itibariyle gizlenmesi düşünülen suçtan daha önce öldürme suçunun işlenmesine rağmen öldürme suçu gizlenmesi düşünülen suçun işlenmesi açısından araç olarak kullanılmamaktadır. Bununla birlikte gizleme amacı ve kolaylaştırma amacı bir arada gerçekleşebilir.

- araç suç ilişkisinden bahsedilebilir. Bu durumda ise sorumluluğun nasıl tespit edileceği değerlendirilmelidir. Öncelikle ifade edelim ki bir suç gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak için öldürme suçu işlendiğinde TCK m. 82/1-h'deki nitelikli öldürme suçu gerçekleşecektir. Sorun, suç gizlemek için örneğin tanığın öldürüldüğü durumlarda TCK m. 281'deki suçun da oluştuğu kabul edildiğinde, bu suçtan dolayı da ayrıca sorumluluğun doğup doğmayacağıdır. Bu hususa ilişkin kasten öldürme ile ilgili eserlerde bir açıklamaya rastlanılmamıştır. Genellikle TCK m. 82/1-h'de belirtilen bütün haller için amaç suç araç suç ilişkisinin olduğu ve amaç suçunda ne olduğu bentte açıkça belirtilmediği için bileşik suçun sözkonusu olmayacağı ve bu nedenle amaç suçtan ve araç suçtan ayrı ayrı sorumlu olunacağına dair açıklamalar yapılmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte TCK m. 281 ile ilgili açıklamalarda bu hususa ilişkin olarak bir görüş; suçu gizlemek için öldürme suçunun işlenmesi halinde, inceleme konumuz olan m. 82/1-h'deki nitelikli hal ile birlikte m. 281'deki suçun da oluşacağını, ancak m. 281'deki suçun kasten öldürmenin bu nitelikli halini oluşturması nedeniyle bileşik suçun varlığını kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir⁵⁶. Aksi yöndeki görüş ise bir suçu gizlemenin veya delilleri

⁵⁵ 51 nolu dipnottaki doktrinde amaç suç araç suçun varlığını kabul eden yazarların aynı yerdeki açıklamalarına bakılabilir. 765 sayılı TCK ile ilgili olarak doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Bir görüşe göre faile sadece nitelikli adam öldürmeden ceza verilmesiyle yetinilmelidir, çünkü kanunkoyucu araç suçu nitelikli hale getirirken, amaç suçu da göz önünde bulundurmuş ve cezasını da ona göre tayin etmiştir. Yargıtayın da aynı yönde kararları vardı: "Öldürmenin kaçırmayı temin amacıyla işlendiği kabul edilerek TCK.nun 450/7 bendi uygulanmış olmasına göre, ayrıca kaçırmaktan dolayı 429. madde ile ceza tayini yolsuzdur", Y1CD, 16.1.1951, 69/32; "Çalma suçunu gizlemek amacıyla işlenen öldürmeye kalkışmada suç unsurlarından bulunan çalma eyleminden ötürü ayrıca ceza verilemez", Y1CD, 6.11.1973, 4935/650. Diğer görüş göre ise bileşik suç yoktur, ayrı ayrı ceza verilmelidir. Yargıtayın bu yönde de kararları bulunmaktaydı. "Olayda bileşik durumu bulunmamasına, ırza geçme suçu uygulanan TCK.nun 450/9 maddesinde bu suçun şiddet sebebi veya unsuru olarak yazılı olmamasına göre; altı yaşındaki mağdurun ırzına geçtikten sonra maktulenin kendilerini tanıyıp ihbar etmesinden korkan ve mağdurenin taşla kafasına vurarak önceki suçun delillerini gizlemek için öldürme eyleminde TCK.nun 450/9 ve 414. maddeleri ayrı ayrı uygulanmalıdır", Y1CD, 18.6.1986, 1805/2470; YCGK, 13.2.1984, 1-322/64; YCGK, 26.9.1988, 1-244/315, bu kararlar için bkz. **Önder**, s. 45 vd.

⁵⁶ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1204; **EVİK**, Vesile Sonay: "Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu", Bahçeşehir Üniversitesi HFD, C. 11, Sy. 137-138, Ocak-Şubat 2016, s. 26; **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk

ortadan kaldırmanın, m. 281'in tipikliğinin maddi unsurunu oluşturan hareketler olması, m.82/1-h açısından ise sadece failde bulunması gereken manevi nitelikte bir tipiklik unsuru olduğu için bileşik suç durumunun bulunmadığını belirtmektedir. Fakat bileşik suç kabul edilmediğinde ise bir fiille iki farklı suçun olduğu ve farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince daha ağır cezası olan m. 82/1-h'den sorumluluk tayinin sözkonusu edileceğini ileri sürmektedir⁵⁷.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere öldürme suçunun bu nitelikli halinin oluşabilmesi için, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve suçun işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi yeterlidir; amaçlananın gerçekleşmesi şart değildir⁵⁸. Örneğin, suç gizlenememiş (delilleri ortadan kaldırılamamış), kaçmak isteyen kişi yakalanmış olabilir. Bu durum nitelikli öldürmeden sorumluluğu engellemeyecektir. Ancak öldürmekle amaçlananın da gerçekleşmesi halinde sorumluluk, her iki suçtan ayrı ayrı olacaktır. Fakat öncül suç veya amaçlanan suçla öldürme suçunun failleri farklı ise, yani bir başkasının suçunun gizlenmesi veya işlenmesinin kolaylaştırılması için öldürme suçu işleniyorsa öldürme suçunun faili sadece bu nitelikli halden sorumlu tutulabilecektir⁵⁹.

Nitelikli halde fail gizlemek, delilleri ortadan kaldırmak, kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla öldürme suçunu gerçekleştirmelidir. Çünkü, ancak bentte belirtilen amaçlarla öldürme suçu işlendiğinde tipiklik, kanuni tanıma uygunluk gerçekleşecektir. Bu itibarla öldürme suçunun bentte belirtilen amaçlarla işlendiğinin her türlü şüpheden uzak ve inandırıcı delillerle ispatlanması gerekir⁶⁰. Fakat, örneğin fail kendisini yakalamak isteyen kişiyi öldürmek için değil, yaralamak amacıyla vurmasına rağmen ölüm meydana geldiğinde öldürmek amaçlanmadığı için nitelikli halden sorumluluk doğmayacaktır; ancak TCK m. 87/4 hükmü

Ceza Kanunu Şerhi, C. 6, M. 255-345, Ankara 2021, s. 9202; **KILIÇ**, Burak: Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 96.

⁵⁷ **ERYILDIZ**, s. 200.

⁵⁸ Bkz. TCK 82/1-h bent gerekçesi; Aynı yönde bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 163; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 52-53; **AKBULUT**, s. 139.

⁵⁹ **TOROSLU/TOROSLU**, s. 35-36.

⁶⁰ **GÖKCEN/BALCI**, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 208.

uygulanabilecektir⁶¹. Keza öncül suçun bazılarında ölümün meydana gelmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (TCK m. 102/5; 103/6). Bu tür öncül suçlarda da örneğin cinsel saldırının gerçekleştirilmesi amacıyla uygulanan cebir nedeniyle mağdurun ölmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan (m. 102/5) sorumluluk tayin edilecektir. Ancak cinsel saldırı fiilini işledikten sonra ihbar etmemesi için mağdur öldürüldüğü takdirde hem cinsel saldırı hem de bu nitelikli hal-den hüküm verilecektir⁶².

D. Başka Bir Suçu Gizlemek Amacıyla Öldürme

1. Gizleme Amacı

Gizlemek, sözlükte, “saklamak, görünmeyecek, belli olmayacak bir yere veya bir duruma koymak”⁶³ anlamına gelmektedir. Alman yargı kararlarında da gizlemek kelimesi, örtmek, tanınmaz hale getirmek, saklamak gibi birçok kelime ile açıklanmış, aksi ise ortaya çıkarmak, keşfetmek, aydınlatmak, açıklığa kavuşturmak, bilinmek vb. kelimelerle gösterilmiştir⁶⁴. *Suçun gizlenmesi* ise suçun saklanması, ortaya çıkmasının önlenmesi, açığa çıkmasının engellenmesidir⁶⁵. Bazı Alman yargı kararlarında da suçun gizlenmesi, suçun örtbas edilmesi, yani suçun izlerinin tanınmaz hale getirilmesi veya ortaya çıkarılmasına katkıda bulunabilecek kişilerin zararsız hale getirilmesi şeklinde ifade edilmiştir⁶⁶. Suçun gizlenmesi amacıyla öldürme ise işlenecek veya işlenmiş (tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış) bir suçun ortaya çıkmasını önlemek, saklamak için işlenmesidir⁶⁷.

Madde metninde “bir suçu gizlemek” denildiği için, sanki bu nitelikli halin uygulanabilmesi için sadece suç teşkil eden fiili gizlemek için öldürmek gerektiği düşünülebilir. Buna göre örneğin failin, işlediği cinsel

⁶¹ HAKERİ, s. 234; ERYILDIZ, s. 192.

⁶² Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171-172; YOKUŞ SEVÜK, s. 99; ERYILDIZ, s. 199-200.

⁶³ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁴ Bkz. KÜPER, s. 1159.

⁶⁵ GÖKCEN/BALCI, *Kasten Öldürme*, 2. Baskı, s. 204; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 159.

⁶⁶ Bkz. (BGHSt 7, 287, 290; BGHSt 11, 268), KÜPER, s. 1159.

⁶⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3003.

saldırı suçunun ortaya çıkmaması için mağduru öldürmesi hali ancak gizleme öldürmesi olarak kabul edilebilecektir. Oysa ihbar üzerine bir hırsızlık suçunun işlendiğinin ortaya çıkması, ama failin (fail ve şerik) henüz tespit edilememesi örneğinde olduğu gibi suçun kovuşturma makamlarınca tespit edilmiş olmasına rağmen fail olarak kendisinin de belirlenmesini, açığa çıkmasını önlemek için öldürme suçunun işlenmesini de suç gizlemek kapsamında değerlendirmek gerekir⁶⁸. Çünkü nihayetinde fail de suç kapsamındadır, suçun unsurudur⁶⁹. Bir başka ifadeyle suç, aslında ona iştirak edenlerle birlikte bir bütün olarak suç oluşturmaktadır. Suç teşkil eden fiillerin ve onun işlenmesine iştirak edenlerin tespiti ile suç tam olarak açığa çıkarılmış olur⁷⁰. Dolayısıyla gizleme, fiilin veya failin tespit edilmesine yöneliktir⁷¹. Bu bakımdan fiilin bilindiği ama failin bilinmediği hallerde de gizleme sözkonusu olur⁷². Esas olarak fail, suçu gizlemekle, kendi failliğinin tespitini önlemek istemektedir. Fakat failin suçu gizlemek istemediği, kendisinin failliğini gizlemek istediği durumda da bu nitelikli öldürme işlenebilir⁷³. Hemen belirtelim ki failden kastımız gizlenmesi istenilen suça fail ya da şerik olarak katılan kimsedir. Dolayısıyla gizleme sadece failliğin değil, şerikliğin (azmettiren ve yardım eden) ortaya çıkmaması için de yapılabilir.

Bu itibarla gizleme amacı, gizlenilmesi istenilen suçun (önsuçun) ve/veya bu suçun fail(ler)inin ortaya çıkmasının engellenmesi amacıdır⁷⁴. Ayrıca maddede “bir suçu gizlemek” denilerek “işlediği suçu gizlemek” gibi sınırlayıcı ifade kullanılmadığı için -başka suç başlığı altında da belirtildiği üzere- bir başkasının işlediği suçu ve/veya fail(ler)ini gizlemek

⁶⁸ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 224.

⁶⁹ ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 2 Rn. 64.

⁷⁰ Bkz. ERYILDIZ, s. 191-192.

⁷¹ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 92.

⁷² Bkz. NEUMAN/SALIGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 99; EISELE, § 211 Rn. 122; BOCK, s. 53; Fischer, § 211 Rn. 68; SINN, SK-StGB, § 211 Rn. 80; LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian/HEGER, Martin: Strafgesetzbuch, 30. Neu bearbeitete Auflage, München 2023, § 211 Rn. 12.

⁷³ WEISS, s. 218; ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 2 Rn. 64. Nitekim Alman Federal Mahkemesinin içtihatlarının da bunu kabul ettiği belirtilmektedir: Bkz. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III Rn. 34.

⁷⁴ KLESCZEWSKI, Rn. 89; RENGIER, Rn. 53; NEUMANN/SALIGER, NK-StGB § 211 Rn. 99.

için öldürme suçunun işlenmesi halinde de gizlenme amacı gerçekleşecektir. Dolayısıyla gizleme amacı, kendisinin ya da başkasının işlediği suçun ve/veya fail(ler)inin açığa çıkmasının önlenmesi, saklanması olarak ifade edilebilir.

a. Ceza Hukuku Dışındaki Gizleme Amacı Halinde Gizleme Niyetinin Kabul Edilebilirliği Sorunu

Gizlemenin, failin kendisinin ya da bir başkasının suçunun ve/veya failliğinin gizlenmesi ile ilgili olması gereğinden bahsedildikten sonra gizleme amacının, cezai sonuçları önlemek amacının yanında ceza hukuku dışı sonuçlardan kaçınmak amacını da kapsayıp kapsamadığının ortaya konması gerekmektedir⁷⁵. Ancak suçu gizleme amacının ceza hukuku dışındaki sonuçları gizlemeyi kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır⁷⁶. Bir görüşe göre, gizleme amacı açısından suçu takibe yetkili makamlardan gizleme amacı (ceza kovuşturmasını, cezalandırmayı önleme amacı) şart değildir; ceza hukuku dışı sonuçlardan kaçınmak amacı da yeterli kabul edilmelidir⁷⁷. Örneğin, üçüncü şahısların intikam eylemlerinden korkulması⁷⁸, yeraltı dünyasına (suç örgütlerine) ifşa edilecek olması, itibar kaybı ya da mesleki ve/veya ekonomik dezavantaj doğuracak olması⁷⁹ ya da disiplin cezası⁸⁰ veya icra takibine⁸¹ neden olması gibi ceza hukuku dışı sonuçların önlenmek istenmesi halinde de gizleme amacıyla öldürme mümkündür⁸². Çünkü her ne kadar nitelikli halin cezasının müebbet

⁷⁵ Bu konuda Alman yargı kararları ve doktrindeki görüşler için bkz. **KÜPER**, s. 1159 vd.

⁷⁶ **BOCK**, s. 65; **NEUMANN/SALİGER**, NK-StGB, § 211 Rn. 105.

⁷⁷ **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD**, § 2 III Rn. 34, s. 48; **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LİEBEN** StGB § 211 Rn. 33.

⁷⁸ **EİSELE**, § 211 Rn. 123. Aldattığı uyuşturucu satıcısının intikamından korktuğu için satıcının öldürmesi; hırsızlık yaptığını gören kişinin, hırsızlık yaptığını öğrendiğinde kendisinden ayrılacak olan eşine söylemesinden korktuğu için öldürmesi gizleme amacı kapsamında kabul edilen ceza dışı sonuçları önlemek için işlenen öldürmelere verilen örneklerdir. Bkz. **HAFT**, Fritjof: Strafrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, München 2005, s. 114.

⁷⁹ **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 15.

⁸⁰ **KÜPER**, s. 1158.

⁸¹ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LİEBEN** StGB § 211 Rn. 33.

⁸² Ceza hukuku dışı sonuçlardan kaçınmanın gizleme amacına girip girmediğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **SALİGER**, s. 305 vd.

hapis cezası olması sınırlayıcı bir yorum gerektirse⁸³ de maddenin lafzında cezayı önleme amacı dışındaki amaçlar için öldürmeyi kapsam dışı bırakacak bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca bu nitelikli hal adliyenin çıkarlarını korumamaktadır⁸⁴. Keza ceza dışı sonuçlardan kaçınmak amacıyla öldürmede de fail haksızlığı gizlemek için, bir başkasının hayatını kullanmakta ve böylece haksızlığı haksızlıkla ilişkilendirmektedir⁸⁵. Doktrinde önsuçtan elde edilen ganimeti (Beute) güvence altına almak için öldürmeyi de gizleme amacı kapsamında gören yazarlar bulunmaktadır⁸⁶. Örneğin, ihbar etme korkusu olmamasına rağmen ganimetin çalınacağından korktuğu için suç ortağının öldürülmesi halinde de gizleme amacının olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Önsuçtan elde edilen ganimetin korunması için öldürmenin, bu ganimete hukuk devleti araçlarıyla elkonulmasına veya yeraltı dünyasının almasına karşı yapılmasından bağımsız olarak gizleme amacı kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸. Aksi görüşteki yazarlar ise ganimeti elde etmek için öldürmede failin bakış açısına göre gizlenecek bir şey yoktur, hiçbir şey gizlenmemektedir⁸⁹.

Alman Federal Mahkemesi de ceza hukuku dışındaki sonuçlardan kaçınmak için öldürmeyi de gizleme amacı içinde görmektedir. Federal Mahkeme, örneğin failin, suçun mesleki, ekonomik veya toplumsal sakıncalarından kurtulmak için öldürme suçunu işlemesini bu kapsamda kabul etmektedir. Çünkü öldürmenin nitelikli halleri adliyeye karşı işlenen suçlardan değildir. Diğer taraftan gizleme amacıyla öldürmenin nitelikli hal kabul edilmesine gerekçe olarak kabul edilen, haksızlığın haksızlıkla ilişkilendirilmesi, ceza hukuku dışı sonuçların ortaya çıkmaması için

⁸³ **BOCK**, s. 66.

⁸⁴ **EISELE**, § 211 Rn. 123; **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 43; **BOCK**, s. 66.

⁸⁵ **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 43.

⁸⁶ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 84; **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD** § 2 III Rn. 34.

⁸⁷ **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 15.

⁸⁸ Bkz. (BGH 31.1.1995), **KÜPER**, s. 1159. Doktrinde Fuhrmann'ın ganimeti güvence altına almak için öldürmesini devletin yetkili makamlarınca yapılacak elkoyma açısından ifade ettiği ve gizleme amacı bakımından kovuşturmadan kaçınma veya ceza sorumluluğundan kaçınmanın önplanda olduğu belirtilmiştir. Fuhrmann'ın bu görüşü için bkz. **KÜPER**, s. 1161.

⁸⁹ **SINN**, SK-StGB, § 211 Rn. 76.

öldürme halinde de sözkonusu olmaktadır. Federal Mahkeme bu konudaki klasikleşmiş bir kararında, failin aslında vermek istemediği uyuşturucu maddenin satımı konusunda anlaştığı mağdurdan aldığı avansı korumak için, mağdurdan herhangi bir ihbar ve şikayet tehdidini öngörmemesine rağmen öldürmesinde gizleme amacı olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın Federal Mahkeme failin gizlenmek istenen suçtan dolayı öncelikle ailesine gelebilecek saldırılardan korumak için mağduru öldürmesini gizleme amacı kapsamında görmemiştir⁹⁰.

Sosyal açıdan dışlanmak gibi ceza dışı sonuçları gizlemek için öldürmede de önfiilin yine suç oluşturması gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla failin, suç teşkil etmeyen ancak ahlaken kınanabilir olarak görüldüğü ve bilinmesi halinde sosyal açıdan dışlanmaktan korktuğu bir fiili gizlemek için öldürmesi durumunda gizleme amaçlı öldürme söz konusu olmaz⁹¹.

Diğer bir görüş ise gizleme amacının failin kendisinin veya bir başkasının cezalandırılmasını önlemek için bir kişiyi öldürmesi halinde sözkonusu olacağını ifade etmektedir⁹². Bu görüşteki bazı yazarlar ceza dışı sonuçlar için gizlemenin gizleme amacı kapsamında kalmasına yönelik doktrinde ve içtihatlardaki açıklamaların haklılık payının bulunduğunu ifade etmektedir. Fakat yine de normun bu şekilde anlaşılmasının kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Örneğin, artık cezalandırılması mümkün olmayan haysiyet kırıcı bilgilerin açıklanması tehdidi nedeniyle şantajcının öldürülmesinin en yüksek cezayı hak ettiği - cezadan kaçınmak için öldürmeden farklı olarak - hiçbir şekilde önceden belirlenemeyeceği, bu nedenle somut olayın durumuna göre değerlendirme yapılması gerektiği ve bu gibi halleri gizleme amaçlı öldürme kapsamında değerlendirmemek gerektiği ileri sürülmektedir⁹³.

Görüldüğü gibi Alman hukukunda gizleme amacının ceza dışı sonuçlardan kaçınmak için öldürmeyi kapsadığı görüşü savunulmakla

⁹⁰ Bkz. SİNN, SK-StGB, § 211 Rn. 76; ERYILDIZ, s. 176; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 231.

⁹¹ NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 93.

⁹² HAFT, s. 113, 114; KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 36. Aynı yönde bkz. LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15.

⁹³ Bkz. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 232.

birlikte, genellikle gizleme amaçlı öldürmelerin büyük bir kısmının öncül suça iştiraklerinin ceza sonuçları nedeniyle suçu takibe yetkili makamlardan gizlemek olduğu da belirtilmektedir⁹⁴.

b. Gizleme Amaçlı Öldürmenin İşlenebilme Zamanı

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise bir suçun ne zaman açığa çıkmış, aydınlatılmış kabul edileceği, tersi ifadeyle gizlemenin hangi ana kadar mümkün olabileceğinin belirlenmesidir. Aslında bunun cevabı yukarıda yapılan açıklamalardan hangisini kabul ettiğimize göre, yani öncül suçun kimden, hangi amaçla gizlediğine göre değişecektir. Bu bakımından "gizleme (...) genellikle failin bir şeyi, kimden, hangi nedenle ve hangi amaçla olursa olsun gizleyebileceğine inandığı sürece mümkündür"⁹⁵ şeklinde formüle edilerek ifade edilebilir.

Bununla birlikte suçun ve failliğin açığa çıkıp çıkmaması durumu genellikle suçun ve failliğin takibe yetkili makamlardan gizlenmek istenmesi halinde sözkonusu olmaktadır⁹⁶. Bu nedenle Alman doktrinde fail, gizleme amacıyla öldürmeyi ancak önsuçun takibe yetkili makamlarca kovuşturmayı sağlayacak ölçüde açıklığa kavuşturulmadığı sürece gerçekleştirebilir ve kovuşturmada bir engel durumunun olduğunu bilmesi halinde gizleme amacıyla hareket etmiş olmaz, denilmektedir⁹⁷. Aşağıda da ifade edildiği üzere bu nitelikli halin uygulanabilmesi açısından kanun, sadece failin düşüncesini, onun bakış açısını dikkate almaktadır. Bu nedenle belirleyici faktör, failin kendisinin veya fiilinin henüz tam olarak bilinmediğine inanması ve bu nedenle açığa çıkmasını engelleme düşüncesiyle hareket etmesidir⁹⁸. Dolayısıyla önfiilin ve failliğin ne zaman açığa çıkmış kabul edileceğine ilişkin belirleme failin ceza muhakemesi sürecine yönelik bakış açısından değerlendirilmelidir⁹⁹. Bu bakımdan aslında suçun ve failinin ceza kovuşturma makamları tarafından öğrenilip öğrenilmediğinin, ne derecede bilgi sahibi olduklarının veya fail hakkında

⁹⁴ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 230; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15.

⁹⁵ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 73.

⁹⁶ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 16.

⁹⁷ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15.

⁹⁸ JOECKS, § 211 Rn. 69.

⁹⁹ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 16.

iddianame düzenlenmesinin ya da mahkumiyet kararının dahi verilmesinin bir önemi yoktur. Eğer fail, suç tamamen aydınlatılmış olmasına, hatta mahkum olmasına rağmen¹⁰⁰ bu bilgiye sahip değilse ve hatalı bir şekilde hala suçun ve failliğinin henüz aydınlatılmadığını düşünerek, gizleme amacıyla öldürme suçunu işliyorsa yine de nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır¹⁰¹. Tersî durumda ise, yani failin ceza kovuşturmasını yeterince sağlayacak ölçüde zaten bilindiğini düşünmesi veya hatalı bir şekilde bilindiğini varsayması halinde artık gizlenecek bir şey kalmadığı için gizleme amacıyla öldürme işlenmiş kabul edilmeyecektir¹⁰².

Bununla birlikte failin ceza muhakemesi sürecindeki durumu bakımından doktrinde farklı değerlendirmelerin bulunduğu söylenebilir. Bazı yazarlar tarafından fail, suçun faili olduğundan şüphelenildiğini biliyor ancak sadece kendisi ve mağdur, suçla ilgili önemli olgular hakkında kesin bilgiye sahipse ve bu nedenle suç henüz kovuşturmayı sağlayacak ölçüde ortaya çıkarılmamışsa gizleme niyetinin kabul edilebileceğini ifade edilmektedir¹⁰³. Bazı yazarlarca da fail şüphe altında olduğunu bilse de suçun delillerinin daha fazla ortaya çıkmasını engellemek için öldürmesi halinde bile gizleme amacının bulunduğu belirtilmektedir¹⁰⁴. Keza failin, öldürmekle kendisi açısından daha lehe delil durumunu devam ettirebileceğine veya durumunu iyileştirebileceğine inanması durumunda da gizleme amaçlı hareketin varlığını kabul etmek gerektiği dile

¹⁰⁰ Failin işlediği suçtan ceza muhakemesi sonunda hatalı bir şekilde başkası mahkum edilmiş olsa bile failliğinin ortaya çıkmasını sağlayacak bir tanığın öldürülmesi de gizleme amaçlı öldürme nitelikli hali kapsamında değerlendirilmelidir. Zira faili işlediği suçla ilgili muhakeme sona ermiş olsa da suç gerçek anlamda aydınlatılmış değildir. Gerçek failin ortaya çıkmasını önlemek için işlenen öldürme gizlemek amaçlı öldürme kabul edilmelidir.

¹⁰¹ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 225; **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN** StGB § 211 Rn. 33; **BeckOKStGB/ESCHELBACH** StGB § 211 Rn. 92.

¹⁰² **SİNN**, SK-StGB, § 211 Rn. 80.

¹⁰³ Bkz. **SİNN**, SK-StGB, § 211 Rn. 80; **KÜPPER-BÖRNER**, § 1 Tötungsdelikte Rn. 62; **BeckOKStGB/ESCHELBACH** StGB § 211 Rn. 92; **EISELE**, § 211 Rn. 122. Nitekim Federal Alman Mahkemesi 1. Ceza dairesinin 2005 tarihli kararında (BGH 1.2.2005 – 1 StR 327/04) bu hususlara değinerek yasal kuralı ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz. **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 226.

¹⁰⁴ **BOCK**, s. 63.

getirilmektedir¹⁰⁵. Diğer bazı yazarlarca suçun aydınlatılmasının zorlaştırılması amacıyla işlenen öldürmeler de gizleme amacı kapsamında ifade edilmektedir¹⁰⁶. Buna karşın bazı yazarlar tarafından fail, suçun ve failin zaten ortaya çıkarıldığını biliyor olmasına rağmen isbatı ya da mahkumiyeti zorlaştırmak için tanığı öldürüyorsa gizleme amacının olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁷. Bazı yazarlarca da ceza muhakemesi açısından bir aşama gösterilerek iddianame ile kamu davası açıldıktan sonra bir tanığın öldürülerek suçun isbatın zorlaştırılmak istemesinde - tartışmalı olmakla birlikte -gizleme amacının bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Buna gerekçe olarak bu durumda artık suçun ve failin ortaya çıkarılmasını engelleme değil, önsuçun cezalandırılmasını engellemek amacı vardır denilmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamdaki öldürmeler ile suça iştirakin tespiti ve bununla suçsuzluk karinesinin çürütülmesi engellenebilmekteyse de, bu durumun gizleme bağlantısına esaslı bir etkisi yoktur. Açığa çıkarmak (deşifre etmek) gizleme anının karşıt kavramı olarak hukuk tekniği – ceza muhakemesi anlamında değil, tersine günlük dilde ve sadece bilinme, öğrenilme olarak anlaşılmalıdır. Buradan hareketle, suçun aydınlatılmasını sadece zorlaştıran veya zaman bakımından uzatmak amacıyla işlenen öldürmelerin gizleme amacı için uygun kavramlar olmadığı vurgulanmaktadır¹¹⁰.

c. Bir Suçu Gizlemek (Veya Kolaylaştırmak) Amacında Öldürmenin Yan Sonuç Olması Sorunu

Bazı durumlarda öldürme bir suçu gizlemek (veya kolaylaştırmak) için yapılan fiillerin yan sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla öldürmenin gizleme (veya kolaylaştırma) amacının doğrudan istenmeyen yan sonuç olması (Begleiterscheinung) durumunda nitelikli halin

¹⁰⁵ NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 99; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 16; BeckOKStGB/Eschelbach StGB § 211 Rn. 92, aksi görüş için bkz. MÜKOSTGB/SCHNEİDER StGB § 211 Rn. 225.

¹⁰⁶ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Momsen § 211 Rn. 73; EISELE, § 211 Rn. 122; ERYILDIZ, s. 178.

¹⁰⁷ EISELE, § 211 Rn. 122; RENGIER, Rn. 53.

¹⁰⁸ FİSCHER, § 211, Rn. 68a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB § 211 Rn. 33.

¹⁰⁹ SİNN, SK-StGB, § 211 Rn. 80; MÜKOSTGB/SCHNEİDER StGB § 211 Rn. 225.

¹¹⁰ MÜKOSTGB/SCHNEİDER StGB § 211 Rn. 225.

kabul edilebilirliği sorununa da değinilmesi gerekir¹¹¹. Örneğin failin sigorta şirketine karşı işleyeceği dolandırıcılık suçunun hazırlığı için bir evi ateşe vermesi veya gemiyi batırması ve evdeki ya da gemideki kişilerin ölümünü kabullenerek göze alması durumunda gizlemek amacı da gerçekleşmiş kabul edilecek midir?¹¹² Keza failin, birini yaraladıktan ya da öldürdükten sonra izleri yok etmek için evi ateşe vermesi, fakat evde uyuyan insanların da olduğunu bilmesine rağmen ölümlerini kabullenmesi halinde gizleme amacı bulunduğu kabuledilecek midir?¹¹³ Alman hukuk doktrinde gizlemenin aracı ölüm neticesi değil, hareket olmalıdır denilerek doğrudan istenmeyen bu ölüm neticelerinin gizleme kapsamında kaldığı ileri sürüldüğü¹¹⁴ gibi yargı kararlarında, öldürülen kişiler tarafından açığa çıkarılma tehdidi bulunmamasına karşın, ölümün gizleme hareketinin doğrudan istenmeyen yan sonucu olsa da gizleme amacının kabul edildiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Kanaatimizce doğrudan istenmeyen yan sonuç kavramı anlamlı bir sınırlayıcı işleve sahip değildir¹¹⁶. Yan sonuçlar suçun işlenmesini kolaylaştırma ve gizleme öldürmesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Özellikle bir suçun işlenmesini kolaylaştırmada öldürme her zaman araç olarak kullanılmış olmalıdır. Öldürmenin evi yakmak, gemiyi batırmak gibi esas araç olan bu harekete bağlı bir sonuç olarak ortaya çıkması araç olarak kullanıldığı anlamına gelmez¹¹⁷. Aynı şekilde bir suçu gizleme aracı olabilmesi için öldürmenin gizlemeye hizmet etmesi, araç olması gerekir. Delilleri ortadan kaldırmak için esas gizleme aracı olan evi yakmanın istenmeyen yan sonucu olarak öldürmenin ortaya çıkması öldürmeye araç olma vasfı kazandırmaz¹¹⁸. Kaldı ki nitelikli

¹¹¹ Bu soruna ilişkin Alman Federal Mahkemesinin iki kararının değerlendirilmesi kapsamındaki detaylı açıklamalar için bkz. **FİSCHER**, Thomas: "Die "Begleiterscheinung" beim Ermöglichungs- und Verdeckungsmord - - Zugleich Besprechung von BGH, Beschluß vom 13. 9. 1995 - 3 StR 360/95 (NStZ 1996, 81) - und Urt. v. 23. 11. 1995 - 1 StR 475/95 (NStZ 1996, 189)", 9/1996, s. 416 vd.

¹¹² Örnek için bkz. **FİSCHER**, Begleiterscheinung, s. 417.

¹¹³ Örnek için bkz. **BOCK**, s. 68.

¹¹⁴ **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 16.

¹¹⁵ Bkz. **BOCK**, s. 68.

¹¹⁶ **FİSCHER**, Begleiterscheinung, s. 417.

¹¹⁷ **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 9.

¹¹⁸ **FİSCHER**, Begleiterscheinung, s. 417.

halde aranan ölüm neticesinin gerçekleşmesi değil, suçun işlenmesini kolaylaştırma ve gizleme amacıyla öldürme hareketinin yapılmasıdır. Dolayısıyla öldürme ile gizleme arasında bir bağlantı bulunsa da tipiklikte aranan amaç-araç ilişkisi gerçekleşmiş olmayacaktır.

2. Gizleme Amacının Konusu Ve İçeriği Olarak Başka Bir Suç

a. Başka Bir Suça İlişkin Tespitler

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için öncelikle failin neyi gizlemek için öldürme suçunu işlediğini belirlemek gerekir. Bentte öldürme suçunun işlenmesindeki gizleme amacının konusu ve içeriği açıkça “suç” olarak gösterilmiştir. O halde “suç”la ilgili belirlemelerin ortaya konmasında fayda vardır. Alman hukukunda “suç”tan kastedilen, genellikle cezalandırılabilir fiil, yani tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil olarak ifade edilmektedir¹¹⁹. Ancak suçun bu şekilde açıklanması, benimsenen suç teorisinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre örneğin kusur yeteneği bulunmayan akıl hastasının işlemiş olduğu yaralama, öldürme, hırsızlık suçu, kusurlu işlenmediği için ortada suç bulunmayacağından bu fiil(ler)i gizlemek için öldürme suçunun işlenmesi halinde nitelik hal uygulanamayacaktır. Fakat kusuru suçun unsuru kabul etmeyen görüşe göre ise akıl hastasının işlediği bu fiil(ler) de suç oluşturacak ve gizleme öldürmesinin konusunu oluşturabilecektir.

Suç, basit, şekli anlamda, karşılığında ceza hukukuna özgü yaptırımların (ceza ve güvenlik tedbirleri) öngörüldüğü haksızlıklar olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda suç, mevcut kanunlarda suç olarak düzenlenen haksızlıklar biçimde de ifade edilebilir¹²⁰. Nitelikli halin düzenlendiği bentte sadece “suç” kelimesinin yer aldığı, “TCK’da yer alan suç” gibi bir sınırlama, belirleme de yapılmadığı için suçun ceza kanununda veya özel ceza kanunlarında düzenlemiş olması arasında fark yoktur¹²¹, hatta ceza

¹¹⁹ RENGİER, Rn. 48; KLESCZEWSKI, Rn. 83; WELZEL, s. 284; KINDHÄUSER, § 2 Rn. 37. Suçun tipe uygun hukuka aykırı fiil olduğu görüşü için bkz. HAFT, s. 113; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164.

¹²⁰ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 41.

¹²¹ HAKERİ, s. 234; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3001; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340.

hükmü içeren diğer kanunlarda da bulunabilir¹²². Kısacası gizlenmesi istenen suç, ceza kanunu veya herhangi bir kanunda düzenlemiş olabilir¹²³. Örneğin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu veya İcra ve İflas Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenen bir fiilin delillerini ortadan kaldırmak, gizlemek için öldürme suçunun işlenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanabilir.

Bununla birlikte kanunda “suç”tan bahsedilerek bir belirleme yapıldığı için suç teşkil etmeyen diğer haksızlık teşkil eden fiiller, örneğin kabahatler^{124, 125}, disiplin yaptırımını gerektiren fiiller¹²⁶ ve özel hukuk alanında haksız fiil sayılan haller bu kapsamda kabul edilemez^{127, 128}.

¹²² ERYILDIZ, s. 175.

¹²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 140; YOKUŞ SEVÜK, s. 99; BAKICI, s. 664.

¹²⁴ Bkz. GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 203; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 158; HAKERİ, s. 234; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; YOKUŞ SEVÜK, s. 99-100; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 140; GÖKCEN/ARTUÇ, C. 2, s. 3002; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340; BAKICI, s. 664; ERYILDIZ, s. 175; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 14; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB § 211 Rn. 32; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 227; JOECKS, § 211 Rn. 55, s. 381; Eisele, § 211 Rn. 121; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 88; KİNDHÄUSER, § 2, Rn. 37; BOCK, s. 62; FİSCHER, § 211 Rn. 63.

¹²⁵ 765 sayılı TCK’da suçlar, cürüm ve kabahatler şeklinde düzenlenmişti. Kabahatler de suç kapsamındaydı. Fakat 1953 yılına kadar bu nitelikli hal düzenlenmesinde “cürüm” kavramına yer verilirken değişiklikle “suç” kavramının kullanılması ile birlikte kabahatler de nitelikli hal kapsamına dahil edilmişti. Bkz. HAKERİ, s. 234; **Taner**, Tahir: “Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, İÜHF, C. 19, Yıl. 1954, Sy. 3-4, s. 572. Ancak 5237 sayılı TCK ile kabahatler suç olmaktan çıkarıldıkları için yeniden kabahatler nitelikli hal kapsamından çıkmış oldu.

¹²⁶ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 227; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 14; BOCK, s. 62; GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 203; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 158; ERYILDIZ, s. 175.

¹²⁷ ERYILDIZ, s. 175.

¹²⁸ Alman hukukunda azınlıktaki görüş, “suç” kavramının idari suçları, kabahatleri de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğini, çünkü cezanın artırılması nedeniyle suç amacı olmadığı, araç ile amaç arasındaki orantısızlık olduğu ve ceza hukuku kavramının eskiden suç olan ancak daha sonra suç olmaktan çıkarılan idari suçları, kabahatleri de kapsadığı belirtilmektedir (MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III Rn. 34). Buna ilaveten doktrinde çevre hukukuna ilişkin hükümlerde olduğu gibi birçok kabahat niteliğindeki fiillerin de suç haline gelmesi nedeniyle anayasal açıdan yeni kaygılara yol açabileceği ifade edilmektedir (WEISS, s. 216, dpn. 50). Alman Federal Mahkemesince de kabahatler/idari fiiller için öngörülen yaptırımların kısmen suçlar için öngörülen yaptırımlarla aynı olduğu düşünüldüğünde

Örneğin bir sınavda kopya çektiğini gören kişiyi, kopya çekme fiilinin ortaya çıkmaması için öldürmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmaz. Yine örneğin, kumar oynamak fiili, Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen bir kabahattir, eğer fail kumar oynadığını gören kişiyi bu fiilinin ortaya çıkmasını engellemek, gizlemek için öldürürse bu nitelikli hal oluşmaz¹²⁹. Keza suç olmayan, fakat Türk Medeni Kanununun 161. maddesinde boşanma sebebi olarak düzenlenen zina fiilinin ortaya çıkmasını engellenmek için öldürme suçunun işlenmesi halinde bu nitelikli hal gerçekleşmez¹³⁰. Örneğin, eniştesiyle yasak aşk yaşayan kişiyi yatakta çıplak vaziyette gören komşunun bu yasak aşkın ortaya çıkmaması için öldürülmesi durumunda diğer nitelikli haller yoksa basit öldürmeden hüküm

nitelikli halin kabahatler açısından uygulanmasının suç politikası anlamında anlaşılabilir olduğu belirtilmektedir. Örneğin, daha önce işlediği bir trafik suçu nedeniyle ehliyetini kaybetmemek için aracıyla bir kişiyi öldüren failin, işlediği trafik kabahatinden dolayı ehliyetini kaybetmekten korkan başka bir failden daha kınanacak bir hareket yaptığı söylenemez. Fakat Alman Federal Mahkemesi nihayetinde gizleme amacının bu şekilde genişletilmesini maddenin açık lafzı nedeniyle reddetmiş ve kıyas yasağı gereğince nitelikli halin kabahatlere uygulanmaması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak kabahatin gizlenmesi amacıyla öldürme suçunun işlenmesi halinde alçakça saik nedeniyle öldürme nitelikli halinin uygulanabileceğini dile getirmiştir (Bkz. **WEISS**, s. 216 vd). Diğer taraftan doktrinde gizleme amacının kabahatleri kapsar şekilde düzenlenmemesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği de savunulmaktadır. Görüşlerine dayanak olarak suçu gizlemek amacıyla öldürmenin daha fazla cezalandırılmasındaki kınanabilirlik, tehlikelilik ve araç amaç arasındaki orantısızlık gibi gerekçelerin kabahatler için de sözkonusu olduğu, diğer taraftan kabahatler için öngörülen yaptırımların faile getirdiği yoksunluklar, yükler bakımından ceza hukukuna özgü yaptırımlardan aşağı kalmadığı, hatta aşabildiği belirtilmektedir (Bkz. **Weiss**, s. 200 vd.). Çoğunluktaki görüş ise suç dışındaki kabahat ya da disiplin yaptırımını gerektiren fiillerin ya da ahlaka aykırı, sosyal bakımından kınanabilir davranışların gizlenmesi için işlenen öldürme suçlarının bu nitelikli hal kapsamında değil diğer alçakça saik nedeniyle (sonst aus niedrigen Beweggründen) öldürme kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (Bkz. **LK-JÄHNKE** § 211 Rn.14;**SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN** StGB § 211 Rn. 32; **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 227; **BOCK**, s. 62).

¹²⁹ **GÖKCEN/BALCI**, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 203; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 158.

¹³⁰ "5237 sayılı TCK'da amaç suç olan zina eyleminin suç olarak düzenlenmediği dikkate alındığında suç olmayan bir eylemi de gizleme sözkonusu olamayacağı ve bu nedenle 5237 sayılı TCK. bakımından yapılacak değerlendirmenin kasten adam öldürme suçunu düzenleyen 81. maddesi uyarınca yapılması gerektiğinin gözetilmesi", Y1CD, 19.07.2007, 2953/6059.

kurulmalıdır¹³¹. Bu çerçevede haksızlık oluşturmayan, örneğin sadece ah-laka aykırı¹³², günah veya sosyal olarak kınanan (kaba, uygun görülme-yen) olan bir davranışı gizlemek için öldürmede de bu nitelikli hal kabul edilemeyecektir¹³³.

Gizlenmek istenen suç, bu suçta gizlemek amacıyla öldürme suçunu işleyen failin kendi suçu olabileceği gibi bir başkasının işlediği suç da ola-bilir¹³⁴. Yani fail, kendi işlediği suçta gizlemek için veya başkasının örne-ğinin eşinin, çocuğunun, arkadaşının işlediği suçta gizlemek için de öl-dürme suçunu işleyebilir. Bu itibarla öncül suçta gizlemek, delillerini or-tadan kaldırmak amacıyla işlenmesi halinde öldürme suçunun faili ile ön-cül suçun failinin aynı kişi olması şart değildir¹³⁵. Öncül suçun faili (doğ-rudan, dolaylı veya müşterek faili), azmettireni veya yardım edeni de öl-dürme suçunu işleyebileceği gibi öncül suçta hiçbir şekilde iştirak etmemiş bir kişi tarafından da öldürme suçu işlenebilir¹³⁶. Örneğin öncül suç olan hırsızlık suçu failinin, kendisini gören tanığı öldürmesi ya da oğlunun iş-lediği taksirle yaralama suçu mağdurunun, baba tarafından öldürülmesi halinde, öldürme suçunun faili açısından suçu gizlemek amacıyla öl-dürme nitelikli hali gerçekleşecektir. Dolayısıyla bir suçta gizlemek

¹³¹ Bkz. **BAKICI**, s. 664.

¹³² **BOCK**, s. 62.

¹³³ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 227.

¹³⁴ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN** StGB § 211 Rn. 32; **FİSCHER**, § 211, Rn. 63; **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD**, § 2 III, Rn. 34; **EISELE**, § 211, Rn. 120; **RENGIER**, Rn. 48; **WELZEL**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, Elfte neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1969, s. 284; **WEİS**, s. 219; **JOECKS**, § 211 Rn. 57, s. 381; **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 227; **KÜPPER-BÖRNER**, § 1 Tötungsdelikte Rn. 61; **NEUMAN/SALIGER**, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 91; **LK-JÄHNKE** § 211 14; **BeckOKStGB/ESCHELBACH** StGB § 211 Rn. 89; **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN** § 211 Rn. 69; **BOCK**, s. 63; **HAFT**, s. 113; **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 38; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 163; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 100; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 140.

¹³⁵ Doktrinde yazarlar TCK 82/1-h'deki belirtilen nitelikli hallerin hepsini amaç suç araç suç ilişkisi içerisinde kabul ettikleri için bentteki nitelikli haller arasında bir ayırım yapmadan amaç suç ile araç suçun faillerinin aynı kişi olması gerekmediği şeklinde ifade etmektedirler: **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 171; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 100; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 140; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 163.

¹³⁶ **PARLAR/HATIPOĞLU**, s. 1340; **GÖKCAN/ARTUÇ**, C. 2, s. 3002.

(delillerini ortadan kaldırmak), nitelikli halinin faili herkes olabilir¹³⁷; faillik bakımından bir özgü suç durumu bulunmamaktadır.

Öldürme suçunun nitelikli halinin mağduru ile öncül suç mağdurlarının da aynı kimse olması gerekmemektedir¹³⁸. Alman Federal Mahkemesinin kararlarında, Alman Ceza Kanunu 211/2. maddesinin lafzı nedeniyle gizleme amaçlı öldürme suçunun mağduru bakımından da subjektif bir görüşün hızla hakim olduğu ve bu nedenle öldürme eyleminin suçun aydınlatılmasına katkıda bulunabilecek bir kişiye yönelik olmasının gerekli olmadığı, sadece failin düşüncesinde gizleyerek öldürmenin gerekliliklerinin yerine getirilmiş olmasının belirleyici olduğu ifade edilmektedir¹³⁹.

Gizlenmesi amaçlanan şeyin suç olması gerektiği düzenlenmekle birlikte suçla ilgili ayrıca sınırlamaya gidilmediğinden suçun mahiyeti, ağırlığı önemli değildir¹⁴⁰; hapis cezasını ve/veya para cezasını gerektiren; ihmali ya da icrai¹⁴¹; kasten veya taksirli¹⁴²; tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olabilir¹⁴³; yine tamamlanmış ve icrası devam

¹³⁷ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD § 2 III Rn. 34.

¹³⁸ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 69; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; ÖZEN, s. 127; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3002.

¹³⁹ Bkz. WEISS, s. 222 vd.

¹⁴⁰ BOCK, s. 62; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 69; EREM, Adam, s. 80; TOROSLU/TOROSLU, s. 35; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 52; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; ÖZEN, s. 126; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340; ERYILDIZ, s. 189-190.

¹⁴¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB§ 211, Rn. 32.

¹⁴² SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB§ 211 Rn. 32; NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 91; FİSCHER, § 211, Rn. 63; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 69; EREM, Adam, s. 80; EREM/TOROSLU, s. 366; SOYASLAN, s. 146; YOKUŞ SEVÜK, s. 99; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; HAKERİ, s. 234; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3001-3002; BAKICI, s. 666.

¹⁴³ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB§ 211 Rn. 32; WELZEL, s. 284; WEISS, s. 217; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD § 2 III Rn. 34, s. 48; FİSCHER, § 211, Rn. 63; NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 91; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 14; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211, Rn. 69; EREM, Adam, s. 78, 80; GÖZÜBÜYÜK, Şerh, 354; HAKERİ, s. 234; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 52; TOROSLU/TOROSLU, s. 35; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; SOYASLAN, s. 146; GÖKCAN/BALCI, Kasten Öldürme, 2.

eden kesintisiz bir suç da olabilir. Örneğin kaçırdığı ve on gündür sakladığı bir kimseyi gören birinin öldürülmesinde gizleme amacı gerçekleşebilir.

Önemli olan failin suçu gizlemek yönündeki düşüncesi olduğu için gizlenmesi istenen suçla ilgili olarak ceza verilmesine engel bir neden bulunsa dahi bu nitelikli hal uygulanacaktır¹⁴⁴. Örneğin, TCK m. 167’de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğu bir hırsızlık suçunu gizlemek amacıyla bir kimseyi öldüren fail de bu nitelikli halden sorumlu tutulacaktır¹⁴⁵. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren bir suçta şart gerçekleşmemesine rağmen bunu gizlemek için gerçekleştirilen öldürme suçunda da fail bu nitelikli halden cezalandırılacaktır¹⁴⁶. Geçici nedenler ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında işlenen suçtan dolayı TCK m. 34/1 gereğince cezalandırılmayacak olsa da fail tarafından bu suçu gizlemek için öldürme suçu işlendiği takdirde nitelikli sözkonusu olacaktır. Keza gizlenmesi istenen fiille ilgili şikayet, izin, karar, talep gibi ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmesine gerek yoktur¹⁴⁷, şartların gerçekleşmemesine rağmen gizlemek için öldürme suçun işlenmesi halinde de nitelikli hal tatbik edilecektir. Yine örneğin gizlenmesi istenen suçun zamanaşımına uğramış olması¹⁴⁸ ya da affa uğramış olması¹⁴⁹, nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Ayrıca fiilin gerçekten cezalandırılabilir olup olmadığı ya da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı önemsizdir¹⁵⁰. Bu itibarla gizleme amacının var sayılabilmesi

Baskı, s. 203; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3001; YOKUŞ SEVÜK, s. 100; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340.

¹⁴⁴ ÖNDER, s. 45; HAKERİ, s. 234; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 171; YOKUŞ SEVÜK, s. 100; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3002.

¹⁴⁵ Bkz. HAKERİ, s. 234.

¹⁴⁶ ERMAN/ÖZEK, s. 49.

¹⁴⁷ WELZEL, s. 284; ERMAN/ÖZEK, s. 49.

¹⁴⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 140; HAKERİ, s. 234; YOKUŞ SEVÜK, s. 100; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164; ÖZEN, s. 126.

¹⁴⁹ TURAN/OTACI, s. 854; ERMAN/ÖZEK, s. 49.

¹⁵⁰ KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 37.

için gizlenmesi amaçlanan suçtan dolayı bir mahkumiyet hükmü de gerekli değildir¹⁵¹.

b. Öldürme Suçu İle Önsuç Arasındaki Zamansal Durum

Bakımından Başka Bir Suçun Tespiti Sorunu

Bir suçu gizlemek amacıyla öldürme nitelikli hali iki suç gerektirmektedir: Birincisi gizlenmek istenen suç, ikincisi de öldürme suçu¹⁵². Gizlenmek istenen suç, yukarıda da bahsedildiği gibi, öldürme suçu failinin kendisinin veya başkasının herhangi bir suçu olabilir. Ama failin kendisinin işlediği yaralama veya öldürme suçunu gizlemek için öldürmesinde başka bir suçun varlığı ya da nitelikli öldürme suçunun kabulü konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. Alman hukukundaki ileri sürülen görüşlerden önce tartışmalı olmayan noktaları aktarmak gerekirse; başkasının suçunu gizlemek için öldürme durumunda ortada başka bir suç olduğu kesindir¹⁵³. Bu başkasının işlediği suç hırsızlık, yaralama, hürriyetten yoksun kılma gibi bir suç olabileceği gibi öldürme suçu da olabilir. Failin kendisinin işlediği öncül suçu gizlemek istediğinde ise failin öncül suçu öldürme veya yaralama dışındaki bir suçsa, başka bir suçun varlığı konusunda tartışma yoktur. Gizleme öldürmesinden önce fail başka bir hukuki yarara saldırmışsa başka bir suç mevcut olur. Keza öldürme kastı olmaksızın mağdurun yaşamının tehlikeye atıldığı durumda da başka bir suç kabul edilmektedir¹⁵⁴. Hatta öldürme veya yaralama dışındaki diğer suçlarla öldürme hareketi fiil tekliği içinde de gerçekleşebilir denilmektedir¹⁵⁵. Gizleme amacıyla öldürme meselesi, aynı mağdurun hayatına ve vücuduna yönelik önceki bir saldırıdan sonra işlenen gizleme amacıyla öldürme arasındaki ayırım açısından sorunludur¹⁵⁶. Buradaki sorun, önsuç olan öldürme veya yaralama suçundan sonra gizleme amacıyla öldürme suçu arasında zamansal ve mekânsal bir kopukluk, duraklama olmaksızın dinamik olaylar dizisi şeklinde gerçekleştiği

¹⁵¹ WEISS, s. 217.

¹⁵² MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 234; BOCK, s. 68.

¹⁵³ KLESCZEWSKI, Rn. 83; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 234.

¹⁵⁴ KLESCZEWSKI, Rn. 90.

¹⁵⁵ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 89.

¹⁵⁶ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 89.

durumlarda sözkonusu olmaktadır¹⁵⁷. Çünkü failin başlangıçta sadece yaralama kastıyla mı hareket ettiği ve daha sonra öldürmek için mi devam ettiği, yoksa baştan beri olası öldürme kastıyla mı hareket ettiği ve nihayetinde de son öldürme hareketiyle zaten başlamış olan öldürme hareketini tamamlamak mı istediği konusunda yeterli kesinlikte karar vermenin bazen mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵⁸. Bu durumlarda içtima kurallarının değerlendirilmede ölçü olarak düşünülebileceği ve buna göre eğer gizleme hareketi ve önfiil arasında fiil çokluğu ilişkisi varsa gizleme öldürmesinin var sayılabileceği, buna karşın her iki fiil, fiil tekliği içinde gerçekleşmişse gizleme öldürmesinin kabul edilmeyeceği ileri sürülmektedir¹⁵⁹.

Fail teşebbüs aşamasında kalan öldürme hareketinden sonra, doğal hareket tekliği içinde öldürmeye teşebbüsünü gizlemek için öldürme suçunu işlediğinde başka bir suçun bulunduğu kabul edilmemektedir¹⁶⁰. Yani failin baştan beri öldürme kastıyla hareket etmesi ve fiilin icrası sırasında öldürmeye yönelik yaptığı önceki fiillerini gizlemek için öldürmek istemesi halinde gizlenecek bir suçun olmadığı, öldürmeye yönelik kasta daha sonra gizleme amacının eklenmesi öldürme suçunu başka suç haline getirmeyeceği ifade edilmektedir¹⁶¹. Hatta failin başlangıçta olası öldürme kastıyla hareket etmesi sonradan ek bir saik olarak gizleme amacının eklenmesi, bir başka ifadeyle saik değişikliğinin olması yine başka bir suçta vücut vermeyecektir¹⁶².

Diğer taraftan öldürmeye teşebbüs fiili ile bu fiili gizlemek için işlenen öldürme fiili arasında açık bir şekilde zamansal duraklama, kopukluk

¹⁵⁷ Bkz. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 234.

¹⁵⁸ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 234.

¹⁵⁹ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 234.

¹⁶⁰ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 89.

¹⁶¹ Doktrinde, böyle bir durumda daha baştan mağduru öldürmek isteyen faille ayrıcalık tanındığı ileri sürülmüştür. Ancak öldürmeye teşebbüs fiilini gizlemek için devamındaki ihmalde bir duraklama olsa bile gizleme öldürmesini kabul etmeyen görüş açısından doğrudur, zira bu durumda ihmal nedeniyle ek bir yaşam kısalması meydana gelmemektedir. Bkz. KLESCZEWSKI, Rn. 90.

¹⁶² MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 235; Fischer, § 211 Rn. 71; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 89.

varsa gizlemek amacıyla öldürme kabul edilmektedir¹⁶³. Örneğin, öldürme kastıyla hareket eden failin mağduru boğarak bayılması, öldüğüne inanması, evinden ayrılması ve yaklaşık on dakika sonra - suçun neticelandığından şüphe duyarak- suçun gizlenmesi amacıyla canlı bulunan mağdurdan nihayet kurtulmak için suç mahalline geri dönmesi durumunda, hukuki durumun değerlendirilmesi açısından önemli bir duraklamanın bulunduğu varsayılacaktır. Burada, iki öldürme fiili arasındaki zaman aralığı, öldürme kastının tekliğine bakılmaksızın, normatif olarak uygun bir kırılma oluşturur¹⁶⁴. Aynı şekilde iki öldürme fiili arasında dar zamansal birliktelik olsa bile olay yerlerinin farklılığının bir duraklamaya işaret edebileceği belirtilmektedir. Burada her iki öldürme fiilinin işlenmesinde kullanılan araç değişikliğinin de - dikkatli değerlendirmekle birlikte - başka bir suçun kabulünü sağlayabileceği ileri sürülmektedir¹⁶⁵.

Alman yargı kararlarında bu konuda farklı kararlara rastlanmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin nitelikli halin müebbet hapis cezası öngörmesi nedeniyle dar yorumlanmasına yönelik tavsiyede bulunduğu, örneğin gizleme amacının önceden planlanmış öldürme olaylarıyla sınırlı olarak uygulanmasına işaret ettiği belirtilmiştir¹⁶⁶. Alman yargı kararlarının bu konuda dalgalı bir seyir izlediği ifade edilmektedir¹⁶⁷. Bazı kararlarda başka bir suç unsuruna vurgu yapılarak, önfiil ile gizleme öldürmesi arasında dar zamansal ve mekansal bağlantının bulunduğu durumlarda gizleme amacı kabul edilmemiştir¹⁶⁸. Örneğin önfiilin mağduru hayatına ve vücut dokunulmazlığına yönelik olduğunda, her iki fiilinde öngörülemeyen anlık bir durumdan kaynaklandığında ve önfiilden doğrudan gizleme öldürmesine geçildiğinde gizleme amacı uygulanmamıştır¹⁶⁹. Keza bazı kararlarda da failin öldürme fiiline zaten hukuka aykırı bir şekilde başlanmışsa fiili şartlar çerçevesinde gizleme

¹⁶³ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 236; EISELE, § 211 Rn. 133.

¹⁶⁴ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 236.

¹⁶⁵ Bkz. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 236.

¹⁶⁶ JOECKS, § 211, Rn. 60.

¹⁶⁷ JOECKS, § 211 Rn. 61; BOCK, s. 68.

¹⁶⁸ JOECKS, § 211 Rn. 61.

¹⁶⁹ Bkz. NEUMAN/SALIGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 107.

amacı reddedilmiştir¹⁷⁰. Doktrinin eleştirisi üzerine Federal Mahkeme tarafından daraltıcı uygulamadan vazgeçilmiş¹⁷¹ ve artık önsuç ile öldürme suçu arasında uzun bir süre düşünme ya da düşünüp taşınmanın (einlängerer Überlegen oder abwägendes Reflektieren) gerekli olmadığı, hatta her iki fiilin, fiil tekliği içinde gerçekleşebileceği düşünülmekte ve bu nedenle de suçun işlenmesinden hemen sonra kendiliğinden ya da panik içinde işlenen öldürme suçunun bile başka bir suçu gizleme amacıyla işlenebileceği yönünde görüş değiştirmiştir¹⁷².

Gizlenmesi istenen suç ile öldürme suçu arasındaki zaman aralığı önemsizdir. Uzun süre önce işlenmiş bir suçun gizlenmesi için de öldürme suçu işlenebilir¹⁷³. Örneğin fail, artık ortaya çıkmış bir suçundan dolayı kendisini tutuklamak isteyen polisi, tutuklandığında daha önce başka işlediği ve ortaya çıkmamış suçlarının tespit edileceğinden korkarak öldürdüğünde¹⁷⁴ yani, kendi suç geçmişini gizlemek için öldürdüğünde gizleme amacı ile hareket etmiş olacaktır¹⁷⁵.

Burada son olarak inceleme konusu nitelikli hallerin uygulanabilirliği bakımından yabancı ülke bağlantısının bulunması durumuna da kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Yabancı ülke unsuru bakımından çok farklı ihtimallere göre konu ele alınabilir¹⁷⁶. Ama çalışmayı daha fazla genişletmemek için sadece bir ihtimal dikkate alınarak açıklama

¹⁷⁰ JOECKS, § 211, Rn. 61.

¹⁷¹ JOECKS, § 211, Rn. 62.

¹⁷² Bkz. BOCK, s. 69. Aynı yönde bkz. Fischer, § 211 Rn. 68. Örneğin satış elemanı A, satış için gittiği evin sahibi B tarafından para teklif edilmesine sinirlenerek evden gitmek isterken, ev sahibinin omzuna dokunup bir şeyler daha söylemesi üzerine B'ye yumruk atması sonucu B, yere düşmüş, başını çarpmış ve baygınlık geçirmiştir. Ölmediğini gören A, yaptığı şey karşısında korkuya ve paniğe kapılmış, gizlemek için B'yi öldürmüştür. Bu olayda dar zamansal ve mekânsal bağlantı olması başka bir fiilin bulunmasını engellemez denilmektedir. Örnek için bkz. BOCK, s. 69.

¹⁷³ WEISS, s. 218; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 14; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 73.

¹⁷⁴ WEISS, s. 218-219.

¹⁷⁵ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 14; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 74.

¹⁷⁶ Konunun Alman hukuku bakımından detaylı incelemesi için bkz. MITSCH, Wolfgang: "Verdeckungsmord mit Auslandsberührung", (Herausgegeben von Knut Amelung/Hans-Ludwig Günther/Hans-Heiner Kühne), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, s. 351 vd.

yapılacaktır. Örneğin fail, yabancı ülkede suç kabul edilen fakat ülkemizde suç kabul edilmeyen bir eylemi gizlemek için Türkiye’de öldürme suçunu işlediğinde bu nitelikli hal uygulanacak mıdır? Ya da tersi durumda yani yabancı ülkede suç kabul edilmeyen (örneğin kabahat kabul edilen), ülkemizde ise suç kabul edilen bu fiili gizlemek için Türkiye’de öldürme suçunu işlediğinde bu nitelikli hal uygulanacak mıdır?¹⁷⁷ TCK m. 82/1-h-i’de öldürmenin yabancı ülke bağlantısına ilişkin bir sınırlama içermemektedir. Dolayısıyla burada çözüm için ceza kanununun uygulama alanına ilişkin düzenlemelere (TCK m. 8-19) bakılması gerekmektedir. Öncelikle bu düzenlemelere göre Türkiye’nin yargılama yetkisinin gerçekleştiği kabulünden hareket edildiğinde, yabancı ülkede işlenmiş bir fiille ilgili nasıl bir uygulama yapılacağı TCK m. 19’da gösterilmiştir. Maddeye göre yabancı ülke kanununun gözönünde bulundurulabilmesi için yabancı ülkede işlenmiş bir suç bulunmalıdır. Dolayısıyla yabancı ülkede işlenen fiil Türk kanunlarına göre suç teşkil etse de yabancı ülkede suç etmediği için failin lehine düzenleme getiren bu hüküm nedeniyle yabancı ülke kanunu gözönünde bulundurulmalıdır¹⁷⁸. Bu nedenle de gizlenmek istenen fiil işlendiği yabancı ülkede suç teşkil etmediği takdirde, bu fiili gizlemek amacıyla Türkiye’de işlenen öldürme fiili nedeniyle nitelikli halden sorumluluk belirlenmemelidir. Ancak bunun için TCK m. 19 uyarınca, yabancı ülkede işlenen fiilin “Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak”, “Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak” işlenmemiş olması koşulunun da gerçekleşmesi gerekir¹⁷⁹. Yine aynı şekilde yabancı ülkede suç teşkil eden fiil Türk kanunlarında suç olarak düzenlenmemişse,

¹⁷⁷ Örneğin, Almanya’da suç teşkil etmeyen 14 yaşını tamamlamış ancak henüz 15 yaşını tamamlamamış Türk vatandaşı bir küçükle Almanya’daki rızaya dayanan cinsel birlikteliğini (Alman CK m. 176) bilen birisinin fiilin ortaya çıkmaması için Türkiye’de öldürülmesi.

¹⁷⁸ Fiilin işlendiği ülkede suç teşkil etmemesi halinde uygulamanın nasıl yapılacağına ilişkin görüşler için bkz. **KÜLÇÜR**, Erdem İzzet: Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, İstanbul 2017, s. 273-274.

¹⁷⁹ Bkz. **TURHAN**, Faruk: “Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md 13.”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy. 4, Nisan 2005, s. 204.

yabancı ülkede işlenen suç gizlemek amacıyla Türkiye’de işlenen öldürme suçu nedeniyle de nitelikli hal uygulanmamalıdır.

c. Hata Durumları

Bir suçu gizlemek (ya da işlenmesini kolaylaştırmak) amacı için hedefe yönelik amaçsal bir hareket gerekir ve yeterlidir. Amacın gerçekleşmesi gerekmediği için ne gizlenmesi istenilen suçun fiilen işlenmiş olması ne de işlenmesi kolaylaştırılmak istenen suçun objektif olarak işlenebilir olması gerekir; daha ziyade, sadece failin buna yönelik fikri belirleyicidir¹⁸⁰. Bu nedenle, öldürme ile başka bir "suç" arasındaki bağlantı, objektif ve işlevsel olarak değil, yalnızca sübjektif ve bir amaca yönelik olarak anlaşılmalıdır¹⁸¹. Yani nitelikli halin uygulanması açısından gözönünde bulundurulması gereken objektif durum değil, esas itibarıyla failin sübjektif durumu, tasavvurudur¹⁸². Çünkü kanunda bu nitelikli halin uygulanabilmesi açısından sadece failin sübjektif düşüncesi dikkate alınmaktadır¹⁸³. Bu nedenle gizlenecek fiilin yalnızca failin düşüncesinde suç

¹⁸⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB § 211 Rn. 35; JOECKS, § 211 Rn. 68; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164.

¹⁸¹ Bkz. NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 92; Öldürmenin gizlemeye uygunluğu açısından temel değerlendirme ölçütü objektif durum değil (burada objektif (dışsal) olgular bu konuda değerlendirilebilir), gizleme ile ilgili failin düşüncesi/tahminidir. BOCK, s. 65. Doktrinde bu görüş, özellikle psikolojik durum ve bundan kaynaklanan failin kendini (veya duruma göre bir başkasını) ceza kovuşturmasından korumak isteğinden kaynaklanan fiile ilişkin özel eğiliminin söz konusu olması dolayısıyla gizleme amacı bakımından tutarlı olduğu, buna karşın başka bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak isteyen failin saiki açısından diğer suçun cezalandırılabilirliği onun düşüncesine bağlı değildir. Bu yüzden bir suçun işlenmesini mümkün kılma fiilinde objektif bağlantı, "bir haksızlığın failin diğer bir haksızlığı ile irtibatı" ön plandadır. Burada bundan dolayı diğer fiilin gerçekten cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmesi gereklidir. NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 93. Doktrinde bu görüşün, nitelikli hal özelliğinin amaçsal ilişkisini işlevsel olarak zayıflattığı için ikna edici olmadığı ileri sürülmektedir. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 259. Suçu gizleme amacındaki farklı görüş açısından doktrinde "gizleme unsurunda" suçun işlenmesini objektif tipiklik unsuru olarak gören aksi yöndeki görüş kabul edilmez sonuçlara ulaşmaktadır: Öldürmeye rağmen bir suçun bulunduğu zannedilmesinde sadece m. 211'e göre teşebbüs" denilmektedir. Bkz. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III Rn. 34.

¹⁸² FİSCHER, § 211 Rn. 68; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 73.

¹⁸³ RENGIER, Rn. 48; Nitekim BGH'nın kararlarında maddenin lafzından kaynaklı olarak suçun sübjektif yanını vurgulayan görüşün hızlı bir şekilde hakim olduğu ve

teşkil etmesi yeterlidir¹⁸⁴. Hatta failin suçu tüm unsurları itibariyle tasavvur etmesi, düşünmüş olmasına da gerek yoktur¹⁸⁵. Fakat vurgulamak gerekir ki failin tasavvurundaki gizlenecek olan fiil, örneğin ahlaka aykırı bir davranış veya kabahat değil, mutlaka bir suç olmalıdır¹⁸⁶. Eğer gizlenmesi veya kolaylaştırılması istenen fiil gerçekte suç teşkil etmesine rağmen fail, örneğin suç oluşturmadığı, hukuka uygun olduğu, kabahat olduğu düşüncesiyle bu fiili gizlemek veya kolaylaştırmak için öldürme suçunu işlemişse bu nitelikli halden cezalandırılmaz¹⁸⁷¹⁸⁸. Ancak tersi durumda, fail aslında kabahat olmasına ya da hukuka uygun bir fiil olmasına rağmen, düşüncesinde suç olarak tasavvur ettiği bu fiili gizlemek veya kolaylaştırmak amacıyla öldürme suçunu işlemesi veya fiili teşebbüs aşamasında kalması halinde bu nitelikli hal gerçekleşecektir¹⁸⁹. Çünkü gizlenmesi istenen fiilin suç teşkil ettiği yönündeki hatalı varsayım yeterlidir¹⁹⁰. Diğer bir ifade ile failin bir olgu veya değerlendirme hatası nedeniyle planlamış olduğu fiili sırf hatası nedeniyle cezalandırılabilir olduğunu düşünmesi halinde de gizlemek amacıyla öldürmenin

gizlenebilecek bir suçun fiilen bulunmasının gerekli olmadığı ve tek belirleyici faktörün failin zihninde gizlemek amaçlı öldürme şartlarını yerine getirmesi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **WEISS**, s. 219.

¹⁸⁴ **RENGIER**, Rn. 48; **HAFT**, s. 113; **BOCK**, s. 63; **EISELE**, § 211 Rn. 121; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 164.

¹⁸⁵ **KLESCZEWSKI**, s. Rn. 85.

¹⁸⁶ **HAFT**, s. 113; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 164; **KLESCZEWSKI**, Rn. 88.

¹⁸⁷ Bkz. **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD** § 2 III Rn. 34; **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 10, 18; **NEUMANN/SALİGER**, NK-StGB, § 211 Rn. 93; **ARTZ/WEBER/HEINRİCH/HİLGENDORF**, § 2 Rn. 65, 66; **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER/MOMSEN** § 211 Rn. 73; **ERYILDIZ**, s. 195.

¹⁸⁸ Ancak doktrindeki bazı yazarlar bu sonucu kabul etmemekte ve failin hukuka aykırılık alanı dışındaki yanlış tasavvurlarının önemsiz ve zararsız (gizleme amacının kabulüne engel teşki etmeyeceği) olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Gerekçe olarak da, bu nitelikte saiklerle işlenen fiillerin kınabilirliğinin esas itibariyle işlenen gizleme nitelikli öldürmelerindeki kınabilirlik ile aynı olduğunu ileri sürmektedirler. Bu açıklamalar için bkz. **MÜKOSTGB/SCHNEİDER** StGB § 211 Rn. 228.

¹⁸⁹ **ARTZ/WEBER/HEINRİCH/HİLGENDORF**, § 2 Rn. 66; **Sinn**, SK-StGB, § 211 Rn. 76; **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER/MOMSEN** § 211 Rn. 73; **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 18; **MÜKOSTGB/SCHNEİDER** StGB § 211 Rn. 259.

¹⁹⁰ **FISCHER**, § 211 Rn. 63; **ARTZ/WEBER/HEINRİCH/HİLGENDORF**, § 2 Rn. 65; **SINN**, SK-StGB, § 211 Rn. 76.

varlığı kabul edilmelidir¹⁹¹. Bu itibarla örneğin fiilin meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedeni içinde gerçekleştirilmesine¹⁹² rağmen, bunu bilmeyen failin fiilin ortaya çıkmaması için öldürme suçu işlendiğinde bu nitelikli halden sorumluluk tayin edilecektir¹⁹³.

Keza aslında hiç işlenmemiş ama örneğin oğlunun hırsızlık suçunu işlediğini ve bir kişinin de bunu gördüğünü düşünüp, babanın bu suçu gizlemek amacıyla kişiyi öldürmesi halinde yine nitelikli hal uygulanacaktır¹⁹⁴.

Yine mefruz suç durumunda bile nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁹⁵. Mevzuatta suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin suç olduğunu düşünerek, örneğin taksirle gerçekleşen maddi hasarlı bir trafik kazasını veya zina fiilini suç zannederek bir tanığın öldürülmesi halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır. Keza failin işlediği fiil kanunlarda suç olarak düzenlenmesine karşın, failin hareketi tipik olmadığı halde bunu gizlemek amacıyla yapılan öldürmede nitelikli hal kabul edilecektir. Aynı şekilde işlenemez suçu gizlemek için işlenen öldürme de nitelikli halden sorumluluk belirlenecektir.

Ancak doktrinde azınlıktaki görüş, gizlenmek istenen fiilin gerçekte hiç işlenmemiş olması halinde failin yanılığa düştüğünün kabul edilmesi gerektiği, çünkü failin bu yanılığı nedeniyle kasten öldürme suçunu işlediği, gerçekte işlenmiş bir suçun olmadığını bilmesi halinde kasten öldürme suçunu işlemeyeceği belirterek failin, TCK m. 30/2 gereğince hatasından yararlandırıp bu nitelikli öldürmeden sorumlu tutulmaması

¹⁹¹ RENGİER, Rn. 48; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 259; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 10, 18; FİSCHER, Begleiterscheinung, s. 417.

¹⁹² Örneğin, T, O tarafından bıçakla saldırıya uğrar. T saldırıyı O'yu yaralayarak savuşturur. Ancak T, hatalı bir şekilde bu davranışın suç olduğunu düşünüp hakkında dava açılmasını önlemek için O'yu bu sefer bir atışla öldürür. Aslında T'nin ilk hareketi meşru savunma kapsamında kalmasına rağmen, T'nin suç olmayan bu davranışını gizlemek için öldürmesi çoğunluk görüşüne göre, var olmayan bir suçu gizleme niyeti yeterli olduğundan nitelikli öldürmeden sorumluluk belirlenecektir. Örnek için bkz. EİSELE, § 211, Rn. 121; Aynı yönde örnek için bkz. RENGİER, Rn. 48.

¹⁹³ Bkz. KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 37; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LİEBEN StGB § 211 Rn. 35; NEUMANN/SALİGER, NK-StGB, § 211, Rn. 92; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164.

¹⁹⁴ Bkz. HAFT, s. 114; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164.

¹⁹⁵ LK-JÄHNKE § 211, Rn. 10.

gerektiğini ileri sürmüştür¹⁹⁶. Fakat bize göre de önceki açıklamalar dikkate alındığında sadece failin sübjektif tasavvuru esas alınmalıdır. Hata ise suçun objektif unsurlarında mümkündür. Tipikliğin sübjektif nitelikteki unsurları hatanın (bilgi eksikliğinin) konusu olamaz. Sübjektif unsurların varlığı veya yokluğu ile ilgili bir hata, terminolojik nedenlerden dolayı yoktur. Yani sübjektif unsurlar ya vardır ya da yoktur¹⁹⁷. Nitekim Alman hukukunda gizlemek amacıyla öldürme buna örnek olarak verilmektedir¹⁹⁸. Dolayısıyla fail, kabahati, ahlaka, dine aykırı bir davranışı ya da hukuka uygun bir davranışı veyahut da mefruz suç durumunda bile var kabul ettiği bir suçu gizlemek amacıyla öldürme suçunu işlediği takdirde maddenin aradığı sübjektif/manevi unsur olan suçu gizleme amacı var olacağı için nitelikli hal gerçekleşmiş olur. Tersini durumda ise herhangi bir şekilde suç olmadığı düşüncesiyle, örneğin işlediği fiili kabahat olduğunu düşünerek bunu gizlemek amacıyla öldürme suçunu işlediğinde ise gerçekte fiil suç olmasına rağmen failin sübjektif düşüncesinde “suçu” gizlemek bulunmadığı için tipiklik gerçekleşmez, nitelikli halden sorumluluk doğmaz.

Failin fiile ilişkin olarak suç teşkil edip etmediğine dair hatasının dışında fiilin ceza muhakemesi açısından kovuşturulabilirliği hakkındaki bilgisi de önem taşımaz¹⁹⁹. Hatta iddianame düzenlenmiş olması, mahkumiyet kararı verilmiş olması dahi önemsizdir²⁰⁰. Çünkü bu nitelik halin devletin cezalandırma hakkını uygulamak için değil, haksızlığın başka haksızlıkla özellikle tepki doğurucu bir şekilde ilişkilendirilmesi

¹⁹⁶ Bkz. **KILIÇ**, s. 54, 97.

¹⁹⁷ Bkz. **EXNER**, Thomas, “Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre”, ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium) 2009, s. 518 (https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_5_227.pdf); **ERDEM**, Mustafa Ruhan: “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, 2019, s. 45; **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 466; **YAVUZ**, Yağız: Suçun Nitelikli Unsurları, Doktora Tezi, İstanbul 2022, s. 237-238; Ayrıca bkz. **ERMAN**, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 79-80; **TUNÇ**, Kübra: Ceza Hukukunda Kastı Engellenen Hata, Doktora Tezi, İstanbul 2020, s. 235-236.

¹⁹⁸ **EXNER**, s. 518.

¹⁹⁹ **NEUMANN/SALİGER**, NK-StGB, § 211 Rn. 93; **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 19, 10.

²⁰⁰ **BOCK**, s. 63.

nedeniyle oluşturulduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan failin, öncül suçtan mahkum olup olmadığı veya suçun zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusundaki düşüncesi önemli değildir²⁰¹. Dolayısıyla failin bu konulardaki hatası da nitelikli halin uygulanmasını engellemeyecektir. Örneğin failin, zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle cezalandırılmayacağını bilmediği bir suçu gizlemek için öldürdüğü takdirde gizleme amacı kabul edilecektir²⁰².

Ayrıca şahısta hata halinde de bu nitelikli halden sorumluluk belirlenmelidir²⁰³. Örneğin suçu gizlemek amacıyla suç ortağını yanlışlıkla takip eden kişi zannedip ateş ederek onu vuran fail bu nitelikli halden cezalandırılmalıdır²⁰⁴. Keza gerçek tanık yerine başkasının öldürülmesi durumunda veya tanık olduğunu düşünerek öldürdüğü kişinin olaya tanık olmadığı durumda da bu nitelikli halden sorumluluk söz konusu olmalıdır.

Hedefte sapma durumunda da nitelikli hal uygulanacaktır²⁰⁵. Örneğin failin, gizlemek amacıyla kendilerini gören tanığa öldürmek için ateş etmesine karşın sapma sonucu suç ortağını öldürmesi nitelikli halin uygulanmasını engellemeyecektir.

3. Başka Bir Suçu Gizleme Amaçlı Öldürmenin Olası Kastla İşlenebilmesi

Alman hukukunda bir suçu gizlemek, mümkün kılmak amacıyla öldürme nitelikli halinin uygulanabilmesi için failin bu amaçlarla hareket etmesi gerektiği belirtilerek amacın, başka bir suçun gizlenmesi, mümkün kılınması ile ilgili hedefe yönelik bir irade olarak anlaşılması gerektiği

²⁰¹ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 19.

²⁰² HAFT, s. 114.

²⁰³ HAKERİ, s. 235, 237; BAKICI, s. 665-66; ERYILDIZ, s. 196. Cezayı artıran nitelikli halin failin şahsına ilişkin olması durumunda, şahısta hatanın nitelikli hal uygulanması üzerinde etkisi olmayacağı ve failin yine nitelikli halden sorumlu tutulacağı görüşünde TULAY, M. Emre: Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Ankara 2022, s. 132 vd.

²⁰⁴ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 18.

²⁰⁵ HAKERİ, s. 237; BAKICI, s. 665-666; ERYILDIZ, s. 196.

ifade edilmektedir²⁰⁶. Bu itibarla bazı yazarlarca 1. dereceden doğrudan kastın²⁰⁷, bazı yazarlarca ise 1. veya 2. dereceden doğrudan kastın gerekli olduğu belirtilmektedir²⁰⁸. Fakat gizleme veya mümkün kılma amacının olası öldürme kastıyla işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır²⁰⁹. Alman Federal Mahkeme kararlarında birlik yoktu²¹⁰. Alman Federal Mahkemesi bir kararında gizlemek için öldürmede, gizlemenin mağdurun ölümüne bağlı olmasını aramış, göze almayı, kabullenmeyi yeterli kabul etmemiştir²¹¹. Ancak bu görüş daha sonra terk edilmiş²¹² ve kararlarda uyum sağlanmıştır²¹³. Doktrinde genellikle olası öldürme kastının gizleme veya kolaylaştırma amacını dışlamayacağı²¹⁴, olası kastla öldürme yoluyla da bu amaca ulaşmaya çalışabileceği²¹⁵, öldürme açısından olası kastın yeterli olduğu belirtilmektedir²¹⁶. Buna ilişkin olarak ne kanunun lafzı, ne kanunun tarihi, ne de ceza hükmünün altında yatan genel önleyici, düzenleyici fikirler, gizleme amacı ile olası öldürme kastının uyumlu olmasına engeldir²¹⁷. Bununla birlikte failin tasavvuruna göre suçun gizlenmesi ancak mağdurun ölümüyle gerçekleşebiliyorsa olası kastla öldürme yeterli kabul edilmemektedir²¹⁸. Örneğin, mağdurun faili tanıdığı, önsuç ihbar

²⁰⁶ Bkz. **EİSELE**, § 211 Rn. 117; **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 39; **RENGIER**, Rn. 48; **HAFT**, s. 113; **JOECKS**, § 211, Rn. 67.

²⁰⁷ **RENGIER**, Rn. 48; **Bock**, s. 66; **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN** § 211 Rn. 68.

²⁰⁸ **JOECKS**, § 211 Rn. 71.

²⁰⁹ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 244.

²¹⁰ Buna ilişkin bkz. **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 244 vd.

²¹¹ (BGHSt. 7, 287, 290), **FISCHER**, Begleiterscheinung, s. 416.

²¹² **FISCHER**, Begleiterscheinung, s. 416.

²¹³ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 245.

²¹⁴ Bkz. **Haft**, s. 113, 114; **Rengier**, Rn. 51, 57; **MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD**, § 2 III Rn. 36; **EİSELE**, § 211 Rn. 118; **NEUMANN/SALİGER**, NK-StGB, § 211 Rn. 101; **Bec kOKStGB/ESCHELBACH** StGB § 211 Rn. 82, 93.

²¹⁵ **KÜPPER-BÖRNER**, § 1 Tötungsdelikte Rn. 67.

²¹⁶ **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 40; **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 22; **Fischer**, § 211 Rn. 79, 79a.

²¹⁷ **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 245.

²¹⁸ Bkz. **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 2 III, Rn. 36; **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN** StGB § 211 Rn. 35a; **MÜKOSTGB/SCHNEIDER** StGB § 211 Rn. 247; **RENGIER**, Rn. 59; **JOECKS**, § 211, Rn. 70; **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 22; **NEUMANN/SALİGER**, NK-StGB, § 211, Rn. 101; **KÜPPER-BÖRNER**, § 1 Tötungsdelikte Rn. 67; **EİSELE**, § 211 Rn. 124; **LACKNER/KÜHL/HEGER** § 211 Rn.15.

etmekle tehdit ettiği ve bu nedenle mağdur yaşarsa suçunun ortaya çıkacağından korktuğu bir durumda mağduru öldürmeye yönelik ancak doğrudan kastla hareket etmek gerekir²¹⁹.

Bazı yazarlar ise amaca ilişkin kast ile öldürmeye ilişkin kastı ayrı ayrı vurgulamaktadır: Mümkün kılma amacıyla ilgili olarak 1. dereceden doğrudan kast gerekir, öldürmeye ilişkin ise olası kast yeterlidir denilmektedir²²⁰. Keza bazı yazarlarca da olası öldürme kastıyla gizleme amacının da birleşebileceği belirtilmektedir. Bu konuda, işlenmiş hırsızlığı gizlemek amacıyla kimliği bilinmeyen kadının ev sahibine olası öldürme kastıyla saldırması, örnek olarak verilmektedir. Ancak gizleme niyetinin olası kastla olmaması gerektiğine de dikkat çekilmektedir²²¹.

4. Başka Bir Suçu Gizleme Amaçlı Öldürmenin İhmal Suretiyle İşlenebilmesi

Alman hukukunda ihmal suretiyle gizlemek veya mümkün kılmak amacıyla öldürme suçunun işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır²²². Bazı yazarlar gizleme ve mümkün kılma amacıyla öldürmenin ihmal yoluyla da işlenebileceğini belirtmektedirler²²³. Failin garantör olması ve önsuçun mağdurunun tanıklık etmesinden korkması nedeniyle hareketsiz kalması durumunda gizleme amacı kabul edilmektedir²²⁴. Örneğin A'nın, küçük çocuğu B'yi ağır şekilde yaralaması ve bu yaralamanın ortaya çıkmaması için doktor çağırması böyledir²²⁵. Keza, koruyucu aileler, istismara uğramış, yetersiz beslenmiş ve ölüm tehlikesi altında²²⁶ olan koruyucu

²¹⁹ MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 247.

²²⁰ JOECKS, § 211 Rn.56.

²²¹ Bkz. FİSCHER, § 211 Rn. 79a.

²²² BOCK, s. 70. Gizlemek amaçlı öldürmelerin ihmali surette işlenmesi konusunda doyurucu açıklamalar için bkz. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 248 vd.

²²³ FİSCHER, § 211 Rn. 62; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 11, 20. Gizlemek amacıyla öldürmenin ihmali olabileceği görüşü için bkz. KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 45; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III, Rn. 34; EISELE, § 211 Rn. 128. Aksi görüş için bkz. BOCK, s. 71.

²²⁴ HAFT, s. 115.

²²⁵ Örnek için bkz. HAFT, s. 116; benzer örnek için bkz. LK-JÄHNKE § 211 Rn. 16.

²²⁶ Doktrinde bir görüş, hâkim görüşün aksine, mağdurun hayati tehlike arz edecek şekilde yaralanmasından sonra kurtarma çalışmaları yapılmadığı takdirde, ihmal suretiyle işlenen gizleme amaçlı bir öldürmeden bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Çünkü kaçmak mağdurun hayatına yönelik gerçek bir risk oluşturmaz, Alman

çocukları için, istismarlarının ortaya çıkmasını önlemek amacıyla tıbbi yardım çağırmazlarsa, ihmal yoluyla gizleme amaçlı öldürme suçundan cezalandırılabilirler. En tipik örnek ise alkollü araç kullanan birinin yolda yürüyen birine arabayla çarptıktan sonra arabadan inip baktığında mağdurun ağır yaralandığını görmesine karşın, yardım ettiği takdirde alkollü araç kullanmaktan cezalandırılmaktan korkması nedeniyle bırakılıp gitmesi ve mağdurun ölmesidir²²⁷.

Bununla birlikte önceki kasıtlı bir öldürme hareketi başka bir suç olarak değerlendirilmemektedir²²⁸. Nitekim Alman mahkeme içtihatlarında fail mağdura öldürme (olası) kastıyla davranır ve daha sonra gizleme kastıyla kurtarma önlemlerinden kaçınırsa, zamansal bir duraklama olsa bile başka bir suç yoktur²²⁹. Çünkü bu durumda, hareketsizlik nedeniyle ek bir yaşam kısaltılması meydana gelmez²³⁰. Ancak bu görüş, gizlenmesi gereken suçun kasıtlı değil de taksirli bir suç olması halinde kararın neden farklı olması gerektiğinin anlaşılacağı şeklinde eleştirilmiştir²³¹. Fakat Federal Mahkeme bazı içtihatlarında taksirli bir şekilde aracıyla çarpıp yaraladığı mağduru, bu fiili gizlemek amacıyla orada bırakıp kaçan failin bu ihmaliinde gizleme amacını kabul etmemiştir²³².

Ceza Kanunu m. 13/1 anlamında bir eşdeğerlikte yoktur denilmektedir. Bkz. BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 96.2.

²²⁷ Bkz. RENGIER, Rn. 62 vd.

²²⁸ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD § 2 III Rn. 34; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 89.

²²⁹ Bkz. ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 2 Rn. 64; NEUMANN/SALIGER, NK-StGB, § 211 Rn. 108; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 73.

²³⁰ KLESCZEWSKI, Rn. 90.

²³¹ JOECKS, § 211 Rn. 77.

²³² (BGHSt 7, 287), bu karar ve değerlendirmesi için bkz. Weiss, s. 236 vd. İhmal yoluyla gizleme amaçlı öldürmeyi hariç tutanlar, gizlemek amacıyla ihmali öldürmede Alman Ceza Kanunu m. 13 anlamında eşdeğerliliğin bulunmadığı, olay yerinden uzaklaşarak hareketsiz kalmanın gizlemek için uygun bir hareket olmadığı, mağdurun yaşamı için bir risk oluşturmadığı, böylece onun yaşamını tehlikeye atacak bir kaynak olmadığı ve ayrıca icrai ve ihmali gizleme hareketlerinin eşdeğerliğine karşı, failin icrai bir davranışta bulunmasını gerektiren bir yükümlülüğünün, anayasal olarak güvence altına alınan nemo tenetur ilkesiyle çelişen kendini suçlamaya zorlamasını haklı çıkardığı ileri sürülmektedir. Bu görüşler ile buna karşı ileri sürülen görüşler için bkz. MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 249 vd.

Ancak ölümün gizleme aracı olmadığı, kaçışın bir sonucu olduğu gerekçesi doktrinde ikna edici bulunmamıştır²³³. Taksirli bir yaralamadan sonra gizlemek amacıyla mağduru olay yerinde bırakıp ölümüne neden olan kişilerin gizleme amacıyla öldürmeden sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır²³⁴.

Türk hukukunda taksirli bir şekilde yaralamaya neden olunduktan sonra bu yaralama suçunun gizlenmesi amacıyla yaralının olay yerinde bırakılıp gidilmesi sonucu meydana gelen ölüm olayından dolayı, failin nitelikli öldürmeden sorumlu tutulacağı belirtilmektedir²³⁵. Bize göre de olayda ihmali suçlardaki sorumluluk için aranan garantörlük kaynaklarından biri olan öngelen tehlikeli eylem bulunduğu için fail, ihmali surette işlenen gizlemek amaçlı nitelikli öldürmeyi gerçekleştirmiş olacaktır. Ancak kasten yaralama veya kasten öldürmeye yönelik icra hareketlerinin öngelen eylemden kaynaklanan bir garantörlük doğurmayacağı, kasti icrai hareketin ihmali hareketi tüketeceği için sonraki ihmali hareketten sorumluluk kabul edilmemektedir²³⁶. Buna göre kasti yaralama ve öldürme hareketi sonucu bu önsuçun gizlenmesi amacıyla yardım edilmeyle ölüme neden olunması halinde nitelikli halden de sorumluluk belirlenmeyecektir. Nitekim kasten yaralama suçu işlendikten sonra bu suçu gizlemek amacıyla olay yerinin terk edilerek ölümün meydana geldiği bir olayda, icrai hareketten sonraki ihmali hareketin cezalandırılabilmesi nedeniyle failin bu ihmali nitelikli öldürmeden ayrıca sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir²³⁷. Son olarak belirtilmesi gerekir ki 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesi bakımından 82. maddedeki nitelikli hallerin 83. maddedeki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna uygulanabilirliği kabulüne göre sonuç değişecektir. TCK m. 82'deki nitelikli hallerin sadece m. 81'deki icrai davranışla öldürme suçu açısından

²³³ Karar ve eleştirisi için bkz. **ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF**, § 2 Rn. 65.

²³⁴ **WEISS**, s. 238.

²³⁵ **HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 167, dn. 472; **HAKERİ**, Hakan: "İhmali Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, Sy. 4, Ağustos 2007, s. 162-163; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 141.

²³⁶ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2022, s. 346-347; ayrıca bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 447; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 410.

²³⁷ **HAKERİ**, s. 237.

uygulanabileceği, m. 83'deki ihmali öldürme suçu bakımından uygulanamayacağı kabul edilirse, zaten ihmali surette gizlemek amacıyla öldürme suçundan sorumluluk belirlenemez.

E. Başka Bir Suçun Delillerini Ortadan Kaldırmak Amacıyla Öldürme

Yukarıda kanuni düzenleme başlığında da değinildiği üzere suçun delillerini ortadan kaldırma amacının, aslında suçu gizleme amacı içinde değerlendirilebileceği belirtilmektedir²³⁸. Çünkü suçu gizleme genellikle delillerin ortadan kaldırılması ile mümkündür. Örneğin, bir suçun delili olan bıçak, silah ya da görüntü kayıtlarının saklanması böyledir. Öldürmek suretiyle delillerin ortadan kaldırılmasından anlaşılan ise delil kaynağı olan mağdur veya tanığın öldürülerek ortadan kaldırılmasıdır²³⁹. Örneğin cinsel saldırı, hırsızlık suçu mağduru ya da tanığının veya suç ortağının²⁴⁰ ihbar etmemesi veya ifade vermemesi için öldürülmesiyle delil kaynağı ortadan kaldırılmış ve suçta gizlenmiş olacaktır. Nitekim Alman Hukukunda da gizleme kavramının daha ziyade bir olayın üstünü örtme, yani olayla ilgili delillerin tanınamaz hale getirilmesi ya da olayın aydınlatılmasını sağlayacak kişilerin etkisiz hale getirilmesi anlamlarına geldiği ifade edilmektedir²⁴¹. Ancak vurgulamak gerekir ki mağdur ya da tanığın, örneğin yağma suçunun tanığı olan kişinin henüz tanıklık yapmadan öldürülmesi gerekir²⁴². Tanığın, savcı veya hakime ifade verdikten sonra öldürülmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Zira mağdur veya tanık ifade vermekle suçun aydınlatılmasına katkıda bulunmuştur. Dolayısıyla ifade vermiş ve beyanı delil olmuş mağdur veya tanığın öldürülmesiyle artık onunla ilgili bir gizlemeden, delilin ortadan

²³⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 163; AKBULUT, s. 142.

²³⁹ TURAN/OTACI, s. 852-853.

²⁴⁰ "Sanıkların, suçtan elde ettikleri parayı alıp kaçmasından dolayı üzerine gelinmesi halinde işledikleri sahtecilik ve diğer suçları ilgili makamlara ihbar edeceğini söyleyen maktulü öldürdükleri kabul edilmesine karşın, olayda TCK.nun 82/1-h maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışmasız bırakılması;", Y1CD, 12.04.2012, E. 2011/7862, K. 2012/2824, www.lexpera.com.tr ve legalbank.net

²⁴¹ WEISS, s. 225, 237; Ayrıca bkz. BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 84; EISELE, § 211 Rn. 122.

²⁴² Bkz. TURAN/OTACI, s. 853.

kaldırılmasından söz edilemeyeceği için delilleri ortadan kaldırmak amaçlı öldürme kabul edilmemelidir. Mağdur veya doğrudan tanığın henüz ifade vermeden, üçüncü kişilere bildiklerini söylemesine rağmen öldürülmeleri de nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir²⁴³. Zira fiilin veya failin doğrudan mağdur tarafından ortaya çıkarılmasından, tespit etmesinden korkulması gerekli değildir; fiil veya failin tespitini sağlayabilecek fiilin izlerini (delilleri) ortadan kaldırma amacı yeterlidir²⁴⁴. Fiil ve fail hakkında üçüncü bir kişi bilgi sahibi olmuş ve bu kişinin açıklaması (tanıklığı) failin mahkumiyetine yeterli olmayabilecekse dahi bu tanık açısından gizleme amaçlı bir hareketin varlığı söz konusu olur²⁴⁵. Dolaylı tanık da nihayetinde delil kaynağı olduğuna göre bunun öldürülmesi de delilleri ortadan kaldırma amacıyla öldürme kapsamında görülmelidir. Ayrıca öldürülen kişiden suçun ve failin ortaya çıkarılması tehlikesi kaynaklanmasa bile delilin ortadan kaldırıldığı kabul edilmelidir. Nitekim gizleme amaçlı öldürmede olduğu gibi burda da ölçü sadece failin subjektif bakış açısı olmalıdır²⁴⁶. Bu itibarla failin bakış açısına göre mağdurun hayatta kalması suçun ve failin ortaya çıkarılması tehlikesini artırmayacaksa nitelikli öldürmenin sözkonusu olmadığı kabul edilmelidir²⁴⁷.

Delilleri ortadan kaldırmak için öldürme en başta doğrudan delilin kaynağı olan mağdur, tanık, suç ortağının öldürülmesiyle gerçekleşir. Hatta kişinin kendisi tanık olmasa da elinde olaya ilişkin bir ses veya görüntü kaydı, CD veya flash bellek bulduran birinin bunları ele geçirmek amacıyla öldürülmesi de delillerin ortadan kaldırılması nitelikli hali içinde değerlendirilmelidir. Ancak doktrinde delilin hukuka uygun olup olmaması konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş madde metninde delilin hukuka uygunluğu bakımından bir ayırım yapılmadığı için hukuka aykırı bir delil olsa da elinde bulduran kişinin bu delilin ele geçirilmesi amacıyla öldürülmesi halinde nitelikli halin gerçekleşeceğini belirtmektedir²⁴⁸. Diğer görüş ise madde metninde delilin hukuka

²⁴³ BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 92.

²⁴⁴ NEUMANN/SALİGER, NK-StGB, § 211 Rn. 99.

²⁴⁵ Bkz. NEUMANN/SALİGER, NK-StGB, § 211 Rn. 99; FİSCHER, § 211 Rn. 68.

²⁴⁶ Bkz. NEUMANN/SALİGER, NK-StGB, § 211 Rn. 99; FİSCHER, § 211 Rn. 68.

²⁴⁷ Fischer, § 211, Rn. 68.

²⁴⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 159; AKBULUT, s. 142; ERYILDIZ, s. 186.

uygun olup olması açısından bir belirleme yapılmamakla birlikte, ceza muhakemesinde ancak hukuka uygun delillerin delil kabul edildiğini ve hukuka uygun olması delilin temel özelliklerinden biri olduğu için delilin hukuka uygunluğunun belirtilmesine gerek olmadığını, hukuka aykırı delil de bu bend kapsamına dahil edildiğinde hukuka aykırı delilinde korunmuş olacağını ileri sürmektedir²⁴⁹. Kanaatimizce maddede delilin hukuka uygunluğu bakımından bir belirleme yapılmaması ve amacın delilleri ortadan kaldırmak olarak belirlenmesi nedeniyle elinde hukuka aykırı delili bulunduran bir kişinin öldürülmesi halinde de nitelikli hal gerçekleşecektir.

F. Başka Bir Suçun İşlenmesini Kolaylaştırmak Amacıyla Öldürme

Kolaylaştırmak, sözlükte, “kolay bir duruma getirmek, güçlükleri ortadan kaldırmak” anlamına gelmektedir²⁵⁰. *Suçun işlenmesini kolaylaştırmak* da failin işlemeyi düşündüğü amaç suçunu, sorunsuz ve daha kolay işlenebilir kılmak amacıyla amaç suçun işlenmesindeki güçlükleri ortadan kaldırması ya da azaltmasıdır. Suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürmeden kasıt ise amaç suçun işlenmesine engel olan veya olabilecek kişinin, zorlaştıran veya zorlaştıracı olan kişinin amaç suçun sorunsuz ve daha kolay ve/veya hızlı işlenmesini sağlamak amacıyla öldürülmesidir²⁵¹. Örneğin bir kadına cinsel saldırıda bulunabilmek için koruyucusunun öldürülmesi, sigorta dolandırıcılığı yapabilmek için mağduru öldürmesi²⁵²; cezaevinden kaçabilmek için infaz koruma görevlisinin öldürülmesi²⁵³, hırsızlık suçunu işlemek için site güvenlik

²⁴⁹ PALUT, s. 476.

²⁵⁰ <https://sozluk.gov.tr/>

²⁵¹ Bkz. AKBULUT, s. 142-143; ERYILDIZ, s. 186; Ayrıca bkz. TURAN/OTACI, s. 853; KILIÇ, Burak: Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 98.

²⁵² Örnek için bkz. HAFT, s. 113; RENGİER, Rn. 49; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 165; ayrıca bkz. FİSCHER, § 211 Rn. 65.

²⁵³ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN StGB § 211 Rn. 31; FİSCHER, § 211 Rn. 65; AKSAN, Murat: “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)”, Necmettin Erbakan Üniversitesi HFD, C. 5, Sy. 1, 2022, s. 285.

görevlisinin öldürülmesi; birinin kaçırılmasını sağlamak için engellenen öldürülmesi böyledir²⁵⁴.

Gizlemek amacıyla öldürme kapsamında başka bir suç başlığı altındaki açıklamalar büyük oranda işlenmesi kolaylaştırılmak istenen suçla ilgili olarak da geçerlidir²⁵⁵; burada farklı yönlerine değinilmekle yetinilecektir. İşlenmesi kolaylaştırılacak suç, kasıtlı bir suç olmalıdır. Çünkü bentte “işlenmesini kolaylaştırmak...amacıyla” ifadesinin kullanılması nedeniyle işlenmesi istenen suçun (amaç suçun) mutlaka kasıtlı bir suç olması gerekir; taksirli suçlar, işlenmesi istenen suçlar olmadığından bu nitelikli halin taksirli suçlarda gerçekleşmesi mümkün değildir²⁵⁶.

Öldürme suçunun, kolaylaştırılması amaçlanan suçun hangi aşamasında gerçekleşmesi gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş, 765 sayılı TCK’da bulunan “diğer bir suçu hazırlamak... için” öldürme suçunun işlenmesi nitelikli haline yer verilmediğinden 5237 sayılı TCK bakımından amaç suçun icra hareketlerine başlanmış olmasının aranması gerektiğini belirtmektedir²⁵⁷. Diğer bir görüş ise öldürme suçu, amaç suçun işlenmesinden önce gerçekleştirilmiştir demektir²⁵⁸. Kanaatimizce “işlenmesini kolaylaştırmak” ifadesinin kapsamına hazırlık aşamasındaki yapılan hareketler de dahildir. Maddede yer alan “işlenmesini kolaylaştırmak” ifadesi amaç suçun işlenme safhası bakımından bir belirme yapmamaktadır. Sadece amaç suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürme suçunun işlenmiş olmasını aramakta ve bu amacın varlığını yeterli kabul etmektedir. Bu nedenle

²⁵⁴ “Kız kaçırma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için (kaçırmayı engellemeye çalışan M’yi) öldürmeye teşebbüs suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilerek sanığın TCK’nun 450/7, 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde silahla yaralamadan hüküm kurulması”, Y1CD, 18.10.2006, 4408/4482, **ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, (Madde 51-87), 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3134.

²⁵⁵ **LK-JÄHNKE** § 211 Rn. 9.

²⁵⁶ Bkz. **FİSCHER**, § 211, Rn. 63; **SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN** StGB § 211 Rn. 32; **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER/MOMSEN** § 211 Rn. 69; **ERYILDIZ**, s. 195.

²⁵⁷ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 171; Aynı yönde bkz. **GÖKCAN/ARTUÇ**, C. 2, s. 3002; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 1340.

²⁵⁸ **BAKICI**, s. 665; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 141; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 98.

öldürme suçu, amaç suçun işlenmesini kolaylaştırmak için, amaç suçun hazırlık aşamasında da yapılabilir²⁵⁹. Örneğin gece soymayı düşündükleri bankanın güvenlik görevlisinin daha önceden hazırlanmış olan akşam yemeğine zehir katıp öldükten sonra bankaya girmeyi planlayan hırsızların, henüz bankaya girmeden, icra hareketlerine başlamadan yakalanmış olmaları durumunda bu nitelikli halden sorumlu olmalıdırlar. Dolayısıyla öldürme suçu, amaç suçun icra hareketlerine başlamadan önce işlenebileceği gibi icrasına başlandığında, icrası sırasında²⁶⁰ yani tamamlanmadan önceki aşamada işlenebilir. Ayrıca öldürme suçunun icrasına başladıktan sonra amaç suçtan vazgeçilmesi halinde de nitelikli hal kabul edilmelidir²⁶¹. Örneğin fail, cinsel saldırı suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla koruyucusunu öldürmek için icra hareketlerine başlamasına rağmen cinsel saldırı bulunmak istediği kişiye acıması nedeniyle henüz saldırı hareketlerine başlamadan vazgeçmiş olsa da bu nitelikli halden sorumlu tutulmalıdır. Kesintisiz suçlarda ise en geç suç sona

²⁵⁹ “Maddede belirtilen ağırlaştırıcı nedenin kabulü için, "amaç suç" olan diğer suç ile "araç suç" olan adam öldürme arasında nedensellik bağlantısının bulunması şarttır. Gaye suçun husule gelmemiş olmasının, başka bir deyişle tamamlanmamış olmasının önemi yoktur. Yasanın nazara aldığı şey, gaye suçu işlemek "maksadı" ile adam öldürme suçunun işlenmiş olmasıdır. Bu maksadın sübutu, şiddet sebebinin uygulanmasına yeterlidir. Bu itibarla, gaye-suçun cezayı gerektiren kalkışma sahasına girmemiş olması halinde dahi şiddet sebebi uygulanır.” YCGK, 17.06.2003, 2003/1-172, 2003/194, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3063, aynı karar için bkz. legalbank.net; “Bu bendin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olmasının da önemi yoktur. Failin öldürme eylemini, “amaç suçu” gizlemek, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirilmesi yeterlidir.”, YCGK, 8.12.2015, 2014/707, 2015/504, aynı yönde bkz. YCGK, 11.10.2011, 2011/113, 2011/207; YCGK, 7.4.2022; 2018/549, 2022/250, lexpera.com.tr

²⁶⁰ “Sanıklardan birinin şikayetçiye yönelik kasten yaralama suçunu **işlediği sırada**, araya girmeye ve bu sanığın eylemine engel olmaya çalışan maktullerin diğer bir sanık tarafından tabanca ile ateş edilerek öldürüldüğü olayda, sanıkların eylemi “bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme” suçunu oluşturur.”, YCGK, 11.10.2011, 113-207, lexpera.com.tr; “sanığın, maktule yönelen **eylemini gerçekleştirdiği sırada**, kendisine engel olmak isteyen mağdura, öldürme suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için ateş ederek yaraladığı anlaşılacakla, sanığın eylemine uyan TCK'nun 82/1-h, 35. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine, yazılı şekilde...eksik ceza tayini”, Y1CD, 23.11.2011, 2011/5422, 2011/7118, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3079.

²⁶¹ Bkz. **SİNN**, SK-StGB, § 211 Rn. 67; **SOYASLAN**, s. 144.

ermeden önce öldürme hareketi gerçekleştirilmelidir. Örneğin polis gibi yaklaşan herhangi bir kurtarıcıyı öldürerek kesintisiz bir suçu (örneğin TCK m. 109) devam ettirme amacı da dikkate alınır²⁶². Bunun mağduru kaçırmak amacıyla işlenen bir öldürmeden hukuken bir farkı yoktur²⁶³. Yani tamamlanan (kesintisiz) amaç suçu devam ettirmek amacıyla öldürme halinde de suçu kolaylaştırma amacı kabul edilmektedir²⁶⁴. Bu itibarla kolaylaştırmak için öldürme suçu, amaç suçun icrasına başlamadan önce ve başladıktan sonra sona erene kadar işlenebilir²⁶⁵. Aksi ifadeyle suç tamamlandıktan ve kesintisiz suçlarda sonra erdikten sonra bir suçu kolaylaştırmak için öldürme gerçekleşemez. Yani sona ermiş bir suçun işlenmesinin artık kolaylaştırılmasından bahsetmek mümkün değildir²⁶⁶.

Bu nitelikli halin varlığı için öldürmenin, kolaylaştırılması istenen amaç suç açısından gerekli (olmazsa olmaz) araç olması zorunlu değildir²⁶⁷. Suçun işlenmesini kolaylaştırmak açısından başka ihtimallerin bulunması nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz²⁶⁸. Failin öldürmek suretiyle amaç suçu daha hızlı veya daha kolay işleyebileceğini tasavvur etmesi/uygun görmesi yeterlidir²⁶⁹. Bu bakımdan öldürmenin

²⁶² RENGİER, Rn. 49. Aynı şekilde tamamlanmış bir hırsızlıktan sonra daha fazla eşya çalmak için fiili sürdürme amacının da yeterli olduğu belirtilmektedir. RENGİER, Rn. 49.

²⁶³ LK-JÄHNKE § 211 Rn 9.

²⁶⁴ LK-JÄHNKE § 211 Rn 9; NEUMANN/SALİGER, NK-StGB, § 211 Rn. 95; KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 41.

²⁶⁵ SİNN, SK-StGB, § 211 Rn. 67; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9.

²⁶⁶ JOECKS, § 211 Rn. 56; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LİEBEN StGB § 211 Rn. 32.

²⁶⁷ MÜKOSTGB/SCHNEİDER StGB § 211 Rn. 258. Ancak Alman yargı kararlarında daha önceden kısmen öldürme suçunun amaca ulaşmak için gerekli araç olmasının zorunlu olması aranmaktaydı. Bkz. RENGİER, Rn. 50.

²⁶⁸ SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAİER/MOMSEN § 211 Rn. 71. Örneğin hırsızlık suçunu işleyebilmek için nöbetçinin yanından gizlice geçebilecekken onu öldürmeyi tercih eden hırsız, nitelikli öldürme suçunu işlemiş olur. Bkz. LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9.

²⁶⁹ Bkz. SİNN, SK-StGB, § 211 Rn. 66; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LİEBEN StGB § 211 Rn.35b; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 81; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9; RENGİER, Rn. 51; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAİER/MOMSEN § 211 Rn. 70; FİSCHER, § 211 Rn. 64; BOCK, s. 72; KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 41; KÜPPER-BÖRNER, § 1 Tötungsdelikte Rn. 67; LACKNER/KÜHL/HEGER § 211 Rn. 15; ERYILDIZ, s. 187.

gerçekleştirilmesinin amaç suçu kolaylaştırmış olması şart değildir²⁷⁰. Çünkü maddede öldürme suçunun kolaylaştırma amacıyla işlenmesinden bahsedilmiş, gerçekten amaç suçun işlenmesini kolaylaştırmış olması aranmamıştır. Bu itibarla öldürme suçunun işlenmesi amaç suç açısından bir fayda sağlamamış da olsa nitelikli halden sorumluluk doğacaktır. Diğer taraftan öldürme suçunun amaç suç açısından fayda sağlamış olmasına rağmen amaç suç başka bir nedenle işlenemese bile nitelikli hal gerçekleşecektir. Zira amaç suçun işlenmiş olması gerekmediği²⁷¹ gibi işlenebilir olması bile gerekmemektedir²⁷². Failin düşüncesinde bir suçun işlenmesini kolaylaştırma amacının bulunması yeterlidir²⁷³. Daha öncede bahsedildiği gibi amaç suç da ayrıca işlenmişse fail amaç suç ve bu nitelikli kasten öldürme suçundan ötürü ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Gizlemek amaçlı öldürme nitelikli halinde olduğu gibi kolaylaştırmak için öldürme nitelikli halinde de kendisinin suçunu kolaylaştırmak için öldürme suçu işlenebileceği gibi başkasının suçunu kolaylaştırmak için de öldürme suçu işlenebilir. Örneğin babanın, oğlunun evlenmek için kaçırılmayı düşündüğü kızın annesini oğlunun haberi olmaksızın öldürmesi halinde baba açısından suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme nitelikli hali oluşacaktır. Yine karısının suç işleyebilmesi için bir başkasını öldüren koca da bu duruma örnek olarak gösterilebilir²⁷⁴. Fakat belirtilmesi gerekir ki gizleme amaçlı öldürmeden farklı olarak burada başkasının suçunun işlenmesi için öldürme suçunu işleyen fail, aynı zamanda başkasının suçuna yardım etmiş de olacağı için failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği sadece nitelikli öldürmeden sorumlu tutulmalıdır²⁷⁵.

²⁷⁰ KLESCZEWSKI, Rn. 84; NEUMANN/SALIGER, NK-StGB, § 211, Rn. 95; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 159.

²⁷¹ ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 2 Rn. 66; KÜPPER-BÖRNER, § 1 Tötungsdelikte Rn. 60; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 10; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 81; MAURACH/Schroeder/Maiwald, § 2 III Rn. 34; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 69; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 141.

²⁷² BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 81; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 10; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III, Rn. 34; Sinn, SK-StGB, § 211 Rn. 68; HAKERİ, s. 235; AKBULUT, s. 141.

²⁷³ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III Rn. 34.

²⁷⁴ EREM, Adam, s. 78.

²⁷⁵ Alman hukuku için bkz. SİNN, SK-StGB, § 211 Rn. 70 vd.

Eğer suçun işlenmesini kolaylaştırdığı kişinin bu yardımdan haberi yoksa nitelikli öldürmeden herhangi bir sorumluluğuna gidilmemelidir. Çünkü amaç suç - araç suç durumu sözkonusu olsa da fiiller bağımsızlığını koruduğu için amaç suçun failinin bilgisinin/onayının olmadığı kendi suçunun işlenmesini kolaylaştırıcı öldürme suçundan sorumlu olmamalıdır. Aralarında iş bölümü gereğince biri öldürme suçunu işlemiş olsaydı diğeri de amaç suçu işlemiş olsaydı her ikisi de müşterek fail olarak araç ve amaç suçlardan sorumlu olurlardı. Kolaylaştırma amacı dışındaki amaçlarla öldürmede ise genellikle önsuç sonlanmış olduğu için gizleme, delilleri ortadan kaldırma amacıyla öldürme suçunu işleyen failin yine nitelikli öldürmeyi işlediğini kabul etmek gerekirse de önsuçun failini bilgisinin olmadığı nitelikli öldürmeden sorumlu tutmamak gerekir. Ancak doktrinde, araç suç olan öldürme suçu bakımından sadece şerikin TCK m. 82/1-h'deki amaçlarla hareket ettiği ve fakat failin bu amaçlarla hareket etmediği durumlarda TCK m. 40'da düzenlenen bağlılık kuralı gereğince hem failin hem de şerikin yalnızca kasten öldürme suçunun temel halinden sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁶.

Burada bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürme suçunun işlenmesinin klasik örneği olan bir başkasının malını almak için öldürülmesi durumuna ayrıca değinmekte yarar vardır. Zira bu durumda sorumluluğun hangi suçlardan olması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre malı almak için öldürme işlendiğinde yağma ve bu nitelikli hal oluşacaktır²⁷⁷. Yargıtay²⁷⁸ da bu

²⁷⁶ ERYILDIZ, s. 198.

²⁷⁷ SOYASLAN, s. 144; YOKUŞ SEVÜK, s. 100-101; EKER, Hüseyin: Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 151-152; EKER, Hüseyin: Açıklamalı-İçtihatlı Yağma Suçları, Ankara 2014, s. 113; BAKICI, s. 665; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1340.

²⁷⁸ "Hırsızlık suçunun kişinin ölmesinden yararlanılarak işlenmesi halinde, kural olarak ölümün nasıl gerçekleştiğinin önemi bulunmamaktadır. Nitekim failin herhangi bir nedenle kişiyi öldürmesinden sonra oluşan yeni bir kastla kişinin malını alması halinde de bu nitelikli hal uygulanacaktır. Ancak failin, malını almak amacıyla kişiyi öldürmesi halinde 5237 sayılı TCK'nun 82/1-h maddesi uyarınca nitelikli kasten öldürme suçunun yanı sıra hırsızlık suçundan değil, aynı kanununun 148/3. maddesi uyarınca yağma suçundan da cezalandırılması yoluna gidilecektir. Dolayısıyla bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin hırsızlık kastının ölümden sonra ortaya çıkması gerekmektedir.", YCGK, 29.9.2015, 2014/405, 2015/294; aynı yönde bkz. YCGK, 14.10.2014, 2013/118, 2014/415; YCGK, 23.5.2017, 2017/88, 2017/290, lexpera.com.tr;

görüşe uygun bir şekilde hırsızlık suçunun değil, yağma suçunun ve bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme nitelikli halinin oluşacağı ve her ikisinden ceza verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise malı almak için öldürme gerçekleştirildiğinde bu nitelikli hal ile basit hırsızlık suçundan ceza verilmesi gerekmektedir²⁷⁹. Aynı yöndeki bir görüşe göre de mağdurun öldürülüp malın alınması halinde, mağdur malı vermesi için icbar edilmediği²⁸⁰ için yağma suçu değil, basit hırsızlık ve bu nitelikli halden sorumluluk tayin edilmelidir²⁸¹.

Son olarak kolaylaştırmak amacıyla öldürmede amaç suçla ilgili sözkonusu olabilecek bazı durumların, örneğin amaç suçun

“Sanığın maktule ait araçtaki eşyaları almak amacıyla onu öldürmesi karşısında eylemlerinin TCK’nun 149/1-a maddesinde düzenlenen silahlı yağma ve TCK’nun 82/1-h maddesinde belirtilen bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla nitelikli biçimde kasten öldürme suçlarını oluşturacağı düşünülmeyen yazılı şekilde kararlar verilmesi,” Y1CD, 23.11.2015, 2015/2405, 2015/5648, legalbank.net; “Oluşa, dosya içeriğine göre; olay günü sanığın para karşılığı ilişkiye girdiği maktulenin parasını ve cep telefonunu almak amacıyla onu öldürdüğü ve maktulenin içinde para bulunan cüzdanını ve cep telefonunu alarak oradan uzaklaştığı, sanık savunmasında maktulenin henüz ölmediği aşamada cüzdanını ve cep telefonunu aldığını belirttiği olayda; Sanığın eyleminin Yağma Suçunun İşlenmesini Kolaylaştırmak Maksadıyla Öldürme ve Nitelikli Yağma suçlarını işlediği anlaşıldığı halde, bu suçlardan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine suç niteliğinin tayininde yanılıya düşülerek Kasten İnsan Öldürme ve Hırsızlık suçlarından yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş(tir)”, Y1CD, 22.05.2012, 2011/4065, 2012/4144, legalbank.net; “Sanığın ortaya çıkan kastının yağma ve yağma amacıyla maktülü öldürme olduğu anlaşılacakla, TCK’nun 82/1-h ve 149/1-a maddeleri gereğince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin, aynı Yasanın 81,39 ve 142/2-a maddeleri uyarınca hüküm kurulması, Yasaya aykırı(dır).”, Y1CD, 29.03.2011, 2011/889, 2011/1902, lexpera.com.tr; aynı yönde bkz. Y1CD, 25.11.2014, 2014/1441, 2014/5566; Y1CD, 17.11.2020, 2020/3295, 2020/2888; Y1CD, 16.05.2011, 2010/7375, 2011/3104; Y1CD, 11.11.2010, 2009/5392, 2010/7397, lexpera.com.tr; Y1CD, 23.11.2010, 2010/2601, 2010/7495; Y1CD, 03.11.2010, 2008/7633, 2010/7209, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3116-3117.

²⁷⁹ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 590.

²⁸⁰ Ancak Yargıtayın bir kararında malı almak için öldürmeden daha hafif cebir ve şiddetin yağma suçunu oluşturduğu kabul edilirken, ölüm sonucunu doğuran cebir ve şiddeti yağma kabul etmemenin doğru olmayacağı ifade edilmektedir. YCGK, 11.4.1994, 1-68/94, **TURAN/OTACI**, s. 855.

²⁸¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 787; Aynı yönde bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 422, 423.

zamanaşımına, affa (genel-özel af) uğraması, şahsi cezasızlık nedenlerinin bulunması, şikayet şartının gerçekleşmemesi, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla suç olmaktan çıkarılması veya kabahate dönüştürülmüş olması veya daha sonra mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran (örneğin TCK m. 184/5) durumların ortaya çıkmasının “işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla” öldürme nitelikli haline etkisine değinmekte yarar vardır. Doktrinde amaç suçun affa uğraması veya şahsi cezasızlık nedeninin bulunması nitelikli öldürmenin gerçekleşmesini etkilemez denilmektedir²⁸². Ancak kanaatimizce öncelikle amaç suçla ilgili bahsedilen durumların ortaya çıkma anına göre değerlendirmek gerekir. Bu nitelikli halde öldürme suçu, bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlendiği için ortada henüz işlenmemiş, işlenmesine başlanmış veya kesintisiz suç gibi devam etmekte olan bir amaç suç vardır. Dolayısıyla öldürme suçu işlendiği sırada amaç suçun zamanaşımına uğramasından bahsedilemez. Amaç suçun kesintisiz suç şeklinde işlenmeye devam ettiği hal dışında affa uğraması, şikayet şartının da gerçekleşmesi zordur. Fakat kanaatimizce şahsi cezasızlık nedenleri bulunan bir suçun işlenmesinin kolaylaştırılması amacıyla öldürme gerçekleşebilir. Örneğin babasının arabasını çalmak için öldürme suçunun işlenmesinde her ne kadar hırsızlık suçundan dolayı fail şahsi cezasızlık sebebinin varlığı gereğince cezalandırılmayacaksa da nitelikli öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan amaç suçla ilgili sonradan meydana gelen, örneğin, öldürme suçu işlendikten sonra amaç suçun, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla suç olmaktan çıkarılması veya kabahate dönüştürülmüş olması ya da mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran (örneğin TCK m. 184/5) durumların ortaya çıkması, zamanaşımının dolması, suçun affa uğraması halinde nitelikli öldürmenin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmesi gerekir. Amaç suçun suç olmaktan çıkması veya kabahate dönüşmesi bakımından doktrinde fiili suç olmaktan çıkararak durumların geriye yürümeyeceği belirtilmektedir²⁸³. Yargıtay da sonradan ortaya çıkan değişiklikler suçun icrası sırasındaki vasıf ve mahiyetine

²⁸² BAKICI, s. 665.

²⁸³ EREM, Adam, s. 80; EREM/TOROSLU, s. 366.

etkide bulunmaz diyerek nitelikli halin uygulanması gerektiğine karar vermiştir²⁸⁴. Burada failin lehine bir durum oluşması nedeniyle zaman bakımından uygulama kuralı (TCK m. 7) gereğince nitelikli halin uygulanamayacağı ileri sürülebilirse de kanaatimizce öldürme suçunun işlendiği anda işlenmesi amaçlanan fiilin suç olması yeterlidir²⁸⁵. Çünkü kanunkoyucu bu nitelikli halde failin subjektif durumunu esas almıştır. Amaç suçtan mahkum olma gibi bir şarttan da bahsedilmemiştir. Dolayısıyla öldürme suçunun işlendiği tarihte suç teşkil eden bir fiilin işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunun işlenmiş olması yeterlidir. Amaç suçun zamanaşımına veya affa uğraması gibi sonradan ortaya çıkan ve cezalandırılmayı engelleyen diğer durumlar açısından da aynı şekilde düşünmek gerekir. Kaldı ki amaç suçla ilgili sonradan ortaya çıkan ve bu amaç suçtan dolayı cezalandırmayı etkileyen zamanaşımına veya affa uğrama durumlarında, amaç suç, suç olarak varlığını devam ettirmektedir. Bu itibarla amaç suçla ilgili zamanaşımının dolması veya affa uğraması sadece amaç suçla ilgili ayrıca ceza verilmesine engel olursa da nitelikli öldürmeden sorumlu tutmaya engel olmamalıdır.

G. Yakalanmamak Amacıyla Öldürme

Öldürme suçunun yakalanmamak amacıyla işlenmesi nitelikli hali 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile TCK m.82/1-h hükmüne eklenmiştir. Fakat maddede sadece yakalanmamak amacıyla öldürmeden bahsedilmiş, neden dolayı yakalanmamak amacıyla öldürmenin nitelikli hal sayılacağı belirtilmemiştir. Bununla birlikte 5377 sayılı kanun gerekçesinde "işlediği suçtan dolayı kaçmakta olan kişinin yakalanmamak için bir başkasını öldürmesi halinde" diyerek, yakalanmamak amacıyla öldürmenin nedeninin bir suçtan dolayı olması aranmıştır. Kanaatimizce de yakalanmamak amacıyla öldürmeyi gerekçede belirtildiği şekilde bir suçtan dolayı yakalanmamak için öldürme olarak anlamak

²⁸⁴ "Sanığın fiili, diğer ortaklarıyla birlikte işlemeyi kastettiği kız kaçırma suçunun icrasını kolaylaştırmak maksadıyla adam öldürmekten ibaret olduğuna göre asıl fail ile kaçırılmak istenilen kızın sonradan evlenmeleriyle yardımcıları hakkında takibatın düşmesine karar verilmesi suçun ikai sırasındaki vasıf ve mahiyetine müessir bulunmadığından 448. maddenin uygulanması gerekir". Y1CD, 15.2.1954, 403/739, EREM, Adam, s. 80.

²⁸⁵ ÖNDER, s. 45.

gerekir²⁸⁶. Zira bentteki diğer nitelikli haller bir suçla bağlantılı olarak ifade edildiği için yakalanmamak amacıyla öldürmeyi de bir suçla bağlantılı şekilde anlamak maddedeki düzenleme yerine uygun bir anlayış olacaktır. Dolayısıyla kolluğun düzenlediği kumar baskınında kumar oynayanın yakalanmamak için kolluğa yönelik işlediği öldürme suçunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak önfiil bir suçsa ve bundan dolayı yakalanmamak amacıyla öldürme suçu işlenmişse nitelikli hal gerçekleşecektir.

Öncül suçla ilgili yukarıda gizleme amacıyla başka bir suç başlığı altında (D. 2. a.) yapılan açıklamalar genel olarak burası için de geçerlidir. Örneğin, öncül suç kasıtlı, taksirli bir suç olabilir, teşebbüs aşamasında kalmış olabilir, şahsi cezasızlık sebebi gibi cezalandırılmasını engelleyen sebepler bulunabilir. Ancak öncül suçun gerçekten işlenmiş olmasının gerekip gerekmediği, yakalanmama amacının hangi güdü ile yapıldığına bağlıdır. Eğer suçu gizleme amacı ile, yani failliğin tespitinin önlenmesi amacıyla öldürme suçu işleniyorsa öncül suç gerçekten işlenmiş olması şart değildir. Fakat suçun ve failliğin ortaya çıkmasına rağmen cezalandırılmaktan/cezasının infazından kurtulmak amacıyla öldürme suçu işlense öncül suçun gerçekten işlenmiş olması gerekecektir.

Doktrinde yakalanmama, suç faili olduğunun tespitinin önlenmesi ve yakalanmanın önlenmesi şeklinde nitelendirilmektedir²⁸⁷. Keza suç failliğinin yanında şerikliğinin de gizlenmesi yakalanmama amacı içinde değerlendirilmektedir²⁸⁸. Kanaatimizce yakalanmamak için öldürmede çoğunlukla kişinin suça iştirakini gizlemek ve kaçmayı sağlamak amacı birlikte gerçekleşir. Zira failin fark edilmeden kaçmak, yani bir suçun faili olarak tespit edilmeyi engellemek için kendisini takip edeni veya kaçışına engel olan bir kişiyi öldürmesi gizleme amacının diğer bir karakteristik şekli olarak ifade edilebilir²⁸⁹. Nitekim failin izini süren bir polisin, takip

²⁸⁶ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164-165.

²⁸⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 160; AKBULUT, s. 143.

²⁸⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164.

²⁸⁹ RENGIER, Rn. 53; KÜPPER-BÖRNER, § 1 Tötungsdelikte Rn. 61; KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 42; MÜKOSTGB/SCHNEIDER StGB § 211 Rn. 218. Alman Federal Mahkemesi de suçun önceden tespit edildiği ve failin öldürmedeki tek amacının kaçmak için zaman kazanmak olduğu durumlarda gizleme amacını reddetmiştir, ancak suçun henüz tespit edilmediği durumlarda, kaçmayı sağlama niyeti aynı zamanda

edenin ya da tanığın öldürülmesi gizleme amacının klasik durumu olarak belirtilmektedir²⁹⁰. Ancak diğer taraftan gizleme amacı olmadan da kaçmak için öldürme suçu işlenebilir. Örneğin, suç veya suçun faili adli makamlarca mahkumiyet için yeterli ölçüde biliniyorsa gizlenecek bir şey kalmadığı için bu durumdaki bir öldürmede gizleme amacı gerçekleşmez²⁹¹; fakat yakalanmamak amacı gerçekleşecektir. Hakkında yakalama kararı bulunan kişinin polis kontrolünden kurtulmak, yakalanmamak için polisi öldürmesi halinde suçu gizlemek maksadıyla değil yalnızca yakalanmamak maksadıyla hareket ettiği söylenebilir²⁹². Alman hukukunda da engelleme amaçlı öldürme olarak adlandırılan suçun ve failin bilindiği bir durumda yakalanmamak için polisin öldürülmesi halinde metnin (m. 211) lafzının bunu kapsamadığı konusunda fikir birliği bulunduğu ifade edilmektedir²⁹³. Eğer ceza kovuşturma makamları suçtan ve failden haberdarsa, kavramsal olarak gizlenecek bir şey kalmamıştır. Sonuç olarak, failin (doğru ya da yanlış), kimliğinin tespit edildiğine inandığı ve suç mahallinden kaçmak ya da kolluk kuvvetleri tarafından yakalanma tehdidinden kurtulmak için mağduru ya da takipçiyi öldürdüğü durumlar, gizleme kastıyla öldürme kriteri altında değerlendirilemez.

Ancak doktrinde Alman Federal Mahkemesinin de gizleme durumu olmaksızın sadece kaçmak için öldürmeyi bu nitelikli hal kapsamında değerlendirmemesini Alman Ceza Kanununun 211. maddesinin açık lafzı nedeniyle aksine bir karar vermesinin pek mümkün gözükmediği belirtilmektedir. Bununla birlikte nesnel olarak bu ayırımın ikna edici olmadığı, zira gizlemek amacıyla öldürmede olduğu gibi yakalanmamak için öldürmede de failin cezadan kurtulmak saikiyle hareket ettiği, bunun içinde aynı araca başvurduğu, yani bir insanı öldürdüğü belirtilmektedir. Bu bakımdan failin ne kınanabilirliği ne tehlikeliliği ne de caydırıcılığın

kişinin kendi suçunu gizleme amacıyla gerçekleştiriyorsa kabul etmektedir. Bkz. **Fischer**, § 211 Rn. 75.

²⁹⁰ **EISELE**, § 211 Rn. 122.

²⁹¹ Bkz. **RENGIER**, Rn. 53; **EISELE**, § 211 Rn. 122. Aynı yönde bkz. **SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER/MOMSEN** § 211, Rn. 79; **KINDHÄUSER**, § 2 Rn. 42; **BOCK**, s. 63; **HAFT**, s. 114.

²⁹² **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 164.

²⁹³ Bkz. **JOECKS**, § 211, Rn. 58.

nesnel bir ayırım olarak kullanılabilceği görüŖü savunulmaktadır²⁹⁴. Nihayetinde gizleme amacının yanında yakalanmamak için öldürmeye yer verilmemesinin anlaşılabilir olmadığı, -kabahatlerin gizleme amacı kapsamına dahil kabul edilmemesinde olduğu gibi- bu durumun Federal Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bu aykırılığın da iki şekilde giderilebileceği, ilk yöntem olarak gizleme amacı kriterinin kaldırabileceği, ikinci seçenek olarak da bu amaç korunmakla birlikte kabahatleri gizleme ve (gizleme amacı olmaksızın) yakalanmamak amacını da kapsayıcı yeni bir formülasyon ile bu sorunlu durumları kapsayacak şekilde madde metninin genişletilebileceği önerilmektedir²⁹⁵.

Yakalama, CMK m. 90'da kişi hürriyetini kısıtlayan bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da nitelikli haldeki yakalanmamak amacı açısından yalnızca m. 90 kapsamında bir yakalanmama değil, bunun yanında gözaltı ve tutuklamadan kurtulmak amacını da kapsayan bir yakalanmama şeklinde anlamak gerekmektedir. Hatta madde metninde sadece "yakalanmamak amacı"ndan bahsedilmesi nedeniyle yalnızca hakkındaki soruşturma veya kovuşturmadan kurtulmak için öldürmeyi değil, kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infazını engellemek amacıyla öldürmeyi de bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

Daha önce bahsedildiği üzere bir suç u gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme nitelikli hali herkes tarafından işlenebilen genel bir suç iken, öldürme suçunun yakalanmamak amacıyla işlenen nitelikli hali kanaatimizce, fail bakımından özgü suç niteliği taşımaktadır. Çünkü yakalanmamak amacıyla öldürme nitelikli halinde, öncül suçun faili veya şeriki (azmettiren ve yardım eden) kendi işledikleri veya katkı sundukları suçtan dolayı yakalanmamak için öldürme suçunu işlemektedirler²⁹⁶. Öncül suç u iştiraki olmayan birinin yakalanması sözkonusu olamayacağı için yakalanmamak amacı gerçekleşmez. Dolayısıyla bu nitelikli halin faili, ancak öncül suçun faili veya şeriki olabilecektir. Bu nedenle başkasının işlediği suçtan dolayı onun yakalanmamasını sağlamak için öldürme suçunun işlenmesi halinde bu

²⁹⁴ Geniş açıklamalar için bkz. WEİSS, s. 225 vd.; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 15.

²⁹⁵ Bkz. WEİSS, s. 203-204.

²⁹⁶ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 164; ERYILDIZ, s. 190-191.

nitelikli hal uygulanmayacaktır. Örneğin, A'nın işlediği hırsızlık suçundan dolayı onu yakalamak için kovalayan polislerin suça iştiraki olmayan B tarafından A'nın yakalanmaması amacıyla öldürülmesinde B, bu nitelikli halden cezalandırılmaz. Ancak burada başka suçların oluşup oluşmayacağına değinmekte fayda vardır. Doktrin defailin, örneğin, işlediği hırsızlık suçundan dolayı kaçtığı sırada kendisini takip eden polisi yakalanmamak amacıyla öldürmesi halinde hem nitelikli kasten öldürme (TCK m. 82/1-h) hem de görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlemiş olacağı ve farklı neviden fikri içtimaya göre hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹⁷. Keza kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürülmesi halinde nitelikli kasten öldürmenin (TCK m. 82/1-g) ve görevi yaptırmamak için direnme suçunun (TCK m. 265) oluşacağı²⁹⁸ ve yine farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir²⁹⁹. Bu görüşler dikkate alındığında öncül suça katılan failin yakalanmamak amacıyla kendisini yakalamak isteyen kamu görevlisini öldürmesi halinde, yakalanmamak amacıyla öldürme nitelikli hali (TCK m. 82/1-h), kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürme nitelikli hali (TCK m. 82/1-g) ve görevi yaptırmamak için direnme suçu (TCK m. 265) gerçekleşecektir³⁰⁰. Bu durumda farklı neviden fikri içtima kuralına

²⁹⁷ ARSLAN, Çetin: "Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtima Sorunu", Ankara Üniversitesi HFD, C. 51, Sy. 2, Haziran 2002, s. 54-55; KANGAL, Zeynel T.: "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 1, İstanbul 2014, s. 539-540; KANGAL, Zeynel T.: Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu, Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, İstanbul 2021, s. 438-439.

²⁹⁸ Fakat Yargıtay bir kararında sadece nitelikli öldürmeden hüküm kurulması gerektiğini belirlemiştir: "Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, maktülü öldürdükten sonra bankanın içinde bulunan ve kendisine engel olmak amacıyla bankadan dışarı çıkmak isteyen görevli mağdur Recep'e doğru hedef gözeterek dört el ateş ettiği, ancak kurşun geçirmez cam nedeniyle sonucun gerçekleşmediği olayda, mağdur Recep'e yönelik eylemin TCK'nın 82/1-g-h, 35. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bir bütün halinde görevliye direnme suçunun olduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması," Y1CD, 04.11.2008, 2007/6932, 2008/7041, legal-bank.net

²⁹⁹ KANGAL, s. 540; KANGAL, Özel Ceza Hukuku, s. 438-439; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 6, s. 8857; GÜLTEKİN, Enes: Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m. 265), Ankara 2021, s. 144-145.

³⁰⁰ Görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin açıklamalarda CMK m. 90 kapsamında suçüstü halinde herkese yakalama yetkisinin verildiği, bu nedenle kolluk

göre sorumluluk belirlenecektir. Öldürmenin nitelikli halleri (TCK m. 82) seçimlik olduğu için hükümde gerçekleşen her bir nitelikli hal gösterileceği, ancak bir cezanın esas alınacağını hatırlanmalıdır. Fakat A'nın işlediği suçtan dolayı peşindeki kamu görevlisi polis P'nin, A'nın yakalanmamasını temin etmek amacıyla B tarafından öldürülmesi halinde yakalanmamak amacıyla öldürme nitelikli hali gerçekleşmeyecek, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürme nitelikli hali ile görevi yapmaması için direnme suçu gerçekleşmiş olacaktır.

Mağdur bakımından ise bendeki diğer nitelikli hallerde olduğu gibi bir özgü suç durumu olmayıp, suç herkese karşı işlenebilir. Yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun mutlaka kolluk kuvvetlerine karşı işlenmesi gerekmemektedir. Kendisini yakalamak isteyen herhangi bir kişiye karşı da suç işlenebilir³⁰¹. Nitekim Yargıtay, bir kimseyi öldürdükten sonra kaçarken kendisini kovalayan kimseyi öldüren sanık hakkında nitelikli halin uygulanmasına karar vermiştir³⁰². Dolayısıyla bu nitelikli

dışında yakalama yapanların da adli bir kamu görevi icra ettiğinden kamu görevlisi kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 1159; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1352-1353; **SOYASLAN**, s. 774; **TURAN/OTACI**, s. 853. Aksi yöndeki görüş ise herkese geçici olarak yakalama yetkisi verilmesi o kişiyi kamu görevlisi yapmayacağını ifade etmektedir. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 1161; **KANGAL**, s. 506.

³⁰¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 165; **AKBULUT**, s. 143-144; **YOKUŞ SEVÜK**, ÖH, 4. B. s. 100; **ERYILDIZ**, s. 190.

³⁰² Y1CD, 5.5.2004, 454/1703; "Sanığın... alkolün etkisiyle taşkınlık yapması üzerine maktül tarafından gazinodan dışarı çıkartıldığı, bu duruma sinirlenen sanığın tabancasıyla ateş ederek maktülü vurup öldürdüğü, bu durumu gören gazino otoparkında görevli Ramazan ile güvenlik görevlisi Erkan'ın sanığı yakalamak amacıyla peşinden koştukları (sanığın ise mağdurları yaraladığı) olayda; sanığın mağdurlara yönelik eyleminin 82/1-h, 35 maddelerine göre **yakalanmamak amacıyla öldürmeye teşebbüs suçunu** oluşturduğu halde, mağdur Ramazan'ı öldürmeye teşebbüs suçundan TCK.nun 81, 35, 62, mağdur Erkan'ı kasten yaralama suçundan TCK.nun 86/1, 86/3-e, 87/3, 62 maddeleri uyarınca cezalandırılması suretiyle eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş(tir)", 1.CD, 05.07.2010, 2009/7915, 2010/5188, legalbank.net; "Katılan'a yönelik eyleminden sonra olay yerinden kaçmaya çalışan sanığın maktülün kendisini engellenmeye yönelik hamlesini defetmek ve yakalanmamak amacıyla sanığın maktülü göğüs ve batin bölgelerinden 5 kez bıçaklamak suretiyle öldürdüğü anlaşılan olayda, sanığın eyleminin TCK'nin 82/1.h maddesinde düzenlenen "yakalanmamak amacıyla kasten öldürme" suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması", Y1CD, 06.07.2020, 2020/879, 2020/1644; aynı yönde bkz. Y1CD, 23.12.2010, 2010/739, 2010/8368, legalbank.net.

halin uygulanabilmesi için fail hakkında yakalama kararı verilmesi gerekmediği gibi CMK m. 90 kapsamında bir yakalama da şart değildir. Yakalama, failin yetkili makamlara teslimi amacıyla olduğu takdirde hukuka uygun olmayan yakalamaları önlemek amacıyla öldürme suçunun işlenmesi halinde de yine nitelikli hal gerçekleşecektir³⁰³. Hatta suç, yakalanılmasına neden olabileceği düşünülen kişilere karşı da işlenebilecektir. Çünkü önemli olan yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun işlenmesidir. Zira bentte sadece yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun işlenmesi nitelikli hal kabul edilmiştir. Aslında bentte failin kendisi hakkında bir yakalama kararının bulunup bulunmadığı veya hukuka uygun bir yakalama gerekip gerekmediği ya da gizleme amacıyla olduğu gibi yakalamanın da ne için ve hangi amaçla yapılması gerektiği ile ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Bu itibarla yakalanma hareketinin hukuka uygun olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak hükmün konuluş amacı dikkate alındığında yakalamanın yetkili makamlara teslim amaçlı olması aranmalıdır.

Doktrinde yakalanmama amacını güden failin, işlemekte olduğu veya henüz işlediği başka bir suç nedeniyle kasten öldürme suçunu işlemesi gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁴. Ancak bize göre, maddede suçüstü halindeyken yakalanmamak gibi bir ifade kullanılmadığı için³⁰⁵, yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun işlenme zamanı bakımından bir zaman sınırı aranmamalıdır. Yakalanmamak için öldürme, suçu işlerken işlenebileceği gibi suçu işledikten hemen sonra da işlenebilir, hatta on sene sonra fail olduğu belirlendikten ya da yeri tespit edildikten ya da mahkum olduktan sonra da işlenebilir ve nitelikli hal uygulanabilir.

³⁰³ PALUT, s. 479, 480; ERYILDIZ, s. 190.

³⁰⁴ ERYILDIZ, s. 189.

³⁰⁵ Nitekim bazı yazarlar Alman İmparatorluk Ceza Kanununda suçüstü halinde yakalanmaktan kurtulmak için öldürmenin düzenlendiğini belirtirken (Bkz. SALİGER, s. 302), bazı yazarlar kaçışı mümkün kılmak için öldürmenin düzenlendiği, fakat bugün suçu gizlemek amacı kapsamında değerlendirilmediğini ifade etmektedir (BecKOKStGB/ESCHELBACHSTGB § 211 Rn. 84).

II. BİR SUÇU İŞLEYEMEMEKTEN DUYULAN İNFİALLE ÖLDÜRME

“Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle” kasten öldürme suçunun işlenmesi nitelikli haline 765 sayılı TCK’da başlangıçta yer verilmemiştir. Ancak 1953 yılında yapılan bir değişiklikte 765 sayılı TCK’nun 450. maddesinin 8. fıkrasına “bir suçtan hasıl olacak gayeye vasıl olamaktan mütevellit infial ile işlenmiş olursa” şeklinde eklenmiştir³⁰⁶. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da da başlangıçta kasten öldürmenin nitelikli halleri içinde düzenlenmemiştir. Fakat 8 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla (m. 9) TCK’nun 82. maddesinin 1. fıkrasına (i) bendi olarak “Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle” şeklinde eklenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, infialle öldürme nitelikli halin yürürlükte olmadığı ara dönemde işlenen infialle öldürme durumunda diğer nitelikli haller yoksa basit öldürmeden hüküm kurulması gerekmektedir³⁰⁷.

İnfial sözlükte, “birine içerleme, gücenme, kızgınlık duyma, herhangi bir şeyden etkilenme” şeklinde tanımlanmaktadır³⁰⁸.

Bir suçu işleyememekten duyulan infialle kasten öldürme suçunun işlenmesinin nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni doktrinde bazı yazarlara göre, “Failin bir başka suç işlemek istemesi ve fakat bu suçu işleyememesi dolayısıyla içine sürüklendiği kızgınlık ve tepki ile adam öldürme suçuna yönelmesi, daha ağır bir suçluluk biçimi olarak kabul edilmiştir. Gerçekten bu durumdaki failde daha büyük bir ahlaki düşüşün

³⁰⁶ 1953 yılında nitelikli hal olarak kanuna eklenmesine neden olan olay, bir kadınla zorla cinsel ilişkide bulunmak isteyen failin bunda başarılı olamayınca, kadını öldürmesi olayıdır. Bkz. **HAKERİ**, s. 237.

³⁰⁷ **GÖKCAN/ARTUÇ**, C. 2, s. 3005-3006; “765 sayılı TCK’nun 450/8. maddesinde yer alan “takip edilen gayeye vasıl olamamaktan mütevellit infial ile” adam öldürme suçunun karşılığı düzenlemenin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’unda yer almadığı, 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla 82. maddeye “i” bendi olarak eklendiği dikkate alındığında sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 81. maddesinin uygulanması gerektiği, bu haliyle 5237 sayılı TCK’nun sanık lehine olduğunun gözetilmemesi”, Y1CD, 03.05.2007, 913/3385, **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 3134; aynı yönde bkz. Y1CD, 02.11.2009, 2008/4256, 2009/6501, **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 3120.

³⁰⁸ <https://sozluk.gov.tr/>

yaşandığı, yıllardan bu yana varolan genel bir görüştür"³⁰⁹. Diğer bazı yazarlara göre ise "bir suçtan doğacak menfaati elinden kaçırmamak veya gayeye erişememenin huncunu almak için adam öldürmekten çekinmeyen kimsenin toplum bakımından taşıdığı tehlikelilik derecesinin yüksek oluşudur"³¹⁰. Alman uygulamasında da benzer olaylar alçakça saiklerle öldürme kabul edilerek daha ağır cezalandırılmaktadır³¹¹.

Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenen nitelikli halde olduğu gibi bu nitelikli halde de doktrinde bazı yazarlar, bir amaç suç-araç suç ilişkisinin olduğunu ifade etmektedirler³¹². Kanaatimizce öldürme suçunun bir suçu işleyememekten duyulan infialle işlenmesinde araç suç-amaç suç ilişkisi yoktur³¹³. Çünkü öldürme suçunun araç olmasından bahsedilebilmesi için, öldürme suçunun diğer suçu gerçekleştirmek için işlenmesi lazımdır. Oysa burada öldürme suçu, ilk suçun işlenmemesinden sonra gerçekleştirilmekte, ilk suçun işlenmesine katkı olarak yapılması gibi bir durum sözkonusu değildir ve sadece bir başka suç dolayısıyla işlenmektedir. Bu itibarla iki suç arasında amaç suç-araç suç veya amaç-araç suç ilişkisi de bulunmamaktadır.

Bu nitelikli halin faili, bir suçu işleyememekten duyduğu infialle öldürme suçunu işleyen kişidir. Bir görüşe göre bu suçun faili, ilk suçun icra edeni olabileceği gibi şeriki de olabilir³¹⁴. Bize göre ise maddede "bir suçu işleyememekten" bahsedildiği için bu nitelikli halin faili, ancak ilk suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştireni, işleyeni, yani doğrudan ya da müşterek failleri olabilir; şerikler (azmettiren veya yardım eden) ise fiili işleyenler olmadıkları için fail olamazlar. Eğer maddede "bir suçun işlenmemesinden" bahsedilse idi suçla faillik ya da şeriklik şeklinde bağı bulunanlar, örneğin azmettiren, hürriyetten yoksun kılma suçuna

³⁰⁹ BAYRAKTAR, Kasten Öldürme, s. 75.

³¹⁰ ERMAN/ÖZEK, s. 50.

³¹¹ HAKERİ, s. 237.

³¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 59; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1341; BAKICI, s. 667.

³¹³ Aynı yönde bkz. TURAN/OTACI, s. 874; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3007.

³¹⁴ SOYASLAN, s. 145; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3007-3008.

azmettirdiği kişi tarafından bu suçun işlenememesi nedeniyle gidip engel olan kişiyi öldürseydi bu nitelikli öldürme suçundan sorumlu tutulabilirdi. Oysa maddede “işleyememekten” bahsedilerek işlenemeyen ilk suçun faili kastedilmiştir. Dolayısıyla bu nitelikli halin faili ancak işlenemeyen ilk suçun faili olabilir. Bu yönü itibariyle de bu nitelikli halin fail bakımından özgü suç olduğu söylenebilir. Müşterek faillik şeklinde işlenen bir suç işleyememekten dolayı infiale öldürme suçunu faillerden hangisi infiale kapılarak öldürme suçunu işlemişse sadece o fail hakkında infiale öldürme nitelikli halden sorumluluk tayin edilmelidir³¹⁵.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için işlenememesinden duyulan infiale öldürme suçunun işlenmesine neden olan fiilin suç teşkil etmesi gerekir³¹⁶³¹⁷. Ancak bu suçun kasıtlı bir suç olması gerekir³¹⁸, zira taksirli suçlarda suç işlemeye yönelik bir irade bulunmadığı için bir suç

³¹⁵ Bkz. ÖZEN, s. 128.

³¹⁶ ÖNDER, s. 48; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 141; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006; BAKICI, s. 667; HAKERİ, s. 237; AKBULUT, s. 144; TURAN/OTACI, s. 874; YCGK, 06.05.2014, 717-232, İLHAN, Abdulkadir vd.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015, s. 532.

³¹⁷ Yargıtay'ın konuyu kapsamlı bir şekilde açıklayan kararı: “...5237 sayılı TCK'nun 82/1. maddesinin (i) bendinde düzenlenen suçun unsurları itibariyle oluşup oluşmadığının belirlenmesinde üç hususun üzerinde durulması gerekmektedir. Bunlardan birincisi; öldürme suçundan önce işlenmek istenen bir suç bulunmalı, ikincisi; bu suç kasten işlenen bir suç olmalı, üçüncü olarak da; ilk suç işlenememiş olmalıdır. Öldürme eylemi, ilk suçun işlenememesinden duyulan öfke, kızgınlık ve hiddet nedeniyle, diğer bir ifadeyle infiale gerçekleştirilmelidir. Ancak ilk suç işleyememekten duyulan infiale değil de başka bir nedenle öldürme suçu işlenmişse bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır. // Gerçekleştirilmek istenen ancak herhangi bir nedenle işlenemeyen suçun kasten işlenen bir suç olması gerekir. Zira taksirle işlenen bir suçta failin suçu işleyememekten dolayı infiale kapıldığından bahsedilemez. Bir suç işleyememekten söz edildiğine göre öldürme suçu işlendiğinde ilk suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. İlk suç tamamlanmışsa artık bir suç işleyememekten dolayı duyulan infiale öldürme suçu oluşmayacaktır. Diğer taraftan öldürme suçundan önce olan ve işlenemediği için fail üzerinde infiale neden olan eylem suç olarak düzenlenmiş olmalıdır. Bu nedenle fail üzerinde infiale neden olan eylemin TCK'nda ya da ceza hükmü içeren diğer kanunlarda suç olarak düzenlenip düzenlenmediği tespit edilmelidir.” YCGK, 06.05.2014, 2013/717, 2014/232, legal-bank.net

³¹⁸ TOROSLU/TOROSLU, s. 37; Hakeri, s. 238; Koca/Üzülmez, s. 165; Soyaslan, s. 145; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 141; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1341; TURAN/OTACI, s. 874; YCGK, 06.05.2014, 717-232, İLHAN vd., s. 532.

işleyememekten dolayı infiale kapılma düşünülemez³¹⁹. Bazı yazarlar ilk suçun olası kastla işlenen bir suç olması halinde de suç işleyememekten duyulan infiale kapılmaktan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir³²⁰. Bize göre de suçun olası kastla işlenmesinde suçun unsurları kesin olarak bilinmediği ve gerçekleşmesi muhtemel görülen unsurlar bakımından sadece kabullenme, razı olma, olayın seyrine bırakma, olursa olsun düşüncesi var olduğu için bir suçun işlenememesi nedeniyle infiale kapılmaktan söz etmek mantıklı olmayacaktır. Kasıtlı suçun mahiyeti, cezasının türü ve miktarı önemli değildir, hırsızlık, yağma, cinsel saldırı, hürriyetten yoksun kılma gibi kasıtlı herhangi bir suç olabilir. Ayrıca suç, TCK'da ve özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda düzenlenmiş bir suç da olabilir³²¹. İşlenemeyen fiilin suç olması gerektiğinden kabahat sayılan bir fiilin işlenememesinden duyulan infiale öldürme suçunun işlenmesinde bu nitelikli hal uygulanamaz³²². Keza disiplin yaptırımını gerektiren bir fiili, örneğin kopya çekmesine engel olan kişiyi kopya çekmemekten duyduğu infiale öldürmesi halinde infiale öldürme nitelikli sözkonusu olmaz. Ancak kopya çekmeye engel olan kamu görevlisi ise buna karşı gerçekleştirilen öldürme suçu kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle nitelikli hali (TCK m. 82/1-g) kapsamında kabul edilebilir. Yine haksızlık teşkil etmeyen herhangi bir fiilin gerçekleştirilememesinden dolayı infiale kapılıp işlenen öldürme suçu da bu kapsamda değerlendirilemez³²³. Örneğin failin evlilik teklifini veya iş teklifini reddeden birini öldürmesi durumunda, bu tekliflerin reddedilmesi suç olmadığı için bu nitelikli hal gerçekleşmeyecektir³²⁴. Buna karşılık, kendisiyle evlenmek istemeyen maktuleyi kaçırmak amacıyla olay yerine giden,

³¹⁹ Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 161; AKBULUT, s. 144; TOROSLU/TOROSLU, s. 36; HAKERİ, s. 238; GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 213; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 141; YOKUŞ SEVÜK, s. 102; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1328; YCGK, 06.05.2014, 717-232, İLHAN vd., s. 532.

³²⁰ TURAN/OTACI, s. 875.

³²¹ GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006.

³²² GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 162; YOKUŞ SEVÜK, s. 102; GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 216.

³²³ GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006.

³²⁴ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 141; ÖZEN, s. 127; YCGK, 29.3.1982, 1-37/116, ÖNDER, s. 45.

ancak maktulenin yere çöküp direnerek kalkmaması nedeniyle amacına ulaşamamaktan duyduğu infial ile ateş edip onu öldürmesinde bu nitelikli hal uygulanacaktır³²⁵. Yine yağma suçunu işleyememekten duyduğu infialle eylemi gerçekleştiren sanık hakkında da bu nitelikli halden hüküm kurulması gerekir³²⁶.

Nitelikli halin varlığı açısından failin işlemeyi kastettiği infiale neden olan suçun icra hareketlerine başlamış olması, fakat mağdurun direnmesi veya üçüncü kişinin müdahalesi ya da başka bir sebeple tamamlanamaması gerekmektedir³²⁷. Suç tamamlanmış ise, suçun işlenememesinden kaynaklanan bir infialden bahsedilemeyeceği için, işlenen öldürme suçu açısından bu nitelikli hal uygulanamayacaktır³²⁸. Buna karşın işlenmek istenilen suç tamamlanmışsa, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, yakalanmamak için öldürme nitelikli halleri sözkonusu

³²⁵ YCGK, 17.06.2003, 2003/1-172, 2003/194, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3063, aynı karar için bkz. legalbank.net; 1.CD, 18.9.2001, 2535/3246, **HAKERİ**, s. 238.

³²⁶ Y1CD, 07.10.2013, 2013/2525, 2013/5545, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3064.

³²⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 165; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 172; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 161; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 102. "yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla olay anında kendisine direnen maktulün boğazını bıçakla keserek maktule ait altın olduğu belirlenen 2 adet yüzük ile bir adet kolyeyi alarak çalışmakta olduğu iş yerinin tuvalet kısmına sakladığı, bu suretle nitelikli yağma suçunu oluşturan **eyleminin tamamlanarak sanığın gerçekleştirmek istediği esas neticeye ulaşılmış olduğu** anlaşılmıştır. Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06/05/2014 gün ve 2013/1-717 Esas 2014/232 Karar sayılı kararın Kanun'da belirtildiği üzere, "Bir suçu işleyememekten söz edildiğine göre öldürme suçu işlendiğinde ilk suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. **İlk suç tamamlanmışsa artık bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infialle öldürme suçu oluşmayacaktır.**" Anılan nedenlerle somut olayda sanık açısından suçun işlenememesinden duyulan kızgınlık ve hiddetin etkisinden bahsedilemeyeceğinden eylemin suçun bu nitelikli halini oluşturmayacağı gözetilmeksizin suç vasfında hataya düşülerek yanılığın değerlendirilmesi ile 5237 sayılı TCK'nın 82/1-h bendinin yanısıra anılan Kanun'un 82/1-i bendinin de uygulanmasına karar verilecek yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş(tir)", Y1CD, 10.06.2021, 2020/2927, 2021/10341, legalbank.net; Y1CD, 21.04.2011, 2011/1109, 2011/2483, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3082.

³²⁸ **GÖKCEN/BALCI**, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 213; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 161; **GÖKCAN/ARTUÇ**, C. 2, s. 3007; YCGK, 06.05.2014, 717-232, **İLHAN vd.**, s. 532. Ancak bazı yazarlar tarafından suçun tamamlanmış olabileceği gibi teşebbüs aşamasında da kalabileceği ifade edilmiştir (bkz. **SOYASLAN**, s. 145).

olabilecektir; ancak artık infialden bahsedilemez³²⁹. Bununla birlikte suçun teşebbüs aşamasında engelleyenin öldürülmesinin suçu kolaylaştırmak için mi, yoksa işleyememekten duyulan infialle mi gerçekleştiğinin net bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

Ayrıca infialle öldürmeden bahsedilebilmesi için öldürmenin, işlenmek istenilen suçun işlenilememesinden duyulan kızgınlıkla işlenmesi gerekir³³⁰. Eğer fail işlemek istediği suçun icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçmek suretiyle suçu tamamlamamışsa işleyememekten bahsedilemeyeceği için infialle öldürme nitelikli gerçekleşmeyecektir.

Diğer taraftan failin işleyemediği suçun hemen ardından öldürme suçunun işlenmesi gerekmemektedir. İnfial devam ettiği sürece sonraki bir zamanda öldürme suçunun işlenmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır³³¹. Nitekim Yargıtay, katılana yönelik yağma suçunu gerçekleştirilmekten duyduğu kızgınlıkla, hükümlü bulunduğu cezaevinden firar edip katılana ateş eden sanığın eylemi, tasarlayarak öldürme suçuna teşebbüsü değil, bir suçu işleyememekten duyduğu infialle öldürme suçuna teşebbüsü oluşturur diyerek, işleyemediği ilk suç nedeniyle cezaevinden bulunan sanığın öldürme suçunu işlemesinde belli bir süre geçmiş olmasına rağmen bu nitelikli halin uygulanmasını kabul etmiştir³³².

Mağdur bakımından ilk suçun mağduru ile öldürme suçunun mağduru farklı olabilir³³³. Nitekim bu nitelikli hal genellikle işlenmek istenen suça engel olan mağdur veya üçüncü kişilere karşı öldürme suçunun işlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır³³⁴. Bununla birlikte işlenmekte olan

³²⁹ YOKUŞ SEVÜK, s. 102; GÖKCEN/BALCI, Kasten Öldürme, 2. Baskı, s. 216; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 161; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3007; TURAN/OTACI, s. 875.

³³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 165; YOKUŞ SEVÜK, s. 102.

³³¹ Bkz. HAKERİ, s. 238; YOKUŞ SEVÜK, s. 102; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1341; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3007; BAKICI, s. 668.

³³² YCGK, 06.05.2014, 717-232, İLHAN vd., s. 531-532.

³³³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 59; YOKUŞ SEVÜK, s. 102; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172; ÖZEN, s. 127; GÖKCAN/ARTUÇ, C. 2, s. 3006.

³³⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 165; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1341; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 59; ERMAN/ÖZEK, s. 50; MALKOÇ, C. 1, s. 692; "sanığın, mağdurun araya girmesi nedeniyle, tanık Ece'ye yönelmiş olan suçu işleyememekten duyduğu infial ile kasten öldürmeye teşebbüs suçunu

suça engel olan şerike duyulan kızgınlıkla, şerikin öldürülmesi durumunda da bu nitelikli hal uygulanabilir³³⁵. Ancak bize göre, bazı yazarların ifade ettiği gibi bu nitelikli halin uygulanabilmesi için işlenmek istenen suça engel olmak isteyen kişinin öldürülmesi şeklinde gerçekleşmesi şart değildir. Çünkü maddede, işlenmek istenen suça engel olan kişinin öldürülmesinden bahsedilmemekte, bir suçu işleyememekten duyulan infialle öldürme suçunun işlenmesinden bahsedilmektedir. Zaten burada öldürme suçunu nitelikli kılan durum, işlemeyi kastettiği suçu işleyememekten kaynaklanan motivasyon halidir³³⁶. Bu motivasyon hali içinde iken öldürme suçu, suçun işlenmesine engel olunması ile ilgili olmayan kişiye karşı da işlenebilir. Örneğin -yukarıda verilen Yargıtay kararına konu olayda - fidyeye almak için kaçırılan kişinin, istenen fidyenin, fidye istenen kişiler tarafından verilmemesinden dolayı öldürülmesinde kaçırılan kişinin suçun işlenmesine engel olmak gibi bir durumu olmamasına rağmen bu nitelikli halin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için doktrindeki gibi işlenmek istenen suça engel olan kişinin öldürülmesi aransaydı verdiğimiz örnekte fidyeyi vermeyen kişilerin öldürülmesi halinde nitelikli hali uygulamak gerekirdi; fidyenin verilmemesi ile ilgisi olmayan kaçırılan kişinin öldürülmesi durumunda ise bu nitelikli halin uygulanmaması gerekirdi. Hemen şunu da belirtelim ki bu nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından öldürme suçunun, suçun işlenmesine engel olan kişiye karşı işlenmesinin şart olarak aranmaması, nitelikli halin uygulama alanını sınırsız genişleten bir şekilde yorumlanmaması gerekir. Örneğin gerçekleştirmediği cinsel saldırı fiilinden duyduğu infial ile sokakta karşılaştığı ilk suçla hiçbir ilgisi olmayan bir başka kadını öldürmesi halinde bu nitelikli hali uygulamamak gerekir. Bu itibarla bu nitelikli halin uygulanabilmesi açısından suçun işlenmesine engel olan kişinin öldürülmesi şart olarak kabul edilmemeli, fakat işlenen öldürme suçu ile işlenmemesi nedeniyle infiale neden olan suç arasında illiyet bağı aranmalıdır.

işlediği, 82/1-i bendine göre cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y1CD, 09.02.2009, 2008/11009, 2009/477, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3120-3121.

³³⁵ **MERAN**, Kişilere, s. 52; **HAKERİ**, s. 238; **MALKOÇ**, C. 1, s. 692.

³³⁶ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 165.

Bu nitelikli halden sorumluluk için manevi unsur bakımından kişinin öldürme kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Ancak “bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle” işlenmesi arandığı için faili öldürme suçunu işlemeye iten bir infial durumunun bulunması da aranmalıdır.

Bir suçu işleyememekten duyulan infialle kasten öldürme suçunun işlenmesi nitelikli halinde bileşik suç sözkonusu olmadığından³³⁷, fail hem işleyemediği suça teşebbüsten hem de bu nitelikli kasten öldürme suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır³³⁸. İnfialle öldürme suçu da teşebbüs aşamasında kaldığında³³⁹, bu durumda her iki suça teşebbüsten hüküm kurulacaktır.

Doktrinde hata ve sapma sonucu suça engel olandan başkasının öldürülmesi halinde şahsi bir nitelikli hal bulunduğu için bu nitelikli halin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁰. Bize göre de bir suçu işleyememekten duyulan infial, kızgınlık failin sübjektif durumunu gösterdiği için, öldürmenin infialle, kızgınlıkla işlendiği tespit edildiğinde hata veya sapma halinde de nitelikli halden sorumluluk tespit edilmelidir. Yine fail örneğin, bir kabahat niteliğindeki bir fiili, suç zannederek işleyememekten dolayı duyduğu infialle öldürme suçu işlerse nitelikli hal uygulanmalıdır. Çünkü kanunkoyucunun ceza artırımı nedeni failin sübjektif durumudur, suçu işleyememekten doğan kızgınlıkla bir öldürme suçunun işlenmesini daha fazla cezalandırmayı amaçlamaktadır.

İşlenmek istenen suç icrai suç olabileceği gibi ihmali de olabilir. Örneğin anne çocuğunun ölmesi için evde tek başına bırakıp tatile gitmesine

³³⁷ **ERMAN/ÖZEK**, s. 51; **HAKERİ**, s. 238; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 59; **TEZCAN/ERDEM/Önok**, s. 172; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 53; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 102; **ÖZEN**, s. 128; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 1341.

³³⁸ **ERMAN/ÖZEK**, s. 51; **Hakeri**, s. 238; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 172; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 53; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 1341.

³³⁹ **YOKUŞ SEVÜK**, s. 102. “Sanıkların yağma suçunu işleyememekten duydukları infialle kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işledikleri anlaşılacakla, sanıklar hakkında 82/1-i maddesi uyarınca bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infialle öldürmeye teşebbüs suçlarından cezalar verilmesi yerine yazılı biçimde suç vasfında hataya düşülerek hükümler kurulması”, **Y1CD**, 14.01.2020, 2019/3864, 2020/90, **Yokuş Sevük**, s. 102, dn. 196.

³⁴⁰ **ERMAN/ÖZEK**, s. 51.

karşın, komşularının çocuğun ağlama sesini duyarak kurtardığı bir durumda annenin çocuktan sizin yüzünüzden kurtulamadım diyerek onları öldürmesi halinde infialle öldürme gerçekleşir.

Diğer taraftan hırsızlık suçunu işlemesine engel olan güvenlik görevlisine taksirli bir şekilde arabayla çarptıktan sonra inip baktığında hırsızlık yapmasına engel olan kişi olduğunu anlayıp ölsün diye bırakıp gitmesi halinde ihmali infialle öldürme suçu işlenmiş olur.

III. TCK M. 82/1-h, İ'DEKİ NİTELİKLİ HALLERİN

TCK M. 82'DEKİ DİĞER NİTELİKLİ HALLER VE HAKSIZ TAHRİKLE BİRLİKTE UYGULANABİLİRLİĞİ

TCK m. 82/1-h'deki nitelikli hallerin uygulanabilmesi için failin bentte sayılan amaçlarla öldürme suçunu işlemesi gerekir. Fakat öldürme suçu, gizlenmek, kolaylaştırılmak istenen suçun gerçekleştirildiği esnada işlense dahi bu amaçlar dışındaki başka bir amaçla işlendiğinde nitelikli hal gerçekleşmiş olmaz³⁴¹. Bununla birlikte faili öldürme suçunu işlemeye iten bu amaçların yanında başka amaçlar ya da saikler de sözkonusu olabilir: örneğin, tutuklanma korkusu, kin, nefret, acıma, umutsuzluk, hapis yatmamak ya da başka suçun işlenmesini kolaylaştırmak gibi. Alman hukukunda da öldürmenin tek saik/güdüyle işlenmesinin zorunlu olmadığı, birden fazla güdüyle de işlenebileceği ifade edilmekte ve böyle bir durumda çoğunluktaki görüş, failde hangi amaç ya da saik ağır basıyorsa, baskın ise, onu öldürme suçuna yönlendiriyorsa bu amaç veya saikten sorumluluğun belirlenmesi gerektiği yönündedir³⁴². Azınlıktaki görüşe göre ise gizleme veya kolaylaştırma amacının baskın veya bir sonraki amaç olması gerekmediği açıktır. Gizlemenin veya kolaylaştırmanın, fail

³⁴¹ ÖNDER, s. 44-45. Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir: "Sanık, motorlu deniz aracından hırsızlık yapmak isterken deniz kenarından kendisine taş atılmasının tepkisi ile ateş edip adam öldürme eyleminde TCK. 450/8 bend hükmünün unsurları yoktur.", YCGK, 27.11.1972, 436/379, ÖNDER, s. 45.

³⁴² Bkz. RENGİER, Rn. 21, 24, 48; EİSELE, § 211 Rn. 117; BOCK, s. 67; KLESCZEWSKI, Rn. 83; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER/MOMSEN § 211, Rn. 73; BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 92; NEUMAN/SALİGER, NK-StGB, StGB § 211 Rn. 94; FİSCHER, § 211 Rn. 68a; KİNDHÄUSER, § 2 Rn. 39; SK KOMMENTAR § 211 Rn. 80; MAURACH/SCHROEDER/MAİWALD, § 2 III Rn. 37; MÜKOSTGB/SCHNEİDER StGB § 211 Rn. 229, 258; LACKNER/KÜHL/HEGER, § 211 Rn. 12.

tarafından izlenen amaçlar demetindeki amaçlardan biri olması yeterlidir³⁴³.

TCK m. 82'deki şahıstan ve fiilin işleniş şeklinden kaynaklanan nitelikli hallerin bu nitelikli hallerle birlikte gerçekleşmesine bir engel yoktur³⁴⁴. Örneğin, öldürme nitelikli haller olan yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama suretiyle, kadına karşı, altsoy, üstsoy, eş, kardeşe karşı, çocuğa veya kendini savunamayacak durumdaki kişiye karşı işlenebilir. Keza yakalanmamak amacıyla kendisini takip eden kolluğun öldürülmesinde olduğu gibi kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürme ile birlikte gerçekleşebilir. Ancak bazı nitelikli hallerle ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki tasarlama nitelikli halidir. Tasarlama ile gizlemek için öldürme suçunun bir arada bulunup bulunamayacağı konusunda doktrinde bazı yazarlarca gizlemek amacıyla öldürmenin tasarlanarak işlenmesinin mümkün olduğu ve bu durumda her iki bentin birlikte uygulanması gerektiği belirtilmiştir³⁴⁵. Diğer bazı yazarlar tarafından ise tasarlama ile gizleme amacının aynı olayda mevcut olabileceği ifade edilmekle birlikte, bu durumun çelişkili sayılması gerektiği de vurgulanmıştır³⁴⁶. Yargıtay 765 sayılı kanun döneminde verdiği bir kararda³⁴⁷ ve 5237 sayılı kanun döneminde sanığın parası olduğunu düşündüğü maktuleyi öldürmeye karar verdiği bir olayda sanık hakkında hem tasarlama hem de kolaylaştırmak için öldürmeden hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir³⁴⁸. Bize göre de bir suçun işlenmesini

³⁴³ ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 2 Rn. 62.

³⁴⁴ Nitekim 765 sayılı TCK açısından doktrinde inceleme konusu nitelikli hallerin 450. maddedeki diğer nitelikli hallerle birlikte bulunmalarının mümkün olduğu ifade edilmiştir. ÖNDER, s. 45.

³⁴⁵ BAKICI, s. 666.

³⁴⁶ EREM/TOROSLU, s. 366.

³⁴⁷ "Sanık maktulleri çuval satacağından bahisle kandırıp, imalathanenin bodrumunda kafalarına kazmasapı ile vurup parçalamak ve üzerine gaz döküp yakmak suretiyle her iki kişiyi de paralarına tamaen aynı kastı cürmi ile ve sebep altında taammüden öldürmüş olduğuna göre, eylemi TCK.nun 450/4,5 ve 7. bend hükümlerine uyar", Y1CD, 14.11.1960, 3244/2685, ÖNDER, s. 45.

³⁴⁸ "Olay tarihinden bir hafta önce tanık M..G..'nün evinde maktül ile tanışan ve maktülün Almanya'dan emekli olduğunu öğrenen sanığın maktül ile görüşmeye başladığı, samimiyet kurduğu, maktülün parasının olduğunu düşünerek maktülü öldürmeye karar verdiği, bahçesinde çalışmak için maktül ile anlaştığı, olay sabahı maktülün bahçesine gittiği, maktülü öldürmek için fırsat kolladığı, maktülün evine yakın

kolaylaştırmak veya gizlemek amaçları tasarlama ile birlikte işlenebilir. Nitekim doktrinde failin fiilin icrasından sonra kaçması ve delilleri yok etmesi de çoğunlukla tasarlamanın içinde bulunduğu ifade edilmektedir³⁴⁹.

Bir diğer tartışmalı nitelikli hal kan gütme saikidir. Doktrinde³⁵⁰ ve uygulamada³⁵¹ kan gütme saiki nitelikli halinin münhasıran bu saikle işlenmesi halinde gerçekleşebileceği, başka herhangi bir sebep veya saikin bulunması halinde kan gütmenin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre bir öldürme fiilinde kan gütme saiki ile bir suç gizlemek, delilleri ortadan kaldırmak, yakalanmamak veya bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacı bir arada bulunamaz. Bize göre ise fail, aynı fiilde farklı saiklerle hareket edebilir. Faili suç işlemeye iten

olan evine gidip bıçağı aldığı, maktülü evinin bahçesinde bıçakla vurarak öldürdüğü, maktülün evinden 4 adet telefonunu, el lambası wolkmen gibi aletleri aldığı, başka değerli bir şey bulamayıp olay yerinden kaçtığı, maktülün kesici delici alet yaralanmasına bağlı iç organ yaralanması, iç kanama ve perikart tamponatı sonucu öldüğü olayda; sanık hakkında yağma amacıyla ve tasarlayarak insan öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nun 82/1-a-h maddeleri, yağma suçundan 5237 sayılı TCK'nun 149/1-a-d maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nun 82/1-h maddesi, yağma suçundan da suç niteliğinde yanlıya düşülerek 5237 sayılı TCK'nun 148/1 maddesi ile hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş(tir)", Y1CD, 24.04.2012, 2010/6492, 2012/3121, www.lexpera.com.tr; aynı karar için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 3071.

³⁴⁹ **KOCAÜZÜLMEZ**, s. 151. Ayrıca bkz. **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 129.

³⁵⁰ **ÖNDER**, s. 35; **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 4, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 448-592), 5. Bası, (Baskı Tarihi Yok), İstanbul, s. 122; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 1341. Aksi görüş için bkz. **OTACI**, Cengiz: "Kan Gütme Saiki İle İşlenen Kasten İnsan Öldürme Suçu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 3, Sy. 18, 2008, s. 120, 127.

³⁵¹ "Fail, münhasıran kan gütme saiki ile değil, başka sebepler nedeniyle suçu işlediğinde, bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Failin, eylemi gerçekleştirmesinin bir başka sebebe bağlanmadığı, münhasıran kan gütme saiki ve görev bilinci ile kasten öldürme suçunu işlediği hallerde, kan gütme saiki ile öldürme gündeme gelecektir.", YCGK, 14.1.2014, 2013/530, 2014/1; aynı yönde bkz. YCGK, 4.6.2013, 2012/1564, 2013/281, lexpera.com.tr; "tarafklar arasında bir kan davası bulunsa bile, fail kapıldığı ani bir tehevvür ile ya da başka bir nedenle öldürme suçunu işlerse TCK. 450/10 maddesi uygulanmaz", YCGK, 18.2.1991, 1-1/41, **ÖNDER**, s. 36; aynı yönde bkz. Y1CD, 4.5.1966, 2613/1049; YCGK, 26.10.1981, 1-282/355, **ÖNDER**, s. 35; YCGK, 6.3.1967, E. 36, K. 62, **GÖZÜBÜYÜK**, C. 4, s. 122.

saiklerin birden fazla olması, birbirlerini geçersiz kılmaz³⁵². Örneğin failin işlemiş olduğu öncül suçu gören tanığın aynı zamanda kan davalısı olması halinde “zaten kan davalım, öldürdüğümde hem kan davasını yerine getirmiş olurum hem de suçu gizlemiş, delilini ortadan kaldırmış olurum” düşüncesi ile fiili işleyebilir. Aynı husus fiilin töre saikiyle işlenmesi açısından da söylenebilir.

Bir suçu kolaylaştırmak için öldürme ile gizlemek için öldürme aynı olayda birlikte gerçekleşebilir³⁵³. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu açıkça ifade etmiştir³⁵⁴. Örneğin, bankayı soymak için güvenlik görevlisini öldürürken hem suçun işlenmesinin kolaylaştırılması hem de bir tanığın öldürülmesiyle suçun gizlenmesi amacı gerçekleşmiş olur. Bu amaçsal bağlantı, diğer suçun başlamasından önce fakat sonrasında da sona erene kadar kurulabilir³⁵⁵.

İnfialle öldürme ve gizlemek için öldürme de aynı olayda birlikte gerçekleşebilir³⁵⁶. Failin cinsel saldırıda bulunmasına rağmen bunu

³⁵² OTACI, Kan Gütme Saiki, s. 120.

³⁵³ Bkz. BeckOKStGB/ESCHELBACH StGB § 211 Rn. 83; SATZGER/SCHLUCKE-BIER/WIDMAIER/MOMSEN § 211 Rn. 70; LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9, 17. Doktrinde gizleme amacıyla diğer amaçların bir arada bulunabileceği şeklinde de ifade edilmektedir. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 2 III, Rn. 36.

³⁵⁴ “Sanığın olay gecesi hırsızlık amacıyla başka bir evin penceresinden içeri girip yatak odasındaki iki adet tabancayı alarak dışarı çıktığı tabancaları kontrol edip beline tatarak bu sefer başka bir sokaktaki maktülün evine aynı şekilde pencereden girdiği bu esnada evde uyanık bulunan maktülün salonun ışığını yakıp sanığa hitaben sen kimsin deyip müdahale etmesi üzerine sanığın tabancayı çekip hem gasp suçunu hazırlayıp, kolaylaştırmak hem de bu suçunu gizleyip cezadan kurtulmak maksadıyla maktule ateş edip öldürdüğü, silah sesini duyan maktülün eşinin hole gelmesi üzerine sanığın çekil seni öldürürüm deyip pencereden atlayarak olay yerinden uzaklaştığı anlaşılmalı sanık hakkında TCK'nun 450/7-9, 497/1 ve 61. (YTCK. 82-h ve 148, 35) maddeleri gereğince hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi”, Y1CD, 8.6.2004, 908/2251, MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178) C. 1, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 692.

³⁵⁵ LK-JÄHNKE § 211 Rn. 9.

³⁵⁶ Nitekim Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında bunu ifade etmektedir. “Sanık hakkında ırza geçme eylemini gerçekleştirilememekten duyduğu infial ile ve o eylemin ortaya çıkmasını önlemek için maktuleyi öldürmekten TCK. nun 450/8-9 ve zorla ırza geçmeye eksik kalkışmayla 414/2, 61, 418. maddelerle ayrı ayrı ceza uygulanması ve her iki suçtan gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir”. Y1CD, 7.2.1984, 109/439, EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. 3, Ankara 1993, s. 2010.

gerçekleştirememesi nedeniyle mağduru öldürmesi ve bunu gören mağdurun çocuğunu da tanık bırakmamak için öldürmesi örnek olarak verilebilir³⁵⁷. Keza infialle öldürme, canavarca hisle öldürme olarak değerlendirilebileceği gibi eziyet çektirerek infialle öldürme şeklinde de işlenebilir. Ancak doktrinde, infialle öldürme ile TCK m. 82'nin diğer bentlerindeki tasarlama, kan gütme ve töre saikiyle kasten öldürme suçlarıyla birlikte uygulanamayacağı belirtilmektedir³⁵⁸. Bize göre infialle öldürme tasarlamaı dışlamaz³⁵⁹, çünkü suçun işlenmesine engel olan kişinin öldürülmesini garanti altına almak için mağdurun tasarlanarak öldürülmesi söz konusu olabilir.

İnfialle öldürme, kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürmesi nitelikli hali ile de aynı olayda birlikte gerçekleşebilir³⁶⁰. Örneğin, failin, hırsızlık suçunu işlerken polis tarafından görülüp engellendiğinde, polisin engellemesi nedeniyle hırsızlık suçunu işleyemekten doğan kızgınlıkla, infialle polisi öldürdüğünde kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle infialle öldürme gerçekleşecektir.

TCK m. 82/1-h'deki nitelikli öldürme suçu ile haksız tahrik hükmünün birlikte uygulanması mümkün gözükmemektedir³⁶¹. Çünkü bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak amacıyla işlenen öldürme suçunda bir başkasından kaynaklanan haksız bir fiil söz konusu değildir³⁶². Failin kendisinin gerçekleştirdiği bir suç dolayısıyla öldürme suçu işlenmektedir. Yine başkasının suçunu gizlemek için öldürmede de aynı durum geçerlidir.

³⁵⁷ <https://www.yuksekovagundem.org/tecavuz-edemedigi-icin-yengesini-ve-cocugunu-oldurdu-18215h.htm>

³⁵⁸ **TURAN/OTACI**, s. 876.

³⁵⁹ Nitekim Yargıtay "Sınavı başaramayan her iki sanık, maktül lise müdürü sınavda kendilerini kayırmamasından ötürü sürekli olarak izleyip birlikte ateş ederek öldürmüşlerdir. Sanıkların bu eylemleri TCK. nun 450/4. maddesine göre tasarlayarak 450/8. maddesine göre izledikleri amaca ulaşamamaktan doğan kızgınlıkla adam öldürme niteliğindedir" diyerek infialle öldürme ile tasarlamanın birlikte gerçekleştiği kabul etmiştir, Y1CD, 26.3.1974, 3081/1196, **EREM**, Adam, s. 82.

³⁶⁰ Bkz. **MALKOÇ**, C. 1, s. 692.

³⁶¹ **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 1340.

³⁶² **BAKICI**, s. 666.

TCK m. 82/1-i'deki infialle öldürmenin haksız tahrik altında işlenmesi mümkün değildir. Zira öldürülenden kaynaklanan haksız bir fiil bulunmamaktadır.

SONUÇ

Çalışmanın kapsamını genişletmemek için kasten öldürmenin bir başka suç dolayısıyla işlenen bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya suçun işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme ile infialle öldürme nitelikli hallerine ilişkin varılan kanaatlerden bazıları burada belirtilmekle yetinilecektir.

1. Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak amacıyla öldürme ile başka bir suç arasında amaç-araç suç ilişkisi vardır; öldürme suçu, gizleme amacı, delilleri ortadan kaldırma amacı ve yakalanmama amacını gerçekleştirmede araçtır. Ancak işlenmiş, sona ermiş suçların gerçekleşmesinde kullanılma durumu sözkonusu olmadığı için bu suçlar açısından araç suç olma özelliğinden bahsedilemez. Öldürme suçu sadece bir başka suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlendiğinde bu suçta araç suç olmaktadır. İnfialle öldürme nitelikli halinde de öldürmenin araç olmasından bahsedilemez.

2. Gizleme amacı, failin kendisinin ya da başkasının işlediği suçun ve/veya faillerinin açığa çıkmasının önlenmesi, saklanmasıdır.

3. Gizlenmek, delilleri ortadan kaldırılmak veya işlenmesi kolaylaştırılmak istenen suçun faili ile öldürme suçun faili farklı kişiler olabilir. Fakat yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun faili yalnızca önsuç faili ya da şerik olarak katılan kişi olabilir, önsuç katılmayan üçüncü kişiler yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun faili olamaz. İnfialle öldürme nitelikli halin faili de sadece işlenemeyen suçun faili olabilir, şerikler ve üçüncü kişiler fail olamaz.

4. Gizlenmek veya kolaylaştırılmak istenen fiil kabahat, disiplin suçu, haksız fiil ya da ahlaka aykırı, günah veya toplum tarafından uygun görülmeyen bir fiil olmamalıdır. Mutlaka bir suç olmalıdır, bu suç, herhangi bir kanunda düzenlenen herhangi bir suç olabilir. Fakat bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürmede kolaylaştırılmak istenen amaç suç, kasıtlı bir suç olmalıdır. İnfialle öldürme nitelikli halinde de işlenemeyen suç kasıtlı bir suç olmak zorundadır.

5. Bir suçü gizleme veya kolaylaştırma amacı açısından öldürme suçü, bir suçü gizlemek veya kolaylaştırmak için işlenilen bir başka suçun yan sonucu olarak değil, doğrudan araç suç olarak kullanılmış olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, *Adalet Dergisi*, Sy. 65, 2020/2, s. 99-165.
- AKBULUT**, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2022.
- AKSAN**, Murat: “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi HFD*, C. 5, Sy. 1, 2022, s. 236-301.
- ARSLAN**, Çetin: “Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İhtimai Sorunu”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 51, Sy. 2, Haziran 2002, s. 35-78.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Ü. Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara 2022.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. 2, (Madde 51-87), 2. Baskı, Ankara 2014.
- ARTZ**, Gunther/**WEBER**, Ulrich/**HEINRICH**, Bernd/**HILGENDORF**, Eric: *Strafrecht Besonderer Teil, 3., neu bearbeitete Auflage*, Bielefeld 2015.
- Bakıcı**, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 3, Ankara 2010.
- Bayraktar**, Köksal: “Kasten Öldürme”, *Marmara Üniversitesi HFD*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayı, C. 19, Sy. 2, 2013, s. 57-77.
- Bayraktar**, Köksal: *Kasten Öldürme, Özel Ceza Hukuku*, C. II, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul, 2017.
- Beck’sche** Online-Kommentare BeckOKStGB/Eschelbach, 55. Ed. 1.11.2022.
- BOCK**, Dennis: *Strafrecht Besonderer Teil 1, Nichtvermögensdelikte*, Springer-Verlag 2018.
- CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, 4. Bası, İstanbul 2017.

- Eisele, Jörg: Strafrecht- Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 3., überarbeitete Auflage, Stuttgart 2014.
- EKER, Hüseyin: Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014.
- EKER, Hüseyin: Açıklamalı-İçtihatlı Yağma Suçları, Ankara 2014.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: "Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel Sayı, 2019, s. 43-68.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2003.
- EREM, Faruk: Adam Öldürmek Cürümleri, Ankara 1982. (Adam)
- EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. 3, Ankara 1993.
- ERMAN, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- ERYILDIZ, Hüsnü Sefa: "Kasten Öldürme Suçunun Bir Suçu Gizlemek, Delillerini Ortadan Kaldırmak Veya İşlenmesini Kolaylaştırmak Ya Da Yakalanmamak Amacıyla İşlenmesi (TCK M. 82/1-h)", Adalet Dergisi, Sy. 68, 2022/1, s. 167-203.
- EVİK, Vesile Sonay: "Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu", Bahçeşehir Üniversitesi HFD, C. 11, Sy. 137-138, Ocak-Şubat 2016, s. 7-29.
- EXNER, Thomas, "Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre", ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium) 2009 (https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_5_227.pdf), s. 516-527.
- FİSCHER, Thomas: "Die "Begleiterscheinung" beim Ermöglichungs- und Verdeckungsmord - - Zugleich Besprechung von BGH, Beschluß vom 13. 9. 1995 - 3 StR 360/95 (NStZ 1996, 81) - und Urt. v. 23. 11. 1995 - 1 StR 475/95 (NStZ 1996, 189)", 9/1996. (Begleiterscheinung).

- FİSCHER**, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016.
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, M. 45-85, Ankara 2021.
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 6, M. 255-345, Ankara 2021.
- GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat: "Kasten Öldürme Suçu (TCK M. 81)", MÜHF – HAD, C. 17, Sy. 1-2, 2011, s. 95-218.
- GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat: Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 81-83; 86-88, 91-93), 2. Baskı, Ankara 2015. (Kasten Öldürme, 2. Baskı).
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 4, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 448-592), 5. Bası, (Baskı Tarihi Yok), İstanbul.
- GÜLTEKİN**, Enes: Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m. 265), Ankara 2021.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 7. Baskı, Ankara 2021.
- HAFT**, Fritjof: Strafrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, München 2005.
- HAKERİ**, Hakan: "İhmali Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, Sy. 4, Ağustos 2007, s. 137-169.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- HAKERİ**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007.
- İLHAN**, Abdulkadir vd.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015.
- JÄHNKE**, Burkhard, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11., neu bearbeitete Aufl., Berlin-New York 2000. (LK-Jähnke)
- JOECKS**, Wolfgang: Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Auflage, München 2014.

- KANGAL**, Zeynel T.: “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. 1, İstanbul 2014, s. 491-542.
- KANGAL**, Zeynel T.: Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu, Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, İstanbul 2021. (Özel Ceza Hukuku).
- KILIÇ**, Burak: Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.
- KINDHÄUSER**, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte Staat und Gesellschaft, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.
- KLESCZEWSKI**, Diethelm: Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen 2016.
- KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022.
- KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022.
- KÜLÇÜR**, Erdem İzzet: Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, İstanbul 2017, s. 273-274.
- KÜPER**, Wilfried: “Zur Problematik der Verdeckungsabsicht bei „außerstrafrechtlichem“ Verdeckungs-zweck”, JZ, 23/1995, s. 1158-1164.
- KÜPPER**, Georg/BÖRNER, René: Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 4. Auflage, Berlin 2017.
- LACKNER**, Karl/KÜHL, Kristian/HEGER, Martin: Strafgesetzbuch, 30. neu bearbeitete Auflage, München 2023.
- MALKOÇ**, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178) C. 1, 3. Baskı, Ankara 2008.
- MAURACH**, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Cristian/MAIWALD, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte, 10., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München 2009.
- MİTSCH**, Wolfgang: “Verdeckungsmord mit Auslandsberührung”, (Herausgegeben von Knut Amelung/Hans-Ludwig Günther/Hans-

Heiner Kühne), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, s. 351-373.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, (§§ 185–262), MüKoStGB/Schneider, 4. Auflage, München 2021.

NEUMANN, Ulfrid/**SALİGER**, Frank: **KİNDHÄUSER/NEUMANN/Paeffgen** Strafgesetzbuch (NK-StGB), 5. Auflage 2017.

OTACI, Cengiz: “Kan Gütme Saiki İle İşlenen Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 3, Sy. 18, 2008, s. 115-139.

ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022.

ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 6. Baskı, Ankara 2021.

ÖZGENÇ, İzzet/**ŞAHİN**, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.

ÖZTÜRK, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021.

PALUT, Adem: Kasten Öldürme Suçu, Ankara 2019.

PARLAR, Ali/**HATİPOĞLU**, Muzaffer: Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, (76-150. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010.

RENGİER, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2016.

SALİGER, Frank: “Zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht”, ZStW 109, Heft 2, 1997, s. 302-334.

SATZGER, Helmut/**SCHLUCKEBIER**, Wilhelm/**WIDMAIER**, Gunter/**MOMSEN**, Carsten: StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage Köln, 2014.

SCHMİDT, Rolf/**PRİEBE**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 6. Auflage, Grasberg bei Bremen 2007.

- SCHÖNKE**, Adolf/**SCHRÖDER**, Horst/**ESER**, Albin/**STERNBERG-LIEBEN**, Detlev, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Auflage, München, 2019.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- TANER**, Tahir: “Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, İÜHFİM, C. 19, Sy. 3-4, 1954, s. 523-575.
- TEPECİK**, Filiz: “Uluslararası Adalet İstatistiklerinde Kasten Öldürme”, TAAD, Yıl: 9, Sy. 36, Ekim 2018, s. 107-142.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2022.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Baskı, Ankara 2021.
- TULAY**, M. Emre: Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Ankara 2022.
- TUNÇ**, Kübra: Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Doktora Tezi, İstanbul 2020.
- TURAN**, Ersin/**OTACI**, Cengiz: Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 3. Baskı, Ankara 2022.
- TURHAN**, Faruk: “Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md 13.”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy. 4, Nisan 2005, s. 197-211.
- WEIß**, Dietmar: Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand: Eine Untersuchung insbesondere aus historischer und rechtsvergleichender Sicht, Berlin: Duncker und Humblot, 1997.
- WELZEL**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, Elfte neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1969.
- WOLTER**, Jürgen/**SİNN**, Arndt: SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, C. 3, Carl Heymanns Verlag Köln 2015.
- YAVUZ**, Yağız: Suçun Nitelikli Unsurları, Doktora Tezi, İstanbul 2022.
- YENİSEY**, Feridun/**PLAGEMANN**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı,
Ankara 2022.



KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN VEKÂLETİ KÖTÜYE KULLANMASI

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN*

Ali KUMLU**

Öz

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mülkiyet hakkı sahibi arsa sahibi olduğundan kural arsa ile ilgili iş ve işlemlerin arsa sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak uygulamada bu işlerin yerine getirilmesi için yükleniciye geniş yetkiler içeren vekalet verilmektedir. Yüklenici kendisine verilen vekaletle üstlendiği iş ve hizmetleri, arsa sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sözleşmenin amacına uygun olarak, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Yüklenici kendisine verilen vekâleti, arsa sahibinin menfaat ve çıkarların aykırı olarak, zarar verme kastı ile kullanırsa ve bu sebeple arsa sahibinin maddi veya manevi zararları ortaya çıkarsa, vekâleti kötüye kullanmış olur. Vekaletin kötüye kullanılması halinde, yüklenici arsa sahibinin bu sebeple uğradığı zararlar tazmin etmelidir. Özellikle vekalet yetkisini kullanarak, arsa üzerinde yaptığı işlemlerin iptali söz konusu olur. Yüklenici vekaleti kötüye kullanarak üçüncü kişilere, devirler yapmışsa üçüncü kişilerin sorumluluğu da söz konusu olabilir. Üçüncü

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Erciyes University Faculty of Law, Department of Civil Law, Kayseri, Turkey.

✉ gokhansahan38@hotmail.com • ORCID 0000-0002-2605-5857.

** Avukat, Kayseri, Türkiye | Advocate, Kayseri, Turkey.

✉ alikumlu94@gmail.com • ORCID 0000-0001-9746-2612.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ŞAHAN, Gökhan / KUMLU, Ali: "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Vekâleti Kötüye Kullanması", SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 177-191.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



kişiler, kötü niyetli ise, vekaletin kötüye kullanıldığını biliyorsa, arsa sahibinin hakları çerçevesinde, üçüncü kişilere yapılan devirler iptal edilir.

Anahtar Kelimeler

İnşaat Sözleşmesi • Vekalet • Vekaletin Kötüye Kullanılması • İyiniyet Dürüstlük

FOR CONSTRUCTION CONTRACTS IN RETURN FOR FLAT ABUSE OF THE CONTRACTOR'S ATTORNEY

Abstract

In construction contracts in return for flat, as the owner of the property right is the owner of the land, it is a rule that the works and transactions related to the land must be fulfilled by the land owner. However, in practice, the contractor is given a power of attorney with broad powers to perform these works. The contractor is obliged to carry out the works and services undertaken by the power of attorney given to him, by considering the rightful benefits of the land owner, in accordance with the purpose of the contract, with loyalty and care. If the contractor uses the power of attorney given to him with the intention of causing harm contrary to the interests and interests of the land owner, and if material or moral damages occur to the land owner due to this reason, he/she will have abused the power of attorney. In case of abuse of power of attorney, the contractor must compensate the land owner for the damages incurred due to this. In particular, by using the power of attorney, the transactions made on the land are canceled. If the contractor has made transfers to third parties by abusing the power of attorney, third parties may also be liable. If the third parties are in bad faith and know that the power of attorney has been abused, the transfers made to third parties are canceled within the framework of the rights of the land owner.

Keywords

Construction Contracts • Attorney • Abuse of the Contractor's Attorney • Goodwill • Honesty

GİRİŞ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin söz konusu arsa üzerinde inşaatı tamamlayıp, bağımsız bölümleri teslimini ve bu bağımsız bölümlere karşılık arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devrini üstlendiği sözleşmedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmazın mülkiyeti, arsa sahibine ait olduğu için, bu taşınmaz üzerinde yapılacak resmi ve idari işlemlerin arsa sahibi tarafından yapılması

gerekir. Özellikle taşınmazın imar durumunun belirlenmesi, plan ve proje işlemlerinin gerçekleştirilmesi, inşaat ruhsatı alınması ve yapı kullanım izin belgesi alınması vb. birçok işlemin ilgilisi, mülkiyet hakkı sahibi olan arsa sahibidir. Ancak uygulamada bu tür işlemler, arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekâlet ile yüklenici tarafından gerçekleştirilmektedir. Yükleniciye inşaatı tamamlayıp teslim etmesi ve resmi işlemleri yapması için çok geniş ve özel yetkiler içeren bir vekâlet verilmektedir. Bazı durumlarda yüklenici kendisine verilen bu vekâleti özen ve sadakat yükümlülüğünü ihlal ederek ve arsa sahibinin talimatlarına aykırı olarak kullanabilmektedir. Bunun sonucunda da arsa sahibi birtakım zararlarla veya hak kayıpları ile karşılaşmaktadır.

Çalışmamızda, yüklenicinin vekâleti kötüye kullanılmasının nasıl gerçekleştiği ve bunun sonuçlarının neler olacağı, uygulama ve doktrin-deki görüşler çerçevesinde incelenmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme olduğu için, kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin uygulama ve ilkeler daha çok Yargıtay kararları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple çalışmamızda da daha çok Yargıtay kararları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır.

Çalışmamızda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi hakkında sadece genel bilgiler verilmiş, ayrıntılı açıklamalar yapılmamıştır. Zira bu hususlarda doktrinde yeterince kaynak ve açıklama bulunmamaktadır.

I. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin söz konusu arsa üzerinde inşaatı tamamlayıp, bağımsız bölümleri teslimini ve bu bağımsız bölümlere karşılık arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetini, yükleniciye devrini üstlendiği sözleşmedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki taraflı borç yükleyen, çifte tipli karma isimsiz sözleşmedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi için bu şekil şartı geçerlilik şeklidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde vekâlet sözleşmesi şöyle tanımlamıştır: "*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*" Kanun'un bu hükmüne göre vekâlet sözleşmesi, vekilin başkasına yararına ve iradesine uygun

olarak, bir iş görmeyi veya bir işlem yapmayı borçlandırdığı sözleşmedir. Vekil, bir edim sonucunu değil, edim fiilinde bulunmayı üstlenmektedir. Vekil, kendisine verilen işi veya hizmeti sözleşmeye uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Vekil, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir.

Vekalet sözleşmesinde vekilin, sadakat ve özen, şahsen ifa, vekalet verenin talimatların uygun hareket etme, hesap verme ve vekalet veren adına aldıklarını iade etme borçları bulunmaktadır.

B. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciye Vekâlet Verilmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, taşınmazın mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmesi yanında, yükleniciye karşı başka yükümlülükleri de vardır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirebilmesi için, arsa sahibinin iş birliğine ihtiyacı vardır¹.

İşbirliğine yönelik faaliyetler fiziki veya fikri olabilir. Malzemelerin seçilmesi fiziki işbirliğine, planlamaya ve koordinasyona ilişkin faaliyetler ise fikri işbirliğine yönelik örneklerdir. Arsa sahibinin işbirliği yapma borcu, teknik anlamda bir yükümlülük olmayıp külfettir². Fakat taraflarca, işbirliği yapılmasına ilişkin davranışların, bir yükümlülük biçiminde kararlaştırılması da mümkündür. Ancak arsa sahibinin, yükleniciye vekâlet vermesi, bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir³. Zira, arsa sahibi kendisinin yapması gereken işlemleri yapmazsa ve yükleniciye de vekalet vermezse, arsa sahibi sözleşme gereği, yükleniciye inşaat yapılmasına uygun bir arsa verme borcunu yerine getirmemiş olur. Zaten uygulamada genelde sözleşmede açıkça yükleniciye vekâlet verileceği hükmü yer almaktadır.

Arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli hale getirilmesi, inşaat yapılacak arsanın imar durumunun alınması, plan ve projelerin yetkili merci olan belediyede onaylatılması ve ardından inşaat ruhsatının alınması gibi iş ve işlemler, arsa sahibinin işbirliği yapma külfeti kapsamındadır.

¹ KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 272.

² ÜNAL, Akın: "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi", ERÜHFD, C. XIV, S.2, 2019, s. 448 vd.

³ DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 357;

Mülkiyet hakkı sahibi arsa sahibi olduğundan kural olarak bu iş ve işlemlerin arsa sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekir.

Arsa sahibi işbirliği yapması kapsamında yapması gerekenleri, kendisi yapabileceği gibi uygulamada olduğu gibi çoğu kez, yükleniciye vekâlet vererek yüklenicinin yapmasını sağlamaktadır⁴. Özellikle, inşaat işlerinin yapılması, imar durumunun belirlenmesi, plan ve proje işlemlerinin gerçekleştirilmesi, inşaat ruhsatı alınması ve yapı kullanım izin belgesi alınması vb. gibi resmi ve özel dairelerdeki işlemlerin yapılması için, arsa sahibi tarafından yükleniciye vekâlet verilmektedir⁵. Arsa sahibi tarafından verilecek vekâlet, inşaatın sözleşmeye uygun olarak ifa edilebilmesi için gerekli olan iş ve işlemleri kapsamı gerekmektedir⁶. Söz konusu vekâletin verilmemesi sebebiyle yüklenici, inşaata başlayamamışsa veya sözleşmeye göre inşaatı zamanında bitiremezse, arsa sahibi yükleniciyi temerrüde düşürüp seçimlik hakları kullanamaz⁷.

Arsa sahibinin yükleniciye vekâlet vermesi, işin aksamadan yürütülmesinde önem arz etmektedir. Bu bakımdan, yüklenici tarafından istenmesine rağmen, arsa sahibi tarafından yükleniciye vekalet verilmesi veya verilen vekaletten haksız olarak yüklenicinin azledilmesi durumlarında arsa sahibi temerrüde düşer⁸. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında⁹; “*Bilirkişi raporlarında belirtilen eksiklikler, eserin teslimine ve iskân ruhsatı alınmasına engel değildir. Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashihinin yapılabilmesi ve iskânın alınabilmesi için vekâletname talep ettiği halde; davacılar, BK. nun 81. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde düşmüş sayılırlar.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Yargıtay bir başka kararında, kat mülkiyetinin kurulması ve iskân ruhsatı alınması için arsa sahibi tarafından yükleniciye vekâlet verilmesinin

⁴ **ERMAN**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 56-57.

⁵ **KOSTAKOĞLU**, Cengiz: İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 9. Baskı, İstanbul 2015, s. 263; **SÜTÇÜ**, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, C. I, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 292; **KARADAŞ**, İzzet: Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 344; **DUMAN**, s. 357.

⁶ **SÜTÇÜ**, s. 292; **KOSTAKOĞLU**, s. 264; **DUMAN**, s. 358.

⁷ **DUMAN**, s. 358; **SÜTÇÜ**, s. 292; **KARADAŞ**, s. 344.

⁸ **SÜTÇÜ**, s. 292; **KARADAŞ**, s. 344.

⁹ Y. 15.HD. 28.01.2002 T. 4506/384, **KARADAŞ**, s. 345.

zorunlu olduğunu, bu vekâletnamenin verilmemesi halinde arsa sahibinin temerrüde düşeceğini belirtmiştir¹⁰.

Arsa sahibi, inşaatın başlayabilmesi ve devam edebilmesi için gerekli yetkileri içeren vekâlet vermediği gibi, bu işlemleri yapmaktan da kaçınmışsa, inşaatın bu yüzden gecikmesi durumunda gecikme tazminatı da isteyemez¹¹. Yüksek Mahkeme bir kararında, arsa sahibinin gecikme tazminatı isteyip istememesi konusunda değerlendirme yaparken, vekâlet gerekli yetkilerin yer alıp almadığının araştırılması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir¹²; *“Mahkemece yapılması gereken iş: davacı yanın davalı tarafa verdiği ileri sürdüğü vekâletnamenin istenerek, ibrazı halinde davalının savunmasında ileri sürdüğü hususlara dair yetkili olup olmadığının belirlenmesi, keza aynı savunmada ifade edilen hususların gecikmeye neden olup olmayacağıının, inşaat konularında uzman bir bilirkişiden görüş alınarak tespit edilmesi, vekaletnamede gerekli yetkilerin bulunduğu anlaşıldığında arsa sahibinin gecikmede herhangi bir kusurunun bulunmadığının kabulü, vekaletnamede gerekli yetkilerin bulunmaması ve aynı zamanda yapılacak işlerin de iskan izni alınmasını geciktirebileceği saptandığı takdirde ise bunun ne kadarlık bir süre gecikmeye neden olacağı hususunun saptanarak, sonucuna göre gecikme tazminatı istemi hakkında bir sonuca ulaşılmamasından ibarettir.”* Ancak yüklenici, arsa sahibinin vekâlet vermemesi halinde, arsa sahibini temerrüde düşürmemişse, sorumlu olmaya devam eder. Yargıtay bu konuya ilişkin olarak şu şekilde karar vermiştir¹³: *“Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen kat karşılığı İnşaat sözleşmesi hükümlerine göre yapı kullanım izin belgesi alınması yüklenicinin sorumluluğunda ise arsa sahibi tarafından bu izin belgesinin alınması için yükleniciye verilmiş bir vekalet bulunmasa dahi yüklenici arsa sahibinden bu konuda vekalet verilmesini talep etmek ya da yapı kullanma izin belgesi alınması için yapması gereken işlemleri yapması için arsa sahibini temerrüde düşürmemiş ise yüklenici sorumlu olmaya devam edecektir.”*

Yüklenici, arsa sahibinden kendisine vekâlet vermesini istemiş, fakat arsa sahibi de vekâletname vermeyerek temerrüde düşmüşse,

¹⁰ Y. 15.HD. 20.02.2002 T. 4915/830, **KARADAŞ**, s. 345.

¹¹ **ERMAN**, s. 58; **SÜTÇÜ**, s. 293; **KARADAŞ**, s. 345.

¹² Y. 23. HD., T. 13.7.2012, E. 2012/2382, K. 2012/4936, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³ Y. 15. HD., T. 08.03.2019, E. 2018/5290, K. 2019/1015, **KOVAN**, Hüseyin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 2021, s. 411, aynı yönde, YHGK., T. 14.02.1986, 1984/15-630, 143, **SÜTÇÜ**, s. 295-296.

yüklenici bu konuda TBK'nun 113. maddesi gereği mahkemeden kendisine yetki ve işin niteliğine uygun düşecek makul bir süre verilmesi yönünde hüküm isteyebilir¹⁴. Yargıtay şu kararında bu hususu açıkça ifade ederek; "...ve esasen iş sahibine ait olan inşaatla ilgili proje ve ruhsat alma yükümlülüklerinin müteahhit tarafından yerine getirilmesi sözleşme ile kararlaştırılmış olup, iş sahiplerinin yeterli yetkiyi içeren vekaletnameyi müteahhide vermemek suretiyle temerrüde düşmüş oldukları gözetilerek davalı arsa sahipleri adına inşaatla ilgili her türlü işlemlerin yürütülmesi için davacı yüklenicinin yetkili kılınmasına karar vermek gerekirken..." şeklinde hüküm tesis etmiştir¹⁵.

II. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE VEKÂLETİN KÖTÜYE KULLANILMASI

A. Genel Olarak Vekâletin Kötüye Kullanılması

Vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet veren adına hareket ederken, dürüstlük kurallarına uygun, vekâlet verenin iradesine ve amacına uygun davranmalı, işini sadakatle ve özenle yerine getirmelidir¹⁶. Vekil, her zaman vekâlet verenin yararına ve menfaatlerine uygun hareket etmeli, vekâlet verene zarar verecek, onun iradesine aykırı eylem işlemlersen kaçınmalıdır. Sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa dahi, vekil, vekâlet verenin yararlarını ve menfaatlerini korumak zorundadır¹⁷. Vekil, vekâlet verenin çıkarlarını, kendisinin veya üçüncü kişinin çıkarlarından üstün tutmalıdır. Vekâlet sözleşmesinde vekile çok geniş yetkiler verilmiş olsa dahi, vekâlet verenin aleyhine ve ona zarar verecek nitelikte hareketlerden kaçınma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu kural vekilin sadakat yükümlülüğünün ve dürüstlük kuralının bir gereğidir¹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında belirtildiği üzere, vekile bir taşınmazı dilediği bedelle dilediği kişiye satma yetkisi verse, hatta satış yapacağı kişiyi dahi belirlemiş olsa dahi, vekil özen ve sadakat borcuna uygun olarak, vekâlet verenin zararına işlem yapamaz. Kararın ilgili kısmı

¹⁴ SÜTÇÜ, s. 297; DUMAN, s. 358; KARADAŞ, s. 345.

¹⁵ Y. 15. HD., T. 28.01.1999, 4977/166, KARADAŞ, s. 346.

¹⁶ ÖZKAYA, Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 1229; BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 203.

¹⁷ ÖZKAYA, s. 1229; BAŞPINAR, s. 203.

¹⁸ BAŞPINAR, s. 203; ÖZKAYA, s. 1229.

şöyledir¹⁹: “Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 390/2. maddesinde “vekil, müvekkiline karşı vekaleti hüsnüniyetle ifa ile mükelleftir...” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dışı temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu gözardı etmek suretiyle makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen madenin birinci fıkrası uyarınca sorumlu olur.”

Vekilin, vekâlet sözleşmesinde verilen yetkinin sınırlarını aşması, vekâlet verenin talimatlarına aykırı davranması, görevini iyi bir şekilde yerine getirmemesi, vekilin sorumluluğuna sebep olur. Ancak vekilin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi her zaman, vekâletin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez²⁰. Vekil, özen ve sadakat borcuna aykırı davranması sebebiyle, vekâlet veren zarar görse dahi, bu durum vekâletin kötüye kullanılması anlamına gelmez²¹.

Vekâletin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, vekilin, vekalet verene zarar verme kastı ile hareket etmesi ve vekalet verenin zarar görmesi gerekir²². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu unsurları şu şekilde ifade etmiştir²³: “Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için birinci koşul, temsilcinin temsil yetkisinin bulunmasına ilişkindir. İkinci koşul ise, dış temsil yetkisinin temsilci tarafından temsil olunanın irade beyanına ve çıkarına (menfaatına) aykırı biçimde kullanılmasıdır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasınının 3. koşulu da, temsilin yapıldığı 3. kişinin Medeni Yasanın 3. maddesi anlamında iyi inançlı olmamasıdır.”

Vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmış olması daha önce de belirttiğimiz üzere her zaman vekâletin

¹⁹ YHGK., T. 25.4.2001, E. 2001/1-306, K. 2001/404, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰ ÖZKAYA, s. 1229-1230; BAŞPINAR, s. 203.

²¹ BAŞPINAR, s. 203; ÖZKAYA, s. 1230.

²² BAŞPINAR, s. 203; ÖZKAYA, s. 1230.

²³ YHGK., T. 18.09.1991, E. 1991/2-300, K. 1991/418, ÖZKAYA, s. 1246-1247.

kötüye kullanılması olarak kabul edilmez. Vekâletin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, vekilin kasıtlı olarak, vekâlet verenin menfaatlerine aykırı, ona zarar verme kastı ile hareket etmesi gerekir. Vekil, kasıtlı olmaksızın vekâlet verenin zarar görmesine sebep olursa, vekâletin kötüye kullanılması değil, vekâlet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusu olur²⁴. Vekil vekâlet verene zarar verme kastı ile hareket ederken, çoğunlukla kendisine veya üçüncü bir kişiye çıkar sağlamak amacıyla iş veya işlem yapar. Ancak burada önemli olan vekilin zarar verme kastıyla hareket etmesidir. Vekil mutlaka kendisine veya üçüncü kişiye çıkar sağlama amacı taşımak zorunda değil. Vekil kendisine veya üçüncü kişiye herhangi bir menfaat sağlamayı düşünmeyerek, kasıtlı olarak sadece vekâlet verene zarar vermek amacıyla iş veya işlem yapabilir²⁵. Mesela bir hekim veya avukat, aralarında daha sonra ortaya çıkan husumet dolayısıyla hastasına veya müvekkiline zarar vermek kastıyla, onun sırlarını ifşa edebilir. Burada hekim veya avukat, bir yararı olmasa dahi, vekâleti kötüye kullanmış olur²⁶.

Vekâleti kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için bir diğer unsur, vekâlet verenin zarar görmesidir. Vekil, vekâlet verene zarar verme kastıyla hareket etmiş olsa dahi, vekâlet verenin bir zararı olmazsa, vekâletin kötüye kullanılmasından bahsedilmez. Vekâlet verenin zararı, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir²⁷.

Vekâletin kötüye kullanılması halinde, kural olarak vekâlet veren, vekilin yaptığı sözleşme ile bağlı olmaz. Ancak uygulamada, vekâletin kötüye kullanılması hallerinde, genelde vekil üçüncü kişi ile vekâlet veren adına sözleşme yapmaktadır. Bu durumda vekil ile sözleşme yapan üçüncü kişi, vekil ile el ve işbirliği içinde veya vekâlet görevinin kötüye kullanıldığını biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, vekâlet veren sözleşme ile bağlı olmaz. Üçüncü kişiye bir tapu devri yapılmışsa, vekâlet veren tapu iptal ve tescilini isteyebilir. Vekâlet veren, tapu iptal ve tescilini bir süreye tabi olmaksızın her zaman talep edebilir²⁸. Vekâlet veren, sözleşmenin iptali yerine, vekilden uğradığı zararların tazminini de talep

²⁴ ÖZKAYA, s. 1230.

²⁵ ÖZKAYA, s. 1230.

²⁶ ÖZKAYA, s. 1230.

²⁷ BAŞPINAR, s. 204; ÖZKAYA, s. 1230.

²⁸ BAŞPINAR, s. 204; ÖZKAYA, s. 1234.

edebilir²⁹. Bununla birlikte vekâlet veren, vekâletin kötüye kullanıldığını bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiden de zararının tazminini isteyebilir³⁰. Vekil ile sözleşme yapan üçüncü kişi iyiniyetli ise, vekâlet veren üçüncü kişiye karşı talepte bulunamaz. Üçüncü kişinin kazandığı haklar, vekâletin kötüye kullanılmasından etkilenmez. Burada söz konusu olan, TMK'nın 3. maddesindeki iyiniyettir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında bu hususlar açıkça ifade edilmektedir. Misal olması açısından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı şöyledir³¹: *“Öte yandan vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanununun 3. maddesi anlamında iyiniyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz. Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötüniyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) gözönünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötüniyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.”*. Yargıtay'ın sonraki tarihli kararları da aynı yöndedir.

Vekaletin kötüye kullanılması halinde üçüncü kişi ile işlem yapıldığında, üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde yukarıda da belirtildiği üzere vekalet veren üçüncü kişiye karşı talep bulunamaz. Bu durumda vekalet veren, uğradığı zararlar için vekile başvurabilir.

B. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Vekâletin Kötüye Kullanılması

1. Genel Olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, kendisine vekâlet verilen yüklenici, üstlendiği iş ve hizmetleri, arsa sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sözleşmenin amacına uygun olarak, sadakat ve özenle yürütmekle

²⁹ BAŞPINAR, s. 204; ÖZKAYA, s. 1234.

³⁰ BAŞPINAR, s. 204.

³¹ YHGK., T. 25.4.2001, E. 2001/1-306, K. 2001/404, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

yükümlüdür. TBK'nın 506. maddesinin III. fıkrasında vekilin göstermesi gereken özen borcunun kapsamının belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı belirtilmiştir. Yüklenicinin özen borcuna ilişkin TBK'nın 471. maddesinin II. fıkrasında ise, yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, kendisine vekâlet verilen yüklenici hem vekil olarak hem de yüklenici olarak üst düzey bir özen borcu vardır. Yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenici olarak, verilen vekalet dolayısıyla da vekil olarak işini yaparken, sözleşmeye, arsa sahibinin menfaatlerine ve çıkarlarına uygun olarak hareket etmek zorundadır.

Yüklenici kendisine verilen vekâleti, arsa sahibinin menfaat ve çıkarların aykırı olarak, zarar verme kastı ile kullanırsa ve bu sebeple arsa sahibinin maddi veya manevi zararları ortaya çıkarsa, vekâleti kötüye kullanmış olur.

Yüklenicinin kendisine verilen vekâlet ile kat irtifakını sözleşmede belirtilen farklı olarak veya arsa sahibinin talimatına aykırı olarak kurması, sözleşme gereği arsa sahibine düşmesi gereken bağımsız bölümlerden farklı bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına tescil ettirmesi, arsa sahibinin hakkı olan bağımsız bölümleri üçüncü kişiye devretmesi³², yüklenici tarafından vekâletin kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir. Yüklenici, verilen vekâletle daha inşaaata başlamadan, taşınmaz üzerinde başkalarını paydaş hale getirerek arsa sahibine malvarlığının eksilmesine sebep olursa vekâleti kötüye kullanmış olur. Yüklenici, arsa sahibinin aleyhine projede değişiklikler yapması, özellikle arsa sahibine düşecek daireleri daha küçük yapması, arsa sahibine düşecek daire sayısının azaltılması veya vekâleti kullanarak taşınmazı devretmesi vekâletin kötüye kullanılmasına verilebilecek diğer örneklerdir.

2. Yüklenicinin Vekâleti Kötüye Kullanmasının Sonuçları

Kat karşılığı İnşaat sözleşmesinde yüklenici vekâleti kötüye kullanarak, arsanın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmişse veya arsada bir başka kişiyi paydaş haline getirmiş ise üçüncü kişi iyiniyetli ise, arsa sahibi kural olarak üçüncü kişiye karşı talepte bulunamaz. Ancak yukarıda

³² Y. 1. HD., T. 4.11.2019, E. 2016/13599, K. 2019/5627, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

da açıkladığımız üzere, üçüncü kişi, vekâletin kötüye kullanıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ya da yüklenici ile işbirliği içerisinde hareket etmişse, arsa sahibi herhangi bir süreye tabi olmaksızın üçüncü kişiye karşı tapu iptal ve tescil davası açabilir. Özellikle TMK'nın 1009. maddesi gereği, kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu siciline şerh edilmişse, üçüncü kişi taşınmazı devralırken, söz konusu arsanın, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu bileceğinden, yüklenici tarafından yapılan devrin, normal arsa devri olmadığını bildiği kabul edilmelidir. Bu durumda da üçüncü kişinin iyiniyetli olmayacağı kabul edilmelidir³³.

Yüklenici vekâleti kötüye kullanarak devretmemesi gereken, kat irtifaklarını üçüncü kişilere devretmiş ise, üçüncü kişilerin iyiniyetli olması halinde hak kazanıp kazanmadığı meselesi üzerinde durmak gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici sözleşme gereği kendisine düşecek olan bağımsız bölümleri, üçüncü kişilere devredebilir. Bu şekilde üçüncü kişilere devir yapıldıktan sonra, sözleşme geriye etkili olarak feshedilirse, üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesinden yararlanarak iyiniyet iddiasında bulunamayacağı Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile kabul edilmiştir. İlgili kararlarda genel olarak, üçüncü kişinin yükleniciden bağımsız bölüm devraldığına, henüz bitmemiş, ileride tamamlanacak bir yapıdan bağımsız bölüm alacağını farkında olduğu, yüklenicinin halefi olduğu, bu sebeplerle yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmeden, aynı hak sahibi olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2017 tarihli, 30193 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 20.07.2017 tarihli kararında da açıkça ifa edilmiştir. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şöyledir³⁴: *"Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir. Bu nedenle arsa sahibi avans niteliğinde devrettiği arsa paylarının iadesini isteyebilir. Eğer yüklenici üçüncü kişiye temlik etmiş veya satış vaadinde bulunmuş ise, burada üçüncü kişinin*

³³ ŞAHAN, Gökhan: Kişisel Hakların Şerhi, Ankara 2020, s. 63-64.

³⁴ Y. 15. HD., T. 7.1.2019, E. 2018/1645, K. 2019/43, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

iyiniyet iddiası dinlenilmeden tapu arsa sahibine iade edilir. Zira ancak gerçek alacak (hak kazanılan) temlik edilebileceğinden yüklenicinin kazanmadığı hakkın temlikinden söz edilemez. Bu temlik işlemine dayanılarak hak talebinde bulunulamaz. Bu genel ilke ve kurallar Dairemiz ve HGK'nın birçok içtihadında kabul edildiği gibi (Emsal Yarg. HGK 2014/15-605 Esas 2016/293 Karar 09.03.2016 tarih) Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2017 tarihli 30193 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan başvuru numarası: 2014/12321 olan 20.07.2017 tarihli kararında "...Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye düşen arsa payını satın alan kişinin sonradan arsa malikinin menfaatlerini koruma amacıyla tapusunun iptâlinin bu kişiye bir külfet yükleyeceği açıktır. Böyle bir durumda her iki tarafın menfaatlerini dengeleyecek mekanizmaların varlığı ve bu bağlamda tapusu iptâl edilen kişiye tanınan imkânların ve giderim yollarının varlığı önem taşımaktadır. Başvuru konusu olayda, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir. Dolayısıyla öncelikle başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesindeki uyumsuzluğa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik yargısal içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuruçuların usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Nihayet başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etkin ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuruçuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptâl edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır..." denilerek Dairemizin ve HGK'nın uygulamalarının yerinde olduğu ortaya konulmuştur."

Yargıtay'ın ilgili kararlarından ve Anayasa Mahkemesi'nin kararından anlaşıldığı üzere, yüklenici edimini tam olarak yerine getirmemişse, devir yaptığı üçüncü kişiler arsa sahibinden hak talebinde bulunamaz. Başka bir ifade ile yüklenici bağımsız bölümleri devralmayı hak etmişse,

üçüncü kişilerde kendisine yapılan devirlerden hak kazanabilir. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, sözleşme gereği hakkı olmayan bağımsız bölümleri, arsa sahibinin aleyhine olarak üçüncü kişilere devrederse, üçüncü kişiler, yüklenicinin halefi kabul edildiğinden, yüklenicinin hakkı olmayan bağımsız bölümleri almış olduklarından kanaatimizce iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Zira yerleşik yargı kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, üçüncü kişi, yüklenicinin inşaatı tamamladığında, yükleniciye düşecek olan bağımsız bölümler üzerinde hak sahibi olacağına bilincindedir. Bu sebeple kanaatimizce vekâlet kötüye kullanılarak, üçüncü kişilere bağımsız bölüm devirleri yapılmışsa bu devirler arsa sahibini bağlamaz.

SONUÇ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan, arsa sahibinin taşınmazını devretmeyi taahhüt ettiği, yüklenicinin söz konusu taşınmaza bağımsız bölümlerden oluşan bir yapı yapmayı borçlandığı, bu bağımsız bölümlerin bir kısmının arsa sahibine bırakıldığı, kalanın da yükleniciye ait olacağına kararlaştırıldığı bir sözleşmedir. Sözleşme konusu taşınmazda inşaat yapılabilmesi için yapılacak iş ve işlemler, malik arsa sahibi olduğu için, onun tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak uygulamada genellikle, arsa sahibi yükleniciye geniş yetkiler içeren bir vekâlet vermekte ve bütün iş ve işlemler yüklenici tarafından yerine getirilmektedir. Yüklenici, arsa sahibi adına hareket ederken, arsa sahibinin çıkarlarını gözetmek, sözleşmeye uygun hareket etmek ve özen borcuna uygun davranmak zorundadır. Yüklenici, arsa sahibinin menfaatine aykırı davranıp, arsa sahibinin zarara uğramasına sebep olursa vekâleti kötüye kullanmış olur. Yüklenici, vekâletle arsayı bir başkasına devretmişse veya üçüncü kişiyi paydaş yapmış ise, üçüncü kişi iyiniyetli ise, arsa sahibi yükleniciye karşı talepte bulunamaz. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh edilmişse, üçüncü kişi iyiniyet iddiasında bulunamayacağından, arsa sahibi üçüncü kişiye karşı tapu iptal ve tescil davası açabilir. Yüklenici, sözleşmeye aykırı olarak üçüncü kişilere bağımsız bölüm devretmiş ise, yerleşik uygulamaya göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, iyiniyet iddiasında bulunmayacağından, bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, arsa sahibine karşı talepte bulunamazlar.

KAYNAKÇA

BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010.

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.

KARADAŞ, İzzet: Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 9. Baskı, İstanbul 2015.

KOVAN, Hüseyin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 2021.

ÖZKAYA, Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Ankara 2016.

SÜTÇÜ, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, C. I, 5. Baskı, Ankara 2016.

ŞAHAN, Gökhan: Kişisel Hakların Şerhi, Ankara 2020.

ÜNAL, Akın: "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi", ERÜHFD, C. XIV, S.2, 2019.

AVUKATIN MÜVEKKİLİNİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNE ERİŞİMİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA*

Doç. Dr. Emel BADUR**

Öz

Kişisel sağlık verisi, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin ruh, akıl ve beden sağlığıyla ilgili her türlü bilgiyi kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi sırasında yeterli korumanın sağlanması, verisi işlenen kişinin özel hayatının güvence altına alınması ve kamu sağlığının korunması açısından önemlidir. Bu nedenle Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nda (KVKK), kişisel sağlık verileri, özel nitelikli kişisel verilerden kabul edilmiş; hatta bu tür veriler arasında da ilgili kişinin rızası haricindeki hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işlenmeleri açısından farklı hukuk kurallarına tâbi kılınmıştır.

* Doçent Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Ankara Medipol University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law, Ankara, Turkey.

✉ nesibe.kurt@ankamedipol.edu.tr • ORCID 0000-0003-4638-6132.

** Doçent Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Çankaya University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ badur@cankaya.edu.tr • ORCID 0000-0002-5133-8541.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** KURT KONCA, Nesibe / BADUR, Emel: "Avukatın Müvekkilinin Kişisel Sağlık Verilerine Erişimine İlişkin Değerlendirmeler", SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 193-228.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Kişisel sağlık verilerinin korunması açısından KVKK'nın yanı sıra, bir de Yönetmelik bulunmaktadır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik adlı bu ikincil düzenlemede avukatın müvekkilinin kişisel sağlık verilerine erişimi, özel bir korumaya tâbi kılınmıştır. Anılan hükme göre, avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletnameyle talep edemezler. Avukata müvekkilinin kişisel sağlık verilerinin aktarılabilmesi için, müvekkilin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına dair açık rızasını belirten özel hükmün düzenlenmiş olan vekâletnamede bulunması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Özel Nitelikli (Hassas) Kişisel Veri • Kişisel Sağlık Verisi • Avukat • Vekâletname • Vekâlette Özel Yetki

EVALATIONS ABOUT ATTORNEY ACCESS TO CLIENT'S PERSONAL HEALTH DATA

Abstract

Personal health data is defined to cover all kinds of information about the mind, mental, and physical health of an identified or identifiable natural person. Ensuring adequate protection during the processing of personal health data is important not only in terms of securing the private life of the data subject, but also in terms of protecting public health. For this reason, personal health data is included in the Law of the Protection of Personal Data (LPPD), among special categories of personal data; even among such data, they are subject to different legal rules in terms of processing based on legal compliance reasons other than the consent of the data subject.

In addition to the LPPD, there is also a Regulation issued by the Ministry of Health in terms of the protection of personal health data. In this secondary regulation called the Regulation on Personal Health Data, the attorney's access to her/his client's personal health data is subject to special protection. According to the a forementioned provision, attorneys cannot request their client's health data with a general power of attorney. In order for the client's health data to be transferred to the lawyer, a special provision indicating the explicit consent of the data subject regarding the processing and transfer of sensitive personal data must be included in the proxy.

Keywords

Special (Sensitive) Categories of Personal Data • Personal Health Data • Attorney • Proxy • Special Authorized Proxy

GİRİŞ

Kişisel sağlık verisi, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin ruh, akıl ve beden sağlığıyla ilgili tüm bilgileri kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Kişisel sağlık verileri, kural olarak kişinin sağlık hizmetinden etkin bir şekilde yararlanabilmesi için işlenmesi zorunlu olan kişisel verilerdendir. Kişiyi ancak kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ve gerektiğinde bu verilere kolaylıkla ulaşılabilmesi suretiyle hızlı ve verimli sağlık hizmeti sunulması mümkün olur. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin yasal bir zorunluluk olduğunun ve ilgili kişinin de bu işleme faaliyetinden yararının bulunduğu söylenmesi mümkündür.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi kadar korunması da hem verisi işlenen ilgili kişi hem de kamu sağlığı açısından önemlidir. Zira kişisel sağlık verileri, kişinin özel hayatının sır kısmına ilişkin olduğundan, bu verilerin yeterince korunmaması halinde kişilerin sağlık hizmetine erişim konusunda da tereddüt yaşamaları kolaylıkla gündeme gelebilir. Başka bir ifadeyle kişiler, sağlık hizmetinden faydalanmak için -bazı yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla (örneğin kamu sağlığı açısından bazı bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi vb.)- kişisel sağlık verilerinin de korunacağına dair güvenle hareket etmek isterler. Kişilerin bu güveni duymamaları, sağlık hizmetine yönelik başvuruların da azalmasına ve sonuç olarak kamu sağlığının yeterince korunamamasına sebep olabilir.

Açıklanan nedenle sağlık verileri, kişisel verilerin hatta kişisel verilerin içerisinde özel bir grup olarak düzenlenen özel nitelikli kişisel verilerin içinde ayrı bir statüde düzenlemeye konu edilmişlerdir. Söz konusu verilerin işlenmesinin ve işleme sonucunda bu verilere erişilmesinin bir takım kısıtlamalara tâbi tutulması da bu özelliklerinin getirisi olarak ortaya çıkmaktadır. Kişisel sağlık verileri, KVKK'nın yanı sıra Sağlık Bakanlığınca çıkarılmış Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹ (bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır) de özel olarak düzenlemeye tâbi kılınmışlardır.

Yönetmeliğin "Sağlık verilerine avukatların erişimi" kenar başlıklı 10. maddesinde, "Avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edemezler. Müvekkiline ait sağlık verilerinin avukata aktarılması için düzenlenmiş olan vekâletnamede, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması

¹ 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

gerekir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu makale söz konusu düzenlemenin incelenmesine ve değerlendirilmesine özgülenmiştir. Türk Borçlar Kanunu (TBK), Avukatlık Kanunu (AvK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) açısından Yönetmelik’teki düzenleme irdelenerek, olması gereken hukuk açısından önerilerde bulunulmuştur.

Makale, avukatla müvekkili arasında özel hukuka tâbi bir vekâlet sözleşmesi bulunması haliyle ve hukuk yargılamasında avukatın müvekkilini temsil göreviyle sınırlandırılmıştır. Başka bir ifadeyle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) uyarınca, avukatın zorunlu müdafî olarak görevlendirilmesi hali ile ceza yargılamasında müdafî sıfatını taşıyan avukatın müvekkilinin kişisel sağlık verilerine erişimi, makale kapsamına dahil edilmemiştir.

I. KİŞİSEL SAĞLIK VERİSİ KAVRAMI

KVKK’nın “Tanımlar” kenar başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Kişisel sağlık verisi de kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin ruh, akıl ve beden sağlığıyla ilgili her

türlü bilgiyi içerecek şekilde tanımlamaktadır.² Yargıtay³ kişisel sağlık verisi kavramını “Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir.” cümleleriyle tanımlamaktadır.

² **AKÇAAL**, Mehmet/ **YELMEN**, Adem, “Kişisel Verilerin Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirilmesi”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 89; **AKKURT**, Sinan Sami, “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukukî Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı Y. 19, S. 38, 2020/2, s. 142-160; **ALÇIN**, Ayşe Aslı, “Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 13, S. 51, 2022, s. 373; **ATALAY**, Havva Nur, “Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması”, Journal of Academic Perspective on Social Studies, 2021, S. 1-2, s. 6; **BADUR**, Emel, “Boşanma Davalarında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 162, 2022, s. 209; **AKGÜN**, Aydın, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, Danıştay Dergisi, 2013, S. 133, s. 24; **ORAK**, Beşir, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Ankara 2020, s. 29; **DÜLGER**, Murat Volkan, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 1, S. 2, s. 54; **ÖZER**, Oktay, “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Aktarılmasının Hukuki Boyutu”, İstanbul Barosu Dergisi, 2018, C. 92, S. 3, s. 76; **HAKALMAZ**, Ezgi, Hekimlik Sözleşmesi Bağlamında Kişisel Sağlık Verilerinin Kullanılması ve İşlenmesi, İstanbul 2021, s. 24; **HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 223 vd.; **BAYINDIR**, Hamza, Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması, İstanbul 2020, s. 36; **İMANÇLI**, Canan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul 2020, s. 76; **İZGİ**, Cumhuriyet M., “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, 2014, C. 1, S. 1, s. 32; **ÖGET**, Mehmet, “Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumlarının Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Hukuki Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul 2020, S. 18, s. 460; **ÖGET**, Mehmet, “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 2020, C. 85, S. 3, s. 195; **ÖMÜR**, Rahmi Can, “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2018, C. 15, S. 1, s. 135; **SÜTÇÜ**, Selin Sert, “Covid-19’un Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 177, 2021, s. 932; **ŞENOCAK**, Kemal: “Kişisel Veri Kavramının Kapsamı ve Unsurları”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 37-38; **YILMAZ**, Sabire Sanem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerine Bakış”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 161, 2020, s. 102; **YÜKSEL**, Gürbüz, “Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, 2018, C. 6, S. 1-2, s. 1-10.

³ YCGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.06.2014.

Kişisel sağlık verisi tanımı, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te bulunmaktadır. Yönetmeliğin⁴ 4/1/j maddesinde, kişisel sağlık verisi kavramı, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmeti⁵ ile ilgili bilgileri içerecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım, Sosyal Güvenlik Kurumu Nezdindeki Verilerin Korunmasına ve İşlenmesine İlişkin Yönetmeliğin⁶ 4/1/i maddesinde de tekrar olunmuştur.

Avrupa Birliği'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel düzenlemesi olan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün⁷ (GVKT) tanımlara ilişkin 4/15. maddesinde kişisel sağlık verisinin tanımı bulunmaktadır. Bu tanım uyarınca, sağlık hizmetlerinin sağlanması da dahil olmak üzere bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin açıklandığı, söz konusu gerçek kişinin fiziksel ya da ruhsal sağlığına ilişkin tüm kişisel bilgiler, sağlık verisinin kapsamına dahil edilmiştir.

İlgili kişinin hastalıkları (geçirip iyileştiği, halen bünyesinde barındırdığı veya yatkın olduğunun saptandığı), maruz kaldığı tüm tıbbi müdahalelere (invaziv olan, olmayan, cerrahi nitelik taşıyan vb.) dair bilgiler, görüntüleme bulguları, aşıları, aldığı raporlar, kullandığı tıbbi cihaz, tetkik, tahlil ve laboratuvar sonuçları, engellilik hali, protez ile ilaçlar ve hatta aldığı sağlık hizmetinin ödenme şekli kişisel sağlık verisi örnekleridir.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, ilgili kişinin kendisine tanınmış bazı hakları kullanması için gerekli olabilmektedir. Örneğin kişinin sağlık durumunun raporlanması sonucunda öğrenciler, çalışanlar, zorunlu askerlik görevi yapanlar ve hükümlüler tahliye veya ev hapsi imkanı, ek sınav hakkı tanınması, devamsızlık yazılmaması, istirahat veya hava değişimi olanağının sağlanması ya da mevcut sınırlamalardan muaf tutulma gibi ayrıcalıklı hükümlere tâbi kılınabilirler.

⁴ 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵ Tanımda kabul edilen "sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgiler" kısmı, bu amaçla işlenen avuç içi ve parmak izi, yürüyüş biçimi, yüz, retina, imza, iris, ses, kulak, el damarı, gibi biyometrik verileri de kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilebilir hale getirmektedir. **DURMUŞ**, Veli, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi, 2021, C. 14, S. 1, s. 69.

⁶ 19.02.2022 tarih ve 31755 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>. (E. T. 06.06.2022)

Kişisel sağlık verileri, KVKK'nın 6/1. maddesinde yasa koyucu tarafından kullanılan "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir." ifadesi gereğince özel nitelikli (diğer adıyla hassas) kişisel verilerdendir.⁸

Özel nitelikli kişisel veriler, Kanuna uygun olmayan şekilde işlenmeleri veya ilgili kişi dışında kalanlarca alenileştirilmeleri ya da veri sahibi tarafından istenmeyen kişilerce öğrenilmeleri halinde, ilgili kişinin bu durumdan mağdur olmasına sebep olabilecek verilerdendir. Hukuk sistemlerince, öğrenilmeleri halinde ilgili kişinin ayrımcılığa maruz kalması ve zarara uğraması sonucunu doğurmaya elverişli bu tür verilere önem atfedilerek, özel bir koruma statüsü tanınmıştır.

Bu verilerin bir kısmı, kişinin özel hayatının kamuya açık kısmına ilişkin olabileceği gibi (örneğin kılık kıyafet veya dernek üyeliği gibi), bir kısmı da kişinin özel hayatının sır (giz) alanına dahil olabilir. Özellikle kişinin cinsel hayatına ve sağlığına ilişkin kişisel verilerin, sır alanında yer aldığı kabul edilmesi gereklidir. Bu nedenle, bu veriler, KVKK'nın 6/3. maddesinde, diğer özel nitelikli kişisel verilerden farklı kurallara tâbi kılınmışlardır.

II. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN HUKUKA UYGUN İŞLENMESİ

Özel nitelikli kişisel veriler, KVKK'nın 6/2. maddesine göre -kural olarak- ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenemez. Başka bir ifadeyle ilgili kişinin açık ve sakatlanmamış rızası, genel ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılmaya -kural olarak-⁹ yeterlidir. Açık rıza, KVKK'nın 3/1/a maddesinde belirli bir konuya ilişkin,

⁸ GVKT'nin 9. maddesinde de kişisel sağlık verileri, özel kişisel verilerin arasında kabul edilmiş ve bunların işlenmesine ilişkin özel kurallara yer verilmiştir. KVKK'nın 6/1. veya GVKT'nin 9. maddelerinde sayılmayan kişisel verilerin, örnekleme veya kıyas suretiyle genişletilmeleri ve hassas kişisel veri olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. FULFORD, Nicola/ CAREY, Peter (Edt. Peter Carey), "Special Categories of Data", Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford 2018, s. 66-87.

⁹ Söz konusu işleme faaliyetinin KVKK'da yer verilen veri işlemeye ilişkin genel ilkelere ve diğer hükümlere (örneğin veri sorumlusunun aydınlatmaya ve veri güvenliğine dair yükümlülüklerine uygun davranması vb.) de uygun olması gereklidir.

bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade eder şekilde tanımlanmıştır.

Ancak bir kişisel verinin özel nitelikli olsun ya da olmasın, her zaman ilgili kişinin rızasıyla işlenebilmesinin kabulü de hayatın ve hukukun şartlarıyla çok uyumlu olmayacaktır. Bu nedenle yasa koyucular tarafından, özel ve genel nitelikli kişisel veriler ayrımı yapılarak, kişisel verilerin ilgili kişinin rızası haricinde hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işlenebilmesi için istisnai kurallar düzenlenmiştir.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından ilgili kişinin açık rızasının aranmadığı istisnai haller KVKK'nın 6/3. maddesinde açıklanmıştır. Bu hükme göre, sağlık ve cinsel hayat haricindeki kişisel verilerin kanunlarda belirtilen durumlarda, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenmesi mümkündür. Fakat anılan fıkranın ikinci cümlesinde, kişisel sağlık verilerinin (ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin) ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sadece sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Yapılan düzenleme ile kişisel sağlık verilerinin (ve cinsel hayata dair verilerin) ilgili kişinin rızası dışında işlenmesi, hem amaç hem de veri sorumlusunun kimliği açısından diğer özel nitelikli verilerin rıza dışında işlenmesinden farklı kılınmıştır.

KVKK'nın Genel Gerekeç'e sinde¹⁰ "Sağlık kuruluşlarında hastalara ilişkin çok sayıda özel nitelikli veri tutulmakta olup, bu verilerin tutulmasına ilişkin kanuni dayanağın olmayışı, verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeterli önlemlerin alınmaması ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince özel hayatın gizliliğine müdahale olarak nitelendirilmekte ve ihlal kararları verilebilmektedir." ifadesiyle kişisel sağlık verilerinin Kanununun sistematığı içindeki özel yeri vurgulanmıştır.

Kişisel sağlık verilerinin ilgili kişinin rızası dışında işlenmeleri açısından özel koruma hükümlerinin düzenlenmesi, 108 sayılı ve "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme tâbi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması

¹⁰ <https://www-lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/mevzuat/gerekceler/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-madde-gerekceleri/1> (E. T. 09.09.2022)

Sözleşmesi” adlı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin¹¹ de gereğidir. Sözleşme’nin 6. maddesinde, aralarında sağlık verilerinin de bulunduğu özel verilerin taraf Devletlerce iç hukuklarında yeterli güvence sağlanmadan otomatik işleme tâbi tutulamayacağı belirlenmiştir.

Kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun işlenmek suretiyle korunması sağlık hukukuna ilişkin temel düzenlemelerde de yer verilmiş bir zorunluluktur. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması (Biyotıp) Sözleşmesi’nin¹² 10/1. maddesinde yer verilen *“Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”* düzenlemesiyle, Sözleşmeye taraf devletler nezdinde kişisel sağlık verilerine uluslararası bir koruma sağlanmıştır.

Türk Hukuku açısından Biyotıp Sözleşmesinden sonra, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde¹³ (HHY) de kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin hükümlere rastlanması mümkündür. HHY’nin 16. maddesinde *“Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”* ve HHY’nin 17/1. maddesinde *“Hasta sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir.”* ifadeleri de kişisel sağlık verilerinin korunması amacına yönelmiş düzenlemelerdendir.

HHY’nin 16. maddesinde *“Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir.”* şeklinde kullanılan ifadeden, herhangi bir özel yetki aranmaksızın hastanın sağlık verisi niteliği taşıyan bilgilere ve kayıtlarına, hastanın vekili aracılığıyla ulaşabileceği anlaşılmaktadır. Anılan düzenlemede, vekilin avukat olup olmamasına ilişkin bir ayırım da yapılmamıştır. Hükmün lafzından anlaşılan, genel hükümler çerçevesinde herkesin vekil olarak bu verileri inceleyebileceği ve bir örneğini alabileceğidir.¹⁴

¹¹ Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1981 yılında imzalanarak ve 6669 sayılı Kanun’un 30.01.2016 tarihinde kabul edilmesi ile onaylanmıştır. 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹² 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Bu halde HHY’nin “Bilgi Vermenin Usulü” kenar başlıklı 18. maddesinde *“Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla*

Önceki tarihli olan HHY'nin 16. maddesinin ilk cümlesindeki düzenlemenin, sonraki tarihli düzenleme olan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik ile sadece avukatlar bakımından zımnen ilga olduğu sonucuna varılabilir. Zira Yönetmelikte, kişisel sağlık verilerine erişim için özel yetki aranması hakkında düzenleme, münferiden avukatlara ilişkin olup; diğer kişilere bu hususta vekâlet verilmesini yasaklayan ya da vekâlette özel bir yetki bulunmasını gerektiren bir hükme yer verilmemiştir.

HHY'nin "*Bilgilerin Gizli Tutulması*" kenar başlıklı 23. maddesinde de sağlık hizmetinin verilmesine dayalı olarak edinilen verilerin, kanunla izin verilen haller haricinde, hiçbir surette açıklanamayacağı kuralına yer verilmiş; hukuki ve ahlaki açıdan geçerli ve haklı bir nedene dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin açıklanması halinde, personelin ve diğer kişilerin hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme geleceği açıkça belirtilmiştir.

Gerek Biyotıp Sözleşmesi, gerekse HHY ile korunan hastanın sağlık verilerinin gizliliğini güvence altına almak amacıyla, başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarına sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁵ Buna ek olarak Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135-137. maddeleri arasında kişisel verilerin kaydedilmesi veya hukuka aykırı olarak verilme ya da ele geçirilmesi suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suçların belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi de nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.¹⁶

TCK'nın kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesine ilişkin suç tipinin düzenlendiği 135. maddenin ikinci fıkrasında "*Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.*" ifadesi kullanılmak suretiyle fıkra sayılan ve özel nitelik taşıyan diğer kişisel veri türleriyle birlikte kişisel sağlık verileri,

sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir." şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. HHY'nin 16. maddesi değerlendirilirken bu hükmün de göz ardı edilmemesi gerekir.

¹⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BADUR**, Emel, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", Erzurumluoğlu Armağanı, Editör (Emel Badur), Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 99-121.

¹⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ**, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 3. Baskı, Ankara 2019.

suçun nitelikli halinin kapsamına dahil edilmiştir. Bu düzenleme de kişisel sağlık verilerinin korunmasına tanınan hukuki önemin bir göstergesi olarak nitelenebilir.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin amaca ilişkin 1. maddesinde, Bu Yönetmeliğin amacının Sağlık Bakanlığı'nın birimleri ile bunlara bağlı olarak faaliyet gösteren sağlık hizmeti sunucuları, bağlı ve ilgili kuruluşları tarafından yürütülmekte olan hizmet ve uygulamalarda KVKK hükümleri gereğince uyulacak usûl ve esasların düzenlenmesi olduğu da açıklıkla ortaya konmuştur. Başka bir ifadeyle Yönetmeliğin adında kişisel sağlık verilerinin "korunması" amacına yer verilmesi de; Yönetmeliğin 1. maddesinden anlaşılan amaç budur.

Kişisel sağlık verilerinin KVKK'ya uygun şekilde korunabilmesi için öncelikle Sağlık personelinin (Yönetmelik m. 6), ardından Bakanlık birimlerinin (Yönetmelik m. 7) ve hasta yakınlarının (Yönetmelik m. 9) kişisel sağlık verilerine erişimine dair hükümler ihdas edilmiştir. Çocukların kişisel sağlık verilerine, ebeveynlerin erişimine dair düzenlemelere de Yönetmeliğin 8. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin temel amacının, ilgili kişinin özel hayatının sır alanına dahil olan bu verilerin, ancak verinin sahibinin rızasıyla başkalarının erişimine açılması olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Avukatlarının müvekkillerinin kişisel sağlık verilerine erişimini sınırlandıran (ve bu makalenin temel konusunu oluşturan) norm, Yönetmeliğin 10. maddesinde kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, avukatlar, müvekkillerinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edemezler. Müvekkiline ait sağlık verilerinin avukata aktarılması için düzenlenmiş olan vekâletnamede, ilgili kişinin (müvekkilin) özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması gerekir.

III. AVUKATIN MÜVEKKİLİNİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNE ERİŞMESİ İÇİN GEREKLİ OLAN VEKÂLET

Kişisel verilere erişim hakkı, ilgili kişinin verileri üzerindeki hakimiyetini güçlendirme hususunda ilgili kişiye tanınan ve Anayasa ile güvence altına alınan önemli haklardan biridir.¹⁷ Konuya öncelikle

¹⁷ Kişisel verilere erişim hakkı, ilgili kişinin diğer haklarının da temeli olarak nitelendirilmektedir. İlgili kişinin verilerinin silinmesini, düzeltilmesini talep edebilmesine, kişisel verilerinin işlenmesine itiraz etmesine imkan tanınması için öncelikle ilgili kişinin bu verilere erişiminin olması gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BÜYÜKÇAĞLAR**, Serkan/ **BÜYÜKÇALI**, Mürvet Ece, "Kişisel Verilere Erişim

avukatların, müvekkillerinin kişisel sağlık verilerine erişiminin KVKK kapsamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediğinin tespitinin yapılması suretiyle başlanması gereklidir. Zira yargı makamları ve yargılama faaliyeti açısından, kişisel verilerin “*yargı makamları (ve infaz mercileri) tarafından*” işlenmesine yönelik olan bir istisna düzenlemesiyle karşılaşılabilmektedir.

KVKK'nın “*İstisnalar*” kenar başlıklı 28/1/d hükmünde, “*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” Kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Aslında yargılama (ve infaz) faaliyeti, gerek tarafların dava ve cevap (replik ve düplik) dilekçeleri gerekse yargılamada kullanılan dava malzemesi nedeniyle sadece davanın taraflarının değil; davaya taraf olmayan (tanık, uzman veya bilirkişi vb.) kişilerin de kişisel verilerinin işlenmesine neden olmaktadır.¹⁸

Anılan düzenlemeyle sadece yargı makamları (ve infaz mercileri) açısından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, KVKK'nın kapsamının dışına çıkarılmıştır. Yapılacak bir yasal değişiklikle özel nitelikli kişisel veriler -en azından bunlar arasından sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ile genetik veriler- açısından, istisnanın daraltılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

Ancak mevcut düzenleme uyarınca avukatların, madde kapsamında yargı makamı olarak değerlendirilmeleri ve bu istisnai düzenlemeye tâbi kılınarak Kanunun kapsamı dışında bırakılmaları mümkün görülmemektedir. Bu saptama, avukatın müvekkilinin kişisel verilerine erişimi için KVKK'ya ve diğer ikincil mevzuata tâbi olduğu sonucunu da beraberinde getirmektedir. Yapılan bu belirleme ışığında avukatın, müvekkilinin kişisel sağlık verilerine erişimi için, müvekkili ile arasında öncelikle bir vekâlet ilişkisi kurulu olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Aşağıda bu vekâlet ilişkisine ilişkin hükümler açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Hakkı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, C. 20, S. 234, İstanbul 2022, s. 2157.

¹⁸ Konu hakkında bkz. ÜÇÜNCÜ, S. Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019, s. 20 vd.

A. Genel Vekâlet

Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 502/1. maddesinde "*vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği*" sözleşme olarak tanımlanmıştır. Vekâlet sözleşmesi öğretide¹⁹ "*vekâlet veren ile vekil arasında akdedilen, taraflar arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde vekilin, vekâlet verenin hesabına, menfaatine ve iradesine uygun şekilde bir iş veya hizmeti görmeyi üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır.

Genellikle vekâlet sözleşmesinde, vekilin (vekâlet sözleşmesiyle ulaşılmak istenen amaca dair) iş görme faaliyetinin kapsamı, taraflar arasındaki güven ilişkisi uyarınca ayrıntılı olarak açıklanmaz. Bu noktada vekilin vekâleti kapsamında iş görme faaliyetinin sınırları, TBK'nın 504/1. maddesinde yer verilen tamamlayıcı norm ile doldurulur.²⁰ Anılan madde uyarınca vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça belirtilmemişse, görülecek işin niteliğine göre saptanır.

TBK'nın 504/2. maddesinde vekâlet sözleşmesinin kapsamına dair bir diğer belirleyici kural, "*Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.*" ifadesiyle düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla vekile, vekâlet sözleşmesinin kapsamına dair temsil yetkisi verilmesi, vekâlet sözleşmesi kurulmadan önce, sözleşme kurulurken veya sözleşmenin kurulmasından sonra açık ya da örtülü irade açıklamalarıyla gerçekleştirilebilir.²¹

TBK'nın 506/2. maddesinde vekilin "*sadakat ve özenle*" iş görmesi gerektiği vurgulanmıştır. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğünün somutlaşmasının bir örneğidir. Bu noktada müvekkile karşı sadakat yükümlülüğü altında olan avukat, aynı zamanda sır

¹⁹ **KILIÇOĞLU**, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 540; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 429; **ERKAN**, Vehbi Umut, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 2, 2013, s. 442; **DOĞANCI**, Doğa Ekrem, "Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2014, s. 97; **TAŞTEKİN**, Sinem, "Vekilin Vekâlet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu" İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2019, s. 85.

²⁰ **GÜMÜŞ**, s. 445.

²¹ **GÜMÜŞ**, s. 446.

saklama yükümlüsü de olmaktadır. Sadakat yükümlülüğünün uzantısı olan sır saklama yükümlülüğü vekâlet sözleşmesindeki güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

TBK'nın 506/3. maddesinde, “özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı” düzenlenmiştir. Bu nedenle mesleğinde uzman olan vekillerin özellikle avukatların (hekim, bankacı vb.) özenle iş görmeye daha dikkatli davranmaları gerektiği belirtilmiştir.²²

Genel vekâletname, vekile sadece olağan hukukî işlemleri yapma yetkisi vermektedir. Bu sebeple vekilin, müvekkili adına dava açabilmesi veya ona karşı açılmış bulunan bir davada savunma yapabilmesi için, TBK m. 504/3'e göre bu konuda özel olarak yetkilendirilmesi gereklidir.²³ Bu bağlamda maddi hukukta genel vekâletname ile usûl hukukunda genel vekâletnamenin farklı anlamlara geldiğine dikkat çekmek gerekir. Buna göre, maddi hukukta genel vekâletname, vekile her türlü işin yerine getirilmesi için yetki verilmesini; özel vekâletname ise, belirli iş veya işlemlerin yapılmasına yönelik yetki verilmesini konu alır.²⁴ Buna göre, dava vekâletnamesi, maddi hukuk anlamında bir özel vekâlet türüdür. Bununla birlikte, HMK m. 72 uyarınca, vekil aracılığıyla bir davanın açılmasında ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, TBK'nın temsille ilgili düzenlemeleri uygulama alanı bulur.

AvK m. 35 uyarınca, “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri

²² ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 629; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 449; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 742; KILIÇOĞLU, s. 543; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1194; GÜMÜŞ, s. 164, 165; BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 171 vd.; TOK, Ahmet / GÜN TOK, Sabiha, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 5, 2016, s. 15-41.

²³ SELÇUK, Seyhan, Medenî Usûl Hukukunda Dava Vekâletnameleri, Ankara 2011, s. 8.

²⁴ YILMAZ, Ejder, “Genel Vekâletname-Özel Vekâletname Ayırımı” Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 86, 1995, s.14; TANRIVER, Süha, “Genel Vekâlet (Temsil) Özel Vekâlet (Temsil) Ayırımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1-2, 1998, s. 45.

takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara ait” olduğundan, hukukî bir meseleye ilişkin olarak hak arama özgürlüğünün temsilci marifetiyle kullanılabilmesi için baroya kayıtlı bir avukata vekâletname verilmesi gerekir. Bu tür vekâletnameler esas olarak dava açma yetkisini ihtiva ettiği için dava vekâletnamesi olarak anılmaktadır.

Maddi hukuktaki genel vekâlet-özel vekâlet ayrımının bir yansıması olarak, dava vekâletnameleri de genel dava vekâletnamesi-özel dava vekâletnamesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁵ Bir kişinin bizzat açmış bulunduğu veya gelecekte açacağı tüm davalar ile kendisine karşı açılmış olan ya da gelecekte açılacak bütün davaların takibi için baroya kayıtlı avukata vekâlet vermesi halinde genel dava vekâletnamesi söz konusudur. Ancak bir kişi davacı veya davalı olduğu belirli bir ya da birden fazla davanın takip edilmesi için vekâlet veriyorsa, özel dava vekâletnamesi ortaya çıkar.

Genel dava vekâletnamesi, kural olarak, *“hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi”* içermektedir (HMK m. 73). Öte taraftan AvK m. 2 hükmünde, *“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır.”* ifade edilmektedir. Avukat, temsil görevinin ifası için gerekli olan ve kanunda belirtilen kurumlarda bulunan bilgi ve belgeleri inceleyebilir.

²⁵ **YILMAZ**, s. 16; **TANRIVER**, Vekâlet, s. 45; **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, İstanbul 2001, s. 1252; **SELÇUK**, s. 9; **ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 281; **TANRIVER**, Süha, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, C. I, Ankara 2020, s. 544; **RÜZGARESEN**, Cumhuriyet, Avukatlık Noterlik Hukuku, Ankara 2022, s. 169-170.

Avukatlar, kimliklerini ibraz etmek suretiyle²⁶, avukatlık görevine ilişkin olarak²⁷ anılan kurumlardan bilgi belge isteyebilir. Avukatlara anılan hükümle verilen yetkiler, bilgi, belge istemek ve örnek çıkartmakla sınırlı olup, avukatın ilgili kurumun işyerinde ses ve görüntü kaydı almak, etrafı fotoğraflamak ya da arama yapmak yetkileri bulunmamaktadır²⁸. Bu bağlamda avukat, genel vekâletnameyle, ilgili sağlık kurumunda bulunan tıbbi cihazların özellikleri hakkında bilgi isteyebilir. Ancak avukat, müvekkilinin iddia veya savunmasına yönelik vakıa araştırması yapmak üzere, bir sağlık kurumunda ses ve/veya görüntü kaydı yapamaz.

Avukatla müvekkil arasındaki genel vekâleti kapsayan sözleşme çerçevesinde, avukatın müvekkilin kişisel verilerini işlemesi hukuka aykırılık teşkil etmez. Zira “sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla”, sözleşmenin taraflarına ait bulunan kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygundur.²⁹ KVKK m. 5/2/c hükmü uyarınca, “Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması” halinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verileri işlenebilir. Ayrıca, avukatın müvekkilinin haklarını koruması için onun verilerini işlemesi zorunlu olduğundan KVKK m. 5/2/e hükmü uyarınca da avukat, genel dava vekâletnamesinden aldığı yetkiye dayanarak, aralarında vekâlet sözleşmesinin ifası için müvekkilinin kişisel verilerini işleyebilir.

Ancak anılan hüküm genel nitelikli kişisel verileri kapsamakta olup; özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından KVKK m. 6’nun uygulanması gerekir. Buna göre, çalışma konumuz olan kişisel sağlık verileri başta olmak üzere, özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası

²⁶ **BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer/ **MEMİŞ**, Burak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2019, s. 316.

²⁷ Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 2021/15105-S.21.24179 sayılı ve 20/10/2021 tarihli tavsiye kararı ile avukatların AvK. m. 2 uyarınca, bilgi ve belge inceleme talebinin mevzuata uygun olarak değerlendirilmesi ve bu yöndeki taleplerin etkin ve süratle sonuçlandırılmasına ilişkin tavsiye kararı için bkz. <https://kararlar.ombudsm.an.gov.tr/Arama/Download?url=20210430\195300\Yayin\Karar-2021-8956.pdf&tarih=2021-10-20T10:06:37.02849>, Erişim Tarihi 20.10.2022.

²⁸ **BUDAK**, Ali Cem, “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2004, s. 366

²⁹ Aynı yönde bkz. **TAŞTAN**, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2017. s. 170.

olmaksızın işlenmesi yasaktır (KVKK m. 6/2). Ayrıca sağlık ve cinsel hayat hakkındaki kişisel verilerin, kanunlarda belirtilen durumlarda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilmesi -kural olarak- mümkün değildir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise *“ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın”* işlenebilir.

Avukat, genel vekâletiyle açtığı ve halen görülmekte olan bir davada, mahkemeden, müvekkilinin kişisel sağlık verilerinin veri sorumlusunca mahkemeye sunulmasını talep hakkına sahiptir. Zira ispat hakkı çerçevesinde, dava konusu vakıaların ispatı bakımından ilgili taraf karşı tarafın veya üçüncü kişinin elindeki belgelerin mahkemeye sunulmasını talep edebilir. HMK m. 219 uyarınca, taraflar, kendilerinin ya da diğer tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde bulunan her türlü belgeyi mahkemeye ibraz etmelidirler. Elektronik belgeler ise çıktısı alınmak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilmek suretiyle mahkemeye ibraz edilmelidir. Bu yükümlülük, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir.

HMK m. 221 hükmüne göre, mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin incelenmesinin taraflarca ileri sürülen bir hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar vermesi halinde, ilgili kişi veya kuruma, belgenin ibrazını emreder. Belgeyi ibraz zorunluluğu bulunanların, tanıklıktan çekinmeye dair düzenlemelere göre, belgeyi ibrazdan veya tanıklıktan çekinebilmeleri mümkündür. Ancak ilgili tarafın kişisel sağlık verilerinin HMK m. 221 çerçevesinde ibrazı, ilgili kişi veya avukatınca talep edildiğinde, özellikle mesleki sır gerekçesine dayalı olarak belgeleri ibrazdan veya tanıklıktan çekinmek mümkün olmamalıdır. Zira, her ne kadar, kanun gereğince sır olarak korunması öngörülen bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kişiler, bu konu hakkında tanıklıktan çekinebilecek olsalar da, sır sahibince sırrın açıklanmasına izin verildiği durumlarda (Av.K. m. 36/II hariç olmak üzere) tanıklıktan çekinemezler³⁰.

Dolayısıyla bir davada taraflardan birisi kendisine ait kişisel sağlık verisine ilişkin belgelerin, üçüncü kişilerce mahkemeye sunulmasını talep etmiş ve mahkeme bu yönde karar vermişse, sır sahibi tarafından sırrın

³⁰ ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 381.

açıklanmasına izin verildiğinden, üçüncü kişi mesleki sır gerekçesine dayalı olarak, belgeleri ibrazdan veya tanıklıktan çekinemeyecektir. Burada özellik arz eden husus, kişisel sağlık verilerinin ilgili kişi (taraf) bakımından sır niteliğini taşıması nedeniyle, avukatın talebinde, asılın bu yöndeki iradesinin varlığının ayrıca ve açıkça anlaşılması gerekliliğidir. Zira vekâlet sözleşmesi gereğince, vekilin sır saklama yükümlülüğünün bir uzantısı olarak; vekilin müvekkilinin sırlarının ortaya dökülmesine yönelik taleplerinin de müvekkilinin rızasına tâbi olduğunun kabulü gerekir.

B. Özel Yetki İçeren Vekâlet

Vekilin ancak özel olarak yetkilendirilmesi suretiyle yapabileceği işler, TBK'nın504/3. maddesinde "*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandırılmaz.*" şeklinde kaleme alınmıştır. Vekile özel yetki verilmesi gereken hallerde, bu yetkinin verilmesi -kural olarak (başkaca bir özel düzenleme olmadıkça)- şekle tâbi değildir.

Kendisine dava vekâletnamesi verilen vekilin müvekkil adına yapacağı işlemlerin belirli sınırlarının olması, müvekkilin hukukî güvenliği için gereklidir. Her ne kadar avukatlık mesleğine hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranılacağına dair yemin edilerek başlansa ve avukat-müvekkil ilişkisi güven temeli üzerine inşa edilse de, avukatın yetkilerinin sınırlarının olması doğaldır. Öte yandan avukatlıkların temsil yetkisinin sınırları üçüncü kişiler bakımından da önem arz eder. Şöyle ki, üçüncü kişiler kendi hukukî güvenlikleri bakımından avukatın müvekkili adına yapabileceği işlemlerin kapsamını bilmek isterler. Sonuç olarak, vekâlet ilişkisinin üç taraflı boyutunda hukukî güvenliğin sağlanması için vekâletle avukata verilen yetkilerin açık ve anlaşılır olması gerekir.

Bir yetkinin vekâletin kapsamında olup olmadığına ilişkin kuşku, taraflar arasındaki ilişkilere zarar vereceği gibi; vekilin yetki kapsamı dışında kalan işlemi yapması, taraflar açısından ağır sonuçlar doğurabilir. İşte bu ihtimallere binaen yasa koyucu, dava vekâletnamesiyle yapılabilecek işlemleri sınırlamış; bazı işlemlerin yapılması için ise vekâletnameye özel yetki bulunması şartını aramıştır.

Avukatın vekalet konusu için görülmesi için, kendisine özel yetki verilmesini gerektiren hallerde, müvekkiline vekalet sözleşmesiyle bu yetkinin kendisine verildiğine dair açıklama yapması, müvekkili özel

yetkinin sebebi, içeriği ve sonuçları konusunda aydınlatması zorunludur.³¹ Zira özel yetki verilmesini gerektiren haller, ilgili kişinin açık rızasının varlığını gerektirmektedir. Geçerli bir açık rızanın oluşması için ise ilgili kişinin konu hakkında yeterli bilgiye sahip olması elzemdir. Böyle bir durumda avukatın kendisi tarafından hazırlanan ve müvekkile sunulan vekaletnamelerde, her halükarda genel işlem koşulları ve müvekkilin tüketici olarak nitelenebildiği durumlarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında dikkatle yaklaşılması önemlidir.³²

HMK m. 74 hükmünde dava vekâletnamesinde özel yetki bulunmasını gerektiren haller düzenlenmiştir. Buna göre, “*sulh olma; hâkimin reddi; davanın tamamını ıslahı; yemin teklifi; yemini kabul, iade veya reddetme; başkasını tevkil etme; haczin kaldırılması; müvekkilin iflasını isteme; tahkim ve hakem sözleşmesi yapma; konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunma ve bunlara muvafakat verme; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma; davadan veya kanun yollarından feragat etme; karşı tarafı ibra ve davasını kabul etme; yargılamanın iadesi yoluna başvurma; hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açma; kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açma ve takip etme*” halleri, özel yetkiyi gerektiren haller olarak kanunda sayılmıştır.

Öğretide TBK ve HMK'daki düzenlemelerin, tahdidi veya tadadi nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre³³, anılan düzenlemeler istisna hükmü niteliği taşıdığı için yorum yoluyla genişletmeye uygun değildir; yasa koyucunun davaya vekâlette özel yetki gerektiren halleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine göre düzenlediği kabul edilmektedir. Hükümdeki saymanın örneksime olarak nitelendirilmesi, amaçsal yorum kuralıyla bağdaşmayacağı; amaçsal yorumun kanun metninin açık anlamını değiştirme aracı olamayacağı; zira kanundaki saymanın örneksimeye yönelik olduğunun metnin lafzından anlaşılacağı; yasa

³¹ TANRIVER, Süha, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ankara, 2023, s. 53-55; DÖNMEZ, Zeynep/ TAŞTAN, Furkan, Güven, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunda Rızanın Geri Alınmasının Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 204.

³² Bkz. SERT SÜTÇÜ, Selin: “Tüketici Hukukundaki Haksız Şartlar Bağlamında Kişisel Verilerin Korunmasının Açık Rıza Bakımından Değerlendirilmesi”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 551.

³³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, C. 2, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 219-220; İNCEOĞLU, Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 207-208.

koyucunun gayesi, özel yetkiyi gerektiren halleri örneklendirmek ol- saydı, bunu belirtmek için çeşitli kavramlar (ve benzeri, ve saire gibi) kul- lanılacağı; halbuki yasa koyucunun genişletmeye elverişli olmayan söz- cüklerle özel yetki gerektiren halleri düzenlediği belirtilerek saymanın tahdidi olduğu görüşü ileri sürülmektedir.³⁴

Bir diğer görüş³⁵ ise, özel yetki verilmesini gerektiren işlemlere dair kanun hükümlerindeki saymanın örnekleme olduğunu ve somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, değerlendirme yapılması gereğini savunmaktadır. Başka bir görüş³⁶ ise, yasa koyucunun, bazı önemli du- rumlarda özel yetki arayarak, benzeri özel durumlarda da bu yetkinin bu- lunması gerektiğini, yapılan saymanın örnekleme yoluyla uygulamaya yol göstermeye yönelik olduğunu; avukatın yetkilerinin sınırsız olmadı- ğını vurgulandığını; karşıt yorumun, düzenlemenin amacıyla çelişeceğini ve beklenmedik “*vekâlet sürprizlerine*” yol açabileceğini ifade etmektedir. Müvekkilin şahıs varlığı ve malvarlığı üzerinde önemli ölçüde tehlike oluşturabilecek işlemler bakımından vekilin vekâletnamesinde özel yet- kinin aranması³⁷, hukukî güvenlik ilkesinin tesisi bakımından elzemdir.

Yargıtay’ın ise, vekâletnamede özel yetki bulunması hususunda olağanüstü işlem gerekçesine dayanarak, bazı işlemlerin yapılabilmesi hususunda kanunda hüküm bulunmasa dahi vekâletnamede özel yetki bulunması gerektiği yönünde kararları mevcuttur.³⁸ Anılan içtihat,

³⁴ **YAVUZ**, Cevdet/ **AÇIKGÖZ**, Osman, "Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakül- tesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 677-693.

³⁵ **TANRIVER**, Süha, Noterlik Açısından Vekâlet, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 40-41; **RÜZ- GARESEN**, s. 170.

³⁶ **İYİMAYA**, Ahmet, "Temsil Yoluyla Bağitlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yet- kinin Varlığı Zorunlu Mudur?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3-4, 1993, s. 372

³⁷ **TANRIVER**, Noterlik, s. 42; **SELÇUK**, s. 115.

³⁸ "Özel temsil yetkisini gerektiren durumlar genel vekâlet dolayısıyla BK. mad. 388/III'de ve davaya vekâlet dolayısıyla de HUMK. mad. 63'de sayılmış bulunmaktadır. Yasadaki bu say- manın sınırlı sayıda olup olmadığı hususu bilimsel öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlara (Müdderrisoğlu, Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve içtihatlar, Ank. 1974, sh. 48,49; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. baskı, c.II, ist. 2001, sh. 1281) ve bir kısım Yargıtay kararlarına göre (4 HD. 22.12.1964; 15566/6310), söz konusu hükümlerde sayılan durumlar, örnek olarak gösterilmiştir. Buna göre: "işlemin müvekkil bakımından çok önemli olması nedeniyle, o önemli işlemin yapılması için de vekile özel yetki verilmesi gere- kir." (Kuru sh. 1281). Bir başka görüşe göre ise, kanundaki sayma, örnek gösterme gibi değil ve fakat kural olarak sınırlı bir sayma gibi kabul edilmelidir. Ancak BK. md. 388/III'de sayılan

olağan/olağanüstü işlem ayrımı yapılmasındaki güçlük sebebiyle öğretilerde eleştirilmektedir.³⁹

Kanaatimizce, yasa koyucu davaya vekâletin yasal kapsamının düzenlendiği HMK m. 73 hükmünde, vekâletnamede özel yetki verilmesini gerektiren hallerinin kanunla belirlenmesi gereğini kabul etmiş ve fakat sınırlı sayı ilkesine dayalı bir düzenleme yapmayı amaçlamamıştır. Anılan hükümde, yasa koyucu, davaya vekâletin “*kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere,*” avukatın davanın takibi için gereken tüm işlemleri yapmasına ilişkin yetkiyi kapsayacağını düzenlemiştir. HMK m. 73’te özel yetki verilmesine ilişkin kanunla düzenlenmesi gereğine dayalı olarak bu saymanın örneksemeye dayalı olabilmesi mümkündür. Nitekim, HMK m. 74 hükmünde davaya vekâlette özel yetkiyi gerektiren “*sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açma ve takip etme halleri*” esasen bir örnekseme hükmüdür. Zira TMK’da sıkı sıkıya bağlı hakların açık bir tanımı yapılmadığı gibi; bu haklar sayılabilmiş de değildir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların kapsamı öğretideki görüşler ve yargı içtihatlarıyla ortaya konulabilmektedir.⁴⁰ Hâl böyle olunca, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar sınırlı sayı ilkesine göre belirlenemediğinden davaya vekâlette

durumlarla çok yakın benzerliği bulunan sınırlı hallerde ve dava ile ilgili müvekkil bakımından önemli bazı işlemlerde sınırlı sayma kurallarından ayrılınması bir dereceye kadar savunulabilir (Tandoğan, sh. 397, 398). Buna göre, özel yetki halleri öncelikle: aa) Kanunda sayılanlara benzemelidir. bb) Temsil olunan bakımından, sayılanlar kadar tehlikeli olmalıdır. cc) Temsilcinin genel temsil yetkisinin kapsamına göre olağanüstü işlem karakterine haiz olmalıdır (Şükrü Yıldız: Doğrudan Doğruya iradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller, İBD. C.65, sayı: 1-3, ist. 1991, sh.29)..... O halde; vekâletnamesinde (tahliye taahhüdüne) ilişkin bir yetki bulunmayan, olağan ve normal işler için verilen vekâletnameye dayanarak müvekkili (tehlikeye sokan ve tekrar düzeltilmesi mümkün olmayan bir sakınca yaratacak şekilde) vekil tarafından kiralayana verilen tahliye taahhüdünün geçerliliğinden söz edilemez.” 3. HD., E. 2002/414, K. 2002/1200, T. 04.02.2002. (<https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?vekâletname-hak-mahkeme-kararlari-2.html> Erişim Tarihi, 09.10.2021)

³⁹ AKIN, Murat Yusuf, “Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi’nin E 2002/414 K 2002/1200 Sayı ve 4.2.2002 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 347.

⁴⁰ Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalara örnek olarak verilen boşanma davası, evlat edinme, soyadı değiştirme, soybağının reddi davası, babalık davası, isim değiştirme, nüfus kaydının düzeltilmesi taleplerinde bulunmak ve takip etmek için vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekir. Bkz. KURU, s. 1303; SELÇUK, s. 142; GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem, Alfabetik Medeni Usûl El Kitabı, Ankara 2021, TANRIVER, Usûl, s. 967-968; s. 550; RÜZGARESEN, s. 171.

özel yetki gerektiren hallerin de tahididi olamayacağı sonucuna varmak gerekir.

C. Kişisel Sağlık Verileri Açısından Vekâlette Özel Yetki

Avukatların mesleki faaliyetlerine ilişkin belirli bir konuda, bilgi ve belge elde etmeleri özel kanun hükümleri ile düzenlenmiş ise, AvK. m. 2’de düzenlenen avukatların bilgi ve belge isteme yetkisine ilişkin genel hüküm uygulanmaz.⁴¹ Bu durumda, özel kanun hükmüne göre, hareket edilmesi gerekir. TBK, KVKK ve HMK’da vekilin müvekkilinin kişisel sağlık verilerine erişimine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Kişisel sağlık verileri açısından özel düzenleme, Yönetmeliğin 10. maddesinde yer almaktadır. Yönetmelik düzenlemesi uyarınca avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletnameyle talep edemezler; vekâletnamede, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına dair açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması halinde, avukatlar müvekkilinin sağlık verilerini talep edebilirler.

Ancak HMK’da, vekâletnamede özel yetki bulunmasını gerektiren hallerin kanunla düzenlenmesi gereği açıkça hüküm altına alındığından Yönetmelik düzenlemesi, normlar hiyerarşisine aykırıdır. Böyle bir düzenlemenin mutlak suretle kanunla yapılması gerekir. Keza Yönetmelik hükmü, avukatların, bilgi ve belgelere ulaşma yetkisine ilişkin sınırlamaların kanunla yapılmasına gereğiyle de çelişmektedir.

Öte yandan Yönetmelik hükmünün kapsamı da belirsizdir. Şöyle ki, Yönetmelik hükmünün ilk cümlesinde, avukatın müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edilmeyeceğinden bahsolunduğu halde; devam eden cümlede, vekâletnamede aranan özel yetkinin ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına yönelik olması çelişki arz etmektedir. Yönetmelik’te sadece kişisel sağlık verileri bakımından değil, kişisel sağlık verilerini de kapsar şekilde, özel nitelikli her türlü kişisel verinin işlenmesi bakımından vekâletnamede özel yetkinin aranacağı düzenlenmesi Yönetmelik kapsamını aşmaktadır. Zira Yönetmelik, *“kişisel sağlık verisi işleyen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin, Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmekte olan süreç ve uygulamalara ilişkin faaliyetlerini”* kapsamaktadır (Yönetmelik m. 2).

⁴¹ BUDAK, s. 367.

Düzenlemeye ilişkin diğer bir çelişki de, Yönetmelik hükmünün lafzından avukatın sadece kendi müvekkilinin kişisel verilerini talep bakımından özel yetkili bulunması gereğinin anlaşılması; buna karşılık, kişisel sağlık verilerini konu alan davalarda müvekkil dışında karşı taraf vekilleri bakımından bu davaları açmak ya da takip etmek bakımından özel yetki aranmamasıdır. Örnekle somutlaştırmak gerekirse, bedensel bütünlüğüne yönelik zarar gördüğünü iddia eden bir müvekkil için açılacak davada, bir hastaneden uygulanan tıbbi müdahaleye ilişkin sağlık verilerinin istenmesi ve dava açılması için müvekkilin avukatına bu hususta özel yetki vermesi gerekirken; açılan davada, davalı taraf avukatına bu sağlık verilerinin aktarılmasına ilişkin yasaklayıcı bir hükme yer verilmiştir. Bir avukatın müvekkili olmayan bir kişinin sağlık verilerine erişimi gerektiğinde, izlenecek prosedür Yönetmelik hükmünden anlaşılammaktadır. HMK'daki hükümler çerçevesinde, belgelere erişim için vekâlette özel yetkinin varlığı aranmadığından taraf vekilleri açısından farklılık ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak Yönetmelik hükmü kapsam bakımından da sorunludur. İstanbul Barosu anılan Yönetmelik hükmünün iptali için, dava açmış⁴²; ancak, dava sonucu hakkında çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla bilgi edinilememiştir.

Bununla beraber, konu kişisel sağlık verilerinin açık rıza aranmaksızın işlenmesine imkan veren KVKK m. 6/3 hükmü açısından değerlendirilebilir. Daha evvel de belirtildiği üzere, kişisel sağlık verileri özel nitelikli, kişisel verilerdendir (KVKK m. 6). Özel nitelikli kişisel veriler bakımından, genel nitelikli kişisel verilerde olduğu gibi, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin istisnalar geçerli olmayacaktır. Anılan hükümde, kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde kişi unsuru şartı bakımından sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilere istisna getirmiştir. Buna göre sır saklama yükümlülüğü bulunanlar, hükmün amaç unsurunu da taşımaları halinde veri sahibinin açık rızası olmasa da sağlık verilerini işleyebilirler.

Avukatlar, AvK. m. 36/1⁴³ uyarınca sır saklama yükümlülüğü altında bulduklarından anılan hükümde kişi unsuru şartını taşımaktadırlar. Hükümdeki amaç unsuru ise, *"kamu sağlığının korunması, koruyucu*

⁴² <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14780> (Erişim Tarihi, 15.11.2022).

⁴³ *"Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır."*

hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi” için kişisel sağlık verilerinin açık rıza olmaksızın işlenebilmesidir. Avukatlık mesleğinin icrası doğrudan anılan amaçlara ilişkin bulunmadığından, avukatların müvekkillerinin kişisel sağlık verilerini işlemesi maddedeki istisnaya dahil değildir.

Öte yandan HMK m. 74 hükmünde bulunan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açabilmesi veya takip edebilmesi için, avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunması gereğinden hareket edilerek de değerlendirme yapılabilir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak kullanılmasına ilişkin kararın bizatihi hak sahibi tarafından alındığı, sahibinin karar verme ve uygulama noktasındaki özgürlüğünü güvence altına almakla kişiliğinin korunmasına hizmet eden kişi varlığı haklarıdır.⁴⁴ Kişisel verilerin korunması hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Kişisel verileri Koruma Kurulu’nun 11.08.2020 tarihli ve 2020/622 sayılı Karar’ında⁴⁵ da, kişisel verilerin korunmasını talep hakkının nispi şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu değerlendirilmiştir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasını ve korunmasını konu alan dava ve çekişmesiz yargı işlerinde, avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekir. Vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usûlüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması dava şartı olduğu için (HMK m. 114/1-f), hakim tarafından özel yetkinin varlığının kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay içtihatları da, isim değişikliği talebi için, avukatın vekâletnamesinde bu hususta özel yetki içeren vekâletnamenin aranması gerektiği yönündedir.⁴⁶ Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasına yönelik işlemlerde özel yetkinin

⁴⁴ KARAKAŞ, Fatma, Tülay Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s. 32.

⁴⁵ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622> (Erişim Tarihi. 12.12.2022).

⁴⁶ “Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan isim değişikliği davasının vekil aracılığı ile açılması için vekile verilen vekâletnamede özel yetki olması gerektiği halde, genel vekâletname ile açılmış davada, avukata dava konusu işle ilgili özel yetkiyi içeren vekâletnamesini ibraz etmesi için belli bir süre tanınması, bu süre içerisinde vekil vekâletnamesini getirmedeği ya da asil bir dilekçe ile veya bizzat duruşmaya gelerek özel yetkisi bulunmayan vekilin açmış olduğu davaya ve yapılan işlere icazet verdiğini bildirmedeği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, bundan zühul ile davaya bakılıp esas hakkında hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.” 18. HD., E. 2010/11236, K. 2010/15315, T. 30.11.2010. (RG. 12.01.2011, 27814).

aranmasının temelinde, bu haklarının kullanılmasının kişinin yaşamında ağır ve önemli sonuçlar doğurmasının olduğu söylenilebilir.⁴⁷

Kişisel sağlık verileri de dahil olmak üzere, kişisel verilerin korunmasına yönelik kişilik hakları davalarında, avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekir. Zira kişisel verilerin korunması talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları konu almaktadır. Bu kapsamda kişisel sağlık verilerine yönelik saldırıyı önleme, saldırıyı durdurma, hukuka aykırılığın tespiti talepli davaların avukat marifetiyle açılması için avukatın bu hususta özel olarak yetkilendirilmesi şartı aranmalıdır.

Öğretide Tanrıver⁴⁸, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasına karar verilmesinden sonra, bu hakların icrasının vekil marifetiyle gerçekleştirilmesi amaçlandığında, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrıca ve açıkça belirtilmek suretiyle, özel yetki verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşün yorumundan sadece dava açmak ve takip etmek için değil; kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmaya yönelik diğer işlemler için de vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bu çerçevede, kişisel sağlık verilerine erişim kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı olarak değerlendirilirse, bu işlem için de vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerektiği düşünülebilir.

1. İlgili Kişinin Kişisel Sağlık Verileri Bakımından Vekâlette Özel Yetki

Yönetmelikteki hüküm, avukatların, genel vekâletnameyle, müvekkillerinin sağlık verilerini veri sorumlusundan talep etmelerinin hukuka uygun olmadığını düzenlemektedir. Eğer hüküm, avukatın müvekkilin kişisel sağlık verilerine dayalı olarak yapacağı her türlü işlemi kapsıyor olsaydı; avukatın başta malpraktis kaynaklı tazminat davaları olmak üzere, müvekkilinin kişisel sağlık verilerini konu alan her türlü işlemi yapabilmesi için özel yetkili olması gereği sonucu doğardı.

Yönetmeliğe göre, vekâletnamesinde kişisel sağlık verilerine erişilmesine ilişkin özel yetki bulunmayan avukatın, bu bilgilere -müvekkilinden bizzat edinmek haricinde yollarla- erişebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu bağlamda, kişisel sağlık verilerini elinde bulunduranların, ilgili kişi dışında üçüncü kişilerin bu verilere erişmek istemesi durumunda, avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekir. Veri sorumlularının böylesi bir kontrol yapmadan genel

⁴⁷ KURU, s. 1303; SELÇUK, s. 143.

⁴⁸ TANRIVER, Usul, s. 550.

vekâlete dayalı olarak kişisel sağlık verilerini, ilgili kişinin avukatına vermeleri halinde, bundan doğan zararlardan müteselsilen sorumlu olmaları gerekir.

İlgili kişinin, özel yetkisi bulunmayan avukatı tarafından gerçekleştirilmiş kişisel sağlık verilerinin edinilmesine ilişkin işlemi sonradan onaması halinde, durum değişecektir. Şöyle ki, TBK'nın "Yetkisiz Temsilci" başlıklı 46/1. maddesi uyarınca, bir kişinin yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak yaptığı hukukî işlem, temsil olunanı ancak o işlemi onadığı takdirde bağlar. HMK m. 72'de, davanın vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, TBK'nın temsile ilişkin düzenlemeleri uygulanması öngörüldüğünden, yetkisiz vekilin yaptığı kişisel sağlık verilerine erişim işlemine asılın icazet vermesiyle işlem hukuka uygun hâle gelecektir.⁴⁹

Dava vekâletnamesinin, kural olarak, noterler tarafından düzenleme veya onaylama biçiminde hazırlanması gerekmektedir (Noterlik Kanunu m. 84 vd., HMK m. 76).⁵⁰ Dolayısıyla ilgili kişinin sağlık verilerine erişme yetkisini kapsayan dava vekâletnamesi de noter tarafından düzenleme ya da onaylama şeklinde hazırlanmalıdır. Avukatın müvekkilinin kişisel sağlık verilerini veri sorumlusundan talep ederken, özel yetki içeren vekâletnamesinin aslını ya da aslı gibi olan bir örneğini ibraz etmesi; veri sorumlusunun da vekâletnameyi ve kapsamını inceledikten sonra ilgilinin kişisel sağlık verisini avukatın erişimine sunması gerekir.

Nitekim Alman hukukunda, avukatların müvekkillerinin kişisel verilerine erişimi bakımından, avukatın vekâletnamesinin aslını ibraz etmesi gerektiği hususunda yargı kararları bulunmaktadır.⁵¹ Berlin yerel

⁴⁹ ODUNCU, Leyla, "Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 1, 2004, s. 234-235. Öğretide, Dava vekâletnamesinde kendisine özel yetki verilmemiş olan vekilin duruşma sırasında bu özel yetki varmışçasına kullanması (örneğin davadan feragat etmesi) halinde, müvekkilin bu beyana karşı çıkmamasının avukata özel yetki verildiği şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği; zira müvekkilin yeterli hukukî bilgisi bulunmaması sebebiyle yapılan işlemin mahiyetini anlamlandıramayacağı ifade edilmektedir. Bkz. BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 116.

⁵⁰ AĞAR, Serkan, "Dava Vekâletinin "İllâ" Noterden Düzenlenmesi Şart mı?", Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 2, 2010, s. 211-223.

⁵¹ ARENS, Tobias, "Die Geltendmachung des datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruchsdurch Vertreter", Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2021, s. 3417. Avukatlık mesleğinin güvenilirliği göz önüne alındığında vekâletnamenin aslının

mahkemesi, müvekkili adına bilgi talebinde bulunan avukata, vekâletnamesinin aslını sunmadan herhangi bir bilgi verilmemesi gerektiğine karar vermiştir.⁵²Keza, Stuttgart Bölge Mahkemesi de bilgi talebini ıleri sürmek için üçüncü bir kişiye vekâlet verilmesi halinde, bilgi talebinde bulunulduğu sırada vekâletnamenin varlığının veri sorumlusuna ispatı gerektiğine hükmetmiştir.⁵³

GVKT m. 15 ve m. 80 uyarınca, kişiler vekil vasıtasıyla kişisel verilere erişim hakkını kullanabilir. Ancak bu halde veri sorumlusunun, vekilin müvekkilinin kişisel verilerini erişim yetkisini denetlemesi gerekir. GVKT'nin Başlangıç kısmınının 64. paragrafı uyarınca, veri sorumlusu, 15. madde çerçevesinde erişim talebinde bulunan ilgili kişinin kimliğini doğrulamak için tüm makul önlemleri almalıdır.

2. Ölenin Kişisel Sağlık Verileri Bakımından Vekâlette Özel Yetki

TMK m. 28/1 hükmü uyarınca, kişilik ölümle son bulur. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar da ölümle birlikte sona erer ve mirasçılara intikal etmez. Kişisel verilerin korunması hakkı, kural olarak ölümle son bulacak ve mirasçılara geçmeyecektir. TBK'nın 513/1. maddesi uyarınca, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça vekâlet sözleşmesi, vekâlet verenin ölümüyle kendiliğinden sona erer. Kendisine dava vekâletnamesi verilen avukat da müvekkilinin ölümünden sonra, kural olarak, onun adına dava açamayacağı gibi, açılmış bir davada usûl işlemleri yapamaz.

Kanun koyucu, TBK'nın 513/2. maddesinde ölümle vekâlet ilişkisini sona erdirmekle beraber, ilgililerin menfaatlerini koruma amacıyla vekâlet görevine "*Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.*" ifadesine yer vermiştir. Özellikle gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından ölüme rağmen avukat

aranmasının gereksiz olabileceği görüşü için bkz. PAAL, Boris/ KRITZER Ina, "Geltendmachung von DS-GVO-Ansprüchen als Geschäftsmodell" Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2022, 2437.

⁵² Amtsgericht (Berlin) Mitte Urteil vom 29.07.2019, Az. 7 C 185/18 (https://www.werner-ri.de/fileadmin/Amtsgericht_Berlin-Mitte_29.07.2019_7_C_185-18_Volltext.pdf) (Erişim Tarihi 27.11.2022).

⁵³ OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2021 - 9 U 34/21 (<https://openjur.de/u/2354794.html>) (Erişim Tarihi. 27.11.2022).

vekâleti ifaya devam edebilir. Örneğin açılan davada kanun yoluna başvuru süresi dolmak üzereyken, müvekkil vefat etmişse; süresinde başvuru yapılmasını sağlamak üzere avukatın vekâlet görevi ifası geçerli kabul edilmektedir. Ancak daha sonrasında, bu avukatın göreve devam edebilmesi için mirasçılardan anılan avukata vekâlet vermeleri gerekir.

Özellikle malpraktisten kaynaklanan tazminat davalarında, kişinin hayattayken vermiş olduğu vekâlet kişisel sağlık verilerine erişime ilişkin özel yetki içerse dahi, ölüm ile birlikte sona ereceğinden, işlevsiz hale gelecektir. Bununla birlikte vekil, müvekkilinin öldüğünü bilmeden dava açmış veya usul işlemleri yapmışsa, kural olarak bu işlemler askıda geçersizdir.

Yönetmeliğin 11. maddesinde ölmüş bir kişinin kişisel sağlık verilerine ulaşılabilmesi hakkında da özel bir düzenleme getirilmiştir. Öncelikle maddenin ilk fıkrası gereğince, ölmüş bir kişinin sağlık verilerinin en az yirmi yıl süreyle saklanması gerekir. Maddede açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, söz konusu sürenin, ilgili kişinin ölümüyle başlayacağı kabul edilmelidir. Yani veri sorumlusu, ölen kişinin kişisel verisinin ne zaman edinilmiş olduğundan bağımsız bir şekilde, bu kişinin ölümünden itibaren yirmi yıl boyunca kişisel sağlık verisini saklamakla yükümlü kılınmıştır.

Yönetmeliğin 11/1. maddesinde veri sorumlusu tarafından yukarıda açıklanan sürede ölenin kişisel verilerine erişimin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin düzenleme “*Ölmüş bir kimsenin sağlık verilerini almaya, veraset ilamını ibraz etmek suretiyle murisin yasal mirasçıları münferit olarak yetkilidir.*” ifadesiyle ortaya konmuştur. Maddede yer verilen “*münferit*” terimi nedeniyle her bir yasal mirasçının bu talepte bulunmaya yetkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda her bir yasal mirasçının avukatının da ölenin kişisel sağlık verilerine erişimi mümkün olmalıdır. Ayrıca ölenin kişisel sağlık verilerinin mahkeme tarafından istenmesi de mümkündür.

Yönetmeliğin 11. maddesinde ölenin kişisel sağlık verilerine erişim hakkı olan kişiler “*murisin yasal mirasçıları*” olarak belirlenmiştir. Bu noktada mirasçılık belgesinin işlevi, sadece kişinin mirasçı olup olmadığının ispatına ilişkindir. Asıl üzerinde durulması gereken, mirasbırakının atanmış mirasçılarının da ölenin kişisel sağlık verilerine erişim hakkına sahip olup olmadıkları meselesidir. Yönetmelikte açıkça yasal mirasçılardan söz edilmiş olmakla birlikte, mirasbırakanın atanmış mirasçılarının da bu hakka sahip olmaları gerektiğinin kabulü miras hukuku gereğidir.

Buna rağmen, Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun 18.09.2019 tarihli ve 2019/273 sayılı Karar Özetinde⁵⁴ ölen kişiye ait kişisel sağlık verilerine ilişkin talebin, KVKK'nın 11. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple KVKK'da ölmüş kişilerin kişisel verilerinin korunmasına dair özel bir düzenleme yapılarak, veri sorumlularının ölen kişilerin verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerinin sınırlandırılması gereği değerlendirilmelidir.⁵⁵

Bu konuda değinilmesi gereken diğer bir mesele de Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca mirasçılardan avukatlarının, ölenin kişisel sağlık verilerine erişimi için, mirasçılar tarafından kişisel verinin işlenmesi ve aktarılması için özel olarak yetkilendirilmelerinin gerekli olup olmadığıdır. Kanaatimizce mirasçılara tanınmış bu hak ve yetkiden, vekâletinde özel bir yetki düzenlemesi bulunmayan avukatların da yararlanabilmesi gerekir. Yönetmeliğin 10. maddesindeki düzenlemenin bir istisna olması nedeniyle, dar yorumlanması ve ölenin kişisel sağlık verileri açısından açıkça düzenlenmemiş bu istisnanın yorum yapılarak ölenin kişisel sağlık verilerine erişim için de kabul edilmemesi yerinde olur.

SONUÇ

Kişisel sağlık verileri, ilgili kişi dışında kalanlarca alenileştirilmeleri ya da veri sahibi tarafından istenmeyen kişilerce öğrenilmeleri halinde,

⁵⁴ “Ölü bir kişinin eşinin Kurumumuza yaptığı başvurusunda özetle; 2018 yılında vefat eden eşinin yasal mirasçısı olarak eşinin İstanbul’da tedavi görmüş olduğu Klinikten tüm medikal ve diğer bilgilerini talep ettiğini, bu talebini içeren bir mektubu taahhütlü posta ile bahse konu Kliniğe iletildiğini, postanın karşı tarafça alındığını, ancak kendisine bir yanıt verilmediğini, Bunun üzerine bahse konu taleplerini içeren bir epostayı Kliniğin elektronik ortamdaki adresine iletildiğini ve yanıt olarak resmi olmayan yollarla kendisi ile veri paylaşamayacağını iletildiğini ifade ederek, eşinin başvurusunda yer alan verilerine erişim talebinde bulunmuştur. Konuya ilişkin yapılan değerlendirme neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/09/2019 tarih ve 2019/273 sayılı Kararı ile; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 3 üncü maddesinde ilgili kişinin “kişisel verileri işlenen gerçek kişi” olarak tanımlandığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinde ise kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümlü sona erdiği hükmünün yer aldığı, Kanunun 11. maddesine göre ilgili kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceği, hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; talep edilen kişisel verilerin talep eden gerçek kişiye ilişkin olmaması ve ölmüş kişiye ait olması sebebiyle talebin, Kanunun 11. maddesi kapsamında bir talep olarak değerlendirilmeyeceği, kanısına varıldığından bu hususta 6698 sayılı Kanunun kapsamında yapılacak bir işlemin olmadığına karar verilmiştir.” (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273> Erişim Tarihi: 20.11.2022).

⁵⁵ UÇAK, Murat, “Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 10, 2021, s. 113.

ilgili kişinin bu durumdan zarar görmesine, mağduriyet yaşanmasına sebebiyet verebilecek özel nitelikli kişisel verilerdendir. Özel bir koruma statüsüne sahip bu verilere, ilgili kişinin idari yollara başvurmak, dava açmak gibi çeşitli sebeplerle erişme ihtiyacı duyması doğaldır. İlgili kişi doğrudan bu verilere erişme imkan veya zamanına sahip olamadığında temsilci vasıtasıyla bu hakkını kullanmak isteyebilir. Ancak özel nitelikli kişisel verilerin gerektirdiği daha nitelikli koruma ihtiyacı, bu hallerde temsilin özel olarak düzenlenmesini gerekli kılar.

Bu bağlamda, veri sahibinin kişisel sağlık verileri de dahil olmak üzere özel nitelikli kişisel verilerine, onu temsilen üçüncü kişilerin erişmesine imkan vermek istediğinde, bu hususta üçüncü kişinin özel olarak yetkilendirilmesi aranmalıdır. Temsilcinin avukat olduğu hallerde, vekâletnamesinde özel yetkinin aranması bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu suretle, kişisel sağlık verilerinin kötüye kullanılması ihtimali minimize edilerek hukuki güvenlik bakımından daha nitelikli bir koruma sistemi teşkil edilmiş olur.

Medenî usûl hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında, taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) egemen olduğu için, avukatların müvekkillerinin haklarını korumak amacıyla yargılama öncesinde veya sırasında, dava malzemesi hakkında araştırma yapması gerekmektedir. Avukatların hukuk devletinde olması gereken yargılama diyalektiğine uygun şekilde görevlerini ifa edebilmeleri için, çeşitli bilgi ve belgelere ulaşmaları gerekmektedir. AvK m. 2/II avukatlara bu hususta yetki vermektedir. Ancak anılan hükümde, bu yetkinin kanunla sınırlandırılabilceği de belirtilmektedir.

Kişisel sağlık verileri açısından özel düzenleme, Yönetmeliğin 10. maddesinde bulunmaktadır. Yönetmelik düzenlemesi uyarınca, avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edemezler; vekâletnamede, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması halinde, avukatlar müvekkillerinin sağlık verilerine erişmeyi talep edebilirler. Ancak HMK'da, vekâletnamede özel yetki bulunmasını gerektiren hallerin kanunla düzenlenmesi gereği açıkça hüküm altına alındığından Yönetmelik düzenlemesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu söylemek gerekir. Böyle bir düzenleme, mutlak suretle kanunla yapılmalıdır. Keza Yönetmelik hükmü, avukatların, bilgi ve belgelere ulaşma yetkisine ilişkin sınırlamaların kanunla yapılması gereğiyle de çalışmaktadır.

Sonuç olarak, kanun yapma tekniği açısından kişisel sağlık verileri de dahil olmak üzere, özel nitelikli verilere ilgilinin vekilinin erişebilmesi için, vekâletnamesinde açık bir özel yetki bulunması gereğinin Kanunla düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Yönetmelikteki düzenleme kapsam ve şekil açısından sorunlu olup, ihtiyacı karşılar nitelikte değildir. Yapılacak kanuni düzenleme başta avukatlar olmak üzere, bu hususta vekil olabilecekleri, vekâletin kapsamı ve şeklini açıkça düzenlemeli; tereddüde mahal bırakmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AĞAR**, Serkan: "Dava Vekâletinin "İllâ" Noterden Düzenlenmesi Şart mı?", Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 2, 2010, s. 211-223.
- AKÇAAL**, Mehmet/ **YELMEN**, Adem: "Kişisel Verilerin Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirilmesi", Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 81-117.
- AKGÜN**, Aydın: "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", Danıştay Dergisi, S. 133, 2013, s. 21-50.
- AKIN**, Murat Yusuf: "Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi'nin E 2002/414 K 2002/1200 Sayı ve 4.2.2002 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 333-350.
- AKKURT**, Sinan Sami: "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid 19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukukî Bir Bakış", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Y. 19, S. 38, 2020/2, s. 142-160.
- ALÇIN**, Ayşe Aslı: "Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 13, S. 51, 2022, s. 365-410.
- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**: Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.
- ARENS**, Tobias: "Die Geltendmachung des datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruchs durch Vertreter", Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2021, s. 3417-3421.
- ATALAY**, Havva Nur: "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması", Journal of Academic Perspective on Social Studies, 2021, S. 1, s. 1-20.
- BADUR**, Emel: "Boşanma Davalarında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 162, 2022, s. 205-249. (Sağlık Verileri)
- BADUR**, Emel: "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", Erzurumluoğlu Armağanı, Emel Badur (Editör), Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 99-121. (Özel Yaşam)
- BAŞPINAR**, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

- BAYINDIR**, Hamza: Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması, İstanbul 2020.
- BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer / **MEMİŞ**, Burak: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2019, s. 313-337.
- BUDAK**, Ali Cem/ **KARAASLAN**, Varol: Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021.
- BUDAK**, Ali Cem: “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2004, s. 363-373.
- BÜYÜKÇAĞLAR**, Serkan/ **BÜYÜKÇALI**, Mürvet Ece: “Kişisel Verilere Erişim Hakkı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, C. 20, S. 234, 2022, s. 2155 -2234.
- DOĞANCI**, Doğa Ekrem: “Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2014, s. 95-131.
- DÖNMEZ**, Zeynep/ **TAŞTAN**, Furkan, Güven: “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunda Rızanın Geri Alınmasının Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 199-237.
- DURMUŞ**, Veli: “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi, C. 14, S. 1, 2021, s. 67-76.
- DÜLGER**, Murat Volkan: “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2015, s. 43-80.
- ERDÖNMEZ**, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.
- ERKAN**, Vehbi Umut: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 2, 2013, s. 441-472.

- FULFORD, Nicola/ CAREY, Peter:** “Special Categories of Data”, Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford 2018.
- GÖZÜTOK, Zeki/ ALBAYRAK, Adem:** Alfabetik Medeni Usûl El Kitabı, Ankara 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- HAKALMAZ, Ezgi:** Hekimlik Sözleşmesi Bağlamında Kişisel Sağlık Verilerinin Kullanılması ve İşlenmesi, İstanbul 2021.
- HAKERİ, Hakan:** Tıp Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020.
- İNCEOĞLU, Murat:** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- İYİMAYA, Ahmet:** “Temsil Yoluyla Bağıtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3-4, 1993, s. 362-384.
- İZGİ, Cumhur M.:** “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 25-37.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay:** Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2021.
- KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, İstanbul 2001.
- ODUNCU, Leyla:** “Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 1, 2004, s. 209-241.
- ORAK, Beşir:** Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Ankara 2020.
- ÖGET, Mehmet:** “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, C. 85, S. 3, 2020, s. 189-260. (Özel Sağlık Kuruluşları)
- ÖGET, Mehmet:** “Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumlarının Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Hukuki Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Dergisi, S. 18, 2020, s. 455-512. (Kamu Kurumları)
- ÖMÜR, Rahmi Can:** “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2018, s. 133-180.

- ÖZER**, Oktay: “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Aktarılmasının Hukuki Boyutu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 3, 2018, s. 76-88.
- PAAL**, Boris / **KRITZER** Ina: “Geltendmachung von DS-GVO-Ansprüchen als Geschäftsmodell”, Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2022, 2433-2439.
- RÜZGARESEN**, Cumhuriyet: Avukatlık Noterlik Hukuku, Ankara 2022.
- SELÇUK**, Seyhan: Medenî Usûl Hukukunda Dava Vekâletnameleri, Ankara 2011.
- SERT SÜTÇÜ**, Selin: “Covid-19’un Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 177, 2021, s. 931-938 (Covid-19).
- SERT SÜTÇÜ**, Selin: “Tüketici Hukukundaki Haksız Şartlar Bağlamında Kişisel Verilerin Korunmasının Açık Rıza Bakımından Değerlendirilmesi”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 529-555 (Haksız Şartlar)
- ŞENOCAK**, Kemal: “Kişisel Veri Kavramının Kapsamı ve Unsurları”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara 2022, s. 1-47.
- TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, C. 2, 3. Baskı, Ankara 1984.
- TANRIVER**, Süha, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ankara 2023.
- TANRIVER**, Süha: “Genel Vekâlet (Temsil) Özel Vekâlet (Temsil) Ayırımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1-2, 1998, s. 45-50 (Vekâlet).
- TANRIVER**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, C. I, Ankara 2020 (Usûl).
- TANRIVER**, Süha: Noterlik Açısından Vekâlet, 2. Baskı, Ankara 2001 (Noterlik).
- TAŞTAN**, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- TAŞTEKİN**, Sinem: “Vekilin Vekâlet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2019, s. 83 - 105.
- TOK**, Ahmet/ **GÜN TOK**, Sabiha: “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 5, 2016, s. 15-41.

- UÇAK**, Murat: “Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 10, 2021, s. 97-123.
- ÜÇÜNCÜ**, S. Hilal: Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- YAVUZ**, Cevdet/ **AÇIKGÖZ**, Osman: "Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 677-693.
- YILMAZ**, Ejder: “Genel Vekâletname–Özel Vekâletname Ayırımı” Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 86, 1995, s. 12-18.
- YILMAZ**, Sabire Sanem: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerine Bakış”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 161, 2020, s. 101-110 (Sağlık Veri).
- YILMAZ**, Sabire Sanem: Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 3. Baskı, Ankara 2019 (Kişisel Veri).
- YÜKSEL**, Gürbüz: “Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C. 6, S. 1, 2018, s. 1-10.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2014.

DEPREMDEN HASAR GÖREN BİNALARIN SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ – I – SÖZLEŞME SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT*

Öz

6 Şubat 2023'te yaklaşık dokuz saat arayla gerçekleşen ve merkez üsleri Gaziantep ile Kahramanmaraş olan 7.8 ve 7.5 büyüklüklerinde iki ana deprem meydana geldi. Şubat 2023 sonu itibariyle açıklanan resmî rakamlara göre bu iki deprem ve artçıları sonucunda Türkiye'de yaklaşık "kırk dört bin" kişinin hayatını kaybettiği tahmin edilmektedir. Yine resmî kayıtlar nazara alınarak yapılan açıklamalarda Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ve hatta 1268 Kilikya depreminden beri genel olarak Anadolu coğrafyasında en fazla can kaybına neden oldukları ifade edilen bu depremler, bir "deprem ülkesi"nde yaşadığımızı en sarsıcı sonuçlarıyla maalesef bir kez daha ortaya koymuştur.

Bu çalışma, öncelikle anılan depremlerden kaynaklanan zararlardan muzdarip, sayıları on binlerle ifade edilen kişinin ve bu kişilere hukukî çare aramakta olan çok sayıda hukukçunun hukuksal arayışlarına genel hatlarıyla ve fakat ivedilikle bir rehber oluşturmak; deprem zararları karşısında müracaat edilebilecek hukukî müesseseleri ve ilgili (genel) hükümleri ihtimaller dairesinde araştırmak ve anılan hususları sistematik, derli toplu şekilde ortaya koymak gayesiyle

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Konya, Turkey.

✉ samiakkurt@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-9421-2412

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: AKKURT Sinan Sami, "Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I - Sözleşme Sorumluluğu", SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 229-260.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

hazırlanmıştır. Bununla birlikte çalışma yalnızca anılan münferit doğal felaket hakkında değil, bir “deprem ülkesi”nde yazıldığıının bilinciyle, benzer durumların geneli bakımından geçerlilik arz edebilecek şekilde (genel prensip ve kurallar temel alınarak) hazırlanmaya gayret edilmiştir.

Sorumlular ve sorumluluk, genel olarak zarar görenlerle sorumluluk sùjeleri arasındaki hukukî ilişkilere göre belirlendiği ve şekillendiği için, iki kısımdan oluşması öngörülen çalışmanın bu ilk kısmında deprem hasarlı bina zararlarından kaynaklanan sözleşme sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci kısmını teşkil eden haksız fiil sorumluluğunun ise müstakil bir çalışma olarak ayrıca yayımlanması amaçlanmaktadır.

Yitirdiklerimizin sonsuz anısına saygıyla.

Anahtar Kelimeler

Deprem • Bina • Zarar • Sorumluluk • Sözleşme

OVERVIEW OF LEGAL LIABILITY ARISING FROM DAMAGES CAUSED BY EARTHQUAKE DAMAGED BUILDINGS – I – CONTRACTUAL LIABILITY

Abstract

On February 6, 2023, two earthquakes with a magnitude of 7.8 and 7.5 occurred with an interval of 9 hours. Their epicenters were respectively in Gaziantep and Kahramanmaraş/ Türkiye. According to the official figures announced as of the end of February 2023, it is estimated that approximately “forty-four thousand” people lost their lives as a result of these two earthquakes and their aftershocks. Again, according to the current official records, these earthquakes, which are stated to have caused the most loss of life in the Anatolian geography in general since the 1268 Cilicia earthquake and also the history of the Republic of Türkiye, once again proved that we are living in an “earthquake country” with the most shocking results.

This study has been prepared with the aim of forming a general guide for the legal pursuits of tens of thousands of people who suffer from the damages caused by the aforementioned earthquakes, and many lawyers who seek legal remedies for these people. The study has been written to reveal the legal institutions and related provisions that can be applied against earthquake damages in terms of possibilities and to remind them in a systematic way. However, with the awareness that the study is not limited to this individual natural disaster, on the contrary, it has been written in an “earthquake country”, it has been tried to be prepared (based on general principles and rules) to be valid for similar situations in general.

Since the liable persons and their liability are generally determined according to the legal relations between the damaged/ injured persons and the subjects of

liability, in this first part of the study, which is expected to consist of two parts, the contractual liability arising from earthquake damages is emphasized. The second part on tort liability is intended to be published separately as an independent study.

With respect to the eternal memory of those we lost.

Keywords

Earthquake • Structure • Loss/ Damage • Liability • Contract

TAKDİM VE GİRİŞ

Kamuoyu nezdinde her ne kadar “deprem zararları” tabiri kullanılmışsa da bu tür karakteristik zararlara bilfiil depremin değil büyük ölçüde sarsıntı dolayısıyla yıkılan binaların sebep olduğu bilinmekte, bu husus uzmanlar tarafından da vurgulanmaktadır. Dolayısıyla çalışmada da yer yer kullanılmış olma olasılığı bulunan “deprem zararları” tabirinden anlaşılması gereken, deprem dolayısıyla yıkılan binaların sebep oldukları zararlardır.

Bu zararlar genel olarak ölüm, yaralanma (cismanî zarar) ve/ veya maddî zarar (malvarlığı zararı) şeklinde tezahür etmektedir. Ölüm hâlinde geride kalan yakınların destekten yoksun kalmaya ve manevî zarara, yaralanma hâlinde maddî ve manevî zarara, malvarlığı zararları karşısında ise maddî zarara ilişkin tazminat talepleri genel hükümlere tâbi olup (TBK m. 53 vd.), çalışmada bu hususlara ayrıca ve özel olarak değinilmemiştir.

Nitekim çalışmanın amacı hemen tüm ders kitaplarında veya (varsa) haklarında etraflıca yazılmış münferit monografilerde bulunabilecek genel hususları tekrar etmek değil, özellikle yazıldığı tarih itibarıyla “6 Şubat 2023 Gaziantep – Kahramanmaraş Depremleri¹”nden kaynaklanan zararlardan muzdarip, sayıları on binlerle ifade edilen kişinin ve bu

¹ “Adı geçen depremler Şubat 2023’te 9 saat arayla gerçekleşen, merkez üsleri sırasıyla Gaziantep’in Şehitkamil ilçesi ve Kahramanmaraş’ın Ekinözü ilçesi olan, 7,8 Mw ($\pm 0,1$) ve 7,5 Mw büyüklüklerindeki iki depremdir. Depremler sonucunda Türkiye’de resmî rakamlara göre en az 44.374 ... kişi öldü. Mevcut resmi kayıtlara göre Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ... ve 1268 Kilikya depreminden beri Türkiye tarihinde en fazla can kaybına neden olan deprem(ler)dir. Deprem anında Türkiye’de en az 6 bin binanın yıkıldığı tespit edildi. 114.991’i Türkiye’de olmak üzere toplam 129 binden fazla kişi yaralandı. Depremlerin ardından en az 5 milyon kişinin bölgeden farklı kentlere göç ettiği tahmin ediliyor. Depremlerin ardından büyüklüğü 6,7 Mw’e kadar varan en az 9.990 artçı sarsıntı gerçekleşti”. Bkz. Wikipedia, “2023 Gaziantep-Kahramanmaraş depremleri”, <https://bit.ly/3ZqDnqu> (Erişim Tarihi: 27.02.2023).

kişilere hukukî çare aramakta olan çok sayıda hukukçunun hukuksal ara-yışlarına genel hatlarıyla (naçizane) bir rehber oluşturarak, deprem zarar-ları karşısında müracaat edilebilecek hukukî çareleri, müesseseleri ve il-gili hükümleri ihtimaller dairesinde ivedilikle göz önüne sermek; bu hu-susları sistematik, derli toplu şekilde ortaya koymaya çalışmaktır. Bu-nunla birlikte çalışma yalnızca anılan bu münferit doğal felakete hasre-dilmemiş, bilakis bir “deprem ülkesi”nde yazıldığının bilinciyle, benzer durumların geneli bakımından geçerli olacak şekilde (genel prensip ve kurallar temel alınarak) hazırlanmaya gayret edilmiştir.

Deprem zararlarından sorumlu olan sùjeler, zarar görenle arala-rında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığına göre belirlenmekte ve so-rumluluk da yine bu ayırıma göre şekillenmektedir. Örneğin yıkılan bir binada kiracı sıfatıyla oturan kişinin zarara uğraması karşısında kiraya verenin olası sorumluluğu sözleşme temeline (de) dayandırılabilirken, o esnada aynı evde misafir olarak bulunan üçüncü kişinin uğradığı zarar karşısında aynı kişinin kiraya veren sıfatıyla sözleşme sorumluluğu bu-lunmamakta fakat şartları dâhilinde yapı maliki (ev sahibi) sıfatıyla hak-sız fiil temeline dayanan kusursuz sorumluluğu cereyan edebilmektedir.

İşte çalışmada zarar gören ve sorumlu kişiler arasındaki muhtelif hukuki bağlar olasılıklar dairesinde temel alınarak, hangi durumda hangi sorumluluğun gündeme gelebileceği genel hükümler çerçevesinde ortaya koyulmaya çalışılmış, ancak daha etraflıca araştırma ve dolayısıyla za-man gerektiren özel mevzuata² konunun aciliyeti dolayısıyla (henüz); kamu hukuku boyutlarına ise uzmanlık alanı dışında kalması nedeniyle değinilmemiştir³.

² Her ne kadar özel mevzuat kapsam dışında tutulduğu için etraflıca üzerinde durul-mamış olsa da kısaca belirtmek gerekir ki çalışmada belirtilen sorumluluk sùjeleri-nin yanı sıra 4708 sayılı “Yapı Denetimi Hakkında Kanun” kapsamında faaliyet gös-teren “Yapı Denetim Kuruluşları” da yapı sahibine ve idareye karşı denetim görev-lerinden kaynaklanan “sözleşme sorumluluğu” altındadırlar. Nitekim yapı denetim hizmeti, yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütülür (4708 sayılı Kanun m. 2/I, c. 2). Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müel-lifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; 4708 sayılı Kanunun uygulanma-sından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur (4708 sayılı Kanun m. 3/III). Ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, C. V/1, 2, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 425 vd.

³ Ancak özellikle cezaî sorumluluk noktasında kısaca değinmek gerekir ki deprem se-bebiyle hasar gören yapılarda maruz kalınan zararın özellikle ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür ettiği durumlarda yapıyı inşa eden yüklenici(ler), denetimi yerine

Bu çerçevede deprem zararlarından kaynaklanan sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının ayrı ayrı incelendiği çalışmanın bu ilk kısmı sözleşme sorumluluğuna ilişkindir. Zarar görenler ve sorumlular arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan durumlarda müracaat edilebilecek haksız fiil sorumluluğunun ise müstakil bir çalışma olarak ayrıca yayımlanması amaçlanmaktadır.

I. GENEL OLARAK

Genel olarak sözleşme sorumluluğu (akdî sorumluluk), âkit tarafın aralarındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerine hiç veya gerektiği gibi riayet etmemesi nedeniyle diğer âkit tarafın zarara uğraması durumunda söz konusu olur. Dolayısıyla bir sözleşme ilişkisinde borçlunun, bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğüne “sözleşme sorumluluğu” adı verilir⁴.

Deprem dolayısıyla konut, işyeri gibi sair bina veya yapıların yıkılması nedeniyle meydana gelen zararlarda sözleşme sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikle, yapının yıkılması nedeniyle zarar gören kişi(ler) ile bu yapıyı on(lar)a temin eden kişi(ler) arasında anılan temine ilişkin bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve yapının yıkılması dolayısıyla meydana gelen zararın, bunu zarar görene temin eden kişinin ilgili sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanması gerekir. Diğer deyişle zarar,

getirmekle görevli yapı denetçileri ve mühendisler, inşaat ruhsatı ile yapı kullanma izin belgesini veren yetkililer, denetim görevini yerine getirmeyen belediye tüzel kişilikleri, görevli imar müdürlüğü personeli ile bakanlık yetkilileri ile depremin zararlı sonuçlarının giderilmesine yönelik önlemlerin alınmasına memur her düzeydeki resmî makam ve yetkili aleyhinde hasar gören veya yıkılan yapının bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Savcılıklarına şikâyetle bulunulabileceği; özellikle ölüm hâlinde böyle bir şikâyetle bulunulmasa dahi Cumhuriyet Savcılıklarının re’sen soruşturma başlatmak ve delillerin toplanmasını sağlamak yükümlülükleri bulunduğu, Türkiye Barolar Birliği tarafından resmî site ve hesapları üzerinden bildirilmektedir. Bkz., <https://bit.ly/3KJCDss> (Erişim Tarihi: 28.02.2022). Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**: Depremzedeler İçin Hukuk Rehberi, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 410, Ankara 2023, s. 9 vd.

⁴ **DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre**: Sorumluluk Hukuku (Çeviren **ÖZDEMİR, Salim**), Ankara 1983, s. 2 vd.; **TANDOĞAN, Haluk**: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Mesuliyet), s. 2 vd.; **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. I, Bası 11, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 20, İstanbul 2022*), (I), s. 414 vd.; **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (*Güncel Baskı 26, Ankara 2021*), (Genel), s. 574.

hasar gören yapıyı yapı sakinine bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde temin eden kişinin bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gerektiği gibi ifa etmemiş olmasından kaynaklanmalıdır. Örneğin satıcı tarafından depremden hasar gören yapıdaki aybın gizlenmesi, yüklenicinin fen ve tekniğin gerektirdiği kalitede malzeme kullanmamış olması, ev sahibinin zarar görene kiraya verdiği evin kolonlarını önceden kesmiş olmasında durum, somut olayın şartları da göz önünde bulundurulmak kaydıyla genellikle böyledir.

Sözleşme sorumluluğu yalnızca taraflar arasında cereyan eder⁵. Dolayısıyla depremden zarar gören kişi(ler)in sözleşme sorumluluğuna müracaat edebilmeleri için öncelikle, yapıyı kendilerine temin eden kişiyle aralarında bu temine ilişkin bir sözleşme ilişkisi olması gerekir. Bununla birlikte zarar gören(ler), sözleşme sorumluluğuna yönelik taleplerini yalnızca aralarındaki yapı teminini amaçlayan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemiş ve zarara bu yükümlülüklerini yerine getirmediği için sebep olmuş olan karşı âkit/temin eden(ler)e karşı yöneltebilirler. Örneğin fen ve tekniğe uygun inşa edilmediği için ağır hasar gören bir evi yükleniciye yaptırmış olan ev sahibi, eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde yüklenicinin sorumluluğuna müracaat edebilir. Ancak bu evde deprem esnasında sadece misafir olarak bulunan, yükleniciye yaptırılması bakımından karşı akit (yüklenici) ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan kişilerin sözleşme sorumluluğu hükümleri çerçevesinde ona (sözleşme sorumlusu yükleniciye) müracaat edebilmeleri kural olarak mümkün değildir. Ancak bu kişilerin (örnekteki misafirin), uğradığı zararın tazmini noktasında yüklenicinin sözleşme sorumluluğuna değil ve fakat şartları dâhilinde haksız fiil hükümlerine dayanması mümkün olabilir.

Sözleşme sorumluluğu kusur esasına dayanır. Öyle ki borçlunun sözleşme sorumluluğuna müracaat edilebilmesi için onun, borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemekte kural olarak mutlaka kusurlu olması gerekir. Bu nedenle deprem zararlarından kaynaklanan sözleşme sorumluluğunda sorumluluk süjesi (yani borçlunun; örneğin yüklenicinin, satıcının veya kiraya veren malik), ilgili sözleşmeden kaynaklanan ve gerektiği gibi yerine getirilmemesi dolayısıyla zararın doğmasına sebep olan borcunu hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemekte kendisine hiçbir

⁵ EREN, (Genel), s. 574.

kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, zarar gören alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112). Anlaşıldığı üzere borçlunun sözleşme sorumluluğu için kusur şartı aranmış ve hatta borçlunun kusurunun varlığı konusunda kanunî bir karine ihdas edilmiştir⁶. Depremde yıkılan yapının neden olduğu zarara, sözleşmeden kaynaklanan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemekle neden olan borçlu bu karineyi çürütmedikçe kusurlu kabul edilir.

Burada kısaca belirtmek gerekir ki bir fiilin hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmesi durumunda, isabetli görülen görüş uyarınca sorumluluk sebeplerinin yarıştığı (telâhuk ettiği) kabul edilmektedir⁷. Buna göre somut durumda sözleşme sorumluluğunu gerektiren fiil aynı zamanda haksız fiil niteliğindeyse, zarar görenin dilediği hükümlere müracaat edebileceğinin söylenmesi yanlış olmaz. Örneğin yüklenicinin fen ve tekniğe aykırı şekilde inşa ettiği yapının depremde hasara uğraması nedeniyle zarar doğması durumunda yüklenici, iş sahibine karşı hem sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmediği için sözleşme sorumluluğu, hem de bu davranış aynı zamanda haksız fiil niteliğinde olduğu için haksız fiil sorumluluğu altındadır. Böyle bir durumda zarar gören iş sahibi, şartları dâhilinde dilerse sözleşme sorumluluğuna dilerse haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere dayanarak yükleniciden zararının giderilmesini isteyebilir. Hatta TBK m. 60 uyarınca hâkim, önüne gelen somut uyuşmazlıkta birden çok

⁶ **BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 346 ff.; **BECKER**, Hermann: Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht II. Abteilung, Bern 1944, Art. 97, N. 96 ff.; **OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm: Zürcher Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht II, 2. Auflage, Zürich 1936, Art. 97, N. 15; **von TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts II, Zürich 1974, § 69, V, s. 117; **EREN**, (Genel), s. 574 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 415.

⁷ **OFTINGER**, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 2. Auflage, Zürich 1958, s. 484; **TANDOĞAN**, s. 537; **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 981; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. II, Bası 10, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 17, İstanbul 2022*), (II), s. 286. Sözleşme sorumluluğuna dayanma imkânı varken haksız fiil sorumluluğuna dayanılamayacağı yönünde bkz. karşı. **von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 1979, § 46, I, 2, s. 407; **von TUHR/ESCHER**, § 68, V, s. 108. Aynı durumda haksız fiil esaslarına üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. karşı. **JÄGGI**, Peter: Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, Fribourg 1968, s. 181 ff.

sorumluluk sebebinin yarışması durumunda, zarar gören aksini istemiş olmadıkça ona en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermekle yükümlü kılınmıştır.

Deprem zararları karşısında sözleşme sorumluluğunu gündeme getirmeye müsait *tipik* sözleşmelerin en yaygın olanları “satış”, “eser” ve “kira” sözleşmeleridir. Zira bu üç sözleşme tipi, depremden zarar görmüş olan yapı sakininin o yapıyı temin etmesinin en yaygın hukukî sebebinin teşkil eder. Nitekim deprem esnasında yıkılan veya hasar gören yapı dolayısıyla zarara uğrayan ve sözleşme sorumluluğuna müracaat etmek isteyen kişi ya o yapıyı önceki malikten satın almış, ya bir yükleniciye yaptırmış ya da kiraya verenden (hâlihazırda malik olan kişiden) kiralamış olmalıdır⁸.

Aşağıda, anılan bu üç sözleşme tipinden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı hareket edilmiş olması dolayısıyla ilgili yapının yıkılmasından zarar gören kişilerin müracaat edilebilecekleri genel hukukî müesseselere/ düzenlemelere ayrı ayrı değinilecektir.

II. SATIŞ SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

Satın aldığı konut, işyeri veya benzeri yapıların deprem dolayısıyla maruz kaldığı hasar dolayısıyla zarara uğrayan kişi(ler)in, sözleşme sorumluluğu çerçevesinde söz konusu yapıyı satın aldıkları kişiye (satıcıya) karşı şartları dairesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat edebilmeleri mümkündür (TBK m. 219 vd.).

Bu anlamda “ayıp”, satış konusu yapıda dürüstlük kuralı gereğince (zaten) bulunması gereken veya satıcı tarafından açıkça vaadedilen niteliklerdeki, bu yapıyı kullanmayı veya bundan faydalanmayı önemli ölçüde güçleştirecek veya imkânsız kılacak ölçüdeki eksiklik veya yokluktur⁹. Örneğin satıcı tarafından imar planına ve fennî projeye uygun

⁸ Çalışma genel esaslar üzerinden kurgulandığı için, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi bir yapıyı alacaklıya temin amacına yönelik ya da orayı kullanma ve/veya yararlandırma amacı taşıyan sair *atipik* sözleşmeler ile sınırlı aynı hak tesisine yönelik muhtelif akdî ilişkiler üzerinde durulmamış; yalnızca en yaygın karşılaşılan *tipik* sözleşmeler üzerinde durulmuştur. Ancak elbette ki taraflar arasında sözleşme sorumluluğuna yol açabilecek *tipik olmayan* başkaca akdî ilişkiler de mevcut olabilir.

⁹ **HONSELL**, Heinrich: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 192-210, 5. Auflage, Basel 2011 (BSK OR), Art. 197, N. 1; **HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich – Basel – Genf 2012, N. 2585; **KELLER**, Max/**SIEHR**, Kurt: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Auflage, Zürich 1995, s. 71; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara

olarak inşa edildiği, son derece kaliteli malzeme kullanıldığı, depreme dayanıklı olduğu gibi vaatlerle satılan bir konutun, esasında vaadedilen bu nitelikleri taşımaması, somut olayın özellikleri dairesinde rahatlıkla “ayıp” olarak nitelendirilebilir¹⁰. İşte böyle durumlarda hatta örnekte anılan hususlar satıcı tarafından özel olarak vaadedilmemiş olsa dahi TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralı gereğince yapının deprem dolayısıyla hasara uğraması karşısında satıcının “ayıba karşı tekeffül sorumluluğu¹¹” gündeme gelir. Nitekim yapının fenni projeye ve imara uygun yapılması, fen ve tekniğe uygun malzeme kullanılarak inşa edilmiş olması gibi hususlar, satıcı tarafından özel olarak vaadedilmesi gerekmeyen, zaten her yapıda dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken esaslı vasıflardan-
dır¹².

Satıcı ayıpları bilmesede dahi bunlardan sorumludur (TBK m. 219/II). Buna göre ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için satıcının kusurlu olması gerekmez¹³. Örneğin satıcının, sattığı yapının

2019 (*Güncel Baskı 10, Ankara 2022*), (Özel), s. 102; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2018, (*Güncel Baskı 21, İstanbul 2021*), s. 117; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2021 (*Güncel Baskı 18, İstanbul 2022*), s. 73 vd.; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018 (*Güncel Baskı 15, Ankara 2022*), s. 103; **GÜMÜŞ**, M. Alper: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 68; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler (Özet Kitap), 2. Baskı, Ankara 2022, s. 46 vd.; **SERT SÜTÇÜ**, Selin: Satış Sözleşmesi, ÖZ, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 89 vd.

¹⁰ Satış konusu yapının fizikî, teknik ve kimyasal niteliklerindeki bu tür vasıf eksikliklerinin “maddî ayıp” olarak nitelendirilmesi isabetli görülmektedir. Aynı yönde bkz. **EREN**, (Özel), s. 107 ve a.g.e., dn. 174’te anılan yazarlar.

¹¹ Müessese hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **EDİS**, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963; **YAVUZ**, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989; **KAPANCI**, Kadir Berk: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012; **OKUR**, Sinan: Eine kritische Untersuchung zu den Rechtsbehelfen des Käufers im alten und im neuen türkischen Warenkaufrecht, Bern 2014.

¹² **KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, s. 77 ff.; **HUGUENIN**, N. 2608.

¹³ Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun “kusur”dan bağımsız olmasının bunu “sebeb sorumluluğu” niteliğine getirdiği yönünde bkz. **HONSELL**, BSK OR, Vorbem. zu Art. 197-210, N. 1; **KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta (*Hrsg.*): OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, V. 2, Art. 184-216, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 197, N. 16. Bunun “garanti sorumluluğu” niteliğinde olduğu yönünde ayrıca

imar planına uygun yapılmadığını, başkaları tarafından üzerine kaçak kat çıkıldığını, kolon kesildiğini veya yapıda kalitesiz malzeme kullanıldığını bilmediğini ileri sürmesi, onun ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Ancak satıcıyı ayıplardan sorumlu tutabilmek için alıcının söz konusu ayıp(lar)ı bilmemesi, yapıyı ayıplı hâliyle kabul etmemiş olması gerekir. Buna ek olarak yapıdaki ayıpların, hasarın alıcıya geçtiği andan önce mevcut bulunması gerekir¹⁴. Örneğin kolonları kendisine devir, tes-cil ve teslim edilmeden önce kesilmiş olan ve depremden bu nedenle hasar gören bir yapının alıcısı, zarar gören sıfatıyla satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna müracaat edebileceken; yapıyı satın aldıktan sonra kolonların kendisi veya kiraladığı kiracısı (üçüncü kişi) tarafından kesilmiş olduğu bir faraziye de alıcının, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat edebilmesi mümkün olmaz. Nitekim bu faraziye de ayıbı meydana getiren sebep, yapı satıcının sorumluluk alanındayken değil bilfiil hasar ve yarar kendisine intikal etmiş olan alıcının sorumluluk alanındayken cereyan etmiştir.

Ticarî olmayan satışlarda alıcı, devraldığı yapının durumunu işle-rin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve ya-pıda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Aksi takdirde satış konusu ya-pıyı o hâliyle kabul etmiş sayılır¹⁵ (TBK m. 223/II). Ancak olağan bir göz-den geçirmeyle ortaya çıkartılabilmesi mümkün olmayan “gizli” ayıpla-rın sonradan ortaya çıkması durumunda bunun satıcıya “hemen” bildi-rilmesi gerekir. Aksi takdirde alıcının, gizli ayıbı sonradan ortaya çıkmış yapıyı dahi o hâliyle kabul etmiş sayılması söz konusu olabilir.

Buna göre, deprem dolayısıyla hasar görme nedenleri inşada ka-litesiz ya da eksik malzeme kullanılması gibi gizli ayıplar olan yapıların alıcılarının, bu nedenle uğradıkları zararlardan ötürü satıcı(lar)ın ayıba karşı tekeffül sorumluluklarına ilişkin hükümlere müracaat edebilmeleri için, keyfiyeti ayıbın ortaya çıkmasıyla “hemen” satıcı(lar)a bildirmeleri gerekmektedir. Ancak Kanundaki “hemen” ifadesinin yıkılan yapılar

bkz. **BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auf-lage, Zürich 1988, s. 83; **EREN**, (Özel), s. 103.

¹⁴ **MÜLLER-CHEN**, Markus (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, II – Obligationenrecht, Art. 197-210, 223-225, Zürich – Basel – Genf 2007, Art. 200, N. 3; **HONSELL**, BSK OR, Art. 200, N. 1; **KREN KOSTKIEWICZ**, Art. 200, N. 1.

¹⁵ **EREN**, (Özel), s. 122.

bakımından çok katı yorumlanmaması gerektiği düşünülmektedir. Zira satın aldığı yapıdaki gizli ayıp, bu yapının deprem dolayısıyla yıkılmış olmasıyla ortaya çıkan alıcıdan hemen, derhâl, diğer tüm telaşesini bir tarafa bırakıp ilk iş olarak satıcıya ayıp bildirimde bulunmasının beklene-meyeceği aşikârdır. Bu nedenle depremde hasar gören yapılar bakımın-dan özellikle gizli ayıplara ilişkin bildirim süresinin (Kanundaki “hemen” ifadesinin) de dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması isabetli görül-mektedir¹⁶.

Öte yandan alan genişletmek amacıyla taşıyıcı kolonun önceden kesilmiş olması, binanın üstüne kaçak olarak inşa edildiği aşikâr olan kat(lar) çıkmış olması gibi açık veya normal bir muayene ile kolaylıkla anlaşılabilir olan ayıpların, ilgili yapının devralınmasından itibaren “işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz” gözden geçirilerek, “uygun süre içerisinde” satıcıya bildirilmiş olması gerekir (TBK m. 223/I). Bunu depremde hasar gören yapıyı devraldığı tarih itibariyle ihmal etmiş olan alıcının, söz konusu yapı deprem anında bu ayıp(lar) nedeniyle yı-kılmış olsa dahi satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerine müracaat etmesi mümkün olmaz. Nitekim özellikle açık ayıplarda göz-den geçirme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen alıcı, yapıyı o haliyle kabul etmiş sayılır (TBK m. 223/II, c.1)¹⁷.

Satın aldığı yapı ayıplı olduğu için depremde hasar gören alıcı (zarar gören), yukarıda genel hatlarıyla anılan şartlar dairesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerine müracaat ederek, TBK m. 227/I’de ihdas edilen seçimlik haklardan dilediği birini tercih edebilir. Bunlar; “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme”, “satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme”, “aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme” ve “imkân varsa, satı-lanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme” şeklinde sayılmıştır.

Deprem hasarlarının niteliği gözetildiğinde, zarar gören alıcının, özellikle tümüyle yıkılan ya da ağır hasar gören bir yapı bakımından onu alıkoymakta, yani ikinci bentte ihdas edilen seçimlik hakkı kullanmakta

¹⁶ Durumun özelliklerine göre yedi hatta daha fazla süre geçtikten sonra yapılan ayıp bildirimlerinin dahi vaktinde yapılmış sayılabileceği “aynı” yönünde bkz. **KOLLER**, s. 82; **EREN**, s. 123.

¹⁷ Tekeffül sorumluluğunda gözden geçirme ve bildirim yükümlülükleri hakkında ay-rıntılı bilgi için genel olarak bkz. **YÜCER-AKTÜRK**, İpek: Satım ve Eser Sözleşme-lerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.

pratik bir yararı bulunmaz. Bunun gibi, alıcının ücretsiz onarım isteme hakkını kullanması da ancak aşırı masraf gerektirmediği durumlarda mümkün olabilir. Fakat ücretsiz onarım talebinin, yalnızca hafif (az) veya çok hafif (çok az) hasarlı yapılar bakımından kullanılması önerilmektedir. Nitekim ağır hasarlı yapılarda ücretsiz onarım kuvvetle muhtemel aşırı masraflı olacağından hem bu hakkın kullanılması kanun gereğince mümkün olmaz, hem de şiddetli depremler dolayısıyla yorulmuş, yıpranmış, ağır hasar almış bir yapı ne kadar onarılsa onarılsın alıcı için artık sıhhatli/dayanıklı bir barınak teşkil edemez. Yapının ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkının kullanılmasının da her durumda imkân dâhilinde olduğundan söz etmek gerçekçi değildir. Bu nedenle ayıplı olduğu için depremden ağır hasar gören veya yıkılan yapılar hakkında genel olarak tercih edilebilecek en akılcı seçimlik hakkın sözleşmeden dönme olduğu ifade edilebilir. Ancak durumun özelliklerine göre, özellikle az veya çok az hasarlı yapıların onarılmasının aşırı masraf gerektirmediği halde ücretsiz onarımı isteme yönündeki seçimlik hakkın tercih edilmesi de mümkün ve daha avantajlı görülebilir.

Alıcının ayıp dolayısıyla hasar gören yapının satıcısından genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır (TBK m. 227/II).

Satış sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda zamanaşımı, genel olarak TBK m. 231'de düzenlenmişse de çalışma konusu özelinde, yani ekseriyetle taşınmazlar bakımından zamanaşımı süresi TBK m. 244/III hükmünde çerçevesinde tespit edilmelidir. Buna göre; *"Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın¹⁸ ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar"*. Öyleyse ayıplı olması nedeniyle depremden hasar görerek alıcının zarar görmesine yol açan yapı(lar) söz konusu olduğunda, zarar gören alıcının, ayıbı bilsin ya da bilmesin satıcıya karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde yönelteceği talepler, kural olarak mülkiyetin alıcıya geçtiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak satıcının söz konusu yapıyı ayıplı olarak devretmekte kastı ya da ağır ihmali bulunmaktaysa, ayıba yönelik talepler mülkiyetin alıcıya

¹⁸ Beş yıllık sürenin taşınmazlar için ihdas edilmiş olduğu yönünde bkz. **EREN**, (Özel), s. 125. Bu sürenin yalnızca binalar (yapılar) yönünden mülkiyetin geçmesinden (tescilden) itibaren beş yıl, arsa, arazi gibi öteki taşınmazlar yönünden ise taşınır hükümlerine kıyasen iki yıl olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 90; **FEYZİOĞLU**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım – Akdin Muhtelif Nev'ileri, C. I, İstanbul 1980, s. 291 vd.

geçmesinden (devir tarihinden) itibaren yirmi yıl geçmedikçe zamanaşımına uğramaz. Örneğin satıcı, depremde hasar gören yapıdaki kolonların kesilmiş olduğu, yapının fennî projeye ve/veya tekniğe tam olarak uygun yapılmadığı, malzeme kalitesinin gerektiği düzeyde olmadığı, yapının üzerine imara aykırı (kaçak) kat inşa edilmiş olduğu gibi hususları alıcıdan gizlemiş ya da onda yanlış kanaat oluşturmak için aldatıcı vaat ve davranışlarda bulunmuşsa, zarar gören alıcı tarafından ona karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dayanarak yöneltilecek olan talepler, söz konusu yapının kendisine devri (mülkiyetin geçişi) tarihinden itibaren 20 yıl geçmedikçe zamanaşımına uğramaz. Bu ihtimalde, zarar gören alıcının bu süre içerisinde ayıp dolayısıyla depremde hasar gören yapı hakkında satıcıya karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerini ileri sürerek talepte bulunması mümkündür.

Hatırlatmak gerekir ki, yukarıda da belirtildiği gibi bir somut durumda sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin yarıştığı hâllerde alıcı bunlardan dilediğine müracaat edebileceği gibi, hâkimin de bunlardan hangisi alıcı lehine sonuç doğuracaksa o doğrultuda karar verme yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK m. 60). Bu çerçevede depremde yıkılan yapıdaki ayıplar satıcı bakımından aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyorsa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 Tarih ve E. 2003/4-603, K. 2003/594 Sayılı kararında¹⁹ da belirtildiği gibi TBK m.

¹⁹ YHGK. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594, "...binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olmasına karşın, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olamayacaktır. Bir hakkın, bu bağlamda ödense isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar. Binanın yapım tarihinde, davalının hukuka aykırı eylemi gerçekleşmiştir. Ancak ortada henüz bir zarar bulunmamaktadır. Yukarıda değinildiği gibi, her hukuka aykırı eylem, zararın oluşmasına neden olmayabilir. Binanın yapımı sırasında oluşan hukuka aykırılık eylemi, depremin oluşumu sonucunda zararı doğurmuştur. Özetlemek gerekirse: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir... Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde: Davacıya ait mesken her ne kadar Yapı Kullanma İzin Kâğıdına göre 06.11.1975 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukuken binanın davalılar ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalıların haksız fiili, onun sonucunda oluştuğu ileri sürülen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin oluştuğu) 17.8.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla, 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki bir ve 10

72’de öngörülen haksız fiil zamanaşımının üst sınırı olan (fiilin işlendiği tarihten itibaren) on yıllık sürenin, deprem nedeniyle can ve mal kaybına yol açan zarar verici eylemlerde zarar unsuru bina veya yapının yapıldığı veya devredildiği tarihte değil deprem olayının gerçekleştiği tarihte teşekkül ettiği için deprem tarihinden itibaren hesaplanması gerekir. Bu nedenle ayıp dolayısıyla depremde hasar gören ve zarara sebep olan yapı hakkında satıcıya müracaat etmek isteyen alıcının (zarar görenin), özellikle zamanaşımına ilişkin bu esasları göz önünde bulundurarak, hangisi avantajlıysa ona göre hareket etmesi önerilmektedir²⁰.

III. ESER SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

TBK m. 470 uyarınca eser sözleşmesi “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği*” sözleşmedir. Çalışma özelinde, bir arsa üzerine bedel karşılığı yapı (bina, konut, çatılı işyeri vb.) inşa edilmesi, mevcut yapıların onarılması, kuvvetlendirilmesi, değiştirilmesi, kısmen veya tamamen yıkılması gibi faaliyetlerin tümü kural olarak eser sözleşmesine (veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi²¹ gibi karma yahut bileşik; *atipik* türevlerine) konu teşkil eder. Kanun tarafından “*Bir eser meydana getirmek*” şeklinde tabir edilen bu tür fiillerle uğraşan kimselere ise “*yüklenici (müteahhit)*” adı verilir²².

TBK m. 471/I uyarınca yüklenici, eser sözleşmesi ile yüklendiği edimleri “*işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek*” zorundadır. “*Objektif özen yükümlülüğü*” olarak nitelendirilen bu yükümlülük çerçevesinde yüklenici, eseri meydana getirirken (konu özelinde bir yapıyı inşa ederken), aynı veya benzer alandaki işleri üstelenen *basiretli* bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm özeni göstermek; kanunî, meslekî, fennî ve teknik kurallara harfiyen uygun davranmak zorunda kılınmıştır. Bu anlamda yüklenici, örneğin inşaatın temeli, malzemesi, yapımı, araç-gereç kullanımı, güvenlik önlemleri gibi tüm

yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır.”, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

²⁰ Aynı yönde bkz. **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Deprem Hukuksal Sonuçları, 15.02.2023, <https://bit.ly/3ER71gN> (Erişim Tarihi: 16.02.2023), (Deprem), s. 8-9.

²¹ Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **ERMAN**, Hasan: Kat Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 (İnşaat).

²² Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **BÜYÜKAY**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014; **KARAKAŞ**, İzzet: Eser (İnşaat) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Ankara 2013; **SELİMOĞLU**, Y. Selim: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015; **KURŞAT**, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.

hususlarda, ilgili yönetmeliklere, inşaatın yapıldığı bölgenin zorunlu kıldığı, elverişli fennî, meslekî ve teknik kurallara, kanunî ve bilimsel yöntemlere bağlı kalmak, bunları bilmek ve uygulamakla mükelleftir. Üstlenilen yapının inşası hakkında bilim alanında ve ilgili meslek çevresinde genel kabul gören ve doğruluğu alanında uzman kişilerce denenerek kanıtlanmış kurallar, yüklenicinin yapının inşasında riayet etmesi gereken ve objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen fen ve teknik kurallarıdır²³. Ancak yüklenicinin sadece bunlara riayet etmiş olması yetmez; aynı zamanda mevzuat hükümlerine uygun davranması da gerekir ki objektif özen yükümlülüğünü gerektiği gibi ifa etmiş olduğu kabul edilebilsin.

Aksi takdirde yüklenici, eser sözleşmesinden kaynaklanan borcunu hiç veya gerektiği gibi ifa etmemiş olacağı gibi, şartları dâhilinde bu nedenle meydana gelen ayıplardan ve dolayısıyla ayıplardan kaynaklanan deprem zararlarından da (akdî anlamda) sorumlu tutulabilir. Örneğin yüklenicinin, üzerine yapı inşa edeceği arsanın konum ve özelliklerine uygun olmayan malzeme kullanmışsa, kullandığı malzeme yapının dayanıklı olmasına yeterli değilse, imar planına ve teknik projeye riayet etmemişse, ilgili yönetmeliklere aykırı davranmışsa, eserin gerektiği gibi meydana gelmesini tehlikeye düşürecek sair faaliyetlerde bulunmuşsa objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmış ve sözleşmeyi gerektiği gibi ifa etmemiş olur²⁴. Hatta inşaatın bu şekilde (ayıplı) yapılması işsahibinin talimatından kaynaklanıyor olsa bile yüklenici, ona karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği kural olarak sorumluluktan kurtulamaz²⁵. Ayrıca yüklenici, eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana

²³ GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, N. 840; KOLLER, Alfred (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 363-366, Bern 1998 (BK OR), Art. 364, N. 3; BÜHLER, Theodor: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 363-379, Zürich 1998 (ZK OR), Art. 364, N. 37; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Eser Sözleşmesi, ÖZ, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 534. Yarg. 15 HD. 23.11.2015, E. 2015/235, K. 2015/5957; Yarg. 15 HD. 29.04.2015, E. 2014/3754, K. 2015/2248, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

²⁴ Bu tür ayıplar çoğu zaman “maddî ayıp” niteliğindedir. Bkz. YHGK. 25.02.2015, E. 2014/591, K. 2015/875, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

²⁵ Yarg. 15 HD., 14.09.2015, E. 2015/1860, K. 2015/4372, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi takdirde bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur²⁶ (TBK m. 472/III). İşte bu tür davranışların, eserin kullanımını güçleştiren veya imkânsızlaştıran vasıf eksikliklerine ya da yokluğuna sebebiyet vermesi “ayıp” olarak adlandırılır.

Yüklenicinin iş sahibine karşı ayıplardan kaynaklanan sözleşme sorumluluğu TBK m. 475 vd. maddelerinde düzenlenmiştir²⁷. Buna göre eserdeki (konumuz özelinde yapıdaki) ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu durumlarda iş sahibi; “eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme”, “eseri alıkoymak ayıp oranında bedelden indirim isteme” veya “aşırı masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme” haklarından dilediği birini seçebilir²⁸ (TBK m. 475/I). Ancak bunun için iş sahibi, devraldığı (teslim aldığı) yapının durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve yapıda yüklenicinin sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır²⁹ (TBK m. 474/I). Aksi takdirde eser sözleşmesi konusu yapıyı o hâliyle kabul etmiş sayılır (TBK m. 477/II). Gözden geçirme ve bildirim süresi belirlenirken dürüstlük kuralına göre yorum yapılması ve özellikle gizli ayıbın ancak deprem neticesinde yapıda hasar ortaya çıkmasıyla (örneğin yapının ağır hasar görmesi veya tümüyle yıkılmasıyla) anlaşılabilirdiği durumlarda iş sahibinin bildirim süresinin bu hâl ve şartın özelliklerine göre belirlenmesi isabetli görülmektedir³⁰.

²⁶ Yarg. 15 HD. 28.01.2015, E. 2014/836, K. 2015/471, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

²⁷ Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. UÇAR, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003; ŞAHİNİZ, Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.

²⁸ Eser sözleşmesinde iş sahibinin eserdeki ayıplar dolayısıyla başvurabileceği seçimlik haklar hususunda ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. CANPOLAT, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.

²⁹ Yarg. 15 HD. 14.10.2015, 2015/2853, K. 2015/4992, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

³⁰ EREN, (Özel), s. 651-652 ayrıca a.g.e., dn. 143'te adı geçen yazarlar. Yarg. 15 HD. 13.11.1984, E. 1984/1074, K. 1984/3475; Yarg. 15 HD. 04.12.2014, E. 2014/873, K.

Deprem hasarlarının niteliği gözetildiğinde, zarar gören iş sahibinin, özellikle tümüyle yıkılan ya da ağır hasar gören yapılar bakımından onu alıkoymakta, yani ikinci bentte ihdas edilen seçimlik hakkı kullanmakta pratik bir yararı bulunmaz. Bunun gibi, iş sahibinin ücretsiz onarım isteme hakkını kullanması da ancak aşırı masraf gerektirmediği durumlarda mümkün olabilir. Fakat ücretsiz onarım talebinin, yalnızca hafif (az) veya çok hafif (çok az) hasarlı yapılar bakımından kullanılması önerilmektedir. Nitekim ağır hasarlı yapılarda ücretsiz onarım kuvvetle muhtemel aşırı masraflı olacağından hem bu hakkın kullanılması kanun gereğince mümkün olmaz, hem de şiddetli depremler dolayısıyla yorulmuş, yıpranmış, ağır hasar almış bir yapı ne kadar onarılsa onarılsın alıcı için artık sıhhatli/dayanıklı bir barınak teşkil edemez. Bu nedenle ayıplı olduğu için depremde ağır hasar gören veya yıkılan yapılar hakkında genel olarak tercih edilebilecek en akılcı seçimlik hakkın sözleşmeden dönme olduğu ifade edilebilir³¹. Nitekim depremde kaynaklanan hasarın niteliği genellikle yapıyı iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olduğuna delalet edebilir. Zira özellikle aynı muhitte hatta yan yana inşa edilmiş yapılardan kimisinin sapsağlam ayakta, kiminin tümünden yıkılmış olduğu gözetildiğinde, yıkılan yapıların ayıplı inşa edildikleri çıkarımında bulunmak çok da hatalı görülmemektedir. Fakat burada unutulmaması gereken husus, yapının iş sahibinin taşınmazı üzerine inşa edildiği durumlarda sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağı hâllerde dönme hakkının kullanılamayacağıdır (TBK m. 475/III). Dolayısıyla anılan tüm bu şart ve hususların her somut olay bakımından ayrıca gözetilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte durumun özelliklerine göre, özellikle az veya çok az hasarlı yapıların onarılmasının aşırı masraf gerektirmediği hallerde ücretsiz onarımı isteme yönündeki seçimlik hakkın tercih edilmesi de mümkün ve daha avantajlı görülebilir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da inşaatına başlanan yapının (binanın), henüz tamamlanıp iş sahibine teslim edilmeden önce deprem yüzünden yok olması, tümüyle yıkılması durumudur. Buna göre henüz tamamlanmadan önce deprem dolayısıyla yıkılan

2014/7072. Gizli ayıp hakkında genel olarak ayrıca bkz. YHGK. 08.10.2003, E. 2003/15-474, K. 2003/545, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

³¹ Dönme hakkının kullanılması hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989; ERGEZEN, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.

inşaat(lar)ın durumu ne olacaktır? Bu soruyu TBK m. 483/I; inşaatın teslimden önce deprem gibi “beklenmedik bir olay³²” sonucu yok olması (tümüyle yıkılması) hâlinde, işsahibi yapıyı teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça yüklenicinin, o ana kadar yaptığı işin ücretini ve giderleri talep edemeyeceği şeklinde yanıtlamaktadır³³. Böyle bir durumda malzeme gelen hasara, onu sağlayan taraf katlanır³⁴.

TBK m. 476, eserdeki (yapıdaki) ayıbın yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın işsahibinin verdiği talimattan kaynaklandığı veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olduğu durumlarda işsahibinin, eserin ayıplı olmasından kaynaklanan haklarını kullanamayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla eserin ayıplı olmasına işsahibinin kusuru neden olmuşsa, artık ayıp karşısında sahip olduğu haklar kısmen veya tamamen ortadan kalkar³⁵. Bu esas işsahibinin tazminat isteme hakkının yanı sıra seçimlik hakları bakımından da geçerlidir³⁶.

Aynı şekilde eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenicinin, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiş olması kaydıyla, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Böyle bir durumda işsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı bulunduğu, TBK m. 483/II hükmüyle ihdas edilmektedir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sözleşme sorumluluğunda zamanaşımı TBK m. 478 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak*

³² Eser sözleşmesi anlamında “beklenmedik olay” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **ERMAN**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979.

³³ Nitekim Yargıtay da (her ne kadar konu hakkındaki tüm kararlarında yeknesaklık bulunmasa da) genel olarak, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilebilmesi için öncelikle yapının tamamlanıp işsahibine teslim edilmiş olması gerektiği eğilimindedir. Örneğin bkz. YHGK. 13.06.1979, E. 1977/13-1270, K. 1979/824; Yarg. 15 HD. 13.06.1988, E. 1987/3812, K. 1988/2287, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

³⁴ Ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **ALTAŞ**, Hüseyin: Eserin Teslimden Evvel Telef Olması, Ankara 2002.

³⁵ **GAUCH**, N. 1914; **BÜHLER**, (ZK OR), Art 369, N. 4.

³⁶ **BÜHLER**, (ZK OR), Art. 369, N. 62; **GAUCH**, N. 1914; **EREN**, (Özel), s. 643-644.

davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar". Öyleyse ayıplı olması nedeniyle depremde hasar gören iş sahibinin zarar görmesine yol açan taşınmaz yapı(lar) söz konusu olduğunda, zarar gören iş sahibinin, yükleniciye karşı ayıp sorumluluğu çerçevesinde yönelteceği talepler, kural olarak yapının kendisine teslim edildiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak yüklenicinin söz konusu yapıyı ayıplı olarak inşa, tadil, tamir etmekte ve/veya öylece devretmekte kastı ya da ağır ihmali bulunmaktaysa, ayıba yönelik talepler yapının iş sahibine teslim edildiği tarihten itibaren yirmi yıl geçmedikçe zamanaşımına uğramaz. Örneğin yüklenici, depremde hasar gören yapıdaki kolanlarda az veya yetersiz malzeme kullandığı, yapının fennî projeye ve/veya tekniğe tam olarak uygun yapılmadığı, malzeme kalitesinin gerektiği düzeyde olmadığı, yapının üzerine imara aykırı (kaçak) kat inşa edilmiş olduğu, zeminin sipariş edilen yapıya uygun olmadığı, iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin yereli kalitede, nitelikte veya nicelikte olmadığı gibi hususları iş sahibinden gizlemiş ya da onda yanlış kanaat oluşturmak için aldatıcı vaat ve davranışlarda bulunmuşsa, zarar gören iş sahibi tarafından ona karşı ayıp sorumluluğuna dayanarak yöneltilecek olan talepler, söz konusu yapının kendisine teslimi tarihinden itibaren yirmi yıl geçmedikçe zamanaşımına uğramaz. Bu ihtimalde, zarar gören iş sahibinin bu süre içerisinde ayıp dolayısıyla depremde hasar gören yapı hakkında yükleniciye karşı ayıba sorumluluğu hükümlerini ileri sürerek talepte bulunması mümkündür.

Ancak burada da (tekrar) hatırlatmak gerekir ki bir somut durumda sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin yarıştığı hâllerde alıcı bunlardan dilediğine müracaat edebileceği gibi, hâkimin de bunlardan hangisi alıcı lehine sonuç doğuracaksa o doğrultuda karar verme yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK m. 60). Bu çerçevede depremde yıkılan yapıdaki ayıplar iş sahibi bakımından aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyorsa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 Tarih ve E. 2003/4-603, K. 2003/594 Sayılı kararında³⁷ da belirtildiği gibi TBK m. 72'de öngörülen haksız fiil zamanaşımının üst sınırı olan (fiilin işlendiği tarihten itibaren) on yıllık sürenin, deprem nedeniyle can ve mal kaybına yol açan zarar verici eylemlerde zarar unsuru bina veya yapının yapıldığı veya devredildiği tarihte değil deprem olayının gerçekleştiği tarihte

³⁷ UYAP İctihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

teşekkül ettiği için, deprem tarihinden itibaren hesaplanması gerekir. Bu nedenle ayıp dolayısıyla depremde hasar gören ve zarar sebep olan yapı hakkında yükleniciye müracaat etmek isteyen iş sahibinin (zarar görenin), özellikle zamanaşımına ilişkin bu esasları göz önünde bulundurarak, hangisi avantajlıysa ona göre hareket etmesi önerilmektedir³⁸.

IV. KİRA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

Zarar gören kişi, deprem dolayısıyla hasar alan yapıda (binada, bağımsız bölümde, konutta, işyerinde vs.) bir kira sözleşmesinin âkit tarafı, örneğin kiracı olarak bulunuyor olabilir. Böyle bir durumda zarar gören, maruz kaldığı zarara depremde hasar görmesi nedeniyle yol açan yapıyı kiracı sıfatıyla zilyetliğinde bulundurmakta ve deprem öncesinde, esnasında ya da sonrasında zarara yol açan hasarlı yapıda bulunmasının hukukî sebebinin, kiralayanla (genellikle ev sahibi – yapı maliki ile) aralarındaki kira sözleşmesi oluşturmaktadır.

Kira sözleşmesi TBK m. 299’da, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır³⁹.

Bu sözleşme uyarınca kiraya verenin, çalışma konusu itibarıyla üzerinde özellikle durulması isabetli görülen borçlarından birisi, “kiralananı kullanmaya elverişli hâlde teslim etme ve sözleşme süresince elverişli hâlde bulundurma borcu”dur (TBK m. 301). Buna göre kiraya veren, kiraladığı yapıyı (müstakil konutu, bağımsız bölümü, işyerini vb.) kiracıya kullanıma elverişli şekilde; yani sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun kullanılabilmesi için onda bulunması gereken tüm lüzumlu vasıfları haiz biçimde teslim etmeye mecburdur (TBK m. 301, c. 1). Bu bakımdan örneğin içinde yaşam idame ettirmek, barınmak için kiralanan bir konutun yaşamı tehdit etmemesi, kiracının hayatını, sağlığını, beden tamliğini riske atacak vasıf eksikliği veya yokluğu taşımaması en temel ve lüzumlu vasıflardandır.

³⁸ Aynı yönde bkz. **KILIÇOĞLU**, (Deprem), s. 8-9.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **ARPAÇI**, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2003; **GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2002; **İNCEOĞLU**, Murat: Kira Hukuku, C. I-II, İstanbul 2014; **ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 2017.

TBK m. 301 ile ihdas edilen bu borç, “kiracının güvenliğini sağlama yükümlülüğü”nü de ihtiva eder⁴⁰. Buna göre kiraya verenin, kiralanın yapıyı (binayı, konutu, işyerini vb.) kiracının ve onunla birlikte yaşayanların bedensel ve ruhsal bütünlüklerini, hayatlarını ve sağlıklarını tehlikeye sokmayacak şekilde, güvenli kullanıma elverişli şekilde teslim etmesi gerekmektedir⁴¹. Özellikle konut kiralalarında bu yükümlülüğün, sadece kiracıya karşı değil kiracıyla birlikte yaşayanlara karşı da mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴².

Kiracının yukarıda anılan borç ve yükümlülükleri sadece kiralanın yapıyı teslim anı için öngörülmemiştir. Öyle ki kiraya veren, kiralanın yapıyı sadece kullanıma elverişli şekilde teslim etmek değil sözleşme süresince de kullanıma elverişli hâlde tutmak, kiracının ve onunla birlikte yaşayanların (özellikle) bedensel ve ruhsal sağlıklarını tehlikeye sokacak vasıf eksikliklerini ortadan kaldırmak, onlara elverişli ve güvenli bir yaşam alanı tesis etmekle yükümlüdür. Bu kural, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez, ortadan kaldırılamaz (TBK m. 301, c. 2).

Kiralanan yapı kiracıya kullanıma uygun şekilde teslim edilmişse veya elverişli şekilde teslim edilmekle birlikte sonradan kullanıma elverişsiz bir hâl gelmişse kiraya veren, TBK m. 304 vd. hükümlerinden kaynaklanan ayıp sorumluluğu çerçevesinde kiracıya karşı sorumlu olur⁴³. Bu anlamda “ayıp”, kiralanan yapının kullanıma elverişliliğini azaltan, güçleştiren ya da ortadan kaldıran her türlü vasıf eksikliğidir⁴⁴. Kiralanan yapının önceden kolonunun kesilmiş olması, mevzuata, fen ve tekniğe uygun olmayan malzeme kullanılmış olması “maddî ayıba”; yetkili makamlardan yapı, oturma, işletme izinlerinin alınmamış olması “maddî olmayan (hukukî) ayıba” örnek gösterilebilir.

⁴⁰ Kiraya verenin, “kiracının güvenliğini sağlama borcu”nun TBK m. 301’den doğan ve fakat müstakil bir borç olduğu yönünde bkz. **EREN**, (Özel), s. 331.

⁴¹ **HIGI**, Peter: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 253-274, 4. Auflage, Zürich 1998 (ZK OR), Art. 256a-256b, N. 12.

⁴² **EREN**, (Özel), s. 331-332.

⁴³ Kiraya verenin ayıp sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **ÇABRİ**, Sezer: Kiraya verenin Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2013; **KAYA**, Ümmühan: Türk Hukukunda Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu, Ankara 2014.

⁴⁴ **ACAR**, s. 143 vd.; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 233; **DOĞAN**, Murat: Kira Sözleşmesi, **ÖZ**, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 206 vd.

Kiraya verenin ayıplardan doğan sorumluluğu noktasında “önemli ayıp – önemli olmayan ayıp” ayrımı yapılmaktadır (TBK m. 304). “Önemli olmayan ayıp” hayat, beden tamlığı veya sağlık üzerinde tesiri olmayan, görece daha az masrafla telafisi mümkün olan ayıptır⁴⁵. Çalışma konusunu daha çok ilgilendiren “önemli ayıp” ise niteliği itibariyle büyük ve/veya sürekli zarara yol açma riski taşıyan, esaslı vasıf eksikliklerini veya yokluğunu ifade eder. Bu bakımdan önemli ayıplar, kiracının ve birlikte yaşadığı kişilerin bedensel ve/veya ruhsal sağlıklarını etkileyen, cismanî, maddî ve/veya manevî zarara sebep olan ayıptır⁴⁶. Alan kazanmak için kolon kesilmiş olması veya kira konusu yapının üzerine mevzuata aykırı kat inşa edilmiş olması önemli ayıba örnek teşkil edebilir.

Kiralanan yapının önemli ayıplarla teslim edilmiş olması hâlinde kiracı “borçlu temerrüdü” hükümlerine müracaat edebileceği gibi; “kiraya verenden ayıpların giderilmesini⁴⁷” veya “kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını⁴⁸” isteyebilir. Böyle bir durumda kiracı, ayıp dolayısıyla uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Kiraya veren, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararları kiracıya ödemekle yükümlüdür (TBK m. 308). Hatta zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez.

⁴⁵ BECKER, Hermann: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu – I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül II (İsviçre EBK. 37/63, Türk BK. 37/62), Ankara 1962 (Şerh), s. 19.

⁴⁶ WALTER, Hans P.: Kurzkomentar zum Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008, Art. 258, N. 3; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 234.

⁴⁷ TBK m. 306 uyarınca “Kiracı, kiraya verenden kiralananadaki ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir; bu sürede ayıp giderilmezse kiracı, ayıbı kiraya veren hesabına gidertebilir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir veya kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir. Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir. Kiraya veren, kiralananadaki ayıbı gidermek yerine, uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirebilir. Kiraya veren, kiracıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek, onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.”.

⁴⁸ TBK m. 307 uyarınca “Kiracı, kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı hâlinde, bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir.”.

Önemli ayıp durumunda kiracının kira sözleşmesini fesih hakkı saklıdır⁴⁹ (TBK m. 304/I).

Kiraya veren, kira konusu yapı üzerinde sonradan meydana gelen ayıplardan da sorumludur. Nitekim o, yukarıda da belirtildiği gibi hem kira konusu yapıyı teslim ederken, hem de sözleşmenin devamı müddetince kira konusunu kullanıma elverişli bulundurma yükümlülüğü altındadır. Ayıbın sonradan ortaya çıkmasında kiraya verenin kusurlu olması gerekmez⁵⁰ ancak onun sonradan ortaya çıkan ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın mutlaka kiracının kusuru dışında (kiracıya yüklenemeyecek bir sebep dolayısıyla) meydana gelmiş olması gerekir⁵¹. Örneğin önceki bir deprem dolayısıyla az (hafif) hasar gören ve fakat yorulan bir yapının kolonlarının güçlendirilmesi ve yeniden kullanıma elverişli hâle getirilmesi kiraya verenin yükümlülüğündedir (TBK m. 301). Aksi takdirde o, sonradan bu nedenle meydana gelen zararlardan (kural olarak ve diğer şartları dairesinde) ayıp sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabilir (TBK m. 305). Ancak kiraya verenin bilgisi olmaksızın alan genişletmek amacıyla kiracı tarafından kolonların kesildiği bir faraziye meydana gelen bu önemli ayıp kiracının kusuruna dayanmakta olduğundan, yapının sonradan meydana gelen depremden hasar görmesi neticesinde vuku bulacak olan zararlardan kiraya vereni ayıp sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak kural olarak mümkün olmaz. Nitekim kiracı kira konusu yapıyı kusurlu olarak sözleşmeye aykırı şekilde ve özensizce kullanırsa, bundan doğan sonuçlara katlanmak durumunda kalır⁵² (TBK m. 316/II-III).

TBK m. 318 hükmünde kiracının, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı, yani kiraya verenin gidermekle yükümlü olduğu ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlü olduğu öngörülmektedir. Dolayısıyla kiracı, sonradan ortaya çıkan özellikle önemli ayıpları

⁴⁹ TBK m. 306/II uyarınca “Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir.”

⁵⁰ **HİGİ**, (ZK OR), Art. 259b, N. 6, 22, 24 ff. Yarg. 13 HD. 12.04.1996, E. 1996/3139, K. 1996/3683; Yarg. 3 HD. 26.04.2022, E. 2021/7679, K. 2022/4110, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁵¹ Yarg. 19 HD. 25.11.1997, E. 1997/6415 K. 1997/10192, UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁵² Kiracının birlikte oturduğu kişilerin yahut yapıya gelen misafirlerin verdiği zararların da kiracının kendi eylemi ve kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 236.

kiraya verene gecikmeksizin bildirmelidir. Aksi takdirde bundan doğan zararlardan şahsen sorumlu olur.

Kira konusu yapının sonradan ayıplı hâle gelmesi durumunda “kiraya verenden ayıpların giderilmesi” veya “kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılması” (yukarıda belirtilen şartlar dairesinde) istenebilir. Kiracının kiraya verenden, sonradan meydana gelen ayıplardan kaynaklanan zararlarının tazminini talep etmesi de mümkündür. Kiraya veren, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararları kiracıya ödemekle yükümlüdür (TBK m. 308). Hatta ayrıca tazminat talep edilmiş olması, ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıp durumunda kiracının kira sözleşmesini fesih hakkı saklıdır⁵³ (TBK m. 305).

SONUÇ

Deprem dolayısıyla konut, çatılı işyeri, bağımsız bölüm, bina gibi sair yapıların yıkılması nedeniyle meydana gelen zararlarda sözleşme sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikle, yapının yıkılması nedeniyle zarar gören kişi(ler) ile bu yapıyı on(lar)a temin eden kişi(ler) arasında anılan temine ilişkin bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve yapının yıkılması dolayısıyla meydana gelen zararın, bunu zarar görene temin

⁵³ YHGK. 17.11.2020, E. 2020/137, K.2020/900, “... Yargıtayın yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere kiralananın kullanılabilmesi için iskân izninin bulunmasının vazgeçilmez bir zorunluluk olduğu, ayrıca binanın bazı bölümlerinde düşük kalitede beton kullanıldığı, depreme dayanıksız olduğu, güçlendirme ruhsatı alınmadığı, binanın bu şekilde kullanılmasının davacı-karşı davalı şirket ve çalışanları için ciddi bir tehlike oluşturduğu, dava konusu taşınmazın kiralayan tarafından ayıplı olarak teslim edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle BK’nın 249/III. maddesi gereğince kiralandaki ayıp kiracı şirket ve çalışanları için ciddi bir tehlike oluşturduğundan, kiralayanın ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu olduğu, davacı kiracının, kiralananın akitle güdülen amaca uygun biçimde kullanmasını veya işletmesini imkânsız kılacak bir olguyu önceden sözleşme ile kabul etmesinin makul bir düşüncenin sonucu olduğunun kabul edilemeyeceği gibi, hayat deneyimlerine de uygun olmayacağı, sözleşme ile kiraya verenin sorumluluğu azaltılabilir ise de, tamamen bertaraf edilemeyeceği ve kiralayanın ağır kusuru veya hilesi varsa sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olmayacağı, kiracı tacir olsa bile, kiracının kiraya verene karşı zayıf durumda olduğu, kiracı tacirin basiretli davranma yükümlülüğünün kiralayanın dürüst davranma yükümlülüğünü bertaraf etmeyeceği, tüm bu nedenlerle davacı-karşı davalı kiracının, kira sözleşmesini BK’nın 249. maddesi gereğince haklı olarak feshettiği sonucuna varılmıştır.”, UYAP İctihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 03.03.2020).

eden kişinin ilgili sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanması gerekir.

Bu bakımdan sözleşme sorumluluğu kusur esasına dayanır. Öyle ki borçlunun sözleşme sorumluluğuna müracaat edilebilmesi için onun, borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemekte kural olarak mutlaka kusurlu olması gerekir. Bu nedenle deprem zararlarından kaynaklanan sözleşme sorumluluğunda sorumluluk süjesi (yani borçlunun; örneğin yüklenicinin, satıcının veya kiraya veren malik), ilgili sözleşmeden kaynaklanan ve gerektiği gibi yerine getirilmemesi dolayısıyla zararın doğmasına sebep olan borcunu hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemekte kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, zarar gören alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112).

Depremde hasar gören binaların sebep olduğu zararlardan sorumluluk doğurabilecek tipik sözleşmelerin en yaygınları satış, eser ve kira sözleşmeleridir. Nitekim bu sözleşmelerin hepsi, çalışma konusu özelinde bir yapının (konut, bina, bağımsız bölüm, çatılı işyeri vb.) kullanılmasını karşı tarafa bırakma amacı gütmektedir. Bu nedenle deprem esnasında buldukları yapının hasar görmesi dolayısıyla zarar gören kişilerin büyük çoğunluğunun o esnada orada bulunmalarının hukukî sebebi, önceki yahut hâlihazır malikle veya yapıyı inşa eden yükleniciyle önceden yapmış oldukları satış, kira veya eser sözleşmeleridir.

Anılan tipik sözleşmelerin her biri için, depremde hasar gören ve dolayısıyla zarara sebep olan yapının kullanılmasını zarar gören kişiye bırakan âkit tarafın ayıp karşısındaki sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler ihdas edilmiş, çalışma boyunca bu düzenlemelerin özellikle deprem durumunda uygulanabilecek olası görünümleri üzerinde durulmuştur.

Öyle ki satın aldığı konut, işyeri veya benzeri yapıların deprem dolayısıyla maruz kaldığı hasar dolayısıyla zarara uğrayan kişi(ler)in, sözleşme sorumluluğu çerçevesinde söz konusu yapıyı satın aldıkları kişiye (satıcıya) karşı şartları dairesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat edebilmeleri mümkündür (TBK m. 219 vd.). Alıcının ayıp dolayısıyla hasar gören yapının satıcısından genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır (TBK m. 227/II).

TBK m. 471/I uyarınca yüklenici, eser sözleşmesi ile yüklendiği edimleri “işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek” zorundadır. “Objektif özen yükümlülüğü” olarak nitelendirilen bu yükümlülük çerçevesinde yüklenici, eseri meydana getirirken (konu

özelinde bir yapıyı inşa ederken), aynı veya benzer alandaki işleri üstelenen *basiretli* bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm özeni göstermek; kanunî, meslekî, fennî ve teknik kurallara harfiyen uygun davranmak zorunda kılınmıştır. Bu anlamda yüklenici, örneğin inşaatın temeli, malzemesi, yapımı, araç-gereç kullanımı, güvenlik önlemleri gibi tüm hususlarda, ilgili yönetmeliklere, inşaatın yapıldığı bölgenin zorunlu kıldığı, elverişli fennî, meslekî ve teknik kurallara, kanunî ve bilimsel yöntemlere bağlı kalmak, bunları bilmek ve uygulamakla mükelleftir. Üstlenilen yapının inşası hakkında bilim alanında ve ilgili meslek çevresinde genel kabul gören ve doğruluğu alanında uzman kişilerce denenerak kanıtlanmış kurallar, yüklenicinin yapının inşasında riayet etmesi gereken ve objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen fen ve teknik kurallarıdır. Ancak yüklenicinin sadece bunlara riayet etmiş olması yetmez; aynı zamanda mevzuat hükümlerine uygun davranması da gerekir ki objektif özen yükümlülüğünü gerektiği gibi ifa etmiş olduğu kabul edilebilsin. Aksi takdirde yüklenici, eser sözleşmesinden kaynaklanan borcunu hiç veya gerektiği gibi ifa etmemiş olacağı gibi, şartları dâhilinde bu nedenle meydana gelen ayıplardan ve dolayısıyla ayıplardan kaynaklanan deprem zararlarından da (akdî anlamda) sorumlu tutulabilir.

Kiraya verenin ise “kiralananı kullanmaya elverişli hâlde teslim etme ve sözleşme süresince elverişli hâlde bulundurma borcu” bulunmaktadır (TBK m. 301). Buna göre kiraya veren, kiraladığı yapıyı (müstakil konutu, bağımsız bölümü, işyerini vb.) kiracıya kullanıma elverişli şekilde; yani sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun kullanılabilmesi için onda bulunması gereken tüm lüzumlu vasıfları haiz biçimde teslim etmeye mecburdur (TBK m. 301, c. 1). Bu bakımdan örneğin içinde yaşam idame ettirmek, barınmak için kiralanan bir konutun yaşamı tehdit etmesi, kiracının hayatını, sağlığını, beden tamlığını riske atacak vasıf eksikliği veya yokluğu taşımaması en temel ve lüzumlu vasıflardandır. TBK m. 301 ile ihdas edilen bu borç, “kiracının güvenliğini sağlama *yükümlülüğü*”nü de ihtiva eder. Buna göre kiraya verenin, kiralanan yapıyı (binayı, konutu, işyerini vb.) kiracının ve onunla birlikte yaşayanların bedensel ve ruhsal bütünlüklerini, hayatlarını ve sağlıklarını tehlikeye sokmayacak şekilde, güvenli kullanıma elverişli şekilde teslim etmesi gerekmektedir. Kiracının söz konusu borç ve yükümlülükleri sadece kiralanan yapıyı teslim anı için öngörülmemiştir. Öyle ki kiraya veren, kiralanan yapıyı sadece kullanıma elverişli şekilde teslim etmek değil sözleşme süresince de kullanıma elverişli hâlde tutmak, kiracının ve onunla birlikte

yaşayanların (özellikle) bedensel ve ruhsal sağlıklarını tehlikeye sokacak vasıf eksikliklerini ortadan kaldırmak, onlara elverişli ve güvenli bir yaşam alanı tesis etmekle yükümlüdür. Kiralanan yapı kiracıya kullanıma uygun şekilde teslim edilmemişse veya elverişli şekilde teslim edilmekle birlikte sonradan kullanıma elverişsiz bir hâle gelmişse kiraya veren, TBK m. 304 vd. hükümlerinden kaynaklanan ayıp sorumluluğu çerçevesinde kiracıya karşı sorumlu olur. Bunun yanı sıra kiraya veren, kira konusu yapı üzerinde sonradan meydana gelen ayıplardan da sorumludur. Nitekim o, yukarıda da belirtildiği gibi hem kira konusu yapıyı teslim ederken, hem de sözleşmenin devamı müddetince kira konusunu kullanıma elverişli bulundurma yükümlülüğü altındadır. Ayıbın sonradan ortaya çıkmasında kiraya verenin kusurlu olması gerekmez ancak onun sonradan ortaya çıkan ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın mutlaka kiracının kusuru dışında (kiracıya yüklenemeyecek bir sebep dolayısıyla) meydana gelmiş olması gerekir. Örneğin önceki bir deprem dolayısıyla az (hafif) hasar gören ve fakat yorulan bir yapının kolonlarının güçlendirilmesi ve yeniden kullanıma elverişli hâle getirilmesi kiraya verenin yükümlülüğündedir (TBK m. 301). Aksi takdirde o, sonradan bu nedenle meydana gelen zararlardan (kural olarak ve diğer şartları dairesinde) ayıp sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabilir (TBK m. 305). Ancak kiraya verenin bilgisi olmaksızın alan genişletmek amacıyla kiracı tarafından kolonların kesildiği bir faraziye de meydana gelen bu önemli ayıp kiracının kusuruna dayanmakta olduğundan, yapının sonradan meydana gelen depremden hasar görmesi neticesinde vuku bulacak olan zararlardan kiraya vereni ayıp sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak kural olarak mümkün olmaz. Nitekim kiracı kira konusu yapıyı kusurlu olarak sözleşmeye aykırı şekilde ve özensizce kullanırsa, bundan doğan sonuçlara katlanmak durumunda kalır (TBK m. 316/II-III).

Bir fiilin hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmesi durumunda, isabetli görülen görüş uyarınca sorumluluk sebeplerinin yarıştığı (telâhuk ettiği) kabul edilmektedir. Buna göre somut durumda sözleşme sorumluluğunu gerektiren fiil aynı zamanda haksız fiil niteliğindeyse, zarar görenin dilediği hükümlere müracaat edebileceğinin söylenmesi yanlış olmaz. Bu çerçevede depremde yıkılan yapıdaki ayıplar satıcı bakımından aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyorsa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 Tarih ve E. 2003/4-603, K. 2003/594 Sayılı kararında da belirtildiği gibi TBK m. 72'de öngörülen haksız fiil zamanaşımının üst sınırı olan (fiilin işlendiği tarihten itibaren) on yıllık sürenin,

deprem nedeniyle can ve mal kaybına yol açan zarar verici eylemlerde zarar unsuru bina veya yapının yapıldığı veya devredildiği tarihte değil deprem olayının gerçekleştiği tarihte teşekkül ettiği için deprem tarihinden itibaren hesaplanması gerekir. Bu nedenle ayıp dolayısıyla depremde hasar gören ve zarar sebep olan yapı hakkında satıcıya müracaat etmek isteyen alıcının (zarar görenin), özellikle zamanaşımına ilişkin bu esasları göz önünde bulundurarak, sözleşme sorumluluğu ile (çalışmanın ayrıca yayımlanması amaçlanan ikinci kısmında etraflıca üzerinde durulacak olan) haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden hangisi kendi açısından avantajlıysa ona göre hareket etmesi önerilmektedir.

KAYNAKLAR

- ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- ALTAŞ**, Hüseyin: Eserin Teslimden Evvel Telef Olması, Ankara 2002.
- ANTALYA**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, C. V/1, 2, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018 (*Güncel Baskı 15, Ankara 2022*).
- ARPACI**, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2003.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler (Özet Kitap), 2. Baskı, Ankara 2022.
- BECKER**, Hermann (*Hrsg.*): Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht, Abteilung II, Bern 1974.
- BECKER**, Hermann: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu – I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül II (İsviçre EBK. 37/63, Türk BK. 37/62), Ankara 1962 (Şerh).
- BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (AT).
- BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (BT).
- BÜHLER**, Theodor (*Hrsg.*): Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 363-379, Zürich 1998 (ZK OR).
- BÜYÜKAY**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- CANPOLAT**, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
- ÇABRİ**, Sezer: Kiraya verenin Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2013.
- DESCHENAUX**, Henri/**TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku (Çeviren **ÖZDEMİR**, Salim), Ankara 1983.
- DOĞAN**, Murat: Kira Sözleşmesi, ÖZ, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.
- EDİS**, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (*Güncel Baskı 26, Ankara 2021*), (Genel).
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019 (*Güncel Baskı 10, Ankara 2022*), (Özel).

- ERGEZEN**, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- ERMAN**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979.
- ERMAN**, Hasan: Kat Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 (İnşaat).
- FEYZİOĞLU**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım – Akdin Muhtelif Nev'ileri, C. I, İstanbul 1980.
- GAUCH**, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011.
- GÜMÜŞ**, M. Alper: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- HIGI**, Peter (*Hrsg.*): Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 253-274, 4. Auflage, Zürich 1998 (ZK OR).
- HONSELL**, Heinrich (*Hrsg.*): Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 192-210, 5. Auflage, Basel 2011 (BSK OR).
- HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich – Basel – Genf 2012.
- İNCEOĞLU**, Murat: Kira Hukuku, C. I-II, İstanbul 2014.
- JÄGGI**, Peter: Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Fribourg 1968.
- KAPANCI**, Kadir Berk: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012.
- KARAKAŞ**, İzzet: Eser (İnşaat) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Ankara 2013.
- KAYA**, Ümmühan: Türk Hukukunda Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu, Ankara 2014.
- KELLER**, Max/**SIEHR**, Kurt: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Auflage, Zürich 1995.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021 (Borçlar).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Deprem Hukuksal Sonuçları, 15.02.2023, <https://bit.ly/3ER71gN> (Erişim Tarihi: 16.02.2023), (Deprem).

- KOLLER**, Alfred (*Hrsg.*): Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 363-366, Bern 1998 (BK OR).
- KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012.
- KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta (*Hrsg.*): OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, V. 2, Art. 184-216, 2. Auflage, Zürich 2009.
- KURŞAT**, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- MÜLLER-CHEN**, Markus (*Hrsg.*): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, II – Obligationenrecht, Art. 197-210, 223-225, Zürich – Basel – Genf 2007.
- OFTINGER**, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 2. Auflage, Zürich 1958.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. I, Bası 11, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 20, İstanbul 2022*), (I).
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. II, Bası 10, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 17, İstanbul 2022*), (II).
- OKUR**, Sinan: Eine kritische Untersuchung zu den Rechtsbehelfen des Käufers im alten und im neuen türkischen Warenkaufrecht, Bern 2014.
- OSER**, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm (*Hrsg.*): Zürcher Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht II, 2. Auflage, Zürich 1936.
- ÖZ**, M. Turgut (*Ed.*): Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023 (Editör).
- ÖZ**, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: Eser Sözleşmesi, ÖZ, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.
- SELİMOĞLU**, Y. Selim: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- SERT SÜTÇÜ**, Selin: Satış Sözleşmesi, ÖZ, Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.
- ŞAHİNİZ**, Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.

- TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 5. Baskı, Ankara 2010 (Özel).
- TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Mesuliyet).
- TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**: Depremzedeler İçin Hukuk Rehberi, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 410, Ankara 2023.
- UÇAR**, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- von TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts II, Zürich 1974.
- von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 1979.
- WALTER**, Hans P. (Hrsg.): Kurzkomentar zum Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2021 (*Güncel Baskı 18, İstanbul 2022*).
- YAVUZ**, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- YÜCER-AKTÜRK**, İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2018, (*Güncel Baskı 21, İstanbul 2021*).



MARKANIN ALAN ADI OLARAK KULLANILMASINDA KARŞILAŞILAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM MEKANİZMALARININ YERİ

Dr. Fatih Buğra ERDEM*

Öz

İnternet üzerinden bilgiye erişimin en önemli araçlarından birisi haline gelen alan adları ticaretin olmazsa olmaz (sine qua non) bir unsuru haline gelmiştir. Bu bağlamda markaların alan adı olarak kullanılması yaygın bir uygulamaya dönüşmüş olsa da böyle bir alan adı tescili suiniyetle (başkasına ait markanın alan adı olarak kullanımı gibi) yapılmış da olabilir. Bu gibi sınai mülkiyete ilişkin uyuşmazlıkların çözümü yakın bir geçmişe kadar mutlak biçimde mahkemelerin münhasır yetki alanı dahilinde değerlendirilmekteydi. Diğer bir ifade ile, anılan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde bir fikir birliği mevcuttu. Ancak günümüzde marka ve alan adı uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk ile ulusal/uluslararası tahkim yargılaması en sık başvuru yargı yollarından birisi haline gelmiştir. Bu çalışma, marka ve alan adı uyuşmazlıklarında ve özellikle markanın haksız şekilde alan adı olarak kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıklarının çözümüne dair genel anlayışı resmetmeyi ve bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin güncel gelişmeleri değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ass. Prof. Dr., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law Commercial Law Department, Ankara, Turkey.

✉ fatihbugra.erdem@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0001-8654-2684.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ERDEM, Fatih Buğra: “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasında Karşılaşılan Uyuşmazlıklarda Tahkim Mekanizmalarının Yeri, SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 261-296.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü • Marka • Alan Adı • Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması • Dünya Fikri Mülkiyet Ofisi • Milletlerarası Ticaret Odası

THE USE OF ARBITRATION MECHANISMS IN THE DISPUTES OF USING THE TRADEMARK AS A DOMAIN NAME

Abstract

Domain names, which have become one of the most significant means of accessing information over the Internet, have become an irreplaceable element of commerce. In this context, although the use of trademarks as domain names has become a common practice, such a domain name registration may be made with fraud (such as the use of another's trademark as a domain name) and may constitute a tort. Until a short time ago, industrial property disputes were considered within the exclusive jurisdiction of the courts in almost all jurisdictions. Therefore, there was a consensus that these disputes were not arbitrable. Nevertheless, today, national/international arbitration can be regarded as the most frequently used remedies in the resolution of trademark and domain name disputes. This study, in light of mentioned facts, aims to illustrate the general understanding of the resolution of disputes regarding trademark and domain name, and especially discuss the alternative dispute resolution methods in these issues.

Keywords

Alternative Dispute Resolution • Trademark • Domain Name • The Use of Trademark as a Domain Name • WIPO • ICC

GİRİŞ

Bilgi ekonomisi, yeni ekonomi gibi çeşitli isimlerle anılan globalleşen ve dijitalleşen ekonomik düzende devletlere düşen en öncelikli sorumluluklardan bir tanesi sınai mülkiyetlerin etkin şekilde korunmasını tesis etmektedir. Çünkü sınai mülkiyetler aynı zamanda ekonomik ve sosyal refaha da olumlu yönde katkı sağlamaktadır. Öyle ki, devletler, fikri ve sınai haklar sağlamak suretiyle pazardaki adil rekabetin sürmesi, yeniliğin teşvik edilmesi, ekonomik büyüme ve istihdamın desteklenmesi gibi hedeflerini de gerçekleştirmiş olmaktadırlar. Bu hakların korunmasına ilişkin olarak, kısa bir süre önceye kadar Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk yargı çevrelerinde fikri ve sınai mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar mahkemelerin münhasır yetki alanı içerisinde değerlendirilmekte ve dolayısıyla bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı

yönünde bir mutabakat süregelmekteydi. Ancak bilhassa 1999 yılından itibaren markanın alan adı olarak tescilinde ICANN nezdinde çözüm yolları sunulmaya başlanmıştır. Artık birçok yargı çevresi tarafından -belirli istisnalar dışında- sınai mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmiş durumdadır.¹ Örneğin, günümüzde lisans anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk ve (ulusal ve uluslararası) tahkim yargılaması en sık başvuru- lan çözüm yolları arasında görülmektedir. Bununla birlikte, telif hakları ve ticari sırlara ilişkin ihtilaflar veyahut patent hakkının ihlal edilmesi ve telif ücretinin ödenmemesi gibi hususlar mevzubahis olduğunda da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması olağan bir yol haline dönüşmüştür.²

Tahkime elverişlilik bağlamında, sınai mülkiyet uyuşmazlıklarında benimsenen klasik görüş, uyuşmazlığa konu olan hakların devletler tarafından verilen imtiyazların bir sonucu olması sebebiyle nihai yargı yetkisinin de devlete ait olmasıdır. Diğer bir ifade ile ekonomik ve sosyal gelişmenin desteklenmesi için devletler tarafından kişilere ve kurumlara sağlanabilen fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı ve korunması, tarafların serbest iradeleriyle belirleyebileceği bir müessese olmayıp, tahkim uygulamasına da konu olamayacaktır. Bununla birlikte Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İsviçre gibi ülkelerin benimsemiş oldukları modern görüşe göre, bir hakkın varlığının (geçerliliğinin)tespiti durumu haricindeki tüm uyuşmazlık hallerinde

¹ **JANKOVIC**, Nina, International Arbitration and Intellectual Property (IP) Disputes, 2021, <https://www.international-arbitration-attorney.com/international-arbitration-and-intellectual-property-ip-disputes> (Erişim Tarihi: 2.2.2023); **YÖRDEM**, Yılmaz, "Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı", Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C. 1, S. 1, 2017, s. 18; **TOPRAKKAYA BABALIK**, İrem, Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, On İki Levha, 2021, s. 236-238; **İMAMOĞLU**, Mustafa, "Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü'ndeki Uygulama Alanı", TPMK Uzmanlık Tezi, 2014, s. 65; **BOZKURT YÜKSEL**, Armağan, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları: Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin, 2009.

² Ancak madalyonun diğer yüzüne bakıldığında, devletlerin egemenlik alanlarının temini olarak addedilebilecek fikri hakların tesisi ve iptali hususları yalnızca devletlerce yetkilendirilen resmi kurumlar tarafından karara bağlanabilmektedir. Yani hakem heyetlerinin herhangi bir fikri hak koruması sağlaması ya da mevcut bir fikri hakkı iptal etmesi hiçbir zaman gündeme gelmemiştir.

tahkim yargılaması kabul edilmektedir.³ Bu bağlamda, esasen fikri ve sınai mülkiyet hakları devlet tekelinde kişilere sağlanan haklar olsa da, bir kez sağlandığında hak sahibinin özel mülkiyetine dönüşmekte olduğundan tarafların iradeleri tahkim yargılamasının kabul edilmesine ilişkinse devletlerin de buna müsaade etmeleri gerekmektedir.⁴

I. FİKRİ VE SINAI MÜLKİYETLERE İLİŞKİN ANLAŞMAZLIK TÜRLERİ VE TAHKİM EDİLEBİLİRLİKLERİ

Genel anlamda fikri ve sınai mülkiyetlere ilişkin uyuşmazlıklar hakkın ihlali (tecavüzü), geçerliliği, hakka sahiplik ve akdin ihlali olarak dört başlık altında yoğunlaşmaktadır.⁵ Bu anlaşmazlıklar içerisinde ilgili fikri ve sınai mülkiyete ilişkin hakkın ihlali ve akdin ihlali halleri çoğunlukla tahkim edilebilir olarak kabul edilirken, yalnızca birkaç yargı çevresi fikri ve sınai mülkiyet uyuşmazlıklarını külliyen tahkime elverişsiz olarak kabul etmektedir.⁶ Sonuç olarak hakim kanı, fikri ve sınai mülkiyetlere ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüme elverişli olduğu yönündedir. Bunun için birinci olarak, uyuşmazlık taraflarının tahkim şartını kabul etmeleri gerekmektedir. Uygulamada taraflar ekseriyetle uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce lisans vb. sözleşmesel ilişkileri bağlamında tahkim şartı üzerinde mutabakata varmaktadırlar. Ancak, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da tarafların tahkim anlaşması yapmaları suretiyle çözüm yolunu belirleyebilmeleri mümkündür. İkinci olarak, ilgili yargı düzeninin uyuşmazlık konusunu tahkim vasıtası ile çözülebilmesine izin vermiş olması gerekir. Örneğin Çin ve Rusya patent ve markaların geçerliliğine ilişkin olarak tahkime izin vermezken,⁷

³ **DESSEMONTET**, François, "Fikri Mülkiyet ve Tahkim", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, C. 7, 2007, s. 87; İngiltere Tahkim Kanunu, m. 69; Amerikan Patent Kanunu, bölüm 294; **EROĞLU**, Erman, "Arbitrator Integrity: Self-Interested Arbitrator in International Commercial Arbitration", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 295-320.

⁴ Bununla birlikte belirtilmesi gerekir ki, koruma sağlanan ilgili mülkiyet kapsamının genişletilmesine ilişkin talepler her halükârda devletlerin düzenleme alanı içerisinde kalacaktır. Bkz. **DESSEMONTET**, s. 87.

⁵ **LEGLER**, Thomas, "Arbitration of Intellectual Property Disputes", Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin, C. 37, S. 2, 2019, s. 291.

⁶ **JANKOVIC**.

⁷ Çin Patent Kanunu ve Çin Marka Kanunu ve yargı kararlarında fikri sınai haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim edilebilirliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır; **KOTELNIKOV**, Andrey/**KUROCHKIN**, Sergey/**SKVORTSOV**, Oleg, Arbitration in Russia, Wolters Kluwer, 2019, s. 116-117.

Hong Kong ve Singapur fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin her nevi uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunu kabul etmektedir.⁸

Tahkimin sağlayabileceği en temel avantaj teknik yeterlilikleri olan hakemlerin seçilmesi ve bu bağlamda uyuşmazlığın adil çözümü için sağlanacak nötr bir yargı ortamı (neutral forum) oluşturulmasıdır.⁹ Bu hususta birçok saygın tahkim otoritesinin ilke edindiği gibi hakem heyetlerinin uyuşmazlık tarafı devletlerden bağımsız olarak üçüncü ülkelerde oluşturuluyor olması tarafsız bir karar mekanizması sağlanması için önem arz etmektedir.¹⁰ Tahkim mekanizmasının en önemli özelliği hakemlerin taraflarca seçilmesi ve yargılama esnasında taraf menfaatlerinin ön planda tutulmasıdır.¹¹ Hassas bilgilerden oluşan patent, ticari sır gibi sınai haklara ilişkin bir uyuşmazlık gündeme geldiğinde uyuşmazlık taraflarının en temel isteği hassas bilgilerin korunması olacaktır ve bu bağlamda tahkim yargılamasının genel ilkeleri arasında yer alan gizlilik ilkesi daha da değerli hale gelecektir. Bir diğer önemli husus, tahkimin müştereken belirlenecek münhasır bir yargı yerinde ve belirlenen hukuk sistemi seçimi (single forum) sonucunda, doğrudan icra edilebilir kararlar ile sonuçlanmasıdır. Bu da daha az maliyetli, daha hızlı ve farklı yargı yerlerinde kaybedilecek hakların elimine edildiği bir mekanizma sunacaktır.¹² En az bu denli önemli bir diğer avantajı da 168 ülkenin tarafı olduğu New York Konvansiyonu bağlamında hakem ka-

⁸ Hong Kong Tahkim Yasası, bölüm 103D(1); Singapur Uluslararası Tahkim Yasası, bölüm 26B.

⁹ **TRACTENBERG**, Craig, "Nuts and Bolts of International Arbitration", *Franchise Law Journal*, C. 38, S. 3, 2019, s. 451-468; **EROĞLU**, Erman, "Due Process Rights in Arbitration in the light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2022, s. 105-122 (Due Process Rights); **CUNIBERTİ**, Gilles, *Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration*, Edward Elgar, 2017, s. 19-30.

¹⁰ *Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (2020)* para 6.1; *LCIA Notes for Parties*, para 52; *Administrated Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Center (2018)* Madde 11.2; *HKIIAC Practice Note on Appointment of Arbitrators (2018)* Madde 3.1; *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, Madde 13.5; *ICC Note to National Committees and Groups of ICC on the Proposal of Arbitrators*, para 43.

¹¹ **DESSEMONTET**, s. 86.

¹² **CELNIKER**, Craig/**HAMBRICK**, David/**THOMAS**, Sarah/**STEEL**, Daniel/**ZHU**, Cheryl/**HYUN**, Janelle, "Arbitration of Intellectual Property and Licencing Disputes", *Global Arbitration Review*, 2021.

rarlarının sınır ötesi tenfiz kabiliyetidir.¹³Tahkim kararlarının uygulanması hususunda Birleşmiş Milletler üye ülkelerinin neredeyse tamamı New York Konvansiyonu'nu kabul ederek, uluslararası hakem heyetlerinin kararlarını kendi iç hukuklarında uygun bulacaklarını taahhüt etmişlerdir.

Hakem kararlarının herkese karşı (*erga omnes*) mı yoksa sadece taraflar arasında (*inter partes*) mı hüküm doğuracağı hususu oldukça tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakem kararlarının herkese karşı mı yoksa sadece tarafların birbirlerine karşı mı hüküm doğuracağı hususunda farklı fikri ve sınai haklara ilişkin farklı ülke uygulamaları mevcuttur.¹⁴ Kural olarak, patentlerin iptali ve geçerliliğine ilişkin yalnızca ulusal mahkemelerin vermiş olduğu kararlar herkese karşı hüküm ifade eder. Bu nedenle, sınai hak sahipleri tahkim yolunu yargı yolundan daha güvenli görmektedirler. Öyle ki, tahkim kararı sınai hak sahibinin aleyhine verilmiş olsa dahi, bu yalnızca ilgili uyuşmazlık tarafı için hüküm ifade edecek olup, üçüncü kişilere herhangi bir talep hakkı doğurmaz.¹⁵ Uluslararası uygulamalar bağlamında neredeyse tüm yargı çevrelerinin fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif yöntemleri desteklediği görülmekte iken, Güney Afrika ve birkaç diğer ülke fikri ve sınai mülkiyet uyuşmazlıklarının tahkime külliye elverişsiz olduğunu kabul etmektedir.¹⁶

Anglosakson hukuk sistemi açısından sınai hakların tahkim edilebilirliğine ilişkin karşıt bir uygulama bulunmamakta fakat tahkim kararları yalnızca *inter-pares* etki yaratmaktadır. Bununla birlikte Birleşik Krallık mahkemeleri tahkimi çok geniş bir çerçevede yorumlamakta ve

¹³ The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Konvansiyonu); The Multilateral Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.

¹⁴ **ADAMO**, Kenneth, "Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context", *Global Business Law Review*, C. 2, S. 7, 2011, s. 16; **WU**, Wei-hua, "International Arbitration of Patent Disputes", *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, C. 10, 2011, s. 384-388.

¹⁵ **REED**, Matthew/**MILLER**, Ava/**TEZUKA**, Hiroyuki/**DOERNENBURG**, Anne-Marie, "Arbitrability of IP Disputes", 2021, <https://www.worldtrademarkreview.com/global-guide/the-guide-ip-arbitration/2021/article/arbitrability-of-ip-disputes> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

¹⁶ **JANSSON**, Therese, "Arbitrability Regarding Patent Law – An International Study", *Juridisk Publikation*, C. 1, 2011, s. 58-59.

uygulanmasını teşvik etmektedir.¹⁷ 1950, 1979 ve 1996 Tahkim Yasalarında fikri ve sınai hakların tahkimine ilişkin bir hüküm bulunmamakta, 1977 Birleşik Krallık Patent Yasası'nda ise tahkime sadece belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda izin verilebileceği belirtilmektedir. Tüm bu yasal boşluğa rağmen, uygulamada fikri ve sınai hakların tahkime elverişli olduğu görülmektedir. Marka ve telif haklarına ilişkin uyuşmazlıklar tam olarak tahkime elverişli iken,¹⁸ patentin geçerliliği dahi (yalnızca *inter-pares* etki göstermesi kaydıyla) tahkim kararları ile çözüme bağlanabilmektedir.¹⁹ A.B.D. federal yasalarında açıkça patent uyuşmazlığı taraflarının ilgili uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözebileceği (mevcut sözleşmedeki bir tahkim şartıyla ya da yapılacak ayrı bir tahkim anlaşmasıyla) öngörülmektedir. Buna göre, patent ya da patentten kaynaklanan herhangi bir hakkı içeren anlaşmalar, patentin geçerliliğine ya da ihlaline ilişkin uyuşmazlıklara yönelik olarak, tahkim şartı içerebilirler. Böyle bir şartın yokluğu halinde, taraflar ilgili uyuşmazlığın tahkim ile çözümünü üzerinde uzlaştıkları ayrı bir sözleşme yapmak suretiyle de tahkim yolunu kabul edebilirler. Uyuşmazlık taraflarının üzerinde anlaşmış oldukları tahkim şartı -sözleşmenin feshini gerektiren bir yasa hükmü ya da hakkaniyete aykırı bir durum söz konusu olmadıkça- geçerli, gayri kabili rucu ve icra edilebilirdir.²⁰ Ayrıca tahkim kararlarının yalnızca taraflar arasında etki doğuracağı da hüküm altına alınmıştır. Yani, hakem kararları nihai ve taraflar arasında bağlayıcıdır; ancak üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez.²¹ Anglosakson hukuk geleneğini yansıtan temel yargılama sistemleri olan Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarına paralel olarak Kanada,²² Avusturalya,²³

¹⁷ HOLLANDER, Pascal, "Report on the Public Policy Exception in the New York Convention", Dispute Resolution International, 2016, s. 13.

¹⁸ ADAMO, s. 58-62.

¹⁹ ADAMO, s. 60-62.

²⁰ 35 United StatesCode, § 294(a).

²¹ 35 United StatesCode, § 294(c).

²² Kanada Patent Yasası, (R.S.C., 1985, c. P-4) § 60(1); HENRIE, Caroline/HALLER, Adam/WALL, Kristin, "The Intellectual Property Law Review: Canada' in Dominick Conde", The Intellectual Property Review, 2021; SMITH, Matthew/COUSTE, Marina/HIELD, Temogen/JARVIS, Richard/KOCHUPILLAI, Mrinalini/LEON, Barry/RASSER, Jacobus/SAKAMOTO, Masamitsu/SHAUGHNESSY, Andy/BRANCH, Jonathan, "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide", Harvard Journal of Law and Technology, C. 19, S. 2, 2006, s. 330.

²³ Elders CED v. DaravcoCorp; Larkden Pty Limited v. Lloyd Energy Systems Pty Limited.

Singapur²⁴ ve Hong Kong²⁵ hukuk sistemlerinde de benzer yaklaşımlar mevcuttur. Buna göre, sınai haklar konusunda ulusal mahkemelerin nihai karar yetkisi bulunmakta ve verilen kararlar herkese karşı hüküm doğurmaktadır. Tahkim uygulaması açısından incelendiğinde, bu yargı sistemleri taraflar arasında (interpartes) etki doğurması ve patentin geçerliliğine ilişkin olmaması şartıyla tahkimin sınai haklar için uygulanabileceği sonucuna varılabilecektir. Sonuç olarak, Anglosakson hukuk sisteminde fikri ve sınai haklara ilişkin uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun tahkime elverişli olduğu söylenebilir.

II. MARKA UYUŞMAZLIKLARI

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 4'te markanın tanımı yapılmıştır. Buna göre, “marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir”. Tanımdan yola çıkıldığında markanın işaret ve ayırt edicilik unsuru olmak üzere iki unsuru olduğu görülmektedir.²⁶Marka hakkına ilişkin uyuşmazlıklar da bu iki unsur üzerinde kümelenmiş durumdadır.

Marka hakkına ilişkin verilmiş taahhütler, ya da markanın devrine ilişkin yapılmış olan sözleşmelerden kaynaklanan çok sayıda uyuşmazlık ulusal yargı mecraları haricinde ayrıca tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif çözüm yöntemleri vasıtasıyla da çözümlenebilmektedir. Belirtilmesi gerekir ki, alternatif çözüm yöntemlerine başvurulabilmesi markanın taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf kurabilecekleri bir hak olmasından kaynaklanmaktadır.²⁷ Bu kapsamda SMK m. 5'te belirtilen marka tescilinde mutlak ret nedenleri söz konusu ise uyuşmazlık taraflarının üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir marka hakkının varlığından söz edilemeyecektir. Buna göre; i) SMK m. 4 bağlamında

²⁴ 2019 Singapur Fikri ve Sınai Haklar Yasası.

²⁵ 2017 Hong Kong Tahkim Yasası.

²⁶ **TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 343; **ARKAN**, Sabih, Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997, s. 36.

²⁷ **ÇALIŞKAN**, Yusuf, Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, Değişim Yayınları, 2008, s. 36.

marka olamayacak işaretler, ii) herhangi bir ayırt ediciliğe sahip olmayan işaretler, iii) ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, iv) ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, v) malın doğası gereği ortaya çıkış şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler, vi) mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler, vii) Paris Sözleşmesinin ikinci mükerrer altıncı maddesine göre reddedilecek işaretler, viii) Paris Sözleşmesinin ikinci mükerrer altıncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilere tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler, ix) dini değerleri veya sembolleri içeren işaretler, x) kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler ve xi) tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler söz konusu olduğunda, tarafların artık markaları üzerinde serbestçe tasarruf etmeleri mümkün değildir. Çünkü zaten kanunen mutlak ret sebepleri arasında sayılan hallerden birisi vuku bulmuştur. Bu durumun tek istisnası, yine ilgili kanunun (SMK m. 5) “ç” bendidir. İlgili bent uyarınca, “aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler” söz konusu olduğunda, bu durum mutlak ret sebeplerinden birini teşkil ediyor olsa da SMK m. 5/3’te yer alan “Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez.” hükmü nedeniyle, bir muvafakatname söz konusu olduğunda taraflar artık üzerinde serbest tasarruf yetkileri bulunan marka hakkından dolayı ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurabileceklerdir. Mutlak ret sebepleri haricinde, SMK m. 6’da ‘marka tescilinde nispi ret sebepleri’ de ayrıca tanımlanmıştır. Nispi ret sebepleri söz konusu olduğunda, ilgili uyuşmaz-

lığın arabuluculuk veya tahkim yöntemi ile çözülebilmesi hususunda karşıt bir görüş bulunmamaktadır.²⁸

Ancak nispi ret sebeplerine dayanılarak açılacak bir hükümsüzlük davası sonucunda marka tescilinin iptali neticesinde lisans alan ya da markayı devralan taraf SMK m. 27 bağlamında tazminat talebinde bulunacak olursa talep bir para alacağına dönüşeceğinden ötürü zorunlu arabuluculuk müessesesi gündeme gelecektir.²⁹ Bununla birlikte, esasen TTK m. 4 f.1(d) kapsamında, “her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın [...] fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta [...] öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.”³⁰

SMK m. 17/1’e göre, “marka başvurusunun yayımlanmasından sonra herkes, marka başvurusunun 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ç) bendi hariç diğer bentleri kapsamında tescil edilemeyeceğini belirten yazılı ve gerekçeli görüşlerini markanın tesciline kadar Kuruma sunabilir.” Bu kapsamda Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT), gö-

²⁸ **GİRAY**, Eda, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, **EFEÇİNAR**, Ceyda/**YARDIM**, Mehmet (Editörler), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, 2019, s. 39.

²⁹ **GİRAY**, s. 36.

³⁰ Gereğede belirtildiği üzere, “TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “Fikri mülkiyet hukukuna” ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO’nun terminolojisine uygun olarak *inter alia* fikri mülkiyet hukukunun markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmekte, yani sınai mülkiyeti de kapsayan daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır.. Sonuç olarak, konusu bir para alacağı olan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun ve 5147 Sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun bağlamında öngörülen hükümlerden kaynaklanan tazminat taleplerinde TTK 5A hükmü gereğinde dava öncesi zorunlu arabuluculuk söz konusu olacaktır. Bu bağlamda fikir ve sanat eserlerine ilişkin davaların mutlak ticari dava olmadığı fakat fikri mülkiyet hukukuna tabi davaların mutlak ticari dava olduğu belirtilmelidir. Bkz. **TANRIVER**, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBB Dergisi, S. 147, 2020, s. 111.

rüşleri değerlendirmek suretiyle marka başvurusunu kısmen ya da tamamen reddedebilir (SMK m. 17/2). Ancak, üçüncü kişilerin görüşlerini sunabilmeleri, yani Bülten’de yayımlanmış bir marka başvurusunun SMK m. 5 kapsamında (birinci fıkrasının ç bendi hariç olmak üzere) tescil edilemeyeceğine dair görüşlerini markanın tesciline kadar sunabilmeleri için bu görüşlerin yazılı ve gerekçeli olması, inceleme için belirlenen ücretin ödenmesi ve bu ücretin ödendiğine dair ilgili evrakın TÜRKPATENT’e iletilmesi gerekmektedir.³¹ İlgili üçüncü kişilerin marka başvurusunun SMK m. 5 veya 6 kapsamında tescil edilmemesine ilişkin yapacakları başvurular için kanunda marka başvurusunun yayımından itibaren 2 aylık bir süre tanınmıştır. Bu süre içinde başvuru yapılmamışsa, itiraz yapılmamış sayılır (SMK m. 18). Ancak taraflar arabulucuya başvuru yapmış ve bu durumu TÜRKPATENT’e bildirmişlerse itiraz incelemesi üç ay için ertelenir. Tarafların talebi halinde bu sürenin üç ay daha uzatılabilmesi de mümkündür.

‘Yayıma itirazın incelenmesi’ başlıklı SMK m. 19 f. 4 uyarınca “kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır.” Diğer bir ifade ile, SMK m. 19/4 bağlamında TÜRKPATENT’e arabuluculuğu teşvik edebilmesi için bir alan tanınmıştır. Benzer bir düzenleme, markalarda olduğu gibi coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı başvurularının incelenmesi için de tanınmıştır. SMK m. 40/5’e göre, “Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.” Tarafların arabuluculuk yolunu tercih etmeleri durumunda, uyuşmazlık taraflarından birinin karşı tarafa yaptığı çağrı yanıtız kalırsa arabuluculuk teklifi reddedilmiş sayılacaktır; lakin bu durum tarafların yeniden arabuluculuk yoluna başvurulması yönünde bir engel teşkil etmemektedir.³² Son tahlilde ayrıca belirtilmesi gerekir ki, SMK tarafından da teşvik edilmeye çalışılan bu uzlaşma hallerinin,³³ vekillerce taraflara (vekillere temsil edilmeleri

³¹ UZUNALLI, Sevilay, Marka Hukuku, Adalet, 2021, s. 75.

³² TOPRAKKAYA BABALIK, s. 236-238.

³³ Her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu’nun anılan maddeleri kapsamında Türk Patent ve Marka Kurumunca tarafların uzlaşmaya teşvik edilmesi müessesesi mevcutsa da Kurum halihazırda bünyesinde bir kurumsal arabuluculuk merkezini haiz değildir. Ancak evrensel uygulamalar da değerlendirildiğinde, Kurum bünyesinde böyle bir platform oluşturulması oldukça fayda sağlayacaktır. Bkz. İMAMOĞLU, s. 65.

halinde) hatırlatılması ‘asile özen yükümlülüğü’ gereğince bir zorunluluktur.³⁴

Markaların korunması bir ekonomik sistemin etkin biçimde işlemesi için elzemdir. Ekonomik gelişmeyi güvence altına alan ve tüketici refahına katkı sağlayan ticari markalar hakkında, markanın usulsüz tescili, iltibas ya da geçersizliği gibi çok sayıda ulusal ve uluslararası düzeyde uyuşmazlık yaşanmaktadır. Çoğunluğu iltibas kaynaklı marka uyuşmazlıkları için hem maddi hem de zamansal tasarruf sağlamak niyetinde olan uyuşmazlık taraflarının, talepleri kapsamında karar verilmesini sağlayan alternatif çözüm yöntemlerine başvurdukları görülmektedir. Bu hususta karşılaştırmalı hukuk düzenleri incelendiğinde farklı yaklaşımların ele alındığı görülmektedir. Örneğin, Yunan hukuk uygulamasında, marka ihlallerine ilişkin zorunlu arabuluculuk öngörülmekte iken;³⁵ Amerikan hukuku bağlamında, marka hakkına ilişkin uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri ile çözüme kavuşturulabilmesi mümkün kılınmıştır ve bu bağlamda zorunlu olmamasına rağmen en çok rağbet gören yol da arabuluculuk müessesesidir.³⁶ Ticari markaya ilişkin uyuşmazlıkların tahkim ile de çözüme kavuşturulması mümkündür. İngiltere’de marka anlaşmazlıklar genellikle tahkim ile çözümlenmekte, ancak ABD’de ticari marka uyuşmazlıklarının tahkimine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ABD’de de marka ihlallerinin tahkimi mümkündür.³⁷

Her ne kadar marka hukukunda ülkesellik ilkesi mutlak olarak uygulansa da uluslararası anlaşmalar ile bu ilkenin istisnaları belirlenebilmektedir. Örneğin, bu kapsamda, AB hukuku bağlamında üye ülkelerin ‘Topluluk Markası’ kapsamında her bir ülkede ilgili markanın tescili

³⁴ ÇOLAK, Uğur, Türk Marka Hukuku, On İki Levha, 2023, s. 125.

³⁵ PERRAKI, Marina, Greece: Mandatory Mediation in Trademark Civil Disputes, 2018, <http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2018/05/16/greece-mandatory-mediation-on-trademark-civil-disputes-2> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

³⁶ BLACKMAN, Scott/McNEILL, Rebecca, “Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes”, American University Law Review, C. 47, S. 6, 1998, s. 1709-1734; SHACK, Jennifer/YATES, Susan, “Mediating Lanham Act Cases: The Role of Empirical Evaluation”, Northern Illinois University Law Review, C. 22, 2002, s. 287-335; MENDELL, Floyd/ASH, Karen, “Mediation of Trademark Disputes Has Advantages”, The National Law Journal, 2007.

³⁷ PIERCE, John/GUNTER, Pierre-Yves, “The Guide to IP Arbitration”, 2021. https://nyiac.org/wpcontent/uploads/2021/03/GAR_Guide_to_IP_Arbitration_1st_Edition.pdf (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

yerine tek bir marka ile birden çok ülkede koruma sağlanması mümkündür. Bu uluslararası ticareti de destekleyen önemli bir gelişmedir. Türkiye üzerinden yapılacak topluluk markası başvurularında, Türk hukuk sisteminin 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile birlikte Avrupa Birliği hukuku ile tam uyumlu hale gelmesinin getirisi olarak başvurularda esasa ilişkin yaşanabilecek problemler minimum düzeyde kalmaktadır.³⁸

III. ALAN ADI UYUŞMAZLIKLARI

Alan adlarını internet sisteminin içerisinde alan adı sahibinin dileği bilgileri paylaşabileceği ve en yaygın olarak kullanılan WWW (World Wide Web) ağı üzerinde yer alan bir belirleyici olarak tanımlamak mümkündür.³⁹ Alan adları, özellikle ticari müesseselerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için artık olmazsa olmaz (*sine qua non*) nitelikte varlıklar haline dönüşmüştür. Ticari işletmelerin markalarını ön plana çıkarmak, tanınırlıklarını ve saygınlıklarını pekiştirmek için alan adlarından oldukça fayda sağladıklarını söylemek mümkündür. Alan adları bağlamında, ilk zamanlarda uygulanan ‘first come first served’ ilkesi gereğince, alan adının tahsisinde ilk başvuranın bu adı almasına ilişkin uygulama ve görüş hakimken; bu durumun zamanla marka hakkına zarar verdiği anlaşılmış ve bu uygulamanın sürdürülebilir olmadığı

³⁸ YÖRDEM, s. 18.

³⁹ NÖMER, Füsün, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunmaması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, KENDİGELEN, Abuzer (Editör), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2001, s. 396; MEMİŞ, Tekin, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunları”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2000, s. 464; MEMİŞ, Tekin, “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 513-527; OĞUZ, Sefer, “İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, s. 13-30; ŞENOCAK, Kemal, “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, s. 89-141; KIRCA, İsmail, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, KENDİGELEN, Abuzer, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2002, s. 527-544; BİLGE, Mehmet Emin, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Yetkin, 2014; ARIKAN, Murat Fahri, “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 7, 2000, s. 781-790; BAKKEN, Erlend, “Unauthorized Use of Another’s Trademark on the Internet”, UCLA Journal of Law and Technology, C. 7, S. 1, s. 1-31; SOYSAL, Tamer, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, 2014 .

kabul edilmiştir. Ancak günümüzde yalnızca tanınmış marka veya ürünler için kullanılan “.com, .net, .org” ve benzeri alan adlarının (top-level domains) dışında kalan alan adlarının tescili talep konusu olduğunda, ilgili marka veya ürün sahibinin başvurusuna öncelik verilmektedir.⁴⁰

Belirtilmesi gerekir ki, alan adı hukuken bir marka olarak nitelendirilemez. Her ne kadar alan adları işletmenin sahip olduğu ürünlerin veyahut sağladığı hizmetlerin ayırt edici özelliklerine vurgu yapıp, ilgili mal veya hizmetin kökeninin tespit edilebilmesine katkı sağlasa da işletme adı, ticaret unvanı ya da marka gibi ayrı bir kategorizasyona dahil edilmemektedir. Ancak artık ticaretin sanallaşması, yani internet ortamına taşınması nedeniyle şirketlerin alan adları bir nevi markaları haline dönüşmüştür. Bu nedenle birçok yargı çevresinde alan adları, marka hukuku hükümleri ile koruma altına alınmaktadır.⁴¹ Ülkemizde Türk Medeni Kanunu bağlamında isim niteliği taşıyan alan adları,⁴² ilgili hükümlerce koruma altına alınmaktadır. Ancak küresel trend incelendiğinde, WIPO kararlarında da belirtildiği gibi markalar ve alan adları aynı amaca hizmet etiklerinden, alan adlarının marka hukuku bağlamında korunması gerektiği görüşü yadsınamayacaktır. Alan adları halihazırda ticari işletmenin devrine ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 11 f. 3 hükmünde yer alan ‘sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları’ kapsamında değerlendirildikleri için ticari işletmenin gayri maddi unsurlarından biri olarak sayılmaktadır. Alan adının sınai hak olup olmadığı hususunda tartışmalar devam ediyor olsa da 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.5(1)c uyarınca, ticari işletmenin rehni kapsamında sayılan “fikri ve sınai mülkiyete konu haklar” dahilinde alan adlarının da kapsam içerisinde olduğu teorik olarak kabul edilmektedir.⁴³ Yargıtay kararları da alan adı kullanılarak marka

⁴⁰ **SUNDERLAND, Sara**, “Domain Name Speculation: Are We Playing Whac-A-Mole?”, Berkeley Technology Law Journal, C. 25, S. 1, s. 465-492.

⁴¹ **MEMİŞ**, s. 469.

⁴² **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-598.

⁴³ **GÖLE**, Celal/**AYDOĞAN**, Gökhan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, s. 11; **UYUMAZ**, Alper/**TÜRK**, Mehmet Cemil, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, s. 1433.

hakkına tecavüze ilişkin uyuşmazlıkların marka hukuku kapsamında korunabileceğine işaret etmektedir.⁴⁴

Alan adlarına ilişkin olarak değinilmesi gereken son husus, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 5, 34 ve 35'e dayanılarak hazırlanan 7/11/2010 tarihli ve 27752 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 'İnternet Alan Adları Yönetmeliği' ("Yönetmelik")'dir. Temel amacı ".tr" uzantılı İnternet alan adlarının yönetimine ilişkin usul ve esasları belirlemek olan bu Yönetmelik'in 4. maddesine göre "a) Objektif nedenler aksini gerektirmedikçe niceliksel ve niteliksel devamlılık, ayırım gözetmeme, düzenlilik, verimlilik, nesnellik, orantılılık, şeffaflık, kaynakların etkin kullanılması ve teknoloji bağımsız davranılması, b) Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması, c) Tüketici haklarının korunması, ç) Hizmet kalitesinin yükseltilmesinin teşvik edilmesi, d) Uluslararası uygulamaların ve standartların dikkate alınması, e) Alan adlarına yönelik uygulamaların ülke koşullarına uygun, etkin ve uzun vadeli çözümler olması, f) Makul koşullarda, kolaylıkla faydalanılabilecek uygulamaların teşvik edilmesi, g) Gerçek ve tüzel kişilerin talep ettikleri hizmet dışında herhangi bir hizmet satın almak zorunda bırakılmaması ve ğ) Üçüncü kişilerin haklarının korunması" ilkeleri gözetilmiştir. Ancak bu Yönetmelik'in çalışmamız için önemi m. 23 ve 27 arasında düzenleme altına alınan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının zikredilmesidir. Alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılarının (UÇHS) taşıması gereken asgari şartların belirlenmesi ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından uygun görüldüğü takdirde uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına dahil edilmeleri ilgili yönetmelik kapsamında detaylı olarak düzenlenmiştir. Tüm bu şartlar altında uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru için Yönetmelik'in m. 25 çerçevesinde aşağıda belirtilen üç şartın tamamının varlığı aranmaktadır.

⁴⁴ Yargıtay 11. HD, E. 2020/ 6288, K. 2021/6285, T. 17.11.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2020/ 2192, K. 2021/4361, T. 24.05.2021; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/615, K. 2021/270, T. 10.06.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2020/6039, K. 2021/4206, T. 28.04.2021; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/614, K. 2021/269, T. 10.06.2021; Yargıtay19. CD, E. 2021/4403, K. 2021/7178, T. 24.06.2021; Daha detaylı okuma için bkz., **KARA-GÜLMEZ**, Ali, "İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 97, s. 48-55.

- İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması

- Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması

- Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis edilmesi veya kullanılması

Yönetmelik m. 25/2'ye göre, belirtilen üç şartın da birlikte sağlandığını iddia eden şikâyetçi, uyuşmazlığın çözümü için UÇHS'lerden birini tercih ederek başvurusunu yapabilir. Şikâyetçi başvuruda bulunduğu UÇHS'nin kendisine kesin bir karar bildirmesine kadar aynı hususta başka bir UÇHS'ye başvuruda bulunamaz.

Yönetmelik'te hakemlerin seçimi ve niteliklerine ilişkin olarak belirli kriterler belirlenmiştir. Her şeyden önce UÇHS tarafından yayımlanacak listede yer almak isteyen hakemlerin muhakkak fikri mülkiyet hakları hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanlarında uzman olması gerekir (Yönetmelik m. 26/1). Hakemlerin görevlerine başlayabilmeleri için uyuşmazlık konusu alan adına ve taraflarına ilişkin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını gösterir yazılı beyanlarını UÇHS'ye sunmaları gerekmektedir (Yönetmelik m. 26/2). Hakemler, usul hukuku bağlamından, çalışmalarını kendilerine iletilen bilgi, belge ve delillerden oluşan dosya üzerinden yapmak zorundadırlar. Bu kapsamda, gerek görülmedikçe, uyuşmazlık taraflarını şahsen dinlenmesi mümkün olmamaktadır (Yönetmelik m. 26/3). Hakem veya hakem heyetinin ilgili uyuşmazlığı karara bağlarken ilgili mevzuat, içtihatlar ve yargı kararları göz önünde bulundurulmalıdır. Yapılan inceleme sonucunda şikâyetçi tarafın talebi doğrultusunda alan adlarının iptali ya da şikâyetçi tarafa devrine veya şikâyetçi tarafın talebinin reddi olmak üzere iki tür karar verilebilir. Kararlar basit çoğunlukla alınır ve hiçbir hakem çekimser oy kullanamaz (Yönetmelik m. 27).

IV. MARKANIN İNTERNET ALAN ADI OLARAK KULLANILMASI

Özellikle son çeyrek asırda hem ulusal hem de uluslararası ticaret hacminin katlanarak artış göstermesi, birden fazla haberleşme ağını tek bir çatı altında toplayan internet ağı sayesinde. Gerçek ve tüzel kişiler iktisadi amaçları doğrultusunda ilgili mal ve hizmetin tanıtılması ya da satılması için bir araç olarak internet adresleri kullanmaktadırlar. Her

şirketin bir internet sitesine sahip olması çağın gereklerinden olup, aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu m. 1524 uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri için internet sitesi açmak ve bu site üzerinden aktif bildirimlerde bulunmak bir zorunluluk haline de getirilmiştir. İlgili maddeye göre, '[Türk Ticaret Kanunu'nun] 397. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır...' İnternet siteleri birbirinden alan adları (domain names) ile ayrılırlar. Her alan adı emsalsiz (unique) olduğundan ötürü, herhangi bir engel olmaksızın bir alan adını almak için ilk başvuru yapan kişiye bu alan adı verilir. Bu durum, fırsatçılık faaliyetlerine zemin hazırlar ve kişiler kullanmayacak olsalar da başkalarına ait marka, ticaret unvanı ve benzer müesseseleri kendi adlarına tescil ettirmek suretiyle ilgili alan adlarını yüksek fiyatlara satmayı amaçlarlar (cybersquatting/ domain grabbing).⁴⁵ İnternet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu kolayca edinilebilmeleri nedeniyle .com, .net, .org., .info, .tr gibi genel uzantılı adlar ile ilgili olanlardır. Özellikle alan adı ile ticari marka ya da ticaret unvanı aynı olduğunda sorun daha da derinleşmektedir.⁴⁶

Hak aranırken en hızlı ve kolay yöntem olarak, WIPO tarafından 1999 yılında kabul edilen 'Alan Adı Uyuşmazlıklarının Çözümü için Yeknesak Politikalar' (The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy -UDRP)⁴⁷ ekseninde 'İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'

⁴⁵ **WRIGHT**, Steven, "Cybersquatting at the Intersection of Internet Domain Names and Trademark Law", IEEE Communications Surveys and Tutorials, C. 14, S. 1, 2012, s. 193-205; **MERCER**, John, "Cybersquatting: Blackmail on the Information Superhighway", Boston University Journal of Science and Technology Law, C. 6, 2000, s. 290-312; **OĞUZ**; **ŞENOCAK**; **SOYSAL**; **BOZBEL**; **KAYA**, Mehmet, "İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, 2021 (İnternet Alan Adı), s. 1466..

⁴⁶ **BAL**, Nurullah, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, s. 315; **OĞUZ**, Sefer, İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, Seçkin, 2018, s. 479.

⁴⁷ Alan adı uyuşmazlıklarının çözümü için Yeknesak Politikalar kendine özgü kuralları dolayısıyla lex digitalis olarak anılmakta ve alan adını son kaydeden kullanıcı ile bu alan adına ilişkin hak sahibi olduğu iddiasını ileri süren kişi arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde temel ilkeleri belirlemektedir. Bkz. **KETTEMANN**,

(The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN) kurulmuştur. Markanın alan adı olarak tescil edilmesine ilişkin olarak UDPR m. 2 ve 4 bağlamında alan adının kullanımının engellenmesi üç koşulun birlikte varlığı şartına bağlanmıştır: (i) alan adı ve ticari/hizmet markası arasında birebir aynı veya karıştırılma (iltibas) tehlikesine yol açabilecek düzeyde benzerlik, (ii) alan adının tescilinde, ilgili ad üzerinde hiçbir hak ve meşru menfaatin bulunmaması, (iii) alan adının kötü niyetle tescil edilmiş ve kullanılıyor olması. Bu hususların tümünün varlığı iddia eden marka sahibince ispatlanmadığı sürece alan adı üzerinde bir hak ileri sürülemeyecektir. Burada WIPO içtihatlarına göre, marka sahibinin markasının tescilli olması, ispat külfetini alan adını alan tarafa geçirecektir.⁴⁸

İltibas tehlikesinin ölçütü somut olay bağlamında değerlendirilmelidir. Bir markanın tercümesinin kullanımı (transliteration) ve kasıtlı olarak yapılan yazım hataları (typo-squatting) gibi haller iltibas tehlikesine örnek gösterilebilir.⁴⁹ Hak kriterine ilişkin olarak ise, ihtilaf konusu markanın tüketicilerinin yanlış surette yönlendirilmesi dolayısıyla meşru olmayan bir menfaat için kullanıldığı haller nazara alınır.

UDPR ekseninde WIPO bünyesinde yürütülen tahkim yargılaması, günümüzde alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde en etkili merci olarak görülmektedir.⁵⁰ Özetle, alan adı sahipleri, UDPR gereği tahkim kararları ile bağlı olmaktadır.⁵¹

Matthias, *The Normative Order of the Internet*. Oxford University Press, 2020, s. 219; **MUELLER**, Milton, *Rulling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, MIT Press, 2002, s. 193; **BOZBEL**.

⁴⁸ **WIPO**, 'WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions'.

⁴⁹ **KAYA**, s. 1466.

⁵⁰ **WALKER**, Luke, "ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", *Berkeley Technology Law Journal*, C. 15, 2000, s. 289-311; **HELPER**, Lorraine/**DINWOODIE**, Graeme, "Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", *William and Mary Law Review*, C. 43, 2001, s. 141; **SOYSAL**, Tamer, "İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım", *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 21, S. 2, 2006, s. 481-507; **VIELLECHNER**, Lars, *The Transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State*, **KJAER**, Poul (Editör), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge University Press, 2020, s. 352.

⁵¹ **DESSEMONTET**, s. 90.

1999 yılından beri en yüksek internet idare organı olan ICANN, alan adı uyuşmazlıklarına yönelik belirli konularda tahkim yöntemi sunmaktadır. Bu konular, tahdidi olmamak kaydıyla, alan adının tescilli bir marka ile benzerliği, alan adı sahibinin alan adına ilişkin herhangi bir meşru faydası olmaması ve alan adının kötü niyetle tescil edilmiş ve kullanılmış olmasıdır. UDPR ekseninde şekillenen ICANN tahkim prosedürü zorunlu tahkime benzetilebilir. Zorunlu tahkime benzetilmesinin sebebi ise, alan adı alan tarafın ICANN tahkim usulünü kabul etmiş sayılmasından ötürüdür; alan adını alan kişi veya kurum bu durumdan haberdar olmasa dahi, ICANN-Kayıt Kuruluşları-Alan Adı Kaydettiren arasında yapılacak sözleşmelerde tüm taraflar zorunlu olarak ICANN'ın yetkisini kabul ederler.⁵² Öte yandan, klasik tahkim usulüne benzerliği ise, davacının ICANN'a başvurmadan önce ya da ICANN tahkim kararı yayımlandıktan sonra mahkemelere başvurma hakkının saklı olmasından ötürüdür. Kararın verilmesinden itibaren 10 gün içinde aleyhine karar verilen taraf mahkemeye başvurmuş olduğuna dair belgeleri ICANN'a bildirmese, alan adını tescil eden kurum, ilgili kararı herhangi bir tanıma veya tenfiz kararına ihtiyaç duyulmaksızın uygulamak zorundadır. ICANN tahkim usulünün klasik tahkimden bir diğer farkı ise verilen kararların kamuya duyurulmasıdır.

ICANN tahkim usulünün uygulanması için en çok tercih edilen kurum ICANN tarafından akredite edilmiş olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO)'dür.⁵³ ICANN tarafından akredite olan diğer kuruluşlar sırasıyla 'Arab Center for Domain Name Dispute Resolution', 'Asian Domain Name Dispute Resolution Centre', 'Canadian International Internet Dispute Resolution Centre', 'The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes' ve 'National Arbitration Forum'dur.

⁵² NALBANT, Mustafa, "İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarında ICANN Tahkim Usulü ve Şartları", 2023. <https://www.ozgunlaw.com/makaleler/internet-alan-adi-uyusmazliklarinda-icann-tahkim-usulu-ve-sartlari-324> (Erişim Tarihi: 2.2.2023); KAPLAN, Yavuz, "İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü", Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, s. 697-720.

⁵³ Her ne kadar hızlı ve etkin çözüm sistemi sunulsa da usul hukukumuzdaki uygulamanın aksine, başvuru olumlu bir sonuç almış olsa dahi başvuru ücretini davaya rücu edememektedir. İstisnai olarak, başvuru ücretini bir kişilik hakem heyeti istemesi durumunda davalı üç hakem talep ettiğinde, masraflar yarı yarıya paylaşılacaktır.

Akredite edilmiş her kuruluş farklı ücretlendirme ve ek tahkim kuralları ile birbirinden ayrılmaktadır.

UDRP 2. maddesi uyarınca, alan adı başvuruçusu, talep ettiği alan adı üzerinde üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmediğini kabul eder ve ihlal etmediğine ilişkin olarak gerekli bütün araştırmaları yapar. Bu bağlamda, bir uyuşmazlık ortaya çıktığında başvuruçunun hak ihlaline sebep olduğunu bilmediği yönünde yapacağı savunmalar hükümsüz olacaktır.⁵⁴

Hakkı ihlal edilen taraf ICANN tarafından akredite edilen herhangi bir kuruluşa başvurmak suretiyle (a) alan adının ticari bir marka ile aynı veyahut iltibasa sebep olabilecek kadar benzer olduğunu, (b) alan adı sahibinin haklı bir menfaati bulunmadığını ve (c) alan adının kötü niyetle iktibas edildiğini ispatlamak zorundadır.⁵⁵ Öngörülen üç unsurun tamamının varlığının ispatlanması dava şartıdır.⁵⁶ UDRP m. 4(b)'de hangi şartlar altında kötü niyetli tescilin ispatlanabileceğini belirtmiştir. Buna göre: "Madde 4(a)(iii) anlamında, özellikle Divan tarafından tespit edilmiş aşağıdaki hallerde, kötü niyetli bir tescil ve kullanmanın varlığı kabul edilir: (a) İnternet alan adının; davacıya, ticari marka veya hizmet markası sahibine, veya davacının rekabette bulunduğu kimseye, alan adının belgelenmiş tescil masraflarını aşan önemli miktardaki bir meblağ karşılığında esasen satma, kiralama veya sair şekilde devretme amacıyla tescil veya elde edilmiş olması; veya (b) Alan adı başvurusunun, ticari marka veya hizmet markası sahibinin markasını alan adı kullanılmasını engellemek amacıyla yapılmış ve bunu yaparken ticari gaye ile hareket edilmiş olması; veya (c) Alan adı başvurusunun esasen ticari rakiplerin işlerine zarar vermek amacıyla yapılması; veya (d) Alan adının kullanılması suretiyle, ticari kazanç temin etmek için, davalının markası ile kaynak, sponsorluk, ilişki veya internet sitesindeki ürün veya hizmetin tavsiyesi hususunda karışıklık meydana getirmek suretiyle

⁵⁴ **NALBANT.**

⁵⁵ Kötü niyetli tescil bağlamında verilen kararlara bakıldığında, alan adı sahibinin savunma yapmaması, ilgili alan adından rakip bir firmaya ya da pornografik içerikli bir alan adına otomatik yönlendirme yapması, kasıtlı olarak başkasına ait alan adını alması ve bilinçli olarak farklı bir haberleşme adresi sağlanması halleri kötü niyetli tescil olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **NALBANT.**

⁵⁶ UDRP, madde 4(a).

internet kullanıcılarını kendi internet sitesine ya da başka bir siteye yönlendirmek.”⁵⁷

Alan adını haksız şekilde ihlal ettiği iddia edilen tarafın başvuruca karşı öne sürebileceği iddialar UDRP m. 4(c)'de tahdidi olmamak kaydıyla belirtilmiştir. Buna göre, “(a) Alan adı sahibinin, kendisine tahkim usulüne başvurulduğu bildirilmeden önce, alan adı veya buna uygun bir terimi bir mal veya hizmet arzı için kullanmış veya kullanılması için belirli hazırlıklar yapmış olması, (b) Alan adı sahibinin, bir marka veya benzeri işareti tescil ettirmiş olmamasına rağmen, alan adı altında olarak tanınmış olması, veya (c) Alan adının, ticari olmayan veya dürüst meşru bir şekilde, tüketicileri yanıltmak suretiyle ticari kazanç temin etmek veya ihtilaf konusu markaların değerini azaltmak amacı güdülmeksizin kullanılması” hallerinin ispatlanması durumunda alan adı sahibi aleyhine ileri sürülen iddialar hükümsüz kalacaktır. Belirlenen haller, alan adı sahibi tarafından ileri sürülmesi de hakem heyeti tarafından resen gözetilecektir.⁵⁸

1. Alan Adı Uyuşmazlıklarında Uluslararası Çözüm Organları

Alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklar uluslararası saygın kuruluşların hakem heyetlerince çözümlenebilmektedir. ICANN tahkim usulünün yürütücülerine bakıldığında, en çok tercih edilen kurumun WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi olduğu görülmektedir.⁵⁹ Bununla birlikte öne çıkan kurumsal tüzel kişiliklerden bir diğeri Ulusal Tahkim Forumu (National Arbitration Forum)'dur. Merkezi Minneapolis'te olan ve 1986 yılından beri işletmelere tahkim ve arabuluculuk hizmeti sunan bu şirket, ICANN tarafından alan adlarının alternatif çözümü konusunda akredite edilmiştir. Oldukça fazla uyuşmazlığın çözüldüğü bir diğerkurum, 1977'de kurulan ve 2000 yılında ICANN tarafından akredite edilen ve New York merkezli Uluslararası Uyuşmazlık Önlenmesi ve Çözümü Enstitüsü (International Institute for Conflict Prevention & Resolution)'dür. Daha bölgesel bağlamda ise en aktif kurum Asya Alan Adı Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (Asian Domain Name Dispute Resolution Centre)'dir. Aşağıda markanın alan adı olarak kullanılması sonu-

⁵⁷ UDRP, madde 4(b); **BOZBEL**, Savaş, İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin, 2005.

⁵⁸ UDRP, madde 4(c); **BOZBEL**.

⁵⁹ **WIPO**, “WIPO Arbitration and Mediation Center, Including Domain Names”, WO/GA/54/13.

cunda ortaya çıkan uyuşmazlıklardan bazılarına ilişkin WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi bünyesinde verilen kararlar sunulmaktadır.

2. WIPO Bünyesinde Tahkim

WIPO, Birleşmiş Milletler bünyesinde faaliyetlerini sürdüren ve fikri ve sınai haklar alanında uzmanlaşan bir kurumdur. Özellikle ticaretin evrensel bir boyuta taşınması ve fikri hakların sınır ötesi etkileri dolayısıyla ortaya çıkabilecek uluslararası unsurlu ticari uyuşmazlıkların çözümü için etkin (makul bir süre içinde bağımsız hakemler nezdinde) bir tahkim mekanizması sağlamaktadır.⁶⁰

WIPO tarafından uygulanan tahkim kurallarının en belirgin özelliği, tarafların WIPO tarafından sunulan tahkim yolunu seçmekle birlikte bağımsız hakem kararlarına karşı tüm kanun yollarından vazgeçmiş sayılacağı ve WIPO hakem heyetlerince alınacak bağlayıcı kararların derhal yerine getirilmesinin üstlenilmesidir. En güncel hali 1 Temmuz 2021 yılında yayımlanan WIPO Tahkim Kuralları dahilinde düzenlenen 'Kararların Etkisi' başlıklı 66(a) maddesi uyarınca, "Taraflar, WIPO Tahkim Kurallarının esas alındığı tahkim yargılamasını kabul ettiklerinde, hakem heyetlerince alınan kararların gecikmesiz olarak uygulamayı ve alınan kararların mutlak olduğunu kabul ederek, uygulanacak hukukun da buna uygun olması halinde, herhangi bir üst yargı yoluna başvurmamayı kabul ederler." Yani feragat,⁶¹ tahkime uygulanacak hukukça

⁶⁰ WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi bünyesinde çözümlenen uyuşmazlıklara ilişkin istatistiklere bakıldığında 2011-2020 yılları arasında tüm uyuşmazlıklardan %25'i (çapraz lisans, patent hakkı ihlali, patent sahipliği, patent havuzları, araştırma geliştirme anlaşmaları, patent transferleri ve patent kullanım ücreti başlıkları altında değerlendirilen) patent uyuşmazlıklarına aittir. Hemen sonrasında %23 ile (markaların birlikte var olmaları, marka hakkı ihlali, marka hakkına itiraz ve markanın iptali başlıkları altında değerlendirilen) marka uyuşmazlıkları ikinci sırada yer almaktadır. Üçüncü sırada %21 ile (sanat, yayım, toplu işletme, eğlence, film ve televizyon formatları başlıkları altında değerlendirilen) telif hakları uyuşmazlıkları gelmektedir. Dördüncü sırada %17 ile (mobil uygulamalar, dış kaynaklardan yararlanma, sistemlerin birleştirilmesi, yazılım geliştirilmesi, yazılım lisansları ve telekomünikasyon teknolojileri başlıkları altında değerlendirilen) bilgi teknolojilerine ilişkin uyuşmazlıklar yer almaktadır. Son olarak da tüm uyuşmazlıklar içerisinde %14 paya sahip olan (dizayn, dağıtım, enerji, franchising, pazarlama ve spor başlıkları altında değerlendirilen) diğer ticari uyuşmazlıklar karara bağlanmıştır. Bu bağlamda, aşağıda sırasıyla en yüksek sayıda anlaşmazlık yaşanan sınai haklardan patent, marka ve alan adı uyuşmazlıklarına ilişkin geliştirilen çözüm mekanizmaları incelenecektir. Bkz. **WIPO**, 'WIPO Caseload Summary'.

⁶¹ Türk hukuku bağlamında feragat müessesesi incelendiğinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu 15. maddesi ile, hakem heyetlerinin kararlarından önce iptal davası açılma-

müsaade edildiği takdirde mümkün olabilecektir. Düzenlenen bu feragat hükmü ile, kararların icrai niteliğinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır.⁶²

WIPO tahkim yargılamaları için ayrıca hızlandırılmış tahkim kuralları bulunmaktadır. Olağan tahkim yargılamasına nazaran daha kısa vadede çözüm alınabilmesini sağlayan hızlandırılmış tahkim müessesesi davacının tahkim talebini içeren dava dilekçesini WIPO ve davacıya sunması ile başlar. Davalının, bu çerçevede, 20 gün içerisinde dava dilekçesine cevap vermesi gerekmektedir. WIPO, kural olarak, hızlandırılmış tahkim yargılamasını tek hakemle yürütür. Hakemin seçimi için uyuşmazlık taraflarının 15 gün içerisinde hakem önerebilmesi mümkün olduğu gibi, bir uzlaşma sağlanamaması halinde, taraflara 7 gün içerisinde cevaplanması koşuluyla bir hakem listesi sunulur. Bu süre içinde herhangi bir hakem tercihinde bulunulmazsa, sürenin sonunda WIPO tarafından bir hakem ataması yapılır. Tüm usul işlemlerin (uygulanacak hukukun belirlenmesi, bilirkişilik ve keşif işlemleri gibi) tamamlanması için 3 ay; kararın verilmesi için ise 1 aylık azami süreler öngörülmektedir.

a. Beko (UK) Limited v N&K Danışmanlık A.Ş.⁶³

İlgili uyuşmazlık Network Solutions, Inc. tarafından kayıt altına alınan “beko.com” alan adına ilişkindir. Beko (UK) Limited (‘Beko’), ilgili alan adının haksız bir biçimde N&K Danışmanlık A.Ş. (‘N&K’) adına tahsis edildiğinden bahisle 20 Nisan 2000 tarihinde WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (Merkez) vasıtasıyla şikayetçi olmuştur. Network Solutions, Inc. ilgili alan adının N&K tarafından alındığını doğrulamıştır. Bununla birlikte davalının aynı gün içinde ‘ozdilek.com’

sından kısmen veya tamamen feragat mümkün kılınmıştır. Buna göre, “taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.”

⁶² **BLACKABY**, Nigel/**PARTASIDES**, Constantine/**REDFERN**, Alan, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, 2022, s. 420; **BOZKURT YÜKSEL**.

⁶³ **WIPO Arbitration and Mediation Center**, Case No. D2000-0316, Beko (UK) Limited v N&K Danismanlik A/S (2000) <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decision/s/html/2000/d2000-0316.html> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

ve bir gün öncesinde de ‘kocbank.com’ alan adlarını satın aldığını bildirmiştir. Bu bağlamda, şikayetçi, ‘Koçbank’ın da kendi ilişkili şirketine ait bir marka olduğunu beyan etmiştir. Merkez, ilgili alan adını tahsis eden Nalan Yağız’a ilgili ihlal başvurusuna ilişkin bildirimde bulunmuş fakat herhangi bir yanıt alamamıştır. Hal böyle olunca, başvurusunun (şikayetçinin) talebi üzerine, WIPO bünyesinde tek hakemden oluşan panel kurulmuştur.

Şikayetçi, ‘Beko’nun hem kendi şirketinin adı hem de ticaret unvanı olarak kullanmakta olduğunu belirtmiştir. Beko’nun kendisine ait ve oldukça bilinen bir marka olduğunu, bu kapsamda davalının meşru bir hukuki yararı olmaksızın kötü niyetli olarak alan adını satın aldığı ileri sürmüştür.

Nalan Yağız ise, davalı şirket olan N&K ile hiçbir bağı olmadığını; davalı olarak gösterilen N&K’nın mukim olduğu yerin aslında kendi ikametgahı olduğunu, bu adreste kurulu bir şirket olmadığını ve davalının mağduriyetinin giderilmesi için elinden geleni yapmak istediğini belirtmiştir. Ancak bu söylem hakem GeertGlas tarafından oldukça şüpheli addedilmiştir. Şikayetçinin, 5 Şubat 1998’de Nalan Yavuz’dan aldığı elektronik posta dikkate alınarak, davalının ilgili alan adını kötü niyetle tahsis ettiği ve amacının doğrudan şikayetçi şirkete satmak olduğuna kanaat getirilmiştir. İlgili elektronik posta aşağıdaki gibidir:

“Alan adınız, Beko.com, tarafımızca tescil edilmiştir. Kendi alan adınızla internet üzerinde tanıtımınızı yapabilmek için öncelikle alan adınızı tescil ettirmeniz gerekmektedir... Şirketlerinizin bilişim teknolojileri alanında yaptığı faaliyetleri takip ediyoruz... Şirketinizin adını içeren alan adına ilişkin hakların tarafınıza devri için sizlerle uzlaşmayı ummaktayız...”

Hakem heyeti (hakem), davalı tarafından tescil edilen ‘beko.com’ alan adını şikayetçinin markası olduğunu bilerek, hiçbir hukuki menfaati olmaksızın kötü niyetle elde etmiş ve kullanmasından bahisle, ilgili alan adının şikayetçi Beko’ya devrine hükmetmiştir.

b. Koç Holding A.Ş. v MarketWeb A.Ş.⁶⁴

İlgili uyuşmazlık Network Solutions, Inc. tarafından kayıt altına alınan “koc.com” alan adına ilişkindir. Koç Holding A.Ş. (‘Koç’), ilgili

⁶⁴ WIPO Arbitration and Mediation Center, Case No. D2000-1764, Koç Holding A.S. v MarketWeb A.S. (2001) <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1764.html> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

alan adının haksız bir biçimde MarketWeb A.Ş. ('MarketWeb') adına tahsis edildiğinden bahisle 19 Aralık 2000 tarihinde WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi vasıtasıyla şikayetçi olmuştur. Network Solutions, Inc. ilgili alan adının MarketWeb tarafından alındığını doğrulamıştır. Şikayet konusu, davalı tarafa iletilmiş fakat belirlenen süre içinde yanıt alınamamıştır. Hal böyle olunca, başvuru sahibinin (şikayetçinin) talebi üzerine, WIPO bünyesinde tek hakemden oluşan panel kurulmuştur.

Koç, iddialarında 'Koç' adını bir marka olarak kullandığını ve şirketinin dünya çapında bilinir olduğunu, başvuru tarihinde 75 yıllık bir geçmişe sahip olduğunu, MarketWeb'in ise Koç adı ile herhangi bir ilişkisi olmadığı ve hali hazırda kullanmakta olduğu MarketWeb.com alan adı ile anılmakta olduğunu ve koc.com alan adını herhangi bir hukuki yararı olmaksızın yüksek fiyata satabilmek için aldığını iddia etmiştir. MarketWeb ise cevabında 'Koç' adı ile ne Amerikan ne Türk markaları siciline herhangi bir kayda rastlanmadığını belirtmiş ve devamında Türkiye'de birçok firmanın Koç markasını kullandığını eklemiştir. Koç Holding'in sahip olduğu tek markanın logosu olduğunu belirtmiş ve bu logoyu hiçbir şekilde kullanmadığını eklemiştir. Ardından hakem heyeti (hakem), Türk Patent Enstitüsü'ne 'Koç' markasının tescilli bir marka olup olmadığını sormuş ve bu markaya ilişkin bir başvuru olduğu fakat karara bağlanmadığı cevabını almıştır.⁶⁵

Hakem Thomas Webster nihai kararında UDRP 4(a) maddesinin birinci şartı bağlamında, tescilli bir markanın varlığının eksikliğinden bahisle davalının savunmasını haklı bulmuş ve 'koc.com' alan adının MarketWeb tarafından hukuki zeminde haklı bir şekilde tescil olduğuna hükmetmiştir.

c. Vakko Holding A.Ş. v Esat Ist⁶⁶

İlgili uyuşmazlık Register.com tarafından kayıt altına alınan "vakkorama.com" ve "vakkorama.net" alan adlarına ilişkindir. Vakko Holding A.Ş. ('Vakko'), ilgili alan adının haksız bir biçimde Esat Ist adına

⁶⁵ Tescilli bir markanın olmaması halinde dahi, hakem heyetlerince başvuru lehine sonuçlar çıkabilmektedir. Bkz. **WIPO Arbitration and Mediation Center**, Case No. D2000-1541, Cem Yılmaz v Roman Club International (2001) <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1541.html>.

⁶⁶ **WIPO Arbitration and Mediation Center**, Case No. D2001-1173, Vakko Holding A.S. v Esat Ist (2001) <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2001-1173.html> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

tahsis edildiğinden bahisle 26 Eylül 2001 tarihinde WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi vasıtasıyla şikayetçi olmuştur. Register.com ilgili alan adının Esat Ist tarafından alındığını doğrulamıştır. Esat Ist bu alan adını aldığı doğrulamış ve ilgili alan adı koruması süresinin dolmuş olduğunu ileri sürerek haklı bir şekilde alan adını iktisap ettiğini belirtmiştir. Keza, şikayetçi firmayı tanımadığı ve ilgili markanın uluslararası düzeyde korunmadığını savunmasına eklemiştir. Hakem Knud Wallberg, tek hakem olarak yaptığı değerlendirmede, alan adı sahibinin Türkiye’de mukim olmasına rağmen Vakkorama markasını bilmediği yönündeki savunmayı geçerli görmemiştir. Bununla birlikte hakem, alan adı sahibinin şikayetçi Vakko’ya 20.000 Amerikan Doları karşılığında alan adını satmayı önerdiğini de tespit etmiştir. Tüm bu şartlar altında, uyuşmazlık konusu olan ‘vakkorama.com’ ve ‘vakkorama.net’ alan adlarının şikayetçi Vakko’ya devredilmesine karar vermiştir.

3. ICC Bünyesinde Tahkim

Sınai mülkiyet haklarının kapsamına, uygulanmasına ve geçerliliğine ilişkin kararlar ulusal ya da uluslar üstü kurumlar tarafından karar verilir. Örneğin bir ticari marka aynı zamanda AB ticari markası olarak tescil edilmişse ya da bir tasarım topluluk tasarımı olarak kabul edilmişse ülkelerin yargı yetkileri dışında kalacaktır.⁶⁷ Ancak bu düzenin oldukça muğlak ve aksak yanları olduğu düşünüldüğünden -özellikle kendi çıkarlarını en iyi şekilde nerede koruyabileceğini düşünen davacılar için- fikri haklar için daha yeknesak bir düzen uğraşı olduğu görülmektedir. Özellikle TRIPS ve Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanmasına İlişkin 29 Nisan 2004 tarihli 2004/48/EC sayılı Direktif bu bağlamda atılan en önemli adımlar olarak görülmektedir. Keza, ICC’nin yayımlamış olduğu ‘ICC Fikri Mülkiyet Yol Haritası’nın da üzerinde durmuş olduğu gibi, 2012’de yürürlük kazanan Amerikan İcatlar Yasası dahi, beynelmiyel fikri haklar sistemine uyum sağlama amacı gütmektedir.⁶⁸

Geleneksel dava yollarının oldukça çetrefilli, masraflı ve genellikle fikri haklara ilişkin uzman olmayan hakimler tarafından karara bağlanması gibi sebepler nedeniyle, özellikle büyük şirketler tarafından tahkim ve arabuluculuk yolları daha çok tercih edilmektedir. Bu bağlamda WIPO uygulamada esas aldığı UDRP ekseninde birçok uyuşmazlığı çözü-

⁶⁷ ICC, Intellectual Property Roadmap, s. 85.

⁶⁸ ICC, Intellectual Property Roadmap, s. 85.

me kavuşturmuştur.⁶⁹ ICC de fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının yargıya taşınması hususundaki zorlukları tespit ederek uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamıştır. Fikri mülkiyet yargı bölgeleri hakkında yayımlanmış olduğu raporda mahkemelerin yetkinliği, hakimlerin nitelikliliği, yargılama usulleri, deliller ve temsile ilişkin nüanslar detaylı olarak sunulmuştur. Bununla birlikte, ICC, bünyesindeki Uluslararası Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Merkezi ve Uluslararası Tahkim Merkezi ile fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin tahkim ve arabuluculuk uygulamasında başat kurumlardan birisidir.

Özellikle uluslararası ortaklıkların sayısının ve global ticaret hacminin artışı, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların sınır ötesi (cross-border) yapısını daha da girift hale getirecektir. Bu nedenle taraflar, oyunun kurallarının önceden belirlenebilmesi için ICC tahkim şartlarını esas alabilirler. Bu bağlamda, ICC hakem heyetlerinin alacakları geçici tedbirler, yapacakları hızlı yargılamalar, gizli kararlar verilebilmesi⁷⁰ ve verecekleri acil durum kararları uyuşmazlık taraflarının tercih sebebi haline gelebilmektedir. Özetle, ICC Tahkim Kuralları tahkime ilişkin esaslarının belirlenmesinde de etkin rol oynamaktadır. Örneklandırmek gerekirse, ilgili kurallar acil durum hakemleri vasıtasıyla hızlandırılmış yargılama imkanı ve çok taraflı yargılamalar için kolaylaştırıcı prosedürler düzenleme altına alınmıştır.⁷¹

SONUÇ

Objektif tahkime elverişlilik bağlamında marka hakkına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün tahkime elverişli olduğu söylenebilir.⁷² Marka hakkının alan adı olarak kullanılması suretiyle tecavüz söz konusu olup olmadığı ve bu husustaki tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar tahkim yoluyla etkili bir biçimde çözümlenebilmektedir.⁷³ Bu ça-

⁶⁹ ICC, Intellectual Property Roadmap, s. 86.

⁷⁰ ICC Tahkim Kuralları, m. 22/3.

⁷¹ ICC Tahkim Kuralları (2021), m. 30.

⁷² LEGLER, Thomas (2019). "Arbitration of Intellectual Property Disputes", AssociationSuisse de l'Arbitrage Bulletin, C. 37, S. 2, 2019, s. 293; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha, 2019; EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet, 2020.

⁷³ MANTAKOU, Anna, Arbitrability and Intellectual Property Disputes, Mistelis, Loukas/Brekoulakis, Stavros (Editörler), Arbitrability International & Comparative

lışma ayrıca yalnızca tahkim hususunda modern görüşe sahip ülkelerin değil, sınai hakların hükümsüzlüğüne ilişkin daha muhafazakâr bir tutum sergileyen Almanya'nın dahi marka hakkı sahibinin markasına dair alan adı uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüme kavuşturabileceğini göstermiştir. Benzer şekilde İsviçre hukukunda, mülkiyet hakkına ilişkin her türlü uyuşmazlığın uluslararası tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴ Ulusal tahkime ilişkin ise İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 354 uyarınca, ' tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri tüm hususlar ulusal ulusal tahkim ile çözüme kavuşturulabilir' hükmü tahkimin uygulanma alanını oldukça genişletmiştir.⁷⁵ Hakeza, Almanya ve İsviçre'de halihazırda ICANN tahkim usulü ülke alan adları çerçevesinde (Almanya için .de ve İsviçre için .ch) iç hukuklara entegre edilmiştir. Bu çerçevede, öğretilerde haksız rekabet halleri de dahil olmak üzere fikri ve sınai haklara ilişkin tüm uyuşmazlıkların tahkim ile çözüme kavuşturulabileceğine dair bir görüş birlikteliği oluşmuştur.⁷⁶

Perspectives, Wolters Kluwer, 2009, s. 270; **HUYSAL**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat, 2010, s. 231.

⁷⁴ Federal Act on Private International Law of 18.12.1987, RS 291, m. 177

⁷⁵ Code of Civil Procedure, RS 272

⁷⁶ **LEGLER**, Thomas, Arbitrage en matiere de propriete intellectuelle ,Hirsch/Imhoos, Arbitrage, mediation et autres modes pour resoudre les conflits autrement, Schult-hess, 2019, s. 211; **KAUFMANN-KOHLER**, Gabrielle/**RIGOZZI**, Antonio, International Arbitration -LawandPractice in Switzerland, Oxford University Press, 2015, s. 102; **LEGLER**, Thomas, "Sind in Zukunft Patentstreitigkeiten in der Schweiz de lege lata nichtmehrschiedsfahig?", Association Suisse de l'ArbitrageBulletin, C. 28, S. 2, 2010, s. 257.

KAYNAKLAR

- ADAMO**, Kenneth, "Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context", *Global Business Law Review*, C. 2, S. 7, 2011, s. 7-28.
- ARIKAN**, Murat Fahri, "Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 74, S. 7, 2000, s. 781-790.
- ARKAN**, Sabih, *Marka Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997.
- BAKKEN**, Erlend, "Unauthorized Use of Another's Trademark on the Internet", *UCLA Journal of Law and Technology*, C. 7, S. 1, s. 1-31.
- BAL**, Nurullah, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-2, s. 315-352.
- BİLGE**, Mehmet Emin, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Yetkin, 2014.
- BLACKABY**, Nigel/**PARTASIDES**, Constantine/**REDFERN**, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2022.
- BOZBEL**, Savaş, *İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü*, Seçkin, 2005.
- BOZKURT YÜKSEL**, Armağan, *Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları: Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı*, Yetkin, 2009.
- BLACKMAN**, Scott/**McNEILL**, Rebecca, "Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes", *American University Law Review*, C. 47, S. 6, 1998, s. 1709-1734.
- CELNIKER**, Craig/**HAMBRICK**, David/**THOMAS**, Sarah/**STEEL**, Daniel/**ZHU**, Cheryl/**HYUN**, Janelle, "Arbitration of Intellectual Property and Licencing Disputes", *Global Arbitration Review*, 2021.
- CUNIBERTİ**, Gilles, *Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration*, Edward Elgar, 2017.
- ÇALIŞKAN**, Yusuf, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*, Değişim Yayınları, 2008.
- ÇOLAK**, Uğur, *Türk Marka Hukuku*, On İki Levha, 2023.

- DAL**, Seniha, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 1, 2010, s. 479-497.
- DESSEMONTET**, François, “Fikri Mülkiyet ve Tahkim”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, C. 7, 2007, s. 86-90.
- EKMEKÇİ**, Ömer/**ÖZEKES**, Muhammet/**ATALI**, Murat/**SEVEN**, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha, 2019.
- EMİNOĞLU**, Cafer/**ERDOĞAN**, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet, 2020.
- EROĞLU**, Erman, “Arbitrator Integrity: Self-Interested Arbitrator in International Commercial Arbitration”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 295-320.
- EROĞLU**, Erman, “Due Process Rights in Arbitration in the light of the Austrian Supreme Court’s Decision: Remote Hearings During the Pandemic”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2022, s. 105-122.
- GİRAY**, Eda, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, İçinde **EFEÇİNAR**, Ceyda/**YARDIM**, Mehmet (Editörler), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, 2019.
- GÖLE**, Celal/**AYDOĞAN**, Gökhan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, s. 5-51.
- HELPER**, Laurance/**DINWOODIE**, Graeme, “Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy”, William and Mary Law Review, 2001.
- HENRIE**, Caroline/**HALLER**, Adam/**WALL**, Kristin, “The Intellectual Property Law Review: Canada’ in Dominick Conde”, The Intellectual Property Review, 2021.
- HOLLANDER**, Pascal, “Report on the Public Policy Exception in the New York Convention”, Dispute Resolution International, 2016.
- HUYSAL**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat, 2010.
- İMAMOĞLU**, Mustafa, “Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü’ndeki Uygulama Alanı”, TPMK Uzmanlık Tezi, 2014.

- ICC**, “Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 9, 1998, s. 42-43 (Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration).
- ICC**, “Adjudicating Intellectual Property Disputes: An ICC Report on Specialised IP Jurisdictions Worldwide”, 2016 (Adjudicating Intellectual Property Disputes).
- ICC**, “The ICC Intellectual Property Roadmap: Current and Emerging Issues for Business and Policymakers”, 2020 (Intellectual Property Roadmap).
- JANSSON**, Therese, “Arbitrability Regarding Patent Law – An International Study”, Juridisk Publikation, C. 1, 2011, s. 58-59.
- KAPLAN**, Yavuz, “İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, s. 697-720.
- KARAGÜLMEZ**, Ali, “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 97, s. 48-55.
- KAUFMANN-KOHLER**, Gabrielle/**RIGOZZI**, Antonio, International Arbitration -Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press, 2015.
- KAYA**, Mehmet, “İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, 2021, s. 1462-1486.
- KETTEMANN**, Matthias, The Normative Order of the Internet. Oxford University Press, 2020.
- KIRCA**, İsmail, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, **KENDİGELEN**, Abuzer, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2002, s. 527-544.
- KOTELNIKOV**, Andrey/**KUROCHKIN**, Sergey/**SKVORTSOV**, Oleg, Arbitration in Russia, Wolters Kluwer, 2019.
- LEGLER**, Thomas, “Sind in Zukunft Patentstreitigkeiten in der Schweiz de lege lata nicht mehr schiedsfähig?”, Association Suisse de l’Arbitrage Bulletin, C. 28, S. 2, 2010.

- LEGLER**, Thomas, Arbitrage en matiere de propriete intellectuelle, Hirsch/Imhoos (Editörler), Arbitrage, mediation et autres modes pour resoudreles conflit sautrement, Schulthess, 2019.
- LEGLER**, Thomas (2019). "Arbitration of Intellectual Property Disputes", Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin, C. 37, S. 2, 2019, s. 289-304.
- LIEBSCHER**, Christoph, The Healty Award: Challenge in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003.
- MANTAKOU**, Anna, Arbitrability and Intellectual Property Disputes, Mistelis, Loukas/Brekoulakis, Stavros (Editörler), Arbitrability International & Comparative Perspectives, Wolters Kluwer, 2009.
- MEMİŞ**, Tekin, "İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunları", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2000, s. 463-478.
- MEMİŞ**, Tekin, "İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 513-527
- MENDELL**, Floyd/**ASH**, Karen, "Mediation of Trademark Disputes Has Advantages", The National Law Journal, 2007.
- MERCER**, John, "Cybersquatting: Blackmail on the Information Superhighway", Boston University Journal of Science and Technology Law, C. 6, 2000, s. 290-312.
- MUELLER**, Milton, Rulling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace, MIT Press, 2002.
- NOMER**, Füsun, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunmaması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar", Kendigelen, Abuzer (Editör), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2001.
- OĞUZ**, Sefer, İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, Seçkin, 2018.
- OĞUZ**, Sefer, "İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, s. 13-30.

- ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-598.
- SHACK**, Jennifer/**YATES**, Susan, "Mediating Lanham Act Cases: The Role of Empirical Evaluation", Northern Illinois University Law Review, C. 22, 2002, s. 287-335.
- SMITH**, Matthew/**COUSTE**, Marina/**HIELD**, Temogen/**JARVIS**, Richard/**KOCHUPILLAI**, Mrinalini/**LEON**, Barry/**RASSER**, Jacobus/**SAKAMOTO**, Masamitsu/**SHAUGHNESSY**, Andy/**BRANCH**, Jonathan, "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide", Harvard Journal of Law and Technology, C. 19, S. 2, 2006, s. 299-357.
- SOYSAL**, Tamer, "İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım", Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, S. 2, 2006, s. 481-507.
- SOYSAL**, Tamer, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, 2014.
- SUNDERLAND**, Sara, "Domain Name Speculation: Are We Playing Whac-A-Mole?", Berkeley Technology Law Journal, C. 25, S. 1, s. 465-492.
- ŞARLAK**, Zeynep, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi,
- ŞENOCAK**, Kemal, "Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, s. 89-141.
- TANRIVER**, Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBB Dergisi, S. 147, 2020, s. 111-142.
- TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2012.
- TOPRAKKAYA BABALIK**, İrem, Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, On İki Levha, 2021.
- TRACTENBERG**, Craig, "Nuts and Bolts of International Arbitration", Franchise Law Journal, C. 38, S. 3, 2019, s. 451-468.

UYUMAZ, Alper/**TÜRK**, Mehmet Cemil, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, s. 1416-1456.

UZUNALLI, Sevilay, Marka Hukuku, Adalet, 2021.

VIELLECHNER, Lars, TheTransnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming ‘Private’ Governance Beyond the State, Kjaer, Poul (kör), The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law, Cambridge University Press, 2020.

YÖRDEM, Yılmaz, “Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C. 1, S. 1, 2017, s. 15-29.

WALKER, Luke, “ICANN’s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy”, Berkeley Technology Law Journal, C. 15, 2000, s. 289-311.

WRIGHT, Steven, “Cybersquatting at theIntersection of Internet Domain Names and Trademark Law”, IEEE Communications Surveys and Tutorials, C. 14, S. 1, 2012, s. 193-205.

WU, Wei-hua, “International Arbitration of Patent Disputes”, John Marshall Review of Intellectual Property Law, C. 10, 2011, s. 384-388.

Yargı ve Tahkim Kararları

Elders CED v. Daravco Corp, 59 ALR 206,1984.

İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 07.03.2013, K. 2012/182–2013/39.

Larkden Pty Limited v. Lloyd Energy Systems Pty Limited, NSWSC 268, 2011.

Y.19. CD, T. 24.06.2021, E. 2021/4403, K. 2021/7178.

Y. Ceza Genel Kurulu, T. 10.06.2021, E. 2018/614, K. 2021/269.

Y. Ceza Genel Kurulu, T. 10.06.2021, E. 2018/615, K. 2021/270.

Y. 11. HD, T. 17.11.2021, E. 2020/6288, K. 2021/6285.

Y.11. HD, T.24.05.2021, E. 2020/ 2192, K. 2021/4361.

Y.11. HD, T. 28.04.2021, E. 2020/6039, K. 2021/4206.

Y. 11. HD, T. 5.2.2014, E. 2013/11855, K. 2014/1986.

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, Dosya No. D2000-0316, Beko (UK) Limited v N&K Danismanlik A/S (2000).

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, Dosya No. D2000-1764, Koç Holding A.S. v MarketWeb A.S. (2001).

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, Dosya No. D2000-1541, Cem Yilmaz v Roman Club International (2001).

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, Dosya No. D2001-1173, Vakko Holding A.S. v Esat Ist (2001).

İnternet Kaynakları

JANKOVIC, Nina, "International Arbitration and Intellectual Property (IP) Disputes", 2021. Erişim adresi: <https://www.international-arbitration-attorney.com/international-arbitration-and-intellectual-property-ip-disputes> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

NALBANT, Mustafa, "İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarında ICANN Tahkim Usulü ve Şartları", 2023. Erişim adresi: <https://www.ozgunlaw.com/makaleler/internet-alan-adi-uyusmazliklarinda-icann-tahkim-usulu-ve-sartlari-324> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

PERRAKI, Marina, Greece: Mandatory Mediation in Trademark Civil Disputes, 2018. Erişim Adresi: <http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2018/05/16/greece-mandatory-mediation-trademark-civil-disputes-2> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

PIERCE, John/**GUNTER**, Pierre-Yves, "The Guide to IP Arbitration", 2021. Erişim adresi: https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/03/GAR_Guide_to_IP_Arbitration_1st_Edition.pdf (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

REED, Matthew/**MILLER**, Ava/**TEZUKA**, Hiroyuki/**DOERNENBURG**, Anne-Marie, "Arbitrability of IP Disputes", 2021. Erişim adresi: <https://www.worldtrademarkreview.com/global-guide/the-guide-ip-arbitration/2021/article/arbitrability-of-ip-disputes> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

WIPO, "WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions", 2017. Erişim Adresi: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

WIPO, "WIPO Caseload Summary", 2022. Erişim adresi: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html> (Erişim Tarihi: 2.2.2023).

DİJİTAL PLATFORMLAR ARACILIĞIYLA ELDE EDİLEN GELİR BİLGİSİNİN ULUSLARARASI OTOMATİK DEĞİŞİMİ VE TÜRKİYE

Prof. Dr. Leyla ATEŞ*

Öz

2008 Dünya Ekonomik Krizi sonrasında uluslararası vergi kayıp ve kaçığıyla mücadelede idareler arası iş birlikleri hız kazanmıştır. Bu iş birliklerinde şeffaflık ve sınır aşan vergisel bilgi değişimi ve bu iş birliğinin otomatik türü öne çıkmaktadır. Vergisel amaçlarla otomatik bilgi değişiminde önce finansal hesap bilgileri ardından ülke bazında rapor bilgileri bakımından önemli gelişmeler yaşanmış, son olarak dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimi uluslararası vergisel iş birliklerinin kapsamına dâhil edilmiştir. Bu son kategoriyi aktifleştirmek üzere çok kısa bir süre önce bazı ülkeler tarafından adım-

* Prof. Dr., Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Prof. Dr., Altınbaş University Faculty of Law Department of Tax Law, Istanbul, Türkiye.

Bu makale, Altınbaş Üniversitesi tarafından desteklenen Paylaşım ve Gig Ekonomisi: Vergi ve Sosyal Güvenlik Sistemi Bakımından Fırsatlar ve Tehditler Bilimsel Araştırma Projesinin (PB2020-HUKUK-1) bir çıktısıdır. 27 Ekim-30 Ekim 2022 tarihleri arasında Anadolu Üniversitesi tarafından düzenlenen 36. Uluslararası Maliye Sempozyumu'nda ve Altınbaş Üniversitesi tarafından 9 Aralık 2022 tarihinde düzenlenen projeye aynı adlı çalıştayda görüş ve eleştirileriyle çalışmaya katkıda bulunan tüm katılımcılara, destekleri için proje bursiyerleri Ar. Gör. Aylin Armağan ve Ar. Gör. Melike Yaman'a teşekkür ederim.

✉ leyla.ates@altinbas.edu.tr • ORCID 0000-0002-0640-8934.

- ✎ **Atf Şekli** | Cite As: ATEŞ Leyla, "Dijital Platformlar Aracılığıyla Elde Edilen Gelir Bilgisinin Uluslararası Otomatik Değişimi ve Türkiye", *SÜHFD.*, C. 31, S. 1, 2023, s. 297-324.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

lar atılmıştır. Bu makalede, Türkiye'nin yeni uluslararası vergisel iş birliğinin neresinde olduğu analiz edilmiş ve uluslararası hukuk çerçevesinin henüz tamamlanmadığı, iç hukuk çerçevesinin ise genel olarak uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Vergi Kayıp ve Kaçağı • Uluslararası Vergisel İş Birliği • Otomatik Bilgi Değişimi • Dijital Platformlar • Paylaşım ve Gig Ekonomisi

INTERNATIONAL AUTOMATIC EXCHANGE OF INFORMATION ON INCOME EARNED THROUGH DIGITAL PLATFORMS AND TURKEY

Abstract

After the 2008 World Economic Crisis, international administrative cooperation gained momentum in the fight against international tax evasion and avoidance. Transparency and cross-border exchange of tax information and its automatic type have become prominent in this regard. In the automatic exchange of information for tax purposes, significant developments occurred in terms of first financial account information and then country-by-country report information, and finally, the automatic exchange of information on income earned through digital platforms has been included in the scope of international tax administrative cooperation. Several countries have recently taken steps to activate this last category of cooperation. This article analyzes where Turkey stands in the new international tax cooperation and concludes that the international law framework has not yet been completed, while the domestic law framework is generally compatible.

Keywords

International Tax Avoidance and Evasion • International Tax Cooperation • Automatic Exchange of Information • Digital Platforms • Sharing and Gig Economy

GİRİŞ

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (*Organisation of Economic Cooperation and Development ya da kısaca OECD*) Şeffaflık ve Vergisel Amaçlı Bilgi Değişimi Küresel Forumu'nun (Küresel Forum) 9 Kasım 2002 tarihinde İspanya'nın Sevilla şehrinde düzenlenen 15. Genel Kurul Toplantısı esnasında¹ bir kısım üye ülke, dijital platformlar aracılığıyla

¹ Genel Kurul Toplantısının imza törenini de içeren programı için bk. *Organisation of Economic Cooperation and Development Global Forum on Transparency and*

elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimine ilişkin çok taraflı bir yetkili makam anlaşmasına imza atmıştır.² Uluslararası vergisel idari işbirliklerine yeni bir kategori ekleyen bu gelişmenin irdelenmesi³ ve söz konusu iş birliğinin henüz tarafı olmayan ülkemiz⁴ açısından değerlendirilmesi bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Bu amaçla Birinci Bölüm’de konuya ilişkin temel kavramlar verilecektir. İkinci Bölüm’de ise böyle bir uluslararası iş birliği ilişkisinin aktif hale getirilmesi için gerekli uluslararası hukuk çerçevesi Türkiye örneği üzerinden incelenecektir. Üçüncü Bölüm’de ise ülkemizde yakın geçmişte

Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum), “15th Plenary Meeting of the Global Forum”, 9 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-plenary-meeting-2022-agenda-9-november.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

- ² OECD, “28 jurisdictions sign international tax agreements to exchange information with respect to income earned on digital platforms and offshore financial assets”, 10 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/28-jurisdictions-sign-international-tax-agreements-to-exchange-information-with-respect-to-income-earned-on-digital-platforms-and-offshore-financial-assets.htm> (Erişim: 05.12.2022).
- ³ Diğer taraftan, Avrupa Birliği 22 Mart 2021 tarihinde kabul ettiği bir direktif değişikliği ile Vergilendirme Alanında İdari İş Birliği Direktifi’nin kapsamını genişleterek birlik üyesi ülkeler bakımından dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişime tabi tutulması zorunluluğunu getirmiştir. DAC7 olarak anılan ve üye ülkelerin iç hukuka aktarma yükümlülüklerini yerine getirerek 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla uygulamaya başlaması beklenen otomatik bilgi değişimine ilişkin bu bölgesel düzenlemenin tam metni için bk. Council Directive (EU) 2021/514 of 22 March 2021 amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2021/514> (Erişim: 05.12.2022).
- ⁴ Çok taraflı yetkili makam anlaşmasının ilk imzacıları arasında 22 ülke yer almakta olup, Türkiye bu ülkelerden biri değildir. Bu ülkeler arasında Arjantin, Belçika, Bulgaristan, Kanada, Kolombiya, Kosta Rika, Kıbrıs, Estonya, Finlandiya, İzlanda, İrlanda, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovak Cumhuriyeti, Slovenya, İspanya ve İngiltere yer almaktadır, bk. OECD, “Signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Information on Income Derived Through Digital Platforms”, 9 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/dpi-mcaa-signatories.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

yayınlanan platform operatörlerine sürekli bilgi verme zorunluluğu getiren düzenlemelerin,⁵ iç hukuklarda dijital platform operatörlerinin raporlama yükümlülüğüne ilişkin uluslararası mecrada geliştirilen ortak raporlama kurallarına⁶ uyumu değerlendirilerek. Söz konusu ortak raporlama kurallarıyla bir yandan yaygın bir şekilde birçok ülkede faaliyet gösteren platform operatörlerinin bilgi verme mükellefiyetleri bakımından uyum maliyetlerinin azaltılması amaçlanırken; diğer yandan kendi ülkesinde bulunmayan platform operatörlerinden bilgi edinmek isteyen ülkelerin diğer ülkelerle bilgi değişimi yoluyla iş birliğine gitmesinin kolaylaştırılması gayesi güdülmüştür.⁷ Böylece mevcut düzenlemelerimizin muhtemel uluslararası iş birliği çalışmalarına ne ölçüde hizmet ettiği tespit edilmiş olacaktır. Makale nihai amacı, uluslararası ve ulusal hukuk çerçevesini analiz ederek, Türkiye'nin dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimi yoluyla uluslararası iş birliğinin neresinde olduğunu ortaya koymaktır.

I. ULUSLARARASI VERGİSEL İDARİ İŞ BİRLİĞİ, BİLGİ DEĞİŞİMİ VE OTOMATİK BİÇİMİ

Sermaye akışındaki liberalleşme, ulaşım ve iletişim teknolojilerindeki ilerleme küreselleşmeye hız kazandırmıştır. Bunun neticesinde hem gerçek kişilerin hem de şirketlerin hareketliliği dramatik biçimde artmıştır. Vergi idarelerinin sınıraşan faaliyet ve yatırımlarda yaşanan bu artış kavrabilmesi, yani mükelleflerin beyanlarının doğruluğunu kontrol

⁵ Bk. Belirlenen Mükellef Gruplarına Elektronik Ticaret ve Bazı Ticari Faaliyetlerine İlişkin Olarak Sürekli Bilgi Verme Zorunluluğu... Getirilmesine İlişkin Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Seri No. 464) (RG: 24.12.2015; 29572) (bundan sonra 464 No.lu VUK Genel Tebliği olarak anılacaktır); İnternet Ortamında Yayımlanan İlanlara Yönelik Bazı Bilgileri Alınmasına İlişkin Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Seri No. 538) (RG: 31.05.2022; 31852) (bundan sonra 538 No.lu VUK Genel Tebliği olarak anılacaktır).

⁶ OECD, "Tax Co-operation for the 21st Century: OECD Report for the G7 Finance Ministers and Central Bank Governors, May 2022, Germany", 2022, s. 7, <https://www.oecd.org/tax/tax-co-operation-for-the-21st-century-oecd-report-g7-may-2022-germany.pdf> (Erişim: 12.12.2022).

⁷ OECD, *The Sharing and Gig Economy: Effective Taxation of Platform Sellers: Forum on Tax Administration*, Paris 2019, s. 38 (bundan sonra OECD Sharing and Gig Economy olarak anılacaktır).

edebilmesi ve hiç ya da eksik beyan halinde matrah farkı takdir edebilmesi, diğer ülke vergi idareleriyle iş birliğine gitmesini kaçınılmaz kılmaktadır.

OECD üyesi ve üye olmayan bir kısım ülke vergi idaresi tarafından, “ilgili küresel eğilimleri belirleyebilmek, tartışmak ve etkileyebilmek ile vergi idarelerinin adaletini, etkinliğini ve efektifliğini artırmak, yüklerini azaltmak ve vergi uyumu ve vergide belirliliği iyileştirmek üzere yeni fikirler geliştirmek” vizyonuyla 2002 yılında teşkil edilen Vergi İdareleri Forumu (*OECD Forum on Tax Administration*)⁸ bir raporunda uluslararası vergisel idari iş birliklerinin türlü şekillerini saymıştır.⁹ Buna göre, vergi idareleri bilgi değişimi (*exchange of information*), şahsen yardım (*assistance in person*), yurt dışı vergi incelemesi (*tax examinations abroad*), eşzamanlı vergi denetimi (*simultaneous examination*), uluslararası/ortak vergi denetimi (*international/joint tax audit*) ve esaslı işbirliği (*substantive cooperation*) suretleriyle yardımlaşmaktadır.¹⁰

Söz konusu yardımlaşma türlerinde öne çıkan, “geleneksel”¹¹ olarak da nitelendirilen bilgi değişimidir.¹² Özellikle 2008 Dünya Ekonomik Krizi sonrasında, Türkiye’nin aralarında bulunduğu G20 üyelerinin liderlerinin 2009 Londra Zirvesi’nde uluslararası bilgi değişimi önünde önemli bir engel teşkil eden banka sırlarını örten perdeyi aralaması ve kapsayıcı uluslararası vergisel iş birliğinin önemini altını çizmesiyle bilgi değişimi iş birliklerinde yeni bir dönem başlanmıştır.¹³

⁸ OECD, “Forum on Tax Administration”, 2022, <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/> (Erişim: 05.12.2022).

⁹ OECD Forum on Tax Administration, “Sixth meeting of the OECD Forum on Tax Administration”, 15-16 September 2010, <https://www.oecd.org/tax/administration/45988932.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

¹⁰ Ibid. ss. 10-20.

¹¹ Ibid. s. 7.

¹² Bilgi değişimi mekanizmasının tarihi gelişim süreci hakkında bk. ATEŞ, Leyla, “Tax Information Production, Sharing, Use and Publication”, the UN High Level Panel on International Financial Accountability, Transparency and Integrity for Achieving the 2030 Agenda (FACTI Panel) Background Paper 2, 20 July 2020, https://uploads-ssl.webflow.com/5e0bd9edab846816e263d633/5f15fc4abad3db9e9f105889_FACTI%20BP2%20Tax%20information.pdf (Erişim: 05.12.2022) (bundan sonra ATEŞ, Tax Information olarak anılacaktır).

¹³ Ibid. s. 6.

Bilgi değişimi esasen üç biçimde gerçekleşebilmektedir: talep üzerine, otomatik ve kendiliğinden.¹⁴ Talep üzerine bilgi değişiminde bir vergi idaresi yabancı ülke vergi idaresinden spesifik bir bilgi talebinde bulunmaktadır. Otomatik bilgi değişiminde, bir vergi idaresi diğer vergi idaresine önceden belirlenmiş kategorilerde düzenli olarak bilgi aktarmaktadır. Kendiliğinden bilgi değişiminde ise, bir vergi idaresi vergi incelemeleri neticesinde elde ettiği bir bilgiyi faydasına olduğuna inanarak diğer ülke vergi idaresiyle paylaşmaktadır.

Talep üzerine bilgi değişimi uzun yıllar ana bilgi değişimi türü niteliğini korusa da uluslararası vergi kayıp ve kaçığında yaşanan artış kifayetsiz kaldığını ortaya koymuştur. Bu noktada otomatik bilgi değişimi önem kazanmaya başlamıştır. OECD tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde önce finansal hesap bilgileri, ardından ülke bazlı raporlar uluslararası otomatik bilgi değişiminin konusu olmuştur.¹⁵ Bu kategorilere son olarak çalışmamızın konusunu oluşturan dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisi dâhil edilmiştir.

OECD Vergi İdareleri Forumu ilk kez 2017 yılında paylaşım ve gig ekonomisinde gerçekleşen mal ve hizmet satımından elde edilen gelirlerin etkin vergilendirmesini sağlamaya yönelik bir proje başlatmıştır.¹⁶

¹⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris 2017, Commentary on Article 26, para. 9 (bundan sonra OECD Modeli olarak anılacaktır). Bu metotlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. ÖNER, Cihat, *Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi*, Ankara 2010.

¹⁵ Bk. OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: Implementation Handbook*, Paris 2014; OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: Implementation Handbook*, 2. Bası, Paris 2018 (bundan sonra OECD Standard olarak anılacaktır); OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris 2015. Bu kategorilerde ülkeler arasındaki aktif bilgi değişimi ilişkileri için bk. OECD, *Automatic Exchange Portal*, 2022, <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/> (Erişim: 06.12.2022). Diğer taraftan, bir tek pazar olan Avrupa Birliği otomatik bilgi değişimi kategorilerinin kapsamını çok daha genişletmiştir, bk. European Court of Auditors, "Exchanging tax information in the EU: solid foundation, cracks in the implementation", 2021, ss. 11-12, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_03/SR_Exchange_tax_inform_EN.pdf (Erişim: 06.12.2022). Son eklenen otomatik bilgi değişimi kategorisi için bk. dip notu 3.

¹⁶ OECD, "Communiqué of the 11th Meeting of the OECD Forum on Tax Administration (FTA), Oslo, Norway", 29 September 2017, <https://www.oecd.org/tax/forum-on->

Paylaşım ve gig ekonomisi, «gerçek kişiler arasında, ücretsiz ya da bir ücret mukabili, kısa dönem esasına ve sıklıkla standart olmayan sözleşmeye dayanarak, mal ve hizmet tedarikine olanak sağlayan çevrimiçi platformları ifade eden genel bir terim” karşılığı olarak kullanılmaktadır.¹⁷ İnternet kullanımı nedeniyle küresel ölçekte hızlı bir genişleme kaydeden paylaşım ve gig ekonomisi hakkında yapılan çalışmalar, 2014 yılı için büyüklüğünü 15 milyar Amerikan Doları olarak tespit ederken, bu büyüklüğün 2025 yılı için 335 milyar Amerikan Dolarına ulaşacağı öngörüsünde bulunmuştur.¹⁸ Buna karşın, Avrupa Birliği Komisyonu’na yapılan bir çalışmada paylaşım ve gig ekonomisinde 2018 yılı için, mevcut kurallar neticesinde tahsil edilmesi beklenen gelir ile gerçekleşen gelir arasındaki farkın, yani vergi açığının 2.7 milyar ila 7.1 milyar Avro arasında bir hacimde olduğu tahmin edilmiştir.¹⁹ 2025 itibariyle bu hacmin üç katına çıkacağı öngörülmüştür.²⁰

OECD, paylaşım ve gig ekonomisinin boyutlarını ve vergi açığına katkısı dikkate alarak, 2020 yılında “Paylaşım ve Gig Ekonomisinde Satıcıların Platform Operatörlerince Raporlanmasına İlişkin Model Kurallar(ı)” (*Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers*

tax-administration/events/forum-on-tax-administration-communique-2017.pdf (Erişim: 06.12.2022). Proje bulgularının özetlendiği ilk rapor için bk. OECD Sharing and Gig Economy.

¹⁷ **BERETTA**, Giorgio, “The New Rules for Reporting by Sharing and Gig Economy Platforms Under the OECD and EU Initiatives”, *EC Tax Review*, Vol. 1, 2021, s. 31.

¹⁸ **VAUGHAN**, Robert/ **HAWKSWORTH**, John, “The sharing economy: how will it disrupt your business?”, PricewaterhouseCoopers, 2014, https://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final_0814.pdf (Erişim: 16.12.2022). Bu çalışmaya atıfta bulunan OECD dokümanları için bk. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris 2018, s. 195; OECD Sharing and Gig Economy, s. 17.

¹⁹ European Commission. “Commission Staff Working Document Impact Assessment Tax Fraud and Evasion – Better Cooperation between National Tax Authorities on Exchanging Information Accompanying the Document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation, SWD (2020) 131 final”, 15 July 2020, s. 11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0131&qid=1607763191392&from=EN> (Erişim: 06.12.2022).

²⁰ Ibid.

in the Sharing and Gig Economy) (Model Kurallar) yayınlamıştır.²¹ Bu kurallar, iç hukuklara getirilecek platform operatörlerine **taşınmaz kirala-**
yan ve **kişisel hizmet ifası sağlayan** satıcı bilgilerinin vergi idaresine raporlanması yükümlülüğü bakımından ülkeler arasında ortak bir zemin, diğer bir deyişle standart yaratmayı amaçlamıştır.²² Ardından 2021 yılında “Dijital Platform Aracılığıyla Elde Edilen Gelir Bilgisinin Otomatik Değişime Dair Çok Taraflı Yetkili Makam Anlaşması(nı)” (*Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Information on Income Derived through Digital Platforms ya da kısaca DPI MCAA*) geliştirmiştir.²³ Bu surette, platform operatörlerinin ikamet ettiği ülke vergi idaresinden platform satıcılarının ikamet ettiği ülke vergi idaresine ihtiyaç duyulan bilgilerin otomatik değişimi için gerekli bir uluslararası hukuki çerçeve ülkelere sunulmuştur.²⁴ OECD bu uluslararası anlaşma modeline yer verdiği dokümanda ayrıca, güncel gelişmeleri ve bazı ülkelerin isteklerini dikkate alarak, Model Kuralların kapsamını genişletmiştir.²⁵ Böylece, platform operatörlerince raporlama yükümlülüğüne ilişkin ortak zemin tasarımına **mal satımları** ve **ulaşım araçlarının kiralanmasına** ilişkin bilgiler dâhil edilmiştir. Devamla, OECD “XML Şeması ve Kullanıcı Rehberi(ni)” (*XML Schema & User Guide*) 2022 yılında yayınlamıştır.²⁶ Bu şema, ülkelerin otomatik bilgi değişimi ilişkisini, hukuki çerçeveyi tamamlayarak aktif hale getirildiğinde ihtiyaç duyacağı teknik alt yapının oluşturulmasında kullanılmak üzere hazırlanmıştır.²⁷

²¹ OECD, *Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy*, Paris 2020 (bundan sonra OECD Model Rules olarak anılacaktır).

²² Ibid. s. 3, 7.

²³ OECD, *Model Reporting Rules for Digital Platforms: International Exchange Framework and Optional Module for Sale of Goods*, Paris 2021, ss. 6-14 (bundan sonra OECD Digital Platforms olarak anılacaktır).

²⁴ Ibid. s. 5.

²⁵ Ibid. s. 15-18.

²⁶ OECD, *Model Rules for Reporting by Digital Platform Operators XML Schema: User Guide for Tax Administrations*, Paris 2022.

²⁷ Ibid. s. 5.

II. ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNİN ANALİZİ

Bir ülkenin diğer bir ülke ile otomatik bilgi değişimi yoluyla vergisel idari iş birliğine gidebilmesi için öncelikle otomatik bilgi değişiminin dayanağını oluşturacak bir hukuki araca, ardından bu değişime tabi tutulacak bilginin kapsamı, zamanı, usulü ve korunması hususlarını belirleyen bir anlaşmaya²⁸ ya da mutabakat zaptına ihtiyaç vardır.²⁹ Bu uluslararası hukuki çerçevenin olası enstrümanlarını Türkiye örneği üzerinden irdeleyebiliriz.³⁰

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının “Bilgi Değişimi” kenar başlıklı (OECD ve Birleşmiş Milletler anlaşma modellerindeki numarasıyla) 26. maddesi bahse konusu vergisel iş birliğinin tarihsel olarak en yaygın hukuki dayanağını teşkil etmektedir.³¹ Türkiye’nin bu anlaşma modellerini esas alarak yürürlüğe koyduğu anlaşması sayısı 4 Ocak 2022 tarihi itibarıyla 89’ a ulaşmıştır.³²

Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Çok Taraflı Sözleşmesi’nin 6. maddesi diğer bir hukuki dayanak noktasıdır.³³ Türkiye bu

²⁸ Yetkili makam anlaşması (competent authority agreement ya da kısada CAA) olarak da adlandırılmaktadır.

²⁹ OECD, “Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes: Module 3 on Automatic (or Routine) Exchange of Information”, 2012, ss. 3-4, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/cfaapprovesnew-manualoninformationexchange.htm> (Erişim: 07.12.2022) (bundan sonra OECD Module 3 olarak anılacaktır).

³⁰ Türkiye, Avrupa Birliği gibi bir bölgesel kuruluşun üyesi olmadığı için, bu tür kuruluşlar aracılığıyla oluşturulan hukuki dayanaklar bu makalede ele alınmamıştır. Bu tür hukuki enstrümanlar hakkında bk. OECD Model 3, s. 4.

³¹ Bk. OECD Modeli, M-71; United Nations, Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries, New York 2021, ss. 41-42.

³² Gelir İdaresi Başkanlığı, “Yürürlükte Bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları”, 2022, https://gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasıimevzuat/Turkeynin_Sonuclandirdigi_Vergi_Anlaşmaları_Listesi.pdf (Erişim: 07.12.2022).

³³ Bu sözleşme esasen 1988 yılında OECD ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa olarak, Milletler Cemiyeti tarafından daha önce hazırlanan bir modelin güncellenmesi suretiyle hazırlanmış ve sadece üyesi ülkelerin imzasına açılmıştır. Ancak yukarıda bahsettiğimiz 2009 Londra Zirvesi’nde kapsayıcı uluslararası vergisel iş birliği gereğinin altının çizilmesi doğrultusunda (bk. I. Bölüm), bu anlaşma 2010 yılında bir protokolle revize edilerek tüm ülkelere imzaya açılmıştır, ATEŞ, Tax Information, s. 5-6. Sözleşmenin İngilizce tam metni için bk. OECD, “Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters”, 2011, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of->

sözleşmeyi 3 Kasım 2011 imzalamıştır.³⁴ 27 Eylül 2022 tarihi itibarıyla sözleşmeyi imzalayan 146 ülke olup, bunlardan ülkemiz dâhil 137'si tarafından yürürlük süreçleri tamamlanmıştır.³⁵

Ayrıca sadece bilgi değişimine özgü olarak hazırlanmış vergisel bilgi değişim anlaşmaları bir hukuki dayanak oluşturabilir. Bu bakımdan OECD'nin hazırladığı anlaşma modelleri esas alınabileceği gibi, ülkelerin kendilerinin geliştirdiği iki taraflı anlaşmalar da bulunmaktadır.³⁶ Ancak OECD'nin bu konuda hazırlanmış olduğu 2002 tarihli model sadece talep üzerine bilgi değişimi metoduyla kendini sınırlandırmış; otomatik bilgi değişimi metodu ise kendiliğinden bilgi değişimi metoduyla birlikte 2015 revizyonuyla modele dâhil edilmiştir.³⁷ Türkiye'nin şu anda 5 ülke ile vergisel bilgi değişim anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalar talep üzerine bilgi değişimini içeren 2002 modelini esas alıp, taraflarca diğer metotlar anlaşmaya dâhil edilmediğinden, Türkiye'nin otomatik bilgi değişimi iş birliği için hukuki dayanak teşkil etmezler.³⁸

tax-information/ENG-Amended-Convention.pdf (Erişim: 07.12.2022). Resmi Türkçe çevirisi için bk. RG: 26.11.2017, 30252.

³⁴ Bu anlaşma 2011 yılında imzalanmış olmasında rağmen, gerekli prosedürlerin tamamlanarak yürürlüğe sokulması yaklaşık yedi yıl sürmüştür. Bu gecikmeyi, küresel şeffaflık çabalarının başarıya ulaşmasında ulusal kamusal desteğin sağlanması ve hesap verilebilirlik forumlarının açık tutulmasının önemi açıklarından değerlendiren bir çalışma için bk. ATEŞ, Leyla, "Cross-Border Tax Transparency: A Study of Recent Policy Developments in Turkey", *Dalhousie Law Journal*, Vol. 44:1, 2021, s. 1-18.

³⁵ OECD, "Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters Status - 27 September 2022", 2022, https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (Erişim: 07.12.2022).

³⁶ İkinci türe örnek olarak İngiltere'nin kendine bağlı ülkelerle (crown dependencies and overseas territories) finansal hesap bilgilerinin değişimi için imzaladığı iki taraflı anlaşmalar gösterilebilir, GOV.UK, "Statutory guidance: Automatic Exchange of Information Agreements: other UK agreements Updated 11 June 2020", 2020, <https://www.gov.uk/government/publications/automatic-exchange-of-information-agreements-other-uk-agreements/automatic-exchange-of-information-agreements-other-uk-agreements> (Erişim: 09.12.2022).

³⁷ ATEŞ, Leyla, "Türk-Alman Otomatik Bilgi Değişiminin Hukuki Esasları ve Ana Sorunları: Standardın Türkiye Uygulaması", *Otomatik Bilgi Değişimi ve Türk-Alman İş Birliği Olanakları* (ed. Leyla Ateş & Joachim Englisch) İstanbul 2018, s. 128 (bundan sonra ATEŞ, Otomatik Bilgi Değişimi olarak anılacaktır).

³⁸ Ibid. s. 132-134.

Otomatik değişime tabi tutulacak bilginin detaylarını, nasıl ve ne zaman değişime tabi tutulacağını belirlemek bakımından yaygın olarak kullanılan enstrüman iki ya da çok taraflı yetkili makam anlaşmalarıdır. Bu anlaşmalara örnek teşkil etmek üzere yine OECD tarafından geliştirilmiş iki ve/veya çok taraflı anlaşma modelleri mevcuttur. Finansal hesap bilgilerinin otomatik değişimi ve ülke bazlı raporların otomatik değişimi için hem iki taraflı hem de çok taraflı yetkili makam anlaşması modelleri bulunmaktadır.³⁹ OECD, dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimine ilişkin ise sadece çok taraflı yetkili makam anlaşması geliştirmiştir.⁴⁰ 9 Kasım 2002 tarihinde 22 ülke tarafından imzalanan yetkili makam anlaşması, bu modeli esas almıştır. Türkiye bu imzacılar arasında yer almamaktadır.⁴¹

Sonuç olarak, söz konusu vergisel idari iş birliğinin aktif hale gelmesi için gerekli uluslararası hukuk çerçevesi ülkemiz tarafından henüz tamamlanmamıştır.

III. İÇ HUKUK ÇERÇEVESİNİN ANALİZİ

OECD Vergi İdareleri Forumunun paylaşım ve gig ekonomisi üzerine başlattığı bahsi geçen projesi kapsamında gerçekleştirdiği anketin sonuçları, vergi idarelerinin paylaşım ve gig ekonomisini kavramak adına çok çeşitli yollara başvurmuş olduklarını ortaya koymuştur. Bunlar arasında platform satıcılarının eğitilmesi amacıyla programlar ya da spesifik bilgilendirici rehberlerin hazırlanması, satıcıların vergilendirilmesi için basitleştirilmiş usullerin tesisi, platform operatörlerince satıcıların gönüllü ya da zorunlu bildirimine ilişkin hükümlerin getirilmesi bulunmaktadır.⁴²

³⁹ Finansal hesap bilgilerinin otomatik değişimi için iki taraflı ve çok taraflı yetkili makam anlaşması modelleri için bk. OECD Standard, s. 21-27; 215-222. Ayrıca finansal hesap bilgilerinin otomatik değişiminde karşılıklı olmayan yani tek yönlü bilgi değişimine özgü hazırlanmış bir yetkili makam anlaşması modeli de mevcuttur, bk. ibid. s. 223-229. Ülke bazında rapor bilgisinin otomatik değişimi için iki taraflı ve çok taraflı yetkili makam anlaşması modelleri için bk. OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13- 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris 2015, ss. 45-57, 59-63, 65-69.

⁴⁰ Bk. dip notu 21.

⁴¹ Bk. dip notu 4.

⁴² OECD Sharing and Gig Economy, s. 21.

Ülkemizin paylaşım ve gig ekonomisindeki payına ilişkin resmi rakamlar bulunmasa da Timbro Sharing Economy Index adında, ülkeler arasında paylaşım ekonomisinin etkisini karşılaştıran 2018 yılında gerçekleştirilmiş bir uluslararası endeks çalışmasında Türkiye 213 ülke arasında 94'üncü sırada yer almıştır.⁴³ Diğer taraftan, tüketici anketlerine dayanılarak yapılan aynı tarihli bir market araştırmasına göre Türkiye paylaşım ekonomisi alanında en hızlı büyüyen ülkeler arasında bulunmaktadır.⁴⁴ İşte bu gelişmeleri kavrayabilmek adına Türk vergi idaresinin de atmış olduğu adımlar mevcuttur. Bu adımları iki gruba ayırmak mümkündür.

Platform Satıcılarına Tanınan Vergi Kolaylıkları ve Stopaj Yoluyla Vergileme

İlk olarak, vergi kanunlarımız bir kısım bireysel platform satıcılarına vergi kolaylıkları ile birlikte stopaj yoluyla vergileme usulü tanımlamıştır.⁴⁵ OECD Vergi İdareleri Forumu elde ettikleri gelir miktarı görece olarak düşük olan platform satıcılarını, bu satıcıların gittikçe büyüyen sayısını ve bu sayıda mükellefi vergi incelemesine tabi tutmanın maliyetini göz önünde bulundurarak vergi idarelerinin ödemeyi yapana (*principal*) ya da satıcı ve alıcı arasında aracı konumundakilere (*intermediaries*) stopaj yükümlülükleri getirilmesini vergiye uyumu sağlamada etkin bir araç olarak nitelendirmiştir.⁴⁶

7256 sayılı Kanun'un⁴⁷ 15'inci maddesiyle Gelir Vergi Kanunu'nun Esnaf Muaflığı başlıklı 9'uncu maddesine eklenen 10'uncu bentle "(a)yırı bir iş yeri açmaksızın ve sanayi tipi veya seri üretim yapabilen makine ve alet kullanmaksızın oturdukları evlerde imal ettikleri malları **internet ve**

⁴³ BERGH, Andreas/ FUNCKE, Alexande/ WERNBERG, Joakim, "Timbro Sharing Economy Index", 2018, <https://timbro.se/allmant/timbro-sharing-economy-index/> (Erişim: 15.12.2022).

⁴⁴ BEUTIN, Nikolas, "Share Economy 2017: The New Business Model, PwC", 2018, www.pwc.de/de/digitale-transformation/share-economy-report-2017.pdf (Erişim: 15.12.2022).

⁴⁵ Ticari kazançta vergi kolaylıkları hakkında genel olarak bk. ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami/ GÖKER, Cenker, Vergi Hukuku, 29. Baskı, Ankara 2022, s. 281 vd.

⁴⁶ OECD Sharing and Gig Economy, ss. 26-27.

⁴⁷ RG: 17.11.2020; 31307.

benzeri elektronik ortamlar üzerinden satanlar” belirli koşulları sağlamaları kaydıyla gelir vergisinden muaf tutulmuşlardır. Bu koşullar Esnaf Vergi Muafiyeti Belgesi alınması, Türkiye’de kurulu bankalarda bir ticari hesap açılması ve tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi ile bu hasılatın belirli bir tutarı aşmaması (2022 yılı için 320.000 TL)⁴⁸ olarak belirlenmiştir. Diğer taraftan, aynı bentte bankalara bu bent kapsamında açılan ticari hesaplara aktarılan tutarlar üzerinden, aktarım tarihi itibarıyla %4 (bir ve üzeri işçi çalıştırıldığı durumda %2) oranında gelir vergisi tevkifatı yaparak muhtasar beyanname ile bildirme yükümlülüğü getirilerek, söz konusu platform satıcılarının gelirleri tekrar kısmen de olsa sistemin içine dâhil edilmiştir.

Ardından 7338 sayılı Kanun’un⁴⁹ 2’nci maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu’na eklenen mükerrer 20/B maddesiyle “(i)nternet ortamındaki sosyal ağ sağlayıcıları üzerinden metin, görüntü, ses, video gibi içerikler paylaşan sosyal içerik üreticilerinin bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar” ile “akıllı telefon veya tablet gibi mobil cihazlar için uygulama geliştiricilerin elektronik uygulama paylaşım ve satış platformları üzerinden elde ettikleri kazançlar” belirli koşulları karşılamak kaydıyla gelir vergisinden müstesna tutulmuştur. Bu koşullar ikinci fıkrada “Türkiye’de kurulu bankalarda bir hesap açılması ve bu faaliyetlere ilişkin tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi” ve beşinci fıkrada “(bu kapsamındaki kazançları toplamı(nın) 103 üncü maddede yazılı tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aş(maması)” olarak sırlanmıştır. Ancak maddenin 3’üncü fıkrası ile yine bankalara bu kazançları elde eden sosyal içerik üreticileri ile mobil cihaz uygulama geliştiricilerinin hesaplarına aktarılan hasılat tutarı üzerinden %15 gelir vergisi tevkifatı yapma ve muhtasar beyanname ile vergi idaresine bildirme yükümlülüğü getirilerek, söz konusu kazançlar kısmen sistem içine dâhil edilmiştir.

Platform Satıcılarının Tespiti ve Bilgi Verme Yükümlülükleri

Türk vergi idaresinin atmış olduğu adımların ikinci grubunu ise platform satıcılarının tespiti amacıyla getirilen zorunlu bilgi verme yü-

⁴⁸ 317 Seri No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği (RG: 21.12.2021; 31696).

⁴⁹ RG: 26.10.2021; 31640.

kümlükleri oluşturmaktadır. Platform operatörlerinin bilgi verme yükümlülüğü, türü bakımından üçüncü kişilerin raporlamasına (*third party reporting regimes*) denk gelmekte; çeşitli ülke raporlama rejimleri incelendiğinde istenilen bilgilerin genel olarak finansal hesap bilgilerinin raporlanmasında istenilen bilgilerle benzerlik arz ettiği görülmektedir.⁵⁰ Yine de OECD Vergi İdareleri Forumu, platform operatörlerinin sağlayacakları bilgilerin ve bu bilgiler bakımından takip edecekleri durum tespit süreçlerinin (*due diligence*) tüm ülke iç hukukları için ortak bir zemine bağlanması ihtiyacından bahsetmiştir.⁵¹

Giriş bölümünde bahsettiğimiz üzere, bu surette hem çeşitli ülkelerde faaliyet gösteren platform operatörlerinin bilgi verme mükellefiyetleri bakımından uyum maliyetleri azalacak hem de kendi ülkesinde bulunmayan platform operatörlerinden bilgi edinmek isteyen ülkelerin diğer ülkelerle bilgi değişimi yoluyla iş birliğine gitmesi kolaylaşacaktır.⁵² Nitekim OECD, dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin uluslararası otomatik değişimi iş birliği çalışmaları kapsamında bu ortak zemine hizmet etmek üzere 2022 yılında, daha önce zikrettiğimiz, Model Kuralları yayınlamıştır.⁵³ İşte bir ülkenin iç hukukunda yer verdiği platform operatörlerinin bilgi verme yükümlülükleri bu kurallara uyumlu olduğu ölçüde, o ülkenin dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimi konusunda uluslararası iş birliğine gitme imkânları artacaktır.

Türk vergi idaresi bugüne kadar platform satıcılarına ulaşmak üzere dijital platform operatörü olarak nitelendirilebilecek kişilere bilgi toplama, doğrulama, kaydetme ve raporlama yükümlülüğü getiren iki iç hukuk düzenlemesine gitmiştir. Bu düzenlemelerden ilki olan 24 Aralık

⁵⁰ OECD Sharing and Gig Economy, ss. 27-28.

⁵¹ OECD Sharing and Gig Economy, s. 38.

⁵² Ibid.

⁵³ Bk. dip notu 21. Söz konusu Model Kurallar dijital platform operatörünün bilgiyi sadece vergi idaresine değil, platform satıcılarına da sağlaması zorunluluğunu getirerek (bk. OECD Model Kuralları, Section III (A) (2)), aynı zamanda satıcıların vergiye uyumunu arttırmada iyi uygulamaların yayılmasına hizmet etmektedir. Bu yolla satıcıların bilgilerin vergi idaresine raporlandığının farkına varmalarına ve yıllık gelir vergisi beyannamelerini doldururken bu bilgileri kullanabilmelerine imkân tanınmaktadır, OECD Model Kuralları, s. 31, para. 4.

2015 tarihli 464 No.lu VUK Genel Tebliği'nin hukuki dayanağı olarak Vergi Usul Kanunu'nun 149'uncu maddesinde yer alan devamlı bilgi verme hükmü ve bu hükmü uygulamaya yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini vergi idaresine devreden mükerrer 257'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 4'üncü bendi gösterilmiştir.⁵⁴ Elektronik ticareti kavramak üzere, "mali bekçiler" (fiscal gatekeepers)⁵⁵ olarak da adlandırılan üçüncü kişilere raporlama yükümlülüğü getiren anılan tebliğin 3.1. maddesinde "(m)al veya hizmetlerin alınması, satılması, kiralanması veya dağıtım işlemlerinin gerçekleştirilmesine aracılık etmek üzere internet ortamında hizmet veren **aracı hizmet sağlayıcıları**" sürekli bilgi verme zorunluluğu getirilen kişiler arasında sayılmıştır.⁵⁶ Aracı hizmet sağlayıcısı 2'nci maddede "6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda tanımlanan başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişi" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu kişiler "(a)racılık hizmetinin sağlandığı internet adres veya adreslerini"; "**(a)racılık hizmeti verilen** gerçek ya da tüzel kişilere ait ad soyad/unvan, TCKN/VKN bilgileri ile işyeri adres bilgilerini"; "(a)racılık hizmeti verilenler adına gerçekleştirilen **mal ve hizmet satış/kiralama işlemlerine** ilişkin her bir tahsilat tutarı ve tarihini" gelir idaresine bildirmekle yükümlüdür (464 No.lu VUK Genel Tebliği, 3.1). Tebliğ'in 4'üncü maddesinde her ne kadar zorunluluk getirilen mükelleflerin 1 Temmuz 2016 tarihinden itibaren gerçekleştir-

⁵⁴ Esasen bilgi verme yükümlülüğünün kapsamı ve sınırlarına ilişkin bir yetkilendirme hükmü olan VUK'nun mükerrer 257'nci maddesi verginin yasallığı ve özel hayatın gizliliği ilkeleri bakımından anayasaya aykırılık taşımaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi önüne iki kere gelmesine rağmen bu aykırılık iddiasını yerinde bulmamıştır, **SOLAK AKMAN**, İnci, Vergi Mahremiyetini İhlal, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2012, ss. 44-45; **ATEŞ**, Otomatik Bilgi Değişimi, s. 125, dipnot 26.

⁵⁵ J.M. Vazquez, Presentation on the DAC7 during the Cashless Payment Methods, Online Platforms and Digital Technologies (CPT Project) of the Group Research on European and International Taxation (GERIT) annual conference, Panel 2 (7 Apr. 2022)'e atfen **ZILLI**, Gandhi, "The OECD Model Rules and DAC7: A Critical Assessment of Selected Design and Enforcement Issues", European Taxation, Vol. 12, 2022, s. 524.

⁵⁶ Tebliğde ayrıca dijital platform operatörü olmayan bir kısım kişilere (bankalara, internet reklamcılığı hizmet araçları ile kargo ve lojistik işletmelerine) de raporlama yükümlülükleri getirilmiştir, bk. 464 No.lu VUK Genel Tebliği, 3.2, 3.3, 3.4.

dikleri işlemlere ilişkin zorunluluk kapsamında istenen bilgileri hazırlamaya başlayacakları ve takip eden aydan itibaren gönderecekleri hükme bağlanmış olsa da mükellefler tarafından raporlamalara 2020 yılında başlanabilmektedir.

Bununla birlikte Türk vergi idaresi 2022 yılında 538 No.lu VUK Genel Tebliği'yle sadece dijital platform operatörlerine özgülenmiş bir raporlama yükümlülüğü getirmiştir. Tebliğ'in 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasıyla, "(t)aşınır ve taşınmazlar ile mal ve hizmetlerin alınması, satılması veya kiralanmasının temin edilmesine yönelik olarak verilen ilanların yayımlanmasına aracılık eden **aracı hizmet sağlayıcıları, sosyal ağ sağlayıcıları** ile **yer sağlayıcılar** takvim yılının birer aylık süreleri içerisinde gerçekleştirmiş oldukları söz konusu işlemlere ilişkin olarak" bildirim yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Tebliğ'de aracı hizmet sağlayıcısı bir önceki tebliğle aynı tanımlanırken (3/1-a); sosyal ağ sağlayıcısı, "4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler" (3/1-g); yer sağlayıcısı ise "5651 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan ve hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır (3/1-j). Bu kimselerin yapacağı bildirim içeriğini, "(v)erilen hizmetin sağlandığı internet adres veya adreslerini"; "(h)izmet verilen gerçek ya da tüzel kişilere ait ad soyad/unvan, TCKN/YKN/VKN bilgileri ile işyeri adres bilgilerini", "(h)izmet verilenler adına gerçekleştirilen **taşınır, taşınmaz, mal ve hizmet satış/kiralama işlemlerine** ilişkin her bir tahsilat veya satış işlemi tutarı ve tarihi ile tahsil edilen tutarların aracılık hizmeti verilenlere ödenmesine ilişkin banka hesap bilgilerini"; "Başkanlık tarafından belirlenecek diğer bilgiler" oluşturmaktadır (538 No.lu VUK Genel Tebliği, 4/1). Tebliğ geçici 1'inci maddesinde öngörülen ilk bildirim süresi olan 1 Ağustos 2022 itibariyle uygulanmaya başlamıştır.

Her iki düzenlemenin dijital platform operatörlerine getirilen raporlama yükümlülüğüne ilişkin temel yapılanmaları benzer olmakla birlikte, 538 No.lu VUK Genel Tebliği, 464 No.lu VUK Genel Tebliği'ne göre

hem raporlamaya tabi kimseler hem de raporlamaya tabi bilgiler bakımından kapsamı genişletmiştir. 464 No.lu VUK Genel Tebliği'nde üçüncü kişi raporlama yükümlülüğüne, diğer bir kısım kişilerle birlikte, dijital platform operatörü olarak sadece aracı hizmet sağlayıcıları tâbi tutulurken, 538 No.lu VUK Genel Tebliği ilave olarak birer dijital platform operatörü olan sosyal ağ sağlayıcıları ve yer sağlayıcılarını dâhil etmiştir.⁵⁷ Ayrıca 538 No.lu VUK Genel Tebliği dijital platform operatörünce raporlanacak bilgelere “tahsil edilen tutarların aracılık hizmeti verilenlere ödenmesine ilişkin banka hesap bilgilerini” eklemiştir.⁵⁸ Bu sebeplerle, Model Kurullarla uyumu bakımından 538 No.lu VUK Genel Tebliği karşılaştırmaya esas alınabilir. Ancak söz konusu karşılaştırmayı tüm yönleriyle yapmak bu makalenin boyutlarını aşacağından, raporlamanın özne ve nesneye ilişkin kapsamının belli unsurlarıyla sınırlı kalınacaktır.

Raporlamanın Nesnesine İlişkin Kapsamının Karşılaştırılması

OECD Model Kuralları ilk yayımladığı 2020 yılında sadece “taşınmaz varlık kiralanmasını” ve “kişisel hizmeti” raporlamanın nesnesine ilişkin kapsamına almıştır.⁵⁹ Platform satıcılarınca bir bedel mukabilinde sağlanan bu raporlama konuları “İlgili Hizmet” (*Relevant Service*) üst başlığıyla adlandırılmıştır. OECD 2021 yılında yayımladığı çok taraflı yetkili makam anlaşmasına ilişkin çalışmasıyla birlikte Model Kurullar için seçimlik bir modül geliştirerek bir yandan İlgili Hizmetlere “ulaşım araçlarının kiralanmasını”⁶⁰ eklemiş, diğer yandan “malların satışını”⁶¹ raporlama kapsamına almıştır. Ayrıca bu dört grup raporlama konusunu içine

⁵⁷ Dijital platform operatörleri ve türlerine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bk. **ARMAĞAN, Aylin/YAMAN, Melike**, “Dijital Platform Operatörleri”, 2023 (yayın aşamasında).

⁵⁸ Bu bilginin raporlama yükümlülüğüne eklenmesi için 464 No.lu VUK Genel Tebliği'ne 2017 yılında bir değişiklik getirilmesi düşünülmüş olsa da bu mevzuat değişikliği hayata geçmemiştir, bk. Alo Maliye, “Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sıra No:464'te Değişiklik Taslağı”, 2017, <https://www.alomaliye.com/2017/08/25/vergi-usul-kanunu-genel-tebliği-sıra-no464te-degisiklik-taslagi/> (Erişim: 26.12.2022).

⁵⁹ OECD Model Rules, Section I (A)(5)(a), (b).

⁶⁰ OECD Model Rules, Section I (A)(5) (c).

⁶¹ OECD Model Rules, Section I (A)(8) (b).

almak üzere “İlgili Faaliyet” (*Relevant Activity*) terimini kullanmaya başlamıştır.⁶² 538 No.lu VUK Genel Tebliği ise raporlama yükümlülüğünün kapsamını «(h)izmet verilenler adına gerçekleştirilen taşınır, taşınmaz, mal ve hizmet satış/kiralama işlemleri»⁶³ şeklinde belirlemiştir.⁶⁴ Dolayısıyla, Model Kuralların kapsam genişlemesiyle uyumlu bir görünüm arz etmektedir. Dahası nesneye ilişkin herhangi bir sınırlama getirmeyerek dijital ekonomideki hızlı gelişmelerin doğuracağı kapsamı daha da genişletme ihtiyacını şimdiden karşılamıştır. Nitekim OECD, Model Kurallara ilişkin şerhinde, bu tür mülahazalarla İlgili Hizmet tanımına bir genişleme mekanizması olarak ikincil düzenlemelerle belirlenecek diğer hizmetler kategorisinin eklenebileceğinden bahsetmektedir.⁶⁵

Raporlamanın Öznesine İlişkin Kapsamının Karşılaştırılması

OECD Model Kuralları raporlamanın özneye ilişkin kapsamını, platform operatörünü işlettiği platform üzerinden tanımlamak ve bu tanımlamayı çok genel yapmak suretiyle geniş tutmuştur. Buna göre, platform operatörü, “bir Platformun tamamını veya bir kısmını söz konusu Satıcılara sağlamak için Satıcılarla sözleşme yapan kişi”;⁶⁶ platform ise “bir internet sitesi veya bunun bir parçası ve mobil uygulamaları da içeren uygulamalar dâhil olmak üzere, kullanıcılar tarafından erişilebilen ve Satıcıların, İlgili Hizmetlerin yada malların satışının bu tür kullanıcılara doğrudan veya dolaylı olarak sağlanması için diğer kullanıcılara bağlanmasına izin veren her bir yazılımı ifade eder.”⁶⁷ İlgili Faaliyetlerin sağlanmasına başka bir müdahaleleri olmamak kaydıyla İlgili Faaliyet bedelinin ödemesine aracılık eden, İlgili Faaliyetleri sadece listeleyen ya da reklamını yapan ya da kullanıcıyı diğer bir platforma yönlendiren yazılımların

⁶² OECD Model Rules, Section I (A)(8).

⁶³ 538 No.lu VUK Genel Tebliği, 4(1)(c).

⁶⁴ Dikkat çeken bir husus OECD'nin dijital platform aracılığıyla gelir elde edenler için tercih ettiği satıcılar (*sellers*) terimi yerine, Türk vergi idaresinin “hizmet verilenler” terimini kullanmasıdır. OECD'nin terim tercihi bir kazancı ve dolayısıyla gelir vergilemesini akla getirdiği için, Türk vergi idaresinin pasif bir durumu çağrıştıran terim tercihinin göre daha yerinde görünmektedir.

⁶⁵ OECD Model Rules, s. 16, para. 31.

⁶⁶ OECD Model Rules, Section I (A)(2).

⁶⁷ OECD Model Rules, Section I (A)(1).

ise platform kapsamında yer almadığı açıkça belirtilmiştir.⁶⁸ 538 No.lu VUK Genel Tebliği ise dijital platform operatörlerine ilişkin genel bir tanım vermek yerine tek tek sayma yoluna gitmiştir. Buna göre, satıcıları/hizmet verilenleri raporlama yükümlülüğü “ilanların yayımlanmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcıları, sosyal ağ sağlayıcıları ile yer sağlayıcılar(a)” getirilmiştir.⁶⁹ Söz konusu tebliğe ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda tanımlarına yer verdiğimiz bu üç gruba baktığımızda,⁷⁰ Türk vergi idaresinin mevcut platform teknolojisi operatörlerini kavradığı söylenebilir.

OECD Model Kuralları, bir seçimlik düzenlemeyle raporlama öznesinin kapsamına mukim platform operatörlerinin yanı sıra yabancı platform operatörlerinin dâhil edilmesi imkânını tanımıştır.⁷¹ Platform operatörünün mukimi bulunduğu ülkeye raporlama yapması birincil mekanizma olarak nitelendirilirken, yabancı platform operatörlerine yerel raporlama (*local reporting*) yükümlülüğü getirilmesi ikincil mekanizma olarak adlandırılmaktadır.⁷² Birincil mekanizma raporlama yükümlülüğünü platform operatörünün vergisel amaçlarla mukim olduğu (*resident for tax purposes*) ya da vergisel amaçlarla mukimi olmasa bile kanuni merkezinin (*place of incorporation*) ya da iş merkezinin (*place of effective management*) bulunduğu ülkeye yapması esası üzerine kurulmuştur.⁷³ OECD'nin tercih ettiği bu yaklaşımda,⁷⁴ bir ülkenin diğer bir ülkede mukim olan platform

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ 538 No.lu VUK Genel Tebliği, 4(1). Yine dikkat çeken bir husus OECD platform operatörlerinin satıcılarla yaptığı sözleşmeye genel bir referans verirken, Türk vergi idaresi platform operatörlerinin hizmet verilenlerle yaptığı, ilanların yayımlanmasını konu edinen bir aracılık sözleşmesinden bahsetmesidir. Sözleşmelerin farklı isimlerle adlandırılabileceği düşünüldüğünde, Türk vergi idaresinin isim zikretmesi yerinde görünmemektedir.

⁷⁰ Ülkemizdeki yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcı temsilcilerine ilişkin resmi bir liste için bk. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “Yurt Dışı Kaynaklı Sosyal Ağ Sağlayıcı Temsilcileri”, 2021, <https://internet.btk.gov.tr/sosyal-ag-temsilci-rehberi/> (Erişim: 27.12.2022). Ülkemizdeki yer sağlayıcılara ilişkin resmi bir liste için bk. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “Yer Sağlayıcılar”, 2022, <https://www.btk.gov.tr/ticari-amacli-hizmet-verenler-yer-saglayici-listesi> (Erişim: 27.12.2022).

⁷¹ OECD Model Rules, Annex A.

⁷² OECD Model Rules, s. 37.

⁷³ OECD Model Rules, Section I (A)(4)(i).

⁷⁴ OECD Model Rules, s. 37.

operatöründen kendi ülkesindeki satıcıların elde ettikleri gelir bilgisini edinebilmesi, sadece aralarında bu bilgiyi konu edinen etkin bir uluslararası bilgi değişim iş birliğinin bulunması halinde mümkün olacaktır. İkincil mekanizmada ise bir ülke yabancı platform operatörüne, kendi ülkesinde ya da bir uluslararası vergisel bilgi değişimi iş birliği olan ülkede (*Partner Jurisdiction*) vergisel amaçlarla mukim olmaması, kanuni ya da iş merkezini bulundurmamasına rağmen, Satıcılar tarafından ülkesinde İlgili Faaliyetlerin yürütülmesine ya da ülkesindeki bir gayrimenkulün kiralanmasına olanak sağlaması halinde raporlama yükümlülüğü getirmektedir.⁷⁵ Bu durumda, yabancı platform operatöründen bilgi edinilmesi için uluslararası bilgi değişim iş birliğine başvurulmasına gerek olmayacaktır. Dikkat edilmesi gereken nokta OECD'nin ikincil mekanizmaya platform operatörünün Model Kuralları uygulayan ve uluslararası vergisel bilgi değişimi iş birliği bulunan bir ülkede mukim olma, kanuni ya da iş merkezini bulundurma hallerinde işlerlik tanımamasıdır. Diğer bir deyişle, yerel raporlama imkanını spesifik hallere indirgemmiştir. Böylece satıcının elde ettiği gelir bilgisine yerel raporlama yerine, bilgi değişimi yoluyla erişilmesini desteklemiştir.⁷⁶ 538 No.lu VUK Genel Tebliği'nde yabancı platform operatörlerine bir raporlama yükümlülüğü getirilmemiştir.⁷⁷ Böylece OECD'nin tercihiyle uyumlu kalınmıştır. Ancak,

⁷⁵ OECD Model Rules, Section I (A)(4)(ii).

⁷⁶ OECD benzer bir tutumu ülke bazlı raporlama konusunda da sergilemiştir. Bu tutumun eleştirisi için bk. Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2022: Methodology, 2022, s. 110, <https://fsi.taxjustice.net/fsi2022/methodology.pdf> (Erişim: 29.12.2022).

⁷⁷ Tebliğ'de atıfta bulunulan 5651 sayılı Kanun'a baktığımızda, 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasıyla Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına; "Kurum, Birlik, adli veya idari makamlarca gönderilecek tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesi ve kişiler tarafından bu Kanun kapsamında yapılacak başvuruların cevaplandırılması ve bu Kanun kapsamındaki diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini temin için yetkili en az bir kişiyi Türkiye'de temsilci olarak belirle(me)" zorunluluğu getirildiğini görüyoruz. Ancak bu hükme dayanılarak Türkiye'de temsilci bulunduran yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarının raporlama yükümlülüğü altında bulunduğu söylenemez. Hükümün ifadesinden de anlaşılacağı üzere temsilcinin atanması 5651 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için istenmektedir. Bir vergi mevzuatı olmadığından 5651 sayılı Kanun'da yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına getirilmiş bir vergisel amaçlı raporlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına satıcıları/hizmet verilenleri Türk vergi idaresine

uygulanabilirliğindeki güçlükler meselesi bir yana bırakıldığında, bu tercinin Türk satıcılarla etkileşimdeki yerli ve yabancı platform operatörleri arasında rekabet eşitliğini bozacağı; en büyük platform operatörlerinin başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere yurt dışında bulunması nedeniyle raporlama yükümlülüğüyle hedeflenen vergi kaybını önleme amacını elde etmede yetersiz kalınacağı ve nihayetinde satıcıları mal ve hizmetlerini raporlama yükümlülüğü bulunmayan yabancı platform operatörleri aracılığıyla sunmaya iteceği düşünülmektedir.⁷⁸

Diğer taraftan, OECD Model Kuralları raporlama öznesine ilişkin gelir esaslı bir seçimlik muafiyet hükmü de sunmuştur.⁷⁹ Buna göre, “bir önceki takvim yılına göre Platform düzeyinde toplam bedeli 1 milyon Avro’dan az İlgili Hizmetlerin sunumuna ve malların satımına olanak sağlayan ve (ülkesi) vergi idaresine bu şekilde muamele görmeyi seçtiğini bildiren” operatörler raporlama yükümlülüğünden hariç tutulabilir. Türk vergi idaresi, yol açması muhtemel negatif etkiler göz önünde bulundurulduğunda, küçük ölçekli platform operatörleri (*small-scale platform operators*) olarak nitelendirilen bu tür kimselere bir muafiyet hükmü getirmeyerek yerinde bir tutum sergilemiştir. Bu etkiler arasında küçük ölçekli platform operatörlerini büyümekten alıkoyabileceği ya da söz konusu

raporlama yükümlülüğü getirilebilmesi için vergi mevzuatına açık bir hüküm eklenmesine ihtiyaç vardır.

⁷⁸ Nitekim bu mülahazalarla Avrupa Birliği DAC7 düzenlemesine ikincil mekanizmayı dahil etmiştir, bk. **GİLLİ**, ss. 532-533. Ancak DAC7, OECD’nin çizdiği sınırlar içerisinde kalarak, yabancı platform operatörünün raporlama yükümlülüğü uygulayan ve uluslararası vergisel bilgi değişimi iş birliği bulunulan bir ülkede mukim olması, kanuni ya da iş merkezini bulundurması hallerinde (*Qualified Non-Union Jurisdiction*) birincil mekanizmayı uygulamaktadır. Yabancı platform operatörü bu koşulları taşımayan bir ülkede bulunduğu takdirde ikincil mekanizmaya işlerlik kazandırmaktadır, DAC7, Annex V, Section I A(4)(b). DAC7 ayrıca bu yabancı platform operatörlerinin takibi için kaydolma yükümlülüğü getirmiştir, Annex V, Section IV F (1). Benzer bir kayıt yükümlülüğü Türk Hukukunda sadece 5651 sayılı Kanun’da öngörül-müş, vergisel raporlama yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeye alınmamıştır. Bununla birlikte, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 11’inci maddesine 8 Nisan 2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun’la (RG: 15.04.2022, 31810) eklenen (j) fıkrasıyla, 5651 sayılı Kanun’da temsilciyi belirleme ve bildirme yükümlülüğünü yerine getirmedikleri için haklarında reklam yasağı uygulanan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına verilen reklamların giderlerinin kurum kazancından indirilemeyeceğinin düzenlendiğini eklemeliyiz.

⁷⁹ OECD Model Rules, Section I (A)(3).

operatörleri sistemlerini en başından raporlamaya uyumlu oluşturmak yerine, belirlenen sınırı geçtiklerinde sistemlerini değiştirmek zorunda bırakarak birden uyum maliyetlerinde artışla yüz yüze bırakabileceği gösterilmektedir.⁸⁰

SONUÇ

2008 Dünya Ekonomik Krizi sonrasında uluslararası vergi kayıp ve kaçığıyla mücadelede idarelerarası iş birlikleri hız kazanmıştır. Bu iş birliklerinde şeffaflık ve sınır aşan vergisel bilgi değişimi öne çıkmakta, bu iş birliğinin bir türü olan uluslararası otomatik bilgi değişiminde yaşanan gelişmeler ise çığır açıcı olarak nitelendirilmektedir.⁸¹ OECD ilk olarak finansal hesap bilgilerinin ardından ülke bazında rapor bilgilerinin uluslararası otomatik değişimi için gerekli hukuki çerçeveleri geliştirmiş, son olarak dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimi için çalışmalarını tamamlamıştır. Bu doğrultuda Küresel Forum üyesi bazı ülkeler bu iş birliğini aktifleştirmek üzere 9 Kasım 2002 tarihinde dijital platformlar aracılığıyla elde edilen gelir bilgisinin otomatik değişimine ilişkin çok taraflı yetkili makam anlaşmasını imzalamıştır. Türkiye'nin bahse konu uluslararası vergisel idari iş birliğinin tarafı olabilmesi için geliştirilen uluslararası hukuk çerçevesini tamamlanması gerekmektedir. Diğer taraftan, Türkiye tek taraflı olarak dijital platform satıcılarının tespiti amacıyla iç hukukunda zorunlu bilgi verme yükümlükleri getirmiştir. Bu yükümlülüğe ilişkin kuralları, kapsam bakımından OECD'nin iş birliği çalışmalarında ortak bir zemin yaratmak üzere yayınladığı Model Kurallar ile karşılaştırdığımızda genel olarak uyumlu bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Ancak Model Kuralların içerdiği seçimsel bir düzenleme olan yabancı platform operatörlerinin raporlama kapsamına

⁸⁰ Avrupa Birliği de DAC7 öncesinde yaptırdığı etki değerlendirmesi çalışmasında altı çizilen bu tür negatif etkilerini göz önünde bulundurarak küçük ölçekli platform operatörleri için bir muafiyet tanımamıştır. Literatürde bu politika tercihini destekleyen bir çalışma olarak bk. ZILLI, s. 531-532.

⁸¹ OECD Secretary-General Angel Gurría, "International community continues making progress against offshore tax evasion", 30 June 2020, http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/international-community-continues-making-progress-against-offshore-tax-evasion.htm?utm_source=Adestra&utm_medium=email&utm_content=Press%20release&utm_campaign=Tax%20News%20Alert%2002-07-2020&utm_term=ctp.

dâhil edilmesi halinde, Türk vergi idaresinin vergi kaçığıyla mücadelede daha güçlü kılınacağı görölmektedir. Bu tespite dayanarak, mevcut kuralları her yönüyle ayrıntılı olarak irdeleyen ve güçlendirilmesi gereken hususları tespit eden yeni çalışmalara ihtiyaç bulunduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Alo Maliye, "Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sıra No:464'te Değişiklik Taslağı", 2017, <https://www.alomaliye.com/2017/08/25/vergi-usul-kanunu-genel-tebligi-sira-no464te-degisiklik-taslagi/> (Erişim: 26.12.2022).
- ARMAĞAN**, Aylin/**YAMAN**, Melike, "Dijital Platform Operatörleri", 2023 (yayın aşamasında).
- ATEŞ**, Leyla, "Cross-Border Tax Transparency: A Study of Recent Policy Developments in Turkey", *Dalhousie Law Journal*, Vol. 44:1, 2021, s. 1-18.
- ATEŞ**, Leyla, "Tax Information Production, Sharing, Use and Publication", the UN High Level Panel on International Financial Accountability, Transparency and Integrity for Achieving the 2030 Agenda (FACTI Panel) Background Paper 2, 20 July 2020, https://uploads-ssl.webflow.com/5e0bd9edab846816e263d633/5f15fc4abad3db9e9f105889_FACTI%20BP2%20Tax%20information.pdf (Erişim: 05.12.2022).
- ATEŞ**, Leyla, "Türk-Alman Otomatik Bilgi Değişiminin Hukuki Esasları ve Ana Sorunları: Standardın Türkiye Uygulaması", *Otomatik Bilgi Değişimi ve Türk-Alman İş Birliği Olanakları* (ed. Leyla Ateş & Joachim Englisch), İstanbul 2018.
- BERETTA**, Giorgio, "The New Rules for Reporting by Sharing and Gig Economy Platforms Under the OECD and EU Initiatives", *EC Tax Review*, Vol.1, 2021, ss. 31-38.
- BERGH**, Andreas/ **FUNCKE**, Alexande/ **WERNBERG**, Joakim, "Timbro Sharing Economy Index", 2018, <https://timbro.se/all-mant/timbro-sharing-economy-index/> (Erişim: 15.12.2022).
- BEUTIN**, Nikolas, "Share Economy 2017: The New Business Model, PwC", 2018, www.pwc.de/de/digitale-transformation/share-economy-report-2017.pdf (Erişim: 15.12.2022).
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, "Yer Sağlayıcılar", 2022, <https://www.btk.gov.tr/ticari-amacli-hizmet-verenler-yer-saglayici-listesi> (Erişim: 27.12.2022).

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “Yurt Dışı Kaynaklı Sosyal Ağ Sağlayıcı Temsilcileri”, 2021, <https://internet.btk.gov.tr/sosyal-ag-temsilci-rehberi/> (Erişim: 27.12.2022).

European Commission. “Commission Staff Working Document Impact Assessment Tax Fraud and Evasion – Better Cooperation between National Tax Authorities on Exchanging Information Accompanying the Document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation, SWD(2020) 131 final”, 15 July 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0131&qid=1607763191392&from=EN> (Erişim: 06.12.2022).

European Court of Auditors, “Exchanging tax information in the EU: solid foundation, cracks in the implementation”, 2021, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_03/SR_Exchange_tax_inform_EN.pdf (Erişim: 06.12.2022).

Gelir İdaresi Başkanlığı, “Yürürlükte Bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları”, 2022, https://gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasımevzuat/Turkiyenin_Sonuclandirdigi_Vergi_Anlasmalari_Listesi.pdf (Erişim: 07.12.2022).

GOV.UK, “Statutory guidance: Automatic Exchange of Information Agreements: other UK agreements Updated 11 June 2020”, 2020, <https://www.gov.uk/government/publications/automatic-exchange-of-information-agreements-other-uk-agreements/automatic-exchange-of-information-agreements-other-uk-agreements> (Erişim: 09.12.2022).

OECD Forum on Tax Administration, “Sixth meeting of the OECD Forum on Tax Administration”, 15-16 September 2010, <https://www.oecd.org/tax/administration/45988932.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

OECD Global Forum, “15th Plenary Meeting of the Global Forum”, 9 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-plenary-meeting-2022-agenda-9-november.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

- OECD, "28 jurisdictions sign international tax agreements to exchange information with respect to income earned on digital platforms and offshore financial assets", 10 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/28-jurisdictions-sign-international-tax-agreements-to-exchange-information-with-respect-to-income-earned-on-digital-platforms-and-offshore-financial-assets.htm> (Erişim: 05.12.2022).
- OECD, "Communiqué of the 11th Meeting of the OECD Forum on Tax Administration (FTA), Oslo, Norway", 29 September 2017, <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/events/forum-on-tax-administration-communique-2017.pdf> (Erişim: 06.12.2022).
- OECD, "Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters", 2011, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/ENG-Amended-Convention.pdf> (Erişim: 07.12.2022).
- OECD, "Forum on Tax Administration", 2022, <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/> (Erişim: 05.12.2022).
- OECD, "Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters Status – 27 September 2022", 2022, https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (Erişim: 07.12.2022).
- OECD, "Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes: Module 3 on Automatic (or Routine) Exchange of Information", 2012, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/cfaapprovesnewmanualoninformationexchange.htm> (Erişim: 07.12.2022).
- OECD, "Signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Information on Income Derived Through Digital Platforms", 9 November 2022, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/dpi-mcaa-signatories.pdf> (Erişim: 05.12.2022).

- OECD, "Tax Co-operation for the 21st Century: OECD Report for the G7 Finance Ministers and Central Bank Governors, May 2022, Germany", 2022, <https://www.oecd.org/tax/tax-co-operation-for-the-21st-century-oecd-report-g7-may-2022-germany.pdf> (Erişim: 12.12.2022).
- OECD, Automatic Exchange Portal, 2022, <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/> (Erişim: 06.12.2022).
- OECD, Model Reporting Rules for Digital Platforms: International Exchange Framework and Optional Module for Sale of Goods, Paris 2021.
- OECD, Model Rules for Reporting by Digital Platform Operators XML Schema: User Guide for Tax Administrations, Paris 2022.
- OECD, Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy, Paris 2020.
- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Paris 2017.
- OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: Implementation Handbook, Paris 2014.
- OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: Implementation Handbook, 2. Bası, Paris 2018.
- OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris 2018.
- OECD, The Sharing and Gig Economy: Effective Taxation of Platform Sellers: Forum on Tax Administration, Paris 2019.
- OECD, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris 2015.
- OECD, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris 2015.
- ÖNCEL**, Mualla/ **KUMRULU**, Ahmet/ **ÇAĞAN**, Nami/ **GÖKER**, Cenk, Vergi Hukuku, 29. Baskı, Ankara 2022.
- ÖNER**, Cihat, Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi, Ankara 2010.

SOLAK AKMAN, İnci, Vergi Mahremiyetini İhlal, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2012.

Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2022: Methodolgy, 2022, <https://fsi.taxjustice.net/fsi2022/methodology.pdf> (Erişim: 29.12.2022).

United Nations, Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries, New York 2021.

VAUGHAN, Robert/ **HAWKSWORTH**, John, "The sharing economy: how will it disrupt your business?", PricewaterhouseCoopers, 2014, https://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final_0814.pdf (Erişim: 16.12.2022).

ZILLI, Gandhi, "The OECD Model Rules and DAC7: A Critical Assessment of Selected Design and Enforcement Issues", European Taxation, Vol. 12, 2022, ss. 521-536.

DENİZ SEVİYESİNİN YÜKSELMESİNİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN ETKİLERİ VE BM ULUSLARARASI HU- KUK KOMİSYONUNUN ÇALIŞMALARI

Dr. Ahmet ULUTAŞ*

Öz

Bilimsel veriler göstermektedir ki, son yıllarda daha yoğun bir şekilde hissettiğimiz küresel ısınma, dünya çapında iklim değişikliğine neden olmaktadır. Bu noktada, sera gazlarının neden olduğu küresel ısınmanın bir diğer sonucu da elbette buzulların erimesi ve buradan gelen etkiyle deniz seviyelerinin küresel düzeyde yükselmesidir. İklim değişikliğine bağlı deniz seviyesi yükselmesinin, uluslararası hukuk açısından önemli yansımaları olacağı görüşü giderek daha fazla dile getirilmektedir. Devamla, küresel ısınmanın etkisiyle meydana gelen deniz seviyesi yükselmesinin doğuracağı sorunlardan, uluslararası hukukun önemli bir kolu olan deniz hukukunun da önemli ölçüde payını alacağını altı çizilmektedir. Küresel ısınma ve iklim değişikliği, yalnızca deniz seviyesinin yükselmesine neden olmamakta, aynı zamanda uluslararası hukuk tarafından tanınmış ve normatif düzenlemelerle koruma altına alınmış insan haklarının da kullanımını tehlikeye atmakta veya zarar vermektedir.

* Hâkim, Dr. Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ankara, Türkiye | Judge, PhD, Ministry of Justice, General Directorate of Foreign Relations and European Union, Ankara, Turkey.

✉ ahmetulutas1@gmail.com • ORCID 0000-0001-5529-3048.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ULUTAŞ, Ahmet: “Deniz Seviyesinin Yükselmesinin Uluslararası Hukuk Bakımından Etkileri ve Bm Uluslararası Hukuk Komisyonunun Çalışmaları”, SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 325-391.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Küresel ısınma ve deniz seviyelerinin yükselmesi konusu, cari uluslararası hukukun geçmişten bugüne gelen kayda değer meselelerinin yanı sıra güncel ve yakın gelecekte önemli mesele haline gelecek konularının ele alınarak tartışıldığı önemli bir forum ve mekanizma olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun da gündemine gelmiştir. Bu bağlamda biz de çalışmamızda, Uluslararası Hukuk Komisyonunun yapısal olarak meseleyi ele alış tarzı ile bu mesele hakkında en son 2022 yılında yaptığı 73 üncü Oturum raporunda yer verdiği, tartışma, değerlendirme ve açıklamaları ele alarak inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler

Küresel Isınma • Deniz Seviyesinin Yükselmesi • İnsan Hakları • Devlet Statüsü • Göç

THE IMPACT OF THE SEA LEVEL RISE ON INTERNATIONAL LAW AND THE WORKS OF THE UN INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Abstract

Scientific data show that global warming, which we have felt more intensely in recent years, causes climate change worldwide. At this point, another consequence of the global warming caused by the greenhouse gases is, of course, the melting of the glaciers and the global rise in sea levels as a result of this effect. The opinion that sea level rise due to climate change will have important repercussions in terms of international law is increasingly being expressed. It is further underlined that the law of the sea, which is an important branch of international law, will also have a significant share of the problems caused by the rise in sea level due to the effect of global warming. Global warming and climate change not only cause sea level rise, but also endanger or harm the enjoyment of human rights recognized by international law and protected by normative regulations. The issue of global warming and sea level rise has also been on the agenda of the United Nations (UN) International Law Commission, which is an important forum and mechanism where current and future issues that will become important issues are discussed, as well as significant issues of current international law from the past to the present. In this context, in our study, we will examine the structure of the International Law Commission's approach to the issue, and the discussions,

evaluations and explanations on this issue, which were included in the 73rd Session report of the 2022.

Keywords

Global Warming • Sea Level Rise • Human Rights • State Status • Immigration

GİRİŞ

Bilimsel veriler göstermektedir ki, son yıllarda daha yoğun bir şekilde hissettiğimiz küresel ısınma, dünya çapında iklim değişikliğine neden olmaktadır. Esasen iklim değişikliği üst başlığı altında ele alınan olgunun, karbondioksit, metan ve diazot monoksit olarak nitelenen sera gazları kaynaklı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, sadece 1970-2004 yılları arasında insan faaliyeti kaynaklı küresel sera gazı emisyonu yüzde 70 oranında artış göstermiştir.¹ Söz konusu gazların dünyayı sarması neticesi ısı dışarı çıkmayıp dünyada kalmakta ve böylece görece tedricen iklim değişmektedir. Sera gazlarının neden olduğu küresel ısınmanın bir diğer sonucu da elbette buzulların erimesi ve buradan gelen etkiyle deniz seviyelerinin küresel düzeyde yükselmesidir. Diğer bir deyişle, eldeki bilimsel verilere göre, kriyosfer olarak adlandırılan deniz buzları ve buzullarını da kapsayan kar ve buz çökeltlerinde, özellikle Arktik, Grönland ve Antarktika buzullarında kayda değer düzeyde erimeler gerçekleşmektedir.² Bilim adamlarına göre, dünya genelinde yılda ortalama 259 milyar ton buzul yok olmaktadır. Sadece Antarktika Buzulu'nun yıllık kaybının 121 milyar ton civarında olduğu hesaplanmaktadır. Grönland'da ise bu kaybın 97 milyar ton olduğu belirtilmektedir. Küresel ısınmanın bu ivmeyle devamı halinde, 2100 yılına gelindiğinde, deniz seviyesinin 40 santimetre ile 1 metre arasında yükseleceği tahmin

¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SCHRIJVER**, Nico, The Impact of Climate Change: Challenges for International Law, (in Fastenrath, Ulrich/Geiger, Rudolf/Khan, Daniel Erasmus/Paulus, Andreas/Schorlemer, Sabine Von/Vedder, Christoph (Eds), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, (ss.1278-1297)), s.1278.

² Bu konuda daha geniş bilgi ve Antarktika buzullarında meydana gelebilecek erimelerin okyanus seviyelerinde meydana getirebileceği yükselme ile ekosistemde meydana getirebileceği tahribata ilişkin değerlendirmeler için bkz. **VÖNEKY**, Silja, The Liability Annex to the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (in Doris König /Peter-Tobias Stoll/Volker Röben/Nele Matz-Lück (Eds.), International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?, 2008, (ss.165-199)), s.168-169.

edilmektedir. Bu tahminlerin gerçekleşmesi halinde ise birçok liman ve kıyı kentinin sular altında kalabileceği öngörüsü bilim çevrelerinde seslendirilmektedir. Keza, 19 uncu yüzyıldan itibaren devam eden okyanus ısınmasının, sulara yarattığı genleşmeyle bir önceki yüzyılda deniz seviyesinin yükselmesinde etkili olduğu belirtilmiş, bu nedenle okyanus asitlenmesinin arttığına ve üst katmanlarda oksijen kaybı yaşandığına işaret edilmiştir. Bu noktada, iklim değişikliğine bağlı deniz seviyesi yükselmesinin, uluslararası hukuk açısından önemli yansımaları olacağı görüşü giderek daha fazla dile getirilmektedir. Bu bağlamda, küresel ısınmanın etkisiyle meydana gelen deniz seviyesi yükselmesinin doğuracağı yeni sorunlardan, uluslararası hukukun önemli bir kolu olan deniz hukukunun da kaçınılmaz olarak payını alacağına işaret edilmektedir.³

Diğer bir deyişle, iklim değişikliğinin etkileri, uluslararası hukuktaki geleneksel kavramlara, özellikle de tanımlanmış ülke ve sabit deniz sınırları faraziyeleriyle birlikte ülkesel egemenlik ilkesine, sorumluluk faraziyesi ile tazminat yükümlülüğü ve devlet sorumluluğuna ilişkin kavramlara adeta meydan okumaktadır. Ayrıca, iklim değişikliğini dizginleme çabaları -bazen diğer çevre rejimlerindeki gelişmelerle bağlantılı olarak- ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi, insanlığın ortak kaygısı, kırılğan ülkelerin korunması ve sanayileşmiş ülkelerin İklim Değişikliği Sözleşmesi gibi sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeleri için esneklik mekanizmaları oluşturulması nosyonları da dahil olmak üzere uluslararası hukukun bazı yeni ilke ve kavramlarının evrimine yol açmıştır.⁴

Küresel ısınma ve deniz seviyelerinin yükselmesi konusu, cari uluslararası hukukun geçmişten bugüne gelen kayda değer meselelerinin yanı sıra güncel ve yakın gelecekte önemli mesele haline gelecek

³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BAYILLIOĞLU**, Uğur, "Deniz Seviyelerinin Yükselmesi ve Esas Hatlar Üzerindeki Etkileri: Yeni Bir Türk-Yunan Uyuşmazlığına Doğru mu?", *ERÜHFD*, Cilt: XVII, Sayı:1, 2022, (ss.97-139), s.99-100; Ayrıca, bkz. Buzullar Kopuyor Zaman Daralıyor!; <https://www.milliyet.com.tr/gundem/buzullar-kopuyor-zamandaraliyor-6894199> (Erişim Tarihi: 31.01.2023); **FREESTONE**, David/**ÇİÇEK**, Duygu, *Legal Dimensions of Sea Level Rise: Pacific Perspectives*, Washington D.C, 2021, s.2; **ACER**, Yücel/**KAYA**, İbrahim, *Uluslararası Hukuk*, 10. Baskı, Ankara, 2019, s.491; Bu bağlamda doktrinde *Schrijver*'e göre, en endişe verici olan şey ise sera gazı yoğunlukları stabil hale getirilse bile, iklim süreçleri ve geri bildirimlerle ilişkili zaman ölçekleri nedeniyle antropojenik ısınmanın ve deniz seviyesindeki yükselmelerin yüzyıllarca devam edecek olmasıdır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SCHRIJVER**, s.1282.

⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SCHRIJVER**, s.1278.

konularının ele alınarak tartışıldığı önemli bir forum ve mekanizma olan Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonunun da gündemine gelmiştir. Bu noktada, biz de çalışmamızda, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun yapısal olarak meseleyi ele alış tarzı ile bu mesele hakkında en son 2022 yılında yaptığı 73 üncü Oturum raporunda yer verdiği açıklama, değerlendirme ve gelişmeleri ele alarak inceleyeceğiz.

Öte yandan, anılan yıllık Raporun “Uluslararası Hukuk Bağlamında Deniz Seviyesinin Yükselmesi” başlıklı IX. Bölümünde yer alan gündem maddesinin, Komisyonun, 2018 yılında yapılan 70 inci Oturumunda, Komisyonun uzun dönemli programına eklenmesine karar verilmiştir. BM Genel Kurulu ise 22 Aralık 2018 tarihli ve 73/265 sayılı kararıyla bu konu başlığının Komisyonun uzun dönemli programına eklenmesini not etmiştir. Söz konusu Raporun IX No.lu kısmı içeriği aşağıda geniş bir şekilde ele alınacak olup incelenmesinden, esas itibarıyla uluslararası hukukta deniz seviyesinin yükselmesinin etkileri bağlamında iki temel konuyu ele alarak değerlendirme ve açıklamalara yer verildiği görülmüştür. Bunlardan birincisini, deniz seviyesi yükselmesinin etkileri bağlamında özellikle küçük ada devletlerinin tamamının su altında kalması halinde bu ada devletlerinin devlet olma⁵ statülerinin akıbetinin ne olacağı sorusuna

⁵ Gerçekten de doktrinde *Schrijver*'e göre, uluslararası hukukun bu yeni kavrama cevap vermeye hazır olup olmadığı ve yanıt için yeterli enstrümanları sunup sunmadığı sorusu önem taşımaktadır. Yazar, *Oppenheim*'in klasik tezine atıfla, söz konusu tezde bir devlet ülkesinin kalıcı olarak ve tamamen ortadan kaybolmasının bir devletin varlığını sona erdirmesi nedeni olarak öngörülmediği görüşünü seslendirmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk biliminin, bir devlet için, ülkesinin tamamen suya batması nedeniyle [yeni bir] ortadan kalkma kategorisi icat etmek zorunda kalıp kalmayacağı sorunsalı [ele alınmalıdır]. Keza yazara göre, devletin bu sebeple ortadan kalkması olgusu, devletlerin halefiyeti konusunda başka konu ve soruları da beraberinde getirebilecektir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SCHRIJVER**, s.1284, 1285; Genel olarak devlet olma unsur ve koşulları hakkında daha geniş bilgi için bkz. **ACER/KAYA**, s.119-120; **AKSAR**, Yusuf, Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt: 1, 5.Baskı, Ankara, 2019, s.204; **PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 11.Bası, Ankara, 2012, s.140; **REÇBER**, Kamuran, Uluslararası Hukuk, 3.Basım, Bursa, 2018, s.203; **ÜNAL**, Şeref, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2005, s.99; **BOZKURT**, Enver/**POYRAZ**, Yasin/**ERDAL**, Selcen, Devletler Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2020, s.78; **SUR**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 5.Baskı, İstanbul, 2011, s.98; **TRAVARSAC**, Anne Sophie, Droit International Public, 2e Edition, 2018, s.49; **BROWNIE**, Ian, Principles of Public International Law, 7 th Edition, 2008, s.70; **EGLI**, Patricia, Introduction to Public International Law, 2016, s.34-35; Geçmişte çeşitli nedenlerle gerçekleşen devletlerin ortadan kalkma örneklerine ilişkin daha geniş bilgi için bkz. **HENRIKSEN**, Anders, International Law, 2nd Edition, 2019, s.74-75.

cevap aranmasının teşkil ettiği anlaşılmıştır. İkincisinin ise deniz seviyesinin yükselmesiyle birlikte tamamı sular altında kalacak olan ada devletleri halklarının uluslararası hukuk bakımından durumlarının ne olacağına ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Keza, bu konuda uluslararası toplumun elinde hâlihazırda bulunan enstrümanlara işaret edildiği, bunun yanı sıra anılan enstrümanların yapılış tarihlerinde öngörülme-yen bu olağandışı ve yeni durumun ele alınması ve soruna adil ve hakkaniyetli çözümler getirilebilmesi bakımından, uluslararası hukukta yeni enstrümanlara ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorusunun da tartışılan ve ele alınan konular arasında yer aldığı müşahede edilmiştir.

Dolayısıyla çalışmamızda, uluslararası hukukun bu iki önemli konusunu ele alan 73 üncü Oturum Raporunun anılan ilgili bölümü geniş bir şekilde incelenecek ve ele alınan konuların Türkiye'ye bakan yönlerinin olup olmadığı hususlarında değerlendirmelere yer verilecektir. Bu bağlamda çalışmamızla, uluslararası hukuk bakımından görece yeni konular olan anılan başlıkların Türkiye'nin uluslararası hukuk gündemine daha fazla taşınması ve yeni bilimsel çalışmalara ışık tutulması hedeflenmiştir.

Bu amaçla çalışmamızda, öncelikle meseleyi ele alarak raporunda yer veren BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun yapısı, işleyişi ile gündem maddeleri hakkında aşağıda özlü bilgilere yer verilecektir. Daha sonra, sırasıyla deniz seviyesinin yükselmesi konusunda BM Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları bağlamında genel olarak Komisyonun 2022 yılı Oturum gündemine işaret edilecek, devamında ise deniz seviyesinin yükselmesi konusunda Komisyonun 2022 yılı raporu ayrıntılı olarak ele alınarak burada yapılan tartışmalar yansıtılacaktır. Diğer bir deyişle Komisyonun deniz seviyesinin yükselmesi konusundaki Çalışma Grubunun meseleyi ele alış şekli ve ileri sürülen görüşler ayrıntılı olarak ortaya konulacaktır.

Komisyon raporunda ele alınan hukuki sorunlar kısmında ise konunun Komisyonun daimi gündeminde yer aldığı hususu göz önüne alınarak meselenin ele alınış veçheleri bakımından gelecekte nereye evrileceğine ilişkin değerlendirmelerin yanı sıra üç tarafı denizlerle çevrili Türkiye açısından taşıdığı öneme işaret eden açıklama ve yorumlara yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE ULUSLARARASI HUKUK ALANINDAKİ YANSIMALARI

Küresel ısınmanın tetiklediği iklim değişikliği ve bu bağlamda zikredilmesi gereken bir diğer olgu olan deniz seviyesinin yükselmesi olgusu artık bilimsel verilerle desteklenmekte ve ciddi araştırmaların konusu olmaktadır. Gerçekten de, küresel ısınmanın neden olduğu dünya iklim dengesizlikleri, dünyanın değişik köşelerinde kuraklık, aşırı yağışlar, mevsimsel döngülerin bozulması, aşırı soğuklar ve şiddetli kasırgalar şeklinde kendini göstermekte ve çok sayıda can ve mal kaybına neden olmaktadır. Bu noktada, anılan ısınmanın tesiriyle denizlerin seviyelerinin ne kadar yükselebileceği konusunda, bugün itibarıyla mevcut trendlerin devam etmesi ve dünya çapında uluslararası toplum tarafından bu döngünün kırılması için tedbir alınmaması halinde işin nereye varacağına ilişkin olarak bilim adamlarınca çeşitli bilimsel tahminler yapılmaktadır. Bu konudaki güncel çalışmalardan birisi, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) kurduğu Çalışma Grubunun ilk raporunda yer almaktadır. Söz konusu Raporda atıf yapılan bilimsel değerlendirme ve hesaplamalarda ise 2.100 yılına kadar ortalama olarak deniz seviyesindeki yükselmenin farklı senaryolara göre 26–98 cm ile 0.61–1.10 metre arasında gerçekleşmesi yönünde tahminlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, dünya çapında yaklaşık 680 milyon insanın alçak sahil bölgelerinde, dünya nüfusunun yüzde 28 inin sahillerde, bunlardan yüzde 11 inin 10 metreden daha alçak sahil şeritlerinde ve 65 milyon insanın da geliştirmekte olan küçük ada devletlerinde yaşadığı hususu göz önüne alınarak, deniz seviyesinde yükselme olmasının, çok ciddi insani, ekonomik, siyasi ve sosyal sorunlara yol açacağı görüşü seslendirilmektedir.⁶

Küresel ısınma ve iklim değişikliği, yalnızca deniz seviyesinin yükselmesine neden olmamakta, aynı zamanda uluslararası hukuk tarafından tanınmış ve normatif düzenlemelerle güvence altına alınmış insan haklarının kullanımını⁷ tehlikeye atmakta veya zarar vermektedir. Bunlar

⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BAYILLIOĞLU**, s.99-100; Ayrıca ilave bilgi için bkz. **KAYHAN**, Ali Kerem, Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu, İstanbul, 2017, s.39.

⁷ Bu konuda en son olarak BM İnsan Hakları Konseyi tarafından, Ekim 2021'deki 48 inci Oturumda (RES/48/14) İklim Değişikliği Bağlamında İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportör'lük görevi ihdas edilmiştir. İnsan Hakları Konseyi, Mart 2022'deki 49 uncu Oturumunda ise Ian Fry'ı ilk İklim Değişikliği Bağlamında İnsan

arasında, sağlık hakkı⁸, yaşam hakkı, gıda hakkı, su hakkı, mülkiyet hakkı, kültürel haklar, kişi güvenliği gibi tematik başlıklar sayılmaktadır. Keza, küresel ısınmanın ve iklim değişikliğinin; göç, sığınma arayışı, yerlerinden edilme, vatansız kalma, silahlı çatışmalara varan ihtilaflara yol açma potansiyellerini de içinde barındırdığı hususu doktrinde ve bilimsel çevrelerde dile getirilmektedir.⁹

Küresel ısınma ve iklim değişikliğinin kasırgalar, seller gibi insanların hayatlarını kaybetmelerine neden olan aşırı iklim olaylarına sebep olduğu, bu konuda örnek olarak verilen Bangladeş'te seller dolayısıyla on binlerce insanın hayatını kaybettiği belirtilmektedir. İklim değişikliğinin bunun yanı sıra toprak kaymalarına neden olduğu, sırf Venezuela'da bu yüzden 30 bin kişinin hayatını kaybettiği hususu kaydedilmektedir. Ayrıca, sıcak hava dalgasının Batı Avrupa'da 2003 yılında kardiyovasküler ve soluk alma problemleri kaynaklı ölümlerde önemli ölçüde artışlara neden olduğu da eklenmektedir. Buradan hareketle, doktrinde *Simon Caney* tarafından, anılan mekanizmaların tetiklenmesi yüzünden, mevcut antropojenik (anthropogenic) iklim değişikliğinin, insanların yaşam hakkını ihlâl ettiği sonucuna varılması gerektiği görüşü seslendirilmiştir.¹⁰

Keza, doktrinde *Caney* tarafından, hem Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) hem Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesiyle (ESKHS) tanınmış olan gıda hakkının da iklim değişikliği nedeniyle ihlâl edildiği görüşü dile getirilmektedir. Bu bağlamda, herkesin aç kalmama hakkının da Sözleşmeyle tanındığı (ESKHS, m.11/2) hususu söz

Haklarının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportör olarak atanmıştır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/specialprocedures/sr-climate-change> (Erişim Tarihi: 09.03.2023).

- ⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **EVANS**, Dabney/**PRICE**, Megan, Measure for Measure: Utilizing Legal Norms and Health Data in Measuring the Right to Health, (in Fons Coomans/Fred Grünfeld/Menno T.Kamminga, (Eds), Methods of Human Rights Research, 2009), s.114; **SCHUTTER**, Olivier De, International Human rights Law: Cases, Materials, Commentary, 2010, s.246; **REHMAN**, Javaid, International Human Rights Law, 2nd Edition, 2010, s.320; **BANTEKAS**, Ilias/**OETTE**, Lutz, International Human Rights Law and Practice, 2013, s.390.
- ⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **HUMPHREYS**, Stephen, Introduction: Human Rights and Climate Change, (in Humphreys, Stephen (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.1-33), s.1; Ayrıca bkz. **DOĞAN**, Selahattin, Maritime Areas, Illegal Migration and Interception of Vessels, Ankara, 2021, 197.
- ¹⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **CANEY**, Simon, Climate Change, Human Rights and Moral Thresholds, (in Stephen Humphreys (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.69-90), s.77-78.

konusu görüşe dayanak olarak eklenmektedir. Bu bağlamda, deniz seviyesinin yükselmesinin tarıma elverişli toprağın da kaybına neden olması yüzünden tarımsal üretimi de çok kötü düzeyde etkilediği saptaması Bangladeş örneği üzerinden yapılmaktadır.¹¹

Öte yandan, uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan devletlerin egemen eşitliği ve devletlerin kendi ülkeleri ve doğal kaynakları üzerinde daimi egemen tasarruf yetkilerinin bulunduğu ilkesinin, uluslararası hukuk düzeninin temel anayasal prensiplerinden biri olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde, 1972 tarihli Stokholm Deklarasyonunun 21 inci ilkesi de söz konusu prensibi teyit etmiştir. Bununla birlikte, Uluslararası Adalet Divanının, 1949 tarihli *Corfu Channel davasına* (Corfu Channel Case, ICJ Rep.1949, 22) yansıyan içtihadında ise her devletin ülkesinin, diğer devletlerin haklarının zararına olduğunu bilerek kullanılmasına izin vermeme yükümlülüğü bulunduğuna işaret ettiği kaydedilmektedir. Buradan hareketle, doktrinde *Shelton*, bilhassa çevrenin korunması gibi konularda günümüzde giderek devletlerin karşılıklı bağımlılığının arttığının altını çizmekte ve bu durumun ise anılan klasik ilkelerin yumuşatılmasına neden olduğunu belirterek, dayanışma ve ortaklık şeklinde ifade edilen ahlâki prensipler çerçevesinde, daha adil ve yaşanabilir bir dünya için karşılıklı işbirliği zorunluluğunu ima etmektedir.¹²

Ayrıca, doktrinde yine *Shelton* tarafından, uluslararası hukukun çeşitli alanlarında bağlayıcı olmayan normatif araçların kullanımının giderek daha yaygın hale geldiği görüşü dile getirilmektedir. Buna göre, devletlerin hiçbir şey yapmamak yerine yumuşak hukuku (soft law) bir andlaşma yerine kullanmayı seçmelerinin çeşitli nedenleri vardır. [Söz gelimi,] *antropojenik iklim değişikliği* ve çöken balıkçılık gibi küresel krizlerin ortaya çıkışı, diğer meselelere nazaran görece daha hızlı yanıtlar verilmesini gerektirebilmektedir. Gerçekten de, bağlayıcı olmayan enstrümanların benimsenmesi daha hızlıdır, değiştirilmesi daha kolaydır ve hızlı veya tekrarlanan revizyon gerektirebilecek teknik konular için daha faydalı görülmektedir. Bu tutum, bilimsel belirsizlik veya siyasi fikir birliği eksikliği nedeniyle konunun anlaşma eylemi için yeterince olgunlaşmadığı durumlarda özellikle önemli hale gelmektedir. Bu gibi durumlarda, esasen

¹¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. CANEY, Simon, Climate Change, Human Rights and Moral Thresholds, s.81.

¹² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. SHELTON, Dinah, Equitable Utilization of the Atmosphere, (in Stephen Humphreys (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.91-125), s.93-94, 123; Ayrıca bkz. SCHRIJVER, s. 1294.

yapılan seçim bir andlaşma ile esnek bir hukuk metni (soft law) arasında değil, esnek bir hukuk metni ile hiçbir eylemde bulunmama arasında olabilmektedir. Yumuşak hukuk, öze ilişkin anlaşmazlıkları maskeleyemeye, kuruluşların amaçlarına ilişkin birbirleriyle çelişen vizyonların üstesinden gelmeye ve kurumsal krizleri çözmeye yardımcı olabilmektedir.¹³

Doktrinde *Adelman* ise konuyla ilgili tezini daha da ileri götürerek, şayet bu alandaki bilimsel uzlaşma gerçeği yansıtmakta ise küresel ısınmanın yalnızca sağlık hakkı, gıda hakkı gibi tekil hakları değil, dünya üzerinde bizatihi yaşamın kendisini tehdit ettiği görüşünü dile getirmektedir. Yazar devamla, küresel ısıda meydana gelecek 2 derecelik artışın daha fazla sel, kuraklık ve gıda yokluğuna neden olacağına hesaplandığını kaydetmektedir. Bu konuda, insan hakları ile çevre konuları bağlantısına işaret eden içtihadın, bir uluslararası örf ve adet hukuku kaidesi¹⁴ oluşumuna yavaş da olsa evrildiği görüşünü de, yine diğerlerinin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) çevresel kötüleşmenin özel ve aile hayatı hakkından (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.8) yararlanmayı etkileyebileceğini kabul ettiği *Lopez Ostra v. İspanya* (1994) kararına atıfla, seslendirmektedir.¹⁵

Bunun yanı sıra BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin¹⁶ 14 No.lu Genel Yorumunda yaptığı kapsayıcı değerlendirmesinde, yüksek standartlı sağlık hakkının yalnızca tıbbi bakıma erişimi kapsadığı, aynı zamanda sağlığı belirleyici faktörlerden olan sağlıklı çevreye erişimi de kapsadığını teyit ettiği görülmektedir. Bu konuda ne yazık ki, kalkınmakta olan ülke halklarının, bilhassa da küçük ada devletlerinin oldukça kırılgan olduğu belirtilmektedir. Bu noktada, 2007 tarihli İnsani Kalkınma Raporunda da, sıtma gibi ana öldürücü hastalıkların dünya çapında tesirini genişleteceğine işaret edilmektedir. Bu bağlamda, doktrinde *Hunt/Khosla* tarafından, bu konuların başta BM insan hakları

¹³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SHELTON**, Dinah, *Soft Law*, (in David Armstrong (Ed), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, 2009, (ss.68-81)), s.75.

¹⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **ÖKTEM**, Emre, *Uluslararası Teamül Hukuku*, İstanbul, 2013, s.56; **RUZIE**, David/**TEBOUL**, Gerard, *Droit International Public*, 25e Edition, 2019, s.78.

¹⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **ADELMAN**, Sam, *Rethinking Human Rights: the Impact of Climate Change on the Dominant Discourse*, (in Stephen Humphreys (Ed.), *Human Rights and Climate Change*, 2010), (ss.159-179), s.160-161, 171; Ayrıca bkz. **SCHRIJVER**, s.1292.

¹⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **ULUTAŞ**, Ahmet, *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Mekanizmaları ve Bireysel Başvuru Yolları*, Ankara, 2019, s.179.

sözleşme denetim organları olmak üzere insan hakları mekanizmalarının gündemine daha fazla getirilerek, sağlık hakkı dahil olmak üzere iklim değişikliğinden olumsuz etkilenen hakların iklim değişikliği ile bağlantılı olarak denetim konusu yapılmasının, hesapverebilirliği artırdığı gibi ülkelerin de hareket geçmelerine katkı yapacağı görüşü dile getirilmiştir.¹⁷ Keza, doktrinde *Halvorssen* tarafından, düşük karbon düzeyli ekonomi hedefinin çok önemli bir kalkınma paradigması değişikliği olduğuna ve hâlihazırdaki yüksek karbon düzeyli ekonomilerin bununla uzun zamandır çeliştiğine işaret edilerek, kuraklık ve deniz seviyesinde yükselme yüzünden milyonlarca insan başka yerlere doğru harekete geçtiğinde, [küresel] kalkınmanın da mümkün olamayacağı belirtilmiştir.¹⁸

Öte yandan, doktrinde *Barnett* tarafından, “kırılganlık” teriminin iklim değişikliği konusu ele alınırken sistematik yaklaşımın anahtar kavramı olduğuna vurgu yapılmaktadır. Yazar, kırılganlık söz konusu olduğunda ise az gelişmiş ada ülkelerden olan Pasifik atol devletlerinden Tuvalu ve Kiribati’nin akla geldiğine işaret etmektedir. Bu atol devletleri ana karalarına oranla yüksek oranda sahile sahip olmaları, deniz seviyesine göre düşük rakımlı oluşları, zayıf toprak yapısına sahip olmaları, su kaynaklarının sınırlı oluşu, kırılgan balıkçılık faaliyeti, yüksek nüfus yoğunluğu, sınırlı ekonomik kaynakları, düşük seviyede insan kaynağına sahip oluşları gibi faktörler yüzünden iklim değişikliğine karşı oldukça yüksek oranda kırılganlık taşımaktadır. Sıcaklıklarda ortalama 2 derece yükselme yağış ortalamalarını değiştirecek, deniz seviyesinin yükselmesi ise yerel gıda üretimini olumsuz etkileyecek, sahilin bir kısmının sular altında kalmasına yol açacak, belki de adanın mevcut nüfus sayısını koruyamaz hale gelmesine, hatta uzun vadede adanın tamamen sular altında kalmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla, yazara göre, atol adalarının iklim değişikliğine adapte olma marjlarının belli sınırları bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, ada halkının geri çekileceği yeterli toprak bulunmamakta olup bu unsurlar ada halklarının göçe zorlanması sonucunu doğurabilecektir. Atol halklarının yaşadıkları ekosistem çerçevesinde bilhassa anılan insan hakları ihlalleri (gıda hakkı, sağlık hakkı vs) nedeniyle kırılganlıkları

¹⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. HUNT, Paul/KHOSLA, Rajat, Climate Change and the Right to the Highest Attainable Standard of Health, (in Stephen Humphreys (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.238-256), s.239, 244, 254.

¹⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. HALVORSEN, Anita M, “International Law and Sustainable Development-Tools for Addressing Climate Change”, Denver Journal of International Law & Policy, Vol:39, No.3, (2011), (ss.397-421), s.418-419.

artmaktadır. Yazara göre, anılan mülahazalar bağlamında, iklim değişikliği ile insan hakları bağlantısına ilişkin yeterli ampirik ve hukuki temel mevcuttur. İklim değişikliği yerleşik insan haklarına ciddi bir tehdit oluşturmakta ve kırılabilirliği artırmaktadır. Bunun önüne geçilmesi amacıyla sera gazı (green house gas, GHG) emisyonlarının azaltılması için yeni bir odaklanmaya ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁹

Sıklıkla ifade edilmektedir ki, iklim değişikliği, önceden görülmemiş bir şekilde getirdiği büyük sorunlarla dünden çok bugünkü nesillerin meselesi olarak kabul edilmektedir. Arktik bölgeler, Sahra Afrika'sının yanı sıra Tuvalu gibi küçük ada devletleri, insan haklarına birer tehdit olarak bunun sonuçlarını şimdiden hissetmeye başlamışlardır. Suya bakan yerlerin halkları belki de kendilerini, önceden öngörülemez bir durumda söz gelimi zaten ülkesi var olmayan bir devletin vatandaşı olmak durumunda ve hâlihazırda mevcut bir sözleşmede yapılmış tanımın dışında *de facto* mülteci konumunda bulabileceklerdir.²⁰

Diğer taraftan, uluslararası hukuk öğretisinde son zamanlarda sendirilen ve konuyla bağlantılı olan bir diğer mesele ise “uluslararası hukukun giderek daha parçalı hale geldiği” mülahazasıdır. Bu konuda BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2006 yılında yayınlanan bir raporda, uluslararası hukukun aşırı parçalı hale geldiği mesele ele alınarak incelenmiştir. Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki, mesele Komisyonun önüne çok sayıda sebepten dolayı gelmiştir. Bunlar bir taraftan, uluslararası mahkemelerin ele aldıkları konulardaki içtihatları konusunda her zaman karşılıklı uzlaşma içinde görünmemeleridir. Diğer taraftan, benzer ihtilafların neredeyse aynı zamanda en avantajlı olan forumu bulma amacıyla farklı uluslararası mekanizmalar önüne götürülmesidir. Keza, bölgesel hukuk sistemlerinin (Avrupa, Afrika,

¹⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BARNETT**, Jon, Human Rights and Vulnerability to Climate Change, (in Stephen Humphreys (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.257-271), s.257, 265, 266, 267; Ayrıca bkz. **MURPHY**, Sean D, Principles of International Law, 3rd Edition, 2018, s.513; Tuvalu'nun gelecek 50 yıl içinde deniz seviyesindeki yükselme yüzünden tamamen suya gömülecek, üzerinde nüfus bulunan ilk ada devleti olacağı öngörüsü ve diğer değerlendirmeler hakkında daha geniş bilgi için bkz. **HAMILTON**, Patrick Ryan, Human Rights at the Boiling Point: Human Rights, the Environment and Climate Change in International Law, Yüksek Lisans Tezi, Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto, 2006, s.19.

²⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **HUMPHREYS**, Stephen, Conceiving Justice: Articulating Common Causes in Distinct Regimes, (in Humphreys, Stephen (Ed.), Human Rights and Climate Change, 2010), (ss.299-319), s.299, 301.

Amerikalılararası²¹) ve özel rejimlerin (ticaret, çevre, insan hakları) gelişmesiyle birlikte, uluslararası hukuk mimarisinin, önüne getirilen tüm meselelere ilişkin talepleri absorbe edemeyeceği veya bu meselelerin tümüne ev sahipliği yapamayacağı korkuları açıklanır olmuştur. Bu konuda, yani uluslararası hukukta parçalılık durumunun varlığı veya yokluğu konusunda katı bir pozisyon almaktan kaçınan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, uluslararası hukukun evrilmesi ve yorumunda, sistemik entegrasyona yönelik doğal eğilime vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, doktrinde *Humphreys'*e göre, her ne kadar iklim değişikliği ve uluslararası insan hakları, birbirlerine doğru karşılıklı olarak -yavaş da olsa- yaklaşma eğilimi gösterebilirler de hâlihazırda birbirlerinden oldukça farklı kalmışlardır. Yazar tarafından, yine de birbirleriyle yakınsama örneklerine; su hakkı üzerine açıklamalara yer veren BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesininin 15 No.lu Genel Yorumunun yanı sıra çevresel koruma konusunda etkin başvuru hakkı ve bilgi edinme haklarına yer veren Aarhus Sözleşmesi, Rio Deklarasyonu gibi uluslararası belgelerde rastlandığı kaydedilmektedir. Yazar devamla, BM Genel Kurulu ve diğer BM organlarının, bu ikili arasındaki bağlantıyı sıklıkla vurguladıklarını da eklemektedir.²²

Gerçekten de, müesses uluslararası hukukun, gerek normatif gerekse örf ve adet hukuku zaviyesinden gerekse de içtihadi açıdan görece yeni kabul ettiği küresel ısınma olgusu, uluslararası toplumun gündemine kendini gösterdiği emareler ve dünya çapında ortaya çıkardığı yeni sorunlarla getirmektedir. Bu kapsamda, cari uluslararası hukukun bu konuyu bilimsel verilerin ışığında, güncel etkilerinin yanı sıra orta ve uzun vadeli etki ve sonuçları zaviyesinden değerlendirmesi ve konuya ilişkin sorun tespiti ve çözüm önerilerini ortaya koymak üzere tartışması önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle, bu yeni olguya klasik eski yaklaşımlarla teşhis koymak ve çözümler üretmek tam olarak mümkün gözükmemektedir. Bu noktada, uluslararası toplumun meseleyle karşılaştığında karşı karşıya kaldığı açmazın konuya ilişkin olarak sergilenen görüşler ve

²¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **PASQUALUCCI**, Jo M, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2 nd Edition, 2013, s.2.

²² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **HUMPHREYS**, *Conceiving Justice: Articulating Common Causes in Distinct Regimes*, s.315, 316; **PAUWELYN**, Joost, *Europe, America and the Unity of International Law*, (in Wouters, Jan / Nollkaemper, Andre/Wet, Erika De (Ed), *The Europeanisation of International Law*, The Hague, 2008, (ss.205-225)), s.214; **FO-CARELLI**, Carlo, *International Law*, Cheltenham, UK, 2019, s.522.

yapılan tartışmalar göz önüne alındığında, uluslararası hukuk camiası için de geçerlilik taşıdığı söylenebilecektir. Bununla birlikte, hukukun diğer alanları için geçerlilik taşıyan, yeni meselelere ilişkin teşhis koyma ve çözüm üretme kapasitesinin, uluslararası hukuk disiplini için de geçerli olmadığını ileri sürmek için herhangi bir neden bulunmadığı da burada belirtilmelidir.

Bu noktada, konuya ilişkin olarak akademik çevrelerde yapılan bilimsel tartışmalar, meselenin kapsamını tayin ve önümüzdeki dönemde alabileceği şekil ve takip edeceği istikamet belirlenmesi bakımından önemli birer rehber niteliği taşıyacak ve konuya ilişkin olası normatif düzenlemeler açısından öncü niteliğinde kabul edilebilecektir. Meselenin evrileceği noktanın bugünden kestirilmesi ve ona göre pozisyon alınması bu aşamada mümkün gözükmemekle birlikte, uluslararası hukukun yerleşik temel ilkeleri üzerinden değerlendirmeler yapılmaya devam edilmesi ve yenilikçi olmakla birlikte, adil ve makul olmayı da başarabilen çözümler üzerine görüşler ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır. Keza, her değerlendirmede meselenin salt anakara ve deniz üzerinden ele alınmasının yetersiz olacağı ve insan onuru ile hak ve özgürlüklerine dokunan yönleriyle meselenin ele alınmasının bütüncül bakış açısı bakımından gerekli olduğu hususu burada belirtilmelidir. Bu amaçla biz de, oldukça yeni nitelik taşıyan ve ele aldığı konulara ilişkin çok yönlü ve kapsamlı açıklamalar ile bilimsel değerlendirmelere yer veren BM Uluslararası Hukuk Komisyonu raporunun konuyla ilgili bölümüne aşağıda ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

İncelendiğinde de görüleceği üzere Komisyon, ele aldığı meselenin salt genel uluslararası hukuk yönlerinden değerlendirmesini yapmamış, meselenin insan haklarına dokunan yönlerini de ayrıntılı olarak ele alarak muhtemel senaryolar üzerinden ortaya çıkacak sonuçlar ve bu sonuçların sebep olacağı insan hakları sorunlarını da ele alarak değerlendirmeler yapmıştır.

II. BM ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONUNUN YAPISI VE ÇALIŞMALARI

Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM'nin ana organları arasında yer almamakla birlikte, uluslararası hukuk bakımından önemli roller oynamaktadır. Bu noktada, çalışmamızda ele alınan konular bağlamında ve çalışmanın kapsam ve sınırlılıkları göz önüne alınarak bu başlık altında kuruluşu, yapısı ve işleyişi yönlerinden kısaca ele alınarak incelenmiştir.

BM Şartının 13/1-a maddesi, BM Genel Kurulunu uluslararası hukukun aşamalı olarak geliştirilmesi ve kodifikasyonu ile görevlendirmiştir. İşte bu görevin yerine getirilmesi amacıyla, Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM Genel Kurulu tarafından alınan 21 Kasım 1947 tarihli ve 174 (II) sayılı karar ile uluslararası hukukun geliştirilmesi ve kodifikasyonu amacıyla kurulmuştur. Komisyon, Genel Kurul tarafından 5 yıllığına seçilen 34 üyeden oluşmakta ve her yıl iki oturum halinde (toplam 10 hafta) genellikle Cenevre'de toplanmaktadır. Üyeler seçilirken temel olarak dünyanın belli başlı hukuk sistemlerini temsil etmeleri gereği gözetilmekte ve kendilerini aday gösteren hükümetlerinin temsilcileri olarak değil; müstakil birer uzman olarak görev yapmaktadırlar. Komisyonun çalışmalarının büyük bölümünü uluslararası hukukun veçheleri için taslakların hazırlanması oluşturmaktadır. Bazı konular Komisyon tarafından seçilir; diğerleri de BM Genel Kurulu tarafından gündeme getirilir.²³

Komisyon tarafından benimsenmiş olan yerleşik çalışma usulü uyarınca, bir konuda taslak maddeler ve onun madde yorumları (Commentary) tamamlandığında, Komisyon tarafından geçici olarak benimsenir ve devletler, taslak hakkında yorum ve görüşlerini bildirmeye davet edilir. Yorum ve görüşler alındıktan sonra, taslak maddelerin ikinci okuması yapılır ve gerekli görülen değişiklik ve düzeltmeler yapılır. İkinci okuma sonrası metin Komisyon tarafından yeniden benimsenir ve genellikle daha ileri eylem önerisiyle birlikte BM Genel Kuruluna gönderilir. Söz konusu eylem önerileri ise BM Genel Kurulu kararıyla taslak maddelerin bir sözleşmeye dönüştürülmesi için bir diplomatik konferans çağrısı yapılması veya aynı konuda taslak maddeleri not eden bir BM Genel Kurulu kararı alınması şeklinde olmaktadır.²⁴ Bu konuda örneğin:

²³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (Erişim Tarihi: 14.05.2019); Ayrıca bkz. **SUBEDI**, Surya P, *The Effectiveness of the UN Human Rights System*, London/New York, 2017, s.217; **SHAW**, Malcolm N, *International Law*, 8.Baskı, Cambridge, 2017, s.89; **SUR**, s.77; **BOYLE**, Alan / **CHINKIN**, Christine, *The Making of International Law*, 2007, s.172 ve 176; **STRYDOM**, Hennie, *International Law Making as an Attribute of State Sovereignty*, (in Strydom, Hennie (Ed), *International Law*, 2016), s.98; **CORTEN**, Olivier, *Méthodologie du droit International Public*, Lonrai/Fransa, 2017, s.167; Uluslararası Hukuk Komisyonu 2017-2021 dönemi üyeliği için Türkiye'den aday gösterilen Dr. Nilüfer Oral, 3 Kasım 2016 tarihinde 71.BM Genel Kurulunda yapılan seçimde 144 oy alarak üyeliğe seçilmiştir. Bu şekilde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarihinde Komisyona üye olarak seçilen 7. kadın üye olmuştur. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. http://legal.un.org/ilc/elections/2016_election.shtml (Erişim Tarihi: 23.05.2019).

²⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **SUBEDI**, s.218; **SUR**, s.77; **BOYLE/CHINKIN**, s.180.

-Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969 yılında Viyana da bir konferansta kabul edilmiştir),

-1978 tarihli Viyana Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi,

-1986 tarihli Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi,

akla gelmektedir.²⁵

Komisyon 1999 yılında bir devletin dağılması veya bir bölgenin ayrılması gibi durumlarda kişilerin devletsiz kalmasına engel olmak için bir deklarasyon taslağını kabul etmiştir. Komisyonun ilgilendiği diğer konular ise devletlerin tek taraflı eylemleri, diplomatik korunma, andlaşmalarda tereddüt, uluslararası organizasyonların sorumlulukları, devletler tarafından paylaşılan ortak doğal kaynaklar ve uluslararası hukuk, uluslararası hukukun genişlemesi ve farklılaşması neticesinde ortaya çıkan zorluklara odaklanmaktadır. Komisyon çalışmaları ve taslaklarına, Uluslararası Adalet Divanı kararlarında da sıkça atıf yapılmaktadır. Keza, Komisyon çalışmaları ve taslaklarının, belirlemekte olan uluslararası örf ve adet hukuku kaidelerine delil teşkil edebildiği kaydedilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, genel olarak üyelerinin uluslararası alanda tanınmış üst düzey uzmanlar ve hukukçulardan oluşması, konularının kapsamı ve uluslararası hukukun geçmişten bugüne gelen önemli konularının yanı sıra güncel konularını da ele alması bakımından önem taşımakta ve gerek uluslararası hukuk alanında çalışan akademisyenler gerekse uygulayıcılar tarafından yakından takip edilmesinde yarar bulunmaktadır.²⁶

Komisyonun cari uluslararası hukuk bakımından oynayacağı genel rol açısından ise doktrinde isabetli olarak, Komisyonun var olan uluslararası hukukun dönemselsel olarak yeniden ifadelendirilmesi, gözden geçirilmesi ve modernize edilmesi işini en iyi şekilde yerine getirebilecek yegâne organ olduğu görüşü dile getirilmektedir.²⁷

Öte yandan, çalışmamız bakımından önem taşıyan BM Genel Kurulunun 73/265 sayılı ve 22 Aralık 2018 tarihli kararı uyarınca Komisyonun I. ve II. Oturumlarının toplam 11 hafta olacak şekilde mutata olduğu

²⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BOYLE/CHINKIN**, s.181; **STRYDOM**, s.98.

²⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (Erişim Tarihi: 14.05.2019); Ayrıca bkz. **SHAW**, s.89-90; **SUR**, 77-78; **CORTEN**, s.169.

²⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BOYLE/CHINKIN**, s.208.

üzere Cenevre’de yapılması kararlaştırılmıştır. Komisyon tarafından ilan edilen takvime göre 2019 yılı 71 inci Oturum, I.Toplantısı; 29 Nisan-7 Haziran 2019 tarihleri arasında yapılmıştır. Komisyonun II. Toplantısı ise 8 Temmuz-9 Ağustos 2019 tarihleri arasında Cenevre’de gerçekleştirilmiştir. Keza, BM Genel Kurulunun 14 Ocak 2019 tarihli ve “A/CN.4/723” sayılı kararıyla tespit edilen gündem uyarınca 71 inci Oturum kapsamında; “devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısı yetkisinden bağımsızlığı, insanlığa karşı suçlar, silahlı çatışmalarda çevrenin korunması, genel uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları (*jus cogens*), devlet sorumluluğu bakımından devletlerin halefiyeti, hukukun genel ilkeleri, diğer organlarla işbirliği vs.” konu başlıklarının ele alınması öngörülmüştür.²⁸

III. DENİZ SEVİYESİNİN YÜKSELMESİ KONUSUNDA ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU 2022 YILI RAPORU

A. Genel Olarak Komisyonun 2022 Yılı Oturum Gündemi

2022 yılı için BM Genel Kurulunun 76/111 sayılı ve 9 Aralık 2021 tarihli kararı uyarınca Komisyonun 73 üncü Oturum, I. ve II. toplantılarının mutad olduğu üzere Cenevre’de yapılması kararlaştırılmıştır (toplam 12 hafta). Komisyon tarafından ilan edilen takvim çerçevesinde 2022 yılı 73.Oturum, I.Toplantısı; 18 Nisan-3 Haziran 2022 tarihleri arasında, II. Toplantısı ise 4 Temmuz-5 Ağustos 2022 tarihleri arasında yapılmıştır.²⁹

Diğer taraftan, BM Genel Kurulunun 12 Ocak 2022 tarihli ve “A/CN.4/745” sayılı kararıyla tespit edilen gündem uyarınca 73 üncü Oturum kapsamında; devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısı yetkisinden bağımsızlığı, silahlı çatışmalarda çevrenin korunması, genel uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları (*jus cogens*), devlet sorumluluğu bakımından devletlerin halefiyeti, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk bağlamında deniz seviyesinin yükselmesi, diğer organlarla işbirliği, konu başlıklarının ele alınması kararlaştırılmıştır.³⁰

²⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://legal.un.org/ilc/sessions/71/> (Erişim Tarihi: 28.01.2019).

²⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://legal.un.org/ilc/sessions/73/index.shtml#a7> (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

³⁰ BM Uluslararası Hukuk Komisyonu gündemi ve diğer ilgili bilgiler için bkz. <https://legal.un.org/ilc/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

B. Deniz Seviyesinin Yükselmesi Konusunda Komisyonun 2022 Yılı Raporuna Yansıyan Hususlar

Bu başlık altında BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 73 üncü Oturumu raporunun “Uluslararası Hukuk Bağlamında Deniz Seviyesinin Yükselmesi” başlıklı IX. Bölümünde yer alan açıklama ve değerlendirmeleri ele alarak inceleyeceğiz. İncelendiğinde de görüleceği üzere Komisyonun ele aldığı çalışma kâğıdında konu hem *lex lata* (mer’i hukuk) hem de *lex ferenda* (gelecekteki hukuk) perspektifinden analiz edilmiş ilgili uluslararası hukuk konularının bir listesini oluşturmak için belirli geçmiş veya mevcut deneyimleri veya durumları keşfetmeyi amaçlamıştır (para.164). İşte biz de çalışmamızda konunun taşıdığı mevcut ve potansiyel önemine binaen, Komisyonun önümüzdeki dönem için uluslararası hukukun bu alandaki gelişimi ve evrimi açısından büyük önem taşıyan Raporunda yer alan tartışma ve değerlendirmeler ile Komisyon üyelerince konuya ilişkin olarak ortaya konulan görüşleri ve Komisyonun meseleyi hangi esas ve usuller çerçevesinde tartıştığı ve değerlendirdiğine ilişkin verileri ayrıntılı olarak ihtiva eden Komisyon Raporunun IX. Bölümüne geniş bir şekilde yer vereceğiz. Buna göre, Komisyonun IX. Bölümde meseleyi giriş bölümünden itibaren ele alış tarzı şu şekildedir:

A. Giriş

Komisyon, 70 inci Oturumunda (2018), “uluslararası hukuk bağlamında deniz seviyesinin yükselmesi” başlığını, uzun dönemli programına eklemeye karar vermiştir. 22 Aralık 2018 tarihli ve 73/265 sayılı kararında Genel Kurul, bu konu başlığının Komisyonun uzun dönemli programına eklenmesini not etmiştir (para.150).

Komisyon, 71 inci Oturumunda (2019), bu konu başlığını çalışma programına dahil etmeye karar vermiştir. Komisyon aynı zamanda konuyla ilgili olarak Bogdan Aurescu, Yacouba Cisse, Patricia Galvão Teles, Nilüfer Oral ve Juan Jose Ruda Santolaria’nın dönüşümlü eş başkanlığında çalışacak olan açık uçlu bir Çalışma Grubu kurulmasına karar vermiştir. Komisyon, 15 Temmuz 2019’da yapılan 3480 inci Toplantısında, Çalışma Grubu Eş başkanlarının ortak sözlü raporunu not etmiştir (para.151).

Komisyon, 72 nci Oturumunda (2021), Çalışma Grubunu yeniden oluşturmuş ve bir öncül kaynakçayla beraber sunulan konuyla ilgili ilk çalışma kâğıdını (first issues paper) ele almıştır. 27 Temmuz 2021’de 3550 nci toplantısında Komisyon, Çalışma Grubu eş başkanlarının ortak sözlü raporunu not etmiştir (para.152).

B. Mevcut Oturumda Başlığın Ele Alınması

Mevcut (şimdiki) oturumda Komisyon, iki eş başkan Galvão Teles ve Ruda'nın başkanlıklarında, devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasıyla ilgili konuları tartışmak için uluslararası hukuk bağlamında deniz seviyesinin yükselmesi Çalışma Grubunu yeniden kurmuştur (para.153).

Üzerinde anlaşılan çalışma programı ve yöntemleri uyarınca Çalışma Grubuna, Galvão Teles ve Ruda'nın hazırladığı ve Çalışma Grubunun üyeleriyle istişare halinde nihai hali verilen ve sadece kendi orijinal dilinde Haziran 2022'de çıkarılan ve seçili kaynakçayı ([A/CN.4/752/Add.1](#)) da içeren konuyla ilgili ikinci çalışma kâğıdı ([A/CN.4/752](#)) verilmiştir (para.154).

Çalışma Grubu, 20 ila 31 Mayıs arasında ve 6, 7 ve 21 Temmuz 2022 tarihlerinde dokuz toplantı yapmıştır (para.155).

5 Ağustos 2022'de 3612 nci toplantısında Komisyon, Çalışma Grubunun raporunu, aşağıda da eklendiği şekilde mevcut oturumda ele alarak kabul etmiştir (para.156).

Aynı toplantıda Komisyon, Sekreteryadan, Komisyonun önceki raporundan konuyla ilgili gelecekteki çalışmalarla alakalı olabilecek unsurları belirleyen, özellikle de 75 inci oturumda ele alacağı devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasıyla ilgili konularda olmak üzere, bir not hazırlamasını isteme kararı almıştır (para.157).

1.İkinci çalışma kâğıdının (issues paper) Eş başkanlar tarafından sunulması

(a) Çalışma Grubunun İzlediği Usul

20 Mayıs 2022'de Çalışma Grubunun ilk toplantısında eş başkan (Galvão Teles), oturumun ilk kısmı için planlanan altı toplantının amacının, ikinci çalışma kâğıdıyla ve devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasıyla ilgili iki alt başlıkla ilgili olduğu ölçüde, üyelerinin ele almak istediği her türlü konuyla alakalı görüş alışverişinde bulunmak olduğunu belirtmiştir. Eş başkan aynı zamanda, ikinci çalışma kâğıdının içeriğinden yola çıkarak üyelerini konu özelinde ve etkileşimli bir tartışma yapmaya ve ikinci çalışma kâğıdına ek yapılacak olan ve alt başlıklarla ilgili taslak kaynakçaya girdi sunmaya davet etmiştir. Oturumun ilk kısmının sonucu, oturumun ikinci kısmında ele alınacak ve tamamlanacak olan Çalışma Grubunun ara raporu olacak ve

amaç da gelecekteki iş programı hakkında etkileşimli tartışmaları yansıtmak olacaktır. Bunun akabinde, Çalışma Grubunda mutabık kalınacak ve ardından da Komisyonun yıllık raporuna dahil edilmek üzere eş başkanlara sunulacaktır. Çalışma Grubunun hemfikir olduğu bu usul, Komisyon'un 2019'daki raporuna dayanmaktadır (para.158).

Eş-Başkan ayrıca, Çalışma Grubunun gelecekteki çalışma programını ele alan II. Kısımındaki ikinci çalışma kâğıdının Dördüncü Faslında ana hatlarıyla belirtildiği gibi, önümüzdeki beş yılda Çalışma Grubunun her bir alt başlığa - deniz hukuku, devlet olma durumu ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması - tekrar değineceğini ve daha sonra üstlenilen çalışmaların sonuçlarını birleştirerek bir bütün olarak konuyla ilgili kapsamlı bir rapor hazırlamaya çalışacağını hatırlatmıştır (para.159).

(b) İkinci çalışma kâğıdının sunulması

(i) Giriş, genel yorumlar ve çalışma yöntemleri

Genel bir giriş yaparak, Eş-Başkanlar (Galvão Teles ve Ruda Santolaria), Çalışma Grubunun tartışmasına bir temel teşkil etmesinin amaçlandığının ve üyeler tarafından hazırlanan katkı belgeleriyle tamamlanabileceğinin altını çizerek, ikinci çalışma kâğıdının ön hazırlık niteliği taşıdığını vurgulamıştır (para.160).

Çalışma kâğıdının amacının ve yapısının ana hatlarını içermesine ek olarak (bölüm I), giriş kısmı, konunun Komisyonun çalışma programına dâhil edilmesini ve şimdiye kadar ne ölçüde ele alındığını ele almıştır (bölüm II). Ayrıca, 2018'den bu yana Altıncı Komitedeki tartışmalar sırasında üye devletlerin konuya desteklerine veya ilgilerine dair ifadelerinin bir özeti ve Eş-Başkanlar tarafından üstlenilen destekleyici girişimlerin bir özeti yer almıştır (bölüm III). Giriş kısmının IV. Bölümü, Hükümetlerarası İklim Değişikliği Panelinin iki yeni raporunun ikinci çalışma kâğıdının sunulmasından bu yana yayınlanmış olduğu gerçeğini hesaba katmak ve iklim değişikliğine ilişkin etkiler, uyum ve kırılganlık konulu panel raporunda ortaya konan temel bulguları paylaşmak amacıyla, alt başlıklarla ilgili deniz seviyesinin yükselmesine ilişkin bilimsel bulgular ve beklentiler hakkında bir güncellemeyi içermiştir. Giriş kısmının V. Bölümü, Uluslararası Hukuk Derneği'nin³¹ çalışmalarının ilgili sonuçlarının

³¹ Uluslararası Hukuk Derneği, 1873 yılında kurulmuştur. Derneğin amaçları arasında uluslararası hukukun açıklığa kavuşturulması ve geliştirilmesi ile uluslararası hukuka saygının ilerletilmesi başlıkları göze çarpmaktadır. Dernek, BM nezdinde istişarî statüye

bir özetini içermiştir. Bu bağlamda, Eş-Başkanlar, Derneğin o zamandan beri Uluslararası Hukuk ve Deniz Seviyesinin Yükselmesi Komitesi'nin görev süresini 2024'e kadar uzatmaya karar verdiğini kaydetmiştir (para.161).

Birinci Faslın ("Genel" başlıklı) amacı, 2018 yılında hazırlanan programda belirtilen sınırlar dikkate alınarak konunun kapsamını ve akıbetini hatırlatmaktır. Birinci Faslın birinci bölümünde, devlet olma durumu, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması ve nihai sonuçla ilgili oldukları ölçüde, Komisyon tarafından dikkate alınacak konuların bir incelemesi yer almıştır. Bölüm II'de metodolojik ve organizasyonel konuların 2018 programında ele alındığı hatırlatılmış, Bölüm X'da Komisyon'un 2019 yılındaki raporu ele alınmış ve Bölüm IX'da da Komisyon'un 2021 yılındaki raporu ele alınmıştır. Bu bağlamda, Eş-Başkanlar, devlet uygulamalarının Komisyonun çalışmaları için gerekli olduğunu vurgulamış ve konuyla ilgili uygulamalarını ve deneyimlerini paylaşmak için devletleri, uluslararası örgütleri ve diğer ilgili kurumları Çalışma Grubu ve Komisyon ile ilişki kurmaya devam etmeleri için teşvik etmiştir (para.162).

(ii) *Devlet olma ve ilgili gözlemler ile yol gösterici sorular*

İkinci çalışma kâğıdının "Devlet Olma Durumu Üzerine Düşünceler" başlıklı İkinci Faslı, Çalışma Grubunun ikinci toplantısında Çalışma Grubu Eş-Başkanı (Ruda Santolaria) tarafından takdim edilmiştir (para.163).

Eş-Başkan, deniz seviyesinin yükselmesinin yeknesak (uniform) olmayan ve tüm devletler için ciddi tehditler oluşturan küresel bir olgu olduğunu hatırlatmıştır. Düşük rakımlı ve gelişmekte olan küçük ada devletleri için tehdit, doğası gereği varoluşsaldır ve gelişmekte olan küçük ada devletleri söz konusu olduğunda, bu onların varlığını sürdürmesiyle ilgilidir. Eş-Başkan, aynı devlet içinde nüfusun bir adadan diğerine tahliye edildiği vakalar varken, bir devletin topraklarının tamamen sular altında kaldığına veya yaşanamaz hale geldiğine dair hiçbir kayıt olmadığını belirtmiştir. Olguların ilerleyici karakteri ışığında, böyle bir durum, yine de, uzak bir teorik endişe olarak değerlendirilemez. Eş-Başkan

sahiptir. Dernek bünyesinde 2012 yılında "Uluslararası Hukuk ve Deniz Seviyesinin Yükselmesi Komitesi" kurulmuştur. Komitenin birinci aşama görevi 2014-2018 yılları arasında, ikinci aşama görevi ise 2019-2022 yılları arasında tamamlanmıştır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. FREESTONE/ÇİÇEK, s.25-26.

ayrıca, devlet olma durumu konusundaki ilk düşüncelerin, oldukça dikkat gerektiren bu hassas konularda önyargıda bulunmayı veya sonuçlar formüle etmeyi amaçlamadığını hatırlatmıştır. Bu çalışma kâğıdı, hem *lex lata* (*mer'i hukuk*) hem de *lex ferenda* (*gelecekteki hukuk*) perspektifinden analiz edilecek ilgili uluslararası hukuk konularının bir listesini oluşturmak için belirli geçmiş veya mevcut deneyimleri veya durumları keşfetmeyi amaçlamıştır (para.164).

Bir devletin oluşturulmasına ilişkin kritere odaklanmış olan çalışma kâğıdının İkinci Fasıll II. Bölümüyle alakalı olarak Eşbaşkan, genel olarak kabul görmüş bir "devlet" nosyonu olmadığını hatırlattı. Ancak, uluslararası hukukta bir "kişi" veya konu olarak addedilmesi için bir devletin, 1933 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme'nin 1 inci maddesine uygun olarak dört kriteri karşılaması gerektiğini not etti, bunlar: (a) yerleşik nüfus, (b) tanımlanmış sınır; (c) hükümet; ve (d) diğer devletlerle ilişki kurabilme yeterliliği. Eşbaşkan, bu ikinci hususun uluslararası hukuktaki diğer konulara da uygulanmış olduğunu vurguladı. II. Bölümde kriter genel olarak gözden geçirilmiştir. Daha fazla atıfta bulunmak adına, II. Bölüm ayrıca diğer tasvir edici metinlerdeki hükümlerde yer aldığı üzere, bir devletin karakteristik özelliklerini tetkik etmiştir: Yeni Devletlerin ve Yeni Hükümetlerin Tanınmasına İlişkin 1936 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsü (International Institut de Droit) Kararı; Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin 1949 tarihli Taslak Bildirge; Özel Raportör tarafından önerilen Andlaşmalar Hukukuna İlişkin 1956 tarihli Taslak Maddeler ve bir devletin karakteristik özelliklerinin tanımının Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Sözleşme'de belirtilen şartlarla tutarlı olduğu 1991 tarihli Eski Yugoslavya Uluslararası Konferansı Tahkim Kurulunun görüşleri (para.165).

III. Bölüm, devletler tarafından alınan önlemlere ilişkin bazı temsili örnekler ve Vatikan ve Malta'nın Egemen Düzeni'nden başlamak üzere uluslararası hukukun diğer konularını içermektedir. Bu bağlamda, bir noktada tarihte sınırlarından yoksun kalmış olsalar da, bu oluşumların kendi tüzel kişiliklerini sürdürmüş oldukları ve bilhassa elçilik hakkı ve andlaşma yapma yetkisi (A ve B kısımları) olmak üzere uluslararası hukuk kapsamında bazı haklarını kullanmaya devam etmiş oldukları not edilmelidir. III. Bölüm (C kısmı) yabancı askeri işgal veya diğer koşullar sebebiyle sürgüne zorlanmış Hükümetler örneğini de göz önünde bulundurmıştır. Bu bağlamda, sınırlarının tamamı veya büyük bir kısmı üzerindeki kontrollerini yitirmiş olsalar da, etkilenmiş devletler bu şekilde

statülerini sürdürdü ve temsil organları da kendilerine ev sahipliği yapan üçüncü devletlerin yetkisindeki topraklara taşındı. Bu durumun devlet olmanın devamlılık karinesine delil olduğu varsayılmıştır. Benzer bir anlayışla, Eş Başkan, Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme de dâhil olmak üzere III. Bölüm D kısmında atıfta bulunulan bazı uluslararası belgelerden yararlanarak, bir devletin uluslararası hukuka göre bu şekilde bir kez oluşturulduğunda, bir devlet olarak kalmak için tedbir alma konusunda devredilemez bir hakka sahip olacağını not etmiştir (para.166).

Deniz seviyesinin yükselmesi olgusu ve bu bağlamda alınan önlemlere ilişkin hususları irdeleyen IV. Bölüm bakımından, devlet olma meselesiyle alakalı olarak değerlendirilmesi gereken görüşler aşağıda sıralanmıştır:

(a) Devletin kara alanının tamamen denizle kaplanması ve yaşanılmaz bir hale gelme olasılığı ve nüfus için yeteri oranda içme suyunun bulunmaması;

(b) uyrukluk, diplomatik koruma ve mülteci statüsüyle alakalı soruları ortaya çıkarmış olan, insanların diğer devletlerin topraklarına aşamalı bir şekilde kaydırılması;

(c) bir başka devletin topraklarına yerleşmiş, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenmiş bir devlet hükümetinin yasal statüsü;

(d) deniz bölgeleri bakımından deniz seviyesinin yükselmesi olgusundan etkilenmiş devletlerin haklarının korunması;

(e) etkilenmiş devletlerin nüfuslarının kendi kaderini tayin hakkı (para.167).

Eşbaşkan, bir yandan sahili sağlamlaştırma ve yapay adaların inşa edilmesi gibi deniz seviyesinin yükselmesinin etkilerini hafifletmeyi amaçlamış tedbirlerin, öte yandan ise devlet topraklarının tamamını su basması halinde devlet olmakla alakalı gelecek için muhtemel alternatiflerin incelenme ihtiyacına vurgu yaptı. Sahilin sağlamlaştırılmasıyla alakalı olarak, en çok etkilenen devletler yararına işbirliği de dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin yüksek maliyeti ve bunların çevresel etkisini değerlendirme ihtiyacına dikkat çekildi. Yapay adaların inşa edilmesiyle bağlantılı olarak, küçük ada oluşturan devletlerin görüşlerini acilen dikkate almaya ihtiyaç vardır, bu husus da ayrıca vurgulandı (para.168).

Yukarıda belirtilen arka plana karşı olarak, V. Bölüm ne neticelendirici ne de sınırlayıcı olan birtakım ön alternatifler sunmuştur. Önerilen

alternatiflerin ilki devlet olmanın devamlılık karinesini kabul idi. Bu öneri, Uluslararası Hukuk Derneğinin ön yaklaşımı ve bazı devletlerin, Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Sözleşme'nin bir devletin varlığının sürdürülmesinden ziyade yalnızca doğuşunun tespitine uygulanıyor olduğuna ilişkin görüşleriyle aynı doğrultuydu. Aynı zamanda, toprağın yokluğunda devlet olmayı sürdürmenin nüfusun devletsizleşmesi veya deniz yetki alanları üzerindeki hakların icra edilmesindeki zorluklar gibi pratikteki bazı sorunlara sebebiyet vereceği not edilmiştir. Keşfedilebilecek başka bir olası alternatif ise, Eşbaşkanın çeşitli yöntemleri ana hatlarıyla belirttiği üzere Vatikan ve Malta Egemenlik Düzeni örneklerine benzer şekilde, bir tür uluslararası tüzel kişiliği toprak olmaksızın sürdürmekti: (a) egemenliğin devriyle veya devri olmaksızın diğer devletlerde toprak parçalarının veya bölümlerinin devri veya tahsisi; (b) diğer devlet(ler) ile ortaklık; (c) konfederasyonların veya federasyonların kurulması; (d) katılım olasılığı da dâhil olmak üzere başka bir devletle birleşme ve (e) belirli deneyimleri açıklayıcı olabilen veya alternatiflerin formülasyonu veya bu tür planların tasarımı için fikir sağlayabilen birden fazla yöntem unsurlarını birleştiren olası hibrit planlar (para.169).

Çalışma Grubunun üçüncü toplantısında Eşbaşkan, belgenin 423 üncü paragrafında yer alan, devlet olmakla ilgili yol gösterici soruları gösterdi. Bu soruların Çalışma Grubu içerisinde ileride yapılacak müzakarelere temel teşkil etmek üzere hazırlandığını vurguladı (para.170).

(iii) Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması, ilişkili görüşler ve yol gösterici sorular

Çalışma Grubunun dördüncü toplantısında, Eş Başkan (Galvão Teles) ikinci çalışma kâğıdının Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerine dayanan ve "Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması" alt başlığına ilişkin hazırlık görüşlerinin bazılarını hatırlatmıştır (para.171).

Eş Başkan deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına uygulanabilecek yürürlükteki uluslararası hukuki çerçevenin parçalara ayrılmış ve genel nitelikte olduğuna dikkat çekmiş ve bu hukuki çerçevenin, etkilenen kişilerin özel ihtiyaçlarının ele alınması amacıyla geliştirileceğini dile getirmiştir. Özellikle yürürlükteki çerçeve, deniz seviyesinin yükselmesinin uzun süreli ya da kalıcı etkilerinin özelliklerini yansıtacak veya etkilenen kişilerin deniz seviyesinin yükselmesinin etkileriyle başa çıkmak ya da bu etkilerden kaçınmak için olduğu yerde kalabileceğini, kendi topraklarından uzaklaştırılabileceğini ya da başka bir devlete göç edebileceğini dikkate alacak şekilde tamamlanabilir. Bu

bağlamda, Komisyonun daha önceki çalışması, yani 2016 tarihli “Felaket Halinde Kişilerin Korunmasına İlişkin Taslak Maddeler” bu uygulamanın bir temeli olarak değerlendirilmiştir (para.172).

Eş Başkan, aynı zamanda küresel düzeyde ilgili devlet uygulaması dağınık kalmışken (remained sparse), deniz seviyesinin yükselmesinden hâlihazırda etkilenen devletler arasındaki uygulamanın daha gelişmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Eş Başkan, belirlenen uygulamaların bazılarının sadece deniz seviyesinin yükselmesine has olmadığını, aynı zamanda felaketler ve iklim değişikliği olgularıyla da genel olarak ilgili olduğunu gözlemlemiştir. Bununla birlikte, uygulamada Çalışma Grubunun konuyu incelemesinde faydalı olabileceği kanıtlanan bazı ilkeler de ortaya çıkmıştır. Ayrıca, ilgili yetkileri bulunan uluslararası örgüt ve kuruluşların iklim nedenli yerinden edilme halinde ortaya çıkacak insan hakları ve insan hareketliği meselelerini ele alma konusunda devletlerin daha hazırlıklı olabilmelerini sağlayacak pratik araçları teşvik etmek amacıyla daha proaktif bir yaklaşım benimsedikleri gözlemlenmiştir. Eş Başkanların, uzman toplantıları aracılığıyla olanlar dahil devletler, uluslararası örgüt ve diğer paydaşlar ile bilgi paylaşımını kolaylaştırmaya yönelik çabaları da vurgulanmıştır (para.173).

Eş Başkan, Ülke İçinde Yerinden Olmaya İlişkin Rehber İlkeler, Afrika'da Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Korunması ve Yardıma İlişkin Afrika Birliği Sözleşmesi (Kampala Sözleşmesi),³² Mülteciler ve Göçmenler İçin New York Bildirgesi, Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Sözleşmesi, 2015-2030 Sendai Afet Riskini Azaltma Çerçevesi, Nansen Girişiminin Afetler ve İklim Değişimi Bağlamında Sınır Ötesi Yerinden Edilmiş Kişilerin Korunmasına İlişkin Gündemi ve Uluslararası Hukuk Derneğinin Deniz Seviyesinin Yükselmesi Bağlamında Yerinden Edilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Sydney Mutabakat Bildirgesi dahil olmak üzere ikinci çalışma kâğıdının Üçüncü Bölümünde incelenen birçok uluslararası belgeyi hatırlatmıştır. Hem iklim değişikliği hem de deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında *geri gönderme* ilkesinin uygulanabilirliği ile ilgili olarak İnsan Hakları Komitesi tarafından *Teitiota v. Yeni Zelanda* davasında³³ kabul edilen son Görüşlerin önemine dikkat çekilmiştir. Eş Başkan ayrıca, bu davada İnsan Hakları

³² African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons.

³³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **TEKİN**, Esra, “Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu”, TBB Dergisi, 2020 (147), (ss.313-332), s.321.

Komitesi'ne göre, iklim değişikliğinin etkilerinin, yani deniz seviyesinin yükselmesinin, kişilerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 6 ncı maddesi (yaşam hakkı) veya 7 nci maddesi (işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı) uyarınca sahip olduğu hakların kabul eden devletlerde ihlâline neden olabileceğine de, böylece gönderen devletlerin geri göndermeme yükümlülüklerini harekete geçirebileceğine dikkat çekmiştir (para.174).

İkinci çalışma kâğıdının Dördüncü Bölümüne geçen Eş Başkan, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasıyla ilgili yol gösterici soruların (guiding questions) bir listesinin bulunduğu 435 inci paragrafta atıfta bulunmuştur. Bu sorular üç alt gruba ayrılmıştır ve şu şekildedir: (a) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin insan haklarına uygulanabilecek ilkeler, (b) deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçları nedeniyle ya da deniz seviyesinin yükselmesine ilişkin alınacak bir tedbir olarak hassas kişi ve gruplar dahil olmak üzere kişilerin tahliyesi, yeniden yerleştirilmesi, yerinden edilmesi ya da göçlerinin söz konusu olduğu durumlara uygulanabilecek ilkeler ve (c) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında devletlere yardım etmeye ilişkin uluslararası işbirliği ilkelerinin uygulanabilirliği ile kapsamı. Eş Başkan, yol gösterici soruların bu konuya ilişkin Çalışma Grubunun gelecekteki çalışmalarının yapısını oluşturmak amacıyla hazırlanmış olduğunu, burada bahsi geçen meselelerin herhangi birine, devlet uygulamalarının özelliklerine ve burada bahsi geçen konularla ilgili uluslararası örgütler ile diğer ilgili kuruluşların uygulamalarına ilişkin üyelere gelebilecek teklif ya da katkıların memnuniyetle karşılanacağını vurgulamıştır (para.175).

2. Tartışmanın özeti

(a) Genel yorumlar

(i) Genel olarak konu

Konu hakkında genel ifadelerle yorumda bulunan Çalışma Grubu üyeleri, konunun geçerliliğini ve - bekası tehdit altında kalabilecek olanlar dâhil olmak üzere, deniz seviyesinin yükselmesinden doğrudan etkilenen devletler açısından - konunun Komisyon tarafından tartışılmasının hayati önemini yinelemişlerdir. Bazı üyeler ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesinin, uluslararası hukukun pek çok dalına etki eden sonuçları bulunduğuna dikkat çekerek, söz konusu sorunlar ve durumun vahameti göz önünde bulundurulduğunda, konunun aciliyet arz ettiğini ifade etmişlerdir. Bundan başka, devlet olma niteliklerini yitirme tehlikesi

altında kalabilecek devletlerin; atmosferdeki kirli gaz salınımlarına en az katkısı olan, ancak deniz seviyesinin yükselmesi dolayısıyla iklim değişikliğinden en çok etkilenen, gelişmekte olan küçük ada devletleri olduğuna dikkat çekilmiştir (para.176).

Bununla birlikte, özellikle etkilenen devletler olarak, gelişmekte olan küçük ada devletlerinin gereksinimlerinin, Komisyon'un, uluslararası teamül hukukunun tespitine ilişkin sonuçlar bildirgesindeki tutumuyla tutarlı bir biçimde dikkatle göz önünde bulundurulması gerekirken, deniz seviyesinin yükselmesinin hukukî sonuçlarının gelişmekte olan küçük ada ve kıyı devletleriyle kalmayıp tüm devletleri etkileyecek olması düşünüldüğünde, Komisyon'un diğer devletlerin görüş ve gereksinimlerini göz ardı etmemesi gerektiği de belirtilmiştir. Konunun insanî ve hukukî yönleri arasında, bu ilkinin ikincisiyle bütünleşmesini temin amacıyla, bir orta yol bulunması gerektiği de ifade edilmiştir. İlâveten, konunun bazı yönlerinin, Komisyon'un temkinle yaklaşması gereken, politika meselesi niteliğinde, güç ve hassas konuları ele aldığı ve Komisyon'un, uluslararası hukuku aşamalı olarak (*progressively*) geliştirme ve kodifiye etme (*codify*) yetkisine uygun olarak, konunun hukukî yönlerine odaklanması gerektiğinin altı çizilmiştir (para.177).

(ii) *İkinci çalışma kâğıdı*

Çalışma Grubu Üyeleri, çok iyi belgelendirilmiş ve yapılandırılmış ikinci bir çalışma kâğıdı hazırlamaları dolayısıyla Eş Başkanlara (Galvão Teles ve Ruda Santolaria) minnettarlıklarını ifade ederek; belgenin, geniş çapta önemli bilgiyi sistemli bir biçimde sunduğuna, yüksek nitelikte olduğuna ve değerlendirilmekte olan iki alt konu üzerinde tartışabilmesi için Çalışma Grubuna mükemmel bir dayanak sağlamakta olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bununla birlikte, - devlet olma, vatandaşlık ve diplomatik koruma meselelerindeki yorumlar gibi - belgede yer alan bir kısım gelişmelerin geçerliliğinin belirgin olmadığı da ifade edilmiştir. Ayrıca, çalışma kâğıdının içeriğinin, bir bütün olarak Komisyona değil, Eş Başkanlara ait olduğu da anımsatılmıştır (para.178).

Üyeler ayrıca Eş Başkanların konuya ilişkin kapsamlı çabalarını, gerek devletler, uluslararası örgütler ve ilgili diğer kuruluşların uygulamalarına ilişkin veriler toplamak, gerekse hükümetlerarası ve akademik alanlarda konuya yönelik daha fazla ilgi ve katkı sağlamak anlamında, memnuniyetle karşılaşmışlardır (para.179).

(iii) *Çalışma Grubunun çalışmasının kapsamı ve çalışma yöntemleri*

Çalışma Grubunun çalışmasının kapsamıyla ilgili olarak, konunun gerek içerik gerekse zaman bakımından kapsamına ilişkin olarak farklı görüşler de dile getirilmiştir; Çalışma Grubunun bazı üyeleri söz konusu kapsamın gereğinden fazla iddialı olduğunu ve daraltılması gerektiğini düşünürken, konuya getirilen kısıtlamalar diğerleri tarafından, mevcut uluslararası hukukun karşılaşılan güçlükleri ele almada yeterli olup olmayacağı ya da muhtemel boşlukları doldurmak için yeni kurallar veya ilkelerin gerekli olup olmadığı konusunda Çalışma Grubunun sonuçlara ulaşmasına engel olduğunu değerlendirmişlerdir (para.180).

Bir yandan Komisyon'un işleyişteki rolünü saptayıp, politika konularını uluslararası hukuk konularından ayırırken, diğer yandan konunun hukukî boyutuna odaklanması ve varsayım dayalı senaryolardan kaçınılması gereği de vurgulanmıştır. Bu ilk hususa ilişkin olarak, Komisyon'un konuyla ilgili rolünün, deniz seviyesinin yükseldiği durumlardan doğan önemli hukukî sorunların gözden geçirilmesi veya ana hatlarıyla ortaya konulmasıyla sınırlandırılması gerektiği öne sürülmüştür. Ayrıca bunun tersine, Komisyon'un politika ile ilgili meseleleri inceleyebileceği ve mevcut hukuku geliştirme veya en azından, bağlayıcı olmayan politika önerilerinde bulunma imkânı sağlayabileceği de belirtilmiştir (para.181).

Komisyonun 72 nci oturumunda değerlendirmiş olduğu, deniz hukukuyla ilgili meselelere ilişkin alt konu ile şimdiki oturumunda incelenmekte olan alt konular arasındaki bağlantının tespit edilmesi gerektiğinin de altı çizilmiştir. Bu hususta, başta "*kara denize hükmeder*" ilkesi³⁴ ve denizlerin serbestisi ilkesi olmak üzere, deniz seviyesindeki yükselişin etkisi ile deniz hukuku arasındaki karşılıklı ilişki vurgulanmıştır (para.182).

Çalışma yöntemlerine ilişkin olarak ise Çalışma Grubunun ürününün bu grubun üyelerinin katkılarını ne şekilde yansıttığını açıklamanın faydalı olacağı kaydedilmiştir. Aynı zamanda, önümüzdeki beş yıllık dönem içerisinde, atanacak bir özel raportör veya raportörler ve genel katılımlı formatta düzenlenen halka açık tartışmalar yoluyla Komisyonun konuyu geleneksel bir konuya dönüştürmeyi düşünebileceği de tavsiye edilmiştir (para.183).

(iv) Bilimsel bulgular

Bilimsel bulgulara ilişkin olarak, risklerin bir bütün olarak değerlendirilmesini yapabilecek bir durumda olması için Komisyonun, temel

³⁴ Bu konuda daha geniş bilgi ve söz konusu ilkeye ilişkin farklı bir değerlendirme için bkz. EVANS, Malcolm D, International Law, 4th Edition, 2014, s.684.

aldığı bilimsel bulguları değerlendirmesinin gerekebileceği tavsiye edilmiştir. Öte yandan, üyeler, Çalışma Grubunun faaliyetlerinin deniz seviyesindeki yükselmenin bilim tarafından hâlihazırda kanıtlanmış bir gerçek olduğu, bir takım devletleri ciddi düzeyde etkilediği ve küresel bir olgu olduğuna yönelik ortak bir noktayı temel aldığını hatırlatmışlardır. Mevcut bilimsel verilerin eksiksiz bir özetinin ikinci çalışma kâğıdının 45 ila 51 inci paragraflarında bulunduğu ve birinci ve ikinci çalışma kâğıtlarında da gerçekleştiği üzere, Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli gibi yüksek itibar gösterilen uzman gruplarını dayanak almanın makul olduğu kaydedilmiştir (para.184).

Gelecekte bilim insanları ile yeni toplantılara ihtiyaç duyulup duyulmadığına ilişkin olarak ise farklı görüşler ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Çalışma Grubunun üyeleri, hukuki meselelere yönelik olarak yürüttükleri çalışmalarla yüksek ilgililik gösteren hususlar konusunda bilgi ve eğitim sağlanması için odak noktalı toplantıların organize edilmesine yönelik Eş Başkanların teklifini memnuniyetle karşılamıştır (para.185).

(v) *Devlet uygulaması*

Çalışma Grubunun üyeleri, konuya ilişkin devlet uygulamalarının Çalışma Grubunun faaliyetleri açısından önemli olduğunu ve mevcut (*available*) devlet uygulamalarının sınırlı olmasından dolayı gruba verilen haritalandırma görevinin sınırlı kaldığını yinelemiştir. Aynı zamanda, bu zamana dek, tamamen sular altında kalma veya üzerinde yaşanamaz hale gelme sürecinde bulunan herhangi bir devlet olmadığı da vurgulanmıştır (para.186).

Büyüklik ve temsil açısından, özellikle Pasifik'teki küçük ada devletlerindeki bölgesel uygulamaların istikrarlı bir biçimde şekillendiği ancak Latin Amerika ve Karayipler ile Asya ve Afrika ülkelerinden yeterli yorum alınamadığı ve Komisyonun hükümetlere erişim sağlamaya yönelik girişimlerde bulunmasına ve Çalışma Grubunun üyelerinin bölgesel uygulamalara yönelik katkı belgelerini hazırlamasına ihtiyaç duyulduğu kaydedilmiştir (para.187).

Deniz seviyesinin yükselmesi gibi aşırı karmaşık varoluşsal ve kaçınılmaz bir olgu söz konusu olduğunda, tamamen su altında kalan bir devlet henüz bulunmadığından dolayı sınırlı devlet uygulamasının mevcut olduğu hallerde, Komisyonun, uluslararası hukukun devamlı olarak geliştirilmesine yönelik göreviyle uyumlu olacak şekilde, analoji ve yorumlama normları vasıtasıyla mantık yürütmeye başvurabileceği önerisi yapılmıştır. Bu bağlamda, yeni güçlükler ile başa çıkabilmek için uygun

olan hallerde, uluslararası hukuk uygulamalarının, uluslararası hukuk ilkelerinin ve hukuki normların olaylar ışığında daimi olarak yorumlanmasını içerdiği, hatırlatılmıştır. Eş Başkanların en uygun seçenekleri belirlemede yaptığı gibi, Komisyonun uluslararası hukukun temellerini dikkate alması ve muhtemel seçenekler ve alternatifler hakkında diyalog ortamı oluşturması ihtiyacının da altı çizilmiştir (para.188).

(vi) Hukuki kaynaklar

Hukuki kaynaklara ilişkin olarak, Komisyonun andlaşmaları, teamül hukuku ve hakkaniyet ilkesi, iyi niyet ilkesi ve uluslararası işbirliği ilkesi gibi ilkeler dâhil olmak üzere konuya ilişkin uygulanabilir hukuk ilkelerini dikkate alması gerektiği yinelenmiştir. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin oynadığı merkezi rol ve bu Sözleşmenin bütünlüğünü koruma gerekliliğinin de altı çizilmiştir (para.189).

Çalışma Grubunun bazı üyelerince, uluslararası işbirliği ilkesinin ele alınan her iki alt konu ile de eşit düzeyde ilgili olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda, Eş Başkanlar tarafından ikinci çalışma kâğıdında ifade edildiği üzere, bu ilkenin devletlerin kendilerini korumalarında da önemli bir rol oynayabileceği de belirtilmiştir. Sahil bariyerleri veya muhafaza ve siperlerinin kurulması veya güçlendirilmesi gibi koruma tedbirlerinin yüksek maliyetli olduğu dikkate alındığında, bu kapsamda, teknoloji aktarımı ve en iyi uygulamaların paylaşımı şeklindeki uluslararası işbirliğinin önemi vurgulanmıştır. Başkaca dayanıklı ve çevre anlamında sürdürülebilir olan yöntemlerin bulunabilmesi için deniz seviyesinin yükselmesi olgusundan etkilenen insanları yerleştirmek üzere oluşturulan yapay adalara ilişkin olarak, bu girişimlerin maliyeti ve olası çevresel etkileri dikkate alındığında, uluslararası işbirliği ilkesi, eşit düzeyde önemli olarak kabul edilmiştir. Böylesi bir uluslararası işbirliğini sağlamak için pratik yöntemler ve araçların tespit edilmesi ihtiyacı vurgulanmıştır (para.190).

Ayrıca, devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesi üzerindeki her yansımanın, ortak ve fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesini kapsamı ve böylesine ciddi bir küresel çevre sorununu ele alma maliyetinin farklı devletlerarasında tarihsel sorumluluklarına ve yeteneklerine göre dağıtılması gerektiği gözlemlenmiştir. Bu amaçla, Çalışma Grubu, diğerlerine ek olarak, Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi'nin 2 nci maddesi ve Çevre ve Kalkınma Üzerine Rio Deklarasyonu'nun 7 nci İlkesi, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesi ve Kyoto Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 20 nci

maddesi ve Paris Andlaşması dâhil olmak üzere, iklimle ilgili küresel sorunlara yönelik hazırlanan mevcut yasal çerçeve üzerinden yola çıkabilir (para.191).

Kara denize hükmeder ilkesinin devlet olmayla ilgisine ilişkin olarak, destek ve şüphe içeren farklı görüşler de dile getirilmiştir (para.192).

(b) Devlet olmaya ve buna bağlı gözlemlere ilişkin yorumlar ile yol gösterici sorular

(i) Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşmede Yer Alan Kriterler

Devlet olma üzerine yapılan fikir alışverişlerinde, bunun dikkatle ele alınması gereken karmaşık bir konu olduğu belirtilmiş ve ikinci çalışma kâğıdında ne genel kabul görmüş bir devlet tanımının ne de devletin ortadan kalkması için açıkça tanımlanmış kriterlerin mevcut olmadığı vurgulanmıştır. Komisyonun, 1949 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Bildirge Taslağı üzerindeki çalışmaları bağlamında devlet olmayı tanımlamada zorluklar yaşadığı kaydedilmiştir. Buna bağlı olarak, “devlet” teriminin birçok anlamı olduğu, belirli bir andlaşma bağlamında yorumlanması gerektiği ve bu konuda ihtilafli uluslararası içtihatların olduğu görülmüştür. Ayrıca, devlet olma hususunun, yalnızca toprakları tamamen ortadan kaybolabilecek yahut insan yerleşimini ya da ekonomik yaşamı sürdürmeye elverişli olmayan devletlerle ilgili olduğu kaydedilmiş ve deniz seviyesinin yükselmesi etkisinin oldukça az sayıda devletle sınırlı olabileceği öne sürülmüştür (para.193).

Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme’nin 1 inci maddesinde bir devletin varlığı için sahip olması gerektiği belirtilen ve sürekli nüfus, belirlenmiş bir toprak parçası, hükümet ve diğer devletler ile uluslararası hukukun diğer özneleriyle ilişkiler kurabilme yeterliliği olarak sıralanan dört kriterin ilgi düzeyine dair farklı görüşler dile getirilmiştir (para.194).

Bu bağlamda, birçok istisna, olasılık ve değişen tanımlarla birlikte her kriterin birden çok yönü olduğu kaydedilmiştir. Bu kriterler, devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesi tartışmaları için yararlı bir dayanak veya başlangıç noktası olarak görülürken, bir toprağın çevresel nedenlere bağlı olarak ortadan kalkmasının yalnızca bir kurgudan ibaret olduğunun düşünüldüğü zamana ait farklı bir tarihsel bağlamın ürünü olduklarına dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla, bunlar, etkilenen devletler için kalan devlet olma seçeneklerini gereksizce sınırlayabilmektedirler. Kriterlerin belirsiz gereksinimlerden ibaret olmadığı ve bir devletin, bunlardan birini

karşılımadığında, özellikle toprak veya nüfus kaybı yoluyla yaşanabilir olmaktan çıkması yüzünden kendiliğinden ortadan kalkamayacağı da gözlemlenmiştir (para.195).

Ülke kriterine ilişkin olarak, devletin kurulabilmesi için ülkenin bir ön koşul olduğu ve mevcudiyetinin devlet olmak adına köklü bir unsur teşkil ettiği teyit edilmiştir. Buna karşılık, egemenliğin yalnızca kara topraklarını değil, devletin kontrolü altındaki tüm bölgeyi ifade ettiği kaydedilmiştir. Bu nedenle, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle tamamen sular altında kalan bir bölge, hiç var olmamış şeklinde değerlendirilmemelidir (para.196).

Ayrıca, dördüncü kriter olan diğer devletlerle ilişkiler kurabilme yeterliliğinin, birtakım hukuki geleneklerde devlet olmanın bir sonucu olarak görüldüğünün altı çizilmiş ve buradan aslında devleti oluşturan üç asıl kurucu unsurun, ülke, nüfus ve etkin hükümet olduğu sonucuna varılmıştır (para.197).

Ayrıca, devletlerin uygulamalarında, Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşmedeki kriterlere eklenmiş modern kriterler geliştirdikleri buna göre, Komisyonun bu bakımdan vardığı sonuçlarda dikkatli olması gerektiği kaydedilmiştir. Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşmedeki kriterlerin yorumlanmasına dair devlet uygulamaları konusunda bir çalışma, belirli bazı devlet olma vakalarındaki önemleri göz önüne alındığında, BM Güvenlik Konseyi kararlarının göz önüne alınması da dahil olmak üzere, faydalı olabilir. Ayrıca, devlet uygulamalarına göre, Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşmenin kriterlerinden herhangi birinin karşılanmamasının mutlaka devletin sona ermesiyle sonuçlanmadığına da işaret edilmiştir (para.198).

(ii) Devlet olma ve kendi kaderini tayin etme

Tartışma sırasında, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen devletlere hangi devlet olma seçeneklerinin sunulabileceğini anlamak amacıyla, etkilenen nüfusun menfaat (interests) ve ihtiyaçlarının değerlendirilmesi gereken temel bir husus olduğu öne sürülmüştür. Bu bağlamda, kendi kaderini tayin etme hakkının kullanılması maksadıyla etkilenen bir nüfusun halk olarak korunması, Komisyonun bu konudaki çalışmalarının ana sütunlarından biri olmalıdır. Aynı zamanda, Komisyonun kendi kaderini tayin etme hakkının özel tarihi ve hukuki bağlamlarını göz önünde bulundurması ve bu ilkeyi deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili olarak uygularken dikkatli olması gerektiği belirtilmiştir (para.199).

(iii) Devlet olma ve devamlılık karinesi

İkinci çalışma kâğıdında özetlendiği üzere, batık veya yaşanamaz durumdaki devletlerin devamlılığı karinesi ve uluslararası tüzel kişiliklerinin korunması hakkındaki yorumlara dönüldüğünde, Çalışma Grubu üyeleri tarafından çeşitli görüşler ifade edilmiştir (para.200).

Devletin devamlılığı karinesinin, deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçlarıyla mücadele etmek için uygun bir çözüm olduğu belirtilmiş ve özellikle uluslararası teamül hukukunda devletin sona ermesi için açık bir kriter bulunmadığından bu geleneksel karinenin Çalışma Grubu tarafından bir çıkış noktası olarak alınması konusunda destek verilmiştir. Bu bağlamda, böyle bir yaklaşımın, Uluslararası Hukuk Derneği'nin 2018 Sydney Konferansı'nda vardığı ilk sonuçlarla da uyumlu olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, korunma hakkının devlet olmanın doğasında bulunan bir hak olduğu öne sürülmüştür (para.201).

Sunulan bir başka görüşe göre, devletin devamlılığı karinesi ilk olarak devletlerin değerlendirmesine tabiydi ve bunlardan bazıları söz konusu seçeneği destekleyerek deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen devletlerin ortadan kalkmasına karşı çıkmıştır. Ayrıca, rolünün özel çözümler sunmak için adımlar atmaktan ziyade deniz seviyesinin yükselmesinden doğan ilgili yasal sorunların çerçevesini çizmekle sınırlı olması gerektiği düşünüldüğünde, bunun Komisyonun özel bir çıkarım yapabileceği bir konu olmadığı ileri sürülmüştür (para.202).

Bu bağlamda, ikinci çalışma kâğıdınının 64 üncü paragrafında da belirtildiği üzere, Komisyonun, 2018 programına uygun olarak, diğerlerinin yanı sıra, "ada devletlerin topraklarının tamamen denizle kaplandığı veya yaşanamaz hale geldiği durumlarda devlet olma durumunun devam etmesi veya kaybedilmesinin olası yasal etkilerine dair bir analiz" yapması gerektiği hatırlatılmıştır. Dolayısıyla, Komisyonun: (a) çalışma kâğıdında kısmen ele alınmış olan fiilen vatansız kişiler için diplomatik koruma gibi toprakların var olmaması durumunda devletin devamlılığından doğan yasal sorunlar ve (b) bugüne kadar ele alınmamış olan devletin sona ermesi, diğer bir deyişle devletin ortadan kalkması durumundan doğan yasal sorunları göz önünde bulundurması önerilmiştir (para.203).

Ayrıca, devletin devamlılığı ilkesinin geçici olduğu ve örneğin ikinci çalışma kâğıdınının 192 ve 193. paragraflarında bahsedilen askeri işgal veya ülke içi şiddet olayları gibi normal olmayan durumlarda devletin korunmasını amaçladığı belirtilmiştir. Toprakların sular altında kalması

veya tamamen ortadan kalkmasının topraklardaki bir değişlikle karşılaştırılamayacağı ve devamlılık karinesinin yalnızca bir toprak parçasının ve nüfusun var olduğu durumlarda geçerli olabileceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, ülkenin bir devletin vazgeçilmez unsuru olduğu hatırlatılırken aynı zamanda devletin devamlılığı karinesinin toprak ve nüfusa dayalı olmaktan ziyade devletin tüzel kişiliğine bağlı olduğu vurgulanmıştır (para.204).

Toprağın yokluğunda veya fiziki varlığı sona ermiş bir devletin topraksız olarak bir başka devletin egemenliği altına girdiği durumda devletin devam etmesine ilişkin risklerin de altı çizilmiştir. Böyle bir devletin örneğin deniz alanlarıyla ilgili veya insan hakları, göç ve mülteci hukuku alanındaki uluslararası ve ulusal yükümlülüklerini yerine getirme kapasitesi de sorgulanmıştır. Çalışma Grubunun, alçak kıyı arazilerinde ve tamamen sular altında kalmış bölgelerde, devlet yoluyla veya başka bir şekilde, halkların kültürel ve geleneksel kimliklerini korumak için araç ve yöntemler belirleme ihtiyacı da vurgulanmıştır (para.205).

(iv) Devlet olmanın geleceği için diğer olası alternatifler

Çalışma Grubu ayrıca, yukarıdaki görüş alışverişi bağlamında, çalışma kâğıdının İkinci Faslının V. Bölümünde belirtildiği gibi, uluslararası tüzel kişiliğin toprak olmaksızın sürdürülmesi ve devleti korumak amacıyla yukarıdaki 169 uncu paragrafta listelendiği üzere çeşitli yöntemlerin kullanılması gibi devlet olmanın geleceğine yönelik diğer olası alternatifleri de incelemiştir (para.206).

Çalışma Grubu bunu gerçekleştirirken, 1870 ve 1929 yılları arasındaki Vatikan, Malta Egemen Düzeni ve sürgündeki Hükümetler ile ilgili olanlar da dâhil olmak üzere, Eş Başkan tarafından keşfedilen birçok açıklayıcı örneği ve derinlemesine analizi genel olarak memnuniyetle karşılamıştır. Batık veya yaşanamaz durumdaki devletlerin devletliği kaybını daha detaylı değerlendirmede Çalışma Grubuna yardımcı olabilecekleri öne sürülse de, bunların deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen devletlerin varlığını sürdürmeyi amaçlayan seçeneklerin incelenmesinde yararlı benzeşimler olmaktan ziyade tarihsel açıdan ilgi çekici oldukları kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Eş başkan tarafından verilen örnekleri çevreleyen ve söz konusu varlıkların gerçekten bir devlet olarak görülmediği bağlamın, deniz seviyesinin yükselmesi durumunda olduğu gibi, bir bölgenin kullanılamaz hale gelmesi bağlamından temelde farklı olduğu özellikle vurgulanmıştır (para.207).

İkinci çalışma kâğıdında incelenen çeşitli seçenekler göz önünde bulundurularak, olası alternatiflerin dikkatli ve ihtiyatlı bir analizinin yapılması ve devletler arasındaki andlaşmalara veya uluslararası toplumun kararlarına dayalı olarak kendine özgü hukuki rejimlerin yaratılmasının göz ardı edilmemesi önerilmiştir. Bu bağlamda, çeşitli ortaklık andlaşmalarının kişilerin küçük ada devletlerinden daha büyük bir devlete serbest dolaşımına izin verdiği belirli durumlara atıfta bulunulmuştur. Böyle bir andlaşmanın olmadığı diğer durumlarda, diğer küçük ada devletleri yönünden yürürlükte olan ve her yıl kurayla seçilen yalnızca 75 kişinin daha büyük devlete taşınmasına izin verildiği bir prosedür örneği verilmiştir (para.208).

Buna karşılık, Komisyon'un görevinin belirli düzenlemeleri diğerlerine göre önermek olmadığı, bu görevin siyasi alana bırakılması gerektiği görüşü dile getirilmiştir. Ortadan kaybolan bir devlet ile birlikte çözüm müzakere edeceği diğer (potansiyel olarak kabul eden) devlet arasındaki potansiyel güç dengesizliğine de dikkat çekilmiştir: Böyle bir bağlamda, ortadan kaybolan devletin denizcilik yetkileri büyük ölçüde veya tamamen Andlaşmanın bir parçası olarak diğer (kabul eden) devlete devredilebilir (para.209).

(v) Devlet olma ve ıslah (reclamation) çabaları

Uygulamada, küçük bir miktar da olsa bir toprak parçasına sahip olunmasına verilen önem göz önüne alındığında, potansiyel bir çözümün, ortadan kaybolan bir devletin bir kısmının, örneğin ıslah çabaları yoluyla, korunmasında etkili olabileceği öne sürülmüştür. Bu çabalar, zaten var olan bir özelliği, örneğin bir adayı, doğal durumunda alacak ve bu özelliğin boyutunu, kara kütesini artıracak şekilde genişletecektir (para.210).

(vi) Devlet olma ve tazminat

Egemenliğin devamlılığı üzerine yapılan değerlendirmelerin, büyük ölçüde kontrolsüz insan endüstrisinin neden olduğu bir olguya en az katkıda bulunan, en çok etkilenen devletlerin karşılaştığı zorlukları çözmeyeceğini akılda tutarak, çeşitli devlet olma kavramlarını analiz etmek ve olmayan emsalleri bulmaya çalışmak yerine, verilen zararın tazmini gibi klasik olan meseleyi dikkate almanın faydalı olacağı önerilmiştir. Alternatif olarak, konunun bir parçası olarak tazminatın ele alınmasının amaca zararlı olabileceği ve 2018 gündeminde açıkça bahsedilmediği ileri sürülmüştür (para.211).

Ayrıca, bazı devletlerin devlet olma alt konusuyla ilgili endişelerini dile getirdikleri ve bu tür diğer insan faaliyetlerinin olguyu açıklayabileceği göz önüne alındığında, küresel deniz seviyesi yükselmesinin ne ölçüde kıyı şeritlerindeki değişikliklere atfedebileceğini belirlemenin gerekli olabileceği belirtilmiştir (para.212).

(vii) Yol gösterici sorulara yapılan yorumlar

Çalışma Grubu üyeleri, ikinci çalışma kâğıdının 423 üncü paragrafında listelenen yol gösterici sorularla ilgili olarak aşağıdaki gözlemleri yapmıştır:

(a) Bir devletin, Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Sözleşme’de belirtilen kriterlerin bir kısmını veya tamamını artık karşılamamasına rağmen, istisnai durumlarda varlığını sürdürmesinin mümkün olması gerektiği önerilmiştir. Yine de, uygulamadaki durumlar her zaman yoruma açık olduğundan dikkatli olunması istenmiştir. Aynı zamanda, nüfus ve toprak kriterlerinin hayati olmaya devam ettiği ve uzun süreli veya kalıcı toprak kaybının istemeden de olsa devlet olma üzerinde bir etkisi olacağı belirtilmiştir;

(b) Vatikan ve Malta Egemen Askeri Düzeni örneklerinin, doğrudan ilgili olmamakla birlikte kıyas yoluyla ele alınabilecekleri gözlemlenmiş olmasına rağmen, alt konunun incelenmesine yardımcı olmadığı kaydedilmiştir. Buna bağlı olarak, tanımı gereği geçici olan ve toprak kaybı içermeyen sürgündeki hükümet örnekleri doğrudan ilgili olarak değerlendirilmemiştir. Başka bir görüşe göre, en azından bir devletin kara topraklarının deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle kaybolmasının hemen ardından veya bir devletin kara toprakları tamamen denizle örtülmediği halde yaşanamaz hale gelmesi nedeniyle sürgüne zorlanan hükümetlerin vakalarından bazı değerli sonuçlar çıkarılabilir.

(c) Bir devletin varlığını korumak için gerekli bir hak ve bunun içeriğine ilişkin çekince ifade edilmiş ve Çalışma Grubunun koruma önlemlerini haklar ve yükümlülükler açısından ele almaktan kaçınması önerilmiştir;

(d) ve (e) Devletin devamlılığı karinesini sürdürmenin karmaşık uygulama zorluklarına yol açabileceği gözlemlenmiştir. İkinci çalışma kâğıdının 423 üncü paragrafının (d) ve (e) bentlerindeki soruların uygulanabilirliği veya Çalışma Grubunun keşfetmesi için gerekli olup olmadığı hususu belirsiz olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda, Çalışma Grubunun devletlerin kullanması için bir dizi önleyici araç geliştirmesi önerilmiştir;

(f)Herhangi bir uygulama yönteminin, ilgili devletler arasındaki anlaşmalara bağlı olacağı kaydedilmiştir. Bazı üyeler, bu bağlamda kendi kaderini tayin hakkının genişletilmesi olasılığına ilişkin şüphelerini dile getirmişlerdir;

(g)Devletliğin devamlılığı karinesinin mevcut olmadığı görüşü dile getirilmiştir. Ayrıca, Çalışma Grubunun böyle bir karinenin varlığını tespit etmek yerine, uygun olup olmadığını araştırması gerektiği belirtilmiştir;

(h)Bir devletin kara topraklarını kaybetmesine rağmen deniz bölgeleri üzerindeki yargı yetkisini sürdürebileceği varsayıldığında, devletin bu bölgelerdeki yükümlülüklerini yerine getirmesi de dahil olmak üzere, uygulamada zorlukların ortaya çıkacağı kaydedilmiştir. Bununla birlikte, bu durum, etkilenen devletler için potansiyel bir çare olarak değerlendirilmiştir. Tam ve kısmi su altında kalma durumları ile bir devletin kara topraklarının tamamen denizle kaplanmamasına rağmen yaşanmaz hale geldiği durumlar arasında ayırım yapılması gereği vurgulanmıştır;

(i)Bir görüşe göre, ikinci çalışma kâğıdının 423 üncü paragrafının (i) bendindeki soru yararlı veya konuyla ilgili değildir. Ayrıca, üçüncü bir devletin topraklarında özerk bir bölgenin kurulması gibi belirli yöntemler önermenin konunun kapsamı dışında olduğu da kaydedilmiştir;

(j)Devlet olma seçeneklerinin seçiminin bir politika konusu olduğu gözlemlenmiştir ve her bir özel durumda ilgili devletler arasındaki anlaşmalara bağlı olacaktır (para.213).

(c) Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına ilişkin yorumlar ve ilgili yol gösterici sorular

(i) *Mevcut hukuki çerçeveler*

Çalışma Grubunun dördüncü ve beşinci toplantılarında alt konuya ilişkin tartışmalar sırasında, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere müstakil bir hukuki statü sağlayan herhangi bir hukuki çerçevenin mevcut olmadığı ve var olan uygulanabilir çerçevelerin oldukça parçalı olduğu belirtilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına yönelik mevcut ilkelerin etkinliğinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi önerisine destek verilmiştir. Bunun uygulanması sırasında deniz seviyesinin yükselmesinin farklı özelliklerini dikkate alma ihtiyacı vurgulanmıştır. Başka bir görüşe göre, uygulanabilir kuralların parçalı doğasının herhangi bir uygulama sorununa yol açıp açmadığı sorgulanabilirdi. Bu nedenle, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen dar

bir grup insanın korunması için hayli spesifik bir hukuki çerçeve geliştirilmesinin gereksiz olduğu değerlendirilmiştir (para.214).

Mevcut yasal çerçevelerin uygulanabilirliği sorusu üzerine yorum yaparken bazı üyeler, uluslararası mülteci hukuku, iklim değişikliği hukuku ve uluslararası insancıl hukukun deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasını ele alacak donanımına sahip olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık, Kampala Sözleşmesi, Mülteciler ve Göçmenler için New York Bildirgesi ve Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Sözleşmesi gibi bazı ilgili uluslararası hukuki belgeler, başarılı devlet işbirliğinin örnekleri olarak kaydedilmiştir. Üyeler ayrıca, BM insan hakları sözleşme organlarının ilgili son içtihatlarını da hatırlatmışlardır (para.215).³⁵

Mevcut devlet uygulamaları sorusuyla ilgili olarak, yalnızca birkaç devletin Komisyona konu hakkında ilgili bilgileri sunmuş olması üzüntüyle karşılanmıştır. Devletlere, uluslararası kuruluşlara ve diğer ilgili kuruluşlara bilgi ve uygulama talebinin yinelenmesi önerilmiştir. Deniz seviyesindeki yükselmenin neden olduğu sınır ötesi yer değiştirmelere cevaben devletler tarafından benimsenen idari politikalara örnekler verilmiştir. Mülteci olarak nitelendirilmeyen kişilere insani vize verme ve ikincil koruma sağlama uygulamalarının daha fazla inceleme gerektirdiği belirtilmiştir (para.216).

(ii) *İnsan hakları hukukunun uygulanabilirliği*

İklim değişikliğinin ve deniz seviyesinin yükselmesinin insan haklarından yararlanmayı olumsuz yönde etkileyebileceği ve tüm insan haklarının - medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel - birbiriyle ilişkili, birbirine bağlı ve bölünmez olarak görülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesi konusuna doğrudan değinmemekle birlikte, Latin Amerika'daki Cartagena Mülteci Bildirgesi ve Brezilya Deklarasyonu veya Afrika'daki Kampala Sözleşmesi gibi bazı bölgesel belgeler korunmaya muhtaç kişilerin yer değiştirme sebebi olarak iklim değişikliğini ve felaketleri göz önüne almışlardır. Ayrıca, devletlerin deniz seviyesinin yükselmesi olgusunu ele alırken insan hakları yükümlülüklerine saygı göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır. Buna bağlı olarak,

³⁵ Örneğin, *Teitiota v. New Zealand* (CCPR/C/127/D/2728/2016) ve *Bakatu-Bia v. Sweden* (CAT/C/46/D/379/2009).

İnsan Hakları Konseyinin temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını yakın zamanda tanıdığı hatırlatılmıştır (para.217).³⁶

Çalışma Grubunun bazı üyeleri, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına tam olarak uygun olup olamayacağını sorgulamıştır. Devletlerin bireylere karşı insan hakları yükümlülükleri olmasına rağmen, deniz seviyesindeki yükselme olgusunun doğrudan herhangi bir devlete atfedilemeyeceği gözlemlenmiştir. Dolayısıyla, insan hakları kurallarının bu bağlamda nasıl işleyeceği ve özellikle deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili taleplerin nasıl ve kime karşı ileri sürülebileceği belirsiz kalmıştır. Bu sorular, toprakları tamamen sular altında kalan veya yaşanmaz hale gelen bir ülke söz konusu olduğunda daha da ilgili kabul edilmiştir. Buna cevaben, insan hakları hukukunun deniz seviyesinin yükselmesi olgusunu izlemek için önemli bir merceğe olduğu ve bireylerin insan haklarının, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle devletleri sona ermiş olsa dahi vazgeçilemez kaldıkları savunulmuştur. Bununla birlikte, insan hakları kurallarının bu bağlamda ne ölçüde uygulanabileceğinin incelenmesi gerekli görülmüştür. İnsan hakları yükümlülüklerinin iklim değişikliği yasal çerçevesine nasıl daha iyi entegre edileceğini değerlendirmek için bir teklif yapılmıştır. Deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında *geri gönderme ilkesinin* ek olarak incelenmesi önerilmiştir (para.218).

İnsan hakları hukukunun nasıl uygulandığını belirlemek için, herhangi bir durumda uygulanabilir insan haklarının korunmasından hangi devletin veya devletlerin sorumlu olduğunu belirlemek gerekli olduğundan, nedensellik konusuna değinmeden deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında insan hakları hukukunun uygulanabilirliğini incelemenin zor olduğu ileri sürülmüştür. Yanıt olarak, Çalışma Grubunun nedenselliği konunun kapsamından bilinçli olarak çıkardığı ve bunun dikkate alınmasının, Çalışma Grubunun çalışmasına yardımcı olmayacağı kaydedilmiştir (para.219).

(iii) *Yol gösterici sorular hakkında yorumlar*

³⁶

İnsan Hakları Konseyinin 8 Ekim 2021 tarihli ve 48/13 sayılı kararı ile oturumda alınan diğer kararlar hakkında daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/res-dec-stat> (Erişim Tarihi: 07.03.2023).

Çalışma Grubu üyeleri, ikinci çalışma kâğıdınının 435 inci paragrafında sıralanan yol gösterici sorularla ilgili olarak aşağıdaki gözlemleri yapmıştır:

(a) Söz konusu insan haklarının bir yandan medeni ve siyasi haklar, diğer yandan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmak üzere kategoriler halinde ele alınması önerilmiştir. Ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin insan haklarının korunması için geçerli olan ilkeler arasında ayrımcılık yapılmaması, eşitlik ve hukukun eşit korunması ilkelerinin yer alması gerektiği belirtilmiştir;

(b) Her özel durumda yapılacak seçim büyük ölçüde yerel hukuki ve idari çerçevelere bağlı olacağından, yerlerinden edilme ve insan hareketliliğiyle ilgili olarak burada atıfta bulunulan önlemlerin, genel bir kural olarak tavsiye edilemeyecek kadar spesifik olduğuna dair bir endişe dile getirilmiştir. Ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle yerinden edilmiş kişiler için tercihli bir rejimin, iklim değişikliğinin diğer sonuçlarından kaçan insanlara karşı ayrımcı olarak görülebileceği gözlemlenmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçları nedeniyle kişilerin tahliyesi, yer değiştirmesi, yerinden edilmesi veya göç etmesi durumlarında keyfi yer değiştirmenin önlenmesi ve yasaklanmasının önemi vurgulanmıştır;

(c) Uluslararası işbirliği ilkesinin önemi vurgulanmıştır. Başka bir görüşe göre bu ilke siyasi bir kavramdır ve bundan herhangi bir hukuki sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı şüphelidir. Bu nedenle, uluslararası işbirliği ilkesinin uygulanabilirliği ve kapsamı konusunda rehberlik için, Komisyonun afet durumunda kişilerin korunmasına ilişkin taslak maddeleri ve Uluslararası Hukuk Derneği'nin Deniz Seviyesinin Yükselişi Bağlamında Yerinden Edilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Sydney İlkeler Bildirgesi'nin 4 üncü İlkesini dikkate alması önerilmiştir (para.220).

(d) Çalışma Grubunun Gelecekteki Çalışmaları

Çalışma Grubunun çalışma kapsamı ve çalışma yöntemlerine ilişkin yapılan yorumlarla bağlantılı olarak (yukarıda 31-34. paragraflar) alt konuların kapsamının çok geniş olduğu endişesi dile getirilmiş ve incelenen soru sayısının azaltılması önerilmiştir. Ağırlıklı olarak yeterince gelişmiş uygulamalara sahip alanlara odaklanmak için de bir teklifte bulunulmuştur. Buna bağlı olarak, Çalışma Grubunun devletle ilgili konuları bir kenara bırakıp gelecekteki çalışmalarını deniz hukuku ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması ile ilgili konulara odaklaması önerilmiştir (para.221).

Devlet olma alt başlığına ilişkin olarak, devletin sona ermesi konusunun ikinci çalışma kâğıdında yeterince irdelenmemesi nedeniyle yürütülecek ek çalışmalar yoluyla incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Benzer şekilde, deniz tarafından tamamen kaplanmamasına rağmen kara bölgesinin yaşanamaz hale geldiği durumlarda toprakların kısmen sular altında kalması ve kıyı savunması önlemleri ile yapay adaların inşası konularını Çalışma Grubunun daha ayrıntılı bir şekilde incelemesi gerektiği kaydedilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlığıyla ilgili olarak, yerinde bulunan ve yerinden edilmiş kişilerin korunması konularının münferit olarak ele alınması önerilmiştir. Bununla birlikte, müteakip çalışmalar için üç kapsamlı husus ortaya konmuştur: (a) insan haklarına ilişkin yükümlülükler; (b) yerinden edilme de dâhil olmak üzere kişilerin dolaşımına özgü konular ve (c) iş birliği yapma yükümlülüğü (para.222).

Çalışma Grubunun yürüttüğü çalışmaların, Komisyon'un önceki çalışmalarına, özellikle de afet durumunda kişilerin korunmasına ilişkin taslak maddelere dayanması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, deniz seviyesinin yükselmesinin getirdiği geri döndürülemezlik hali ve uzun vadeli doğası gibi belirli boyutlarının incelenmesine yönelik ihtiyaç vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra, Çalışma Grubunun, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlığında BM sistemi içinde faaliyet gösteren insan hakları uzman kuruluşları ile diyalog kurulmasını değerlendirmesi önerilmiştir. Ayrıca, söz konusu alt başlıkta, haklara ve ihtiyaçlara dayalı birleşik bir yaklaşım temelinde çalışılması da önerilmiştir (para.223).

Çalışma Grubu tarafından yürütülen çalışmaların sonuçlarına ilişkin olarak, özellikle Afrika'da Ciddi Kuraklık ve/veya Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele İçin BM Sözleşmesi örneğini izleyerek, BM sistemi içerisinde gerçekleştirilecek daha ileri müzakereler için bir dayanak olarak kullanılabilir, deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili konularda bir çerçeve sözleşme hazırlanması da dâhil olmak üzere çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Sunulan bir diğer öneri ise, Çalışma Grubunun yürüttüğü faaliyetlerin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişiler için yeni bir ikincil koruma biçimine ilişkin bir taslak andlaşma düzenlenmesi veya kişilerin deniz seviyesinin yükselmesinden tam olarak nasıl etkilendiklerinin ve etkilenmeleri durumunda nasıl korunmaları gerektiğinin belirlenmesi amacıyla belirli insan hakları konularının ayrıntılı bir analizinin yapılması gibi daha somut ve sınırlandırılmış sonuçlara

odaklanmasını kapsamaktadır. Devletler arasında gerçekleştirilecek ikili anlaşmalar için rehber ilkelerin geliştirilmesi ve BM bünyesinde siyasi düzeyde ele alınacak hukuki soruların bir listesinin hazırlanması desteklenmiştir. Çalışma Grubunun yürüttüğü çalışmaların kısa vadeli sonucunun tüm alt konulara ilişkin nihai raporu olacağı, ancak Komisyon'un çalışmalarının bu sonucun ötesinde farklı bir formatta devam edebileceği de belirtilmiştir. Bu bağlamda, Çalışma Grubunun nihai raporuna, BM Genel Kurulunun değerlendirmesine sunulmak üzere, çözüm bekleyen tüm siyasi meseleleri ele alan bir karar taslağının eklenmesi önerilmiştir (para.224).

(3) Eş Başkanların Kapanış Yorumları

(a) Genel Kapanış Yorumları

Çalışma Grubunun altıncı toplantısında, Eş Başkanlar (Galvão Teles ve Ruda Santolaria), önceki toplantılar sırasında üyeler tarafından dile getirilen yorumlar ışığında kapanış yorumlarını sunmuşlardır (para.225).

Eş-Başkanlar, Çalışma Grubu üyelerine ikinci çalışma kâğıdına sundukları katkı ve yorumlar için teşekkürlerini ifade etmiştir. Belgenin gelecekteki tartışmalar için iyi bir temel oluşturduğu düşünülmeyle birlikte, özellikle Afrika, Asya, Latin Amerika ve Karayipler'deki devletler ve uluslararası örgütlerin uygulamaları hakkında bazı ek bilgilere ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Eş Başkanlar, deniz seviyesinin yükselmesi ve iklim değişikliğiyle ilgili bilimsel bulguların Çalışma Grubunun yürüttüğü faaliyetlerin kapsamına girmemesine rağmen, ilgi duyulan belirli konularda Hükümetlerarası İklim Değişikliği Panelinde (IPCC) yer alan bilim insanlarıyla gayri resmi toplantılar düzenlenmesi konusunda çaba göstereceklerini aktarmıştır (para.226).

Eş Başkanlar, bununla birlikte, Çalışma Grubunun faaliyetlerinin, program uyarınca birleştirilmiş bir nihai rapor niteliğinde olan çalışma sonuçlarına hanel getirmeksizin devam edeceğini gözlemlemiştir. Çalışma Grubunun gelecekteki çalışma biçimi ve sonuçlarına ilişkin olarak Çalışma Grubu üyeleri tarafından sunulan öneriler, sonraki aşamalarda daha ayrıntılı olarak incelenecektir (para.227).

(b) Devlet olma

Eş Başkan (Ruda Santolaria) deniz seviyesinin yükselmesinin, bir devletin topraklarının kısmen veya tamamen ortadan kaybolmasına neden olabilecek, yavaş yavaş gerçekleşen bir doğal olay olduğunu hatırlatmıştır. Bir devletin bütün topraklarının su altında kaldığı bir vaka

olmamasına rağmen gelişmekte olan küçük ada devletlerinin yaşanılmaz hale gelmesi muhtemeldir (para.228).

Eş Başkan, devlet uygulaması olmamasının, tarihi örnekleri ve ilgili genel hukuk ilkelerini incelemeyi zorunlu kıldığı için altını çizmiştir. Genel hukuk ilkeleriyle ilgili olarak Eş Başkan, devletlerin egemen eşitliği ilkesi, halkların kendi kaderini tayin etme ilkesi, uluslararası işbirliği ilkesi ve iyi niyet ilkesini hatırlatmıştır. Vatikan ve Malta Düzeni arasındaki tarihi benzerliklerin doğrudan deniz seviyesinin yükselmesiyle bağlantılı olmadığı ancak toprak kaybına rağmen uluslararası tüzel kişiliğin korunması olasılığı açısından konuyla ilgili ek çalışmalar için yararlı olabilecekleri kabul edilmiştir. Buna göre, en azından bir devletin topraklarının deniz seviyesinin yükselmesi sebebiyle ortadan kaybolmasının hemen ardından veya bir devletin topraklarının tamamen deniz altında kalmamasına rağmen yaşanamaz hale geldiğinde, sürgüne mecbur kalan hükümetlerin vakalarından bazı faydalı sonuçlar çıkarılabilir (para.229).

Devlet olma ölçütüne geri dönen Eş Başkan, genel kabul görmüş bir devlet kavramı olmamasına rağmen Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Sözleşme'nin Çalışma Grubunun işi için bir başlangıç noktası oluşturabileceğini yinelemiştir. Eş başkan, Çalışma grubu üyeleri tarafından ifade edilen bir devlet kurma ve onun varlığını sürdürme ölçütleri arasında fark olduğu düşüncesinin altını çizmiştir. Ülke ve daimi nüfus ölçütlerine ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür (para.230).

Eş Başkan, bir devletin devamlılığı karinesinin de ek çalışmalar için bir başlangıç noktası olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda Eş Başkan, bir devletin toprak ve nüfusunda ciddi değişiklikler olsa bile bu karineyi sürdürmenin pratik sonuçlarının dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna bağlı olarak, bir devletin kendini savunma hakkı konusunda da ek çalışmaya gerek duyulmuştur. Etkilenen nüfusların kendi kaderlerini tayin etme hakkının korunmasının öneminin de altı çizilmiştir (para.231).

(c) Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması

Eş Başkan (Sn. Galvão Teles) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere müstakil bir hukuki statü sağlayan spesifik bir hukuki çerçeve bulunmadığını hatırlatmıştır. İnsan hakları hukuku, mülteci ve göç hukuku, afet ve iklim değişikliği hukuku dâhil olmak üzere mevcut evrensel ve bölgesel hukuki çerçevelerin deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında uygulanabilirliklerini değerlendirmek amacıyla, ek çalışmalara ihtiyaç duyulmuştur. Eş Başkan, devletlerin mevcut uygulamalarının, uluslararası örgütlerin ve doğrudan ve dolaylı ilgili kuruluşların ve deniz

seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması için uygulanabilir ilkelerin belirlenmesi amacıyla bu durumun gelişiminin incelenmesine devam edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (para.232).

Eş Başkan, bazı üyelerin önerileri doğrultusunda Çalışma Grubunun sadece afet durumunda kişilerin korunmasına ilişkin taslak maddelerle sınırlı olmamak üzere Komisyonun önceki çalışmalarının sonuçlarına kendi çalışmalarında atıfta bulunmaları gerektiğini gözlemlemiştir. Eş Başkan ayrıca, Çalışma Grubu üyelerinin yol gösterici sorulardan (guiding questions) herhangi birine bireysel olarak yazılı katkı sağlayabileceklerini hatırlatmıştır (para.233).

4. Devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlıklarına ilişkin ek çalışmalar için meseleler

Eş Başkanlar, oturumun ilk bölümünde Çalışma Grubundaki tartışmaları esas alarak, diğer hususların uygun şekilde daha fazla incelenmesi olasılığına hanel getirmeksizin, alt başlıklara ilişkin çalışmalarına devam etmesiyle ilgili olarak aşağıdaki önerilerde bulunmuştur (para.234).

(a) Devlet olma

Eş Başkan (Ruda Santolaria), alt başlık ile ilgisini değerlendirmek amacıyla Çalışma Grubunun Sekreteryadan, Komisyon'un önceki çalışmalarına ilişkin bir çalışma yapmasını talep etmesini önermiştir. Çeşitlilik ve temsil edilebilirliğin sağlanması için, özellikle Latin Amerika ve Karayipler, Asya Pasifik ve Afrika gibi daha az bilgi bulunan bölgelerdeki uygulamalarla ilgili olarak, dünyanın farklı bölgelerinden kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Deniz seviyesinin yükselmesinin devlet olma ile ilgili analizi bağlamında, Çalışma Grubu üyeleri arasındaki görüş alışverişini göz önünde bulundurarak, devlet olma alt başlığına ilişkin ikinci çalışma kâğıdını tamamlamak üzere aşağıdaki görevleri önermiştir:

(a) Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme başlangıç noktası olarak alınarak ve BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi uygulamalarına yapılan atıflar da dahil olmak üzere, bir devletin uluslararası hukukun bir kişisi veya öznesi olarak yapılandırılması için gerekenlerin yorumlanma biçimine ilişkin bir değerlendirme ve bir devletin kurulması ile varlığının devamına ilişkin kriterler arasındaki farklılıkların analizi;

(b) devletin egemenliği altındaki farklı alanlar ve yargı yetkisi altındaki deniz bölgeleri de dahil olmak üzere toprakların ve deniz

seviyesinin yükselmesinin bir sonucu olarak su altında kalabilecek kara yüzeyinin yapısının analizi;

(c) deniz seviyesinin yükselmesinden kaynaklanan farklı senaryolar bağlamında, devlet olma niteliğinin korunmasının veya nihai olarak kaybedilmesinin ve bir tür uluslararası tüzel kişiliğin nihai olarak korunmasının olası hukuki etkilerinin bir sunumu ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen devletler söz konusu olduğunda devlet olma karinesinin uygunluğunun ve etkilenen halklar tarafından kendi kaderini tayin hakkının ne şekilde kullanılabilceğinin ve bu tür durumlarda genel uluslararası hukukun belirli ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağına analizi. Deniz seviyesinin yükselmesinin aşamalı niteliği göz önüne alındığında, biri, daha yakın bir zamanda, bir devletin kara yüzeyinin tamamen denizle kaplanmadığı, ancak yaşanamaz hale gelebileceği; diğeri ise, bir devletin kara yüzeyinin tamamen denizle kaplanabileceği iki durum ve bunların potansiyel etkileri arasında ayırım yapmak önemli olacaktır. Analizdeki her bir alt başlığın özgünlüğüne hanel getirmeksizin, devlet olma durumuna ilişkin farklı varsayımlar veya senaryolar arasındaki etkileşim ve bunların kişilerin ve haklarının korunmasına yönelik nihai sonuçları kısmı takviye edilmelidir;

(d) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen bir devletin bu seviyenin korunmasını isteme hakkı, bu amaçla kullanılacak yöntemler ve bu amaçla uluslararası işbirliğinin önemi üzerine bir değerlendirme;

(e) özellikle BM sistemi bağlamında, uluslararası örgütler çerçevesinde benimsenebilecek deniz seviyesinin yükselmesi olgusuna ilişkin olarak, kendine özgü yasal rejimler oluşturma veya devletler arasındaki anlaşmalara ya da belgelere dayalı pratik alternatifler önerme olasılığını dikkate alarak, ikinci çalışma kâğıdında ortaya konan çeşitli seçeneklerin dikkatli ve ihtiyatlı bir şekilde analiz edilmesi (para.235).

(b) Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması

Eş Başkan (Galvao Teles) alt başlık ile ilgisini değerlendirmek amacıyla Çalışma Grubunun Sekreteryadan, Komisyon'un önceki çalışmalarına ilişkin bir çalışma yapmasını talep etmesini önermiştir. Çalışma Grubu üyelerini, ilgili uluslararası ve bölgesel uygulamalar ve ikinci çalışma kâğıdının 435 inci paragrafında yer alan yol gösterici sorular (*guiding questions*) hakkında kâğıtlar hazırlamaya teşvik etmiştir. İlgili uzman kuruluşlar ve uluslararası örgütlerle temas kurulması ve bu temasların sürdürülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Son olarak, Eş Başkan, Çalışma Grubu üyeleri arasındaki görüş alışverişini dikkate alarak, deniz

seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlığına ilişkin ikinci çalışma kâğıdını tamamlamak üzere daha fazla incelemeyi amaçladığı aşağıdaki hususları sıralamıştır:

(a) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasında kapsayıcı bir ilke olarak insan onurunun korunması;

(b) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına yönelik yasal analizin temeli olarak ihtiyaç ve hak temelli yaklaşımların birleşimi;

(c) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında - medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar dahil olmak üzere - insan hakları üzerindeki etkiler;

(d) deniz seviyesindeki yükselme bağlamında insan hakları yükümlülüğü olanların yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi;

(e) deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında kırılgan durumdaki kişilerin korunması;

(f) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında *geri gönderme* ilkesinin uygunluğu;

(g) Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Sözleşmesi (Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) ve diğer yumuşak hukuk (soft law) araçlarının deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması açısından etkileri;

(h) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere ikincil ve geçici koruma uygulanması;

(i) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması için insani vize ve benzeri idari politikaların uygunluğu;

(j) deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında vatansızlığın önlenmesine yönelik araçlar;

(k) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına ilişkin devletler arası, bölgesel ve uluslararası işbirliğine yönelik kurumsal yollar da dahil olmak üzere uluslararası işbirliği ilkesinin içeriği (para.236).

C. Çalışma Grubunun gelecekteki çalışmaları

Önümüzdeki beş yıllık dönemde Çalışma Grubu, 2023 yılında deniz hukuku alt konusuna, 2024 yılında ise devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt konularına dönecektir. Çalışma Grubu daha sonra 2025 yılında, yürütülen çalışmaların

sonuçlarını birleştirerek bir bütün olarak konuya ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlamaya çalışacaktır (para.237).

IV. KOMİSYON RAPORUNDA ELE ALINAN HUKUKİ SORUNLAR

Yukarıda belirtildiği gibi çalışmamızda esas itibarıyla BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 73 üncü Oturumu Raporunun “*Uluslararası Hukuk Bağlamında Deniz Seviyesinin Yükselmesi*” başlıklı IX. Bölümünde yer alan açıklama ve değerlendirmeler ele alınmıştır. Bir önceki başlıkta ayrıntılı olarak yer verilen rapor incelendiğinde de görüleceği üzere Komisyonun ele aldığı çalışma kâğıtlarında mesele hem *lex lata* (*mer’i hukuk*) hem de *lex ferenda* (*gelecekteki hukuk*) perspektifinden analiz edilmiştir. Keza, Komisyonun konuya ilişkin uluslararası hukuk birikiminden istifadeyle olası ihtimaller üzerinden yaptığı hukuki analiz ve değerlendirmelerinin yanı sıra Komisyon üyeleri arasındaki fikir alışverişi ve tartışmalara da kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Ayrıca, ele alınan birinci ve ikinci çalışma kâğıtlarını hazırlayan Çalışma Grubu başkan ve üyelerinin meseleyi ele alış tarzları ve konuya hangi perspektiften bakıp teşhisler koyduklarına ilişkin ayrıntılı bilimsel analizlerin de yer aldığı görülmektedir. Bu yapılırken de uluslararası hukuk alanında mevcut birikimden hareket edildiği ve konuyla ilgili araştırma ve değerlendirme raporları hazırlayan kurum ve kuruluşların değerlendirmelerine de yeri geldikçe atıflar yapıldığı ve içeriğinden istifade edildiği anlaşılmaktadır. Komisyonun meseleyi ele alış tarzı bakımından şu husus da gözden kaçırılmamalıdır ki, Komisyon üyeleri meseleye yaklaşırlarken kapsam ve sınırlılıklar konusunun göz önüne alınması gereğine işaret etmişler, kapsam dışı gördükleri ve Komisyonun görev yönergesini aştığını değerlendirdikleri hususlara girilmemesi yönündeki değerlendirmelerini de yeri geldikçe kayda geçirmişlerdir.

Öte yandan Komisyon, ele aldığı bazı meselelere ilişkin görüşlerin yeterince olgunlaşmadığı, konuya ilişkin yeterli veri ve görüşün elde edilemediği, bu nedenle de daha ileri araştırmaya ihtiyaç duyduğunu değerlendirdiği alanları da tespit ederek not etmiştir. Bu bağlamda Komisyon, kendi çalışma takvimi ve görev yönergesi içinde açıklığa kavuşmadığını değerlendirdiği konu başlıklarına, bilhassa da devlet uygulamalarına ilişkin olarak devletlerden ilave görüş ve değerlendirmeleri ile katkılarını iletmelerinin istenmesine karar vermiştir.

Keza Komisyon, meseleyi çalışma takvimine alarak hangi kapsamda hangi konuyu hangi takvim içinde ele alacağını ilan etmiştir. Bu

yaklaşımın ise Komisyonun oturmuş uygulamaları ile tutarlı olduğu gözlemlenmiştir. Diğer bir deyişle, Komisyonun uluslararası hukukun evrilmesi ve gelişimini tamamlayan uluslararası hukukun ise normatif düzenlemeler bakımından göz önüne alınarak giderek kodifiye edilmesi şeklinde genel olarak tanımlanabilecek görev yönergesine, bu meselede de uyacağını açıkladığı anlaşılmaktadır.

Bu kısa açıklamalardan sonra Komisyonun yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen 2022 yılı Raporunun ilgili bölümünde ele alınan başlıca hukuki meselelerin nelerden ibaret olduğuna burada özlü bir şekilde işaret edeceğiz. Buna göre, anılan Raporda, iklim değişikliğinin bir yansıması olan deniz seviyesi yükselmesinin özellikle küçük ada devletlerini nasıl ve ne ölçüde etkileyeceği ile anılan devletlerin ülkelerinin tamamen sular altında kalması durumunda devlet olma vasıflarını yitirip yitirmeyecekleri sorunsalı üzerinden oldukça kapsamlı değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu konuda, öncelikle devlet olma vasfının şartlarını uluslararası hukukta ele alan temel referans belgelerin içeriği geniş bir şekilde analiz edilmiştir. Bu analizden hareketle, küçük ada devletlerinin tamamen sular altında kalmaları yani devlet olma vasfını sağlayan unsurlardan olan ülkenin yitirilmesi halinde devlet olma vasfının ve tüzel kişiliğinin yitirilip yitirmeyeceği üzerinde durulmuş ve geçmişteki benzer vakalar üzerindeki tartışmalara da atıf yapılarak Çalışma Grubu üyelerinin değerlendirmelerine yer verilmiştir. Burada ise özellikle üzerinde durulan husus olan tamamen suya batan ve ülkesini yitiren devletin ülkesi olmadan da tüzel kişiliğini ve devlet olma vasfını koruyup koruyamayacağı hususunda açıklamalara yer verilirken bu devletin bu haliyle başka bir devlet ile birleşme dahil çeşitli senaryolarda hak ve menfaatlerini koruması imkânları ele alınmıştır. Bununla birlikte, bu devletin cari uluslararası hukuk zaviyesinden bakıldığında, ülkesiz bir şekilde sürgit devlet olma vasfını da korumasının ciddi güçlük yaratacağının da kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Eldeki tartışma konularına ilişkin liste hayli ayrıntılı olmakla beraber, Komisyon üyelerinin bu aşamada meseleyle ilgili belirgin ve yeknesak bir sonuca kendi aralarında ulaşamadıkları ve meseleyi elde edilecek ilave veriler ışığında tartışmaya devam edecekleri anlaşılmaktadır.

Komisyonun bu seneki raporunun yukarıda maruz kısmına yansıyan tartışma ve değerlendirmelerinin bir diğer ana konusunu ise deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle ülkeleri tamamen suya batacak veya yaşanmaz hale gelecek olan ada devletleri halklarının kendi kaderini

tain hakları dâhil temel insan haklarının korunmasının cari uluslararası hukuk kaideleri çerçevesinde nasıl temin edileceği sorusuna cevap aranması teşkil etmiştir. Bu noktada, Komisyon gündeminde mesele tartışılırken, ada halklarının devletlerinin ülkesini yitirmesi halinde ihlal edilecek temel haklarının garanti edilmesini ve temin edilmesini sağlayacak muhatap bir devletin kalmaması halinde bu hakların kime karşı ve nasıl ileri sürülebileceği sorunsalının öneminin altı çizilmiştir. Keza, bu ada halklarının *non-refoulement* ilkesinin³⁷ korumasından yararlanıp yararlanamayacakları konusunun da Komisyonun önümüzdeki dönemdeki tartışma gündeminde yer almaya devam edeceği anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu ada halklarının deniz seviyesindeki yükselme nedeniyle hangi temel haklarından mahrum olacağı, vatansız kalmalarının nasıl önlenebileceği, bu kişilerin ikincil ve geçici korumalarının nasıl sağlanabileceği ve buna dayanak olacak uluslararası hukukun normatif çerçevesini mevcut uluslararası hukuk kaidelerinin mi teşkil edeceği yoksa kendine özgü ve eşine daha önce rastlanmamış şekilde mülteci duruma düşecek olan kişilerin haklarının korunması için spesifik ve müstakil uluslararası hukuk düzenlemelerine ihtiyaç olup olmayacağı, bu durumun uluslararası hukuk açısından bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği de yine cevap aranacak olan sorular arasında yer almaktadır. Diğer bir deyişle, Komisyonun incelenen 2022 yılı Raporu bakımından, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen ada devletleri halklarının insan haklarının güvence altına alınması konusu ve bu hakların nelerden ibaret olduğu ile bu haklar kataloğunun özü itibarıyla uluslararası hukuktaki ve ulusal hukuklardaki dayanağının ne olabileceği soruları, öne çıkan başlıklar olarak göze çarpmaktadır.

Öte yandan, konunun taşıdığı mevcut ve potansiyel önemine binaen, Komisyonun önümüzdeki dönem için uluslararası hukukun bu alandaki gelişimi ve evrilmesi açısından büyük önem taşıyan Raporunda yer alan değerlendirmeler ile Komisyon üyelerince konuya ilişkin olarak ortaya konulan görüşler çerçevesinde öne çıkan hususlara çalışmamızın bu bölümünde biraz daha yakından bakacağız. Buna göre, Komisyonun anılan Raporunun IX. bölümünde öne çıkan hususlar şunlardır:

Öncelikle, Komisyon bünyesinde oluşturulan Çalışma Grubu Eş-Başkanı, “deniz seviyesinin yükselmesinin” yeknesak (uniform) olmayan

³⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **TOPAL**, Ahmet Hamdi, Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar, OnikiLevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.132-133; Ayrıca bkz. **FOROWICZ**, Magdalena, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, 2010, s.211.

ve tüm devletler için ciddi tehditler oluşturan küresel bir olgu olduğuna işaret etmiştir.

Düşük rakımlı ve gelişmekte olan küçük ada devletleri için tehdit, doğası gereği varoluşsaldır ve gelişmekte olan küçük ada devletleri söz konusu olduğunda, bu onların varlığını sürdürmesiyle ilgilidir. Eş-Başkan, aynı devlet içinde nüfusun bir adadan diğerine tahliye edildiği vakalar varken, bir devletin topraklarının tamamen sular altında kaldığına veya yaşanamaz hale geldiğine dair hiçbir kayıt olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, olguların ilerleyici karakteri ışığında, böyle bir durum, uluslararası hukuk bakımından, yine de, tamamen uzak bir ihtimal ve salt teorik bir endişe olarak nitelendirilmemelidir.

Eş-Başkan ayrıca, devletlik durumu konusundaki ilk düşüncelerin, oldukça dikkat gerektiren bu hassas konularda önyargıda bulunmayı veya sonuçlar formüle etmeyi amaçlamadığını özellikle hatırlatmıştır. Esasen, Komisyon gündemindeki tartışmaların odağını oluşturan çalışma kâğıdı, hem *lex lata* (mer'i hukuk) hem de *lex ferenda* (gelecekteki hukuk) perspektifinden analiz edilecek olan ilgili uluslararası hukuk konularının bir listesini oluşturmak için belirli geçmiş veya mevcut deneyimleri veya durumları keşfetmeyi amaçlamaktadır.

Deniz seviyesinin yükselmesi olgusu ve bu bağlamda alınan önlemlere ilişkin hususları sağlıklı bir şekilde irdelemek bakımından, devlet olma meselesiyle ilgili olarak değerlendirilmesi gereken görüşler aşağıda sıralanmıştır:

(a) devletin kara ülkesinin tamamen denizle kaplanması ve yaşanılmaz bir hale gelme olasılığı ve halkı için yeteri oranda içme suyunun bulunmaması;

(b) uyruklu, diplomatik koruma ve mülteci statüsüyle ilgili soruları ortaya çıkarmış olan, insanların diğer devletlerin topraklarına aşamalı bir şekilde kaydırılması;

(c) bir başka devletin topraklarına yerleşmiş, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenmiş bir devlet hükümetinin hukuki statüsü;

(d) deniz bölgeleri bakımından deniz seviyesinin yükselmesi olgusundan etkilenmiş devletlerin haklarının korunması;

(e) etkilenmiş devletlerin nüfuslarının kendi kaderini tayin hakkı.

Devamla Eş Başkan İkinci çalışma kâğıdına atıfla, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasıyla ilgili yol gösterici soruların bir listesinin bulunduğu 435 inci paragrafta atıfta bulunmuştur.

Esasen bu sorular 3 alt gruba ayrılmıştır ve şu şekildedir: (a) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin insan haklarına uygulanabilecek ilkeler, (b) deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçları nedeniyle veya deniz seviyesinin yükselmeye ilişkin alınacak bir tedbir olarak hassas kişi ve gruplar dahil olmak üzere kişilerin tahliyesi, yeniden yerleştirilmesi, yerinden edilmesi ya da göçlerinin söz konusu olduğu durumlara uygulanabilecek ilkeler ve (c) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında devletlere yardım etmeye ilişkin uluslararası işbirliği ilkelerinin uygulanabilirliği ile kapsamı.

Bununla birlikte, özellikle etkilenen devletler olarak, gelişmekte olan küçük ada devletlerinin gereksinimlerinin, Komisyon'un, uluslararası teamül hukukunun tespitine ilişkin sonuçlar bildirgesindeki tutumuyla tutarlı bir biçimde dikkatle göz önünde bulundurulması gerekirken, deniz seviyesinin yükselmesinin hukuki sonuçlarının gelişmekte olan küçük ada ve kıyı devletleriyle kalmayıp tüm devletleri etkileyecek olması düşünüldüğünde, Komisyonun diğer devletlerin görüş ve gereksinimlerini göz ardı etmemesi gerektiği de belirtilmiştir.

Bu hususta, başta "*kara denize hükmeder*" ilkesi ve denizlerin serbestisi ilkesi olmak üzere, deniz seviyesindeki yükselişin etkisiyle deniz hukuku arasındaki karşılıklı ilişki vurgulanmıştır (para.182).

Komisyonun bugüne değin yaptığı ve bundan sonra da yapacağı değerlendirmeler bakımından hayati önem taşıyan uluslararası hukukta konuyla ilgili kaynaklara ilişkin olarak, Komisyonun andlaşmaları, teamül hukuku ve hakkaniyet ilkesi, iyi niyet ilkesi ve uluslararası işbirliği ilkesi gibi ilkeler dâhil olmak üzere konuya ilişkin uygulanabilir hukuk ilkelerini dikkate alması gerektiği yinelenmiştir. Keza, Komisyonun ele alınan yukarıda maruz raporunda, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) oynadığı merkezi rol ve bu Sözleşmenin bütünlüğünü koruma gerekliliğine işaret edilmiştir.

Bu amaçla Çalışma Grubunca, diğerlerine ek olarak, Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi'nin 2 nci maddesi ve Çevre ve Kalkınma Üzerine Rio Deklarasyonu'nun 7 nci İlkesi, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesi ve Kyoto Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 20 nci maddesi ve Paris Andlaşması dâhil olmak üzere, iklimle ilgili küresel sorunlara yönelik hazırlanan mevcut hukuki çerçeve üzerinden yola çıkabileceğine işaret edilmiştir (para.191)

Öte yandan, yine Komisyon raporundan anlaşıldığı üzere, Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme'nin 1 inci maddesinde bir

devletin varlığı için sahip olması gerektiği belirtilen ve sürekli nüfus, belirlenmiş bir toprak parçası, hükümet ve diğer devletler ile uluslararası hukukun diğer özneleriyle ilişkiler kurabilme yeterliliği olarak sıralanan 4 kriterin ilgi düzeyine dair farklı görüşler dile getirilmiş ve konu çeşitli boyutları ve farklı ihtimaller üzerinden Komisyon üyeleri arasında geniş bir şekilde tartışılmış ve kapsamlı değerlendirmeler ortaya konulmuştur (para.194).

Bu tartışmalar marjında devamla, kara ülkesinin yokluğunda veya fiziki varlığı sona ermiş bir devletin topraksız olarak bir başka devletin egemenliği altına girdiği durumda devletin devam etmesine ilişkin risklerin de altı çizilmiştir. Böyle bir devletin örneğin deniz alanlarıyla ilgili veya insan hakları, göç ve mülteci hukuku alanındaki uluslararası ve ulusal yükümlülüklerini yerine getirme kapasitesi de Komisyon üyelerince sorgulanmıştır. Çalışma Grubunca, alçak kıyı arazilerinde ve tamamen sular altında kalmış bölgelerde, devlet yoluyla veya başka bir şekilde, halkların kültürel ve geleneksel kimliklerini korumak için araç ve yöntemler belirlenmesine duyulan ihtiyaç da vurgulanmıştır (para.205).

Aynı zamanda, nüfus ve toprak kriterlerinin hayati olmaya devam ettiği ve uzun süreli veya kalıcı toprak kaybının arzu edilmese de, devlet olma üzerinde bir etkisi olacağı kaygısına yer verilmiştir. Bu bağlamda Komisyon üyelerince, devletin devamlılığı karinesini sürdürmenin karmaşık uygulama zorluklarına yol açabileceği gözlemi dile getirilmiştir.

Çalışma Grubunun dördüncü ve beşinci toplantılarında alt konuya ilişkin tartışmalar sırasında, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere ayrı bir hukuki statü sağlayan herhangi bir yasal çerçevenin olmadığı ve mevcut uygulanabilir çerçevelerin oldukça parçalı olduğu belirtilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına yönelik mevcut ilkelerin etkinliğinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi önerisine destek verilmiştir. Bunun uygulanması sırasında deniz seviyesinin yükselmesinin farklı özelliklerini dikkate alma ihtiyacı vurgulanmıştır. Başka bir görüşe göre, uygulanabilir kuralların parçalı doğasının herhangi bir uygulama sorununa yol açıp açmadığı sorgulanabilirdi. Bu nedenle, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen dar bir grup insanın korunması için spesifik bir hukuki çerçeve geliştirmenin gereksiz olduğu düşüncesi dile getirilmiştir (para.214).

Komisyon tarafından, iklim değişikliğinin ve deniz seviyesinin yükselmesinin insan haklarından yararlanmayı olumsuz yönde etkileyebileceği ve tüm insan haklarının -medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve

kültürel- birbiriyle ilişkili, birbirine bağlı ve bölünmez olarak görülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesi konusuna doğrudan değinmemekle birlikte, Latin Amerika'daki Cartagena Mülteci Bildirgesi ve Brezilya Deklarasyonu veya Afrika'daki Kampala Sözleşmesi gibi bazı bölgesel belgeler, korunmaya ihtiyaç duyan kişilerin hareket nedeni olarak iklim değişikliğini ve felaketleri dikkate almışlardır. Ayrıca, devletlerin deniz seviyesinin yükselmesi olgusunu ele alırken insan hakları yükümlülüklerine saygı göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır. Buna bağlı olarak, BM İnsan Hakları Konseyinin temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını yakın zamanda tanıdığı hatırlatılmıştır (para.217).

Öte yandan, Çalışma Grubunun bazı üyeleri, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına tam olarak uygun olup olamayacağını sorgulamıştır. Devletlerin bireylere karşı insan hakları yükümlülükleri olmasına rağmen, deniz seviyesindeki yükselme olgusunun doğrudan herhangi bir devlete atfedilemeyeceği görüşü dile getirilmiştir. Buradan hareketle, insan hakları kurallarının bu bağlamda nasıl işleyeceği ve özellikle deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili taleplerin nasıl ve kime karşı ileri sürülebileceğinin bu aşamada belirsiz kaldığına işaret edilmiştir.

Ayrıca, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle yerinden edilmiş kişiler için tercihli bir rejimin, iklim değişikliğinin diğer sonuçlarından kaçan insanlara karşı ayrımcı olarak görülebileceği endişesi dile getirilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçları nedeniyle kişilerin tahliyesi, yer değiştirmesi, yerinden edilmesi veya göç etmesi durumlarında keyfi yer değiştirmenin önlenmesi ve yasaklanmasının önemi vurgulanmıştır. Bu amaçla küresel düzeyde uluslararası işbirliği ilkesinin önemi vurgulanmıştır.

Çalışma Grubu tarafından yürütülen çalışmaların sonuçlarına ilişkin olarak, özellikle Afrika'da Ciddi Kuraklık ve/veya Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele İçin BM Sözleşmesi örneğini izleyerek, BM sistemi içinde gerçekleştirilecek daha ileri müzakereler için bir dayanak olarak kullanılabilir, deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili konularda bir çerçeve sözleşme hazırlanması da dâhil olmak üzere çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Sunulan bir diğer öneri ise, Çalışma Grubunun yürüttüğü faaliyetlerin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişiler için yeni bir ikincil koruma biçimine ilişkin bir taslak andlaşma hazırlanması veya

kişilerin deniz seviyesinin yükselmesinden tam olarak nasıl etkilendiklerinin ve etkilenmeleri durumunda nasıl korunmaları gerektiğinin belirlenmesi amacıyla belirli insan hakları konularının ayrıntılı bir analizinin yapılması gibi daha somut ve sınırlandırılmış sonuçlara odaklanmasını kapsamaktadır. Devletler arasında gerçekleştirilecek ikili andlaşmalar için rehber ilkelerin geliştirilmesi ve BM bünyesinde siyasi düzeyde ele alınacak hukuki soruların bir listesinin hazırlanması desteklenmiştir. Çalışma Grubunun yürüttüğü çalışmaların kısa vadeli sonucunun tüm alt konulara ilişkin nihai raporu olacağı, ancak Komisyon'un çalışmalarının bu sonucun ötesinde farklı bir formatta devam edebileceği de belirtilmiştir. Bu bağlamda, Çalışma Grubunun nihai raporuna, BM Genel Kurulunun değerlendirmesine sunulmak üzere, çözüm bekleyen tüm siyasi meseleleri ele alan bir karar taslağının eklenmesi önerilmiştir (para.224).

Eş Başkan (Galvão Teles) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin hukuki durumu için özel bir hukuki çerçeve bulunmadığını hatırlatmıştır. İnsan hakları hukuku, mülteci ve göç hukuku, afet ve iklim değişikliği hukuku dâhil olmak üzere mevcut evrensel ve bölgesel hukuki çerçevelerin deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında uygulanabilirliklerini değerlendirmek amacıyla ek çalışmalara ihtiyaç duyulmuştur.

Öte yandan, deniz seviyesinin yükselmesinin aşamalı niteliği göz önüne alındığında, biri, daha yakın bir zamanda, bir devletin kara yüzeyinin tamamen denizle kaplanmadığı, ancak yaşanamaz hale gelebileceği; diğeri ise, bir devletin kara yüzeyinin tamamen denizle kaplanabileceği iki durum ve bunların potansiyel etkileri arasında ayırım yapmak önemli olacaktır. Çalışma Grubunca yapılacak analizdeki her bir alt başlığın özelliklerine hanelerle getirmeksizin, devlet olma durumuna ilişkin farklı varsayımlar veya senaryolar arasındaki etkileşim ve bunların kişilerin ve haklarının korunmasına yönelik nihai sonuçları takviye edilmelidir (para.235).

Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına ilişkin olarak ise Eş Başkan (Galvão Teles) konunun zikredilen alt başlık ile ilgisini değerlendirmek amacıyla Çalışma Grubunun Sekreteryadan, Komisyon'un önceki çalışmalarına ilişkin bir çalışma yapmasını talep etmesini önermiştir. Çalışma Grubu üyelerini, ilgili uluslararası ve bölgesel uygulamalar ve ikinci çalışma kâğıdının 435 inci paragrafında yer alan yol gösterici sorular (*guiding questions*) hakkında kâğıtlar hazırlamaya teşvik etmiştir. İlgili uzman kuruluşlar ve uluslararası örgütlerle temas kurulması ve bu temasların sürdürülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Son

olarak, Eş Başkan, Çalışma Grubu üyeleri arasındaki görüş alışverişini dikkate alarak, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlığına ilişkin ikinci çalışma kâğıdını tamamlamak üzere daha fazla incelemeyi amaçladığı aşağıdaki hususları sıralamıştır: (a) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasında kapsayıcı bir ilke olarak insan onurunun korunması; (b) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına yönelik hukuki analizin temeli olarak ihtiyaç ve hak temelli yaklaşımların birleşimi; (c) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında - medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar dahil olmak üzere - insan hakları üzerindeki etkiler; (d) deniz seviyesindeki yükselme bağlamında insan hakları yükümlülüğü olanların yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi; (e) deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında kırılgan durumdaki kişilerin korunması; (f) Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması bağlamında *geri göndermeme* ilkesinin uygunluğu; (g) Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Sözleşmesi (Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) ve diğer yumuşak hukuk (soft law) araçlarının deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması açısından etkileri; (h) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere ikincil ve geçici koruma uygulanması; (i) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması için insani vize ve benzeri idari politikaların uygunluğu; (j) deniz seviyesinin yükselmesi bağlamında vatansızlığın önlenmesine yönelik araçlar; (k) deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına ilişkin devletler arası, bölgesel ve uluslararası işbirliğine yönelik kurumsal yollar da dahil olmak üzere uluslararası işbirliği ilkesinin kapsamı (para.236).

Anılan raporun son kısmında ise Çalışma Grubunun gelecekteki çalışmaları başlığı altında önümüzdeki döneme ilişkin planlamaya ve takvime yer verilmiştir. Komisyon tarafından öngörülen takvime göre, önümüzdeki beş yıllık dönemde Çalışma Grubu, 2023 yılında deniz hukuku alt konusuna, 2024 yılında ise devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt konularına dönecektir. Çalışma Grubu daha sonra 2025 yılında, yürütülen çalışmaların sonuçlarını birleştirerek bir bütün olarak konuya ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlamaya çalışacaktır (para.237).

Yukarıda ayrıntılı olarak Komisyonun 2022 yılı raporunun ilgili bölümünde yer alan ve genel olarak deniz seviyesinin yükselmesinin

etkileri bağlamında ele alınan hususlar ile tartışma ve değerlendirmelerden ulaşılan sonuçlar incelenmiştir. Bununla birlikte, meseleye deniz hukuku ve BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) perspektifinden bakıldığında, konuya ilişkin olarak doktrinde *Bayillioğlu* tarafından, *müzakerelerinin, henüz iklim değişikliğinin gündemde olmadığı bir dönemde yapılmış olması nedeniyle BMDHS'de bu konuda [açık] bir düzenleme yoktur, görüşünün* seslendirildiği görülmektedir. Öte yandan, Uluslararası Adalet Divanı, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararında, açıkça kararın denize hükmettiğini ve bir devletin deniz alanları üzerinde kullanabileceği yetkilerin yasal dayanağının kara olduğunu belirtmiştir (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 96*).³⁸

Konuyla ilgili tartışmaların yukarıda sergilenen boyutuna bakıldığında ve Uluslararası Hukuk Komisyonunun bu türden kapsamlı hukuki meseleleri bütüncül bir bakış açısıyla ve yaslandığı tarihsel geçmiş ile birikim üzerinden tartışabilme yeteneğinin yanı sıra konuyla ilgili cari uluslararası hukuk literatürünü analiz kapasitesi göz önüne alındığında, Komisyonun uluslararası hukukun gelişiminde, uluslararası toplum açısından önemli bir platform olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Komisyonun yukarıda alıntılanan raporunda da belirtildiği gibi konuyla ilgili olarak BM üyesi olan ve olmayan (Filistin gibi) devletlerce Komisyon tartışmalarına bilimsel perspektiften daha fazla katkı yapılması, gündemdeki konulara ilişkin fikri tartışmaların çok yönlü olgunlaşması bakımından önem taşımaktadır. Bu noktada, Türkiye'nin de coğrafi konumu göz önüne alındığında, deniz seviyesinin yükselmesi olgusunun öngörüldüğü şekilde hız kesmeden devamı olasılığını dikkate alarak, etrafındaki ada[kayalık]ların tamamen veya kısmen sulara gömülmesi ihtimalleri üzerinden [tamamen sulara gömülme de olumsuz etkilenecek adalar dahil] ön değerlendirmelerini yaparak, kısa, orta ve uzun vadeli menfaatlerini gözeterek şekilde meseleye yaklaşması, uluslararası toplum karşısındaki tutumunu ihtiyatlı bir şekilde ve vakti geldiğinde belirlemesi, belirlediği tutumu da istikrarlı ve eylemli bir şekilde uluslararası platformlarda savunması ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmesinde yarar olabileceği akla gelmektedir.³⁹ Keza, Türk uluslararası hukuk doktrinince de BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun konuyla ilgili çalışmalarının

³⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **BAYILLIOĞLU**, s.102, 111.

³⁹ Türkiye'nin deniz hukuku bağlamında BM nezdindeki mevzuat ve açıklamaları hakkında daha geniş bilgi için bkz. <https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/TUR.htm> (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

yakından takip edilmesi ve bilimsel çalışmalarda bu yöndeki analiz ve değerlendirmelere daha fazla yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Ayrıca, konunun yalnızca teorik ve varsayımsal bir mesele olarak görülme-yip fiilen gerçekleşmekte olan ve dünyanın dört bir yanında etkilerini giderek daha fazla hissettiren iklim değişikliği ve bu değişikliğin tetiklediği deniz seviyesinin yükselmesi olgusuyla ülkemizin hak ve menfaatlerini gözetecek şekilde baş edebilmesine yönelik öneri ve değerlendirmeleri içeren çalışmaların sayısının artırılması ve bu alandaki bilimsel çalışma ve eserlerin desteklenmesi de birer yöntem ve çare olarak akla gelmektedir. İşte tam da bu noktada, Uluslararası Hukuk Komisyonu oturumlarının gündemi ve tüm veçheleriyle diğer bir deyişle yalnızca bu tematik başlık açısından değil diğer başlıklar bakımından da Türkiye misyonlarınınca ve akademik çevrelerince yakından takip edilmesi önem taşımaktadır. Bu mütevazı çalışmanın da bu türden çabalara ve yeni çalışmalara ışık tutması temenniye şayandır.

SONUÇ

Bilimsel veriler göstermektedir ki, son yıllarda daha yoğun bir şekilde hissettiğimiz küresel ısınma, dünya çapında iklim değişikliğine neden olmaktadır. Esasen iklim değişikliği üst başlığı altında ele alınan olgunun, karbondioksit, metan ve diazot monoksit olarak nitelenen sera gazları kaynaklı olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu gazların dünyayı sarması neticesi ısı dışarı kaçmayıp dünyada kalmakta ve böylece görece tedricen iklim değişmektedir. Bu noktada, sözü edilen sera gazlarının neden olduğu küresel ısınmanın bir diğer sonucu da elbette buzulların erimesi ve buradan gelen etkiyle deniz seviyelerinin küresel düzeyde yükselmesidir.

Küresel ısınma ve deniz seviyelerinin yükselmesi konusu, cari uluslararası hukukun önemli konularının ele alınarak değerlendirildiği küresel düzeyde çok önemli bir forum olan BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun da gündemine gelmiştir. Bu bağlamda çalışmamızda, kapsam ve sınırlılıklar içinde BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun öncelikle kuruluşundan bugüne yapısı ve çalışma usulleri ile bugüne değin uluslararası hukukun önemli meselelerinden Komisyon gündemine gelmiş ve çok taraflı uluslararası sözleşmelere dönüşmüş bazı kayda değer başlıklara işaret edilmiştir. Devamla, uluslararası hukukta deniz seviyesinin yükselmesi konusunu gündemine almış olan Komisyonun en son 2022 yılında yaptığı 73 üncü Oturum raporunda konuya ilişkin olarak yer verdiği tartışma, değerlendirme ve açıklamalar ele alınarak incelenmiştir.

Gerçekten de, söz konusu yıllık Raporun “Uluslararası Hukuk Bağlamında Deniz Seviyesinin Yükselmesi” başlıklı IX. Bölümünde yer alan gündem maddesinin Komisyonun, 2018 yılında yapılan 70 inci Oturumunda, Komisyonun uzun dönemli programına eklenmesine karar verilmiştir. BM Genel Kurulu ise 22 Aralık 2018 tarihli ve 73/265 sayılı kararıyla bu konu başlığının Komisyonun uzun dönemli programına eklenmesini not etmiştir.

Anılan Raporun IX No.lu başlığı içeriği çalışmamızda geniş bir şekilde ele alınmış olup esas itibarıyla deniz seviyesinin yükselmesinin uluslararası hukuka etkileri bağlamında iki temel konuyu ele alarak değerlendirme ve açıklamalara yer verildiği görülmüştür. Bunlardan birincisini, deniz seviyesinin yükselmesinin etkileri bağlamında özellikle küçük ada devletlerinin tamamının su altında kalması halinde bu ada devletlerinin devlet olma statülerinin akıbetinin ne olacağı sorusuna ilişkin tartışma ve değerlendirmelerin teşkil ettiği anlaşılmaktadır. İkincisini ise deniz seviyesinin yükselmesiyle birlikte tamamı sular altında kalacak olan ada devletleri halklarının uluslararası hukuk bakımından akıbetlerinin ne olacağı teşkil etmektedir.

Keza, anılan Komisyon raporunun incelenen bölümünde mutad olduğu üzere konuya ilişkin cari uluslararası hukukta esas alınabilecek üzerine tartışma ve değerlendirmelerin inşa edileceği uluslararası hukuk enstrümanları da derli toplu bir şekilde zikredilmiş ve yeri geldikçe ayrıntılı açıklamalarla atıflar yapılmıştır. Ayrıca, Komisyonun bünyesinde oluşturduğu tematik Çalışma Grubu tarafından, anılan enstrümanların yapılış tarihlerinde öngörülmeleyen bu yeni durum karşısında meselenin ele alınması ve bu yeni olguyla birlikte ortaya çıkan sorunlara adil ve hakkaniyetli çözümler bulunabilmesi bakımından, uluslararası hukukta yeni enstrümanlara ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorusunun da tartışılan ve ele alınan konular arasında yer aldığı görülmüştür.

Öte yandan çalışmamızda, uluslararası hukukun bu iki önemli konusunu ele alan 73 üncü Oturum Raporunun anılan ilgili bölümü incelenirken ele alınan konuların Türkiye’ye bakan yönlerinin olup olmadığı hususlarında değerlendirmelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda çalışmamızla, uluslararası hukuk bakımından görece yeni bir konu olan anılan başlıkların Türkiye’nin uluslararası hukuk gündemine daha fazla taşınması ve yeni bilimsel çalışmalara ışık tutulması hedeflenmiştir.

Komisyon raporunda meselenin ele alınış biçimi bakımından, devlet olma meselesiyle ilgili olarak Komisyonca değerlendirilmesi gereken

konu başlıkları ise ana hatlarıyla şunlardır: (a) devletin kara alanının tamamen denizle kaplanması ve yaşanılmaz bir hale gelme olasılığı ve nüfus için yeteri oranda içme suyunun bulunmaması; (b) uyrukluk, diplomatik koruma ve mülteci statüsüyle alakalı soruları ortaya çıkarmış olan, insanların diğer devletlerin topraklarına aşamalı bir şekilde kaydırılması; (c) bir başka devletin topraklarına yerleşmiş, deniz seviyesinin yükselmelerinden etkilenmiş bir devlet hükümetinin yasal statüsü; (d) deniz bölgeleri bakımından deniz seviyesinin yükselmesi olgusundan etkilenmiş devletlerin haklarının korunması ve (e) etkilenmiş devletlerin nüfuslarının kendi kaderini tayin hakkı.

Komisyonca ayrıca, bir yandan sahili sağlamlaştırma ve yapay adaların inşa edilmesi gibi deniz seviyesinin yükselmesinin etkilerini hafifletmeyi amaçlamış tedbirlerin, öte yandan devlet topraklarının tamamını su basması halinde devlet olmayla ilgili muhtemel alternatiflerin incelenme ihtiyacına işaret edilmiştir. Sahilin sağlamlaştırılmasıyla ilgili olarak, en çok etkilenen devletler yararına işbirliği de dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin yüksek maliyeti ve bunların çevresel etkisini değerlendirme ihtiyacına dikkat çekilmiştir.

Keza, konuyla ilgili olarak Uluslararası Hukuk Derneği gibi kuruluşların da çalışma ve raporlarına atıflar yapılarak yararlanıldığına işaret edilmiştir. Gerçekten de, akademik çevrelerde bu alanda hazırlanan bilimsel çalışmalar, Komisyonun çalışmalarına küresel ve bölgesel perspektiften ışık tutması bakımından önem taşımaktadır.

Ayrıca, ülkesi tamamen sular altında kalacak ada devletlerinin akıbeti açısından; (a) egemenliğin devriyle veya devri olmaksızın diğer devletlerde toprak parçalarının veya bölümlerinin devri veya tahsisi; (b) diğer devlet(ler) ile ortaklık; (c) konfederasyonların veya federasyonların kurulması; (d) katılım olasılığı da dâhil olmak üzere başka bir devletle birleşme; ve (e) belirli deneyimleri açıklayıcı olabilen veya alternatiflerin formülasyonu veya bu tür planların tasarımı için fikir sağlayabilen birden fazla yöntem unsurlarını birleştiren olası hibrit planlar gibi olasılıklar üzerinden değerlendirmeler yapılmıştır.

Deniz hukukun dayandığı temel prensiplerden olan kara denize hükmeder ilkesinin devlet olmayla ilgisine ilişkin olarak, destek ve şüphe içeren farklı görüşler de dile getirilmiştir.

Bir devletin oluşturulmasına ilişkin kriterler bakımından ise, uluslararası hukukta bir "kişi" veya özne olarak addedilmesi için bir devletin, 1933 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme'nin 1 inci

maddesine uygun olarak dört kriteri karşılaması gerektiğine işaret edilmiştir. Bunlar: ⁴⁰(a) yerleşik nüfus, (b) tanımlanmış sınır; (c) hükümet; ve (d) diğer devletlerle ilişki kurabilme yeterliliği. Söz konusu kriterler teker teker gereklilik ve yeterlilik koşulları bakımından ve özellikle de ne zaman yitirilmiş sayılacağı bakımlarından genel olarak gözden geçirilmiştir. Keza aynı bağlam içinde, bilhassa ülke unsurunun yitirilmesi halinde sonuçlarının ne olacağına ilişkin de öneri ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Mevcut devlet uygulamaları sorusuyla ilgili olarak, yalnızca birkaç devletin Komisyona konu hakkında ilgili bilgileri sunmuş olması nedeniyle, devletlere, uluslararası kuruluşlara ve diğer ilgili kuruluşlara bilgi ve uygulama bildirim talebinin yinelenmesi önerilmiştir.

İklim değişikliğinin ve deniz seviyesinin yükselmesinin insan haklarından yararlanmayı olumsuz yönde etkileyebileceği ve tüm insan haklarının - medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel - birbiriyle ilişkili, birbirine bağlı ve bölünmez olarak görülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda, devletlerin deniz seviyesinin yükselmesi olgusunu ele alırken insan hakları yükümlülüklerine saygı göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır. Buna bağlı olarak, İnsan Hakları Konseyinin temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını yakın zamanda tanıdığı hatırlatılmıştır. Bununla birlikte, Çalışma Grubunun bazı üyeleri, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunmasına tam olarak uygun olup olamayacağını sorgulamıştır.

Devlet olma alt başlığına ilişkin olarak, devletin sona ermesi konusunun ikinci çalışma kâğıdında yeterince irdelenmemesi nedeniyle yürütülecek ek çalışmalar yoluyla incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Benzer şekilde, deniz tarafından tamamen kaplanmamasına rağmen kara bölgesinin yaşanamaz hale geldiği durumlarda toprakların kısmen sular altında kalması ve kıyı savunması önlemleri ile yapay adaların inşası konularını Çalışma Grubunun daha ayrıntılı bir şekilde incelemesi gerektiği kaydedilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt başlığıyla ilgili olarak, yerinde bulunan ve yerinden edilmiş kişilerin korunması konularının münferit olarak ele alınması önerilmiştir. Bununla birlikte, müteakip çalışmalar için üç kapsamlı husus ortaya konmuştur: (a) insan haklarına ilişkin yükümlülükler; (b) yerinden edilme de

⁴⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Convention on the Rights and Duties of States (Montevideo, 26 December 1933), League of Nations, *Treaty Series*, Vol. CLXV, No. 3802, s. 19.

dâhil olmak üzere kişilerin dolaşımına özgü konular ve (c) iş birliği yapma yükümlülüğü.

Rapor kapsamında göze çarpan diğer husus ise, deniz seviyesinin yükselmesinin tekdüze olmayan ve tüm devletler için ciddi tehditler oluşturan küresel bir olgu olduğuna işaret edilmesidir. Düşük rakımlı ve gelişmekte olan küçük ada devletleri için tehdit, mahiyeti gereği varoluşsaldır ve gelişmekte olan küçük ada devletleri söz konusu olduğunda, bu onların varlığını sürdürmesiyle doğrudan ilgilidir.

Çalışma Grubunda, aynı devlet içinde nüfusun bir adadan diğerine tahliye edildiği vakalar varken, bir devletin topraklarının tamamen sular altında kaldığına veya yaşanamaz hale geldiğine dair hiçbir kayıt olmadığına dikkat çekilmiştir. Bu ise bu durumun uluslararası hukuk bakımından yeni bir olgu olduğu tespitini ima etmektedir.

Bununla birlikte, Çalışma Grubunda isabetle belirtildiği gibi olguların ilerleyici karakteri ışığında, böyle bir durum, yine de, uzak bir teorik endişe olarak değerlendirilmemelidir.

Çalışma Grubu Eş-Başkanı ayrıca, devlet olma durumu konusundaki ilk düşüncelerin, oldukça dikkat gerektiren bu hassas konularda önyargıda bulunmayı veya sonuçlar formüle etmeyi amaçlamadığını hatırlatmıştır. Esasen ele alınan çalışma kâğıdı, hem *lex lata* (mer'i hukuk) hem de *lex ferenda* (gelecekteki hukuk) perspektifinden analiz edilecek ilgili uluslararası hukuk konularının bir listesini oluşturmak için belirli geçmiş veya mevcut deneyimleri ya da durumları keşfetmeyi amaçlamaktadır.

Toprağın yokluğunda veya fiziki varlığı sona ermiş bir devletin topraksız olarak bir başka devletin egemenliği altına girdiği durumda devletin devam etmesine ilişkin risklerin de altı çizilmiştir. Böyle bir devletin örneğin deniz alanlarıyla ilgili veya insan hakları, göç ve mülteci hukuku alanındaki uluslararası ve ulusal yükümlülüklerini yerine getirme kapasitesi de gündeme gelmiş ve sorgulanmıştır. Çalışma Grubunca, alçak kıyı arazilerinde ve tamamen sular altında kalmış bölgelerde, devlet yoluyla veya başka bir şekilde, halkların kültürel ve geleneksel kimliklerini korumak için araç ve yöntemler belirleme ihtiyacına işaret edilmiştir.

Öte yandan, Çalışma Grubu toplantılarında yapılan tartışmalar bağlamında, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilere ayrı bir hukuki statü sağlayan herhangi bir yasal çerçevenin olmadığı ve hâlihazırda mevcut uygulanabilir çerçevelerin oldukça parçalı olduğuna işaret edilmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin

korunmasına yönelik mevcut ilkelerin etkinliğinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi önerisine ise destek verilmiştir. Bunun uygulanması sırasında deniz seviyesinin yükselmesinin farklı özelliklerini dikkate alma ihtiyacı vurgulanmıştır. Başka bir görüşe göre, uygulanabilir kuralların parçalı doğasının herhangi bir uygulama sorununa yol açıp açmadığı sorgulanabilirdi. Bu nedenle, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen dar bir grup insanın korunması için son derece spesifik bir yasal çerçeve geliştirmenin gereksiz olduğu düşünülmüştür.

Çalışma Grubu tarafından yürütülen çalışmaların sonuçlarına ilişkin olarak, özellikle Afrika'da Ciddi Kuraklık ve/veya Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele İçin BM Sözleşmesi örneğini izleyerek, BM sistemi içinde gerçekleştirilecek daha ileri müzakereler için bir dayanak olarak kullanılabilir, deniz seviyesinin yükselmesiyle ilgili konularda bir çerçeve sözleşme hazırlanması da dâhil olmak üzere çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Sunulan bir diğer öneri ise, Çalışma Grubunun yürüttüğü faaliyetlerin, deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişiler için yeni bir ikincil koruma biçimine ilişkin bir taslak andlaşma düzenlenmesi veya kişilerin deniz seviyesinin yükselmesinden tam olarak nasıl etkilendiklerinin ve etkilenmeleri durumunda nasıl korunmaları gerektiğinin belirlenmesi amacıyla belirli insan hakları konularının ayrıntılı bir analizinin yapılması gibi daha somut ve sınırlandırılmış sonuçlara odaklanmasını kapsamaktadır. Bu bağlamda, devletler arasında gerçekleştirilecek ikili andlaşmalar için rehber ilkelerin geliştirilmesi ve BM bünyesinde siyasi düzeyde ele alınacak hukuki soruların bir listesinin hazırlanması fikri desteklenmiştir.

Anılan raporun son kısmında ise Çalışma Grubunun gelecekteki çalışmaları başlığı altında önümüzdeki döneme ilişkin planlamaya ve takvime de yer verildiği görülmektedir. Komisyon tarafından öngörülen takvime göre, önümüzdeki beş yıllık dönemde Çalışma Grubu, 2023 yılında deniz hukuku alt konusuna, 2024 yılında ise devlet olma ve deniz seviyesinin yükselmesinden etkilenen kişilerin korunması alt konularına dönecektir. Çalışma Grubu daha sonra 2025 yılında, yürütülen çalışmaların sonuçlarını birleştirerek bir bütün olarak konuya ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlamaya çalışacaktır.

Bu noktada, Türkiye'nin de coğrafi konumu göz önüne alındığında, deniz seviyesinin yükselmesi olgusunun öngörüldüğü şekilde hız kesmeden devamı olasılığını dikkate alarak, etrafındaki ada[kayalık]ların

tamamen veya kısmen sulara gömülmesi ihtimalleri üzerinden [tamamen sulara gömülme de olumsuz etkilenecek adalar dahil] ön değerlendirmelerini yaparak, kısa, orta ve uzun vadeli menfaatlerini gözetecek şekilde meseleye yaklaşması, uluslararası toplum karşısındaki tutumunu ihtiyatlı bir şekilde ve vakti geldiğinde belirlemesi, belirlediği tutumu da istikrarlı ve eylemli bir şekilde uluslararası platformlarda savunması ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmesinde yarar olabileceği akla gelmektedir.

Keza, Türk uluslararası hukuk doktrinince de Uluslararası Hukuk Komisyonunun bu alandaki çalışmalarının yakından takip edilmesi ve bilimsel çalışmalarda buradaki tespit ve analizlere ilişkin değerlendirmelere daha fazla yer verilmesinde yarar bulunmaktadır. Bu noktada, meselelerin yalnızca teorik ve farazi bir mesele olarak görülmeyip fiilen gerçekleşmekte olan ve dünyanın dört bir yanında etkilerini giderek daha fazla hissettiren iklim değişikliği ve bu değişikliğin tetiklediği deniz seviyesinin yükselmesi olgusuyla Türkiye'nin hak ve menfaatlerini gözetecek şekilde baş edebilmesine yönelik öneri ve değerlendirmeleri içeren çalışmaların sayısının artırılması ve bu alandaki bilimsel çalışma ve eserlerin desteklenmesinin faydalı olabileceği akla gelmektedir. Gerçekten de, Uluslararası Hukuk Komisyonu oturumlarının gündemi ve tüm veçheleriyle diğer bir deyişle yalnızca bu tematik başlık altında değil diğer tüm başlıklar bakımından da Türkiye misyonlarının ve akademik çevrelerince yakından takip edilmesi önem taşımaktadır. Bu mütevazı çalışmanın da bu türden çabalara ve yeni çalışmalara ışık tutması ve bu alandaki farkındalığın artmasına katkıda bulunması temenniye şayandır.

KAYNAKLAR

- ACER**, Yücel/**KAYA**, İbrahim, Uluslararası Hukuk, 10 Baskı, Ankara, 2019.
- ADELMAN**, Sam, Rethinking Human Rights: The Impact of Climate Change on the Dominant Discourse, (in Humphreys, Stephen (Ed), Human Rights and Climate Change, 2010, (ss.159-179)).
- AKSAR**, Yusuf, Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt: 1, 5.Baskı, Ankara, 2019.
- BANTEKAS**, Ilias/**OETTE**, Lutz, International Human Rights Law and Practice, 2013.
- BARNETT**, Jon, Human Rights and Vulnerability to Climate Change, (in Humphreys, Stephen (Ed), Human Rights and Climate Change, 2010, (ss.257-271)).
- BAYILLIOĞLU**, Uğur, “Deniz Seviyelerinin Yükselmesi ve Esas Hatlar Üzerindeki Etkileri: Yeni Bir Türk-Yunan Uyuşmazlığına Doğru mu?”, ERÜHFD, Cilt: XVII, Sayı: 1, 2022, (ss.97-139).
- BOYLE**, Alan/**CHINKIN**, Christine, The Making of International Law, 2007.
- BOZKURT**, Enver/**POYRAZ**, Yasin/**ERDAL**, Selcen, Devletler Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2020.
- BROWNLIE**, Ian, Principles of Public International Law, 7 th Edition, 2008.
- CANEY**, Simon, Climate Change, Human Rights and Moral Thresholds, (in Humphreys, Stephen (Ed), Human Rights and Climate Change, 2010, (ss.69-90).
- CORTEN**, Olivier, Méthodologie du droit International Public, Lonrai/Fransa, 2017.
- DOĞAN**, Selahattin, Maritime Areas, Illegal Migration and Interception of Vessels, Ankara, 2021.
- EGLI**, Patricia, Introduction to Public International Law, 2016.
- EVANS**, Dabney/**PRICE**, Megan, Measure for Measure: Utilizing Legal Norms and Health Data in Measuring the Right to Health, (in Coomans, Fons/Grünfeld, Fred/Kamminga, Menno T, (Eds), Methods of Human Rights Research, 2009).
- EVANS**, Malcolm D, International Law, 4th Edition, 2014.

- FOCARELLI**, Carlo, *International Law*, Cheltenham, UK, 2019.
- FOROWICZ**, Magdalena, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, 2010.
- FREESTONE**, David/**ÇİÇEK**, Duygu, *Legal Dimensions of Sea Level Rise: Pacific Perspectives*, Washington D.C, World Bank Group, 2021.
- HALVORSEN**, Anita M, "International Law and Sustainable Development-Tools for Addressing Climate Change", *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol:39, No.3, (2011), (ss.397-421).
- HAMILTON**, Patrick Ryan, *Human Rights at the Boiling Point: Human Rights, the Environment and Climate Change in International Law*, Yüksek Lisans Tezi, Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto, 2006.
- HENRIKSEN**, Anders, *International Law*, 2nd Edition, Oxford, 2019.
- HUMPHREYS**, Stephen, *Conceiving Justice: Articulating Common Causes in Distinct Regimes*, (in Humphreys, Stephen (Ed), *Human Rights and Climate Change*, 2010), (ss.299-319).
- HUMPHREYS**, Stephen, *Introduction: Human Rights and Climate Change*, (in Humphreys, Stephen (Ed), *Human Rights and Climate Change*, 2010), (ss.1-33).
- HUNT**, Paul/**KHOSLA**, Rajat, *Climate Change and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, (in Humphreys, Stephen (Ed), *Human Rights and Climate Change*, 2010), (ss.238-256).
- KAYHAN**, Ali Kerem, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, İstanbul, 2017.
- MURPHY**, Sean D, *Principles of International Law*, 3rd Edition, 2018.
- ÖKTEM**, Emre, *Uluslararası Teamül Hukuku*, İstanbul, 2013.
- PASQUALUCCI**, Jo M, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2 nd Edition, 2013.
- PAUWELYN**, Joost, *Europe, America and the Unity of International Law*, (in Wouters, Jan/ Nollkaemper, Andre/Wet, Erika de, (Eds), *The Europeanisation of International Law*, The Hague, 2008, (ss.205-225)).
- PAZARCI**, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 11.Bası, Ankara, 2012.
- REÇBER**, Kamuran, *Uluslararası Hukuk*, 3.Basım, Bursa, 2018.

- REHMAN**, Javid, *International Human Rights Law*, 2nd Edition, 2010.
- RUZIE**, David/**TEBOUL**, Gerard, *Droit International Public*, 25e Edition, 2019.
- SCHRIJVER**, Nico, *The Impact of Climate Change: Challenges for International Law*, (in Fastenrath, Ulrich/Geiger, Rudolf/Khan, Daniel Erasmus/Paulus, Andreas/Schorlemer, Sabine Von/Vedder, Christoph (Eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, 2011, (ss.1278-1297)).
- SCHUTTER**, Olivier De, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 2010.
- SHAW**, Malcolm N, *International Law*, 8.Baskı, 2017.
- SHELTON**, Dinah, *Equitable Utilization of the Atmosphere*, (in Humphreys, Stephen (Ed), *Human Rights and Climate Change*, 2010, (ss.91-125)).
- SHELTON**, Dinah, *Soft Law*, (in Armstrong, David (Ed), *Routledge Handbook of International Law*, 2009, (ss.68-81)).
- STRYDOM**, Hennie, *International Law Making as an Attribute of State Sovereignty*, (in Strydom, Hennie (Ed), *International Law*, 2016).
- SUBEDI**, Surya P, *The Effectiveness of the UN Human Rights System*, London/New York, 2017.
- SUR**, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 5.Baskı, İstanbul, 2011.
- TEKİN**, Esra, "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu", *TBB Dergisi*, 2020 (147), (ss.313-332).
- TOPAL**, Ahmet Hamdi, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar*, İstanbul, 2019.
- TRAVARSAC**, Anne Sophie, *Droit International Public*, 2e Edition, 2018.
- ULUTAŞ**, Ahmet, *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Mekanizmaları ve Bireysel Başvuru Yolları*, Ankara, 2019.
- ÜNAL**, Şeref, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2005.
- VÖNEKY**, Silja, *The Liability Annex to the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty*, (in Doris König /Peter-Tobias Stoll/Volker Röben/Nele Matz-Lück (Eds.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?*, 2008, (ss.165-199)).

<http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (Erişim Tarihi: 14.05.2019).

<http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (Erişim Tarihi: 14.05.2019).

http://legal.un.org/ilc/elections/2016_election.shtml (Erişim: 23.05.2019).

Buzullar Kopuyor Zaman Daralıyor!; <https://www.milliyet.com.tr/gundem/buzullar-kopuyor-zaman-daraliyor-6894199> (Erişim Tarihi: 31.01.2023).

<https://legal.un.org/ilc/sessions/73/index.shtml#a7> (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

<https://legal.un.org/ilc/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/resdec-stat> (Erişim Tarihi: 06.03.2023).

<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/resdec-stat> (Erişim Tarihi: 07.03.2023).

<https://www.ohchr.org/en/specialprocedures/sr-climate-change> (Erişim Tarihi: 09.03.2023).

<https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/TUR.htm> (Erişim Tarihi: 10.03.2023).