

**İÇİNDEKİLER / Contents**

**MAKALELER / Articles**

**ÖZEL HUKUK**

**Muhammet Emin BİNGÖL**

E-Ticaret Platformları Lehine Öngörülen En Çok Kayrılan Müşteri Kayıtlarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi  
*Evaluation of Most Favored Customer Clauses in Favor of E-Commerce Platforms in Terms of Competition Law*..... 1

**Tuba BİRİNCİ UZUN, Ayşegül DÖRTTEPE OKUTAN**

Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgili Göstermemesi, Anne ve Babasına Haber Vermeden Onların Tanımadığı Biriyle Evlenmesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir Mi?  
Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 Tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi  
*Do the Heir's Being Out of Touch with His or Her Testator and the Marriage of the Heir Without the Consent of His or Her Parents and to Someone that His or Her Parents Do Not Know, Constitute a Legal Ground for Disinheritance? The Analysis of the Judgment of the 3rd Civil Chamber of the Cassation Court Dated 26.01.2021 and Numbered E. 2019/5571 K.2021/471* .....45

## **Nur BOLAYIR**

Fransız Hukuku'nda *Vente Amiable* (Dostane Satış) Kurumu  
*Institution of Vente Amiable in French Law* ..... 67

## **Vehbi Umut ERKAN, Rabia ÖZSOY**

Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin  
Açıklığı İlkesi  
*Principle of Publicity of the Land Registry Within the Scope of Right to  
Information and Right to Privacy* ..... 97

## **Tuğçe ORAL**

Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir  
Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında  
Tazmini  
*An Alternative Recommendation for Remedy for Losses Caused by  
Kahramanmaraş Earthquakes: Compensation for Damage Caused by  
Immovables within the Scope of Product Liability* ..... 121

## **Süha TANRIVER, Mehmet Serkan ERGÜNE**

Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar  
*Legal Principles Regarding the Execution of Real Estate Sales Contracts  
by Notaries* ..... 143

## **KAMU HUKUKU**

### **Kerim AZAK**

İdari Yargıda Sınırlı Ehliyetsizlerin Genel (Objektif) Dava Ehliyeti  
*The General (Objective) Capacity to Sue of Limited Incompetent Persons  
in Administrative Jurisdiction* ..... 183

### **Uğur BAYILLIOĞLU**

Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua–Kolombiya Kararında Düz Esas  
Hatlar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler  
*Some Observations on the Determinations of the International Court of  
Justice on Straight Baselines in the Nicaragua Colombia Judgement* ..... 213

**Derya DOĞRU**

Türkiye’de Kadınların Siyasal Haklarını Kazanması ve Siyasal Temsilde  
Karşılaşılan Sorunlar  
*The Acquisition of Women's Political Rights in Türkiye and the Problems  
Encountered in Political Representation* .....247

**Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL**

Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m.314)  
*The Crime of Armed Organization (TPC Art. 314)* .....295

**Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK**

İdari Yargıda Kanun Yollarındaki İçtihat Farklılıklarının Hukuki Güvenlik İlkesi  
Kapsamında Değerlendirilmesi  
*Legal Security Principle of Differences in Case Law in Administrative  
Jurisdiction Evaluation Within the Scope*.....343

**Seda ÖRSTEN ESİRGEN**

Lozan Barış Antlaşması Çerçevesinde Halefiyet ve Devamlılık Tartışmaları  
*Succession and Continuity Discussions within the Framework of the Treaty  
of Lausanne*.....381

**Haluk TOROSLU**

Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu  
*The Dilemma of Attempt to Qualified Crime* .....417



**MAKALELER** / *Articles*



# E-TİCARET PLATFORMLARI LEHİNE ÖNGÖRÜLEN EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ KAYITLARININ REKABET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Most Favored Customer Clauses in Favor of  
E-Commerce Platforms in Terms of Competition Law*

**Muhammet Emin BİNGÖL\***

## ÖZ

Platformlar, farklı kullanıcı gruplarını bir araya getirmekte ve ürün veya hizmete konu işlemin gerçekleştirilmesinin sağlanması ya da ilgili işlemin yapılmasını kolaylaştıran aracı işlevini barındırmaktadır. İnternetin yaygınlaşması ile birlikte e-ticaret platformlarının sayısı da gittikçe artmış, ilgili platformlar da piyasada etkili olabilmek adına en çok kayırılan müşteri kayıtları gibi kayıtlara sıklıkla başvurmaya başlamışlardır. Bunun üzerine gerek doktrinde gerek yerel ve AB rekabet otoriteleri ilgili kayıtların rekabet hukuku bakımından ne tür sonuçlar meydana getirdiğini incelemiştir. Söz konusu kayıtlar Türk Rekabet Kurulu tarafından da bazı soruşturmalar çerçevesinde inceleme altına alınmıştır. Bununla birlikte platformlar lehine öngörülen en çok kayırılan müşteri kayıtlarına ilişkin olarak genel bir çerçevenin çizildiğinden bahis pek mümkün gözükmemektedir. Bu çalışmada da platform en çok kayırılan müşteri kayıtları, AB tarafından kabul edilen ve henüz çok güncel olan yeni Tüzük ile kılavuz ve Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar çerçevesinde hukuken değerlendirilmiş, platformların hukukî niteliklerinin acente olduğu ve platform en çok kayırılan müşteri kayıtları özelinde 2002/2 sayılı Tebliğ'de değişiklik yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** EKM Kaydı, Platformlar Arası Eşitlik Anlaşmaları, Platform, Rekabet Hukuku.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 16.09.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 17.02.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: mebingol@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7176-636X.

## ABSTRACT

Platforms bring together different user groups and contain the intermediary function that facilitates the execution of the transaction subject to the product or service or facilitates the execution of the relevant transaction. With the widespread use of the Internet, the number of e-commerce platforms has increased, and the relevant platforms have started to frequently use clauses such as most favored customer clauses in order to be effective in the market. In response, both the doctrine and the local and EU competition authorities have examined what kind of consequences these clauses have in terms of competition law. The Turkish Competition Board has also examined these clauses within the framework of some investigations. However, it is not possible to mention that a general framework has been drawn regarding platform most favored customer clauses. In this study, platform most favored customer clauses are legally evaluated within the framework of the new Regulation adopted by the EU, which is still very recent, the EU guidelines and the decisions of the Turkish Competition Board, and it is concluded that the legal nature of the platforms is agency and Communiqué No. 2002/2 should be amended with respect to platform most favored customer clauses.

**Keywords:** MFC Clauses, Across Platform Parity Agreements, Platforms, Competition Law.

## I. Giriş

Dijitalleşme ile birlikte son yıllarda hem ürün ve hizmet yelpazesi genişlemiş hem söz konusu ürün ile hizmetlerin kalitesi artmıştır. Rekabetin artması birçok alanda gözle görülür bir canlanma yaratmış olsa da piyasaların dijitalleşmesi ile bağlantılı olarak, platform pazaryerleri de giderek yaygınlaşmıştır. Platformlar farklı kullanıcı gruplarını bir araya getirmekte ve ürün veya hizmete konu işlemin gerçekleştirilmesinin sağlanması ya da ilgili işlemin yapılmasını kolaylaştıran aracı işlevini barındırmaktadır. Her ne kadar platformlar fuarlar, borsalar gibi dijitalleşme öncesinde de bulunsa da taşıma maliyetlerinin olmaması gibi internet üzerinde faaliyet göstermenin avantajları sebebiyle, son yıllarda internetteki platform pazar sayısında ciddi bir artış gerçekleşmiştir.

Genellikle iki taraflı piyasalar olarak adlandırılan platform piyasalarının doğrudan ve dolaylı ağ etkileri bulunmaktadır. Platform piyasaları, tek taraflı piyasalardan, ağ etkileri sebebiyle oluşan yüksek yoğunlaşma eğilimi ve doğaları gereği geniş mekansal bir erişime sahip olmaları noktasında ayrılmaktadır. Bununla birlikte kural olarak, dijital olmayan dünyada söz

konusu olabilecek rekabet kısıtlamaları, dijital dünya bakımından da gündeme gelebilir. Ancak internet tabanlı platformlar, özellikle rekabetçi etkileri henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamış en çok kayırılan müşteri kayıtlarının kullanılmasına ivme kazandırmıştır.

Bu çalışmada da platformlar ile perakendeciler arasındaki sözleşmelerde sıklıkla kullanılan ve hem mukayeseli hukukta tartışılan hem de Türk doktrininde ve Rekabet Kurulu tarafından irdelenen, en çok kayırılan müşteri kayıtlarının -özellikle AB tarafından kabul edilen ve henüz çok güncel olan yeni mevzuat ile kılavuz ve Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar çerçevesinde- hukuken değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

## II. En Çok Kayırılan Müşteri Kayıtlarına Genel Bakış

### A. Geleneksel En Çok Kayırılan Müşteri Kayıtları

Fiyat parite anlaşmaları (*price parity clause*) en gelen anlamıyla, perakendecinin alıcıya, kendisi tarafından diğer alıcılara ya da rakipleri tarafından alıcıya önerilen fiyattan daha düşük fiyat vermemeyi taahhüt ettiği anlaşmalar olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Doktrinde bir kısım yazarlar fiyat parite anlaşmalarını perakendeciler üzerinden yapılan anlaşmalar<sup>2</sup> ve alıcılar üzerinden yapılan anlaşmalar şeklinde ikiye ayırmakta, eldeki makale konusunu teşkil eden en çok kayırılan müşteri kayıtlarını da alıcılar üzerinden yapılan fiyat parite anlaşmaları başlığı altında incelemektedir<sup>3</sup>. Bununla birlikte bir başka görüş, en çok kayırılan müşteri kayıtlarının hem alıcılar üzerinden hem de perakendeciler üzerinden gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Hasan Adıyaman, “Rekabet Hukukunda Fiyat Parite Anlaşmaları: En Çok Kayırılan Ülke/Müşteri Koşulu”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 150, (Ankara: Rekabet Kurumu. 2017): 5; Rekabet Kurulu’nun, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking kararı, 230; AB Dikey Kılavuz 2022, 356.

<sup>2</sup> Perakendeciler üzerinden yapılan fiyat parite anlaşmalarında genellikle, perakendeci tarafından alıcı lehine, diğer perakendeciler tarafından alıcıya önerilen daha uygun fiyatların, alıcı tarafından perakendeciye bildirilmesi durumunda, aradaki farkın ya da farktan fazlasının perakendeci tarafından alıcıya ödeneceğinin garanti edilmesi söz konusu olmaktadır. Eğer aradaki fark ödeniyorsa fiyat eşleme garantisi (*price matching guarantee*), fiyat farkından fazlasının ödeneceği garanti ediliyorsa cezalı fiyat eşleme garantisinden (*price beating guarantee*) bahsedilir. Bu yönde bkz. Adıyaman (2017), 5.

<sup>3</sup> Adıyaman (2017), 5-6.

<sup>4</sup> Florian Schuhmacher ve Stefan Holzweber, in Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, hrsg. Grabitz/Hilf/Nettesheim, (München: C.H. Beck, 2022), AEUV Art. 101, Nr. 898.

“En çok kayırılan ülke şartı” (*most favoured nation (MFN) clause*) olarak da anılan en çok kayırılan müşteri kaydı (“EKM Kaydı”=*most favoured customer clause/MFC*) terimi, özel hukukta özellikle rekabet hukukunda da hâlihazırda kullanılıyor olmasına rağmen kaynağını uluslararası hukuktan almaktadır<sup>5</sup>. Uluslararası hukuk literatüründe bir yazar tarafından MFN kavramını; “*bir anlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da yurttaşlarına tanıdıkları ya da tanıyacıkları en iyi muameleyi, birbirlerine ya da yurttaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür.*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>6</sup>. Bu anlamda MFN hükümleri ile taraf devletler, üçüncü devletlere tanıdıkları hakları birbirlerine de tanımayı taahhüt ederler<sup>7</sup>. Rekabet hukuku bağlamında EKM hükümleri de işletmeler arasında devletlerarasında yapılan anlaşmalar ile temelde aynı içeriğe sahip anlaşmalardır. Sözleşme’nin bir tarafı, akdin diğer tarafı olan lehtara en elverişli koşulları tanımayı taahhüt eder<sup>8</sup>. Kural olarak sözleşmedeki tüm hükümlere ilişkin olarak bir EKM hükmü düzenlenebilecek olsa da, uygulamada EKM hükümlerinin konusunu genellikle fiyat ve fiyatı etkileyen etkenlere ilişkin taahhütler oluşturmaktadır. Bu yüzden sözleşmenin içeriğinde EKM hükmü ile yükümlü kılınan tarafın fiyatlandırma hareket alanının kısıtlanması yer almaktadır<sup>9</sup>.

EKM kayıtları bakımından doktrinde farklı tasnifler yapılmaktadır. Bu anlamda çalışma konusunu teşkil eden geleneksel/platform EKM kaydı ayrımı bir kenara bırakıldığında, ilk olarak gerçek EKM kaydı ile gerçek olmayan

<sup>5</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 897. İlgili hüküm doktrinde çeşitli isimler ile kullanılmaktadır. Bu anlamda “fiyat parite koşulu” (*price parity clause*) kavramı için bkz. Ingrid Vandenborre ve Michael Frese, “Most Favoured Nation Clauses Revisited”, in *European Competition Law Review*, Cilt: 35, No: 12, 2014, s. 588-593, 588; “ayrımcılık yapmama koşulu” (*non-discrimination clause*) için bkz. Susan E. Stenger, “Most-favored-nation clauses and monopsonistic power: an unhealthy mix?”, in *American Journal of Law and Medicine*, Cilt: 15, No: 1, 1989, s. 111-128, 111; Jason J. Wu ve John P. Bigelow, “Competition and the Most Favored Nation Clause”, in *CPI Antitrust Chronicle*, Vol: 7, No: 2, 2013, s. 1-10, 2.

<sup>6</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan, 2018), 176.

<sup>7</sup> Bir diğer tanım da şu şekildedir: “*aralarında bir anlaşma yapan devletlerin, bir üçüncü devletle yapılmış ya da yapılacak olan ve daha geniş hakları içeren tarafların birbirlerine karşılıklı olarak, ya da sadece bir tarafı yararlandırma konusunda yükledikleri hukuksal yükümlülüktür.*” Tanım için bkz. Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, C. I, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987), 220

<sup>8</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 897.

<sup>9</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 897.

EKM kaydı şeklinde bir ayırım yapılmaktadır<sup>10</sup>. Buna göre, gerçek EKM kayıtlarında borçlu, üçüncü kişilere, sözleşmenin karşı tarafı olan lehtardan daha elverişli koşullar sağlamamayı kabul eder. Gerçek olmayan EKM kayıtları söz konusu olduğunda ise yükümlü lehtara eşit derecede elverişli, daha elverişli veya en azından daha az elverişli olmayan koşullar sağlamayı taahhüt eder ve bu da üçüncü bir tarafa daha iyi koşullar sağlanması hâlinde başlangıçta karşılaştırılan koşulları lehtarın yararına olacak şekilde sonradan düzenleme yükümlülüğü doğurur<sup>11</sup>.

EKM kayıtları bakımından etkili oldukları zamana göre de bir tasniflendirme yapılmaktadır.<sup>12</sup> Eş zamanlı EKM kayıtları, yalnızca zamanın belirli bir noktasına atıfta bulunmakta ve lehtar EKM kaydına ilişkin anlaşmanın yapılmasından sonraki dönem için, en çok kayırlan müşteri konumuna getirmektedir. Buna karşılık geriye dönük (*retroactive*) EKM kayıtlarında, geçmiş dönemde EKM kaydı tarafı olmayan alıcılara önerilen daha düşük fiyatlarla, EKM kaydı tarafı olan alıcıya önerilen fiyat arasındaki farkın ilgili alıcıya ödenmesini sağlamaktadır<sup>13</sup>.

EKM kayıtları son olarak dar ve geniş EKM kayıtları şeklinde başka bir tasnife tâbi tutulmaktadır<sup>14</sup>. İfade etmek gerekir ki, EKM kayıtları bakımından

<sup>10</sup> Jutta Sabine Kurth, “Meistbegünstigungsklausel im Licht der Vertikal-GVO”, in WuW- Wirtschaft und Wettbewerb, 1/2003, 28-37, 28; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 897, Nr. 898.

<sup>11</sup> Dietmar Fiebig, “Meistbegünstigungs- und Preisparitätsklauseln im Internetvertrieb”, in Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, s. 122-129, 124.

Doktrinde bu anlamı ile gerçek olmayan EKM kayıtlarının fiyat belirleme özgürlüğü kısıtlanması bağlamında rekabet hukuku bakımından daha sorunsuz olabileceği ifade edilmiştir. Zira her ne kadar üçüncü bir kişiye daha uygun şartların sağlanması, EKM kaydı ile yükümlü hâle gelen taraf bakımından ekonomik açıdan dezavantajlı olsa da çoğu zaman hukuken mümkündür. Bu yönde bkz. Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 898.

<sup>12</sup> Johannes Heyers, “Wettbewerbsrechtliche Bewertung sog. Preisparitätsklauseln - ein juristisch-ökonomischer Ansatz”, in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2013, s. 409-413, 411.

<sup>13</sup> Bu yönde bkz. Rekabet Kurumunun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu'nun 224. paragrafı.

<sup>14</sup> Bununla birlikte doktrinde söz konusu tasniflendirme içerisinde “EKM+” şeklinde üçüncü bir türün daha olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu görüşe göre EKM+, en iyi fiyat veya fiyat dışı koşulların sadece alıcı lehine kabul edildiği kayıtları ifade etmektedir. İlgili görüş için bkz. Şahin Ardiyok, “Türk Rekabet Hukukunda En Çok Kayırlan Müşteri Koşulu: Yemek Sepeti-I, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz”, in BASEAK Core Papers No: 6, 2021, 3. EKM+ ya da

kullanılan en yaygın ayırım da budur. İlgili hususa ilişkin doktrinde bir görüş, söz konusu ayırımı salt platform EKM kayıtları bakımından yapmış, geleneksel EKM kayıtları bakımından bu ayırma ayrıca yer vermemiştir<sup>15</sup>. Buna karşılık bir başka görüş ilgili ayırımı her türlü EKM kayıtları açısından yapmıştır. Her iki görüşün dar ve geniş EKM kayıtlarına ilişkin yapmış olduğu tanımlar da farklıdır. Söz konusu tanımlardaki farklılıklar kanaatimizce salt lafzî niteliktedir. Farklılaşmayı salt platform EKM kayıtlarına hasreden görüşe göre dar EKM kaydı, perakendecinin kendi satış kanalında, lehine dar EKM koşulu öngörülen platformdaki satış fiyatının altında satış yapamamasıdır<sup>16</sup>. Buna karşılık geniş EKM kaydında perakendeci, hem kendi satış kanalında hem de diğer mecralarda lehine geniş EKM kaydı öngörülen platformdaki satış fiyatının altına satış yapmamasına yönelik bir kısıtlama söz konusu olur<sup>17</sup>. Her türlü EKM kayıtları bakımından söz konusu ayırımı yapan görüşe göre, dar EKM kaydı perakendecinin kendi satış kanalında uyguladığı fiyat ve/veya fiyat dışı koşulların aynı şekilde alıcı bakımından da geçerli olmasına ilişkin hükümlerdir<sup>18</sup>. Bu görüşe göre geniş EKM kaydı ise, perakendecinin kendi satış kanallarına ek olarak alıcının rakiplerine uyguladığı fiyat ya da fiyat dışı koşulları alıcı bakımından da geçerli olacağını öngören hükümlere verilen addır<sup>19</sup>.

---

imtiyazlı EKM kaydının, lehtar alıcıya her zaman en uygun fiyata ya da lehtar alıcının rakiplerine daha yüksek fiyata ilişkin kayıtların bulunması hâlinde gündeme geleceği yönünde bkz. Adıyaman (2017), 8.

<sup>15</sup> Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, “Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları” in İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (1), 2022, Advanced online publication, 8.

<sup>16</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 9.

<sup>17</sup> Bu yönde bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 8. Ayrıca bkz. Pınar Akman ve Daniel D. Sokol, “Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics”, in 50 Review of Industrial Organization, 2017, s. 133-151, 143; Margherita Colangelo, “Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets”, in New Developments in Competition Law and Economics, Editörler: Klaus Mathis ve Avishalom Tor, 7 Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, (Cham: Springer, 2019), s. 295-317, 298; Margherita Colangelo, “Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking”, in Journal of European Competition Law & Practice Advance Access published July 27, 2016, s. 1-12, 3.

<sup>18</sup> Ardiyok (2021), 3.

<sup>19</sup> Ardiyok (2021), 3. Bu hususta son olarak ifade edilmelidir ki EKM kayıtları ile İngiliz Şartı (*English clause*) olarak da bilinen rekabeti karşılama koşulu birbirinden ayrılmalıdır. İlgili koşul; “*Sağlayıcı ve onun müşterisi (örneğin perakendeci) arasında, müşterinin ürünü, söz konusu sağlayıcıdan ziyade daha iyi koşullar sağlayan başka bir*

## B. Özel Olarak: Platform EKM Kayıtları

Dijital platformlarla bağlantılı olarak en çok kayırılan müşteri kayıtları son zamanlarda özellikle dikkat çekmektedir. Klâsik anlamdaki acenteler gibi, platformlar da perakendeciler ile son kullanıcı arasında aracı görevi görmektedir<sup>20</sup>. Ancak acentelerden farklı olarak platformlar, alım satımı yapılan mal üzerinde alım ve satım yoluyla kontrol sahibi olmamakta; bunun yerine perakendeci ile son kullanıcı arasında doğrudan bir bağlantı kurmakta ve böylece işlem gerçekleştirilmektedir<sup>21</sup>. Platformlar söz konusu olduğunda, tedarikçilerin ürünleri tercih edilen dağıtım kanalı aracılığıyla en iyi koşullarda (en iyi fiyat veya fiyat eşitliği hükümleri olarak adlandırılan) sunmak zorunda oldukları hükümler tartışılmaktadır. Bu anlamda tartışılan hükümler aslında perakendecinin aleyhine olan bir en çok kayırılan müşteri kaydı niteliğindedir<sup>22</sup>. Platformla yapılan anlaşmanın bir sonucu olarak, perakendecinin fiyat belirleme özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Zira ilgili kayıtlarla birlikte lehtar platform, perakendecinin ürününü, diğer dağıtım kanallarından daha az elverişli koşullarda sunmasına izin vermemektedir<sup>23</sup>.

Platformlar arası eşitlik anlaşmaları olarak da isimlendirilen (*across platform parity agreements*) platform EKM kayıtları<sup>24</sup>; “sağlayıcı ve elektronik ticaret platformu arasında, rakip ürünlerin fiyatları veya rakip

---

*sağlayıcıdan almasına imkân veren anlaşmadır. Söz konusu sağlayıcı, ürünü aynı koşullarla vermeyi kabul etmediği sürece müşteri her zaman başka sağlayıcı alternatifine sahip olacaktır.”* şeklinde tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere, EKM kaydından farklı olarak İngiliz Şartının özünde perakendecinin fiyat belirleme özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama söz konusu olmayıp, sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama söz konusudur. Bu yönde bkz. Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 898; Adıyaman (2017), 6.

<sup>20</sup> Adıyaman (2017), 6; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 898.

<sup>21</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 902.

<sup>22</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 902.

<sup>23</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 902. Sonuç olarak, bir ürünün sunulduğu farklı dağıtım kanallarındaki fiyatlar aynı hizaya getirilir.

<sup>24</sup> “*Across-platforms MFN agreements*” şeklindeki kullanım ve perakende fiyat EKM koşulu (*retail-price MFN*) olarak kullanım için bkz. Justina Sim ve Hi Lin Tan, “Anything wrong with asking for the best price?” in Competition Commission of Singapore Occasional Paper Series, 2015, [https://www.cccs.gov.sg/files/occasional-paper\\_ET\\_10.09.2022\\_s.1-17\\_10\\_platformlar\\_arası\\_perakende\\_parite\\_yükümlülükleri\\_Across-platform\\_retail\\_parity\\_obligations](https://www.cccs.gov.sg/files/occasional-paper_ET_10.09.2022_s.1-17_10_platformlar_arası_perakende_parite_yükümlülükleri_Across-platform_retail_parity_obligations)) şeklindeki kullanım için bkz. AB Dikey Kılavuz 2022, 360.

*elektronik ticaret platformu tarafından uygulanan fiyatlar arasında göreceli bir ilişki belirleyen bir anlaşma*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Platform EKM kayıtlarında geleneksel EKM kayıtlarından farklı olarak, lehine EKM kaydı öngörülen klâsik anlamda bir alıcı olmayıp, aracı konumunda olan bir platformdur<sup>26</sup>. Daha önce de belirtildiği üzere, geleneksel EKM kaydı ile aynı perakendecinin farklı alıcıları arasında fiyat veya fiyat dışı unsurlar bakımından bir bağ kurulmaktadır. Buna karşılık platform EKM kayıtları, aynı alıcının farklı pazaryerlerinden yaptığı alımlara ilişkin bir “üçüncü taraf anlaşması” niteliğindedir<sup>27</sup>. Bu durumda EKM kaydının tarafı olmayan üçüncü kişi yani alıcı, perakendeci ile platform arasındaki anlaşmadan etkilenmektedir<sup>28</sup>. Benzer şekilde platform EKM kayıtları, yukarıda dile getirilen ve perakendeciler üzerinden yapılan fiyat parite anlaşmalarından olan fiyat eşleme garantilerinden de farklıdır<sup>29</sup>.

Platformlar arasında en yaygın biçimde kısıtlamanın yöneldiği dağıtım kanalına bağlı olarak “geniş” veya “dar” EKM kayıtları şeklinde adlandırılan kayıtlar tercih edilmektedir<sup>30</sup>. Yukarıda kısaca değinildiği üzere, geniş EKM

<sup>25</sup> OECD 2013, 22. Rekabet Kurumu tarafından 2022’de yapılan E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’nda platform EKM kayıtları; “*satıcının, rakip pazaryerlerine ve/veya kendi fiziksel mağazasında/internet sitesinde sunduğu fiyat ve/veya diğer koşullar bakımından en avantajlı teklifleri, pazaryerinin kendi platformu üzerinde de sunacağını garanti etmesidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, 389.

<sup>26</sup> İlgili platformun hukukî niteliği için bkz. aşağıda.

<sup>27</sup> Pınar Akman, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”, in *Journal Competition Law & Economics*, 2016, s. 1-53, s. 5.

<sup>28</sup> Akman (2016), 5.

<sup>29</sup> Bununla birlikte fiyat eşleme garantisinin anti-rekabetçi etkilerinin doktrinde oturmuş olması sebebiyle, platform EKM kayıtlarına da bu gözle bakıldığı yönünde bkz. Akman (2016), 6.

<sup>30</sup> Elbette EKM kayıtları 21. yüzyıl icadı değildir. Bununla birlikte, özellikle elektronik ticaret platformları bağlamında popüler olmalarının nedeni, internet üzerinden izlenmelerinin ve uygulanmalarının çok kolay olmasıdır.

Otel rezervasyon platformlarındaki en iyi fiyat hükümleri bağlamında, geniş ve dar en iyi fiyat hükümleri arasında bir ayırım yapılmıştır. Dar kapsamlı bir en iyi fiyat hükmü söz konusu olduğunda, otelin web sitelerinde ve meta arama motorlarında daha düşük fiyatlar sunması yasaklanırken, diğer rezervasyon platformlarında ve e-posta rezervasyonları ve sadakat programları da dahil olmak üzere çevrimdışı dağıtım kanallarında bu yasak uygulanmaz. Bu yönde bkz. Schuhmacher ve Holzweber in Grabit/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 903.

kayıtları, perakendecinininki de dâhil olmak üzere başka hiçbir yerde daha iyi koşulların (fiyatlar, şartlar, vb.) sunulmayacağı garantisini içerir<sup>31</sup>. Bu anlamda yalnızca çevrimiçi kanallarda değil aynı zamanda çevrimdışı dağıtım kanallarında da platforma sunulan şartlardan daha iyi şartların sağlanması mümkün değildir<sup>32</sup>. Dar EKM kayıtları ise yalnızca perakendecinin kendi satış kanallarında daha iyi koşullar sunamayacağını şart koşar<sup>33</sup>.

Bu tür sözleşme hükümlerinin dünyanın dört bir yanındaki rekabet otoriteleri tarafından mercek altına alınmasının nedeni, sadece bedavacı davranışları önlemeye hizmet etmekle kalmayıp aynı zamanda piyasayı bölücü bir etkiye sahip oldukları ve rekabeti zayıflattıkları korkusudur<sup>34</sup>. Dolayısıyla bu çalışmada da platformlar lehine tanınan ilgili kayıtların rekabet hukukuna etkisinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

### **C. Rekabet Hukuku Bağlamında Platform EKM Kayıtlarının Piyasaya Etkisi**

Platform EKM kayıtlarının bulunduğu durumlarda, bir perakendecinin ürün veya hizmetlerini bir elektronik ticaret platformu aracılığıyla satması söz konusudur. Dolayısıyla platformun kendisi yalnızca bir aracıdır ve aracılık edilen işlem veya tıklama başına bir komisyon veya reklam bedeli alırken, perakende fiyatları perakendeci tarafından belirlenir<sup>35</sup>. Böyle bir satış modelinde ortaya çıkabilecek sorun, platformda sunulan ürünlerin diğer satış kanallarında (örneğin diğer platformlarında veya perakendecinin kendi ana sayfasında) daha ucuza satılması durumunda, bedavacı davranışın ortaya çıkabilmesidir<sup>36</sup>. Bedavacı davranış, müşterilerin ticaret platformunda

---

İlgili ayırım için ayrıca bkz. Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking kararı, 304 ve 307; Nihai Rapor, 390.

<sup>31</sup> Samuel Rutz, “Elektronische Handelsplattformen”, in 8ème Journée de droit de la concurrence / 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht Grundlegende Fragen / Questions fondamentales, (Bolligen: Growth Publisher Law, 2017), s. 147-162, s. 158; Ardiyok (2021), 3; Sanlı ve Doğan (2022), 8.

<sup>32</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 903.

<sup>33</sup> Rutz (2017), 158; Ardiyok (2021), 3; Sanlı ve Doğan (2022), 9. Belirtmek gerekir doktrinde bir görüşe göre, geniş ve dar platform EKM kayıtları arasında temel/kesin bir ayırım yapılması yerinde değildir. Bunun yerine, daha dar kapsamlı EKM kayıtlarının rekabetçi etkilerinin sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 903.

<sup>34</sup> Rutz (2017), 158.

<sup>35</sup> Adıyaman (2017), 15.

<sup>36</sup> Rutz (2017), 157.

kendilerini bilgilendirmelerine rağmen (özellikle arama ve karşılaştırma şeklinde), daha sonra satın alma işlemini başka bir yerde -daha ucuz bir yerde- yapmalarındır. Böylece bedavacı davranışa maruz kalan platform, komisyona hak kazanamaz ve - er ya da geç - hizmetini sürdürmez<sup>37</sup>. Platform EKM kayıtları<sup>38</sup> yukarıda açıklanan bedavacı davranışlara karşı koruma sağlamanın bir yoludur<sup>39</sup>. Yine ilgili kayıt ilk olarak, fiyatların düşmesine vesile olabilir<sup>40</sup>. Özellikle EKM kaydının pazar payı küçük olan bir platform lehine tanınmış olduğu durumlarda, pazar payı yüksek olan bir başka platformun perakendeci üzerinde pazarlık baskısı olabilecek ve ilgili platform için fiyat düşürüldüğünde, EKM kaydının tarafı olan platform açısından da fiyat düşecek, bu şekilde uygun fiyatta ürün, pazarın geneline yayılacaktır<sup>41</sup>. Ayrıca EKM kaydı ile, *hold up* (vazgeçme) problemini<sup>42</sup>, rakip platformların ürünleri daha ucuza satamayacağını garanti ederek çözebilecek ve platformların ticari ilişkiye özgü yatırım yapma eğilimini arttırabilecektir<sup>43</sup>. Yine EKM kayıtları

<sup>37</sup> Rutz (2017), 157.

<sup>38</sup> Geleneksel EKM kayıtları bakımında bunlara ek olarak iki farklı olumlu etki sayılabilir. Bunlar; ürün tedarikinin ve kalitenin devamı ile gecikmelerin ve talep belirsizliğinin azalması şeklinde ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Adıyaman (2017), 13-14. Ayrıca bkz. Akman (2016), 10.

<sup>39</sup> Rutz (2017), 157-158; Cihan Doğan, Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 415, Adıyaman (2017), 15. Bununla birlikte Rekabet Kurumu tarafından 2022’de yapılan E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’nda, pazaryerleri bakımından geniş EKM kayıtlarını meşru gösterebilecek ölçüde bedavacılığa dayalı bir piyasa aksaklığının bulunmadığı değerlendirilmiştir. Bkz. Nihai Rapor, 439.

<sup>40</sup> Vandendorre ve Frese (2014), 588; Akman (2016), 10; Sanlı ve Doğan (2022), 7; Adıyaman (2017), 10-11. Aksi yönde bkz. Fioana Scoot-Morton, “Contracts that Reference Rivals”, in Georgetown University Law Center Antitrust Seminar, Washington, <http://www.justice.gov/atr/file/518971/download>, ET: 10.09.2022, 2012, s. 1-15, 12. Bu son görüşe göre, EKM kayıtlarının düşük fiyat bakımından rekabet yanlısı olma özelliğini barındırmadığını, zira düşük fiyattan yalnızca kaydın tarafının faydalandığını ifade etmektedir.

<sup>41</sup> Geleneksel EKM kayıtları bakımından benzer yönde bkz. Adıyaman (2017), 11.

<sup>42</sup> Söz konusu problem literatürde, satıcının sömürücü ve fırsatçı davranışları sebebiyle alıcının ticari ilişkiye özgü yatırım güdüsünün azalması ve pazara daha iyi ve daha ucuz ürünlerin girememesi olarak açıklanmaktadır. Bkz. Jan Peter van der Veer, “Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analyses” in Journal of European Competition Law&Practice, Cilt: 4, No: 6, 2013, s. 501-505, 502; Adıyaman (2017), 12; Sanlı ve Doğan (2022), 7.

<sup>43</sup> Adıyaman (2017), 12. Bu durum aynı zamanda EKM kayıtlarının yeni ürünleri mümkün kılacağı şeklinde de dile getirilmektedir. Bu yönde bkz. Akman (2016), 9; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899.

ile marka itibarının korunması sağlanmaktadır. Platformlar, bu kayıtlar ile birlikte kullanıcılarına aynı fiyatları ve pazarda meydana gelen beklenmeyen fiyat değişikliklerine maruz kalmamasını sağlayarak, marka değerinin azalmamasını sağlar<sup>44</sup>. Ayrıca bu kayıtlarla birlikte platformun yatırım yapma eğilimi de artar<sup>45</sup>. Zira platformun yapacağı reklam ve ürün geliştirme masraflarının meyvesini almak için perakendecinin rakip platformlara daha uygun fiyatta ürün satmaması gerekir<sup>46</sup>. Son olarak ilgili kayıtlar, işlem maliyetinin azalmasına yardımcı olur<sup>47</sup>. Çünkü EKM kaydı olmaksızın, bir platform fiyatların düşmesi için hem perakendeci ile sürekli bir pazarlık içinde olur hem de rakip platformların uyguladığı fiyat politikalarının takibi ve denetlenmesi için ayrı bir mekanizma kurar. EKM kaydı ile birlikte hem pazarlık hem de takip işlem maliyeti azalacak ve azaltılan işlem maliyetleri tüketiciye de olumlu bir şekilde yansıtacaktır<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Martha Samuelson, Nikita Piankov ve Brian Ellman, “Assessing The Effects of Most-Favored Nation Clauses”, in ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, [http://www.analysisgroup.com/uploadedfiles/content/insights/publishing/samuelson\\_mfn\\_springaba\\_2012.pdf](http://www.analysisgroup.com/uploadedfiles/content/insights/publishing/samuelson_mfn_springaba_2012.pdf), 2012, ET: 10.09.2022, s. 1-12, 3; Adıyaman (2017), 15.

<sup>45</sup> van der Veer (2013), 502; Doğan (2021), 412; Sanlı ve Doğan (2022), 7.

<sup>46</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 7.

<sup>47</sup> Ariel Ezrachi, “The competitive effects of parity clauses on online commerce”, in European Competition Journal, 2015, 11 (2-3), s. 488-519, 492; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899; van der Veer (2014), 502; Vandenborre ve Frese (2014), 589; Adıyaman (2017), 12-13; Sanlı ve Doğan (2022), 7.

<sup>48</sup> Gönenç Gürkaynak, Ayşe Güner, Sinan Diniz ve Janelle Filson, “Most-Favored-Nation Clauses Revisited: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline”, in Eur J Law Econ (2016) 42,

<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/36916/Most-favored-nation%20clauses%20in%20commercial%20contracts%20legal%20and%20economic%20analysis%20and%20proposal%20for%20a%20guideline.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET: 10.09.2022, 129-155, s. 148. Bununla birlikte işlem maliyetlerinin azalmasının yalnızca EKM kaydı tarafı olan platform bakımından söz konusu olacağı, diğer platformlar bakımından aynı maliyetlerin devam edeceği, dolayısıyla pazarın geneline yönelik olumlu bir etkinin gündeme gelmeme ihtimalinin de bulunduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Adıyaman (2017), 13.

Ayrıca platform tarafından perakendecinin EKM kaydına uygun davranıp davranmadığının takibi için de çoğu zaman bir takip mekanizması kurulması gerektiği, bu da aynı zamanda işlem maliyetini artıracaktır. Bkz. Adıyaman (2017), 13; Sanlı ve Doğan (2022), 7, dpn. 13. Ayrıca benzer yönde bkz. Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking kararı, para. 233.

Platform EKM kayıtlarının rekabet hukuku bağlamında piyasaya olumsuz etkileri de doktrinde üç<sup>49</sup> farklı başlıkta dile getirilmektedir<sup>50</sup>. Bunlardan ilki, pazardaki fiyat rekabetinin azalmasıdır<sup>51</sup>. EKM kayıtları sebebiyle perakendeciler diğer platformlara daha uygun fiyat sağlama motivasyonunu kaybeder<sup>52</sup>. EKM kayıtlarının ikinci olarak, fiyatlar bakımından işbirliğini kolaylaştırdığı ifade edilmektedir<sup>53</sup>. EKM kayıtları sebebiyle perakendecinin fiyatlarında değişiklik yapmayacağını bilen rakipleri de tek tarafları olarak kârlarını artırmaya çalışır<sup>54</sup>. Bu da pazardaki fiyat çeşitliliğini azaltır ve rakip perakendecilerin birbirlerinin fiyatlarını takip etme imkânını doğurur<sup>55</sup>. Son olarak, bu kayıtların kullanılması sonucunda giriş engelleri oluşabileceği gibi ve bu kayıtlar pazarda yer alan diğer platformlar bakımından dışlamaya da sebep olabilir<sup>56</sup>.

Görüleceği üzere platform EKM kayıtlarının piyasaya hem olumlu hem de olumsuz etkileri bulunmaktadır<sup>57</sup>. Bununla birlikte sözleşmede yer alan hükmün rekabet hukuku açısından etkilerinin tespiti, somut uyuşmazlık çerçevesinde ilgili EKM kaydının düzenlenmesi ile taraflarının piyasadaki

---

<sup>49</sup> Doktrinde bir görüş tarafından dördüncü olarak, EKM kayıtlarının piyasaya yayılma olasılığı gösterilmiştir. Bu şekilde yaygınlık kazanması ile birlikte piyasanın daha az rekabetçi hâle geleceği dile getirilmektedir. Bu yönde bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 6-7.

<sup>50</sup> Benzer şekilde ilgili zarar teorilerine Kurul tarafından verilen Booking.com kararında da yer verildiği gibi; yeni VBER'de de aynı hususlar vurgulanmıştır. Bkz. 17-01/12-4 sayılı Booking kararı, 239-245; AB Dikey Kılavuz 2022, 360.

<sup>51</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899; van der Veer (2013), 502; Vandenborre ve Frese (2014), 588-589; Daniel Zimmer ve Martin Blaschczok, "Most-favoured-customer clauses and two-sided platforms", in Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Cilt: 5, No: 4, s. 187-195, 189; Doğan (2021), 411; Adıyaman (2017), 16; Sanlı ve Doğan (2022), 6.

<sup>52</sup> Detaylı bilgi için bkz. Adıyaman (2017), 16-18.

<sup>53</sup> Jonathan J. Baker ve Judith A. Chevalier, "The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions.", in Antitrust Magazine, Vol: 27, No: 2, 2013, s. 20-26, 22; Adıyaman (2017), 18.

<sup>54</sup> van der Veer (2013), 504; Adıyaman (2017), 18.

<sup>55</sup> van der Veer (2013), 503; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899; Adıyaman (2017), 18.

<sup>56</sup> Vandenborre ve Frese (2014), 588; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899; Doğan (2021), 414; Adıyaman (2017), 19; Sanlı ve Doğan (2022), 7.

<sup>57</sup> Bu hususa ilişkin olarak birçokları yerine bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 7. Kurum tarafından hazırlanan Rapor'da, zaten yerleşik teşebbüsler yararına aksak işleyen pazarın EKM kayıtları öngörülerek, pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırma kaygısının bulunduğu belirtilmiştir. Nihai Rapor, 395.

konumuna ve piyasanın durumuna göre değişiklik arz edebilecektir<sup>58</sup>. Benzer şekilde, kaydın kendi karakteristik özellikleri ile tarafların EKM kaydını sözleşmeye derç etmelerindeki amaç da kaydın rekabete etkisinin olumlu olup olmadığının tespiti bakımından önem arz eder<sup>59</sup>. Bu yüzden her ne kadar ilgili kayıtların doğurabileceği olumlu ya da olumsuz etkiler önceden ifade edilebilecek olsa da, söz konusu kayıtların rekabet hukuku açısından hukuka uygun ya da hukuka aykırı olduklarının kendiliğinden (“*per se*”) söylenemeyeceği doktrinde ittifakla kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, geleneksel EKM kayıtlarından farklı olarak platform EKM kayıtlarının piyasaya olumsuz etkisi daha fazladır<sup>61</sup>. Zira bu kayıt doğrudan tüketicinin satın aldığı ürün ya da hizmetin nihai fiyatını etkilemekte ve bu anlamı ile fiyat rekabetini sınırlandırmaktadır. Buna karşılık geleneksel EKM kayıtlarında, alıcı genellikle bir ticari işletme olduğu için, ürün ya da hizmetin tüketicilere satılacağı fiyatı belirleme serbestisine sahiptir ve bu da fiyat rekabetinin mümkün olduğunu göstermektedir<sup>62</sup>.

### III. Mukayeseli Hukukta Platform EKM Kayıtlarına Bakış

#### A. Öğretinin Yaklaşımı

İsviçre hukukunda bir görüş, dar platform EKM kayıtlarının platformlar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmadıkları için rekabet hukuku bakımından

---

<sup>58</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 8.

<sup>59</sup> Adıyaman (2017), 10.

<sup>60</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 8.

<sup>61</sup> Nitekim bu husus Yeni Kılavuz’da da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. AB Dikey Kılavuz 2022, 360. Yine benzer şekilde Kurum tarafından yayınlanan Nihai Rapor’da da ilgili husus; “*platform EKM şartı çoğu durumda toptan satış piyasalarına ilişkin olan geleneksel EKM şartından farklı olarak perakende satış fiyat ve koşullarına yönelik olduğundan, dolayısıyla alt pazardaki rekabet ile telafi edilebilir olmadığından, tüketiciler üzerinde doğrudan refah kaybına neden olabilecek niteliktedir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Nihai Rapor, 395.

Doktrinde bir görüş, ara malların tedarikinde veya platformlara ilişkin anlaşmalarda kullanılan EKM kayıtlarının pazara olan etkisinin hemen hemen aynı olduğunu ifade etmiştir. bkz. Adıyaman (2017), 9. Ancak yukarıda yer verilen gerekçelerle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

<sup>62</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 7. İlgili husus Nihai Rapor’da da ifade edilmektedir. Bu anlamda Rapor’a göre, platform EKM kayıtları doğrudan perakende satış fiyat ve koşullarına yönelik olduğundan alt pazardaki rekabet ile telafi edilebilir nitelikte değildir. Bu da tüketiciler üzerinde doğrudan bir refah kaybına sebebiyet verecektir. Nihai Rapor, 395.

sorunsuz olduğuna dair hâlihazırda geniş bir fikir birliği olduğunu ifade etmektedir<sup>63</sup>. Zira dar platform EKM kayıtları sadece perakendecinin lehine EKM kaydı öngörülen platformun hizmetlerinden ücretsiz yararlanmasını engeller.

Alman hukukunda genel olarak EKM kayıtlarının rekabete etkisinin belirlenmesinin meşakkatli olduğu ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Rekabetçi belirsizlikleri nedeniyle, EKM kayıtlarının etkilerinin ekonomik bir perspektiften vakaya özgü bir analizi gerektirdiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>. EKM kayıtlarının genellikle yalnızca belirli bir pazar veya pazarlık gücünün mevcut olması hâlinde uygulanabileceğinin unutulmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>66</sup> ve EKM kayıtlarının rekabetçi etkilerinin esasen söz konusu kayıtların pazarda ne kadar yaygın olduklarına bağlı olduğu dile getirilmiştir<sup>67</sup>.

İngiliz hukukunda da benzer bir yaklaşım olduğu ifade edilebilecektir. Genel olarak platform EKM kayıtlarının potansiyel etkilerinin kaydın bağlamına ve işleyişine bağlı olduğunu öne sürülmektedir<sup>68</sup>. Bu anlamda,

---

<sup>63</sup> Rutz (2017), 159.

<sup>64</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899.

<sup>65</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899.

<sup>66</sup> Akman (2016), 10; van der Veer (2013), 501; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899.

<sup>67</sup> van der Veer (2013), 501; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 899.

<sup>68</sup> Akman (2016), 13. Örneğin bir görüş belirli koşullar altında platform EKM kayıtlarının fiyatları artırabileceğini, ancak başka koşullar altında ise fiyatları artırmadan tüketiciler için seçenekleri artırabileceğini ifade etmiştir. Bu yönde bkz. Justin P. Johnson, “The Agency Model and MFN Clauses”, 2–4, 16–19, 21 (Working Paper 2014), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2217849>. Benzer şekilde bir başka görüş de, yerleşik platform ile yeni giren platform arasındaki ikame edilebilirliğe bağlı olarak, bu maddelerin kârlılığı artırabileceği gibi veya azaltabileceği, ayrıca girişi teşvik edebileceği gibi caydırabileceği de ifade edilmektedir. Bkz. Andre Boik ve Kenneth S. Corts, “The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry”, in *Journal Law & Economics*, Cilt: 59, 1, 105-134, <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/686971>, ET: 10.09.2022. Aynı şekilde platform EKM kayıtlarının, bunları benimseyen firma yerleşik firma olduğunda girişi engelleyebileceği, ancak bunları benimseyen firma yeni giren firma ise (ve özellikle de giren firma yüksek kaliteli, yüksek ücretli bir iş modeli işletiyorsa) girişi teşvik edebileceği ileri sürülmüştür. Yine sadece bir pazarın yoğunlaşmamış olduğu durumlarda, platform EKM kayıtlarının giriş engellerini artırabileceği veya koordinasyonu kolaylaştırabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Steven C. Salop ve Fiona Scott-Morton, “Developing an Administrable MFN Enforcement Policy”, Antitrust

platform EKM kaydından kaynaklanan rekabete aykırı bir etkinin başarılı bir şekilde tespit edilmesi için vaka bazında bir yaklaşımın uygun olduğu ifade edilmektedir<sup>69</sup>. EKM kaydının öngörülmüş olduğu bir durumda, ilgili kaydın, rekabetçi etkilerinin mi baskın olduğu yoksa rekabete aykırı etkilerinin mi daha ön planda olduğunun tespit edilebilmesi, hem kaydın düzenleniş şekline yani lafzına hem de kaydın öngörüldüğü pazarın özelliklerine bağlıdır<sup>70</sup>.

Görüleceği üzere mukayeseli hukukta öğretinin platform EKM kayıtlarına yaklaşımının genel itibari ile birbiri ile benzer olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu anlamda platform EKM kayıtları (dar ya da geniş) bakımından doğrudan anti-rekabetçi olduklarına ilişkin bir sonuca ulaşamayacağı, somut olay değerlendirilmesi yapıldığında ilgili kayıtların rekabete olumlu etkilerinin baskın olabileceği vurgulanmaktadır. Yani platform EKM kayıtlarının daha çok rekabetçi etkilerine odaklanması gerektiği belirtilmektedir<sup>71</sup>. Bu kapsamda özellikle kaydın düzenlenme amacı, düzenlenme şekli, pazarın ekonomik yapısı ile lehine kayıt öngörülen platformun pazardaki durumuna göre vaka değerlendirilmesi yapılması gerektiği ve bunun sonucuna göre platformlar lehine öngörülen EKM kayıtlarının rekabete olan etkisinin tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

## B. Rekabet Otoritelerinin ve Yargının Yaklaşımı

Mukayeseli hukukta dijital platformlar lehine öngörülen EKM kayıtları hem Avrupa Komisyonu hem de ulusal rekabet otoriteleri tarafından ele alınmıştır. Bu hususa ilişkin olarak mercek altına alınabilecek ilk dava, Apple E-Kitap davasıdır<sup>72</sup>. Davaya konu olayda, yayıncı kuruluşlar e-kitap

---

Magazine, Vol: 27, No: 2, 2013, s. 15-19, 18, dpn. 19. Son olarak EKM kayıtlarının pazar gücüne sahip büyük bir platform lehine öngörüldüğü durumlarda, EKM kayıtlarının rekabete aykırı bir amaç ve etkiye sahip olabileceğine dair daha büyük bir endişe söz konusu olduğu hususunda bkz. Salop ve Morton, 18, dpn 19.

<sup>69</sup> Akman (2016), 14.

<sup>70</sup> Akman (2016), 14.

<sup>71</sup> Akman (2016), 41; Colangelo (2017), 12; Vandenborre/Frese (2015), 337 vd.; ayrıca karş. Maren Tamke, "Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklauseln von Internetplattformen", in WuW- Wirtschaft und Wettbewerb, Cilt: 65, No: 6, 2015, s. 594-604, 594. Aksi görüşte bkz. Amelia Fletcher ve Morten Hviid, "Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM 'At its Worst'?", in Antitrust Law Journal 81(1), American Bar Association, 2016, s. 65-98, 68; Volker Soyöz, "Die kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln im Lichte der HRS-Entscheidung des BKartA", in Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, s. 447- 453, 448.

<sup>72</sup> KomE COMP/AT.39847, ABl. 2013 C 73 – E-Books. USA v. Apple Inc., 12 Civ 2862.

fiyatlarını kendilerinin belirleyebilmeleri için Apple üzerinden acentelik sistemine geçmeyi planlamış<sup>73</sup>, diğer perakendecilere verilen fiyatın Apple üzerinden sunulan fiyatlar ile eşleştirilmesi gerekmiştir. Komisyon bu olay bakımından, EKM kayıtlarının rekabet aykırı amaç ve etkisinin olabileceği sonucuna ulaşmış; fakat beş yıllık bir süre için yasaklama yapılarak EKM kayıtlarına yer verilmesini başlı başına *per se* ihlâl olarak kabul edilmeyeceğini de ortaya koymuştur<sup>74</sup>.

Üye ülkelerden birçok ulusal rekabet otoritesi otel rezervasyon platformlarının EKM kayıtlarına odaklanmıştır. Fransa, İsveç ve İtalya'daki rekabet otoriteleri, Booking.com'un oteller ile yaptığı sözleşmelerde yer vermiş olduğu EKM kayıtlarını ve Booking tarafından bu kayıtların kapsamının azaltılmasını içeren taahhütleri kabul etmiştir<sup>75</sup>. Buna göre, sözleşmenin tarafı olan oteller, odalarını başka platformlarda veya çevrimdışı olarak Booking'e verilen fiyattan daha ucuza sunabilecek iken söz konusu otellerin kendi online satış kanallarında Booking'e verilen fiyattan daha düşük fiyat vermeleri mümkün değildir<sup>76</sup>.

Eldeki konuya ilişkin olarak Alman Kartel Ofisi (*Bundeskartellamt*/BKartA) otel rezervasyon platformları lehine öngörülen her türlü EKM kaydına karşı harekete geçmiş ve bu durum Alman literatüründe<sup>77</sup> ve içtihatlarında eleştirel bir şekilde karşılanmıştır<sup>78</sup>. BKartA tarafından, online rezervasyon platformu olan HRS ve oteller arasında yapılan sözleşmelerde yer alan EKM kayıtlarının Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)'nın 101. maddesi ve Alman Rekabet Kanunu hükümleri açısından ihlâl oluşturduğuna karar verilmiştir<sup>79</sup>. İlgili EKM kayıtları incelendiğinde, HRS lehine geniş platform EKM kayıtlarının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. BKartA tarafından, ilgili EKM kayıtlarının platformlar arasındaki ve oteller arasındaki rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>80</sup>. Buna göre rakip platformlar daha düşük komisyonlarla dahi müşterilere daha

<sup>73</sup> Vandenborre ve Frese (2014), 591-592.

<sup>74</sup> Benzer yönde bkz. Adıyaman (2017), 28.

<sup>75</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904.

<sup>76</sup> Ayrıca bkz. Adıyaman (2017), 31-32.

<sup>77</sup> Silke Heinz, "Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision" in JECLAP, Cilt: 7, Sayı: 8, 2016, s. 530-536, 530.

<sup>78</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904.

<sup>79</sup> Adıyaman (2017), 28.

<sup>80</sup> Adıyaman (2017), 28-29.

ucuz fiyatları sağlayamamakta, bu da pazardaki fiyatların yükselmesine ve pazara giriş bakımından engellere neden olmaktadır<sup>81</sup>. Uyuşmazlık bakımından HRS'nin %30'dan fazla pazar payına sahip olduğu saptanmış ve HRS'nin EKM kayıtlarına uyumu sürekli olarak denetlemek suretiyle bu koşulları dayattığı kanaatine varılmıştır<sup>82</sup>. BKartA'ya göre, her ne kadar EKM kayıtları ile bedavacılık problemi sınırlandırılabilir olsa da, EKM kayıtlarının platformların ticari yatırım yapma güdüsüne çok sınırlı bir şekilde etki etmektedir<sup>83</sup>. Bu kapsamda aslında BKartA, EKM kayıtlarının öngörüldüğü durumlarda her hâlde ilgili kayıtların negatif olarak rekabete etkisinin ağır bastığını değerlendirmiştir<sup>84</sup>. Uyuşmazlık bakımından HRS'nin Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesi (*Vertical Restraints Block Exemption Regulation*) çerçevesinde kabul edilmemesinin sebebi olarak da, pazardaki güçlü konumu ile EKM kayıtlarının uygulanması için başvurduğu aktif ve agresif yöntemler gösterilmiştir<sup>85</sup>.

Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (*Competition and Markets Authority/ CMA*), motor sigortası sektörüne yönelik fiyat karşılaştırma platformları bakımından EKM kayıtlarını incelemiştir<sup>86</sup>. Karşılaştırma platformundaki fiyat ile web sitesindeki fiyat arasında fiyat eşitliğini garanti eden bir kaydın (CMA söz konusu bu kaydı dar EKM kaydı/*narrow MFN* olarak nitelendirmektedir) böyle bir platformun varlığı için gerekli olduğunu ve bu nedenle ilgili kayda rekabet açısından itiraz edilemez olduğunu kabul etmiştir. Ancak CMA'ya göre, bunun ötesine geçen bir EKM kaydı (CMA bu kaydı da geniş EKM kaydı/*wide MFN* olarak nitelendirmektedir.), farklı fiyat karşılaştırma platformları arasındaki fiyat rekabetini azaltacak ve rekabeti kısıtlama etkisine sahip olacaktır<sup>87</sup>. Yine CMA Amazon lehine öngörülen EKM kayıtlarına ilişkin yapmış olduğu soruşturmada, *Amazon Marketplace* üzerinden mallarını satan perakendecilerin her zaman platformdaki en ucuz

<sup>81</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904; Adıyaman (2017), 28.

<sup>82</sup> Adıyaman (2017), 29.

<sup>83</sup> Adıyaman (2017), 29.

<sup>84</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904; Adıyaman (2017), 29.

<sup>85</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904; Adıyaman (201), 29.

<sup>86</sup> Private Motor Insurance Market Investigation, Final Report, 24.09.2014, [https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final\\_report.pdf](https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf), ET: 15.08.2022.

<sup>87</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904.

fiyatı sunmak zorunda olduğu EKM kayıtlarına odaklanılmış, aynı zamanda Amazon'un E-Kitap yayıncılarına karşı EKM kayıtlarından kaçınmaya ilişkin vermiş olduğu önceki taahhüdün Amazon bakımından bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir<sup>88</sup>. CMA'ya göre EKM kayıtlarının rekabeti kısıtlama etkisi olmaktadır<sup>89</sup>. Bununla birlikte genel olarak geniş EKM kayıtlarının anti-rekabetçi etkilerinin sağlamış olduğu etkinliklere göre daha ağır bastığı, dar EKM kayıtları bakımından ise, her ne kadar rekabeti kısıtlayıcı etkileri gündeme gelebilecek olsa da, genel olarak etkinlik sağlama ihtimalleri göz önünde bulundurulduğunda, hukuka uygun olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir<sup>90</sup>.

Görüleceği üzere mukayeseli hukukta platform EKM kayıtlarının rekabete etkisinin nasıl ele alınacağı yüksek mahkemeler tarafından henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamış olsa da, bugüne kadar verilen kararlardan EKM kayıtlarına ilişkin bir değerlendirme çerçevesi oluşturulduğu ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Verilen kararların tamamında, iki teşebbüs arasında bir anlaşma veya uyumlu eylemin mevcut olduğu ve böylece ABİDA'nın 101. maddesinin uygulanması için alan açıldığı kabul edilmektedir. Bu anlamda mukayeseli hukuktaki rekabet otoriteleri ve yargı kararlarında, tıpkı doktrinde ifade edildiği gibi, platformlar lehine öngörülen EKM kayıtları vakalarının büyük çoğunluğunda, amaç itibarıyla rekabetin kısıtlanmadığı, dolayısıyla rekabete aykırı etkilerin münferit vakada ayrıca ispat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, 330/2010 sayılı Tüzük'ün değerlendirilmesine yönelik üye ülke rekabet otoriteleri tarafından gelen katkıların özetlendiği belgede, geniş ve dar EKM kayıtları arasında bir ayırım yapılması gerektiği, geniş EKM kayıtlarının muafiyet koşullarını taşıma ihtimalinin dar EKM kayıtlarına göre daha düşük olduğu ve Tüzük ve Kılavuz'da bu durumun yer almamasını eleştiriye açık olduğu ifade edilmiştir<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Amazon online retailer: investigation into anti-competitive practices, Case reference: CE/9692/12, 2013.

<sup>89</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 904.

<sup>90</sup> Bu hususta genel olarak bkz. CMA, Digital comparison tools Final Paper, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59e093f5e5274a11ac1c4970/paper-e-competitive-landscape.pdf>, ET: 05.09.2022.

<sup>91</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 905.

<sup>92</sup> İlgili açıklamalar için bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 21.

### C. Platform EKM Kayıtlarının Yeni Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü ve Yeni Dikey Kılavuz Bakımından İncelenmesi

Avrupa Komisyonu 10 Mayıs 2022 tarihinde Yeni Dikey Kılavuz ile birlikte Yeni Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü ("VBER") de kabul etmiştir. Hem yeni Tüzük'te hem de kılavuzda platform EKM kayıtları bakımından yeniliklerin olduğu ifade edilmelidir. Bu anlamda ilk olarak belirtilmelidir ki, VBER'in muafiyet kapsamının dışında olan anlaşmalara ilişkin 5. maddesinde açık bir şekilde platformlar lehine tanınan EKM kayıtlarına da yer verilmiştir. İlgili hükme göre, çevrimiçi aracılık hizmetleri alıcısının, rakip çevrimiçi aracılık hizmetleri aracılığıyla son kullanıcılara daha uygun koşullarda mal veya hizmet sunmamasına, satmamasına veya yeniden satmamasına neden olabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı yükümlülükler, VBER'in 2. maddesinde öngörülen muafiyet kapsamında yer almayacaktır. Görüleceği üzere platformlar lehine öngörülen ve doktrinde "geniş EKM kaydı" olarak nitelendirilen kayıtların, ABİDA'nın 101. maddesi çerçevesinde yapılacak bir incelemede doğrudan grup muafiyetinden faydalanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yani geniş EKM kayıtlarının sert kısıtlamalardan olduğu (*hardcore restrictions*) kabul edilmiştir.

Yeni Kılavuz'da da bu husus açıklanmış ve değerlendirme yapılırken geniş ve dar EKM kayıtları arasında bir ayırım yapılmıştır. Buna göre geniş EKM kayıtları, perakendecinin tüm satış kanallarına ilişkin olarak platform lehine bir kaydın öngörülmesi olarak nitelendirilmiş iken, dar EKM kaydı, yalnızca perakendecinin kendi satış kanallarına ilişkin olarak bir kaydın öngörülmesi olarak nitelendirilmiştir<sup>93</sup>. Yeni Kılavuz'a göre, VBER m. 5/1-d'de yer alan ve platformlar lehine öngörülen geniş EKM kayıtlarına ilişkin istisna dışında, tüm parite anlaşmaları (bu anlamda platformlar lehine öngörülen dar EKM kayıtları da dahil) VBER'in 2. maddesinde düzenlenen grup muafiyetinde faydalanabilir<sup>94</sup>. Yeni Kılavuz, dar ve geniş EKM kayıtları açısından grup muafiyetinden faydalanabilme noktasında yapmış olduğu ayrımı da şu şekilde açıklamaktadır:

Yeni Kılavuz'a göre, platformdan hizmet alan perakendecinin, rakip platformlar üzerinden son kullanıcılara daha uygun koşullarda mal veya hizmet satmasını engelleyen parite anlaşmalarının rekabete olumsuz etkisinin, diğer parite anlaşmalarına göre daha fazla olma ihtimali bulunmaktadır<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 358.

<sup>94</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 359.

<sup>95</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 360.

Buna göre bu şekilde platformlar lehine öngörülen geniş EKM kayıtları ilk olarak, rekabeti yumuşatabilir ve platformlar arasında gizli anlaşmaları kolaylaştırabilir. Lehine geniş EKM kaydı öngörülen platformun, pazar payını kaybetmeden aracılık hizmetlerinin fiyatını yükseltmesi veya kalitesini düşürmesi daha olasıdır<sup>96</sup>. Platformlar lehine öngörülen geniş EKM kayıtları ikinci olarak, perakendecilere ve son kullanıcılara farklılaştırılmış fiyat-hizmet kombinasyonları sunma kabiliyetlerini sınırlandırarak yeni veya daha küçük çevrimiçi aracılık hizmetleri platformlarının pazara girişini veya genişlemesini engelleyebilir<sup>97</sup>. Dolayısıyla Yeni Kılavuz'a göre bu şekildeki kayıtların rekabete etkisinin tespiti için şu hususların dikkate alınması gerekmektedir<sup>98</sup>: i) lehtar platformun pazar payı. ii) EKM kaydı ile yükümlülük altına giren perakendecilerin oranı. iii) perakendecilerin ve son kullanıcıların hedef arama davranışı (kaç tane rakip platform kullandıkları). iv) çevrimiçi platformlara ilişkin pazara giriş engelinin varlığı. v) perakendecilerin kendi doğrudan satış kanallarının etkililiği ve perakendecilerin mal veya hizmetlerini lehtar platformdan ne ölçüde kaldırabilecekleri (listeden çıkarma).

Yeni Kılavuz, dar EKM kayıtlarının ise, geniş EKM kayıtlarına kıyasla ABİDA'nın 101. maddesindeki koşulları yerine getirme olasılığının daha yüksek olduğunu ifade etmektedir<sup>99</sup>. İlgili kayıtlar VBER tarafından sağlanan güvenli limandan (*safe harbour*) faydalanmaya devam edecektir. Bunun başlıca sebebi olarak da, dar EKM kayıtlarının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin genellikle daha az şiddetli olması ve dolayısıyla etkinliklerinin daha ağır basması olasılığı gösterilmektedir. Yine doğrudan satış kanalları aracılığıyla mal veya hizmet satan perakendecilerin bedavacılık riskinin, özellikle perakendecinin doğrudan satışlarında platform komisyon maliyetlerine katlanmaması sebebiyle daha yüksek olabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, dar EKM kayıtlarının ABİDA'nın 101. maddesi anlamında etkinlik yaratmadığı durumlarda, grup muafiyetinin geri alınabileceği ifade edilmiştir. Bu durumun özellikle bedavacılık riskinin sınırlı olduğu, tüketicilerin önemli bir oranının lehtar platformu kullandığı veya etkinliğin sağlanması için EKM

---

<sup>96</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 360. Zira platformun hizmetlerinin fiyatına veya kalitesine bakılmaksızın, platformu kullanmayı tercih eden perakendeciler, platformda en az rakip platformlarda sundukları koşullar kadar iyi koşullar sunmakla yükümlüdür.

<sup>97</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 360.

<sup>98</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 361.

<sup>99</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 374.

kayıtlarının vazgeçilmez olmadığı hâllerde gündeme geleceği belirtilmiştir<sup>100</sup>. Bu kapsamda özetle Yeni Kılavuz uyarınca, platformlar lehine öngörülen dar EKM kayıtları kural olarak grup muafiyetinden faydalanabilecektir.

#### **IV. Türk Rekabet Hukuku Bakımından Platform EKM Kayıtlarının Değerlendirilmesi**

##### **A. Genel Açıklamalar**

Platform EKM kayıtları rekabet hukuku açısından incelenirken, ilk olarak sınırlamanın amaç bakımından (*by object*) mı yoksa etki bakımından (*by effect*) mı olduğunu tespit edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar mukayeseli hukukta yapılan bazı soruşturmalar çerçevesinde ilgili sınırlamanın amaç bakımından olduğu ifade edilse<sup>101</sup> de genel olarak sınırlamanın ve rekabet hukuku anlamında incelemelerin etki temelli olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere, platform EKM kayıtları, lehtar platformun pazardaki konumuna, kayıtların sözleşmeye konulma amacına ve ilgili pazar ile kayıtların karakteristik özelliklerine bakılarak rekabet hukuku açısından değerlendirmelidir<sup>103</sup>. Dolayısıyla değerlendirmenin bu kadar çok işleyişe ve kaydın lafzına bağlı olduğu ve ilgili kayıtların belirli iş modellerinin işleyebilmesi için gerekli olduğu kabulü karşısında, platform EKM kayıtlarının “doğaları gereği” rekabete zarar verdiği nedeniyle amaç bakımından kısıtlama olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, platform EKM kayıtları açısından etki temelli bir analiz gerekmektedir<sup>104</sup>.

Etki temelli bir analiz yapılırken, ilk olarak belirtilmelidir ki, kayırlan platformun her hâlde en uygun teklifleri sağlamasını sağlayan EKM+ (imtiyazlı EKM kaydı) ve perakendecinin EKM kaydının tarafı olmayan

<sup>100</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 374.

<sup>101</sup> Apple vs US, Commission Decision 2012, 87–88.

<sup>102</sup> Birçokları yerine bkz. Akman (2016), 43.

<sup>103</sup> Adıyaman (2017), 41.

<sup>104</sup> Akman (2016), 43. Doktrinde bir görüşe göre, her ne kadar Kurul’un Yemeksepeti kararında etki temelli bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği ifade edilmiş olsa da kararda, hâkimiyetin kötüye kullanılması incelemesinde geniş EKM kayıtlarına ilişkin olarak kategorik ihlâl yaklaşımı bulunmaktadır. Emin Köksal ve Şahin Ardıyok, “Diverging Approaches in Europe for the Most Favoured-Customer Clauses: How Turkish Competition Authority’s Decision for the Online Food Ordering Market Contributed” in Journal of European Competition Law & Practice 9.2, 2018, s. 119-123, 123.

platformlarda indirim yapma maliyetini daha fazla artıran geriye dönük EKM kayıtları da, tüketiciye zarar verme olasılıklarının daha fazla olması nedeniyle, pazarda daha fazla rekabetçi endişe oluşturabilecektir<sup>105</sup>.

Yine platformlar lehine öngörülen geniş ve dar EKM kayıtlarının pazara etkisi benzer değildir. Geniş EKM kayıtlarının bulunduğu durumlarda, lehine EKM kaydı öngörülen platform herhangi rekabetçi bir kaygı yaşamadan ve pazar payını kaybetmeden komisyon oranlarını artırabilir<sup>106</sup>. Platformlar lehine öngörülen geniş EKM kayıtları ikinci olarak, perakendecilere ve son kullanıcılara farklılaştırılmış fiyat-hizmet kombinasyonları sunma kabiliyetlerini sınırlandırarak yeni veya daha küçük çevrimiçi aracılık hizmetleri platformlarının pazara girişini veya genişlemesini engelleyebilir<sup>107</sup>. Ayrıca geniş EKM kayıtları, perakendeciye maliyeti daha az olan platformda daha az fiyat uygulamaktan vazgeçirerek, tüm platformlarda aynı satış fiyatına yönlendirebilir<sup>108</sup>. Son olarak, geniş EKM kayıtlarının pazarda bir kez kullanılması durumunda, diğer platformlar da benzer ayrıcalıklardan faydalanmak ister ve bunun sonucunda da piyasada fiyat katılığı çıkabilir<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Adıyaman (2017), 41; Salop ve Morton (2013), 18. İlgili husus Kılavuz'da da açık bir şekilde dile getirilmektedir. Bkz. Kılavuz, 224.

<sup>106</sup> van der Veer (2013), 502-504; Boik ve Courts (2016), 128; Nihai Rapor, 400-402; Sanlı/Doğan, 8; AB Dikey Kılavuz 2022, 360.

Pazardaki komisyon oranlarına bağlı olarak devam eden rekabetin azalması ise, fiyatların artmasına yol açacağı yönünde bkz. Nihai Rapor, 402.

Geniş EKM kayıtlarına ilişkin yaklaşımın geçit bekçisi niteliğindeki platformlar lehine öngörülen dar EKM kayıtları bakımından da öngörülmesi gerektiği yönünde bkz. Nihai Rapor, 448.

<sup>107</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 360. Yine İngiliz Rekabet Otoritesi CMA tarafından hazırlanan ve fiyat karşılaştırma platformlarını konu alan Rapor'da da bu husus vurgulanmıştır. bkz. CMA, Digital comparison tools Final Paper, s. 39, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59e093f5e5274a11ac1c4970/paper-e-competitive-landscape.pdf>, ET: 05.09.2022. Zira yeni platformlar düşük komisyonla çalışmayı kabul etseler dahi, daha düşük uygun fiyatı sunamayacakları için pazara giremeyeceklerdir. Bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 9. Bu durumun özellikle lehine geniş EKM kaydı tanınan platformun “geçit bekçisi” konumunda olduğu durumlarda gündeme geleceği yönünde bkz. Nihai Rapor, 428. Geçit bekçisi niteliğinde olmayan platformlar bakımından öngörülen geniş EKM kayıtları bakımından ise etkinlik değerlendirilmesi yapılması gerektiği yönünde bkz. Nihai Rapor, 428.

<sup>108</sup> Nihai Rapor, 421.

<sup>109</sup> Doğan (2021), 412; Sanlı ve Doğan (2022), 9; Nihai Rapor, 423.

Yine bu tür anlaşmalar rekabeti yumuşatabilir ve bu yolla rakipler arasında gizli anlaşmaları kolaylaştırabilir<sup>110</sup>.

Doğrudan satış kanalına yönelik olan dar EKM kayıtlarının ise piyasaya olumsuz etkisi daha sınırlıdır. Bunun en temel sebebi, dar EKM kayıtlarının yalnızca perakendecinin doğrudan satış kanallarına yönelik olmasıdır. Yani perakendeci kural olarak rakip platformlarda satış fiyatını belirlemede özgürdür<sup>111</sup>. İlk olarak lehine dar EKM kaydı öngörülen platformun rekabetçi endişeler taşımaksızın komisyon oranlarını artırması gündeme gelmez<sup>112</sup>. Hatta platformlar arası komisyon bağlamında bir rekabet olur ve komisyon oranları düşerse, bu durumun tüketici açısından fiyatları da düşüreceği kabul edilebilir<sup>113</sup>. Yine doğrudan satış kanalları aracılığıyla mal veya hizmet satan perakendecilerin bedavacılık riski, özellikle perakendecinin doğrudan satışlarında platform komisyon maliyetlerine katlanmaması sebebiyle daha yüksektir ve bu yüzden dar EKM kayıtlarının rekabet karşıtı amaç güdülmeksizin ekonomik etkinlikler sağladığını da ifade etmek gerekir<sup>114</sup>. Bununla birlikte lehine dar EKM kaydının öngörüldüğü platformun pazar payının yüksek olması durumunda, platform açısından rekabetçi endişe yaratabilecek tek kaynak olan doğrudan satış kanalından gelecek baskı engellenir. Bu yüzden platform yine komisyon oranlarını herhangi rekabetçi bir kaygı taşımadan artırabilecektir<sup>115</sup>. Yine dar EKM kaydı öngören perakendecinin doğrudan satış kanalının önemli olduğu ve markalar arası rekabetin zayıf olduğu piyasalarda, ilgili kayıtlar rekabetin azalmasına sebep

<sup>110</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 360. Ayrıca bkz. CMA, Digital comparison tools Final Paper, s. 38.

<sup>111</sup> Sanlı ve Doğan (2022), s. 10.

<sup>112</sup> Ezrachi (2015), 507; Sanlı ve Doğan (2022), 12. Dar EKM kayıtlarına ilişkin zarar teorileri bakımından detaylı bilgi için bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 11-17.

<sup>113</sup> Bu yönde bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 12.

<sup>114</sup> AB Dikey Kılavuz 2022, 374; Sanlı ve Doğan (2022), 10. Bununla birlikte Kurum tarafından hazırlanan Rapor'da, lehine EKM kaydı öngörülen platformun ilgili kısıtlamaları yan hizmetlerin sürekliliğini sağlamak yerine, pazardaki rekabetten korunmak ve rekabetin azalmasından menfaat elde etmek amacıyla kullanabilme ihtimali karşısında, EKM kaydı açısından ifade edilen en temel rekabetçi faydaya da temkinli bir şekilde yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Nihai Rapor, 437.

<sup>115</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 13. İngiliz Rekabet Otoritesi CMA tarafından hazırlanan ve fiyat karşılaştırma platformlarını konu alan Rapor'da da, bu hususa değinilmektedir. Rapor'a göre, perakendecinin kendi satış kanalında fiyatlarını düşürmeksizin rakip platformlarda da fiyat düşürme güdüsüne sahip olmaması yani dar EKM kaydının geniş EKM kaydı etkisi göstermesidir. CMA, Digital comparison tools Final Paper, 43-44.

olabilir<sup>116</sup>. Buna karşılık markalar arası rekabetin fazla olduğu bir durumda yine dar EKM kaydının anti-rekabetçi etkileri az olacaktır<sup>117</sup>. Ek olarak, lehine dar EKM kaydı öngörülen platformun perakendeci için vazgeçilmez ve tüketicilerin çoğunluğu bakımından perakendecinin doğrudan satış kanallarına ikâme nitelikte ise, dar EKM kaydının geniş EKM kaydı gibi etkiler göstermesi muhtemeldir<sup>118</sup>.

## **B. Platform EKM Kayıtlarına İlişkin İncelemenin Hangi Hüküm Çerçevesinde Yapılması Gerektiği Sorunu**

### **1. Platformların Bağımsız Teşebbüs Olup Olmadığı Ön Sorunu**

Mukayeseli hukukta temel olarak platform EKM kayıtlarına ilişkin soruşturmalar ve değerlendirmeler ABİDA'nın 101. maddesi (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 4) çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu anlamda yukarıda ifade edildiği üzere temel kabul, platformların perakendecilerden bağımsız bir teşebbüs olduğu yönündedir. Bununla birlikte doktrinde bir görüş bu temel kabulü sorgulamakta ve platformların da rekabet hukuku anlamında acente olarak kabul edilebileceklerini ve bu yüzden uygulama alanı bulabilmesi için en az iki teşebbüsün bulunması gereken ABİDA'nın 101. maddesinin platform EKM kayıtlarının rekabete uygunluğu tespit edilirken uygulama alanı bulmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Türk hukuku açısından bakıldığında, doktrinde bir görüş tarafından platformların acente olarak kabul edilemeyeceği gerekçe belirtilmeksizin ifade edilmiştir<sup>120</sup>. Dolayısıyla platform EKM kayıtlarının rekabet hukuku açısından incelenmesi sırasında, incelemenin hangi hükümler çerçevesinde yapılması durumunda daha doğru sonuçları alınabileceği hususu kısmen de olsa platformların rekabet hukuku bakımından hukukî niteliğine bağlıdır. Zira platformların acente olarak değerlendirilmesi durumunda genel olarak RKHK'nın 4. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı gibi bir sonuca

---

<sup>116</sup> Ezrachi (2015), 508; Sanlı ve Doğan (2022), 16.

<sup>117</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Sanlı ve Doğan (2022), 15.

<sup>118</sup> Nihai Rapor, 430.

<sup>119</sup> Akman (2016), 25 vd.

<sup>120</sup> Adıyaman (2017), 44.

ulaşılması kaçınılmazdır. Çünkü -kural olarak<sup>121</sup>- acente olarak platformlar perakendeciler ile birlikte ekonomik bir bütünlük teşkil edecek ve farklı bir teşebbüs olarak nitelendirilemeyecek ve hükmün uygulanma şartı olan iki farklı teşebbüs arasında bir 'anlaşma'dan söz edilemeyecektir<sup>122</sup>. Buna karşılık platformların acente olmadığı, perakendecilerden bağımsız bir teşebbüs niteliğinde olduğu kabul edildiğinde ise, en az iki teşebbüs söz konusu olduğu için platform lehine tanınan EKM kaydının rekabet hukuku bakımından incelenmesi RKHK'nın 4. maddesi çerçevesinde de yapılabilecektir.

Kurul tarafından verilen *Booking.com Kararı*'nda Booking.com'un konaklama tesislerinin acentesi olup olmadığı hususu ayrıca RKHK'nın 4. maddesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı bağlamında tartışılmıştır. Kurul, konaklama tesislerinin Booking.com'un ticari kararlarına herhangi bir etkide bulunmadığı, Booking.com'un kendi faaliyetlerinin ekonomik risklerine katlandığı ve taraflar arasındaki sözleşmeye bakıldığında ilişkinin acentelik olarak nitelendirilmesini sağlayacak herhangi bir hükmün bulunmadığı gerekçeleriyle Booking.com'un konaklama tesislerinin acentesi olmadığı kanaatine ulaşmıştır<sup>123</sup>. Yine yukarıda da ifade edildiği BKartA tarafından, platformların gerçek anlamda acente olmadığı, zira EKM

<sup>121</sup> Acentenin müvekkili namına yaptığı işlerden kaynaklanan ticari ve mali riskleri üzerinde taşıdığı durumlarda acente ve müvekkilin bu şekilde tek bir teşebbüs olarak ele alınması söz konusu olmayacaktır.

<sup>122</sup> Belirtmek gerekir Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da da belirtildiği üzere, bu sonuca ulaşılması için acentenin yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir ticari ya da ekonomik bir risk almıyor olması gerekmektedir. Bu gibi hâllerde acentenin faaliyetleri müvekkilinin faaliyetlerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bkz. Kılavuz, 10.

Bu kapsamda acentenin kendi ticari ve mali risklerinin aldığı durumlarda artık bağımsız olduğu kabul edilir ve yapılan sözleşme RKHK'nın 4. maddesi kapsamına girebilir. Bkz. Kılavuz, 10.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen bir kararda da bu husus teyit edilmektedir. İlgili kararda, tarafların farklı kişiler olması gibi şekli hususlar acentenin bağımsızlığı bakımından karar verici nitelikte değildir. Bunun için, pazar içerisindeki faaliyetlerinin değerlendirme altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Acente, eğer müvekkili için yaptığı işlemlerin riskini kendisi taşıyorsa ve müvekkilinin yardımcı bir organı imiş gibi hareket ediyorsa, bağımsız bir teşebbüs kimliğini kaybeder. Bu yüzden kilit nokta, acentenin üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin ekonomik ve ticari olarak taşıyıp taşımadığıdır. Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Case C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía Española de Petróleos SA, 2006 E.C.R. I-12018, 38.

<sup>123</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 276.

kayıtlarının müvekkilden kaynaklı olarak herhangi bir rekabet sınırlaması getirmediği, aksine platformdan kaynaklandığı ifade etmektedir. BKartA ek olarak, platformun reklam yatırımları, oteller ile bağlantı kurmak, websitesi yapmak ve internet sağlayıcıları ile anlaşmalar yapmak gibi kendi finansal ve ekonomik riskini taşıdığını ifade etmektedir. Yine platformun sadece bir müvekkil için değil 250.000 otel için aracılık yaptığını ve bu da ilgili platformun tamamen bağımsız olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Alman doktrinde BKartA'nın bu yaklaşımı desteklenmektedir. Platformların gerçek anlamda acente olarak nitelendirilemeyeceği, zira bir kişinin acente olarak nitelendirilebilmesinin müvekkili tarafından kendisine verilen faaliyetlere ilişkin finansal ve ticari riski taşıyıp taşımadığına bağlı olduğu ifade edilmekte ve platformların ticari ve ekonomik olarak riski üzerlerinde taşıdığı ifade edilmektedir<sup>124</sup>.

Buna karşılık doktrinde *Akman*, BkartA'nın bu yaklaşımını eleştirmektedir. Buna göre ilk olarak bir kişinin acente olarak nitelendirilmesi, rekabete aykırı sınırlandırmayı kimin yaptığına göre belirlenemez<sup>125</sup>. İkinci olarak platformun belirli yatırımlar yapması tek başına rekabet hukuku anlamında bağımsız olduğu sonucunu doğurmaz, zira acentelik mesleğinin zaten bir meslek olarak masrafları ile kendi ekonomik riskleri bulunmakta ve bu masrafları yapılan işi acentelik olmaktan çıkarmamaktadır<sup>126</sup>. Dahası BkartA'nın kararında kıyas için kullanmış olduğu karar ile online platformların durumu tamamen farklıdır. Zira platformların tüketicinin kararını etkilemek noktasında aktif bir rolü ya da fiili bulunmamaktadır. Platformlar salt tüketicinin talebine göre ilgili ürünleri listelemekte, tercih tüketicieye bırakılmaktadır<sup>127</sup>. Yine son olarak Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesi'ne göre, bir kişinin acente olarak nitelendirilmesi kaç kişiye aracılık ettiğine bağlı değildir. Bu görüşe göre, müvekkil adına yapılan veya müzakere edilen sözleşmeyle ilgili olarak, faaliyet alanına yönelik pazara özgü yatırımlarla ilgili olarak ve müvekkil tarafından aynı ürün pazarında üstlenilmesi gereken diğer faaliyetlerle ilgili olarak herhangi bir risk taşımaması veya yalnızca önemsiz riskler taşıması hâlinde, yapılan sözleşme acentelik sözleşmesi olarak nitelendirilecektir<sup>128</sup>. Dolayısıyla, sözleşme

<sup>124</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 905.

<sup>125</sup> Akman (2016), 26.

<sup>126</sup> Akman (2016), 27.

<sup>127</sup> Akman (2016), 28.

<sup>128</sup> Akman (2016), 31. Gelirinin başarısına bağlı olması riskinin veya tesis ya da personele yapılan genel yatırımlar gibi genel olarak acentelik hizmetleri sağlama faaliyetiyle

konusu malların mülkiyetinin acenteye geçmediği veya acentenin sözleşme konusu hizmetleri bizzat yerine getirmediği ve acentenin mal veya hizmet tedarikine ilişkin maliyetlere katkıda bulunmadığı; sözleşme konusu malların stoklanması yükümlülüğü bulunmadığı; aracılık yapılan ürünlerden kaynaklanan zararlar için üçüncü kişilere karşı sorumluluk üstlenilmediği durumlarda, sözleşmenin genellikle acentelik sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>129</sup>. Bu yüzden bu görüş sonuç olarak, rekabet hukuku anlamında platformların gerçek anlamda acente olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Zira platformlar, mal veya hizmetleri tekrar satmak üzere perakendeciden satın almaz; ürünlerin fiyatını belirlemez; komisyon al(a)mamak dışında ürünlerin satılmamasına ilişkin herhangi bir risk taşımaz ve en önemlisi platformlar üçüncü kişilerle yapılan satışlar veya sözleşmenin ifasıyla ilgili herhangi bir mali veya ticari risk üstlenmez. Bu kapsamda bu görüşe göre, üçüncü kişi ile platform arasındaki ilişkinin hukuken acentelikten başka bir şekilde açıklanabilmesi mümkün değildir<sup>130</sup>.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da acente için 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki tanıma yer verilmiştir. TTK'nın 102. maddesine göre ise; *“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.”* Bu tanımlar çerçevesinde, perakendecilerin tacir olduğu ihtimallerde<sup>131</sup> platformların perakendecinin acentesi olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür<sup>132</sup>. Zira acentelik bakımından TTK'da öngörülen unsurlar olan, i) bağımsızlık ve süreklilik, ii)

---

ilgili risklerin bu değerlendirme için önemli değildir olmadığı yönünde ayrıca bkz. Akman (2016), 31.

<sup>129</sup> Akman (2016), 31-32.

<sup>130</sup> Akman (2016), 32-33. Yine Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading*)'nin Booking.com/Expedia/IHG kararında, online seyahat acentelerinin otellerin acentesi olduğu belirtilmiştir<sup>130</sup>. Benzer şekilde İngiliz Rekabet Komisyonu fiyat karşılaştırma sitelerinin aracılık yaptıkları poliçeler üzerinden ücret kazanmaları ve satış bedellerini belirlemedikleri sebepleriyle acente olarak nitelendirmektedir. Bkz. Akman (2016), 27.

<sup>131</sup> Zira tacir yardımcısı olan acenteden bahis için müvekkilin tacir sıfatını haiz olması gerekmektedir.

<sup>132</sup> Benzer yönde detaylı inceleme için bkz. Kadir Baş, “Online Platformların Acentelik Niteliği ve Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması” in BATİDER, C. XXXIII, Sa. 4, 2017, s. 115-153, 133.

müvekkilin sözleşmelerine aracılık etme ya da bunları müvekkil nam ve hesabına yapmak, iii) meslek edinme unsurlarının tamamı platformlar bakımından da söz konusudur<sup>133</sup>. Dolayısıyla gerek doktrinde ve gerekse Kurul tarafından ifade edilen platformların hukukî niteliğinin acente olmadığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Bu anlamda kural olarak gerekli şartları ihtiva etmesi durumunda platformlar ile perakendeci arasında imzalanan platform sağlama sözleşmeleri de TTK'nın 102. maddesi gereğince acentelik sözleşmesidir. Bununla birlikte platformlar ile geleneksel acenteler bakımından ciddi bir farklılığın bulunduğunu da ifade etmek gerekir. Zira geleneksel acentelikte, acente zayıf konumda iken, platformların söz konusu olduğu durumlarda güçlü konumda olan platformdur ve platform hem perakendeci ile arasındaki sözleşmelere hem de perakendeci ile tüketici arasındaki sözleşmelere müdahale etme gücüne sahiptir. Yine geleneksel acentelikte, taraflar arasında güven ilişkisi ve bununla ilintili olarak acentenin tekel hakkı bulunuyorken; platformlar ile perakendeciler arasında ilişkide tekel hakkı bulunmamakta ve taraflar arasındaki ilişkinin sınırlı kalması sebebiyle güven ilişkisi kurulmamaktadır<sup>134</sup>. Dolayısıyla ekonomik olarak platformlar ile geleneksel acenteler birbirleri ile büyük ölçüde farklılaşmaktadır. Ne var ki platformların TTK'nın 102. maddesinde ifade edilen unsurları taşıması sebebiyle, söz konusu bu ekonomik farklılıklar

---

<sup>133</sup> Genel olarak belirli bir yer veya bölgenin acente için tahsisi de acentelik sözleşmesinin unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Ancak TTK'nın 104. maddesi çerçevesinde tekel hakkı taraflarca kaldırılabilmesi için, hâkim yaklaşım ilgili unsurun acentelik sözleşmesi bakımından zorunlu bir unsur olmadığı kanaatindedir. Bu yönde bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 219; Arslan Kaya, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik, (İstanbul: Beta, 2016), 10; Baş, s. 127. Bununla birlikte karşı görüş için bkz. Şaban Kayıhan, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, (Ankara: Seçkin, 2011), 39-40; Kaldı ki unsur olarak kabul edilmesi hâlinde dahi, platform faaliyetlerinin internet ile sınırlı olması sebebiyle, bu şart da sağlanmış olacaktır. Bu yönde bkz. Baş (2017), 133.

Yine ücretin de acentelik sözleşmesinin bir unsuru olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bununla birlikte platformlar bakımından zaten perakendeciler tarafından platformlara bir komisyon ödendiği için, ilgili tartışmadan bağımsız olarak bu unsurun da var olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte taraflar arasında ücret ödenmeyeceği hususunun açıkça kararlaştırıldığı durumlarda, TTK'nın 120. maddesinin 2. fıkrası uyarınca acentelik sözleşmesinden bahsin mümkün olmadığı yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. Baş (2017), 133.

<sup>134</sup> Baş (2017), 135-136.

hukuken platformların farklı bir şekilde nitelendirilmesi sonucunu doğur(a)mamaktadır<sup>135</sup>.

Platformların hukukî niteliklerinin acente olarak nitelendirilmesi yukarıda da ifade edildiği üzere RKHK'nın 4. maddesinin uygulanma alanı bulmasını sorgulanabilir hâle getirmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce platformlar özelinde RKHK'nın 4. maddesi yine de uygulama alanı bulabilecektir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, 4. maddenin uygulanmaması için, acente olarak platformlar perakendeciler ile birlikte ekonomik bir bütünlük teşkil etmesi ve farklı bir teşebbüs olarak nitelendirilememesi gerekmektedir. Oysaki her ne kadar platformlar hukuken acente olsa da ekonomik olarak geleneksel acentelerden çok farklı şekillerde yapılanmaktadır. Bunun sonucu olarak platformlar aracılık faaliyetini yürütürken, yaptıkları faaliyetin tüm ticari ve mali riskini kendi üzerlerinde taşımaktadır. Bu da platformları geleneksel acentelerden ayırmakta ve platformların 4. madde çerçevesinde bağımsız birer teşebbüs olduğunu göstermektedir.

## 2. Öğretideki Yaklaşımlar

Platformların gerçek anlamda acente olmadıkları ifade edilen Alman doktrininde, platformlar lehine öngörülen EKM kayıtlarının rekabete aykırılık teşkil edip etmediği sorunu, temel olarak ABİDA'nın 101. maddesi çerçevesinde yapılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir bu husustaki görüşlerin birçoğu henüz Komisyon tarafından Yeni Kılavuz ve VBER yayınlanmadan serdedilmiş ve açıklamalar 2010 tarihli Kılavuz'a ve eski VBER'e dayanmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak perakendeci ile platform arasındaki ilişkinin dikey bir ilişki olduğu ve eski VBER'in uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir<sup>136</sup>. Bununla birlikte platform lehine öngörülen kayıtlara ilişkin anlaşmalar bakımından eski VBER anlamında bir grup muafiyetinin

---

<sup>135</sup> Baş (2017), 136. Dolayısıyla platform sağlama sözleşmelerine geleneksel acentelik düşünülerek getirilen hükümlerin uygulanmasının işin niteliğine ve taraf iradelerine aykırı hukukî sonuçlar meydana getireceği yönünde bkz. Baş (2017), 149.

Bu anlamda BKartA'nın da ekonomik farklılıklardan yola çıkarak platformların acente olamayacağı sonucuna ulaşması kanaatimizce hatalıdır.

<sup>136</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 907. Benzer yönde bkz. Friso Bostoen, "Most Favoured Nation Clauses: Towards An Assessment Framework under EU Competition Law", in CoRe 3, 2017, s. 223-236, 228; Akman (2016), 33.

söz konusu olup olamayacağı Alman doktrinde tartışmalıdır<sup>137</sup>. Bir görüşe göre grup muafiyeti uygulama alanı bulamaz, zira platformlar bağlamında yapılan dikey anlaşma ile rekabetin dikey olarak kısıtlanması arasında içsel bir bağlantı bulunmamaktadır<sup>138</sup>. Buna karşılık aksi görüş, VBER'in uygulanması için böyle bir bağlantının gerekli olmadığını belirtmiştir<sup>139</sup>. Bu görüş tarafından aynı zamanda EKM kayıtlarının VBER m. 4/a çerçevesinde sert bir kısıtlama (*hardcore restrictions*) olup olmadığı da tartışılmış<sup>140</sup>; genel olarak platform EKM kayıtlarının VBER'in 4. maddesinin (a) bendi kapsamına girmediği ve dolayısıyla VBER'in uygulanmasına ilişkin koşulların yerine getirilmesi kaydıyla bu anlaşmaların kural olarak muafiyetten faydalanabileceği sonucuna ulaşılmıştır<sup>141</sup>. Bununla birlikte, platformlar bağlamında pazar paylarının hesaplanmasının da muafiyet için genel olarak önemli olduğunun unutulmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>142</sup>. Yine Alman doktrinde bir görüş, platform EKM kayıtlarına ilişkin olarak, VBER bağlamında şekilci bir şekilde değerlendirilme yapılmasının, bu olgunun karmaşık rekabetçi doğasını yeterince dikkate almadığını ifade etmiştir<sup>143</sup>.

İngiliz hukukunda temel olarak platform EKM kayıtlarının rekabet hukuku bakımından incelenmesi esnasında başvuru hükmünün ABİDA'nın 101. maddesi olduğu görülmekle birlikte, doktrinde bir görüş, platform EKM kayıtları açısından uygun olan hükmün ABİDA'nın 102. maddesi olduğunu belirtmektedir<sup>144</sup>. Bu görüşün gerekçeleri ise şu şekilde sıralanabilir: İlk olarak platformların acente olup olmadıklarına ilişkin tartışma, ABİDA'nın 102.

---

<sup>137</sup> Uygulanabileceği yönünde bkz. Steffen Nolte in Bunte Kartellrecht Kommentar, (München: Luchterhand, 2021), AEUV Nach Art. 101 Nr. 818; Anne Caroline Wegner ve Sven Leif Erik Johanssen in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2013), Vertikal-GVO Art. 4 Nr. 15; uygulanabilirliğe şüpheli bakan için bkz. Wolfgang Kirchhoff in Wiedemann Handbuch des Kartellrecht, (München: C.H. Beck, 2020), § 12 Nr. 8; uygulanamayacağı yönünde bkz Fiebig (2013), 825.

<sup>138</sup> Fiebig (2013), 825; karşı görüş için bkz Tamke (2015), 600.

<sup>139</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 907.

<sup>140</sup> Kurth (2003), 33 vd.; platformlara odaklanan için bkz. Zimmer ve Blaschczok (2014), 187; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 907.

<sup>141</sup> Soyez (2014), 449; Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 907; karşı görüş için bkz. Fiebig (2013), 825; gerçek ve gerçek olmayan EKM kayıtları bakımından ayırım için bkz Tamke (2015), 602-603.

<sup>142</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 907.

<sup>143</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 908.

<sup>144</sup> Akman (2016), 43.

maddesi uygulandığında aşılacaktır. Zira ilgili hükmün uygulanabilmesi açısından “iki teşebbüsün” bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. İkinci olarak 102. madde çerçevesinde yapılacak bir inceleme, tartışmanın odak noktasını pazar gücünün varlığı ve kullanılması şeklinde değiştirmektedir. Bu görüş sonuç olarak, platform EKM kayıtlarının değerlendirilmesi bakımından 102. maddesinde düzenleme altına alınan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının daha uygun yasal araçlar sağladığını ve hukuken daha yerinde bir hüküm olduğunu belirtmektedir<sup>145</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere Komisyon tarafından kabul edilen VBER ve Yeni Kılavuz’da da platform EKM kayıtlarının rekabet hukuku açısından mercek altına alınırken dikkate alınan hüküm olarak ABİDA’nın 101. maddesi tercih edilmiştir.

Türk doktrininde ilgili soruna ilişkin olarak açıkça bir tercih yapılmış olduğu tespit edilmemiş olup, genel olarak üye ülkelerin rekabet otoriteleri tarafından yapılan soruşturmalar, 101. maddenin Türk hukukundaki karşılığı olan RKHK’nın 4. maddesi dikkate alınarak incelemeler yapılmıştır<sup>146</sup>.

### **3. Rekabet Kurulu’nun Platform EKM Kayıtlarına İlişkin Vermiş Olduğu Kararlardaki Yaklaşımı**

Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından yapılan soruşturmalar ve verilen kararlarda tespit edilebildiği kadarıyla hem teşebbüsler arası rekabete aykırı anlaşmaların yasaklandığı RKHK’nın 4. maddesi çerçevesinde hem de hâkim teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmasının yasaklandığı RKHK’nın 6. maddesi bakımından değerlendirmelere yapılmıştır. Her ne kadar Kurul’un çalışma konusuna ilişkin olarak çok fazla kararı bulunmasa da<sup>147</sup>, hem güncel olması hem AB çevrelerinde platformlar bakımından para cezası yaptırımının uygulandığı ilk kararlar olması<sup>148</sup> hem de incelemenin hangi hüküm çerçevesinde yapıldığı bağlamında iki ayrı kararda iki farklı kanun hükmünün

<sup>145</sup> Akman (2016), 53.

<sup>146</sup> Ardiyok (2021), 5-6; Adıyaman (2017), 42 vd.; Sanlı ve Doğan (2022), 19.

<sup>147</sup> Kurul tarafından Türkiye’de ilk EKM kayıtlarına ilişkin incelemenin Sony/Arçelik kararı olduğu ifade edilmektedir. Karar için bkz. Rekabet Kurulu’nun 08.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı kararı.

<sup>148</sup> Bunun sebebi olarak Türkiye’de 4. ve 6. maddelerin uygulanmalarına yönelik bir taahhüt mekanizmasının bulunmaması gösterilmektedir. Bu yönde bkz. Ardiyok (2021), 4.

uygulanması sebepleriyle, *Booking.com* ve *Yemek Sepeti* kararları incelenecektir.

#### a. Rekabet Kurulu'nun Yemek Sepeti Kararı

Karara konu olayda *Yemek Sepeti* 2005 yılından bu yana, üye restoranlara, “*kendi işyerindeki liste fiyatları, dönem dönem uyguladığı kampanyalar, telefonla sipariş veren müşterilere sunduğu paket servis ürün fiyatları ve yine paket servisinde geçerli tüm ödeme şekilleri*” gibi konularda *Yemek Sepeti*'ne de aynı uygulamalarda bulunma yükümlülüğü getirmekte ve buna uymayan restoranın üyeliği süreli olarak askıya alınmakta, “ihlalin” devamı veya restoranın ürün fiyatlarını fazla bildirdiğinin tespiti halinde sözleşme feshedil(ebil)mektedir. 2014 yılı sonrasında ise, restoranlara getirilen yükümlülüğün kapsamı interaktif televizyon, internet sitesi, telefonla sipariş alma, facebook, twitter gibi farklı mecralar ve benzeri her tür kanala genişletilmiştir<sup>149</sup>.

Kurul söz konusu kararda değerlendirmeyi RKHK'nın 6. maddesi çerçevesinde yapmış ve *Yemek Sepeti* ile restoranlar arasındaki sözleşmelerde yer alan geniş EKM kayıtlarının rekabete aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca ulaşırken ilk olarak, pazara ilk giren olması sebebiyle platformların sağlamış olduğu ağ etkisiyle birlikte, *Yemek Sepeti*'nin ilgili pazarda hâkim konumda olduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte ihlal kararı verilirken taraflar arasındaki sözleşmelerde yer alan geniş EKM kaydına ek olarak, *Yemek Sepeti* tarafından gösterilen agresif tavır/takiple ilgili koşulların restoranlara dayatıldığı gösterilmiştir<sup>150</sup>. Kurul, geniş EKM kaydı sebebiyle rakiplerin pazara giremediği, girseler dahi pazarda uzun süre kalamadığı, *Yemek Sepeti*'nin sahip olduğu ağ etkileri ile birlikte dışlayıcı etkiler doğurduğu sonuçlarını ulaştırmıştır<sup>151</sup>. Bununla birlikte Kurul dar EKM kayıtlarının ise rekabete aykırılık teşkil etmediği ve bu

<sup>149</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı.

<sup>150</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı, 166. İlgili karar doktrinde bir görüş tarafından üç noktada eleştirilmiştir. İlk olarak, Kurul'un kararda iki taraflı pazarın yapısını da dikkate alarak doğru bir pazar belirlemesi yapmadığı ifade edilmiştir. İkinci olarak, Kurul'un dışlayıcı etkiyi ampirik bir şekilde ortaya koyamadığını ve bu anlamda dışlayıcı etkinin kaynağının geniş EKM kaydı mı yoksa platformun ağ etkisi mi olduğu tespit edilmediği belirtilmiştir. Son olarak da AB uygulamalarının aksine para cezası öngörülmesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Köksal ve Ardiyok (2018), 123.

<sup>151</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı 161.

bağlamda taraflar arasında yer alan sözleşmelerden çıkarılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşmıştır<sup>152</sup>.

### **b. Rekabet Kurulu'nun Booking.com Kararı**

Kurul'un *Booking.com Kararı*'nda ise, çalışmada ele alınan soruna değinilmekte ve platform EKM kayıtlarının öngörüldüğü durumlarda RKHK'nın 4. ve 6. maddelerinin kümülatif bir şekilde gündeme gelebileceği değerlendirilmiştir<sup>153</sup>. Kurul tarafından verilen kararda, EKM kayıtlarına ilişkin potansiyel anti-rekabetçi etkilerin teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü ile doğru orantılı olduğu ve bu türden kayıtlara yönelik yapılan değerlendirmelerde, münhasır anlaşmalarda da olduğu gibi, hangi kanun maddesi çerçevesinde ele alınırsa alınsın benzer değerlendirmelerin yapıldığı, yapılan değerlendirmelerin, her koşulda, temelde uygulamanın rakiplerin pazara erişimini, fiyat katılığına yol açarak marka içi ve markalararası rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığına odaklandığı belirtilerek, Booking.com lehine öngörülen EKM kayıtları 4. madde kapsamında değerlendirilmiştir<sup>154</sup>.

Karara konu olayda, konaklama tesislerinin, alacakları tüm doğrudan rezervasyonlardaki fiyatlar veya aracılık hizmeti sunan tüm teşebbüslere verdikleri perakende fiyatlar ile karşılaştırıldığında Booking.com'a her zaman aynı veya daha iyi tahdit ve koşullar sunmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, aynı sözleşmelerde, "En İyi Fiyat Garantisi"nin tanımı yapılmış olup ilgili tanımdan konaklama tesislerinin Booking.com'a eşdeğer bir odaya ait daha iyi bir fiyatın internette bulunmayacağı yönünde taahhüt verdikleri anlaşılmakta ve tüketiciler tarafından aksi bir durumun tespit edilmesi ve Booking.com'a iletilmesi hâlinde, konaklama tesisi iki fiyat arasındaki farkı konuğa ödemek ve platformdaki fiyatları taahhüde uygun hale getirmek ile yükümlüdür<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı 170.

<sup>153</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı.

<sup>154</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 272.

<sup>155</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 281. Sözleşmenin 7.2. maddesinde ise, ilgili hükümlere uymamanın yaptırımını düzenlenmiş ve sözleşme tarafının, diğer tarafın sözleşme koşullarından herhangi birini (örneğin ödemede gecikme, ödeme aczi, kur parite garantisinin ihlali, yanlış bilgi verilmesi veya konuklardan önemli boyutlarda şikâyet gelmesi) maddi anlamda ihlal etmesi durumunda, ihlal bildirimini yapması gerekmeksizin sözleşmenin derhal geçerli olabilecek şekilde feshedilebileceği ve konaklama tesisinin platformlar üzerinden kaldıracabileceği veya diğer tarafla ilgili olarak askıya alınabileceği belirtilmektedir.

Kurul, Booking.com lehine öngörülen dar ve geniş EKM kayıtları bakımından muafiyet incelemesi yapmış ve Booking.com'un pazar payının %40'tan fazla olması sebebiyle, grup muafiyetinden faydalanamayacağına kanaat getirerek bireysel muafiyet incelemesi yapmıştır. Geniş EKM kaydı bakımından yapmış olduğu muafiyet incelemesinde, ilgili hükümlerin sağlayacağı bedavacılık problemine çözüm anlamında potansiyel etkinliklerin sınırlı düzeyde olduğuna ve bu faydanın dar EKM kayıtları ile de sağlanabileceğini kanaat getirmiştir. Yine geniş EKM kayıtlarının konaklama tesislerinin etkinlik yaratıcı şekilde tüketici talebine göre düzenlenmiş fiyat farklılaştırması yapması imkânını elinden aldığını ve konaklama tesislerinin rakip platformlara daha düşük fiyat verme güdüsünü zayıfladığını ifade ederek RKHK'nın 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınamayacağı değerlendirilmiştir. Kurul tarafından dar EKM kayıtları bakımından yapılan değerlendirmede ise, dar EKM kayıtlarının da rekabete olumsuz etkileri vurgulanarak<sup>156</sup>, ilgili kayıtların da 4. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş; fakat bireysel muafiyet için yapılan inceleme sonucunda, dar EKM kayıtlarının muafiyete mazhar olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre dar EKM kayıtlarının etkileri olan, bedavacılığın

---

<sup>156</sup> Dar EKM kayıtlarının da geniş EKM kayıtlarında olduğu gibi fiyat farklılaştırmasını bütünüyle engeller nitelikte olmamakla birlikte yine de konaklama tesislerinin perakende seviyede sunacağı fiyata ilişkin bir kısıtlama getirdiği ve fiyatlamaya bağımsızlığını etkilediği belirtilmiştir. Dar EKM kayıtları, konaklama tesisinin kendi internet sitesindeki oda fiyatının Bookingcom'a verileden daha düşük olmasını engellemekte olup konaklama tesisinin rakip bir platforma verdiği daha düşük fiyatı kendi internet sitesinden de sunabilmesi, ancak bookingcom'a da aynı düşük fiyatı vermesi halinde mümkün olacaktır. Dolayısıyla dar EKM kaydı altında hâlen, konaklama tesislerinin, kendi internet sitelerini dezavantajlı konuma getirmenin bedeline katlanmak şeklinde, pratikte rakip platformlara daha düşük fiyat verme güdülerini zayıflatıcı bir etki mevcut olacaktır. Bu zayıflatıcı etki, dar EKM hükümlerinin hiç bulunmadığı duruma kıyasla, çevrimiçi konaklama rezervasyonu platformu hizmetleri pazarında Bookingcom'un üzerinde komisyon oranlarını düşürme yönünde rekabetçi baskıyı ve potansiyel rakiplerin etkin giriş yapma imkânlarını azaltıcı bir etkiyi beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Yine dar EKM hükümlerinin, konaklama tesisleri arasındaki fiyat rekabetine ilişkin olarak da konaklama tesislerinin sahip olabileceği ilave bir fiyat düşürme motivasyonunu ortadan kaldırmaktadır. Dar EKM hükümlerinin hiç olmadığı durumda, konaklama tesisleri, çevrimiçi platformlara verdiklerinden daha düşük fiyatları kendi çevrimiçi kanallarına sunma güdüsüne sahip olabilecektir. Dolayısıyla dar EKM kayıtlarının, geniş EKM kayıtlarına kıyasla rekabeti daha az sınırlayıcı olmakla birlikte, hiç var olmadığı duruma kıyasla rekabet üzerinde hissedilir bir kısıt yaratmaya devam edecek nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. 330-332.

önlenmesi ve platformların yatırım yapma güdüsünün korunması sayesinde tüketicilere sunulan hizmetler bakımından platformlar arası kalite rekabetine katkıda bulunabileceği ifade edilmektedir<sup>157</sup>. Bununla birlikte Kurul tarafından ilgili hükümlerin rekabeti azaltıp azaltmadığı tespit edilirken, dar EKM kaydının kapsamında konaklama tesislerinin yalnızca çevrimiçi kanalları olması da vurgulanmıştır. Çevrimiçi platformlarda sunulan hizmet için doğrudan bir bedel ödemeyen tüketicinin, anında onaylanan rezervasyonun kolaylığından vazgeçip diğer kanallardan rezervasyon yapmaya çalışmayı tercih etmesi hâlinde daha düşük fiyat ve daha iyi koşullara ulaşabilme imkânı korunmuş olacağı vurgulanarak, konaklama tesislerinin perakende fiyatlarda farklılaşmaya gidebilmelerinin mümkün olacağı belirtilmiş ve dar EKM kayıtları bakımından 5 yıllık bireysel muafiyet tanınmıştır<sup>158</sup>.

#### 4. Rekabet Kurulu ile Öğretideki Yaklaşımlar Çerçevesinde Değerlendirmelerimiz

Yukarıda ifade edilenlerden anlaşılacağı üzere, platform EKM kayıtları bakımının anti-rekabetçi etkilerinin tespiti sırasında uygulama alanı bulabileceği ifade edilen hükümler, RKHK'nın 4 ve 6. maddeleridir. İlk olarak ifade etmek gerekir ki ilgili kayıtlar özünde bir dikey sınırlandırmayı barındırdığı için<sup>159</sup>, akla doğal olarak 4. madde gelmektedir. Nitekim AB uygulamasında da ilgili maddenin karşılığı çerçevesinde incelemeler ve değerlendirmeler yapılmaktadır. Yine Kurul tarafından verilen Booking.com Kararı'nda da soruşturma bu madde çerçevesinde yürütülmüştür. Ancak soruşturmalar teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayan anlaşma ve uyumlu eylemlere ilişkin madde kapsamında yapılmasına rağmen, yaptırımların muhatabının yalnızca "iki taraflı" "anlaşma"ların taraflarından biri olması kanaatimizce kanun sistematığı ile uyumlu değildir. Bu anlamda soruşturmalar sonucunda yaptırımların muhatabın aynı zamanda anlaşmanın ya da uyumlu eylemin diğer tarafının da olması gerekmektedir<sup>160</sup>. Bu durum, ilgili anlaşmanın ya da uyumlu eylemin zorunlu sonucudur. Bu anlamda Kurul'un Booking.com Kararı'nda her ne kadar RKHK'nın 6. maddesinin de uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiş olsa bile, neden soruşturmanın bu kapsamda yürütülmediğine ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

<sup>157</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 336.

<sup>158</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 341.

<sup>159</sup> Sanlı ve Doğan (2022), 19.

<sup>160</sup> Benzer yönde bkz. Akman (2016), 35-37.

Yine soruşturma sonucunda geniş EKM kayıtlarının rekabete aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış olmasına rağmen, yalnızca anlaşmanın taraflarından biri olan Booking.com açısından idari para cezası öngörülmüştür. Bununla birlikte hem AB uygulamasında hem de Kurul tarafından yukarıda incelenen iki kararda da görüleceği üzere, lehine EKM kaydı öngörülen platformun pazar payından yola çıkılarak etkinlik değerlendirilmesi yapılmış ve pazar payının yüksek olduğu durumlarda bu tür kayıtların anti-rekabetçi etkileri ortaya konmuştur. Bu da aslında RKHK'nın 6. maddesinin de değerlendirme yaparken uygun bir araç olabileceğini gündeme getirmektedir. Her ne kadar ilgili hükmün uygulama alanı bulması bakımından ön şart, hâkim durumun bulunması olsa da, incelenen vakalardan da görüleceği üzere, anti-rekabetçi etki bakımından çoğu zaman bu şart karşılanmakta ve lehine EKM kaydı öngörülen platform pazarda hakim durumda bulunmaktadır.

Bu kapsamda Kurul'un yaklaşımının AB uygulamaları ile karşılaştırıldığında daha uygun olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Kurul tarafından EKM kaydının olduğu durumlarda hem 4. maddeye hem de 6. maddeye dayanarak kararlar tesis edilmiştir<sup>161</sup>. Bu çerçevede muafiyet değerlendirilmesi yapılırken 4. ve 5. madde çerçevesinde incelemelerin yapılması zorunlu olmakla birlikte, platformun hâkim durumda olduğu hâllerde rekabete aykırılık değerlendirmesinin 6. madde de dikkate alınarak yapılması kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Zira 4. madde çerçevesinde yapılan bir inceleme sonucunda yalnızca taraflardan birine yaptırım uygulanması kanun sistematığı açısından bir anomali teşkil etmektedir. Bu yönüyle Kurul tarafından verilen Booking.com Kararı eleştiriye açıktır. Buna karşılık 6. madde bakımından yapılacak olan bir inceleme sonucunda, tek bir tarafa yaptırım uygulanması sistematığe tamamen uygun olacaktır ve Kurul'un Yemek Sepeti Kararı bu itibarla daha yerindedir. Bununla birlikte soruşturma tarafının hâkim teşebbüs niteliğinde olmadığı durumlarda soruşturmanın yine 4. madde çerçevesinde yapılması mümkün olmakla birlikte, soruşturma sonucunda bir yaptırıma karar verilirse, yaptırımın muhatabının kanun sistematığına uygun olarak anlaşma veya uyumlu eylemin her iki tarafının da olması gerekmektedir.

---

<sup>161</sup> Doktrinde bir görüş, Kurul'un yaklaşımının bu noktada AB uygulamaları ile benzer olduğunu ifade etmiş olsa da, daha önce de belirtildiği üzere, AB uygulamalarında incelemeler ABİDA'nın 101. maddesi (4. madde) çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Bkz. Ardyok (2021), 4. Bu yönde ayrıca bkz. Akman (2016), 52-53.

Platformlar bakımından yapılacak olan grup muafiyeti incelemesi bakımından da aynı zamanda ilgili ürün pazarının ne şekilde belirlenmiş olduğu da önem arz etmektedir. Zira 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından bir inceleme yapılırken anlaşma taraflarının tedarik zincirinin farklı seviyelerinde bulunması ve anlaşmanın ürünlerin alımı, satımı ya da yeniden satımına ilişkin olması gerekmektedir<sup>162</sup>. İlk olarak platform EKM kayıtlarının bulunduğu durumlarda tarafların tedarik zincirinin farklı seviyelerinde bulunduğunu ortaya koymak gerekir. Bununla birlikte, ilgili ürün pazarı platformun aracılık yaptığı ürüne ilişkin olarak belirlendiğinde, örneğin konaklama, oteller perakendeci olacak iken; müşteriler alıcı olacaktır ve platform ilgili ürünlerin alım ya da satımını veya yeniden satımını gerçekleştirmeyecek, yalnızca komisyon karşılığında aracılık hizmeti sunacaktır. Dolayısıyla pazarın ürüne göre belirlendiği hâllerde bizim de katıldığımız görüşe göre, her ne kadar platform ve perakendeci arasındaki EKM kaydını da içeren anlaşmalar kural olarak dikey anlaşma niteliğinde olsa da, ürünlerin alımı, satımı ya da yeniden satımına ilişkin olmadığı için 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden faydalanması mümkün değildir<sup>163</sup>. Buna karşılık ilgili ürün pazarı platform hizmetlerine yönelik olarak belirlendiğinde bu pazar bakımından, platformlar sağlayıcı; perakendeciler (sağlayıcı) ise alıcı konumundadır. Bu açıdan bakıldığında perakendeciler platform hizmetinin alıcısı oldukları için ve platform ve perakendeci arasındaki EKM kaydını içeren anlaşmalar da ürünlerin alımı, satımı ya da yeniden satımına ilişkin olacağı için, 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden faydalanması bu sefer mümkündür<sup>164</sup>.

#### **D. Platform EKM Kayıtlarına İlişkin Düzenleme Yapma Gerekliliği**

Doktrinde bir görüş tarafından dijitalleşme ile belirli alanlarda sorunlar ortaya çıksa bile, dijitalleşmenin rekabet hukuku anlamında temel bir düzenleme ihtiyacını tetiklemediğini ve bu yüzden mevcut rekabet ivmesinin iyi düşünülmemiş kurullarla kısıtlanmamasına veya boğulmamasına dikkat edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu anlamda özellikle etki şekilleri henüz tam olarak anlaşılmayan platform EKM kayıtlarına yönelik bir düzenlemeye gerek bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>165</sup>. Bir başka görüş tarafından ise -Türk

---

<sup>162</sup> Adıyaman (2017), 43.

<sup>163</sup> Adıyaman (2017), 43-44.

<sup>164</sup> Adıyaman (2017), 44.

<sup>165</sup> Ritz (2017), 160-161.

hukuku özelinde- Dikey Kılavuz'da EKM kayıtlarına ilişkin bilgilere yer verilmesi gerektiği ve bu sayede paydaşlar bakımından belirliliğin ve işlem maliyetinin azalmasının sağlanacağı ifade edilmektedir<sup>166</sup>. Nitekim 30.03.2018 tarihinde Rekabet Kurumunun internet sitesinde yayımlanan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da EKM kayıtlarının dikey ilişkiler bakımından değerlendirilmesine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Kılavuz'un 223. ve devamı paragraflarında yazar tarafından tavsiye edildiği ölçüde olmasa da EKM kayıtlarına ilişkin bilgilere yer verilmiş ve EKM uygulamalarına karşın rekabet hukuku bağlamında nasıl yaklaşılması gerektiğine ilişkin bilgiler verilmiştir. Ek olarak, Kılavuz'un yayımlanmasından sonra Rekabet Kurumu tarafından paylaşılan Nihai Rapor'da da, platform EKM kayıtlarına ilişkin hususların ikincil mevzuatta değişiklik yapılması suretiyle netleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>167</sup>. Yine Alman doktrininde de yeni Tüzük ve VBER öncesinde dile getirilen bir görüş, platformlar lehine öngörülen EKM kayıtlarının yaygın olması ve rekabetçi etkilerinin belirsizliği nedenleriyle, tüzüğün bu sorunların açıklığa kavuşturulması amacıyla revize edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>168</sup>.

Bununla birlikte yukarıda ifade edildiği üzere, Komisyon tarafından 10 Mayıs 2022 tarihinde Yeni Dikey Kılavuz ile birlikte Yeni Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemeleri getirilmiş ve söz konusu düzenlemelerde Komisyon EKM kayıtlarına ilişkin özel bir hükmün getirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Bunun sonucunda platformlar lehine öngörülen geniş EKM kayıtlarının muafiyet kapsamı dışında olacağı gibi Türk hukukunda henüz kabul edilmeyen yeni bir düzenleme getirilmiştir. İlgili düzenlemenin mevzuatsal uyum sebebiyle Türk hukukuna etkisinin olabileceği açıktır. Bu anlamda 2002/2 sayılı Tebliğ'de de benzer şekilde değişiklik yapılması ve bununla bağlantılı olarak Kılavuz'un da düzenlenmesi gündeme gelebilecektir.

Platform EKM kayıtlarına ilişkin yukarıda yer verilen teorik bilgiler ve yapılan ampirik çalışmalar neticesinde kanaatimizce Türk hukukunda da AB mevzuatında meydana gelen değişikliklere benzer değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde bir düzenleme, yaygın şekilde kullanılan EKM kayıtları açısından piyasaların ihtiyaç duyduğu hukukî belirliliğin sağlanması bakımından elzemdir. Bu anlamda 2002/2 Tebliğ'in 4. maddesinde yapılacak

---

<sup>166</sup> Adıyaman (2017), 50.

<sup>167</sup> Nihai Rapor, 448.

<sup>168</sup> Schuhmacher ve Holzweber in Grabitz/Hilf/Nettesheim (2022), Nr. 908.

değişiklikle, anti-rekabetçi etkilerinin çok yoğun olduğu açık olan platform geniş EKM kayıtlarının sert sınırlamalar çerçevesine ele alınıp, grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir. Tebliğ’de yapılacak bir değişiklik sonucunda, Kılavuz’un da VBER gibi değiştirilerek, geniş EKM kayıtlarına ilişkin daha somut ve belirli açıklamalara yer verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Bununla birlikte RKHK’nın 5. maddesinde yer alan şartları ihtiva eden platform geniş EKM kayıtlarının bireysel muafiyetten yararlanabileceği ise kabul edilmelidir. İlgili geniş EKM kayıtları bakımından bireysel muafiyet incelemesi yapılırken lehine EKM kaydı öngörülen platformun pazar payına, EKM kaydı ile yükümlülük altına giren perakendecilerin oranına, perakendecilerin ve son kullanıcıların kullandığı rakip platform sayısı, platform pazarına giriş engelinin var olup olmadığı, perakendecilerin kendi satış kanallarının etkililiği ve perakendecilerin mal veya hizmetlerini lehtar platformdan ne ölçüde kaldırabilecekleri, pazarın yapısına, tarafların pazarlık yapabilmeye güçlerine ve öngörülen hükmün niteliği ile kaleme alınmış şekillerine bakılarak ilgili kaydın muhtemel rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkilerine dair bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Rekabet bakımından etkinlik yaratması daha muhtemel olan dar EKM kayıtları bakımından ise kural olarak yeni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Yani ilgili kayıtların mevcut düzende olduğu gibi grup muafiyetinden kural olarak yararlanabilmesi gerekmektedir. Zira belirtildiği üzere, dar EKM kayıtları tarafından yapılan sınırlamalar daha az şiddetli ve bu kayıtların etkinlikleri daha baskındır. Buna karşılık etkinlik yaratmayan dar EKM kayıtları bakımından grup muafiyetinin geri alınması gündeme gelebilir. Bu durum özellikle bedavacılık riskinin sınırlı olduğu ya da etkinlik için dar EKM kayıtları dışında başvurulabilecek başka araçların bulunduğu piyasalar bakımından gündeme gelebilir<sup>169</sup>. Yine pazardaki konumu önemli olan platformlar lehine öngörülen dar EKM kayıtları açısından da Tebliğ’in 6. maddesi çerçevesinde muafiyetin geri alınması muhtemel kabul edilebilecektir<sup>170</sup>. Dar EKM kayıtları bakımından, ilgili kayıttan yararlanan

<sup>169</sup> Dar EKM kaydı bakımından etkinliğin bulunmadığı hâllerde, özellikle VBER’de de ifade edildiği üzere dar EKM kayıtlarının ilgili pazardaki en büyük üç platform tarafından uygulandığı ve bu platformların toplam pazar payının %50’yi aştığı durumlarda grup muafiyetinin geri alınması muhtemeldir. Bkz. AB Dikey Kılavuz 2022, 374.

<sup>170</sup> Nitekim Nihai Rapor’da, geçit bekçisi konumundaki platformlar açısından kabul edilen dar EKM kayıtlarının geniş EKM kayıtları ile aynı şekilde değerlendirilmesi sonucuna ulaşılmıştır. Nihai Rapor, 448.

platformun pazar payının %30'un üzerinde olduğu durumlarda veya ilgili EKM kaydının yeniden satış fiyatının tespitine yol açabileceği durumlarda artık bireysel muafiyet incelemesinin yapılması gerekmektedir. Bu inceleme yapılırken de yukarıda olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) ifade edilen ve geniş EKM kayıtları için yapılacak bireysel muafiyet incelemelerinde kullanılacak değerlendirme kriterlerine başvurulmalıdır.

## V. Sonuç

Dar ve geniş EKM kayıtları rekabet hukuku bakımından perakendecilerin fiyat (kararlaştırıldıysa diğer unsurlar) belirleme özgürlüğü bakımından bir sınırlama getirmekle birlikte söz konusu sınırlama, amaç bakımından bir sınırlama değil, etki bakımından bir sınırlamadır. Bununla birlikte etkinlik değerlendirilmesi yapıldığında geniş EKM kayıtlarının anti-rekabetçi etkileri çoğu durumda etkinliklerine göre daha ön planda iken; dar EKM kayıtlarının rekabetçi yanları daha baskındır. Ancak yine de dar EKM kayıtlarına da temkinli yaklaşılması gerekmekte; pazara ve piyasaya bağlı olarak ilgili kayıtların da etkinliklerinin azalma ihtimali bulunmaktadır.

Platform EKM kayıtlarının RKHK'nın hangi hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sorununa ilişkin olarak, ön sorun olarak platformların hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmiş ve platformların hukuken acente niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte ticari ve mali olarak perakendecilerden bağımsız olarak hareket etmeleri sebebiyle rekabet hukuku anlamında bağımsız bir teşebbüs niteliğini ihtiva ettikleri ve bu yüzden 4. maddenin uygulama alanı bulabileceği kanaatine varılmıştır. Platform EKM kayıtları açısından hem 4. maddenin hem de 6. maddeye göre değerlendirme yapılmasının mümkün olduğu, bununla birlikte 4. madde çerçevesinde değerlendirme yapılırken yaptırımın muhatabının rekabeti bozucu anlaşmanın her iki tarafı da olması gerekmektedir. Hâkim durumun bulunduğu hâllerde tek tarafa yaptırım uygulanması için uygun araç ise 6. maddedir.

VBER'in değişmesine paralel olarak 2002/2 sayılı Tebliğ ve Kılavuz'un da değişmesi gerekmektedir. Bu anlamda anti-rekabetçi etkileri tüm paydaşlar tarafından kabul edilen geniş EKM kayıtlarının güvenli limandan çıkarılarak sert sınırlamalar kapsamına alınması gerekmekte ve grup muafiyetinden faydalanması imkânı ortadan kaldırılmalıdır. Geniş EKM kayıtları bakımından bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılırken de platformun pazar payına, EKM kaydı ile yükümlülük altına giren perakendecilerin

oranına, perakendecilerin ve son kullanıcıların kullandığı rakip platform sayısı, platform pazarına giriş engelinin var olup olmadığı, perakendecilerin kendi satış kanallarının etkililiği ve perakendecilerin mal veya hizmetlerini lehtar platformdan ne ölçüde kaldırabilecekleri gibi hususlara bakılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dar EKM kayıtları bakımından mevcut düzenlemeler korunmakla birlikte, etkinlik yaratmayan veya pazarda önemli konuma sahip olan platformlar lehine öngörülen kayıtlar bakımından muafiyetin geri alınmasının gündeme gelmesi gerekmektedir.

## Kaynakça

- Adıyaman, Hasan. "Rekabet Hukukunda Fiyat Parite Anlaşmaları: En Çok Kayrılan Ülke/Müşteri Koşulu", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 150. Ankara: Rekabet Kurumu, 2017.
- Akman, Pınar. "A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses". In *Journal Competition Law & Economics*, s. 1-53, 2017.
- Akman, Pınar ve Sokol, Daniel D. "Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics", In *50 Review of Industrial Organization*, s. 133-151, 2017.
- Ardıyok, Şahin. "Türk Rekabet Hukukunda En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu: Yemek Sepeti-I, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz". In *BASEAK Core Papers No: 6*, 2021.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Baker, Jonathan J. ve Chevalier, Judith A. "The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions.". In *Antitrust Magazine*, Vol: 27, No: 2, s. 20-26, 2013.
- Baş, Kadir. "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması". In *BATİDER*, Cilt: XXXIII, Sa. 4, 115-153, 2017.
- Boik, Andre ve Corts, Kenneth S. "The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry". In *Journal Law & Economics*, Cilt: 59, 1, 105-134, <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/686971>, ET: 10.09.2022, 2016.
- Bostoen, Friso. "Most Favoured Nation Clauses: Towards An Assessment Framework under EU Competition Law". In *CoRe 3*, s. 223-236, 2017.
- Colangelo, Margherita. "Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking". In *Journal of European Competition Law & Practice Advance Access published July 27*, s. 1-12, 2016.
- Colangelo, Margherita. "Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets". In *New Developments in Competition Law and Economics*, Editörler: Klaus Mathis ve Avishalom Tor, *7 Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*. Cham: Springer, s. 295-317, 2019.
- Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk*, C. I. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987.
- Doğan, Cihan, *Rekabet Hukuku ve İktisadî Bağlamında Dijital Platformlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ezrachi, Ariel. "The competitive effects of parity clauses on online commerce". In *European Competition Journal*, 11 (2-3), s. 488-519, 2015.

- Fiebig, Dietmar. “Meistbegünstigungs- und Preisparitätsklauseln im Internetvertrieb”. In *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, s. 122-129, 2014.
- Fletcher, Amelia ve Hviid, Morten. “Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM 'At its Worst'?”. In *Antitrust Law Journal* 81(1), American Bar Association, s. 65-98, 2016.
- Gürkaynak, Gönenç, Güner Ayşe, Diniz Sinan ve Filson, Janelle. “Most-Favored-Nation Clauses Revisited: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline”. In *Eur J Law Econ* 42, <http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/36916/Most-favored-nation%20clauses%20in%20commercial%20contracts%20legal%20and%20economic%20analysis%20and%20proposal%20for%20a%20guideline.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET: 10.09.2022, 129-155, 2016.
- Heinz, Silke. “Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision”. In *JECLAP*, Cilt: 7, Sayı: 8, s. 530-536, 2016.
- Heyers, Johannes. “Wettbewerbsrechtliche Bewertung sog. Preisparitätsklauseln - ein juristisch-ökonomischer Ansatz”. In *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, s. 409-413, 2016.
- Johnson, Justin P. “The Agency Model and MFN Clauses 2–4, 16–19, 21”. (Working Paper), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2217849>, ET: 10.09.2022, 2014.
- Kaya, Arslan. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik*. İstanbul: Beta, 2016.
- Kayıhan, Şaban. *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin, 2011.
- Kirchhoff, Wolfgang. In *Wiedemann Handbuch des KartellRecht*. München: C.H. Beck, 2020.
- Köksal, Emin ve Ardiyok, Şahin. “Diverging Approaches in Europe for the Most Favoured-Customer Clauses: How Turkish Competition Authority's Decision for the Online Food Ordering Market Contributed”. In *Journal of European Competition Law & Practice* 9.2, s. 119-123, 2018.
- Kurth, Jutta Sabine, “Meistbegünstigungsklausel im Licht der Vertikal-GVO”. In *WuW- Wirtschaft und Wettbewerb*, 1, 28-37, 2003.
- Morton, Fiona Scoot. “Contracts that Reference Rivals”. In *Georgetown University Law Center Antitrust Seminar*, Washington, <http://www.justice.gov/atr/file/518971/download>, ET: 10.09.2022, s. 1-15, 2012.
- Nolte, Steffen. In *Bunte Kartellrecht Kommentar*. München: Luchterhand, 2021.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan, 2018.

- Rutz, Samuel. "Elektronische Handelsplattformen". In 8ème Journée de droit de la concurrence / 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht Grundlegende Fragen / Questions fondamentales. Bolligen: Growth Publisher Law, s. 147-162, 2017.
- Salop, Steven C. ve Morton, Fiona Scoot. "Developing an Administrable MFN Enforcement Policy". In Antitrust Magazine, Vol: 27, No: 2, s. 15-19, 2013.
- Samuelson, Marta, Piankov Nikita ve Ellman Brian. "Assessing The Effects of Most-Favored Nation Clauses". In ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, [http://www.analysisgroup.com/uploadedfiles/content/insights/publishing/samuelson\\_mfn\\_springaba\\_2012.pdf](http://www.analysisgroup.com/uploadedfiles/content/insights/publishing/samuelson_mfn_springaba_2012.pdf), ET: 10.09.2022, s. 1-12, 2012.
- Sanlı, Kerem Cem ve Doğan, Cihan. "Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları". In İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (1), Advanced online publication, 2022.
- Schuhmacher, Florian ve Holzweber Stefan. In Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, hrsg. Grabitz/Hilf/Nettesheim. München: C.H. Beck, 2022.
- Sim, Justina ve Tan, Hi Lin. "Anything wrong with asking for the best price?". In Competition Commission of Singapore Occasional Paper Series, <https://www.cccs.gov.sg/files/occasional-paper>, s. 1-17, 2015.
- Soyez, Volker. "Die kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln im Lichte der HRS-Entscheidung des BKartA". In Neue Zeitschrift für Kartellrecht, s. 447- 453, 2014.
- Stenger, Susan E. "Most-favored-nation clauses and monopsonistic power: an unhealthy mix?". In American Journal of Law and Medicine, Cilt: 15, No: 1, s. 111-128, 1989.
- Tamke, Maren. "Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklauseln von Internetplattformen". In WuW- Wirtschaft und Wettbewerb, Cilt: 65, No: 6, s. 594-604, 2015.
- van der Veer, Jan Peter. "Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analyses". In Journal of European Competition Law&Practice, Cilt: 4, No: 6, s. 501-505, 2013.
- Vandenborre, Ingrid ve Frese, Micheal. "Most Favoured Nation Clauses Revisited". In European Competition Law Review, Cilt: 35, No: 12, s. 588-593, 2014.
- Wegner, Anne Caroline ve Johanssen, Sven Leif Erik. In Kölner Kommentar zum Kartellrecht. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2013.
- Wu, Jason J. ve Bigelow, John P. "Competition and the Most Favored Nation Clause". In CPI Antitrust Chronicle, Vol: 7, No: 2, s.1-10, 2013.
- Zimmer Daniel ve Blaschczok, Martin. "Most-favoured-customer clauses and two-sided platforms". In Journal of European Competition Law & Practice, Cilt: 5, No: 4, s. 187-195, 2014.

**MİRASÇININ MİRASBIRAKANI ARAYIP  
SORMAMASI, MİRASBIRAKANA İLĞİ  
GÖSTERMEMESİ, ANNE VE BABASINA HABER  
VERMEDEN ONLARIN TANIMADIĞI BİRİYLE  
EVLENMESİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA SEBEBİ  
OLABİLİR Mİ?\***

**YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİNİN 26.01.2021  
TARİHLİ VE E. 2019/5571 K. 2021/471 SAYILI  
KARARININ İNCELENMESİ**

*Do the Heir's Being Out of Touch with His or Her Testator and the  
Marriage of the Heir Without the Consent of His or Her Parents and  
to Someone that His or Her Parents Do Not Know, Constitute a Legal  
Ground for Disinheritance?*

*The Analysis of the Judgment of the 3rd Civil Chamber of the  
Cassation Court Dated 26.01.2021 and Numbered E. 2019/5571  
K.2021/471*

**Tuba BİRİNCİ UZUN\***  
**Ayşegül DÖRTTEPE OKUTAN\*\***

**ÖZET**

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 sayılı kararına konu olayda mirasbırakan; davacı mirasçı kızının

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 29.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.12.2022.

\* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0185-0619.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: aysegul.okutan@antalya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5890-182X.

Bu çalışma, 07 Ekim 2022 tarihinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu'nda sunulan "Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgi Göstermemesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir mi? Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi" başlıklı bildirden geliştirilerek hazırlanmıştır.

anne ve babasının rızası bulunmaksızın evden ayrıldığını, haber vermeden anne ve babasının tanımadığı biriyle evlendiğini, bayramlarda ve önemli günlerde ailesini aramadığını, boşandıktan sonra eski eşiyle nikâhsız olarak yaşamaya devam ettiğini, rica minnet üzerine zoraki eve geldiği son dönemde de anne ve babasına yabancı biri gibi davrandığını ve etrafa özel hayatı ile geçmişi hakkında bazı şeyler anlatarak anne ve babasını kötülediğini ileri sürmüş ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmedikten bahisle davacı mirasçı kızını mirasçılıktan çıkarmıştır. İlgili Yargıtay kararında, ileri sürülen vakıaların mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunduğu, davacının anne ve babasına karşı olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ve kusurlu davranışlarıyla yerine getirmedeği belirtilmiştir. Ancak, Yargıtay'ın bu kararının gerekçesi, Türk Medeni Kanunu'nun 510. maddesine uygun olmadığı gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da aksi yönde bazı kararları vardır.

**Anahtar Kelimeler:** Mirasçılıktan Çıkarma, Saklı Pay, Aile Hukukundan Doğan Yükümlülükler, İlgi Göstermeme.

#### ABSTRACT

In the event subject to the judgment of the 3rd Civil Chamber of the Cassation Court dated 26.01.2021 and numbered E. 2019/5571 K. 2021/471, the testator disinherit his daughter, who is the claimant, due to her significant breach of duties arising from family law, by asserting that his daughter moved from home without her parents' consent, got married to someone that her parents did not know, did not visit or call her parents on religious festivals and special occasions, continued to live with her former husband after divorce, behaved to her parents as a stranger and denigrated her parents by telling to other persons about her private life and her past when she came home forcibly upon request during the last days of the testator. At this case, the Cassation Court rendered in its decision that, considering their nature and quantity, the alleged facts constituted a legal ground for disinheritance. However, the justification of the judgment is not incompliance with the article 510 of Turkish Civil Code and there are also some judgments of the Cassation Court of General Assembly of Civil Chambers which are contrary to the relevant judgment.

**Keywords:** Disinheritance, Reserved Share, Duties Arising from Family Law, Lack of Care.

## I. OLAYIN ÖZETİ

Mirasbırakan baba; davacı mirasçı kızının anne ve babasının rızası bulunmaksızın evden ayrıldığını, haber vermeden anne ve babasının tanımadığı biriyle evlendiğini, bayramlarda ve önemli günlerde ailesini aramadığını, boşandıktan sonra eski eşiyle nikâhsız olarak yaşamaya devam ettiğini, rica minnet üzerine zoraki eve geldiği son dönemde de anne ve babasına yabancı biri gibi davrandığını ve etrafa özel hayatı ile geçmiş hakkında bazı şeyler anlatarak anne ve babasını kötülediğini ileri sürmüş ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmedikten bahisle davacı mirasçı kızını ölüme bağlı tasarruflarıyla mirasçılıktan çıkarmıştır.

Davacı mirasçı; tek çocuk olduğunu, yurt dışında eğitimini tamamladığını, 1986 yılında ülkesine döndüğünü, vasiyetnamede belirtilen hususların gerçeği yansıtmadığını, annesiyle birlikte bir şirket kurduklarını, şirketin kayıt ve muhasebe evrakının annesi tarafından gizlice alındığını, şirketin işleyişinin imkânsız hale geldiğini, hayatını idame ettirmek için arkadaşlarından destek aldığını, mirasbırakan ile aralıklarla görüşmeye devam ettiğini, babasının ölümünün kendisinden gizlendiğini, somut olayda mirasçılıktan çıkarma koşullarının oluşmadığını ileri sürmüş ve vasiyetnamenin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı anne; davacı kızının çalışma hayatı boyunca ortaklarıyla anlaşamayan, çalıştığı şirketlerde geçimsizliğinden ötürü işine son verilen birisi olduğunu, davacının mirasçılıktan çıkarılmasını haklı kılan sebeplerin bulunduğunu ve bunların açıkça kanıtlandığını ileri sürerek davanın reddine karar verilmesi istemiştir.

## II. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

Yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; babasının sosyal ve ekonomik durumu sebebiyle davacının yurt dışında okutulduğu, çok rahat bir hayat sürmesi sağlanmış olmasına rağmen ticari hayattaki beklentilerinin gerçekleşmemesi üzerine davacının ailesinin yanından ayrıldığı, davacının kendisini çevreye nörolog olarak tanıttığı, kendisini kurucusu olmadığı derneğin kurucusuymuş gibi gösterdiği, davacının kendisini etrafa farklı bir kişi gibi tanıttığı ve kendisinin de buna inanarak ailesinden tamamen kopuk bir hayat sürdüğü, davacının ailesinin onaylamadığı bir evlilik yaptığı ve boşandıktan sonra da eski eşiyle nikâhsız olarak yaşamaya devam ettiği, babası tarafından başka şahıslar aracılığıyla bulunarak hastalığı sırasında

davacının babasının evine getirildiği, davacının mirasbırakana ve öz annesine yönelik olarak ziyaret etmeme, hatır sormama, annesi ve babası ile toplumun genel kabulü dışında ailenin onurunun ihlali olarak değerlendirilen nikâhsız birlikte yaşama gibi eylemlerde bulunduğu, bunların yanı sıra babasına yönelik bunun mezarı var mı şeklinde olumsuz ifadeler kullanmak suretiyle davacının mirasçılıktan çıkarma koşullarının gerçekleşmesine sebep olduğu belirtilmiştir.

### III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN KARARI

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararının kesin olarak kaldırılmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; ilk derece mahkemesinin kararında belirtilen hususların davacının mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediklerinin kabulü bakımından yeterli olmadığı, ilk derece mahkemesi tarafından mirastan çıkarma sebebi olarak gerekçede yer verilen davacı davranışlarının ve bahsi geçen durumların davacının kişilik özelliklerinden, kuşak farkından, hatta anne-baba tarafından sağlanan yurt dışı eğitimi ve burada edinilen farklı kültür kazanımlarından kaynaklandığı; evlilik kararının ve evliliğin bitmesinden sonra da boşandığı eşiyile bir arada yaşama iradesinin yetişkin bir insan olan davacıya ait olduğu, davacının ailesinden uzaklaşmasında, mirasbırakanın ve davacının annesi olan davalının, davacıya karşı tutum ve davranışlarının önemli ölçüde etkili olduğu, mirasbırakanın bu olayları düzeltmeye yönelik bir tasarrufu ve çabası bulunduğu ispatlanamadığı, bu noktada mirasbırakanın kusurlu davranışıyla ıskata neden olan olaylara sebep olmaması gerektiği yönündeki yerleşik yargı kararlarının göz önüne alınması gerektiği belirtilmiş ve somut olayda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin varlığının davalı tarafından ispat edilemediği kabul edilmiştir.

### IV. YARGITAY KARARI

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, Bölge Adliye Mahkemesi kararının davalı yararına bozulmasına karar vermiştir. İlgili Yargıtay kararında, davacı mirasçının mirasbırakan babasına ve davalı annesine karşı ilgisiz kaldığının tanık beyanlarıyla sabit olduğu ve dinlenen tanık beyanlarına göre, mirasbırakanın ileri sürdüğü vakıaların mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunduğu, davacının anne ve babasına karşı olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ve kusurlu davranışlarıyla yerine getirmediği belirtilmiştir.

## V. HUKUKİ SORUN

Davacı mirasçının talebi ile davalı annenin savunması incelendiğinde, uyumsuzluğun davacı mirasçının anne ve babasını aramamasının, onlara ilgi göstermemesinin, anne ve babasının rızası olmaksızın evden ayrılmasının, anne ve babasına haber vermeden onların tanımadığı biriyle evlenmesinin ve boşandığı eşiyile nikâhsız birliktelik yaşamasının mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmeyeceği noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

## VI. DEĞERLENDİRME

### A. Genel Olarak Saklı Paylı Mirasçılık

Mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan kişiye mirasçı denir<sup>1</sup>. Mirasçılık sıfatı ya kanundan doğar ya da mirasbırakanın iradesine dayanır. Buna göre, iki çeşit mirasçı vardır. Birincisi, yasal mirasçısıdır; ikincisi, atanmış mirasçısıdır.

Yasal mirasçılardan bazıları saklı paylı mirasçısıdır. Saklı pay, mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunamayacağı miras payıdır. Başka bir deyişle, saklı pay mirasbırakan tarafından bertaraf edilemeyen miras payıdır<sup>2</sup>. Saklı paylı mirasçılar, birinci zümrede mirasbırakanın altsoyudur; altsoyun saklı payı, yasal miras payının yarısıdır. İkinci zümrede, yalnızca mirasbırakanın ana ve babası saklı paylı mirasçısıdır<sup>3</sup>; bunların saklı payları,

<sup>1</sup> Paul-Henri Steinauer. Le droit des successions (Bern: Stämpfli Editions, 2. édition, 2015), N. 25; Zahit İmre ve Hasan Erman, Miras Hukuku (İstanbul: Der Yayınları, 13. Basım, 2017), s. 12; Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 16. Basım, 2021), N. 43; Osman Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu-Miras Hukuku Cilt: III (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2019), N.101; Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Basım, 2021), s. 26; Bilge Öztan, Miras Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 12. Basım, 2021), s. 14; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Basım, 2022), § 1 N. 139; Mehmet Ayan, Miras Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 9. Basım, 2016), s. 33; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Basım, 2021), N. 73; Suat Sarı, Uygulamalı Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 2016), s. 19.

<sup>2</sup> Steinauer, N. 354; Antalya, N. 1203; Sarı, s. 75; Kürşat Nuri Turanboy, Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Basım, 2010), s. 45; Tahir Çağa, Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1. Basım, 1950), 3; Eren ve Yücer Aktürk, N. 710.

<sup>3</sup> İkinci zümrede kardeşlerin saklı payı, 4.5.2007 tarihli ve 5650 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Bu kanun, 26518 sayılı ve 10 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

yasal miras paylarının dörtte biridir. Üçüncü zümrede ise saklı paylı mirasçı yoktur. Bunların dışında, sağ kalan eş de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısıdır; birinci veya ikinci zümreyle birlikte mirasçı olması halinde miras payının tamamı, diğer hallerde ise miras payının dörtte üçü, sağ kalan eşin saklı payıdır. Saklı paylı mirasçılar sınırlı sayıda olup<sup>4</sup>, bunların saklı payları da yasal miras paylarının bir bölümünden ibarettir<sup>5</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 505. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Bu mirasçılardan hiçbiri yoksa mirasbırakan mirasının tamamı üzerinde tasarrufta bulunabilir (TMK md. 505 f. 2). Saklı paylar dışında kalan ve mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunabileceği bu kısma, tasarruf oranı (nisabı) veya tasarruf edilebilir kısım denir<sup>6</sup>. Mirasbırakan, *tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde*, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir (TMK md. 514 f. 1). Saklı paylı yasal mirasçılık kuralları nedeniyle Türk Medeni Hukuku'nda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü sınırlıdır<sup>7</sup> ve saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına karşı korunurlar<sup>8</sup>. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları nedeniyle saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf oranını (nisabını) aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler (TMK md. 560 f. 1). Saklı pay ihlalinin yaptırımını tenkistir<sup>9</sup>.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu bazı yasal mirasçıları, mirasbırakanın tasarruflarına ve onun iradesine karşı korumaktadır. Bunun sebebi, bu mirasçılar ile mirasbırakan arasındaki sıkı aile bağlarıdır<sup>10</sup>. Kanun koyucuya göre sıkı ve yoğun aile bağları sebebiyle bazı yasal mirasçıların mirastan mutlaka belirli bir oranda pay almaları gerekir<sup>11</sup>. Yalnızca mirastan feragat,

<sup>4</sup> Mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları belirleme yetkisi yoktur. Saklı paylı mirasçılar, kanun koyucu tarafından belirlenir (Turanboy, s. 46).

<sup>5</sup> Antalya, N. 1207; Sarı, s. 75; İmre ve Erman, s. 231.

<sup>6</sup> Steinauer, N. 358; Dural ve Öz, N. 1040; İmre ve Erman, s. 231; Antalya, N. 1201; Eren ve Yücer Aktürk, N. 711.

<sup>7</sup> İmre ve Erman, s. 231; Dural ve Öz, N. 1038.

<sup>8</sup> Dural ve Öz, N. 1038.

<sup>9</sup> İmre ve Erman, s. 261; Eren ve Yücer Aktürk, N. 721

<sup>10</sup> Dural ve Öz, N.918; Öztan, Miras Hukuku, s. 143.

<sup>11</sup> Bülent Köprülü, Miras Hukuku Dersleri: Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi) (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Basım, 1985), 263; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 1987), 355; Antalya, N. 1203.

mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk gibi istisnai hallerde, mirasbırakanın tasarruf oranı (nisabı) genişler. Ancak bu hallerde de mirasbırakanın tasarruf oranının genişlemesi mutlak değildir.

## B. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma

### 1. Genel Olarak

TMK md. 510 hükmü uyarınca; mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse<sup>12</sup>, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Buna cezai mirasçılıktan çıkarma<sup>13</sup> denir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, *aile bağına layık olmadığını gösteren kimseye uygulanan bir medeni hukuk yaptırımını, bir çeşit emniyet supabı* olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Y. 2. HD, E. 1971/5309, K. 1971/5424, 30.9.1971 (<http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 21.03.2017); Y. 2. HD, E. 1976/2467, K. 1976/2802, 30.3.1976 (<http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 21.03.2017); Y. 2. HD, E. 2002/194, K. 2002/1169, 4.2.2002 (<http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 21.03.2017).

<sup>13</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2013); Rıza Çubuklugil, “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.3-4 (1951): 441-467; Rıza Çubuklugil, “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.3-4 (1950): 595-609; Cehdi Cihan Sezen, *Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008); Beytul Fatih Karaca, *Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008); Utku Baydar, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005); Nur Çakın, “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3 (1974): 523-536; Zarife Şenocak, “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara (1998): 421-429; Steinauer, N. 378; Oğuz Ersöz, “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkartma”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S. 14 (Aralık 2019), s. 197 vd.; Dilşah Buşra Kartal, “Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 30, C. 2 (Haziran 2022), s. 608 vd.; Ayşenur Şahin Caner, “Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 13(2), (2022), s. 509 vd.

<sup>14</sup> Arnold Escher, *Medeni Kanun Şerhi: Miras Hukuku* (Çev.: Sabri Şakir Ansay) (Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 1949), s. 183; Peter Weimar, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben*, 1.

Sıkı ve yoğun aile bağları bazen mirasçının davranışları sebebiyle zayıflar hatta kopma noktasına gelir. Böyle bir durumda, davranışlarıyla mirasbırakan ile arasındaki sıkı ve yoğun aile bağlarını koparan mirasçıyı mirasbırakanın tasarruflarına karşı korumanın bir anlamı kalmaz<sup>15</sup>. Gerçekten de aile bağları zayıflamış ise saklı paylı yasal mirasçılıkta ısrar ermenin bir anlamı yoktur<sup>16</sup>. Bu durumu öngören kanun koyucu mirasbırakana ölüme bağlı tasarrufuyla mirasçısını mirasından uzaklaştırma imkânı tanımıştır. İşte bu noktada cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu devreye girer.

## 2. Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri

### a. Mirasçının Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı Ağır Bir Suç İşlemiş Olması

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını, mirasçılıktan çıkarabilmesi için kanunda belirtilen iki sebepten birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu sebeplerden birincisi, mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemiş olmasıdır.

Mirasbırakanın bu sebebe dayanabilmesi için, mirasçının mutlaka suçtan mahkûm olması gerekmez. Başka bir deyişle kesinleşmiş mahkûmiyet kararına gerek yoktur<sup>17</sup>. Mirasçı, zamanaşımına uğradığı veya şikâyet

---

Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 2009), Art. 477, N. 3; Köprülü, s. 281; Yağcı, s. 33; Çubuklugil, 1950, s. 443; Sezen, s. 7, 46; Baydar, s. 5-6. Ayrıca bkz. Serozan ve Engin, § 4 N. 183: “*Mirasçılıktan çıkarma (exheredation) ... yasal mirasçının saklı payını elinden alır. Bu ağırlığı ile de tipik bir özel hukuk cezası oluşturur. MK 510-512 kurallarında düzenlenmiş olan bu cezayı haklı kılan düşünce şudur: Miras bırakanı bir eliyle arkadan hançerleyen saklı paylı hısım veya eş öteki eliyle miras talep etmeye kalkışmamalıdır*”.

<sup>15</sup> Paul-Henri Steinauer, *Commentaire Romand, Code Civil II* (ed. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Denis Piotet), (Bale: Helbing Lichtenhahn, 2016), Art. 477, N. 1; Dural ve Öz, N.918. Benzer bir açıklama için bkz. Öztan, *Miras Hukuku*, s. 143.

<sup>16</sup> Esat Şener, *Miras Hukuku, Birinci Kitap* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1977), s. 215; Kılıçoğlu, s. 164; Köprülü, s. 279. Benzer bir açıklama için bkz. Ali İhsan Özüğür, “Miras Hakkından Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (1996): 346; Antalya, N.868; Karaca, s. 5; Şenocak, s. 421.

<sup>17</sup> Bir Yargıtay kararında, mirasçı hakkında ceza davasının bulunması halinde, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin gerçekleştiği hususunun, ceza davası ve bu davada dinlenen tanık beyanlarıyla ispat edilebileceği belirtilmiştir. Bkz. Y. 2. HD E. 2013/1958, K. 2013/4369, 21.02.2013: “*Mirasbırakan, 24.04.2007 tarihli vasiyetnamesiyle kızı ... yı mirasçılıktan çıkarmış, tasarrufta çıkarma sebeplerini de*

edilmediği için suçtan ceza almamış olabilir hatta suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir<sup>18</sup>. Bu noktada suçun ağırlığı ceza hukuku kuralları değil, medeni hukuk kuralları dikkate alınarak belirlenir; önemli olan işlenen suçun aile bağları üzerindeki etkisidir<sup>19</sup>. Bir görüşe göre<sup>20</sup>, madde metninde yer alan ağır suç kavramı ceza hukuku kavramı olmaktan çıkmış, bir medeni hukuk kavramı haline gelmiştir.

Mirasbırakanın bu sebebe dayanarak mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmesi için mirasçının kusurlu olması gerekir. Eğer mirasçı ayırt etme gücünden yoksun ise kusurundan bahsedilemeyeceğinden mirasçılıktan da çıkarılamaz<sup>21</sup>. Mirasçı ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olabilir. Bir görüşe göre<sup>22</sup>, böyle bir durumda TBK md. 59 hükmü kıyasen uygulanabilir. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden mirasçı, ayırt etme gücünü kaybetmede kusurunun bulunmadığını ispat edemezse mirasçılıktan çıkarılabilmelidir<sup>23</sup>. Bunun dışında mirasçının fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka uygunluk sebebi olduğundan meşru müdafaa halinde mirasçı, mirasçılıktan çıkarılamaz<sup>24</sup>.

---

*göstermiştir. Mirasbırakan vasiyetnamesinde; mirasçılığından çıkardığı kızının, kendisine ve diğer aile bireyelerine yönelik hakaret ile namus ve şerefine yönelik ağır suçlamalarda bulunduğunu belirterek, davacıyı mirasçılıktan çıkardığını açıklamıştır. Mirasbırakanın çıkarma sebebi olarak gösterdiği bu olaylar, gerçek olduğu takdirde, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacak ağırlıktadır. Davalılar, delil olarak gösterdikleri ceza dosyası ve tanık beyanlarıyla; çıkarma sebebi olarak gösterilen bu olayların gerçekliğini kanıtlamıştır (TMK .md.512/2). Bu durumda, mirasçılıktan çıkarma işleminin iptaline ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir”* (www.legalbank.net, erişim tarihi: 22.02.2023).

- <sup>18</sup> Weimar, Art. 477, N. 5; Christoph Wildisen, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016), Art. 477, N. 3.
- <sup>19</sup> Şener, s. 219-220; Köprülü, s. 282-283; Kocayusufpaşaoğlu, s. 308-309; Dural ve Öz, N. 923-924; İmre ve Erman, s. 248; Gençcan, s. 467; Antalya, N. 878-879; Yağcı, s. 132, 133; Eren ve Yücer Aktürk, N. 589-590. Yargıtay’a göre, murisin eşinin cenaze töreninden sonra, mirasçının murisi birçok kişinin önünde sarsarak ona hakaret etmesi mirasçılıktan çıkarma sebebidir. Bkz. Y. 3. HD E. 2018/7003, K. 2019/2130, 14.03.2019 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 22.02.2023).
- <sup>20</sup> Escher, s. 189; Kocayusufpaşaoğlu, s. 309.
- <sup>21</sup> Şener, s. 215; Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Dural ve Öz, N. 925; Yağcı, s. 135.
- <sup>22</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Dural ve Öz, N. 925.
- <sup>23</sup> Şener, s. 221; Dural ve Öz, N. 925.
- <sup>24</sup> Şakir Berki, Miras Hukuku, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 42; Köprülü, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Dural ve Öz, N. 925; Antalya, N. 877; Yağcı, s. 127.

Mirasçılıktan çıkarılma sebebi teşkil edebilmesi için ağır suçun mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlenmiş olması gerekir. Mirasbırakanın yakınları kavramı, onun ailesinden daha geniş bir kitleye işaret eder<sup>25</sup>. Mirasbırakanın yakın ilişkisi içinde bulunduğu arkadaşları bu kavrama dâhildir ancak ilişki içinde olmadığı akrabaları sırf kan bağı nedeniyle bu kapsam içinde yer almaz<sup>26</sup>. Bir görüşe göre<sup>27</sup>, bir kişiye karşı işlenen fiilden, o kişiyle arasındaki sıkı bağ sebebiyle mirasbırakan o fiil kendisine karşı işlenmiş gibi etkileniyorsa o kişi madde metninde geçen mirasbırakanın yakınları kavramı kapsamında yer alır. Sıkı bağın sebebi kuvvetli sevgi ve şefkat duygusu olabilir<sup>28</sup>. Mirasbırakanın yakın arkadaşları bu kapsama dâhil olduğu gibi bağlılık duygusu sebebiyle mirasbırakanın nişanlısı, sütanesi, çocuğu gibi ilgilendiği ve yetiştirdiği kişiler ile mirasbırakanı koruyup kollayan kişiler de bu kapsama dâhil olabilir<sup>29</sup>.

#### **b. Mirasçının Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Ailesi Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerini Önemli Ölçüde Yerine Getirmemiş Olması**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını, mirasçılıktan çıkarabilmesi için kanunda belirtilen iki sebepten birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu sebeplerden birincisi, mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemiş olmasıdır; diğer sebep ise mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olmasıdır.

Bir görüşe göre<sup>30</sup>, bu sebep diğer sebeple karşılaştırıldığında daha genel niteliklidir. Aile hukukundan doğan birçok yükümlülükten bahsedilebilir. Bu noktada öncelikle TMK md. 322 hükmü örnek olarak gösterilebilir. Bu maddede, “*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*” denmekte ve karşılıklı yükümlülükler işaret edilmektedir.

<sup>25</sup> Köprülü, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu, s. 311; Dural ve Öz, N. 927; İmre ve Erman, s. 249; Gençcan, s. 467; Eren ve Yücer Aktürk, N. 590.

<sup>26</sup> Dural ve Öz, N. 927; Yağcı, s. 112-113.

<sup>27</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 311; Dural ve Öz, N. 927; Antalya, N. 882; Yağcı, s. 104-105, 108.

<sup>28</sup> Şener, s. 221; İmre ve Erman, s.249; Yağcı, s. 104.

<sup>29</sup> Benzer örnekler için bkz. İmre ve Erman, s. 249; Dural ve Öz, N. 927; Gençcan, s. 467.

<sup>30</sup> İmre ve Erman, s. 249.

Nafaka yükümlülüğü de aile hukukundan doğan yükümlülüklerdendir. TMK md. 364 f. 1 hükmü uyarınca, “*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür*”. Bu yükümlülüğün, esasen bir ahlak kuralının bir hukuk kuralı haline gelmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Aile bireylerinin dayanışma ve yardımlaşma içinde bulunması gerektiği düşüncesinden hareketle, TMK md. 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen bu nafaka türüne, *yardım nafakası* da denmektedir<sup>32</sup>. İlgili hüküm uyarınca, nafaka yükümlülüğü, yalnızca üstsoy ve altsoy kan hısımları ile kardeşler<sup>33</sup> arasındadır ve bu yükümlülük karşılıklıdır.

Evlilik birliği sebebiyle eşlerin de karşılıklı yükümlülükleri bulunur. Örneğin TMK md. 185 hükmünde, “*Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar*” denmektedir.

Mirasbırakanın bu sebebe dayanarak bir mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmesi için yukarıda belirtildiği gibi mirasçının aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğün mirasçı tarafından yerine getirilmemiş olması gerekir<sup>34</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki kusurlu olsa

<sup>31</sup> Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Aile Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2. Basım, 1989), s. 289; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2010), s. 443; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt: III: Aile Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 17. Basım, 2022), N. 1756; Yılmaz Ergenekon, Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Basım, 1966), s. 25-26; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Aile Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 20. Basım, 2017), s. 443-444; Hayrunnisa Özdemir, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, S.100 (2014): 65-66; Bilge Öztan, Aile Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Basım, 2015), s. 1201; Ahmet Cemal Ruhi, Nafaka Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2005), s. 141.

<sup>32</sup> Akıntürk ve Ateş, s. 444.

<sup>33</sup> Kardeşlerin mutlaka hem analarının hem de babalarının ortak olması gerekmez. Yalnızca ana bir ya da yalnızca baba bir kardeşler de nafaka yükümlüsü veya alacaklısı olabilir (Nurten Yetik, Açıklamalı-İçtihatlı Ehliyet-Velayet-Nüfus-Vesayet-Nafaka (Ankara: Adil Yayınevi, 1. Basım, 2003), 188; Baygın, s. 447; Ergenekon, s. 57; Ruhi, s. 147).

<sup>34</sup> Örneğin vekâletin kötüye kullanılması, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali kapsamında değerlendirilemez. Bkz. Y. 3. HD E. 2019/5522, K. 2020/8054, 22.12.2020 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 22.02.2023).

bile mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi her zaman mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez; bunun için mirasçının yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olması başka bir deyişle ağır bir şekilde ihlal etmiş olması gerekir<sup>35</sup>.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki mirasbırakanın bir mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmesi için mirasçının ya ağır bir suç işlemiş olması ya da aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olması gerekir. Başka bir deyişle mirasçılıktan çıkarmada, ağır suç işlemenin alternatifini aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesidir. Biri diğerinin alternatifini olduğuna göre bu iki kavramın birbirleriyle uyumlu ve orantılı bir şekilde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde ağır suç sebebine dayalı olarak bir mirasçının ıskatı daha zor iken aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi sebebine dayalı olarak bir mirasçının ıskatı daha kolay olur. Böyle bir durumda ise çarpık sonuçlar ortaya çıkar<sup>36</sup>. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemiş olması ağır bir suç işlenmiş gibi mirasbırakanın mirasçısını saklı payından mahrum bırakarak cezalandırmasını haklı kılacak ağırlık ve yoğunlukta olmalıdır. Bir görüşe göre<sup>37</sup> *ağır* ifadesi ile *önemli ölçüde* ifadesi arasında hukuken bir anlam farkı bulunmamaktadır.

Mirasbırakanın bu sebebe dayanarak bir mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmesi için somut olayda objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunması gerekir<sup>38</sup>. Öncelikle mirasçının fiili objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde mirasçılıktan çıkarma kurumu, mirasbırakanın mirasçılara karşı kullanabileceği bir baskı aracına dönüşür<sup>39</sup>. Hatta bu kurum, kötüye kullanmaya açık hale gelir<sup>40</sup>. Ayrıca mirasçının fiilinin objektif olarak aile bağını koparacak nitelikte olması yeterli değildir. Somut olayda mirasçının fiilinin sübjektif olarak aile bağlarını koparmış olması gerekir<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Weimar, Art. 477, N. 11; Escher, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Dural ve Öz, N. 930; Antalya, N. 889.

<sup>36</sup> Serozan ve Engin, § 4 N. 186a.

<sup>37</sup> Yağcı, s. 184.

<sup>38</sup> Steinauer, CR CC II, Art. 477, N. 12; Wildisen, Art. 477, N. 5. Yargıtay'a göre mirasbırakanı korumak amacıyla vesayet davası açılması aile bağlarını koparacak nitelikte değildir. Bkz. Y. 3. HD E. 2015/11678, K. 2015/19101, 30.11.2015 (www.legalbank.net, erişim tarihi 22.02.2023)

<sup>39</sup> Şener, s. 223; Serozan ve Engin, § 4 N. 186.

<sup>40</sup> Yağcı, s. 191.

<sup>41</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Dural ve Öz, N. 931; Antalya, N. 89; Yağcı, s. 188.

Kişinin ailesinin onaylamadığı bir kişiyle evlenmesinin objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte bir fiil olmadığı kabul edilmektedir<sup>42</sup>. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2002 tarihli ve E.2002/2-189 K. 2002/201 sayılı kararında<sup>43</sup> da açıkça belirtilmiştir. Kaldı ki evlenen kişi ergin ise burada hukuka aykırı bir durum da yoktur<sup>44</sup>. Benzer şekilde ergin bir kişinin başka evde oturması, bağımsız bir hayat kurması da aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilemez<sup>45</sup>. Başka bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında<sup>46</sup> da mirasçının mirasbırakanı uzun yıllardır arayıp sormaması, bayramlarda gelip bayramını kutlamaması, hastalandığında ziyaret etmemesi mirasçılıktan çıkarma için yeterli sebep olarak kabul edilmemiştir<sup>47</sup>.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yalnızca mirasbırakana karşı değil, onun ailesi üyelerine karşı ihlal edilmesi de mirasçılıktan çıkarma sebebidir. Aile üyeleri kavramına kimlerin dâhil olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>48</sup>, aile üyeleri ifadesi yalnızca kan hısımları ile evlatlık ve eşi kapsar. Başka bir görüşe göre<sup>49</sup>, aile üyeleri kavramına kayın hısımları ile nişanlı da dâhildir. Bu konuya ilişkin bir diğer görüşe göre<sup>50</sup>, kayın hısımlarının bu kapsama dâhil edilmesi kanunun amacıyla bağdaşmaz ancak niteliği gereği nişanlının aile üyelerinden sayılması gerekir.

<sup>42</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Serozan ve Engin, § 4 N. 186; Dural ve Öz, N. 931; Yağcı, s. 169; Gençcan, s. 468.

<sup>43</sup> Y. HGK. E.2002/2-189, K. 2002/201, 20.03.2002 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 12.09.2022).

<sup>44</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313.

<sup>45</sup> Şener, s. 227; Kocayusufpaşaoğlu, s. 312; Serozan ve Engin, § 4 N. 186; Yağcı, s. 169.

<sup>46</sup> Y. HGK. E. 968/2-730, K. 751,27.09.1972 (İmre ve Erman, s. 250, dn. 15).

<sup>47</sup> Mirasçının mirasbırakanı ziyarete gelmesi ancak mirasbırakanın kapıyı açmaması halinde, Yargıtay'a göre mirasçı evlatlık vazifesini yerine getirmeye çalışmış, bu yönde çaba göstermiştir. Bkz. Y. 3. HD E. 2015/19402, K. 2017/4866, 06.04.2017 (www.legalbank.net, erişim tarihi 22.02.2023). Aynı yönde bkz. Y. 3. HD E. 2015/3523, K. 2017/4550, 04.04.2017 (www.legalbank.net, erişim tarihi 22.02.2023). Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edildiği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin yargı kararları için bkz. Kartal, s. 614 vd.

<sup>48</sup> Antalya, N. 885; Dural ve Öz, N. 933, dn. 591'de belirtilen yazarlar.

<sup>49</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 314; Yağcı, s. 156-157.

<sup>50</sup> Dural ve Öz, N. 933.

### 3. Şekli

TMK md. 510 hükmü uyarınca; mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Bunun için mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunması gerekir<sup>51</sup>. Mirasçılıktan çıkarma, tek taraflı bir tasarruf olduğundan, mirasbırakanın vasiyetname yapma yoluna gitmesi daha uygun olur<sup>52</sup>.

TMK md. 512 f.1 hükmünde, “*Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse geçerlidir*” denmektedir. Buna göre çıkarma sebebi, mutlaka mirasbırakan tarafından gösterilmelidir<sup>53</sup>. Mirasbırakan çıkarma sebebine ilişkin delil sunmak zorunda değildir. Ancak delillerin sunulmasında, tasarrufa eklenmesinde yarar vardır<sup>54</sup>. Zira ileride bu konuya ilişkin bir uyuşmazlık çıkması muhtemeldir. Mirasçılıktan çıkarılan, bu tasarrufa itiraz edebilir. Böyle bir durumda da çıkarma sebebinin varlığını ispat yükü bu tasarruftan yararlanan mirasçı ya da vasiyet alacaklısı üzerinde olur (TMK md. 512 f. 2).

Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufunda çıkarma sebebini göstermemiş olabilir veya mirasbırakan tarafından gösterilen sebep, gerçek olmayabilir. Çıkarma sebebi tasarrufta gösterilmemişse veya sebebin varlığı ispat edilememişse mirasçı saklı payını talep edebilir (TMK md. 512 f. 3). Bu tasarrufun iptali için açılan davada, tenkise ilişkin hükümler uygulanır<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Weimar, Art. 477, N. 16; Steinauer, N. 382; Antalya, N. 870; İmre ve Erman, s. 251; Gençcan, s. 469; Eren ve Yücer Aktürk, N. 592.

<sup>52</sup> Weimar, Art. 477, N. 16; Şener, s. 213; İmre ve Erman, s. 251-252; Serozan ve Engin, § 4 N. 183. Bir görüşe göre, mirasbırakanın bir mirasçısını üçüncü kişiyle yaptığı miras sözleşmesiyle mirasçılıktan çıkarması geçersizdir. Zira bu görüşe göre, mirasçının mirastan mahrum bırakılmasına ilişkin sözleşmesel yükümlülük başka bir deyişle mirasçılıktan çıkarma taahhüdü ZGB md. 27'ye (TMK md. 23) aykırı olup, mirasçının affını imkânsız hale getirir. Detaylı bilgi için bkz. Klaus Bürgi, Art. 477 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. Aktualisierte Auflage, 2021), Art. 477, N. 3; Leila Roussianos et Géraldine Auberson, Art 477 CC, in Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller (Hrsg.), Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR). Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012, Art 477, N. 6.

<sup>53</sup> Serozan ve Engin, § 4 N. 183; Antalya, N. 894; Eren ve Yücer Aktürk, N. 593.

<sup>54</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 316; İmre ve Erman, s. 252; Dural ve Öz, N. 938.

<sup>55</sup> İmre ve Erman, s. 256; Antalya, N. 896; Eren ve Yücer Aktürk, N. 598. Ayrıca bkz. Y. 3. HD E. 2016/9952, K. 2018/2354, 13.03.2018 (www.legalbank.net, erişim tarihi:

Mirasbırakan çıkarma sebebi hakkında açık hataya düşmüş olabilir. Böyle bir durumda ise çıkarma geçersiz olur ve mirasçı yalnızca saklı payını değil, miras payını talep edebilir (TMK md. 512 f. 3). Bunun dışında genel iptal sebeplerinden birine dayanılarak da ölüme bağlı tasarrufun iptali istenebilir. Örneğin ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda mirasbırakanın ayırt etme gücünün olmadığı, ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Böyle bir durumda tasarrufun tamamı iptal edileceğinden, çıkarılan mirasçı yine yalnızca saklı payını değil, miras payını talep edebilir<sup>56</sup>.

#### 4. Hüküm ve Sonuçları

TMK md.511 f.1 hükmü uyarınca, mirasçılıktan çıkarılan kimse, beklenen miras hakkını kaybeder<sup>57</sup>. Mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi tenkis davası da açamaz. Ancak bazı yazarlara göre<sup>58</sup>, mirasbırakan mirasçılıktan çıkardığı mirasçısına ölüme bağlı tasarrufla bir mal vasiyeti dahi yapabilir çünkü mirasçılıktan çıkarmada mirasçı, mirasçı olma ehliyetini kaybetmemiştir. Bunun dışında mirasçılıktan çıkarmanın, aile hukukundan doğan hak ve yükümlülüklerle bir etkisinin olmadığı ifade edilmektedir<sup>59</sup>.

Mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu bu durumdan etkilenmez. TMK md. 511 f. 2 hükmü uyarınca, mirasbırakan *başka türlü tasarrufla bulunmadıkça* mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır.

---

22.02.2023); Y. 3. HD E. 2013/15823, K. 2014/2876, 25.02.2014 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 22.02.2023).

<sup>56</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 317; İmre ve Erman, s. 257; Antalya, N. 909; Eren ve Yücer Aktürk, N. 600.

<sup>57</sup> Steinauer, N. 383; Kocayusufpaşaoğlu, s. 315; İmre ve Erman, s. 254; Dural ve Öz, N. 940; Serozan ve Engin, § 4 N. 184; Antalya, N. 901; Gençcan, s. 469; Eren ve Yücer Aktürk, N. 594.

<sup>58</sup> İmre ve Erman, s. 254; Öztan, Miras Hukuku, s. 149; Özüğür, Iskat, s. 349. Mirasçılıktan çıkarmanın hüküm ve sonuçları bakımından temkinli bir yaklaşım için bkz. Selin Sert, "Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.5, S.16, (2014): 240.

<sup>59</sup> Yağcı, s. 358. Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi. Miras Hukuku (İstanbul: 5. Basım, Vedat Kitapçılık, 2014), s. 113: "*Iskat (mirasçılıktan çıkarma) (TMK. 510) ve mahrumiyet (mirastan yoksunluk) (TMK. 578) kan hısımlığına değil sadece mirasçılığa son verir, iskat edilenin veya mahrum kalanın mirasçı olmasını önlerler*".

Mirasçılıktan çıkarmada, kural olarak mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçı da dikkate alınarak, saklı paylar hesaplanır; mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçıya isabet eden saklı pay oranı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir<sup>60</sup>. Buna karşılık TMK md. 511 f. 3 hükmü uyarınca, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir. Bu durumda, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu bulunmuyorsa veya mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu saklı paylı mirasçı değilse mirasçılıktan çıkarılanın saklı payı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir. Böylelikle mirasbırakanın terekesinin tasarruf edilebilir kısmı genişler<sup>61</sup>.

### C. Somut Olayda Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Bulunup Bulunmadığı

Karara konu olayda mirasbırakan baba; davacı mirasçı kızının anne ve babasının rızası bulunmaksızın evden ayrıldığını, haber vermeden anne ve babasının tanımadığı biriyle evlendiğini, bayramlarda ve önemli günlerde ailesini aramadığını, boşandıktan sonra eski eşiyile nikâhsız olarak yaşamaya devam ettiğini, rica minnet üzerine zoraki eve geldiği son dönemde de anne ve babasına yabancı biri gibi davrandığını ve etrafa özel hayatı ile geçmiş hakkında bazı şeyler anlatarak anne ve babasını kötülediğini ileri sürerek, aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediğinden bahisle davacı mirasçı kızını mirasçılıktan çıkarmıştır. İlgili Yargıtay kararında, davacı mirasçının mirasbırakan babasına ve davalı annesine karşı ilgisiz kaldığının tanık beyanlarıyla sabit olduğu ve dinlenen tanık beyanlarına göre, dava konusu vasiyetnameler ile mirasbırakan babanın davacı mirasçı kızını mirastan çıkarma sebebi olarak ileri sürdüğü vakıaların mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunduğu, davacının anne ve babasına karşı olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ve kusurlu davranışlarıyla yerine getirmediği belirtilmiştir.

Öncelikle davacı mirasçının anne ve babasıyla birlikte yaşamak zorunda olup olmadığı hususu üzerinde duralım. TMK md. 339 f. 2 hükmü uyarınca, “Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür”. Aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca, “Çocuk, ana ve babanın rızası dışında evi terk edemez”. Ancak bu madde velayet altında bulunan çocuklar ile ilgili bir

<sup>60</sup> Dural ve Öz, N. 1180; İmre ve Erman, s. 255; Yağcı, s. 468.

<sup>61</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 408; İmre ve Erman, s. 255; Dural ve Öz, N. 943, 945; Antalya, N. 904.

düzenleme olup, davacı mirasçı ergin olduğundan somut olayda uygulanma kabiliyeti yoktur. O halde, somut olayda davacı mirasçının anne ve babasıyla birlikte yaşamak zorunda olduğundan bahsedilemeyeceğinden, bu noktada aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de söz konusu değildir. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, ergin bir kişinin başka evde oturması, bağımsız bir hayat kurması aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilemez<sup>62</sup>.

Mirasçılıktan çıkarmada yaşam tarzı önemlidir<sup>63</sup>. Kararda, davacı mirasçının eğitimini yurt dışında tamamladığından bahsedilmektedir. Buradan hareketle somut olayda davacı mirasçının daha önce de anne ve babasından ayrı yaşadığı, ayrı yaşama olgusunun davacı mirasçının anne ve babasına yabancı bir durum olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca kararda, davacı mirasçının evi terk etmesinden sonra anne ve babasının çiçek yaptırarak davacı mirasçının evine gittiğinden, tanık beyanlarının bu yönde olduğundan bahsedilmektedir. Anne ve babasının çiçek yaptırarak davacı mirasçının yeni adresine gitmesi, somut olayda müterafik kusurun olabileceğini de düşündürmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki aile bağlarını zedeleyen, bu bağların kopmasına sebep olan olayların meydana gelmesinde aynı veya daha fazla oranda kusurunun bulunması halinde mirasbırakan mirasçısını mirasından uzaklaştırılmaz<sup>64</sup>. Bunun dışında karşılıklı davranışların da bir arada takdir edilmesi gerekir<sup>65</sup>. Ancak kararda bu konular üzerinde durulmadığı görülmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kişinin ailesinin onaylamadığı bir kişiyle evlenmesinin objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte bir fiil olmadığı kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2002 tarihli ve E.2002/2-189 K. 2002/201 sayılı kararında<sup>67</sup> da açıkça belirtilmiştir. Kaldı ki, evlenen kişi ergin ise burada hukuka aykırı bir durum da yoktur<sup>68</sup>. O halde somut olayda davacı mirasçının anne ve babasına haber

---

<sup>62</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 312.

<sup>63</sup> Escher, s. 190.

<sup>64</sup> Weimar, Art. 477, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Dural ve Öz, N. 926; Antalya, N. 883.

<sup>65</sup> Escher, s. 190.

<sup>66</sup> Roussianos et Auberson, Art. 477, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Dural ve Öz, N. 931; Gençan, s. 468.

<sup>67</sup> Y. HGK. E.2002/2-189, K. 2002/201, 20.03.2002 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 12.09.2022).

<sup>68</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313.

vermeden onların tanımadığı bir kişiyle evlenmesi aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilemez. Bunun dışında kişinin boşandığı eşiyle nikâhsız olarak yaşamaya devam etmesinde de hukuka aykırı bir durum yoktur<sup>69</sup>.

Somut olayda tanık beyanlarıyla sabit olan tek husus, davacı mirasçının anne ve babasına ilgi göstermemesi, onları arayıp sormaması ve onları ziyaret etmemesidir. Belki mirasçının anne ve babasına ilgi göstermemesi, onları arayıp sormaması ve onları ziyaret etmemesi aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirilebilir. Ancak kusurlu olsa bile mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi her zaman mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez; bunun için mirasçının yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olması başka bir deyişle ağır bir şekilde ihlal etmiş olması gerekir<sup>70</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, mirasbırakanın bu sebebe dayanarak bir mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmesi için somut olayda objektif ve sübjektif unsurların bulunması gerekir. Öncelikle mirasçının fiili objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde mirasçılıktan çıkarma kurumu, mirasbırakanın mirasçılara karşı kullanabileceği bir baskı aracına dönüşür<sup>71</sup>. Hatta bu kurum, kötüye kullanmaya açık hale gelir<sup>72</sup>. Ayrıca mirasçının fiilinin objektif olarak aile bağını koparacak nitelikte olması yeterli değildir. Somut olayda mirasçının fiilinin sübjektif olarak aile bağlarını koparmış olması gerekir<sup>73</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.09.1972 tarihli ve E. 968/2-730 K. 751 sayılı kararında<sup>74</sup> da belirtildiği üzere, mirasçının mirasbırakanı uzun yıllardır arayıp sormaması, bayramlarda gelip bayramını kutlamaması, hastalandığında ziyaret etmemesi mirasçılıktan çıkarma için yeterli değildir. Kaldı ki kararda, davacı mirasçının son dönemde anne ve babasının yanına geldiği belirtilmiştir.

---

<sup>69</sup> İnceleme konusu yapmış olduğumuz bu karara ilişkin olarak, davacının, ailesinin onaylamadığı birisiyle evlenmesi ve boşandığı eşiyle nikâhsız yaşaması halinin, ilk derece mahkemesi tarafından mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak kabul edilmesinin, davacının kişilik haklarına müdahale niteliğinde olduğu yönündeki görüş ve diğer değerlendirmeler için bkz. Şahin Caner, s. 512.

<sup>70</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Dural ve Öz, N. 930.

<sup>71</sup> Serozan ve Engin, § 4 N. 186.

<sup>72</sup> Yağcı, s. 191.

<sup>73</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Dural ve Öz, N. 931.

<sup>74</sup> Y. HGK E. 968/2-730, K. 751, 27.09.1972 (İmre ve Erman, s. 250, dn. 15).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasçılıktan çıkarmada, ağır suç işlemenin alternatifi aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesidir. Biri diğerinin alternatifi olduğuna göre bu iki kavramın birbiriyle uyumlu ve orantılı bir şekilde yorumlanması gerekir<sup>75</sup>. Aksi takdirde ağır suç sebebine dayalı olarak bir mirasçının ıskatı daha zor iken aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi sebebine dayalı olarak bir mirasçının ıskatı daha kolay olur. Oysa aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemiş olması ağır bir suç işlenmiş gibi mirasbırakanın mirasçısını saklı payından mahrum bırakarak cezalandırmasını haklı kılacak ağırlık ve yoğunlukta olmalıdır. Kanaatimizce somut olayda davacı mirasçının davranış ve fiilleri bu ağırlık ve yoğunlukta değildir<sup>76</sup>.

## SONUÇ

Ergin bir kişinin anne ve babasıyla birlikte yaşama yükümlülüğünün bulunmadığı, kişinin ailesinin onaylamadığı bir kişiyle evlenmesinin objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte bir fiil olmadığı, kişinin boşandığı eşiyile nikâhsız olarak yaşamaya devam etmesinde de hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı, mirasçının mirasbırakanı uzun yıllardır arayıp sormamasının, bayramlarda gelip bayramını kutlamamasının ve hastalandığında ziyaret etmemesinin mirasçılıktan çıkarma için yeterli sebep olarak kabul edilmediği, yetişkin bir kişinin kişisel tercihleri olarak nitelendirilebilecek davranış ve tutumların, anne ve baba tarafından tasvip edilmemesinin aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali şeklinde değerlendirilemeyeceği ve TMK md. 510 hükmü uyarınca, mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesinin de her zaman mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmediği bunun için mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmiş olması gerektiği dikkate alındığında, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 sayılı kararının isabetli olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmaktadır.

<sup>75</sup> Serozan ve Engin, § 4 N. 186a.

<sup>76</sup> Yargıtay tarafından verilen bu kararın isabetli olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Şahin Caner, s. 512.

**KAYNAKÇA**

- Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. Aile Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 20. Basım, 2017.
- Antalya, Osman Gökhan. Marmara Hukuk Yorumu-Miras Hukuku Cilt: III. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2019.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 9. Basım, 2016.
- Baydar, Utku. Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma. İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Baygın, Cem. Soybağı Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2010.
- Berki, Şakir. Miras Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Bürge, Klaus. Art. 477 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch). Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. Aktualisierte Auflage, 2021.
- Çağa, Tahir. Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1. Basım, 1950.
- Çakın, Nur. "Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler". Ankara Barosu Dergisi, S.3 (1974): 523-536.
- Çubuklugil, Rıza. "Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4 (1951): 595-609.
- Çubuklugil, Rıza. "Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4 (1950): 441-467.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa Alper. Türk Özel Hukuku, Cilt: III: Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 17. Basım, 2022.
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 16. Basım, 2021.
- Eren, Fikret ve Yücer Aktürk, İpek. Türk Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Basım, 2021.
- Ergenekon, Yılmaz. Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Basım, 1966.
- Ersöz, Oğuz. "Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkartma". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.7, S. 14 (Aralık 2019): 195-254.

- Escher, Arnold. Medeni Kanun Şerhi: Miras Hukuku (Çev.: Sabri Şakir Ansay). Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 1949.
- Hatemi, Hüseyin. Miras Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2014.
- İmre, Zahit ve Erman, Hasan. Miras Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 13. Basım, 2017.
- Karaca, Beytul Fatih. Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma. İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Kartal, Dilşah Buşra. “Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 30, C. 2 (Haziran 2022): 605-636.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Basım, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 1987.
- Köprülü, Bülent. Miras Hukuku Dersleri: Mirasçılar – Ölümüne Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Basım, 1985.
- Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim. Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2. Basım, 1989.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası”. Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, S.100 (2014): 65-78.
- Öztan, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Basım, 2015. (Aile Hukuku)
- Öztan, Bilge. Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 12. Basım, 2021. (Miras Hukuku)
- Özüğür, Ali İhsan. “Miras Hakkından Iskat”. Ankara Barosu Dergisi, S. 3 (1996): 346-353.
- Roussianos, Leila et Auberson, Géraldine. Art 477 CC, in Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller (Hrsg.), Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR). Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Ruhi, Ahmet Cemal. Nafaka Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2005.
- Sarı, Suat. Uygulamalı Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 2016.
- Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkey. Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Basım, 2022.
- Sert, Selin. “Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.5, S.16, (2014): 229-243.

- Sezen, Cehdi Cihan. Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma. İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Steinauer, Paul-Henri. Le droit des successions. Bern: Stämpfli Editions, 2. édition, 2015.
- Steinauer, Paul-Henri. Commentaire Romand, Code Civil II (ed. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Denis Piotet), Art. 470-480. Bale: Helbing Lichtenhahn, 2016. (CR CC II)
- Şahin Caner, Ayşenur. “Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13 (2), (2022): 506-518.
- Şener, Esat. Miras Hukuku, Birinci Kitap. Ankara: Olgaç Matbaası, 1977.
- Şenocak, Zarife. “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”. Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara (1998): 421-429.
- Turanboy, Kürşat Nuri. Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Basım, 2010.
- Weimar, Peter. Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Wildisen, Christoph. Erbrecht Art. 457-640 ZGB, in: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016.
- Yağcı, Kürşad. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma. İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2013.
- Yetik, Nurten. Açıklamalı-İçtihatlı Ehliyet-Velayet-Nüfus-Vesayet-Nafaka. Ankara: Adil Yayınevi, 1. Basım, 2003.

# FRANSIZ HUKUKU'NDA *VENTE AMIABLE* (DOSTANE SATIŞ) KURUMU

*Institution of Vente Amiable in French Law*

Nur BOLAYIR\*

## ÖZ

İcra ve İflâs Kanunu'na 111/a maddesi eklenerek, yeni bir satış usûlü kabul edilmiştir. Bu çerçevede, borçluya satış yetkisi tanınarak, borçlu kendine ait malı bizzat paraya çevirme imkânına kavuşmuştur. Hukukumuzda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi, Fransız Hukuku'ndaki benzer bir düzenleme olan "*vente amiable*" kurumunun araştırılmasını, ilgili kurumun İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesi ile arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların incelenmesini gerekli kılmıştır. Hukukumuzdaki düzenlemede, Fransız Hukuku'ndaki düzenlemenin aksine, taşınır mallar ile taşınmazlar arasında bir ayırım yapılmamış; tüm malların paraya çevrilmesi aynı düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Bunun yanı sıra, Fransız Hukuku'nda alacaklının veya alacaklıların satış süreci boyunca son derece aktif bir konumda bulunup, tüm işlemleri denetleme imkânına sahipler iken; hukukumuzda, satış işlemine ilişkin süreç boyunca alacaklının veya alacaklıların itiraz edebilmelerine, borçluyu denetlemelerine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiş; sürecin yürütülmesi tamamen borçlunun iradesine terk edilmiş; borçlunun, satış için gerekli asgari bedeli ödeyebilecek bir alıcı bulması ve söz konusu bedelin on beş gün içerisinde yatırılması yeterli kabul edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Borçlu, satış yetkisi, vente amiable, alacaklı, paraya çevirme

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 08.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.02.2023.

\* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: nbolayir@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6871-1181.

## ABSTRACT

A new sales procedure was adopted by adding article 111/a to the Enforcement and Bankruptcy Code. In this context, the debtor who was given the right of sales had the opportunity to convert his own property into cash. The entry of force of such a regulation in our law necessitated the study of the institution of “vente amiable”, which is a similar regulation in French Law, and the examination of the similarities and differences between the relevant institution and article 111/A of the Execution and Bankruptcy Code. In our regulation, unlike the regulation in the French Law, no distinction is made between movables and immovable; the conversion of all goods into cash is subject to the same regulation. In addition, while the creditor or creditors are in a very active position during the sales process and have the opportunity to supervise all transactions in French Law; but in our law, there is no regulation regarding the ability of the creditor or creditors to object and inspect the debtor during the process of the sale; the execution of the process is completely left to the will of the debtor.

**Keywords:** Debtor, right of sales, vente amiable, creditor, conversion of goods into cash

## GİRİŞ

24.11.2021 tarihinde kabul edilip, 30.11.2021 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanıp yürürlüğe giren 7343 Sayılı Kanun’un 12. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu (İİK)’na “borçluya satış yetkisi verilmesi” başlıklı 111/a maddesi eklenmiştir<sup>1</sup>. Anılan maddenin son fıkrası çerçevesinde de İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik (BSY) çıkartılmış ve bu Yönetmelik 28.05.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>2</sup>. Hukukumuzda taşınır ve taşınmaz malların paraya çevrilmesi icra dairesi aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve asıl olarak açık arttırma yoluyla satış usûlü uygulanmaktadır<sup>3</sup>. Böyle bir yeni düzenleme

<sup>1</sup> Bkz. RG, 30.11.2021, S.31675.

<sup>2</sup> Bkz. RG, 28.05.2022, S.31849.

<sup>3</sup> İcra ve İflâs Kanunu’nda açık arttırma yoluyla satış ile pazarlık yoluyla satış şeklinde iki farklı satış usûlü düzenlenmiş olmakla birlikte, pazarlık yoluyla satışın uygulama alanı son derece istisnadır. Bu bağlamda, cüzî tasfiyede sadece İİK. m. 119 çerçevesinde taşınırın pazarlık yoluyla satışı kabul edilmiştir. Küllî tasfiyede ise, İİK.m.241/f.I uyarınca hem taşınırın, hem de taşınmazların pazarlık yoluyla satışı mümkün olmasına karşın, bu satış usûlünün uygulanmasına neredeyse hiç

getirmek suretiyle, ilk kez paraya çevirme işleminin icra dairesi tarafından değil; bizzat borçlunun kendisi tarafından yapılmasını esas alan bir satış usûlü kanunî düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak, borçluya satış yetkisi tanınmakla birlikte, icra memuru satış talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri temin edip, satış için gerekli şartların bulunduğunu tespit ettiği takdirde, bunları icra mahkemesine göndermekte; mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne karar verilmesi halinde de satış gerçekleştirilmektedir. O halde, ortada bir cebri icra satışı bulunduğu kabul edilmelidir<sup>4</sup>.

Hukukumuzda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi, bizi yabancı hukuk sistemlerinden Fransız Hukuku'nda cebri icra yoluyla satışın dışında kalan, alacaklı ve borçlunun karşılıklı olarak anlaşması yoluyla borçlunun mallarının paraya çevrilmesini esas alan "*vente amiable*" (dostane satış)<sup>5</sup>

---

rastlanılmamaktadır. Pazarlık yoluyla satış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özümücü, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış* (İstanbul: Vedat, 2005), 221 vd.

<sup>4</sup> Hakan Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.1, (Haziran 2022): 840; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6.Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 286. Satışın icra mahkemesinin kararına kadar askıda olması, mahkemenin kararıyla mülkiyetin geçmesi ve belirli bir tutarın üzerinde satış yapılması zorunluluğu sebebiyle, ilgili satışın takip hukukuna özgü bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. Nedim Meriç, *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında)* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 127-128. Rızaen satışın cebri satışın karşılığı anlamında kullanıldığına, kuralları ve işleyişi İcra ve İflâs Kanunu tarafından düzenlenmiş bir özel hukuk sözleşmesinin söz konusu olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8.Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 393-dn:12; Okay Durman, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi," in *8.Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (İstanbul: Asos, 15-16-17 June 2022), 960.

<sup>5</sup> "*Vente amiable*" kavramı, doktrinde "*rızaen satış*" ve "*anlaşmalı satış*" olarak iki farklı şekilde Türkçe'ye çevrilmiştir. "*Rızaen satışa*" ilişkin olarak bkz. Mehmet Emin Alpaslan, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 125 vd. "*Anlaşmalı satışa*" ilişkin olarak bkz. Mert Namli, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 575 vd. Ancak, kanaatimizce ilgili kavramın "*dostane satış*" olarak çevrilmesi daha isabetli olacaktır. Çünkü, "*amiable*" kelimesinin kökeni "*dost*" anlamına gelen "*ami*" kelimesine dayanmakta ve Fransız Hukuku'nda Medenî Usûl Kanunu'nun 1528 ilâ 1571. maddelerinde yargı dışı çözüm yollarını ortaya koymak amacıyla "*uyuşmazlıkların dostane çözüm yolları*" şeklinde çevirebileceğimiz "*résolution amiable des différends*" kavramına yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, medenî usûl hukukunda her iki tarafın karşılıklı olarak anlaşması temeline dayalı olan, yargının

kurumunu araştırmaya ve ilgili kurumun İİK.m.111/a hükmüyle arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları ortaya koymaya yönelmiştir.

Fransız Hukuku'nda taşınırın ve taşınmazların dostane satışı Fransız İcra Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, çalışmamızın birinci bölümünde taşınırın, ikinci bölümünde ise, taşınmazların dostane satışını incelemeyi; üçüncü bölümde ise, İİK.m.111/a hükmünü Fransız Hukuku'nun dostane satışa ilişkin düzenlemeleri ışığında değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

## I- TAŞINIRLARIN DOSTANE SATIŞ YOLUYLA PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Fransız Hukuku'nda taşınırın dostane satışı çerçevesinde İcra Kanunu'nda ikili bir ayırım yapılmış ve maddî eşyalar ile gayrî maddî haklar ayrı hükümlere tâbi tutulmuştur.

### A- Maddî eşyaların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi

Hacedilmiş maddî eşyaların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi, ilk kez 9 Temmuz 1991 tarihli ve 91-650 sayılı İcra Sisteminde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>6</sup>'un 52. maddesiyle ve bunun paralelinde sözü geçen Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 31 Temmuz 1992 tarihli ve 92-755 sayılı Kararname<sup>7</sup>'nin 107. maddesiyle düzenlenmiş; 19 Aralık 2011 tarihli ve 2011-1895 sayılı Kararnameyle<sup>8</sup> İcra Kanunu'na L. 221-3 maddesi; 30 Mayıs 2012 tarihli ve 783 sayılı Kararnameyle<sup>9</sup> de İcra Kanunu'na R. 221-30 ilâ R. 221-32 maddeleri eklenmiştir.

Kanun'un L. 221-3 maddesinin 2. fıkrasında kendisine karşı cebri icra yoluna başvurulmuş olan borçlunun, alacaklıların alacaklarının karşılanması amacıyla kendi iradesiyle mallarını satabileceği düzenlenmiş; bu çerçevede

---

dışında kalan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları “dostane” ifadesiyle vurgulandığından, Fransız Hukuku'nda cebri icra prosedürünün dışında kaldığı ve tamamen borçlar hukuku hükümlerine tâbi olduğu kabul edilen bir satış işleminin de “dostane satış” şeklinde isimlendirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

<sup>6</sup> Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000172847/#:~:text=L'activit%C3%A9des%20personnes%20physiques,d%C3%A9cret%20en%20Conseil%20d'Etat>

<sup>7</sup> Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000054140>

<sup>8</sup> Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000025024673/2012-06-01/>

<sup>9</sup> Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000025936193/2012-06-01/>

Kanun'un L. 221-3 maddesinin 1. fıkrası ve R. 221-30 maddesinin 1. fıkrası uyarınca, borçluya haciz işlemi huzurunda yapılmışsa o andan, haciz işlemi yokluğunda yapılmışsa, haciz tutanağının tebliğinden itibaren bir ay içinde<sup>10</sup> haczedilmiş mallarını bizzat paraya çevirebilme imkânı tanınmıştır. Nitekim, Kanun'un haciz tutanağına ilişkin düzenleme getiren R. 221-16 maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinde de borçlunun bir aylık süre zarfında, R. 221-30 ilâ R. 221-32 maddelerinde öngörülen şartlar dâhilinde, dostane satış imkânından yararlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Anlaşıldığı üzere, bu bir aylık süre içinde borçlunun dostane satış olanağına sahip olduğunun haciz tutanağında mutlaka ortaya konulması gerekmektedir; aksi takdirde haciz tutanağı kesin hükümsüz olacaktır. Borçluya dostane satış imkânından yararlanabilmesi için tanınmış olan bir aylık sürenin sona ermesi beklenmeksizin malların cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesine girişilmesi; bu bağlamda açık arttırma yoluyla satışa ilişkin hazırlık işlemlerine başlanıp, arttırma ilânı yapılması halinde ise, arttırma ilânı iptal edilecektir<sup>11</sup>.

Malını bizzat paraya çevirme yetkisi verilmiş olan borçlu, bir aylık süre içinde alıcılar bulmaya çalışacaktır. Kanun'un R. 221-30 maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, bu süre içinde haczedilmiş mallar yediemin tarafından muhafaza altına alınmakta; mallar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulamamakta ve dostane satış işlemi tamamlanıp malların bedeli alıcı tarafından ödenmedikçe, malların yediemininden alınarak alıcıya teslimi söz konusu olmamaktadır<sup>12</sup>. Kanun'un L. 221-3 maddesinin 3. fıkrası ve R. 221-31 maddesinin 1. fıkrası bağlamında, borçlu kendisine yapılan teklifler hakkında icra görevlisine yazılı<sup>13</sup> olarak bilgi verecek ve bilgilendirme

<sup>10</sup> Haczedilmiş mala ilişkin olarak istihkak iddiasında bulunulması halinde, icra hâkimi tarafından bu iddia hakkında karar verilinceye kadar bir aylık dostane satış isteme süresinin işlemesi duracaktır. Bu hususta bkz. Cour de Cassation Civ. 2<sup>e</sup>, 27 Nisan 2000, n<sup>o</sup> 98-16187 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007043047/>). Aynı şekilde, hacze konu mallara ilişkin olarak haczedilmezlik iddiasında bulunulduğu takdirde de ilgili sürenin işlemesinin durması söz konusu olacaktır (Stéphane Piédelièvre, *Procédures civiles d'exécution* (Paris: Economica, 2016), 421).

<sup>11</sup> Natalie Fricero, "Saisie-vente", *Répertoire de procédure civile*, Décembre 2011, 37 ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)); Piédelièvre, 421.

<sup>12</sup> Fricero, 38; Xavier Daverat, "Saisie: Protection du débiteur", *Répertoire de procédure civile*, Novembre 2019, 77 ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)).

<sup>13</sup> Bu bilgilendirmenin taahhütlü mektup şeklinde posta iade ilmühaberi ekli olarak olarak yapılmasının, dostane satış görüşmelerine ilişkin ispat faaliyetinin sağlanabilmesi bakımından daha isabetli olacağı hususunda bkz. Fricero, 38.

çerçevesinde alıcının adını-soyadını, adresini ve ne kadarlık süre içinde önerilen satış bedelini ödeyeceğini bildirecektir<sup>14</sup>. Kanun'un R. 221-31 maddesinin 2. fıkrası uyarınca icra görevlisi, borçlu tarafından kendisine bildirilen tüm bu bilgileri, taahhütlü mektup şeklinde posta iade ilmühaberi ekli olarak, haciz koyduran alacaklı ile o hacze iştirak etmiş olan alacaklılara tebliğ edecektir. Söz konusu tebligat yapıldıktan sonra alıcı, teklifini tek taraflı olarak geri aldığı takdirde hem takip yapan alacaklıya, hem de hacze iştirak eden alacaklılara karşı sorumlu olacaktır<sup>15</sup>.

Kanun'un R. 221-31 maddesinin 3. fıkrasına göre alacaklı veya alacaklılar, taahhütlü mektubun kendilerine tebliğinden itibaren on beş gün içinde kararlarını bildirmelidirler<sup>16</sup>; bu süre içinde herhangi bir cevap vermemeleri halinde, alıcının teklifini kabul etmiş sayılacaklardır. Alacaklıların on beş gün içinde herhangi bir cevap vermemelerine, kanunen teklifin kabul edildiği sonucu bağlandığına göre, dostane satışın gerçekleşmesi için mutlaka alacaklıların tümünün kabulünün arandığı neticesine ulaşılabilecektir<sup>17</sup>.

Alacaklının veya alacaklıların gerek açıkça gerekse zımnen söz konusu teklifi kabul etmeleri durumunda, dostane satış şartları dâhilinde malların paraya çevrilmesine geçilmektedir. Alıcı, Kanun'un R. 221-32 maddesi çerçevesinde, satış bedelini taahhüt etmiş olduğu süre içinde haciz koyduran alacaklının takip yaptığı yerdeki icra görevlisine ödemelidir. Satış bedelinin ödenmesiyle birlikte, Kanun'un L. 221-3 maddesinin 5. fıkrası uyarınca, alıcı malların mülkiyetini kazanmakta ve mallar alıcıya teslim edilmektedir. Malların bedelinin ödenmemesi halinde ise, mallar cebrî icra yoluyla paraya çevrilecektir<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Kural olarak, borçlunun bir aylık dostane satış süresi içinde icra görevlisini yapılan teklifler ve teklifte bulunan alıcılar hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bir aylık süre geçtikten sonra yapılmış olan tekliflerin geçersiz kabul edilmesi gerekmele birlikte, gecikmeli olarak yapılmış olan teklifin alacaklıların menfaatleri bakımından taşıyabileceği önemi gözetilen icra görevlisi, söz konusu teklifi ilgililere tebliğ edebilecektir (Fricero, 38).

<sup>15</sup> Fricero, 38; Daverat, 77.

<sup>16</sup> Alacaklıların tümüne taahhütlü mektuplar aynı gün gönderilmemiş olabileceğinden, dolayısıyla mektuplar farklı tarihleri taşıyabileceğinden, her alacaklı mektubun kendisine tebliğinden itibaren on beş günlük süreden yararlanabilecektir (Fricero, 3).

<sup>17</sup> Loïs Raschel, "Saisie des droits incorporels: saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières", Répertoire de procédure civile, Septembre 2012, 22 (<http://www.dalloz.fr>); Piédelièvre, 422.

<sup>18</sup> Fricero, 41; Daverat, 77.

Kanun'un R.251-1 maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, alıcının satış bedelini icra görevlisine ödemesinden itibaren bir ay içinde, icra görevlisi de alacaklıya ödemedede bulunacaktır. Birden fazla alacaklının mevcut olması ihtimalinde ise, Kanun'un R.251-3 maddesi bağlamında, belirttiğimiz bir aylık süre içinde icra görevlisi tarafından paraların paylaşılmasına ilişkin bir proje hazırlanacaktır. Kanun'un R.251-4 ile R.251-5 maddeleri çerçevesinde borçluya ve alacaklılara tebliğ edilecek olan bu projeye on beş gün içinde herhangi bir muhalefette bulunulmadığı takdirde, alacaklılara ödeme yapılacaktır<sup>19</sup>.

Alacaklı veya alacaklılar, Kanun'un L.221-3 maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi bağlamında, malların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi için alıcılar tarafından borçluya yapılmış olan teklifi yetersiz<sup>20</sup> buldukları takdirde ise, ilgili tekliflerin kendilerini neden tatmin etmediğini gerekçeli olarak açıklamalı; bu çerçevede özellikle alacağın miktarına nazaran teklif edilen bedelin düşük olduğunu, malın cebri icra yoluyla daha yüksek bir bedel üzerinden paraya çevrilebileceğini ortaya koymalıdır<sup>21</sup>.

Kanun'un L. 221-3 maddesinin 4. fıkrasına göre, alacaklı veya alacaklıların mevcut teklifleri reddetmeleri durumunda, kural olarak herhangi bir sorumlulukları doğmayacak; ancak alacaklı veya alacaklılar sırf borçluya zarar vermek kastıyla dostane satışa karşı çıkmışlarsa, söz konusu davranışları hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ve bu bağlamda sorumlu tutulabileceklerdir. Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, anılan düzenlemeye yer vermek suretiyle, alacaklı veya alacaklıların keyfi şekilde davranmalarını

---

<sup>19</sup> On beş gün içinde projeye muhalefet edilmesi halinde ne gibi işlemler yapılacağı ise, Kanun'un R.251-6, R.251-7, R.251-8 maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, satış yerine getirme görevlisi borçluyu ve alacaklıları toplantıya çağırıp, projeye muvafakat edilmesi hususunda onları uzlaştırmaya çalışacaktır. Borçlu ve alacaklılar uzlaşmaya vardıkları takdirde, proje kesinleşecek ve paralar alacaklılar arasında paylaşılacaktır. Uzlaşma sağlanamadığı takdirde ise, satış yerine getirme görevlisi söz konusu durumu tutanak altına alacak ve meselenin karara bağlanabilmesi için derhal satışın yapıldığı yerdeki icra hâkimine başvuracaktır.

<sup>20</sup> Kanun hükmünde kullanılan "*yetersiz*" ifadesinin iki şekilde yorumlanması mümkündür. Bu çerçevede, teklif edilen bedelin alacaklının veya alacaklıların alacaklarını karşılamaması biçiminde bir yorumda bulunulabileceği gibi, teklife konu bedelin malın değerinin altında olması şeklinde de bir yorum yapılabilir. Ancak, alacaklının ya da alacaklıların malın değerini takdir edebilecek bir bilirkişi olmaması nedeniyle, ilk yorumun benimsenmesi daha isabetli olacaktır (Piédelièvre, 422).

<sup>21</sup> Fricero, 39; Piédelièvre, 422.

engellemek istemiştir<sup>22</sup>. Böyle bir durumun varlığı halinde, borçlu icra hâkimine başvurarak zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Ancak, dostane satışın yapılabilmesi için mutlaka alacaklının veya alacaklıların rızası aranıp, icra hâkiminin bu konuda karar verme yetkisi bulunmadığından, borçlu tazminata hak kazanacak olmakla birlikte, mallar cebri icra yoluyla paraya çevrilecektir<sup>23</sup>.

Alacaklının veya alacaklıların, dostane satış şartlarını gerekçeli olarak kabul etmemelerini takiben, haczedilmiş malların cebri icra yoluyla satışı için gerekli işlemlere girişilebilecektir. Kanun'un R. 221-31 maddesinin 4. fıkrasında belirtildiği üzere, dostane satışın gerçekleştirilmemesi sebebiyle cebri icra yoluyla satış işlemlerine başlanılabilmemesi için mutlaka Kanun'un L. 221-3 maddesinin 2. fıkrası ve R. 221-30 maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde borçluya tanınmış olan bir aylık sürenin; dostane satışa ilişkin olarak alacaklılara tebligat çıkartılmış olması ihtimalinde ise, bu bir aylık süreye ek olarak alacaklılara verilmiş olan on beş günlük cevap süresinin geçmiş olması gerekmektedir. Kanun'un hükümlerinden açıkça anlaşıldığı üzere, cebri icra yoluyla satışın gerçekleştirilebilmesi için mutlaka öncelikle dostane satış işlemlerine girişilip satışın yapılamamış olması şarttır<sup>24</sup>.

Kanun'da öngörülmemiş olmasına rağmen, doktrinde isabetle savunulduğu üzere, dostane satış teklifinin alacaklı veya alacaklıların tümü tarafından kabul edilmemesi durumunda icra görevlisi gerek borçluyu, gerekse teklif sahibi alıcıyı bilgilendirmelidir. Böylece, belirttiğimiz süreler sona ermediği takdirde, borçlu yeni bir alıcı bulmak veya ilk alıcının teklif ettiğiinden daha yüksek bir bedel ileri sürmesini sağlamak şartıyla, yeni bir dostane satış işlemine girişilebilecektir<sup>25</sup>.

Birden çok alacaklının varlığı durumunda, bunlardan bazıları dostane satış teklifini kabul edip, diğerleri reddettikleri takdirde nasıl bir sonuca varılması gerektiği hususunda herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Tüm alacaklıların teklifi reddetmeleri halinde dostane

---

<sup>22</sup> Kanun koyucu alacaklının veya alacaklıların kötü niyetinin varlığını özellikle aradığına göre, açık arttırma yoluyla satış neticesinde sırf ilgili malların borçlunun teklif ettiği bedelin altında satılmış olması, alacaklının ya da alacaklıların sorumluluğunun doğmasına yol açmayacaktır (Anne Leborgne, *Droit de l'exécution*, 2<sup>e</sup> édition (Paris: Dalloz, 2014), 618).

<sup>23</sup> Fricero, 40; Daverat, 77.

<sup>24</sup> Piédelièvre, 421.

<sup>25</sup> Fricero, 40.

satışın gerçekleştirilmesi mümkün olmayacağına göre, aynı yorumun belirttiğimiz ihtimal bakımından da geçerli olacağı, yani teklifin reddedilmiş sayılacağı söylenebilecektir. Bu çerçevede, alacaklılardan birinin bile teklif edilen bedelin yetersiz olduğu gerekçesiyle dostane satışa ilişkin muhalefeti, aynı zamanda tüm alacaklıları ilgilendirmektedir. Nitekim, satışın sonunda düşük tutardaki bedelin alacaklılar arasında paylaşılması neticesinde tüm alacaklılar bundan etkileneceklerdir<sup>26</sup>.

### **B-Gayrî maddî hakların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi**

Fransız Hukuku'nda pay sahiplerinin hakları ve gerek borsa işlemlerine konu olan, gerekse borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetler, gayrî maddî haklar olarak öngörülmüştür. Gayrî maddî haklar üzerinde cebri icra faaliyetinin uygulanabileceği İcra Kanunu'nun R.231-1 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş; bu çerçevede Kanun'un R.232-1 maddesinde, borçlunun sahibi olduğu pay sahibi hakları ile menkul kıymetlerin şirketin veya menkul kıymetleri çıkaran tüzel kişinin yedinde haczinin mümkün olduğu ortaya konulmuştur.

Gayrî maddî haklardan, üzerinde haciz işlemi uygulanmış olan gerek borsa işlemlerine konu olan menkul kıymetlerin, gerekse pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilmesine Kanun'da imkân tanınmıştır. Bu bağlamda ilk kez, 31 Temmuz 1992 tarihli ve 92-755 sayılı Kararname'nin 107. ve 109. maddeleriyle düzenleme getirilmiş; 30 Mayıs 2012 tarihli ve 783 sayılı Kararnameyle de İcra Kanunu'na R. 233-3 ve R.233-5 maddeleri eklenmiştir.

Borsa işlemlerine konu olabilen menkul kıymetlerin haczedilmesi halinde, Kanun'un R.232-6 maddesinin 1. fıkrasında borçlunun haciz işleminin yapılmasından itibaren sekiz gün içinde icra memuru tarafından hacizden haberdar edileceği belirtilmiş; R.232-6 maddesinin 2. fıkrasının 4.bendinde ise, icra memurunca düzenlenen haciz tutanağında da bir ay içinde borçlunun, Kanun'un R.233-3 maddesi çerçevesinde, dostane satış imkânından yararlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Kanun'un R.233-3 maddesinin 1. fıkrasına göre, borçlu haciz tutanağının kendisine tebliğini izleyen bir ay içinde haczedilmiş senetlerin hangi sırayla satılacağını

---

<sup>26</sup> Fricero, 40.

bizzat kendisi bildirebilecektir<sup>27</sup>. Ancak, burada borçluya tanınmış olan paraya çevirme yetkisi, yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz, klasik dostane satış usûlünden farklıdır. Satış bedeli piyasa tarafından arz ve talep dengesi çerçevesinde objektif şekilde belirlendiğinden, haciz koyduran alacaklının veya alacaklıların rızası aranmamakta; alıcıyla bedelin tespiti hususunda herhangi bir müzakere yapılmamaktadır<sup>28</sup>. Kanun'un R.233-3 maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde belirtildiği üzere, satış bedeli, bu bedeli alacaklıya veya alacaklılara tahsis etmekle yükümlü olan aracı kurumun yedine geçmekte; yediemin sıfatını haiz aracı kurumun söz konusu bedel üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, Kanun'un R. 233-3 maddesinin 2. fıkrasına göre satış sonucunda elde edilen bedelin alacaklının veya alacaklıların alacaklarının tamamını karşılama<sup>29</sup> durumunda, alacaklar karşılandıktan sonra geriye kalan bedel üzerinde aracı kurum tasarruf yetkisine sahip olabilmektedir.

Pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin haczi halinde ise, Kanun'un R.233-5 maddesinde Kanun'un R.221-30 ilâ R.221-32 maddelerinde öngörülen şartlar dâhilinde dostane satış gerçekleştirilemediği takdirde, satışın cebrî icra yoluyla yapılacağı belirtilmek suretiyle, haczedilmiş söz konusu hakların ve menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilmesinin mümkün olduğu ortaya konulmuştur. Nitekim, Kanun'un R.232-6 maddesinin 1. fıkrasında borçlunun, haciz işleminin yapılmasından itibaren sekiz gün içinde icra memuru tarafından hacizden haberdar edileceği belirtilmiştir; R.232-6 maddesinin 2. fıkrasının 4.bendinde ise, icra memuru tarafından düzenlenen tutanakta da bir ay içinde borçlunun, Kanun'un R.221-30 ilâ R.221-32 maddelerinde ortaya konulan şartlar çerçevesinde, dostane satış imkânından yararlanabileceği açıkça ifade

---

<sup>27</sup> Nitekim, Kanun'un R.233-4 maddesinde cebrî icra yoluyla satış yapılacak olması halinde de satışın gerçekleştirilmesine kadar borçluya haczedilmiş menkul kıymetlerin hangi sırayla satılacağını belirleme imkânı tanınmıştır. Gayrî maddî hakların gerek dostane satış yoluyla, gerekse cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesinde, borçlu haczedilmiş malların hangi sırayla satılacağına ilişkin herhangi bir beyanda bulunmadığı takdirde, takip yapan alacaklının belirlediği satış sırasına karşı çıkamayacaktır (Piédelièvre, 454).

<sup>28</sup> Raschel, 20; Leborgne, 664; Philippe Théry, "Saisie de droits sociaux et de valeurs mobilières", Répertoire des sociétés, Juin 2014, 28 (www.dalloz.fr).

<sup>29</sup> Satış bedeli maddî eşyaların paraya çevrilmesine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, Kanun'un R.251-1, R.251-3, R.251-4 ve R.251-5 maddelerinde öngörüldeği şekilde alacaklıya veya alacaklılara paylaştırılmaktadır. Bu hususta bkz. yuk. I-A.

edilmiştir. Böylece, Kanun'un R.221-30 maddesi uyarınca borçlu üçüncü kişi yedinde gerçekleştirilen haciz işleminden haberdar olmasından itibaren bir ay içinde dostane satış işlemlerine girişebilecektir. O halde, maddî eşyaların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere<sup>30</sup>, R. 221-31 maddesinin 1. fıkrası uyarınca, borçlu kendisine yapılan teklifler hakkında icra görevlisine bilgi verip, alıcının adını-soyadını, adresini ve ne kadarlık süre içinde teklife konu satış bedelini ödeyeceğini bildirecek; Kanun'un R. 221-31 maddesinin 2. fıkrasına göre icra görevlisi, tüm bu hususları, taahhütlü mektup şeklinde posta iade ilmühaberi ekli olarak, haciz koyduran alacaklı ile o hacze iştirak etmiş olan alacaklılara tebliğ edecek; Kanun'un R. 221-31 maddesinin 3. fıkrası bağlamında da alacaklı veya alacaklılar, taahhütlü mektubun kendilerine tebliğinden itibaren on beş gün içinde kararlarını beyan edecekler; anılan süre içinde herhangi bir cevap vermemeleri halinde ise, alıcının teklifini kabul etmiş sayılacaklardır. Dostane satışın gerçekleştirilmesi durumunda, Kanun'un R. 221-32 maddesi uyarınca alıcı satış bedelini taahhüt etmiş olduğu süre içinde haciz koyduran alacaklının takip yaptığı yerdeki icra görevlisine ödeyecektir.

Kanun'un R. 221-30 maddesinin 2. fıkrasında, haczedilmiş malların yediemin tarafından muhafaza edileceği ve bu mallar üzerinde tasarrufta bulunulamayacağı düzenlenmiştir. O halde,

borsa işlemlerine konu edilmiş menkul kıymetler, üçüncü kişi yedinde haczedildiğinden, söz konusu gayrî maddî mallar da yediemin sıfatını haiz üçüncü kişi<sup>31</sup> tarafından muhafaza edilecek ve satış bedelinin ödenmesinin ardından alıcıya teslim edilecektir<sup>32</sup>. Satış bedeli de maddî eşyaların paraya çevrilmesine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere<sup>33</sup>, Kanun'un R.251-1, R.251-3, R.251-4 ve R.251-5 maddelerinde öngörüldüğü şekilde alacaklıya veya alacaklılara paylaştırılacaktır.

Kanun'un R. 221-31 maddesinin 1. fıkrası maddesi çerçevesinde, taahhüt edilen süre içinde alıcı tarafından herhangi bir ödemede bulunulmadığı takdirde ise, mallar cebri icra yoluyla paraya çevrilecektir<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Bkz. yuk. I.A.

<sup>31</sup> Bu üçüncü kişi, menkul kıymetleri çıkaran şirket olabileceği gibi, senetlerin tedavülünde aracılık yapan ve tasarruf sahiplerinin bireysel hesaplarının işletilmesini üstlenen yatırım şirketi de olabilecektir (Théry, 30-31).

<sup>32</sup> Raschel, 22; Piédelièvre, 455.

<sup>33</sup> Bkz. yuk. I-A.

<sup>34</sup> Raschel, 22; Piédelièvre, 455.

## II- TAŞINMAZLARIN DOSTANE SATIŞ YOLUYLA PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Haczedilmiş taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi hususunda ilk kez Taşınmaz Hacizlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 21 Nisan 2006 tarihli ve 2006-461 sayılı Kararname<sup>35</sup>'nin 2. maddesiyle Fransız Medenî Kanun'un 2201 ve 2202. maddelerinde düzenleme yapılmış; bu hükümler 19 Aralık 2011 tarihli ve 2011-1895 sayılı Kararname'nin 4. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve dostane satışa ilişkin olarak İcra Kanunu'na L.322-1 ve devamı maddeleri eklenmiştir.

Kanun'un L.322-1 maddesinin 1. fıkrasında taşınmazların, yargı makamların izniyle dostane satış yoluyla paraya çevrilebileceği belirtilmiş; Kanun'un L.322-3 maddesinde ise, böyle bir satışın iradî satışın sonuçlarını doğuracağı ve aşırı yararlanmaya dayanılarak satışın iptal edilemeyeceği düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için yargı makamının izni, yani hâkimin kararı arandığından, dostane satış imkânından yararlanmak isteyen borçlu<sup>37</sup>, Kanun'un R.322-20 maddesinin 1. fıkrasına göre yönlendirme duruşmasına (*audience d'orientation*)<sup>38</sup> ilişkin davetiyenin tebliğ edilmesinden önce, yani ödeme emri gönderilmesini takiben, icra hâkiminden kendisine dostane satış yetkisi verilmesini talep edebilecektir<sup>39</sup>. Bunun yanı sıra, Kanun'un R.322-17 maddesinin 1. fıkrasının

<sup>35</sup> Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000639476>

<sup>36</sup> Kanun'un R.322-21 maddesinin 1. fıkrası uyarınca taşınmazın asgari satış bedeli hâkim tarafından belirlendiğinden, alıcının aşırı yararlanmaya maruz kaldığından da söz edilemeyecektir (Leborgne, 841).

<sup>37</sup> Haciz sahibi alacaklıların da taşınmazın dostane satış yoluyla paraya çevrilmesinde menfaat sahibi olmaları nedeniyle, bu yetkinin alacaklılara da tanınması gerektiği hususunda bkz. Philippe Hoonakker, "Panorama des solutions alternatives, L'exécution immobilière en Europe, entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain" in Actes du colloque du Strasbourg des 1<sup>er</sup> et 2 Avril 2005, Paris: Droit et Procédures, 2005, 105.

<sup>38</sup> Kanun metninde öngörülen "*audience d'orientation*" teriminin Türkçe'ye "*yönlendirme duruşması*" olarak çevrilmesi mümkündür. Nitekim, icra hâkimi söz konusu duruşmada, Kanun'un R.322-15 maddesi uyarınca, borçluya dostane satış yetkisi verebileceği gibi, satışın cebrî icra yoluyla yapılmasına da karar verebilmekte; bu çerçevede takibin ne şekilde devam etmesi gerektiği hususunda karar alan hâkim, takip prosedürünü dostane satışa veya cebrî icra yoluyla satışa doğru yönlendirmektedir (Xavier Martin, "Saisie immobilière: de la bonne pratique de la vente amiable sur autorisation judiciaire", Defrénois, 24 Septembre 2020, No:39, 17).

<sup>39</sup> Nitekim, ödeme emrinin içeriğine ilişkin düzenleme getiren Kanun'un R.321-3 maddesinin 1.fıkrasının 8.bendinde, borçlunun hacze konu taşınmazına bir alıcı

1. cümlesinde, borçlunun yönlendirme duruşmasında da sözlü olarak böyle bir talepte bulunabilmesine olanak tanınmıştır<sup>40</sup>. Ancak, Kanun'un R.311-6 maddesinin 4.fikrasında ise, mahkeme tarafından karara bağlanması gereken ön sorunlara ilişkin taleplerin takibi durdurmayacağı belirtildiğinden, borçlu dostane satış yetkisi verilmesini talep ederek, kendisine karşı başlatılmış olan icra takibine devam edilmesine engel olamayacaktır<sup>41</sup>.

Borçluya dostane satış yetkisi verilmesi yalnızca hâkimin iznine tâbi olduğundan, alacaklının veya alacaklıların rızası aranmamaktadır. Ancak, alacaklı ya da alacaklılar borçlunun dostane satış yetkisi tanınmasına ilişkin talebi üzerine, taşınmazın bu yolla paraya çevrilip çevrilemeyeceği hususunda olumlu veya olumsuz yönde gerekçelerini ileri sürebileceklerdir<sup>42</sup>.

Hâkim, taşınmazın durumunu, piyasanın ekonomik şartlarını, borçlunun dikkatli ve özenli olup olmadığını, sırf takibi geciktirmek amacıyla dostane satış yetkisi verilmesine dair talepte bulunup bulunmadığını dikkate alarak söz konusu talebi değerlendirecektir<sup>43</sup>. Bu çerçevede, hâkimin borçluya dostane satış yetkisi verebilmesi için taşınmazın bulunduğu yer ve piyasa şartları dâhilinde taşınmazın değeri hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Hiç şüphesiz hâkim ilgili hususlar hakkında yeterli bir bilgi edinebilmek amacıyla

---

bularak icra hâkiminden kendisine dostane satış yetkisi tanınmasını isteyebileceği ve satış işleminin hâkimin dostane satışa izin vermesinden sonra yapılabileceği belirtilmiştir.

<sup>40</sup> Nitekim, yönlendirme duruşmasına ilişkin davetiyenin içeriği hakkında düzenleme getiren Kanun'un R.322-5 maddesinin 1.fikrasının 6.bendinde, borçlunun hâkimden kendisine dostane satış yetkisi verilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Kanun'un R.322-17 maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ise, borçlunun icra hâkiminden böyle bir talepte bulunurken, avukatla temsil zorunluluğuna tâbi olmadığı ifade edilmiştir. Elbirliği mülkiyetine tâbi taşınmazlarda, maliklerin tümünün birlikte hâkimden dostane satış talebinde bulunmaları gerektiği, maliklerden biri olan borçlunun tek başına böyle bir talepte bulunamayacağı hususunda ayrıca bkz. Cour de Cassation Civ. 2<sup>e</sup>, 16 Temmuz 2021, n° 21-70.008 ([https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043883605?dateDecision=16%2F07%2F2021&init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab\\_selection=juri](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043883605?dateDecision=16%2F07%2F2021&init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=juri)). Bu hususta ayrıca bkz. Nicolas Hoffschir, "Les attributions du juge de l'exécution et la vente amiable d'un bien indivis", Dalloz actualité, 14 Septembre 2021, s.1 vd. (<http://www.dalloz.fr>).

<sup>41</sup> Piédelièvre, 650-651; Stéphane Piédelièvre ve Frédéric Guerchoun, "Saisie immobilière", Répertoire de droit immobilier, Novembre 2021, 103-104 (<http://www.dalloz.fr>).

<sup>42</sup> Piédelièvre, 652.

<sup>43</sup> Marin, s.17; Piédelièvre ve Guerchoun, 104.

bilirkişi incelemesi yaptırma yoluna gidebilecektir; ancak bilirkişiye başvurulması hem yargılamanın gecikmesine, hem de masraf yapılmasına yol açabileceğinden, borçlunun taşınmazın değerini ortaya koyabilecek delilleri, örneğin taşınmazın bulunduğu yerdeki bir emlak firmasının düzenlenmiş olan, taşınmazın değerinin alacaklının veya alacaklıların alacaklarını karşılamaya yeterli olduğunu gösteren bir kıymet takdiri raporunu ibraz etmesi uygun olacaktır<sup>44</sup>.

Hâkimin yönlendirme duruşmasında dostane satış yetkisi verebilmesi için borçlunun, satışın gerçekleştirilebilmesi bakımından gerekli hazırlıkları yaptığı hususunda hâkimi ikna edebilecek tüm delilleri sunması gerekmektedir. Bu çerçevede, banka tarafından alıcı adına verilmiş olan bir teminat mektubu ile, Kanun'un L.322-4 maddesi uyarınca taşınmazın satış işlemi noterde yapılacağından, noterin ilgili teminat mektubuna dayanarak düzenlenmiş olduğu satış işlemlerini gerçekleştireceğine dair belge; alıcı ile borçlu arasında yapılmış olan alacaklının veya alacaklıların alacağını karşılayabilecek tutarda bir satış bedeli öngören ön sözleşme; basında ve internet sitelerinde satışa ilişkin olarak verilmiş ilânlar; bir emlak firması lehine düzenlenmiş yetki belgesi, hâkimin dostane satışa izin vermesini sağlayacak deliller olarak değerlendirilebilecektir<sup>45</sup>. Buna karşılık, borçlunun taşınmazın değeri hakkında hiçbir bilgi vermeksizin, sadece adi yazılı şekilde yapılmış bir satış vaadi sözleşmesine dayanmış olup, söz konusu sözleşmenin, elinde yeterli malî kaynak bulunmayan ve sözleşmenin kuruluşu sırasında hiçbir ödeme yapmamış olan, alıcının hangi kredi kurumu aracılığıyla satış bedelini tedarik edebileceğine, borcunu hangi süre içinde ödeyebileceğine ilişkin hiçbir veri içermemesi ihtimalinde ise, hâkim dostane satış yetkisi verilmesine ilişkin talebi reddedecektir<sup>46</sup>.

Kanun'un R.322-15 maddesinde belirtildiği üzere icra hâkimi, tarafları veya vekillerini dinledikten sonra<sup>47</sup> taşınmazın durumunu, piyasanın ekonomik koşullarını, borçlunun dikkat ve özenini göz önünde bulundurarak, dostane satış işleminin uygun şartlar dâhilinde gerçekleştirilebileceği

---

<sup>44</sup> Hâkim, taşınmazın değerine ilişkin herhangi bir şüphe duyduğu takdirde, derhal bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir (Piédelièvre, 652).

<sup>45</sup> Leborgne, 834; Piédelièvre, 652; Martin, 18-19; Piédelièvre ve Guerchoun, 104-105.

<sup>46</sup> Piédelièvre ve Guerchoun, 105.

<sup>47</sup> Kanun'un R.311-5 ile R.322-15 maddeleri çerçevesinde, takip prosedürüne ilişkin her türlü muhalefet hakkında, kural olarak yönlendirme duruşmasında karar verilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Piédelièvre, 641 vd.

kanaatine ulaştığı takdirde, yönlendirme duruşmasında borçluya dostane satış yetkisi verebilecektir<sup>48</sup>. Bu çerçevede, Kanun'un R.322-21 maddesinin 1. fıkrası uyarınca hâkim, piyasanın ekonomik şartlarını dikkate alarak, taşınmazın satılabileceği asgari bedeli ve gerektiği takdirde satışa ilişkin özel şartları tespit edecektir<sup>49</sup>. Ayrıca, aynı maddenin 2. fıkrasına göre hâkim, takip yapan alacaklının talebi üzerine, borçluya dostane satış yetkisi verilmesine kadar yapılmış olan takip masraflarının tutarını belirleyecek<sup>50</sup>; dostane satış yoluyla taşınmazın mülkiyetini kazanacak olan alıcı, Kanun'un R.322-24 maddesinin 2. fıkrası bağlamında satış bedelinin yanı sıra bu tutarı da ödeyecektir. Borçluya dostane satış yetkisi tanınması, Kanun'un R.322-20 maddesinin 2. fıkrasına göre, borçlunun aleyhinde başlatılmış olan icra takibini durdurucu bir etki yaratacak olup, taşınmazın dört ayı geçmeyecek bir süre içinde dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un R.322-21 maddesinin 3. fıkrasında hâkimin borçluya dostane satış yetkisi verirken, dört ayı geçmeyecek bir süre zarfında satışın usulüne uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirileceği, hatırlatma duruşmasının (*audience de rappel*) tarihini de belirleyeceği öngörülmüştür. Ancak, satış bedelinin tedarik edilmesinde gecikme yaşanması, bazı teknik belgelerin elde edilmesinde zorluk çıkması gibi geçici engellerin varlığı halinde, Kanun'un R.322-21 maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde hâkim, hatırlatma duruşmasında borçlunun yazılı bir satış taahhüdü ibraz etmesi şartıyla, resmî bir taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenebilmesi için üç ayı aşmayacak ek bir süre verebilecektir<sup>51</sup>.

Kanun'un R.322-22 maddesinde belirtildiği üzere, borçlu hâkim tarafından verilen süre içinde taşınmazın dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için gerekli dikkat ve özeni göstermeli; satışın gerçekleştirilebilmesi için yapmış olduğu işlemler hakkında takip yapan

---

<sup>48</sup> Borçlunun yönlendirme duruşmasından çok daha erken bir aşamada dostane satış yetkisi verilmesine ilişkin talepte bulunması halinde, hâkim dostane satışın gerçekleştirilmesine ilişkin şartların varlığını tespit ettiği takdirde, yönlendirme duruşmasını beklemeden borçlunun talebini kabul edebilecektir (Leborgne, 829).

<sup>49</sup> Taşınmazın asgari satış bedelinin hâkim tarafından belirlenmesiyle, tarafların aralarında hileli şekilde anlaşıp taşınmazı ucuz fiyatla elden çıkarmaları engellenmek istenilmiştir (Frédéric-Jérôme Pansier, "La vente amiable", Recueil Dalloz, 2007, 3 (<http://www.dalloz.fr>)).

<sup>50</sup> İlgili hükmün paralelinde Kanun'un R.322-18 maddesinde, yönlendirme duruşmasında takip konusu alacağa ilişkin faizlerin ve takip masraflarının tutarının belirleneceği belirtilmiştir.

<sup>51</sup> Piédelièvre ve Guerchoun, 106.

alacaklıya, talebi üzerine, derhal ve eksiksiz şekilde bilgi vermelidir<sup>52</sup>. Aksi takdirde, alacaklı, borçlunun süreç içinde kendisine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmedeğini iddia edebilecek; bu hususun tespit edilip, cebrî icra prosedürüne devam edilebilmesi için, dostane satışın gerçekleştirilmesi amacıyla verilmiş olan sürenin bitmesini beklemeden, borçlunun icra hâkiminin huzuruna çağrılmasını talep edebilecektir. Hâkim, ispat yükünü taşıyan alacaklının gösterdiği deliller ışığında, borçlunun dostane satışa ilişkin olarak herhangi bir işleme girişmediğini tespit ettiği takdirde, cebrî icranın kaldığı yerden devamına karar verecektir<sup>53</sup>.

Taşınmazın dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi için, borçlu ile alıcı arasında noterde bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Kanun'un R.322-24 maddesinde noterin, satışın gecikmeksizin gerçekleştirilebilmesi amacıyla, takip yapan alacaklıdan satış şartlarına ilişkin şartnamenin hazırlanması için toplanmış olan belgelerin iadesini, makbuz karşılığında, talep edebileceği belirtilmiştir. Bu belgeleri teslim alacak olan noter, Kanun'un L.322-4 maddesi uyarınca borçluya dostane satış yetkisi verilmesine kadar yapılmış olan takip masraflarının ve taşınmazın satış bedeli ile satış giderlerinin mevduat ve vedia sandığına yatırılmasının ardından, taşınmaz satış sözleşmesini düzenleyecektir<sup>54</sup>. Dostane satış işleminin alıcı ile borçlu arasında belirtilen şekilde gerçekleşmesinden sonra, alıcı tarafından yatırılmış olan satış bedeli ile satış giderleri, Kanun'un R.322-23 maddesinde ifade edildiği üzere, alacaklıya veya alacaklılara dağıtım yapılınca kadar mevduat ve vedia sandığında muhafaza edilecektir<sup>55</sup>. Alacaklıya veya alacaklılara dağıtım yapılmasından sonra para arttığı takdirde ise, artan para borçluya verilecektir.

Dostane satış işleminin hukukî açıdan sonuçlarını doğurabilmesi için icra hâkiminin onayı aranmakta olup, Kanun'un R.322-25 maddesi uyarınca bir hatırlatma duruşması yapılmaktadır. Duruşmada, satış işleminin önceden belirlenmiş olan şartlara uygun olarak gerçekleştirildiğinin ve satış bedelinin

---

<sup>52</sup> Kanun koyucu böyle bir düzenleme getirerek, borçlunun üzerinde bir baskı yaratıp, dostane satış imkânını zaman kazanmak amacıyla, kötüye kullanmasını engellemek istemiştir (Pansier, 2-3).

<sup>53</sup> Leborgne, 835; Piédelièvre, 654; Piédelièvre ve Guerchoun, 106.

<sup>54</sup> Piédelièvre, 656; Piédelièvre ve Guerchoun, 107-108.

<sup>55</sup> Kanun'un R.322-23 maddesinin 3. fıkrası uyarınca, satış alıcıdan kaynaklanan bir nedenle yapılamayıp, alıcının satıştan vazgeçmesi haklı bir sebebe dayanmadığı takdirde, alıcı yatırmış olduğu tutarı geri alamayacak; bu tutar da alacaklı veya alacaklılara dağıtılacaktır.

yatırıldığıının anlaşılması halinde<sup>56</sup> hâkim, satışın geçerli olduğuna dair bir tespit hükmü vermekte; böylece dostane satış da sonuçlarını meydana getirebilmektedir<sup>57</sup>. Sözü geçen hükümde belirtildiği üzere, kararda taşınmazın üzerinde tesis edilmiş olan ipoteklerin tapu sicilinden terkinine hükmedilmekte; kararın bir suretinin tapu sicil müdürlüğüne tebliğ edilmesi üzerine, tapu sicilinden gerekli terkin işlemleri yapılmakta ve taşınmaz alıcı adına tescil edilmektedir. Hâkim, duruşmada dostane satışın şartlarının gerçekleşmediğini tespit ettiği takdirde ise, taşınmazın cibrî icra yoluyla paraya çevrilmesine karar vermektedir<sup>58</sup>.

### III- BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN İİK.M.111/A HÜKMÜNÜN FRANSIZ HUKUKU'NUN DOSTANE SATIŞA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İİK.m.111/a hükmünde, Fransız Hukuku'nun aksine, taşınır mallar ile taşınmazlar arasında bir ayırım yapılmayıp tüm mallar bakımından aynı düzenlemenin kabul edilmiş olması; Fransız Hukuku'nda alacaklının veya alacaklıların satış süreci boyunca son derece aktif bir konumda bulunup, tüm işlemleri denetleme imkânına sahip bulunmaları hukukumuzdaki düzenleme ile Fransız Hukuku'nun dostane satışa ilişkin hükümleri arasındaki en büyük farklılıklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alacaklı ya da alacaklıların satış boyunca etkin bir rol oynamaları hususunda taşınırlardan maddî eşyaların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için alıcının yapmış olduğu teklife alacaklının veya alacaklıların açıkça ya da zımnen rıza göstermeleri aranmaktadır. Gayrî maddî haklardan pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi de maddî eşyaların dostane satışa konu olmalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmuş; dolayısıyla satışın gerçekleşebilmesi için alacaklının veya alacaklıların rızası şart koşulmuştur. Taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi ise, icra hâkiminin iznine bağlı olmakla birlikte, alacaklı veya alacaklılar borçlunun kendisine dostane satış yetkisi verilmesine ilişkin talebine karşı

<sup>56</sup> Bu duruşmada, alacaklı veya alacaklılar dostane satış işleminin öngörülen şartlar dâhilinde gerçekleştirilmediğini ileri sürerek, takibe devam edilmesini talep edebileceklerdir (Piédelièvre, 654; Piédelièvre ve Guerchoun, 106).

<sup>57</sup> Hoonaker, 105; Leborgne, 840.

<sup>58</sup> Hâkimin dostane satış şartlarının yerine getirilmediğini tespit etmesi halinde, satış işlemi hukuken sonuçlarını doğuramayacağından, alıcının ödemiş olduğu satış bedeli de işlemi gerçekleştirmiş olan noter tarafından kendisine iade edilecektir (Martin, 20).

çıkabilmekte; satış süreci boyunca borçluyu denetleyebilmekte; gereğinde hâkimden söz konusu süreci sonlandırıp, cebrî icra yoluyla satışa geçilmesini talep edebilmektedirler. Anlaşıldığı üzere, alacaklının veya alacaklıların süreç içerisinde oldukça etkin olmaları suretiyle her iki tarafın da menfaati korunabilmektedir. Taşınır hükmündeki gayrî maddî haklardan borsa işlemlerine konu olan menkul kıymetlerde ise, satış bedelinin piyasa tarafından arz ve talep dengesi çerçevesinde objektif şekilde belirlenmesinin doğal bir sonucu olarak, alacaklının veya alacaklıların rızası aranmamaktadır.

İİK.m.111/a'da ise, satışa konu malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre hiçbir ayırım yapılmadığı gibi, satış süreci boyunca alacaklının veya alacaklıların itiraz edebilmelerine, denetim yetkisine sahip olabilmelerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş; ,sadece borçlunun kıymet takdirinin tebliğinden<sup>59</sup> itibaren yedi gün içinde icra müdüründen kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesine<sup>60</sup> imkân tanınmıştır<sup>61</sup>. İcra müdürü

<sup>59</sup> İİK.m.87 uyarınca haczi yapan memur tarafından haciz tutanağı düzenlenip, haczedilen mallara ilişkin kıymet takdiri yapılacağından, haciz tutanağının hazırlanmasıyla veya haciz anında orada bulunmayan borçluya tutanağın tebliğiyle, satış yetkisi talebine ilişkin süre işlemeye başlayacaktır. Nitekim, BSY. m.6/f.II hükmünde de borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin huzurunda yapılan hacizlerde haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmeyeceği; borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise, haciz tutanağının borçluya tebliğ edileceği düzenlenmiştir (Pekcanitez, 829-830; Durman, 954). Haciz borçlunun ve borçlu adına ve adına tebellüğe yetkili kişinin yokluğunda yapılmışsa, İİK. m. 103 uyarınca, borçlu haciz tutanağını incelemesi ve açıklamalarda bulunması için icra dairesine davet edilmiştir. Bu çerçevede, borçluya 103 davetiyesi ile birlikte haciz tutanağı da gönderilmişse, süre tebligattan itibaren işleyecek olmakla birlikte, borçluya söz konusu davetiyeye ile birlikte haciz tutanağı gönderilmemiş ise, süre üç günlük tutanağı inceleme süresi içinde tutanağın incelendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (Pekcanitez, 830). Taşınmazlar bakımından, haciz sırasında kıymet takdiri yapılmakla birlikte, yeni mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde, İİK.m.128 bağlamında satış öncesinde icra dairesi tarafından yeniden kıymet takdiri yapılmakta ve kıymet takdirine ilişkin rapor borçluya tebliğ edilmektedir. Bu durumda, borçluya kıymet takdirine ilişkin raporun tebliğiyle, süre işlemeye başlayacaktır. Kıymet takdirinin yapılma zamanı ve kıymet takdiri raporunun tebliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri (Ankara: Yetkin, 2020), 137 vd. ve 195 vd.

<sup>60</sup> BSY.m.3/f.I, a uyarınca borçlu, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan kıymet takdirini tebliğe yetkili esas sayılı icra dosyasının kayıtlı bulunduğu icra dairesinden kendisine satış yetkisi verilmesini talep edebilecektir.

<sup>61</sup> Kanunen borçluya satış yetkisi verilmesi için prosedür, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayacak olduğundan, İİK.m.111/a hükmünün yürürlüğe giriş tarihi olan

tarafından satış yetkisi verilmesi halinde, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra borçluya tanınan on beş günlük süre<sup>62</sup> içerisinde alıcı satış bedelini ödediği<sup>63</sup> takdirde, satışın onaylanıp<sup>64</sup> malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosya icra mahkemesine gönderilmektedir<sup>65</sup>. İlgili hüküm bağlamında, süreç içinde alacaklıya veya alacaklılara herhangi bir itiraz imkânı tanınmaması, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesinin hiçbir şekilde korunmadığını ortaya koymakta<sup>66</sup>; sürecin

---

30.11.2021'den önce söz konusu mahcuz mala ilişkin kıymet takdiri işlemleri tamamlanmışsa, anılan hükümden yararlanılması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, mahcuz mala ilişkin olarak, 30.11.2021 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden bir kıymet takdiri yapılmışsa ve tebliğ edilmişse, ilgili hüküm uygulama alanına sahip olacaktır (Hakan Pekcanitez ve Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no.160, (Mayıs-Haziran 2022): 272).

<sup>62</sup> BSY.m.9 uyarınca icra müdürü, kendisine satış yetkisi verilmesini isteyen borçluya kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak haczedilen malın satışı için bir yetki belgesi düzenleyip tebliğ etmekte; bu on beş günlük süre de yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlamaktadır.

<sup>63</sup> BSY.m.11 uyarınca alıcının, ödemeyi icra dairesinin banka hesabına yapması gerekmektedir. Satış bedeli, İİK.m.111/a/f.II'de öngörülen şartları taşıyorsa, icra müdürü satış işleminin kaldırılmasına karar vermelidir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 290).

<sup>64</sup> İcra müdürü, dosyayı icra mahkemesine göndermeden önce satışla ilgili bilgi ve belgeleri borçludan, alıcıdan ve üçüncü kişilerden temin etmeli; borçlu ve alıcının söz konusu belgeleri vermemesi halinde, dosya icra mahkemesine gönderilse bile, icra mahkemesi satışın onayı talebini reddetmelidir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 290).

<sup>65</sup> İcra müdürü, satış işleminin gerçekleşmesi bakımından İİK.m.111/a'da aranılan şartlar oluşmamasına rağmen, dosyayı icra mahkemesine gönderdiği takdirde, süresiz şikâyet yoluna başvurulabilecektir (L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflâs Hukuku, 3.Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 243). İcra mahkemesinin, İİK.m.111/a/f.II uyarınca satış için gerekli asgari bedeli, yani hacizli malın muhammen kıymetinin yüzde doksanı ile miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca mahcuz mal için o zamana kadar yapılmış olan takip masraflarını aşmak kaydıyla dilediğine satış yapabilme yetkisi bulunmamaktadır. Hem borçlunun, hem de alacaklının veya alacaklıların yararına olması bakımından, satışın mutlaka en yüksek teklif veren alıcıya yapılması gerekmektedir (Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 9.Bası (İstanbul: On İki Levha, 2022), 232).

<sup>66</sup> Satış aşamasında alacaklı ile borçlu arasında menfaatler dengesinin korunması gerektiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Ankara: Adalet, 2010), 313-314. Bu hususta ayrıca bkz. Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler (Ankara: Adalet, 2009), 37; Hakan

yürütülmesi tamamen borçlunun iradesine terk edilmekte<sup>67</sup>; alacaklının ya da alacaklıların hiçbir şekilde kabulü aranmamaktadır<sup>68</sup>. Bu çerçevede, borçluya satış yetkisi verilerek sadece borçlunun, satış için gerekli asgari bedeli, yani hacizli malın muhammen kıymetinin yüzde doksanı ile miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca mahcuz mal için o zamana kadar yapılmış olan takip masraflarını geçecek bir miktarı<sup>69</sup> ödeyebilecek alıcı bulması<sup>70</sup> ve akabinde ilgili bedelin on beş gün içerisinde yatırılması

---

Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, 11.Bası (Ankara: Yetkin, 2013), 62; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, Ders Kitabı, 12.

<sup>67</sup> Menfaatler dengesinin korunabilmesi açısından borçlunun yanı sıra alacaklının veya alacaklıların da Kanun'da öngörülen asgari tutarı karşılayabilecek bir teklif için araştırma yapmalarına imkân tanınmasının isabetli olacağı, bu sayede alacaklının veya alacaklıların borçlunun bulduğu alıcıdan daha fazla teklifte bulunulması sebebiyle ilgili teklife itiraz edebilme hakkına sahip olacakları hususunda bkz. Pekcanitez, s.836. Sadece borçluya satış yetkisi verilmesinin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bozduğu, borçluya satış yetkisi tanınırken alacaklının veya alacaklıların rızasının aranması gerektiği hususunda ayrıca bkz. Meriç, 127. Eşitlik ilkesi bağlamında alacaklıya da aynı koşullarda satış yetkisinin verilmesinin yerinde olacağı hususunda ayrıca bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 237.

<sup>68</sup> Alacaklı veya alacaklıların kabulü aranmamakla birlikte, Kanun'un öngördüğü satış bedelini alacaklının veya alacaklıların da teklif edebilecekleri hususunda bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, Ders Kitabı, 232.

<sup>69</sup> İİK.m.117 uyarınca altın ve gümüş eşyanın maden halindeki kıymetlerinden daha yüksek bir bedelle satılması gerektiğinden, borçlunun ilgili malı tahmin edilen değerinin yüzde doksanına karşılık gelen tutara ve ayrıca takip masrafları tutarına satacağının kabul edilmesi alacaklıların menfaatine aykırı olduğundan, İİK.m.111/a hükmünün altın ve gümüş eşyanın satışı bakımından uygulanmaması gerektiği hususunda bkz. MERİÇ, s.139.

<sup>70</sup> Alacaklının veya alacaklıların onayı olmaksızın, borçluya satış yetkisi verilmesinin özellikle takdir edilen bedelin oldukça yükseğine satılabilecek malların, sadece takdir edilen bedelin yüzde doksanyla paraya çevrilmesine imkân tanınması, alacağı ilgili malın takdir edilen değerinden çok daha yüksek olan alacaklının ya da alacaklıların zararına olduğundan, borçluya satış yetkisi verilirken alacaklının veya alacaklıların da rızalarının aranması gerektiği hususunda bkz. Serdar Kale, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (27.11-2021-Güncelleme: 05.12. 2021) , s.4; Talih Uyar, 24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı "İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi 96, no.1 (Ocak-Şubat 2022): 38-dn:13. Belirttiğimiz hususlar bağlamında alacaklının veya alacaklıların rızasının aranmamasının isabetli olmadığı ve ilgili maddede değişiklik yapılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. M. Ertan Yardım, "İcra ve İflâs Kanunu'nda

amaçlanmaktadır. Borçlunun hesap vermesi, denetlenmesi söz konusu olmadığı gibi, borçluya satış yetkisi tanınmadan önce veya sonra ne tutarda teklif aldığı, nasıl alıcı bulduğu, ne şekilde bir araştırma yaptığı, kimlerle satış görüşmelerine giriştiği, daha yüksek teklif veren bir kişinin bulunup bulunmadığı hususunda da hiçbir soru sorulmamaktadır<sup>71</sup>. Taşınır hükmünde olan, borsa işlemlerine konu menkul kıymetlerin borçluya satış yetkisi tanınarak paraya çevrilebilmesi bakımından ise, ilgili taşınır malın bedeli arz ve talep dengesi çerçevesinde piyasa tarafından belirlendiğinden, tıpkı pazarlık suretiyle satışa ilişkin İİK.m.119/f.I, b.2'de öngörüldüğü üzere<sup>72</sup>, alacaklının veya alacaklıların rızasının aranmasına gerek bulunmadığı gibi, borçlunun satışa ilişkin işlemlerinin denetlenmemesi de herhangi bir sorun yaratmayacaktır.

Fransız Hukuku'nda, taşınırlardan gerek maddî eşyaların gerekse gayrî maddî haklardan pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için borçlu alıcılar tarafından kendisine yapılmış olan teklifler hakkında icra görevlisine bilgi vermektedir. Taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi bakımından ise, borçlunun satışın gerçekleştirilebilmesi için gerekli hazırlıkları yaptığı, özellikle bir alıcı bulduğu hususunda hâkimi ikna edebilecek tüm delilleri sunması gerekmektedir. Hukukumuzda böyle bir düzenlemeye yer verilmeyip, borçluya hesap verme yükümlülüğü getirilmemiş olması, borçluyu kiminle satış sözleşmesi yapacağı hususunda adeta keyfi şekilde karar verebilecek bir konuma getirmekte; borçlunun daha yüksek bedel teklif etmiş olan alıcının varlığına rağmen, satışın daha düşük bedelden, asgari satış bedelini karşılamış olan, başka bir alıcıya yapılmasını sağlayabilmesine imkân tanımaktadır<sup>73</sup>. Ayrıca, borçluya satış yetkisi verilmesi halinde de satışın niteliği cibrî satış olduğundan ve Türk Medenî Kanunu (TMK)'nun 733. maddesinin 1. fıkrasına göre cibrî arttırmayla

---

Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler”, KHAS Hukuk Bülteni, 24 Aralık 2021, [https:// hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63\\_s.2-3](https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63_s.2-3) (Erişim Tarihi:01.12.2022); Atilla Gündoğan, Türk İcra İflas Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış (7343 S.K. Değişiklikleri İle) (İstanbul: Aristo, 2022), 67-68.

<sup>71</sup> Pekcanitez, 836, 843-844. Borçluya satış yetkisi tanınmasına ilişkin sürece alacaklının veya alacaklıların rızası alınmaksızın başlanması ve sürecin sürdürülmesi hususunun yeniden düzenlenip, gözden geçirilmesi gerektiği hakkında ayrıca bkz. Durman, 961.

<sup>72</sup> Pazarlık suretiyle satışa ilişkin olarak bkz. Özmumcu, 239-240.

<sup>73</sup> Pekcanitez, 836 ve 843.

satışlarda ön alım hakkı kullanılmadığından<sup>74</sup>, TMK.m.732 uyarınca, borçlunun paylı mülkiyete konu olan bir taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde söz konusu pay üzerinde ön alım hakkına sahip olan diğer paydaşlar, bu haklarını alıcıya karşı ileri sürememektedirler. Kendisine satış yetkisi tanınmış olan borçlu, herhangi bir hesap verme yükümlülüğü bulunmaksızın, istediği kişiye satış yaparak ön alım hakkı sahiplerinin haklarını bertaraf edebilecektir.

Kanaatimizce İİK.m.111/a hükmünde mutlaka değişiklik yapılmalı; bu çerçevede, satış sürecinde alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin mutlaka korunması gerektiğinden, icra müdürü tarafından borçluya satış yetkisi verilmesi sırasında alacaklıya veya alacaklılara itirazda bulunma imkânı getirilmeli; alacaklının ya da alacaklıların haklarının korunup, borçlunun kötü niyetli davranışlarının önüne geçilebilmesi için satışa hazırlık işlemleri hakkında icra müdürüne bilgi verme yükümlülüğü kabul edilmelidir.

İİK.m.111/a/f.I uyarınca borçlunun, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra müdüründen kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi halinde, icra memuruna bu süreyi verip veremeyeceği hususunda hiçbir şekilde takdir yetkisi tanınmamış; herhangi bir özel koşul aranmaksızın, borçlunun sebep göstermesi gerekmez, talebi üzerine icra memuru borçluya süre vermek zorunda bırakılmıştır. Böyle bir düzenleme getirilmesi, borçlunun sırf satışı geciktirebilmek için süre istemesine imkân tanıyıp<sup>75</sup>, zaman kazanabilmek amacıyla dürüstlük kuralına aykırı davranışların teşvik edilmesine sebep olabilecektir.

Fransız Hukuku'nda da taşınırlardan gerek maddî eşyaların, gerekse gayrî maddî haklardan pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için icra memuruna takdir yetkisi tanınmamış olmakla birlikte, hukukumuzdan farklı olarak, dostane satıştan yararlanabilecek olan borçlunun teklifte

---

<sup>74</sup> Ortada bir cebri icra tasarrufu bulunduğundan, paylı mülkiyete konu olan pay, paydaşların iradeleri dışında cebri icra yoluyla ellerinden çıktığından, paydaşlara ön alım hakkı tanınmamıştır. Ayrıca, paydaşlara ön alım hakkı tanındığı takdirde, açık arttırmaya katılan kişiler malın ellerinden geri alınma tehlikesine karşı, açık arttırmaya hiç katılmayabilecekler veya geri çekilebileceklerdir. Bu durum da malikin mağduriyetine yol açabilecektir. Bu hususta bkz. Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları) (İstanbul: Alfa, 1994), 101-102.

<sup>75</sup> Pekcanitez, 828.

bulunan alıcılar ve yapılan teklifler hakkında icra görevlisine bilgi verme yükümlülüğü ile, yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, alacaklılara itirazda bulunma fırsatı öngörülmüştür. Böylece, en azından alacaklılara sürece müdahale etme imkânı tanınarak, menfaatlerine aykırı bir şekilde gerçekleştirilebilecek olan satış işlemini engellemeleri sağlanmıştır. Taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesi bakımından ise, borçluya satış yetkisi verilmesi için hâkimin kararı aranmakta; borçluya satışın gerçekleştirilebilmesi için gerekli hazırlıkları yaptığına, özellikle de bir alıcı bulunduğu dair hâkimde güçlü bir kanaat uyandırabilecek delilleri göstermiş olması şartıyla, böyle bir yetki tanınmaktadır.

İlgili düzenlemeleri değerlendirdiğimizde, kanaatimizce İİK.m.111/a hükmünde değişiklik yapılarak, borçluya satış yetkisi verilmesi hususunda mutlaka icra müdürünün takdir yetkisi kabul edilmeli; bu çerçevede borçlu satışa ilişkin hazırlık işlemlerine giriştiğini en azından yaklaşık olarak ispat edebildiği takdirde, icra müdürünce borçluya satış yetkisi tanınmalıdır. O halde, İİK.m.111/a/f.I uyarınca süre talep eden borçlu, somut bazı girişimlerde bulunduğu ve mahcuz malı kısa süre içinde satabileceğine ilişkin ikna edici bilgileri icra müdürüyle paylaşmalı; örneğin söz konusu mal için verdiği ilânları, alıcıların varlığını, aldığı teklifleri ortaya koyarak, talebinin ciddi olduğunu göstermelidir. Hacedilen malın mümkün olduğu kadar yüksek bedelle satılması hem alacaklının veya alacaklıların hem de borçlunun menfaatine uygun olacağından, borçlu almış olduğu teklifleri icra müdürüne bildirmeli; icra mahkemesi de tüm bu teklifleri değerlendirerek İİK.m.111/a/f.III uyarınca satışı onaylamalıdır<sup>76</sup>. Dolayısıyla, Kanun'daki düzenlemenin aksine, icra hâkimine satışı onaylamadan önce etraflıca bir değerlendirme yapma imkânı tanınmalıdır.

İİK.m.111/a/f.III uyarınca, borçluya verilen on beş günlük süre içinde alıcının satış bedelini ödemesi halinde, asgari satış bedeli üzerinden satışın yapıldığını tespit edecek olan icra müdürü, satışın onaylanıp malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderecek; icra mahkemesi de yapacağı inceleme neticesinde İİK.m.111/a'da aranan şartların gerçekleştiği kanaatine vardığı takdirde, malın mülkiyeti alıcıya geçecek; tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilecektir. Burada, satışın onaylanıp hukuken geçerlilik kazanabilmesi, icra mahkemesinin kararına bağlı kılınmış ve ayrıca ilgili

---

<sup>76</sup> Pekcanitez, 828 ve 836.

kararın kesin olup, kanun yolu denetimine kapalı tutulduğu ortaya konulmuştur.

Söz konusu düzenleme, Fransız Hukuku'nda taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilmesine ilişkin olarak, satış işleminin hukukî açıdan sonuçlarını doğurabilmesi için icra hâkiminin onayının aranmasına benzemektedir. Ancak, Fransız Hukuku'nda icra hâkimi borçluya dostane satış yetkisi tanıdıktan sonra, borçlunun satış süreci boyunca yapmış olduğu işlemler hakkında alacaklıya veya alacaklılara karşı bilgi verme yükümlülüğü bulunmakta; aksi takdirde alacaklı ya da alacaklılar cebri icraya devam edilmesi için icra hâkimine başvurabilmektedirler. Hâkim, sürecin sonunda dostane satışın usûlüne uygun şekilde gerçekleştiğini tespit ettiği takdirde satış işlemine onay vermektedir. Oysaki, hukukumuzda süreç içerisinde borçlunun bilgi verme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, icra mahkemesinin yapacağı inceleme sırasında alacaklılara ve ilgililere de hiçbir şekilde itiraz etme imkânı tanınmamış; mahkemenin dosya üzerinden yapacağı inceleme çekişmesiz yargı faaliyeti olarak bile değerlendirilmemiştir. Borçlunun yapmış olduğu İİK.m.111/a'da öngörülen şartları karşılayan teklif hakkında herhangi bir soruşturmaya girilmiyip, buna ilişkin itirazlarda bulunulmasına fırsat verilmeksizin, sürecin mahkemenin vereceği kararla sonuçlandırılması amaçlanmıştır; ayrıca mahkemenin vereceği kararın kesin olduğu kabul edilerek, söz konusu satışta menfaat sahibi olan alacaklılara, hak arama özgürlüğüne aykırı şekilde, ilgili karara karşı kanun yoluna başvurma hakkı<sup>77</sup> bile tanınmamıştır<sup>78</sup>.

Hukukumuzda borçlunun hesap verme yükümlülüğünün öngörülmemiş olmasını, taşınmazlarda kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin

---

<sup>77</sup> Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 241.

<sup>78</sup> Pekcanitez, 838-839 ve 843. İcra mahkemesi, satışı onaylayıp devir işlemlerinin yapılmasına karar verirken, sadece Kanun'da belirtilen şartların mevcut olup olmadığını incelediğinden; ilgili kişi veya kişilerin satış prosedürüne itiraz etmeleri de mümkün olmadığından, satış işlemi hakkında ihalenin feshi hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, özellikle iradeyi fesada uğratan sebeplere dayanılarak satışın iptali için genel hükümlere göre dava açılacaktır (Pekcanitez, 840 ve 842; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 242). Satış işlemine ihalenin feshine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı hususunda ayrıca bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, Ders Kitabı, 233; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 291. İcra mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı ilgililerce şikâyet yoluna başvurulup, satışın iptal ettirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Kale, 2; Gündoğan, 81.

İİK.m.128/a/f.III hükmü ile birlikte değerlendirdiğimizde, borçlunun kötü niyetli davranışlarıyla karşılaşılması da muhtemel gözükmektedir. Nitekim, kıymet takdirinin iki yıl boyunca sabit kalması nedeniyle, enflasyonun ve değer artışının oldukça yüksek olmasına rağmen, taşınmazın muhammen bedelinde görünüşte herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bu durumda, borçlu satış yetkisine dayanarak muhammen bedeli çok düşük olan bir taşınmazı Kanun'un belirlediği asgari bedele göre paraya çevirdiği takdirde, bu malın yüzde doksanını karşılamış olacağı gibi, alıcının kendisine açıktan ödeme yapmasını da sağlayabilecektir<sup>79</sup>.

İİK.m.111/a'ya göre borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmekte; icra müdürü de kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra borçluya on beş günlük bir süre vermektedir. Borçlu ile anlaşılan alıcının Kanun'daki asgari satış bedelini bu on beş günlük süre içinde ödemesi halinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra, satışın Kanun'un aradığı şartlar dâhilinde yapıldığını tespit ettiği takdirde, satışın onaylanıp malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı icra mahkemesine göndermektedir. Anlaşıldığı üzere, söz konusu on beş günlük süre içinde hem borçlunun alıcı bulması hem de satış işleminin gerçekleştirilip bedelin ödenmesi gerekmektedir. Anılan tüm bu işlemlerin on beş günlük süre içinde bitirilmesi, borçlunun önceden hazırlık yaptığı haller dışında son derece güç olduğu gibi, taşınırlar ve taşınmazlar arasında da herhangi bir farklılık gözetilmediğinden, özellikle taşınmazlar için kısa süre içinde alıcı bulup, satış bedelinin eksiksiz şekilde yatırılmasını sağlamak da oldukça zorluk yaratacaktır. O halde, kanun koyucunun en azından mevcut sürenin haklı sebeplerle uzatılmasına imkân tanınması; mahcuz malın değerine veya malın taşınır ya da taşınmaz olmasına göre daha uzun ve farklı süreler öngörmesi çok daha isabetli olacaktır<sup>80</sup>.

Fransız Hukuku'nda ise, hukukumuzdakinden farklı olarak bu hususta daha uzun bir süreye yer verilmiş; ayrıca taşınırlar ve taşınmazlar bakımından bir ayırım yapılmıştır. Taşınırlardan gerek maddî eşyaların gerekse gayrî maddî hakların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi bakımından,

<sup>79</sup> Pekcanitez, 832-833.

<sup>80</sup> Pekcanitez, 837-838; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, Ders Kitabı, 231. Kanun'da borçluya tanınan satış süresinin kısa olduğu hususunda ayrıca bkz. Meriç, 127.

borçluya alıcılar bulabilmesi için bir aylık süre tanınmış; alıcı tarafından satış bedelinin ödenebilmesine ilişkin olarak ise, kanunen özel bir süre öngörülmemiştir. Taşınmazlar açısından dostane satışa ilişkin süre hem satış işlemlerinin yapılabilmesi, hem de satış bedelinin ödenmesini de içerecek şekilde dört ay olarak belirlenmiş; ancak satış bedelinin ödenmesinde gecikilmesi gibi gerekli hallerde, söz konusu sürenin en çok üç ay daha uzatılması mümkün kılınmıştır. Kanaatimizce, hukukumuzda taşınmazların paraya çevrilmesinin taşınırlara nazaran daha güç olduğu dikkate alınarak, mutlaka taşınırlar ve taşınmazlar bakımından farklı süreler kabul edilmelidir. Ancak, bu sürelerin belirlenmesi hususunda da, borçluya satış yetkisi verilmesinin en temel amacının mahcuz malın daha kısa sürede paraya çevrilmesi olduğu göz önünde bulundurularak, gerek satışın gerçekleştirilmesine, gerekse satış bedelinin ödenmesi suretiyle satış işleminin bütünüyle tamamlanabilmesine imkân verecek, mevcut on beş günlük süreden daha uzun iki ayrı süre taşınırlara ve taşınmazlara özgü olarak ayrı ayrı düzenlenmeli; haklı sebeplerin varlığı halinde ise, sürelerin makul sınırlar dâhilinde uzatılmasına olanak tanınmalıdır.

## SONUÇ

İİK.m.111/a hükmü ile Fransız Hukuku'nun dostane satışa ilişkin hükümleri arasındaki en büyük farklılıklar, hukukumuzda Fransız Hukuku'nun aksine, taşınır mallar ile taşınmazlar arasında bir ayırım yapılmayıp, tüm mallar bakımından aynı düzenlemenin kabul edilmiş olması; Fransız Hukuku'nda alacaklının veya alacaklıların satış süreci boyunca son derece aktif bir konumda bulunup, tüm işlemleri denetleme imkânına sahip bulunmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Fransız Hukuku'nda, taşınırlardan maddî eşyalar ile gayrî maddî haklardan pay sahiplerinin hakları ve borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için alacaklının veya alacaklıların açıkça ya da zımnen rıza göstermeleri şart koşulmuş; taşınmazlar bakımından ise, alacaklıya veya alacaklılara borçlunun icra hâkiminden kendisine dostane satış yetkisi verilmesine ilişkin talebine itiraz edebilme ve satış süreci boyunca borçluyu denetleyebilme olanağı tanınmıştır. Taşınır hükmündeki gayrî maddî haklardan borsa işlemlerine konu olan menkul kıymetlerde ise, satış bedelinin piyasa tarafından arz ve talep dengesi çerçevesinde objektif şekilde belirlenmesinin doğal bir sonucu olarak, alacaklının veya alacaklıların rızası aranmamıştır.

Hukukumuzda, İİK.m.111/a bağlamında, menfaatler dengesine aykırı şekilde, satış işlemine ilişkin süreç boyunca alacaklının veya alacaklıların itiraz edebilmelerine, borçluyu denetlemelerine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiş; sürecin yürütülmesi tamamen borçlunun iradesine terk edilmiş; borçlunun, satış için gerekli asgari bedeli ödeyebilecek bir alıcı bulması ve söz konusu bedelin on beş gün içerisinde yatırılması yeterli kabul edilmiştir. Borsa işlemlerine konu olan menkul kıymetlerin borçluya satış yetkisi tanınarak paraya çevrilebilmesi bakımından ise, ilgili taşınır malın satış bedeli arz ve talep dengesi çerçevesinde piyasa tarafından belirlenmesinin bir sonucu olarak, alacaklının veya alacaklıların rızasının aranmasına gerek bulunmadığı gibi, borçlunun satışa ilişkin işlemlerinin denetlenmemesi de herhangi bir sorun yaratmayacaktır.

Fransız Hukuku'nda, taşınırlardan gerek maddî eşyaların gerekse gayrî maddî haklardan pay sahiplerinin hakları ile borsa işlemlerine konu olmayan menkul kıymetlerin dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi için borçlunun alıcılar tarafından kendisine yapılmış olan teklifler hakkında icra görevlisine bilgi vermesi gerekmektedir. Taşınmazların dostane satış yoluyla paraya çevrilebilmesi bakımından ise, borçlu satışa ilişkin gerekli hazırlıkları yaptığına dair hâkimi ikna edebilecek tüm delilleri sunmalıdır. Hukukumuzda, borçluya hesap verme yükümlülüğü getirilmemesi, alacaklının veya alacaklıların zararına olabilecek şekilde borçlunun keyfî şekilde istediği alıcıyı seçmesine sebep olabileceğinden, mutlaka borçluya satış yetkisi verilmesi sırasında alacaklının yada alacaklıların itirazda bulunmalarına imkân tanınıp, borçlunun satışa hazırlık işlemleri hakkında icra müdürüne bilgi verme yükümlülüğü öngörülmalıdır. Borçlunun kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra müdüründen kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi halinde, bu hususta herhangi bir takdir yetkisine sahip bulunmayan icra müdürünün borçluya süre vermek zorunda oluşu, kötü niyetli borçlunun satışı geciktirebilmek için dürüstlük kuralına aykırı şekilde hareket etmesine sebep olabilecektir. O halde, mutlaka icra müdürünün takdir yetkisi kabul edilmeli; borçluya, satışa ilişkin hazırlık işlemlerine giriştiğini en azından yaklaşık olarak ispat edebilmesi şartıyla, satış yetkisi tanınmalıdır.

Satışın onaylanıp hukuken geçerlilik kazanabilmesi, icra mahkemesinin kararına bağlı kılınmış olmakla birlikte, süreç içerisinde borçlunun bilgi verme yükümlülüğü bulunmamakta; icra mahkemesinin yapacağı inceleme sırasında alacaklı veya alacaklılara ve ilgililere hiçbir şekilde itiraz etme imkânı tanınmamaktadır. Oysaki, taşınmazların dostane satış yoluyla paraya

çevrilmesi bakımından satış işleminin hukukî açıdan sonuçlarını doğurabilmesi için icra hâkiminin onayının şart olduğu Fransız Hukuku'nda ise, icra hâkimi borçluya dostane satış yetkisi tanıdıktan sonra, borçlunun satış süreci boyunca yapmış olduğu işlemler hakkında alacaklıyı veya alacaklıları bilgilendirmesi gerekmekte; aksi takdirde alacaklı ya da alacaklılar cebrî icraya devam edilmesini icra hâkiminden talep edebilmektedirler.

Kıymet takdirinin iki yıl boyunca sabit kalması nedeniyle, enflasyonun ve değer artışının oldukça yüksek olmasına rağmen, taşınmazın muhammen bedelinde görünüşte herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bu durumda, herhangi bir hesap verme yükümlülüğü bulunmayan borçlu, satış yetkisine dayanarak muhammen bedeli çok düşük olan bir taşınmazı Kanun'un belirlediği asgari bedele göre paraya çevirebilecek; böylece ilgili malın yüzde doksanını karşılayıp, alıcının kendisine açıktan ödeme yapmasını sağlayabilmek suretiyle, kötü niyetli davranışlarda bulunabilecektir.

İİK.m.111/a bağlamında, on beş günlük süre içinde hem borçlunun alıcı bulması, hem de satış işleminin gerçekleştirilip bedelin ödenmesi gerekmektedir. Ancak, tüm bu işlemlerin anılan süre içinde bitirilmesinin, borçlunun önceden hazırlık yaptığı haller dışında, son derece güçlük arz ettiği ve taşınmazların paraya çevrilmesinin taşınırlara nazaran daha zor olduğu göz önünde bulundurularak, tıpkı Fransız Hukuku'ndaki gibi, mutlaka taşınırlar ile taşınmazlar bakımından mevcut on beş günlük süreden daha uzun olacak farklı süreler kabul edilmeli; haklı sebeplerin varlığı halinde ise, süreler makul sınırlar dâhilinde uzatılabilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- Alpaslan Mehmet Emin, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi Fransız İcra Görevlisi Modeli. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema ve Hanağası Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 8.Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Atalı Murat, Ermenek İbrahim ve Erdoğan Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 6.Bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Boran Güneysu Nilüfer. İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri. Ankara: Yetkin, 2020.
- Çiftçi Pınar. İcra Hukukunda Menfaat Dengesi. Ankara: Adalet, 2010.
- Daverat Xavier, "Saisie: Protection du débiteur." Répertoire de procédure civile, (Novembre 2019): 1-96 (www.dalloz.fr).
- Durman Okay, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi," in 8.Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı. İstanbul: Asos, 15-16-17 June 2022.
- Fricero Natalie, "Saisie-vente." Répertoire de procédure civile, (Décembre 2011): 1-80 (www.dalloz.fr).
- Görgün L. Şanal, Börü Levent ve Kodakoğlu Mehmet. İcra ve İflâs Hukuku, 3.Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Gündoğan Atilla, Türk İcra İflâs Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış (7343 S.K. Değişiklikleri İle). İstanbul: Aristo, 2022.
- Hoffschir Nicolas, "Les attributions du juge de l'exécution et la vente amiable d'un bien indivis." Dalloz actualité, (14 Septembre 2021): 1-5 (http://www.dalloz.fr).
- Hoonakker Philippe, "Panorama des solutions alternatives, L'exécution immobilière en Europe, entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain", in Actes du colloque du Strasbourg des 1<sup>er</sup> et 2 Avril 2005. Paris: Droit et Procédures, 2005.
- Kale Serdar, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (27.11-2021-Güncelleme: 05.12.2021), 1-10.
- Leborgne Anne, Droit de l'exécution, 2<sup>e</sup> édition. Paris: Dalloz, 2014.
- Martin Xavier, "Saisie immobilière: de la bonne pratique de la vente amiable sur autorisation judiciaire." Defrénois, no.39, (24 Septembre 2020), 15-20.
- Meriç Nedim, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında). İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi. İstanbul: On İki Levha, 2019.

- Özekes Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet, 2009.
- Özmumcu Seda, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*. İstanbul: Vedat, 2005.
- Pansier Frédéric-Jérôme, “La vente amiable.” *Recueil Dalloz*, (2007): 1-5 (<http://www.dalloz.fr>).
- Pekcanitez Hakan, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a).” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.1 (2022): 819-848.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral ve Özekes Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 11.Bası. Ankara: Yetkin, 2013.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral ve Özekes Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9.Bası. İstanbul: On İki Levha, 2022. (*Kısaltma: Pekcanitez/ Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı*)
- Pekcanitez Hakan ve Akkan Mine, “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 160 (Mayıs-Haziran 2022): 259-297.
- Piédelièvre Stéphane, *Procédures civiles d’exécution*. Paris: Economica, 2016.
- Piédelièvre Stéphane ve Guerchoun Frédéric, “Saisie immobilière.” *Répertoire de droit immobilier*, (Novembre 2021): 1-180 ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)).
- Raschel Loïs, “Saisie des droits incorporels: saisie-vente des droits d’associé et des valeurs mobilières.” *Répertoire de procédure civile*, (Septembre 2012): 1-37 ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)).
- Taman Şıpka Şükran, *Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları)*. İstanbul: Alfa, 1994.
- Théry Philippe, “Saisie de droits sociaux et de valeurs mobilières.” *Répertoire des sociétés*, (Juin 2014): 1-45 ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)).
- Uyar Talih, 24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı “İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un Getirdiği Yenilikler, *İstanbul Barosu Dergisi* 96, no.1 (Ocak-Şubat 2022): 15-101.
- Yardım M. Ertan, “İcra ve İflas Kanunu’nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler.” *KHAS Hukuk Bülteni*, (24 Aralık 2021) <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, 1-5.
- [https:// www.legifrance.gouv.fr/ loda/ id/ JORFTEXT000000172847 /#:~:text=L'activit%C3%A9%20des%20personnes%20physiques,d%C3%A9cret%20en%20Conseil%20d'Etat](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000172847/#:~:text=L%27activit%C3%A9%20des%20personnes%20physiques,d%C3%A9cret%20en%20Conseil%20d%27Etat)
- <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000541408>
- <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000025024673/2012-06-01/>
- <https:// www.legifrance.gouv.fr/ loda/id/ LEGIARTI000025936193/2012-06-01/>

# BİLGİ EDİNME HAKKI VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ ÇERÇEVESİNDE TAPU SİCİLİNİN AÇIKLIĞI İLKESİ

*Principle of Publicity of the Land Registry Within the Scope of  
Right to Information and Right to Privacy*

**Vehbi Umut ERKAN\***  
**Rabia ÖZSOY\*\***

## Özet

Tapu sicili sistemine hâkim olan ilkelerden tapu sicilinin açıklığı ilkesine göre, tapu sicili herkese açıktır. Ancak, bir kimse başkasına ait tapu sicili bilgilerini incelemek ya da bu sicilden örnek almak isterse ilgisini inanılır kılmaması gerekir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na (BEHK) göre, Türk vatandaşı olan gerçek kişiler ile Türkiye'de tescilli tüzel kişiler, ilgisini inanılır kılmamasına gerek olmaksızın hem kendisiyle ilgili hem de bir başkasıyla ilgili bilgiye veya belgeye kolaylıkla ulaşabilme imkanına sahiptir. Bilgi edinme hakkı ile tapu sicilinin açıklığı ilkesine ilişkin TMK m. 1020/II hükmü, kişinin kendisiyle ilgili tapu sicil bilgilerini istemesi halinde birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Ancak, başkasına ait tapu sicil bilgilerinin istenmesi durumunda bilgi edinme hakkı ile TMK m. 1020/II hükmü arasında ilk bakışta bir çatışma varmış gibi görünmektedir. Bu nedenle her iki kurum arasındaki ilişki ve aralarında bir çatışma olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan çalışmamızda, bilgi edinme hakkı ve tapu sicilinin açıklığı ilkesine ilişkin bilgilere yer verilerek, BEHK'de yer alan hükümlerle TMK m. 1020/II hükmünün arasındaki ilişki ve buna bağlı olarak

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 29.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 18.07.2022.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: erkan@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0280-9896.

\*\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: rozsoy@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8774-7283.

TMK m. 1020/II hükmünün zımnen yürürlükten kalkıp kalkmadığı hususu değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Bilgi edinme hakkı, tapu sicili, aleniyet ilkesi, özel hayatın gizliliği, hükümler arası çatışma.

### **Abstract**

According to the Law No. 4982 on the Right to Obtain Information, real persons who are Turkish citizens and legal entities registered in Turkey have the possibility to easily access information or documents both about themselves and others without the need to make their interest credible. Principle of publicity of the land registry issued under the provision of TMK Art. 1020/II and the right to information are complementary to each other if the person requests the land registry information about himself. However, at first glance, there seems to be a conflict between the right to information and the provision of TMK Art. 1020/II in case the title deed information of someone else is requested. For this reason, it is necessary to evaluate the relationship between both institutions and whether there is a conflict between them. In this respect, in our essay, the matters of the right to information and the principle of openness of the land registry is explained, and the relationship between the provisions in the BEHK and the provision of TMK Art. 1020/II, together with the issue of whether the provision of TMK Art. 1020/II is implicitly repealed or not is evaluated.

**Key Words:** Right to information, land registry, principle of publicity, right to privacy, conflict between provisions.

### **GİRİŞ**

Eşya üzerindeki aynı hak sahipliğinin üçüncü kişiler tarafından bilinebilmesi için dış dünyaya yansıtılması gerekir. Bu şekilde üçüncü kişilerin eşya üzerindeki aynı hakları görüp bilme ihtiyacının karşılanmasına aleniyet ilkesi (kamuya açıklık ilkesi) adı verilmektedir. Aleniyet ilkesi, eşya hukukuna hâkim olan önemli ilkelerdendir. Bu ilke uyarınca aleniyet, taşınırlarda zilyetlik, taşınmazlarda tapu siciline yapılan tescille gerçekleştirilir.

Tapu sicili sistemine hâkim olan ilkelere tapu sicilinin açıklığı ilkesine göre, tapu sicili herkese açıktır. Ancak, bir kimse başkasına ait tapu sicili bilgilerini incelemek ya da bu sicilden örnek almak isterse ilgisini inanılır

kılması gerekir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre bir kimsenin üçüncü kişinin tapu sicil bilgilerini öğrenebilmesi için ilgisini inanılır kılması gerekse de 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na (BEHK) göre, Türk vatandaşı olan gerçek kişiler ile Türkiye'de tescilli tüzel kişiler, ilgisini inanılır kılmasına gerek olmaksızın hem kendisiyle ilgili hem de bir başkasıyla ilgili bilgiye veya belgeye kolaylıkla ulaşabilme imkanına sahiptir. Kişinin kendisiyle ilgili tapu sicil bilgileri hakkında bilgi almak istediği durumlarda bilgi edinme hakkı ve TMK m. 1020 hükmü birbirini tamamlamaktadır. Ancak aynı kişinin başkasına ait tapu sicil bilgileri hakkında bilgi almak istediği durumlarda bilgi edinme hakkı ile TMK m. 1020/II hükmünün karşı karşıya geldiği düşünülebilir. Bu duruma açıklık getirebilmek için kişinin sahip olduğu taşınmazlara ait tapu sicil bilgilerinin öğrenilmesinin özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilerek, kişilik haklarının korunmasından faydalanıp faydalanmayacağına açıklanması gerekir. Bu itibarla çalışmamızda tapu sicilinin açıklığı ilkesi ve bilgi edinme hakkı ile ilgili bilgiler verilerek, BEHK ile TMK m. 1020/II hükümleri değerlendirilmiş ve söz konusu hükümlerden hangisinin uygulanacağı açıklanmaya çalışılmıştır.

## I. TAPU SİCİLİNİN AÇIKLIĞI İLKESİ VE ETKİSİ

### A. Genel Olarak Aleniyet İlkesi

Aynı hak, bir kimseye eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve bu hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haktır<sup>1</sup>. Hak güvenliği, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi ve hak üzerinde hak sahibinin rızası dışında bir değişikliğin meydana gelmesinin önüne geçilebilmesini; işlem güvenliği ise, dış görünüme güvenen üçüncü kişilerin korunmasını gerektirir<sup>2</sup>. Eşya üzerinde aynı hakkın varlığını gösteren hak ve işlem

<sup>1</sup> A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1 vd.; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku- Zilyetlik ve Tapu Sicili (Ankara: Seçkin Yayıncılık, C. I, 2016), 29-34; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Eşya Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, C. IV/I, 2019), 90 vd.; Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 3 vd.; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015), 11 vd.; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, (İzmir: Barış Yayınevi, 2012), 3; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, C.I, 1989), 6 vd.

<sup>2</sup> Nuri Erişgin, "Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1989), 11; Sirmen, s. 35,36; Mehmet Şengül, Tapu Sicilinin Aleniyeti (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 9.

güvenliğinin sağlanabilmesi için bu hakkın herkes tarafından açıkça görülmesi ve bilinmesi zorunludur. Üçüncü kişilerin eşya üzerindeki aynı hakları görüp bilme ihtiyacını karşılayan hukuki duruma aleniyet denir<sup>3</sup>.

Eşya hukukuna hâkim olan ilkelere biri aleniyet ilkesidir. Aleniyet ilkesi, eşya üzerinde mevcut hakların, hak sahiplerinin ve hak üzerindeki değişikliklerin herkes tarafından kolaylıkla görülüp tanınmasını sağlayan ilkedir<sup>4</sup>. Bu ilke uyarınca aleniyet, taşınır eşyalarda zilyetlik; taşınmaz eşyalarda tapu siciline yapılan tescille gerçekleştirilir.

Taşınmaza ilişkin kayıtların tutulması tapu sicili sistemi ile sağlanmaktadır. Tapu sicili sisteminin asıl amacı, taşınmazlar üzerindeki aynı hakları açıklamaktır. Üçüncü kişilerin, taşınmazlar üzerindeki hakları, hak sahiplerini ve hak üzerindeki değişiklikleri görme ihtiyacını karşılayabilmek için tapu sicilinin herkese açık olması gerekir. Bu açıklık ise, TMK m. 1020'de yer alan tapu sicilinin açıklığı ilkesi ile sağlanmaktadır. Bu itibarla aleniyet ilkesinin taşınmazlarda ve dolayısıyla tapu sicili hukukunda yansımaları taşınmazlara egemen ilkelere biri olan tapu sicilinin açıklığı ilkesidir<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ünal/ Başpınar, s.65; Alenilik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erişgin, s.8 vd.

<sup>4</sup> Erişgin, s. 95 vd.; Akipek ve Akıntürk, s. 94; Antalya ve Topuz, s. 574; Ayan, s. 222; Şengül, s.7; O. Gökhan Antalya, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi” (İstanbul, MÜHFD-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C.23, S.3, 2017), 420.

<sup>5</sup> Tapu sicilinin açıklığı ilkesinin önemli bir sonucu da tapu sicilindeki kaydın herkes tarafından bilindiği karinesidir. TMK m. 1020/III hükmüne göre, “Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez”. Düzenleme uyarınca hiç kimse tapu sicilinde yer alan ve gereği gibi kurulan, devredilen veya ortadan kalkan haklara ilişkin kayıtların bilinmediğini ileri süremez. Tapu sicilindeki kaydın herkes tarafından bilindiği kesin bir kanuni karine olarak kabul edildiğinden; bunun aksi iddia ve ispat edilemez (Erişgin, s. 96; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 221; Ayan s. 224; Antalya ve Topuz, s. 578; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 156; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku- Zilyetlik ve Tapu Sicili ( İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 95; Ünal ve Başpınar, s. 246). Ayrıca ilgisini inanılır kılan herkes tapu sicilini görme imkanına sahip olduğundan, ilgili kişi kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek mevcut bir kaydı araştırmazsa bu kaydı bilmediği hususunda iyiniyet iddiasında da bulunamaz. (Turhan Esener ve Kudret Güven, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012),113; Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, Türk

## B. Taşınmazlarda Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesinin Etkisi

### 1. Tapuya Açıklık İlkesinin Sınırlı Olması

Tapu sicilinin amacı, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların durumunu göstermek suretiyle aleniyeti sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için tapu sicilinin herkese açık olması gerekir. TMK m. 1020/I'deki “*Tapu sicili herkese açıktır.*” ifadesiyle tapu sicilinin açıklığı ilkesi kabul edilmiştir. Tapu Sicil Tüzüğü (TST) m. 5'te açıklık ilkesinden söz edilmişse de, tapu sicilinin açıklığı ilkesi esasen TMK m. 1020'de düzenlenmiştir. Ancak, bu ilke sınırsız değildir. TMK m. 1020/II hükmünde “*İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.*” ifadesiyle tapu sicilinin açıklığı ilkesinin sınırları çizilmiştir.

TMK m. 1020'den anlaşıldığı üzere açıklık ilkesinin iki sınırı vardır. Bu sınırlamalardan ilki tapu sicilini incelemeye yetkili kişilerdir. İkincisi ise, incelemeye konu sicillerdir.

TMK m. 1020/II'de ifade edildiği üzere tapu sicilinin açıklığı ilkesinden herkes değil ancak ilgisini inanılır kılan ve bu ilgiyi ispat eden kişiler yararlanır. Bu ilgi hukuki bir ilgi olabileceği gibi, ekonomik, ailevi, fenni veya bilimsel bir ilgi de olabilir<sup>6</sup>. Tek başına merak, tapu sicilinin incelenmesi için kişiye yetki vermez<sup>7</sup>.

Tapu sicilinin açıklığı ilkesinden yararlanmak isteyen üçüncü kişinin, TMK m. 1020/II'ye göre ilgisini inanılır kılmayı gerekir<sup>8</sup>. İlgisini ispat etmek

---

Eşya Hukuku Dersleri (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963), 130; Erişgin, s. 96; Sirmen, s. 126).

<sup>6</sup> Esener ve Güven, s.113; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 155; Saymen ve Elbir, s. 131; Ayan, s. 223; Sirmen, s. 126; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop s.243; Erişgin, s. 108.

<sup>7</sup> Galip Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili (Ankara: Şark Matbaacılık, 1967), 469; Saymen ve Elbir, s. 132; Erişgin, s. 108; Ayan, s. 222,223; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.155.

<sup>8</sup> 743 sayılı eski MK m. 928/c.2 hükmünde ifade edilen “*alakası olduğunu ispat eden herkes...*” ifadesi, 4721 sayılı TMK m. 1020/II ile “*ilgisini inanılır kılan herkes...*”ifadesi şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanun ile kaynak İsviçre Medeni Kanun'undaki (ZGB) düzenleme farklılığı doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. ZGB Art.970/II'de “*bir menfaati inandırıcı kılan, ...*” (Wer ein Interesse glaubhaft macht,..) denilerek hukuken korunan menfaatin inandırıcı olması yeterli sayılmıştır. Düzenlemedeki farklılıktan ötürü hukuken korunan menfaatin ispat

isteyen üçüncü kişinin, tapu memurunda olumlu bir kanaat uyandırması yeterli olup; kesin kanıtlar göstermesine gerek yoktur<sup>9</sup>. Bu kapsamda ilgisini ispatlayan kişi ancak ilgisinin sınırları içinde sicilin açıklığı ilkesinden yararlanır<sup>10</sup>.

Açıklık ilkesinin ikinci sınırı incelemeye konu sicillerdir. Bu kapsamda, açıklık ilkesi, kural olarak sadece TMK m. 997/II'de ifade edilen ana siciller<sup>11</sup> için geçerlidir<sup>12</sup>. Yardımcı siciller açısından sicilin açıklığı ilkesi geçerli değildir. Ancak, ana sicillerde özel bir durum için yardımcı sicile atıf yapılmışsa; artık açıklık ilkesi atıf yapılan yardımcı sicil açısından da geçerlidir<sup>13</sup>.

---

edilmesi gerektiğini savunan yazarlar olduğu kadar; eski MK m. 928/c.2'de yer alan ifadenin İsviçre Medeni Kanunundaki ifade gibi anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Şöyle ki, ilgilinin hukuken korunan menfaatinin varlığına dair tapu sicil memurunda kanaat uyandırması yeterlidir. 2002 tarihli TMK ile bu belirsizlik sona ermiş ve hüküm İsviçre Medeni Kanunu'na uygun hale getirilmiştir. İsviçre Medeni Kanun'unda 2005 yılında yürürlüğe giren değişiklikle ZGB Art. 970'de değişiklik yapılmıştır. Hükümün ilk fıkrasında menfaatini inanılır kılan herkesin tapu sicilini inceleme ve örnek alma hakkına sahip olduğu belirtilirken sonraki fıkrada şunlara değinilmiştir. Herkes tapu kütüğündeki şunları öğrenme hakkına sahiptir:

- Taşınmaz ve bu taşınmazla ilgili bilgiler
- Malikin ismi ve kimliği
- Mülkiyet şekli ve kazanma tarihi

Görüldüğü üzere serbestçe öğrenilecek bilgiler üç başlık halinde sınırlandırılmıştır. Hükümün üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle irtifaklar, taşınmaz yükleri ve beyanlar bakımından ilginin inanılır kılınması zorunluluğu olmadan hangi bilgilere serbestçe ulaşılma imkanını sağlama konusunda Federal Konsey yetkili kılınmıştır. Ancak bu yetki kullanılırken kişilik haklarının korunmasına özen gösterilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erişgin, s.102 vd.; Saibe Oktay Özdemir, "*Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği (Kamuya Açıklığı) İlkesi*" Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 515-517.

<sup>9</sup> Erişgin, s. 102; Ayan, s. 223; Antalya ve Topuz, s. 578.

<sup>10</sup> Saymen ve Elbir, s. 132; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 220,221; Ayan, s. 223; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 155; Sirmen, s. 126; Ünal ve Başpınar, s. 245.

<sup>11</sup> Ana siciller, tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, plan ve diğer resmî belgelerden oluşur.

<sup>12</sup> Ayan, s.224; Antalya ve Topuz, s. 578; Ünal ve Başpınar, s. 245; Ertaş, aleniyet ilkesinin sadece tapu kütüğü için değil, tapu sicilinin diğer ana ve yardımcı sicilleri içinde geçerli olduğunu ifade etmekle birlikte yardımcı sicillerin iyiniyeti önleyici işlevi olmadığını kabul etmektedir. Ertaş, s. 93.

<sup>13</sup> Ayan, s. 224.

## 2. Sicilleri İnceleme ve Sicillerden Örnek Alma Hakkı

TST m. 84 hükmüne göre, “(1) Tapu sicilleri, Genel Müdürlük birimleri dışına çıkarılamaz. (2) Devlete, gerçek ve tüzel kişilere ait bir hizmetin görülmesi, bir hakkın korunması ve ispatı gerektiğinde, onaylı örnekleri verilir. Ancak, mahkemeler veya yetkili resmî merciler tarafından sicil veya belgelerin aslı istenildiği takdirde, örnekleri müdür tarafından tasdik edilip, iade edilmek üzere imza karşılığında asılları verilir. Onaylı örnek belgeler, asılları iade edilene kadar özenle saklanır.” TST m. 84 hükmü TMK m. 1020/II hükmüne paralel olarak düzenlense de hükmün ele alınış tarzı Türk Medeni Kanun’a göre daha dar kapsamlıdır.

TST m. 85 hükmüne göre, “(1) Tapu işlemleri ile ilgili olarak düzenlenen istem belgesi, resmî senet, tapu senedi ve ipotek belgelerinin birer örneği, müdürlük tarafından hak sahiplerine verilir. (2) İlgilisinin istemi hâlinde, tapu sicilini oluşturan diğer bilgi ve belgelerin örneği verilir.”

Tapu sicilini inceleme ve örnek alma hakkı, ilgisini inanılır kılan kimselere tanınmış bir haktır. Nitekim, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü B021TKG010000-073/-1556 sayılı genelgesinde<sup>14</sup> istisnai haller dışında, herkesin tapu sicilini inceleyemeyeceği, tapu sicilinin incelenebilmesi veya sicilden örnek alınabilmesi için TMK m. 1020/II’de ifade edilen ilginin ispat edilmesi gerektiği hususuna açıkça yer verilmiştir.

Diğer taraftan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2/III hükmü, “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 vekaletname ibrazına bağlıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu m. 2/III hükmü, avukatlara tapu sicilini inceleme ve sicilden örnek alma hususunda kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca, Avukatlık Kanunu’na paralel bir şekilde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü B021TKG010000-073/-1556 sayılı genelgesinde “Kamu görevi ifa eden avukatların vekâletname ibraz etmeden yazılı olarak talepte bulunması koşuluyla (idaremizce istem belgesi düzenlenecektir) bir memur huzurunda tapu sicilini inceleyebilmeleri ve görevleri sırasında kendilerine

<sup>14</sup> Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 08.08.2001 tarihli 2001/11 numaralı genelgesi.

*kolaylık sağlanması gerekir. Ancak, avukatların tapu sicilinden örnek istemeleri halinde vekâletname ibraz etmeleri zorunlu olup, (belge örneği istemlerinde ilginin saptanması gerekmektedir.) gerekli harç ve vergilerin vs. tahsilini müteakiben yetkili kulduğu ölçüde belge örneklerinin verilmesi mümkün bulunmaktadır.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur.*

## II. BİLGİ EDİNME HAKKI İLE TAPU SİCİLİNİN AÇIKLIĞI İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

### A. Bilgi Edinme Hakkı ve Kullanılması

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren idareye hâkim olan gizli ve dışa kapalı uygulamalar yerini yönetimde açıklık veya yönetimde şeffaflık olarak adlandırılan yeni bir yönetim modeline bırakmıştır<sup>15</sup>. Yönetimde açıklık, idari işlemlerin açık ve anlaşılır olmasını ve idarenin keyfiliğini önlemeyi hedefleyen bir yönetim modelidir<sup>16</sup>. 09.10.2003 tarihinde kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) ile mevzuatımızda bilgi edinme hakkı yerini almıştır. Bilgi edinme hakkı, idarenin yönetimde açıklık modelini benimsemesine paralel olarak gelişmiştir<sup>17</sup>. Nitekim, BEHK m. 1’de bu kanunun, “*demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*” amacıyla çıkarıldığı düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkı, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 74/III hükmünde, “*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Bilgi edinme hakkı genel olarak, idarenin elinde tuttuğu bilgi ve belgeler hakkında bireyin bilgi almasına, belgeleri elde etmesine yönelik temel bir insan hakkı olarak tanımlanmaktadır<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> F. Ebru Gündüz ve İsmail Yazıcıoğlu, “*Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması*”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. 38, S. 1, 2021),174.; Süleyman Yaman Koçak, “*Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı*”, (Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.23, 2010),116 vd.; Kamu yönetiminde açıklık, kapalılık kavramları için bkz. Muhammed Emin Aydemir, Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 27 vd.

<sup>16</sup> Gündüz ve Yazıcıoğlu, s. 174; Aydemir, s. 53 vd.

<sup>17</sup> Gündüz ve Yazıcıoğlu, s. 174; Can Azer, Bilgi Edinme Hakkı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 56,57.

<sup>18</sup> Bilgi edinme hakkına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Aydemir, s.119-122; Koçak, s. 121; Ahmet İyimaya, “*Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü*” (Ankara, Ankara

Bilgi edinme hakkına kimlerin sahip olduğu, BEHK m. 4'te, "*Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır.*" şeklinde belirtilmektedir. Düzenlemeye bakıldığında, vatandaşlara tanınan bilgi edinme hakkının yabancılara göre daha geniş kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Türkiye'de ikamet eden veya faaliyette bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişilerin bilgi edinme hakkından faydalanabilmesi için ilgililik ve karşılıklılık olmak üzere iki şartın varlığı aranmaktadır.

BEHK m. 2/I'de bilgi verme yükümlülüğü bulunan kurum ve kuruluşlar bakımından Kanun "*kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde*" uygulanmasını düzenleyerek başvuruda bulunulabilecek makamların kapsamını belirlemiştir. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik m. 2'nin<sup>19</sup> kapsamı dışında kalan yasama ve yargı organları, özel hukuk tüzel kişileri ve köylere<sup>20</sup> bilgi edinme başvurusunda bulunulamaz<sup>21</sup>.

Bilgi edinme hakkının kullanılabilmesi için ilk önce bilgi vermekle yükümlü olan kurum veya kuruluşlara başvuru yapılmalıdır. BEHK m. 6/I'de "*Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya*

---

Barosu Dergisi, S.1, 2003), 41; Ayhan Döner, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 96-98; Azer, s. 62,63.

<sup>19</sup> BEHKUY 2. maddesine göre, "*Bu Yönetmelik; merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlarının, köyler hariç olmak üzere mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik veya şirketlerinin, T.C. Merkez Bankası ve üniversiteler de dahil olmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olarak enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır.*"

<sup>20</sup> Döner, köylerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bırakılmasının bilgi edinme hakkının sınırlandırılması anlamına geldiğini temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Kanunla sınırlanabileceğini bu yüzden yönetmelikle yapılan sınırlamanın hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Döner, s. 156.

<sup>21</sup> Aydemir, s. 225; Döner, yasama ve yargı organlarının idari nitelikteki faaliyetlerinin Kanunun kapsamı içinde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Döner, s. 158,159.

*belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.*” hükmüyle bilgi edinme başvurunun nasıl yapılacağı hususu düzenlenmektedir. Bilgi edinme hakkı kapsamında kurum veya kuruluşlardan istenilecek bilgi ve belgeler, BEHK ile sınırlandırma getirilmemiş olan her türlü bilgi ve belgeyi içermektedir. Ayrıca, BEHK m. 7’ye göre, “*Bilgi edinme başvurusu, başvuru kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır.*” Bu sebeple başvuru konusu bilgi veya belgeler, kurum veya kuruluşun elinde bulunmayan, BEHK’nin dördüncü bölümünde yer alan ve bu Kanun’un kapsamı dışında kalan ayrıca BEHK m. 7/II hükmü uyarınca “*ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden*” bir bilgi veya belgelerden olmaması gerekir.

Başvuru üzerine kurum veya kuruluşlar istenilen bilgi veya belgelere erişimi on beş iş günü bazı hallerde ise otuz iş günü<sup>22</sup> içinde sağlar. Bilgi edinme hakkı kapsamında başvuru kurum veya kuruluş cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirir. Bilgi edinme isteminin reddedilmesi halinde itiraz usulü BEHK m. 13/I’de, “*Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurula itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler.*” şeklinde düzenlenmektedir.

## **B. Bilgi Edinme Hakkının Sınırları**

### **1. Genel Olarak**

Kamu kurum veya kuruluşları nezdinde bulunan bilgi veya belgelere ulaşmak isteyen başvurucuya her türlü bilgi veya belge verilmez. Zira Kanun

---

<sup>22</sup> BEHK m. 11/I’ e göre, “*Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi onbeş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvuru kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve onbeş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.*”

Koyucu bilgi edinme hakkını düzenlerken bu hakkın sınırlarını da belirlemiştir. Öncelikle bilgi edinme hakkı, Anayasa tarafından bireye tanınan temel bir insan hakkıdır. Bu sebeple, Anayasa m. 13'te<sup>23</sup> düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hükmüne tabidir. Ayrıca BEHK'de bilgi edinme hakkının istisnaları tek tek sayılmıştır. BEHK'ya göre, “yargı denetimi dışında kalan işlemler (m.15)”, “devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 16)”, “ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 17)”, “istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (m. 18)”, “idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 19)”, “adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 20)”, “özel hayatın gizliliği kapsamındaki bilgi veya belgeler (m. 21)”, “haberleşmenin gizliliği kapsamındaki bilgi veya belgeler (m. 22)”, “ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgeler (m. 23)”, “fikir ve sanat eserlerine ilişkin başvurular (m. 24)”, “kurum içi düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler (m. 25)”, “kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler (mad. 26)”, “tavsiye ve mütalaa talepleri (m. 27)” bilgi edinme hakkının istisnalarını oluşturmaktadır.

BEHK'de bilgi edinme hakkı ile ilgili istisnaların sayısının fazla olması eleştirilmektedir. Kanun'da çok sayıda istisnaya yer verilmesi sebebiyle istisnaların adeta esas kuralların önüne geçtiği ve kamu kurum veya kuruluşlarından talep edilen bilgi veya belgelerin Kanun'da sayılan istisnalardan birinin kapsamına dahil edilerek bilgi edinme talebinin reddedilme olasılığının oldukça yüksek olduğu ileri sürülmüştür<sup>24</sup>. Aynı şekilde doktrinde<sup>25</sup>, -istisnaların çok olmasının Kanun'un amacına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle eleştirilerek kanun koyucunun istisnalar konusunda cimri davranması gerektiği ifade edilmiştir.

Çalışmamızın konusu bakımından bilgi edinme hakkının istisnası teşkil eden haller tek tek ele alınmamıştır. Çalışmamız kapsamında anılan istisnalardan, özel hayatın gizliliğinden ne anlaşılması gerektiği, özel hayata nelerin dahil olduğu ve tapu sicilinin açıklığı ilkesinin sınırlı olmasına ilişkin TMK m. 1020/II hükmünün BEHK ile ilişkisine açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

<sup>23</sup> Anayasa m. 13 hükmüne göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

<sup>24</sup> Haşmet Sırrı Akşener, “*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Üzerine Bir İnceleme*” (İstanbul, Legal Hukuk Dergisi, C.2, S. 13, 2004), 39.

<sup>25</sup> İyimaya, s. 44.

## 2. Özel Hayatın Gizliliği

Hukuki anlamda kişi, haklara ve borçlara sahip olan varlıkları ifade etmektedir<sup>26</sup>. TMK kişileri, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere iki gruba ayırmaktadır. Kişilik ise, kişi olmak sebebiyle sahip olunan değerlerin tümü üzerindeki haktır<sup>27</sup>. Kişilik değerlerinin neler olduğu TMK’da sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmemiştir. Kanun koyucunun genel yaklaşımı ad dışında (TMK m. 26) diğer kişilik değerlerinin korunmasına yönelik çerçeve hüküm (TMK m. 23 ve m. 24) getirmek şeklindedir. Kanun koyucu, kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin sadece çerçeve bir hükme yer vermiş; hükümde kişilik haklarının nelerden oluştuğu sayma suretiyle belirlenmemiştir. Bu şekilde kanun koyucu, teknolojik gelişmelerle birlikte yeni kişilik değerlerin ortaya çıkabileceği hususunu göz ardı etmemiştir<sup>28</sup>. Kişilerin adı, şerefi, saygınlığı, resmi, sesi, hayatı, sağlık ve vücut tamlığı, faaliyet ve yaşamını düzenleme özgürlüğü, sırları ve özel hayatı kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler arasında sayılmaktadır.

Bir kimsenin özel hayatının sınırlarının ne olduğunun belirlenmesi oldukça güçtür. Bu sebeple özel hayatın<sup>29</sup> tanımını yapmak zordur. Doktrinde<sup>30</sup> bir kimsenin hayat alanı genellikle ortak hayat alanı, özel hayat

<sup>26</sup> Bülent Köprülü, Medeni Hukuk-Genel Prensipler- Kişinin Hukuku (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 262; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 2; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi, C. I, 2012), 229; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku -Gerçek Kişiler ( İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 1.

<sup>27</sup> Serap Helvacı, Gerçek Kişiler ( İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 101; H. Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk- Şahsın Hukuku (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. I, 1963), 285 vd.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku- Şahsın Hukuku (İstanbul: Nurgök Matbaası, C. I, 1963), 100 vd.; Arpacı, s. 2; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s.233; Rona Serozan, Medeni Hukuk- Kişiler Hukuku (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 453; Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), 97 vd.

<sup>28</sup> Özsunay, s. 97,98; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 345,346; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Kişiler, s. 174; Serozan, s. 453,454.

<sup>29</sup> Özel hayat kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ersan Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1996), 5 vd.

<sup>30</sup> Ahmet Danışman, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması (Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1991), 8; Arpacı, s. 141; Helvacı, s.120; Özsunay, s. 126; Köprülü, s. 283 vd.; Funda Çelebi, “*Kişilik Haklarından, Kişinin Özel*

alanı ve gizli hayat alanı olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan birincisi, kişinin herkese açık olan, başkaları tarafından bilinmesinde sakınca olmayan hususları içeren ortak hayat alanı veya diğer adıyla kamuya açık hayat alanıdır<sup>31</sup>. Ancak bu durumdan ortak hayat alanı içindeki her şeyin yayımlanabileceği anlamı çıkarılmamalıdır<sup>32</sup>. İkincisi ise, kişinin herkesçe bilinmesini istemediği yalnızca sıkı bağlarla bağlı olduğu ailesi, arkadaşları ve yakınları ile paylaşmak istediği olaylardan oluşan özel hayat alanıdır<sup>33</sup>. Üçüncü ise, kişinin yalnızca güven duyduğu kişilerle üçüncü kişilere duyurulmamak şartıyla paylaştığı ve üçüncü kişiler tarafından bilinmesini, herhangi bir şekilde öğrenilmesini istemediği sırların oluşturduğu gizli hayat alanıdır<sup>34</sup>.

Kişinin özel hayat alanı ve gizli hayat alanı TMK m. 23 ve m. 24 kapsamında mutlak koruma altındadır. Ayrıca, Anayasa m. 20/I'e göre, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

Bir kimsenin özel hayatının korunması gerektiği ifade edilse de kanun koyucu özel hayatın sağladığı korumadan kişinin hangi değerlerinin yararlanacağını açıkça düzenlememiştir. Özel hayat, nedensiz ve açık rıza olmaksızın kişinin adı, yaşı, adresi, ailevi durumu, malvarlığı, sağlığı, günlük yaşamına ilişkin alışkanlıkları, boş zamanlarında neler yaptığı ve duygusal yaşamına ilişkin gizliliklerini koruma altına alır<sup>35</sup>.

Malvarlığı değerleri ve bunlara ilişkin bilgilerin özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu doktrininde netliğe kavuşturulmuş bir durum değildir. Ancak doktrin<sup>36</sup> ve yargı

---

*Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması*" (Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 1997), 273; Zahit İmre, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", (İstanbul, İÜHF, C.39, S.1-4, 1974), 148.

<sup>31</sup> Köprülü s. 283; Özsunay, s. 126; Çelebi, s. 273,274; Danışman, s. 8; İmre, s. 149; Helvacı, s. 121; Arpacı, s.141.

<sup>32</sup> Danışman, s. 8; Helvacı, s. 121.

<sup>33</sup> Köprülü, s.283,284; Özsunay, s.127; İmre, s. 149; Çelebi, s. 274,275; Danışman, s.8; Helvacı, s. 121; Arpacı, s.141.

<sup>34</sup> Köprülü, s.284; İmre, s. 149; Özsunay, s.127,128; Çelebi, s. 275,276; Danışman, s.8; Helvacı, s. 121; Arpacı, s.141.

<sup>35</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku- İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı* (İstanbul: İmge Kitabevi, 2002), 292; Çelebi, s. 275.

<sup>36</sup> Kaboğlu, s.292; Çelebi, s. 275, Veysel Başpınar, "Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aheniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken

kararlarında<sup>37</sup> ağırlıklı olarak malvarlığının kişinin özel hayatının bir parçası olduğu ve özel hayatın gizliliğine ilişkin korumadan yararlanması gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Bu itibarla malvarlığını oluşturan değerlerin bir çeşidini oluşturan taşınmazlar ve tapu sicilinde bu taşınmazların üzerinde kayıtlı olan hak ve yüklerle birlikte yer alan kişiye ilişkin özel bilgiler özel hayatın bir parçası kabul edilmelidir.

### C. Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesinin Sınırlı Olmasının Bilgi Edinme Hakkı Kanunu m. 5/II İle Yürürlükten Kalkıp Kalkmadığının Değerlendirilmesi

BEHK m. 5/II'de, “*Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmayacağı*” ifade edilmektedir. BEHK m. 5/II uyarınca, BEHK’de yer alan hükümlerle TMK m. 1020/II hükmünün arasındaki ilişki ve buna bağlı olarak TMK m. 1020/II hükmünün zımnen yürürlükten kalkıp kalkmadığı hususu değerlendirilmelidir. Söz konusu değerlendirme yapılırken öncelikle konuya ilişkin doktrinde yer alan görüşlerin incelenmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Doktrindeki görüş ayrılığının temelinde bir kimsenin malvarlığının parçası olan taşınmazlarının ve bunlar üzerindeki hak ve yüklerin kişinin özel hayatın gizliliğinin kapsamına dahil olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. BEHK m. 5/I hükmüne göre, bilgi verme yükümlülüğü bulunan “*kurum ve kuruluşlar, bu Kanun’da yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeleri başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*” BEHK’nın “*Bilgi Edinme Hakkının Sınırları*” başlıklı dördüncü bölümünde ise, bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmektedir. Bu kapsamda bilgi edinme hakkının

---

*Tedbirler*”, (Ankara, AÜHFD, C.57, S.3, 2008), 116,117; Danişman, s. 11 vd.; Şen, s.36 vd.; Şengül, s. 125,126.

<sup>37</sup> “*Anayasa’nın 15. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince, özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Bu hüküm, maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, bir kişinin bedeninin tamamlılığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında, o kişinin maddece ve madde dışı alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ile aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır. Bunun da gizliliğine dokunulmamak gerekir.*” AMK., E. 1963/336, K. 1967/29, T. 26-27.09.1967, (<https://www.anayasa.gov.tr/> ; ET. 05.11.2021).

istisnalarından biri BEHK m. 21’de ifade edilen özel hayatın gizliliğidir. Özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Nitekim BEHK m. 21’e göre, “*Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir*”.

### 1. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde yer alan bir görüşe göre<sup>38</sup>, bir kimsenin malvarlığı değerleri dolayısıyla taşınmazları ve bunlar üzerindeki hakları da özel hayatın gizliliği kapsamının içerisinde sayılmaktadır. Bir kimse, kişilik hakkı değerleri içerisinde yer alan özel hayatının içeriğinin herkes tarafından öğrenilmesini istemeyebilir. Ancak, özel hayatın içeriğinin öğrenilmesinde kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde hukuka aykırılığı kaldıran hâllerden birinin bulunması durumunda kişilik hakkı ihlalden söz edilemez. (TBK m.24/II, TBK m.63) Bu sebeple TMK m. 1020/II hükmü, TMK m. 24/II ve TBK m. 63 hükümlerinin istisnasını oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, TMK m. 1020/II’de düzenlenen sadece ilgisini inanılır kılan bir kimsenin tapu sicilini inceleyebilmesi veya tapu sicilindeki bir kayıttan örnek alması, kanunun verdiği yetki sınırları içerisinde kalan bir inceleme ve öğrenme hakkı olduğu için kişilik hakkı ihlali oluşturmaz. Ayrıca bir kimseye ait tapu sicil bilgileri de BEHK’de düzenlenen bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olan özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirildiğinden, BEHK ile TMK m. 1020/II hükmü yürürlükten kalkmamaktadır. Böylelikle bir kimse sicildeki hak sahibinin rızasıyla ya da ilgisini inanılır kılma koşulunu gerçekleştirdiği takdirde ve ilgisinin sınırları ölçüsünde bir başkasına ait tapu sicil bilgilerini inceleyebilir veya tapu sicilinden örnek alabilir. Ancak doktrinde Şengül, BEHK ile ilgisini inanılır kılma koşulunu arayan TMK m. 1020/II hükmünün yürürlükten kalkmadığını savunmakla birlikte, söz konusu düzenlemenin tapu

<sup>38</sup> Şengül, s.120 vd ; Oktay Özdemir, s.518 vd.

sicilinin amacı, aynı hakların niteliği ve özellikle TMK m. 1020/III hükmünün varlığı nedeniyle tekrar değerlendirilmesi kanaatindedir<sup>39</sup>.

Diğer bir görüşe göre<sup>40</sup>, tapu siciline kayıtlı bilgiler BEHK dördüncü bölümde düzenlenen istisnaların kapsamına girmemektedir. BEHK'ye göre, Türk vatandaşı olan gerçek kişiler ile Türkiye'de tescil edilmiş tüzel kişiler, ilgilerini inanılır kılmalarına gerek olmaksızın, bilgi verme yükümlülüğü olan kurum ve kuruluşlardan bünyelerinde bulunan istedikleri bilgi veya belgeye ulaşma hakkına sahiptir. Tapu sicili sistemi de Devlet nezdinde tutulan bir sicil olması sebebiyle, TMK m. 1020/II hükmünün Türk gerçek ve tüzel kişileri açısından uygulanma olanağı kalmamıştır. Ancak, yine BEHK m. 4'ün ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince Türkiye'de ikamet eden veya faaliyette bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişilerin bilgi edinme hakkından faydalanabilmesi için ilgililik ve karşılıklılık olmak üzere iki şartın varlığı aranmaktadır. Tapu sicilinin incelenbilmesi veya örnek alınabilmesi için ilginin inanılır kılınması koşulunu içeren TMK m. 1020/II hükmü, BEHK m. 4'ün ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince yalnızca yabancı gerçek ve tüzel kişiler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu durumda BEHK gereğince TMK m.1020/II hükmü kısmen yürürlükten kalkmıştır.

<sup>39</sup> Şengül, s. 126 vd.; Doktrinde *Oktay Özdemir* de sadece ilgisini inanılır kılan kişilerin tapu sicilinin ilgili sayfasını görebileceğine ve bundan örnek alınmasını isteyebileceğine ilişkin TMK m. 1020/II düzenlemesi (sınırlı aleniyet ilkesi) karşısında kanun koyucunun, aynı hak sahibinin malvarlıksal menfaatini üstün tutarak buna ilişkin bilgilerin öğrenilmesini sınırladığını, düzenlemenin bu haliyle kişilik hakkı kavramı ve özel hayatın korunmasıyla alakalı olduğunu ifade etmektedir. Ancak *Oktay-Özdemir*, TMK m. 1020/II düzenlemesini, eşya hukukunun temel prensipleri ve tapu sicilinin aleniyet fonksiyonu ile bağdaşmadığını ileri sürerek eleştirmektedir (Oktay Özdemir, s. 524). Yazara göre olması gereken, ilgi veya menfaat ispatı aranmaksızın taşınmaz üzerindeki sadece aynı hakka ilişkin bilgilerin herkese açık olması; buna karşılık aynı hak dışındaki bilgilere ve kayıtlara ise (örneğin edinme sebebi, sözleşmenin taraflarına veya bedeline ilişkin bilgiler, ipotek konusu borç ve miktarı hakkında bilgiler gibi) ilgisini ispat eden kişilerin erişebilmesidir. Bu durum karşısında yazar, sadece aynı hakka ilişkin bilgilerin BEHK m. 21'deki özel hayatın gizliliği kavramının içerisine dahil olmayacağı yorumu yapılarak TMK m. 1020/II hükmünün yürürlükten kalktığı sonucuna varılabileceğini; ancak bu konuda kanun koyucunun açık düzenlemesine ihtiyaç olduğunu belirtmektedir (Oktay Özdemir, s. 527 ve 528).

<sup>40</sup> Rona Aybay, "*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı mı?*", (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, 2004), 216-220.

## 2. Değerlendirmemiz

BEHK'ye göre kendisiyle ilgili olsun olmasın bilgi veya belgelere ulaşım hakkı kural olarak herkese tanınmıştır. Ancak başvuru sahibinin başkasına ait bir bilgi veya belgelerle ilişkisini kanıtlamadan bu denli ulaşımının önünün açılmasının isabetli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin başkasıyla ilgili bir bilgi veya belgelere ulaşımı özel hayatın gizliliğini ihlal edebilir. Oysaki kişilerin özel hayatı başta olmak üzere başkaca temel hak ve özgürlükleri Anayasa ile koruma altına alınmıştır. Ayrıca BEHK'nin ortaya çıkış süreci ve hizmet ettiği amaç göz önünde tutulduğunda bilgi edinme hakkı, yönetimde açıklığı sağlayan, devletin işlemlerinin ve faaliyetlerinin denetimini kolaylaştıran, hakkın kullanılmasıyla kusurlu eylem ve işlemlerin engellenmesi amaçlanan ve devletin demokratik karakterinin gerçekleştirilmesini sağlayan önemli araçlardan biridir<sup>41</sup>. Ancak Kanun'un genel gerekçesi ve çıkış süreci dikkate alındığında bilgi edinme hakkı adı altında başka kişilerin özel ve gizli hayat alanlarının ihlal edilmesi söz konusu olmamalıdır. Nitekim kanun koyucunun BEHK'yi hazırlarken fazlaca istisnaya yer vermesi de bilgi edinme hakkı adı altında hak ihlallerini engellemek içindir.

Kanaatimizce BEHK ile tapu sicilindeki açıklığın sınırlı olmasına ilişkin TMK m. 1020/II hükmünün yürürlükten kalkıp kalmadığı hususuna açıklık getirmek için öncelikle düzenlemeler arasındaki genel-özel ve önceki-sonraki hüküm ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre, aynı anda yürürlükte bulunan iki farklı kanunda somut olaya uygulanacak ve farklı çözümler getiren iki hükmün varlığı halinde bir çatışmadan bahsedilir. Bir kanun yürürlükteyken aynı konuyu düzenleyen başka bir kanun yürürlüğe girmişse ve bu iki kanunun her ikisi genel kanun veya her ikisi de özel kanunsa sonraki kanun önceki kanunu bertaraf eder<sup>42</sup>. Ancak aynı konuyu düzenleyen kanunlardan biri genel diğeri özel kanun niteliğindeyse uyuşmazlığın çözümünde farklı bir çözüm yolu bulunmalıdır. Eğer aynı konuyu düzenleyen kanunlardan genel kanun önce, özel kanun sonra yürürlüğe girmişse uyuşmazlığın çözümünde özel kanun uygulanır<sup>43</sup>. Buna karşılık, özel kanun önce, genel kanun sonra yürürlüğe girmişse uyuşmazlığın çözümünde hangi

<sup>41</sup> Koçak, s. 121.

<sup>42</sup> M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 87; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989), 181.

<sup>43</sup> Oğuzman ve Barlas, s. 87; Edis, s. 181, 182.

kanunun hükümlerinin uygulanacağını belirlemek oldukça güçtür. Böyle bir durumda çatışma, kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarına başvurularak yapılacak yorum sonucunda, kanun koyucunun iradesinin saptanmasıyla çözülecektir<sup>44</sup>.

Bu kapsamda çalışma konumuz açısından BEHK genel nitelikli hükümler içerirken, başkasına ait tapu sicil bilgilerini inceleme veya örnek almak için ilginin inanılır kılınması koşulunu arayan TMK m. 1020/II özel nitelikte bir hükümdür. Ayrıca TMK, BEHK'ya göre eski tarihli bir kanundur. Bu durumda ilk bakışta, başkasına ait tapu sicilinden bilgi veya belge almaya ilişkin önceki tarihli özel hüküm ile sonraki tarihli genel hükümler arasında bir çatışma olduğu akla gelebilir. Ancak BEHK'nin ortaya çıkış süreci ve amacı incelendiğinde, bilgi edinme hakkının asıl amacının, yönetimde şeffaflığın sağlanmasına yönelik olarak bireylere idari işleyişe katılma imkânı tanıma ve idarenin işlemleri ile eylemleri hakkında bireyin bilgi almasını sağlamaktan ibaret olduğu görülmektedir. BEHK'nin amacı dikkate alındığında, kanun koyucunun amacının sonraki genel hükümler ile önceki özel düzenlemeyi bertaraf etmek olmadığı açıktır. Çünkü bilgi edinme hakkının amacı kamu menfaatinin sağlanmasıdır. Başkasına ait tapu sicil bilgilerine ilişkin kaydın ilgisine verilmesinde de kamu menfaati vardır. Örneğin, ekonomik değeri olan bir işlemde alıcı tarafın araştırma yapması ve alınacak taşınmazın ekonomik değerini düşüren, kullanımını kısıtlayan bir hakla kayıtlı olup olmadığını öğrenebilmesi gerekir. Kanaatimizce BEHK'de yer alan düzenlemeler ile TMK m. 1020/II hükmü çatışmamakta, aksine her iki düzenleme kamu menfaatinin sağlama noktasında ortak bir amaca hizmet etmektedir. Bu şekliyle, BEHK'de yer alan hükümlerin TMK m. 1020/II de yer alan hükmü yürürlükten kaldırmadığı; kamu menfaatinin sağlanması noktasında birbirlerini tamamladığı düşünülmektedir.

Diğer taraftan BEHK'nin TMK m. 1020/II hükmünü yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı hususuna açıklık getirmek için içerisinde taşınmazların da olduğu malvarlığı değerlerinin bir kimsenin özel hayatının bir parçası olup olmadığına da izahı gerekmektedir. Kanaatimizce, bir kimseye ait malvarlığı değerleri kişinin özel hayatının bir parçasıdır. Bu sebeple tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar ve bu taşınmazlarla ilgili bilgiler kişinin özel hayatının bir parçası olduğundan özel hayatın gizliliğine ilişkin korumadan yararlanır. BEHK'ye göre kural, her belgenin veya bilginin herkese açık olmasıdır. Bu

---

<sup>44</sup> Oğuzman ve Barlas, s. 88; Edis, s. 182, 183.

kuralın istisnası özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgiler veya belgelerdir (BEHK m. 21). Bu istisna hükme göre, bir kimsenin taşınmazına ait tapu sicil bilgileri özel hayatın gizliliği kavramına dahil bilgi veya belgelerden sayıldığından herkese kapalıdır. Söz konusu istisna hükmün istisnası ise TMK m. 1020/II'dir. Böylece, taşınmaza ilişkin tapu sicil bilgileri özel hayatın gizliliği kapsamında sayılsa dahi ilgisini inanılır kılan bir kimse bir başkasına ait tapu sicil bilgilerini öğrenebilir. Bu sebeple kanaatimizce BEHK ile TMK m.1020/II hükmünün yürürlükten kalkmadığı düşünülmektedir. Bir diğer deyişle, bir kimse başkasına ait tapu sicil bilgilerine ulaşmak istiyorsa ya üçüncü kişinin rızası olmalı ya da istenilen bilgilere ilişkin TMK m. 1020/II' de ifade edilen ilgisini inanılır kılma şartını gerçekleştirmelidir. Nitekim, Bilgi Edinme ve Denetleme Kurulu'nun üçüncü kişilerin bilgi edinme hakkı çerçevesinde tapu sicil bilgilerini talep ettiği başvurularda tapu sicil bilgilerinin özel hayatın gizliliği kapsamına girdiği bu sebeple de söz konusu bilgilerin ya tapudaki hak sahibi kişinin rızasıyla ya da TMK m. 1020/II gereğince ilgisini inanılır kılması koşuluyla verilebileceği yönünde kararları mevcuttur<sup>45</sup>.

### III. SONUÇ

Tapu sicili sistemine hâkim olan ilkelerden biri tapu sicilinin açıklığı ilkesidir. Taşınmazlarda aleniyet tapu siciline yapılan tescille gerçekleştirilir. Tapu sicili ile taşınmazlar üzerindeki hakların üçüncü kişilerce görülmesi ve bilinmesi ihtiyacı karşılanır. Bu kapsamda, tapu sicilinin açıklığı ilkesi, tapu sicili sisteminin kuruluş amacının tabi bir sonucudur ve aleniyet ilkesinin işlevini yerine getirebilmesi için tapu sicilinin herkese açık olması gerekmektedir. Ancak, tapu sicilinin açıklığı ilkesi sınırsız değildir. Tapu sicilinin açıklığı ilkesinin sınırı TMK m. 1020/II hükmünde "*İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü B021TKG010000-073/-1556 sayılı genelgesinde istisnalardan bahsedilmekle birlikte genel olarak herkesin tapu sicilini inceleyemeyeceği, tapu sicilinin incelenbilmesi veya sicilden örnek alınabilmesi için TMK m. 1020/II' de ifade edilen ilginin ispat edilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir.

<sup>45</sup> Kararlar için bkz. BEDK,01.11.2004 tarihli ve 2004/58 sayılı kararı; BEDK 10.09.2004 tarihli ve 2004/66 sayılı kararı; BEDK 31.08.2004 tarihli ve 2004/55 sayılı kararı (<https://www.bilgiedinnehakki.org/> , ET:20.10.2021).

4982 sayılı BEHK ile bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkı, idarenin elinde tuttuğu bilgi veya belgeler hakkında bireyin bilgi almasına, belgeleri elde etmesine yönelik temel bir insan hakkı olarak tanımlanmaktadır.

BEHK'ye göre, Türk vatandaşı olan gerçek kişiler ile Türkiye'de tescil edilmiş tüzel kişilerin bilgi verme yükümlülüğü olan kurum ve kuruluşlardan ilgisini inanılır kılmasına gerek olmaksızın kurum nezdinde bulunan istediği bilgi veya belgelere ulaşabilme hakkı vardır. Kanun'a göre yalnızca Türkiye'de ikamet eden veya Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişilerin bilgi edinme hakkından faydalanabilmesi için ilgililik ve karşılıklılık olmak üzere iki şartın varlığı aranmaktadır. Ancak, bilgi edinme hakkı sınırsız değildir. Kanun koyucu BEHK'de bilgi edinme hakkının istisnalarını düzenlemiştir. Bu istisnalardan biri, özel hayatın gizliliği kapsamına giren bilgi veya belgelerdir. BEHK m. 21/I'e göre, *"Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır."*

BEHK'ye Türk vatandaşı olan gerçek kişiler ile Türkiye'de tescil edilmiş tüzel kişiler bilgi verme yükümlülüğü olan kurum ve kuruluşlardan ilgisini inanılır kılmasına gerek olmaksızın kurum nezdinde bulunan istediği bilgi veya belgelere ulaşabilir. Buna karşın, TMK m. 1020/II hükmünde tapu sicilini incelemek isteyen veya örnek almak isteyen kişinin ilgisini inanılır kılması düzenlenmiştir. TMK m. 1020/II hükmünde aranan ilginin inanılır kılınması şartı dışında kanun koyucu, BEHK'nin aksine vatandaş veya yabancı ayrımı yapmamıştır. Kişi kendisiyle ilgili tapu sicil bilgileri hakkında bilgi almak isterse bilgi edinme hakkı ve TMK m. 1020/II hükmünün birbirini tamamladığı söylenebilir; de; aynı kişinin bir başkasına ait tapu sicil bilgileri hakkında bilgi almak istediği durumda BEHK'de yer alan hükümlerle TMK m. 1020/II hükmü arasında bir çatışmanın varlığından söz edilebilir.

Kanaatimizce, bir kimseye ait malvarlığı değerleri ve bunlara ilişkin bilgiler kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturur ve özel hayatın gizliliğine ilişkinden korumadan yararlanır. Malvarlığının bir çeşidi olan tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar ve bu taşınmazlarla ilgili bilgiler kişinin özel hayatının bir parçasıdır. Özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkının kapsamı dışında kaldığından, bir kimse başkasına ait tapu sicil bilgilerine ulaşmak istiyorsa ya üçüncü kişinin rızası olmalı ya da istenilen

bilgilere ilişkin TMK m. 1020/II' de ifade edilen ilgisini inanılır kılma şartını gerçekleştirmelidir. Aynı şekilde, Bilgi Edinme ve Denetleme Kurulu'nun başkasına ait tapu sicil bilgilerini talep eden üçüncü kişilerin başvurularını, tapu sicil bilgilerinin özel hayatın gizliliği kapsamına girdiği ve başvurusunun ilgisini inanılır kılmadığı gerekçesiyle reddettiği kararları mevcuttur.

Bilgi edinme hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren BEHK genel mahiyette hükümler içerirken, başkasına ait tapu sicil bilgilerini inceleme veya örnek alma için ilginin inanılır kılınması koşulunu arayan TMK m. 1020/II hükmü özel mahiyette bir hükümdür. Ayrıca Türk Medeni Kanunu, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na göre eski tarihli bir kanundur. BEHK'nin ortaya çıkış süreci ve amacı incelendiğinde, bilgi edinme hakkının asıl amacının, yönetimde şeffaflığın sağlanmasına yönelik olarak bireylere idari işleyişe katılma imkânı tanıma ve idarenin işlemleri ve eylemleri hakkında bireyin bilgi almasını sağlamaya yönelik olduğu; asıl amacın bilgi edinme hakkı adı altında üçüncü kişilerin özel hayatlarının ihlal edilmesi olmadığı açıktır. Şöyle ki, kanun koyucu BEHK'yi hazırlarken bu tarz hak ihlallerinin önüne geçebilmek için istisnaları oldukça fazla düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu durumda, kanun koyucunun amacının sonraki genel hükümler ile önceki özel hükmü bertaraf etmek olmadığı açıktır.

BEHK uyarınca kural olarak her bilgi veya belge herkese açıktır. Ancak BEHK m. 21'de düzenlenen özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Hakkında bilgi alınacak kişinin rızası olmadığı sürece özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgi veya belgeler herkese kapalıdır. Tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar kişinin malvarlığı değerlerinden olup, kişinin özel hayatının bir parçasıdır. Bu sebeple kişinin taşınmazlarına ait bilgiler, özel hayatın gizliliği kavramının içerisinde kabul edilmelidir. Ancak TMK m. 1020/II hükmü, BEHK m. 21'deki istisnanın istisnası niteliğindedir. Bu itibarla, üçüncü kişi BEHK m. 21 uyarınca bir başkasına ait tapu sicil bilgilerini özel hayatın gizliliği gerekçesiyle öğrenemeyecekken, TMK m. 1020/II hükmü gereğince ilgisini inanılır kılmak koşuluyla söz konusu bilgileri öğrenebilir. Öte yandan hem bilgi edinme hakkı hem de TMK m. 1020/II hükmü kamu menfaatini sağlama amacı güttüğünden aralarında bir çatışma değil aksine ortak bir menfaati sağlama amacı söz konusudur. Bu sebeple başkasına ait tapu sicil sistemine ilişkin bilgi veya belgelere ulaşmak isteyen kişinin her durumda TMK m. 1020/II hükmü gereğince ilgisini inanılır kılması gerekir. Böylelikle BEHK, tapu sicilinin açıklığı ilkesinin sınırlı olmasına ilişkin TMK m. 1020/II hükmünü yürürlükten kaldırmadığı sonucuna varılmaktadır.

**KAYNAKÇA<sup>46\*</sup>**

- Akipek, Jale G. ve Akıntürk, Turgut. Eşya Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut ve Ateş Karaman, Derya. Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, C. I, 2012.
- Akşener, Haşmet Sırrı. “*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Üzerine Bir İnceleme*”. İstanbul: Legal Hukuk Dergisi, C.2, S. 13, 2004, s.26-40.
- Antalya, O. Gökhan ve Topuz, Murat. Eşya Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, C. IV/I, 2019.
- Antalya, O. Gökhan: “*Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi*”. İstanbul: MÜHFD-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C.23, S.3, 2017, s.419-440.
- Arpacı, Abdülkadir. Kişiler Hukuku -Gerçek Kişiler. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku- Zilyetlik ve Tapu Sicili. Ankara: Seçkin Yayıncılık, C.I, 2016.
- Aybay, Rona. “*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı mı?*”. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, 2004, s.216-220.
- Aydemir, Muhammed Emin. Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Azer, Can. Bilgi Edinme Hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Başpınar, Veysel. “*Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler*”. Ankara: AÜHFD, C.57, S.3,2008, s.97-132.
- Çelebi, Funda. “*Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması*”. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1,1997, s.271-296.
- Danışman, Ahmet. Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması. Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1991.
- Döner, Ayhan. Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Edis, Seyfullah. Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Erişgin, Nuri. “*Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi*”. Ankara: Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 1989.

---

<sup>46\*</sup> Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Ertaş, Şeref. Eşya Hukuku. İzmir: Barış Yayınevi, 2012.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Esmer, Galip. Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili. Ankara: Şark Matbaacılık, 1967.
- Gündüz, F. Ebru ve Yazıcıoğlu, İsmail. “*Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması*”. Anayasa Yargısı Dergisi, C. 38, S. 1, 2021, s.171-204.
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret ve Cansel, Erol. Türk Eşya Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Helvacı, Serap. Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- İmre, Zahit. “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”. İstanbul: İÜHFİM, C.39, S.1-4, 1974, s.147-168.
- İyimaya, Ahmet. “*Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü*”. Ankara: Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2003, s.41-47.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku- İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı. İstanbul: İmge Kitabevi, 2002.
- Koçak, Süleyman Yaman. “*Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı*”. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.23, 2010, s.115-125.
- Köprülü, Bülent. Medeni Hukuk-Genel Prensipler- Kişinin Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, Mehmet Serkan. Eşya Hukuku- Zilyetlik ve Tapu Sicili. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami. Medeni Hukuk. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019. (Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Kişiler,)
- Oğuzoğlu, H. Cahit. Medeni Hukuk- Şahsın Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, C. I,1963.
- Oktay Özdemir, Saibe. “*Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği (Kamuya Açıklığı) İlkesi*”. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 503-528.

- Özsunay, Ergun. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Elbir, Halid Kemal. Türk Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi 1963.
- Serozan, Rona. Medeni Hukuk- Kişiler Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Sirmen, A. Lale. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Şen, Ersan. Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1996.
- Şengül, Mehmet. Tapu Sicilinin Aleniyeti. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, C.I, 1989.
- Ünal, Mehmet ve Başpınar Veysel. Şekli Eşya Hukuku. Ankara: Savaş Yayınevi, 2015.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Türk Medeni Hukuku- Şahsın Hukuk. İstanbul: Nurgök Matbaası, C. I, 1963.

# KAHRAMANMARAŞ DEPREMLERİNİN YARATTIĞI ZARARLARIN GİDERİMİNDE ALTERNATİF BİR ÖNERİ: TAŞINMAZLARIN VERDİĞİ ZARARLARIN ÜRÜN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA TAZMİNİ

*An Alternative Recommendation for Remedy for Losses Caused by  
Kahramanmaras Earthquakes: Compensation for Damage Caused by  
Immovables within the Scope of Product Liability*

**Tuğçe ORAL\***

## ÖZET

Kahramanmaraş'ın Pazarcık ve Elbistan ilçelerinde meydana gelen depremlerin ardından ne yazık ki çok sayıda vatandaşımız can vermiş ve birçok vatandaşımız da yaralanmıştır. Bu can kayıpları ve yaralanmalara sebep olan binaların müteahhitlerinin ya da müteahhitlerle birlikte onların tedarikçilerinin tazminat sorumluluklarına hangi hükümler kapsamında gidilebileceği, bu hükümlerde kusurun kanıtlanmasının gerekip gerekmediği ve zamanaşımı süreleri de dikkate alınarak değerlendirilmek gerekmektedir. Makalede, öncelikle bu can kayıpları ve yaralanmalara sebep olan binaların müteahhitlerinin ya da müteahhitlerle birlikte onların tedarikçilerinin tazminat sorumluluklarına 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında gidilebilip gidilemeyeceği tartışılmıştır. Bu çerçevede, ilk olarak ürün sorumluluğunun hukuki niteliği tespit edilmiş, ardından sorumluluğun şartları incelenmiştir. Bu bağlamda, Kanun'daki ürün tanımında verilen eşya teriminin içine taşınmazların girip girmediği belirlenmiş, sonrasında da Kanun kapsamında tazmin edilebilecek zarar kalemlerinin neler olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında imalatçı

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 17.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 19.02.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,  
E-posta: toral@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9855-2329.

Kahramanmaraş depremlerinde hayatını kaybeden binlerce vatandaşımızın anısına armağan edilmiştir. Bir daha yaşanmaması temennisiyle...

kavramı, imalatçının sorumluluktan kurtulma sebepleri, imalatçının rücu hakkı üzerinde durulmuştur. Çalışmada son olarak, ürün sorumluluğunun hangi andan itibaren doğduğu ve Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi dikkate alınarak, ürün sorumluluğunun sözleşmesel sorumlulukla yarışıp yarışmadığı sorularına cevap aranmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ürün sorumluluğu, taşınmazlarda ürün sorumluluğu, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, depremde meydana gelen zararların tazmini

### ABSTRACT

In the result of the earthquakes occurred in Türkiye, unfortunately many people passed away and got injured. It is necessary to evaluate under which provisions the responsibilities of the contractors of the buildings that caused these loss of life and injuries or their suppliers together with the contractors can be reached. In this article, firstly, I discussed whether the persons have a right to damages within the scope of the Code on Product Safety and Technical Regulations (No. 7223). In this framework, I determined the legal nature of product liability, and examined the conditions of product liability in Turkish Law. In this context, I have determined whether immovables are included in the term of goods given in the product definition in the Code, and then I tried to reveal the types of damage that can be compensated within the scope of the Code. Afterwards, the concept of the producer, the reasons for the producer to get rid of responsibility, and the producers' right of recourse are analyzed. Finally, I tried to find answers to the questions of when product liability arises and whether product liability competes with contractual liability by considering the Art. 60 of the Turkish Code of Obligations.

**Keywords:** Product liability, product liability for immovables, sebeplerin yarışması, right to damages for the loss occurred due to the earthquake

### GİRİŞ

6 Şubat 2023 tarihinde saat 4.17'de Kahramanmaraş'ın Pazarcık ve 13.24'te Kahramanmaraş'ın Elbistan ilçelerinde meydana gelen depremlerin ardından ne yazık ki çok sayıda vatandaşımız can vermiş ve birçok vatandaşımız da yaralanmıştır. Bu can kayıpları ve yaralanmalara sebep olan binaların müteahhitlerinin ya da müteahhitlerle birlikte onların

tedarikçilerinin tazminat sorumluluklarına hangi hükümler kapsamında gidilebileceği, bu hükümlerde kusurun kanıtlanmasının gerekip gerekmediği ve zamanaşımı süreleri de dikkate alınarak değerlendirilmek gerekmektedir.

Öncelikle, konu genel olarak değerlendirildiğinde, müteahhit ile zarar görenler arasında tazminat sorumluluğunu gerektirebilecek ilişki, sözleşme ya da haksız fiil temelli olabilir. İlişkinin sözleşme temelli olması halinde, başka bir deyişle, depremde taşınmazın yıkılması sebebiyle zarar gören kimsenin taşınmazı doğrudan doğruya müteahhitten satın alması durumunda, kişinin müteahhit karşısındaki sıfatına göre, başvurulacak hükümler değişebilecektir. Kişi, müteahhit karşısında tüketici sıfatını haiz ise, dolayısıyla taraflar arasında bir tüketici işlemi varsa, 6502 sayılı Kanun'un ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebilir ve bu durumda, zamanaşımı bakımından kural olarak TKHK m. 12 uygulanır. Taraflar arasında adi ya da ticari işlem olması halinde ise, taleplerin sözleşmesel sorumluluk kapsamında ileri sürülmesi durumunda, kural olarak TBK m. 146 zamanaşımı bakımından dikkate alınacak hükümdür. Müteahhit ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması halinde ise, mevzuatımızda 12.3.2021 tarihine kadar ürün sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmaması sebebiyle, genel hükümler olan haksız fiil hükümleri uygulanacak ve zamanaşımı bakımından da TBK m. 72 kural olarak dikkate alınacaktır. Fakat bu noktadaki en önemli sorun, binanın yapımının uzun zamanaşımı süresi olan 10 yıldan önce olmasında ortaya çıkmaktadır. Önemle altı çizilmelidir ki, TBK m. 72'deki 10 yıllık süre ile bağlı kalınması ve o sebeple tazminat davalarının zamanaşımı sebebiyle reddi halinde, AİHM'de Türkiye'nin AİHS'nin 6. maddesi olan adil yargılanma hakkını ihlal etmesi sebebiyle mahkumiyeti sonucunu doğurabilir. Nitekim, *Howald Moore and Other vs. Switzerland*<sup>1</sup> kararında, AİHM, asbest ile çalışılan ortamda asbeste maruz kalınması sebebiyle yıllar sonra kanser hastası olan kişilerin, İsviçre'de zamanaşımını düzenleyen hükümdeki 10 yıllık zamanaşımı süresine İsviçre Federal Mahkemesi de dahil olmak üzere tüm mahkemelerce bağlı kalınması sebebiyle haklarını kullanamadıklarının altı çizilmiş ve kişilerin adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle İsviçre mahkum edilmiştir. Aynı yorumun, böyle olağan dışı durumlar bakımından Türkiye'de TBK ve diğer kanunlardaki zamanaşımı hükümleri hakkında da yapılması mümkündür. Dolayısıyla, 12.3.2021 tarihinden önce

<sup>1</sup> Karar metninin çevirisi için bkz. Tuğçe Oral, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ECHR 069 (2014) Sayılı 11.03.2014 Tarihli Kararı (Howald Moore and Others V. Switzerland)", *Küresel Bakış* 16, (Ocak 2015): 9 vd.

tamamlanan binaların verdiği zararlardan dolayı müteahhidin haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna gidilmesi durumunda, kanımızca zamanaşımının zararın ortaya çıktığı tarih olan 6.2.2023 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kabulü gerekir.

Bu çalışma kapsamında ise, 12.3.2021 tarihinden sonra tamamlanan binalar bakımından özel olarak 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında taşınmazların ürün olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılarak, öncelikle sorumluluk süjesi olarak müteahhitlerin veya onların tedarikçilerinin ürün sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacakları sorusuna cevap aranmıştır. Ardından, müteahhitlerin bu sorumluluk kapsamında sorumlu tutulabilmeleri durumunda, sorumluluğun şartları sorumluluktan kurtulabilmeleri için Kanun'da öngörülen savunmalar, imalatçı olarak müteahhitlerin rücu hakkı, Kanun'da öngörülen zamanaşımı süresi, sorumluluğun doğduğu an, ürün sorumluluğunun hukuki niteliği ile son olarak da sözleşmesel sorumluluk ile ürün sorumluluğunun yarışması hali incelenmeye çalışılmıştır.

Önemle belirtmelidir ki, **konunun aciliyeti ve hassasiyeti** dikkate alınarak, ürün sorumluluğu konusunun tüm özellikleri, söz gelimi ürün kavramının kapsamı dahi genel olarak ele alınamamış, yalnızca taşınmazlar bakımından bu sorumluluk türü değerlendirilmiştir. Bu anlamda, ürün sorumluluğunun karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda gelişimi ve tarihçesi, taşınmazlar dışında ürün kavramına dahil olan ya da olabilecek unsurlar, sorumluluk sükelerinden ithalatçı ve dağıtıcı kavramları bu çalışmada hiç ele alınmamış olup, söz konusu hususlar, başka ve daha geniş bir çalışmanın konusudur. Benzer şekilde, çalışma kapsamında, karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir analiz ya da kanun koyucunun tercihlerine yönelik eleştirel bir yaklaşımda da bulunulmamış, yalnızca yukarıda belirtilen çerçeveye ile sınırlı olarak konu ele alınmaya çalışılmıştır.

## I. ÜRÜN SORUMLULUĞU KAVRAMI VE SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Haksız fiil temelli bir kusursuz sorumluluk türü olan<sup>2</sup> ürün sorumluluğu kapsamında imalatçı, piyasaya arz etmiş olduğu ürünün hatalı olması

<sup>2</sup> Christian Rabl, *Produkthaftungsgesetz – Kommentar – Judikaturammlung – Materialien*, (Wien: 2017) Vorbemerkung Rn. 1; Benedikt Beierle, *Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things – Analyse des ProdHaftG vor dem Hintergrund vernetzter und intelligenter Produkte*, (Baden-Baden: 2021), 31; Yeşim M.

sebebiyle meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğü altındadır<sup>3</sup>. Bu sorumluluk türünün ilk amacı, seri üretimle üretilen bir ürünün verdiği zarardan fazla sayıda kişinin zarar göreceği düşüncesinden hareketle<sup>4</sup>, seri üretimin menfaatlerinden faydalanan imalatçının, üretmiş olduğu hatalı ürünlerin verdiği zararlara katlanmasını sağlamaktır<sup>5</sup>. İkinci amacı ise, alıcı ile doğrudan sözleşmesel ilişkide bulunmayan nihai ya da ara üreticinin, üretmiş olduğu hatalı ürünün verdiği zararlardan kusursuz sorumlu olmasının mümkün hale getirilmesidir<sup>6</sup>.

Hukukumuzda ürün sorumluluğu, Avrupa Birliği'ne uyum süreci çerçevesinde 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesi ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yapılan değişiklik ile ilk kez yasal olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe konulan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ürün sorumluluğuna yer verilmemiştir. 5.3.2020 tarihinde kabul edilip

---

Atamer/Gökçe Kurtulan Güner, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş müdür?", *AÜHFD* 70, C. 2, (2021): 559, dn. 75; Erhan Kanişlı, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", *İHM*, S. 78, C. 3, (2020): 1421; Fulya Erlüle, "Yapımcının Sorumluluğu", *MÜHFHAD* 14, S. 4, (2008): 305.

<sup>3</sup> Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Bern: 2002) Rn. 355; Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage (Zürich: 2013) 206; Pierre Widmer, "Produkthaftung – Konzept und Umsetzung", *Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, 31 März 2011 (Hrsg: FELLMANN, Walter/FURRER, Andreas), (Bern: 2011), 107 vd.; Thomas Jäggi, "Das Bundesgesetz über die Produkthaftung", *AJP* (1993): 1419; Rolf Kästli, "Produkthaftung – eine Herausforderung für den schweizerischen Gesetzgeber", *recht* (1990): 85; Eugénie Holliger-Hagmann, "Bundesgesetz über die Produkthaftung (Produkthaftungsgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993", *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Hrsg: FISCHER, Willi/LUTERBACHER, Thierry), (Zürich: 2016), Art. 1 Rn. 4; David G. Owen/Jerry J. Phillips, *Products Liability in a Nutshell*, Seventh Edition, (the USA: 2005), 2; David G. Owen, *Products Liability Law*, (the USA 2005), 1; Rabl, Vorbemerkung Rn. 2; Çiğdem Kırca, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: 2007) 1; Bilge Öztan, *İmalatçının Sorumluluğu* (Ankara: 1982), 1; Cemre Polat, "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu", *AÜHFD* 70, C. 4, (2021): 975.

<sup>4</sup> Polat, 975.

<sup>5</sup> Kırca, 1.

<sup>6</sup> Atamer/Kurtulan Güner, 544.

12.3.2021 tarihinde yürürlüğe konulan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 6<sup>7</sup> ile ürün sorumluluğu ayrı bir kanunla düzenlenmiştir.

Hukukumuzda ürün sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, ürün sorumluluğu, tehlike sorumluluğu niteliği taşımaktadır<sup>8</sup>. Nitekim, bu sorumluluk türü, günümüzde ticari faaliyetlerin iş taksimine dayalı olarak<sup>9</sup> seri üretim şeklinde yürütülüp, meydana getirilen hatalı bir ürünün piyasaya arz edilmesiyle, malın hatalı olup olmadığını kontrol etme imkan ve yeteneğine sahip olmayan kullanıcıların kitlesel olarak zarar görme ihtimalini göz önünde tutarak, bu kimselerin zararının giderilmesi amacıyla öngörülmüştür. Güvensiz olan hatalı ürünler, kullanıcılar bakımından tehlike oluşturduğundan<sup>10</sup>, bu görüşün savunucularına göre, ürün sorumluluğunun hukuki niteliğinin tehlike sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir.

Bizim de katıldığımız ve öğretide de daha çok kabul edilen ikinci görüşe göre ise, ürün sorumluluğu, sebep sorumluluğu niteliği taşımaktadır; ancak kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmadığından, ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olarak nitelendirilmelidir<sup>11</sup>. Nitekim, bu sorumluluğun temelinde, sık sık veya ağır bir zarar doğurmaya elverişli tehlikeli bir faaliyet yatmamaktadır. Ürün sorumluluğunun ayrı bir sorumluluk türü olarak öngörülmesinin sebebi, yalnızca hatalı bir ürünün piyasaya arz edilmesi ve geniş kitlelerce kullanılma ihtimaline bağlı olarak bu kimselerin zararının kusura dayalı haksız fiil hükümleri çerçevesinde kusurun kanıtlanarak tazmin edilmesi zorluğunun bertaraf edilebilmesidir<sup>12</sup>. Başka bir deyişle, söz konusu sorumluluk, ürünlerin piyasaya arz edilmesi faaliyetinden değil, **hatalı**

<sup>7</sup> “Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür. İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.”

<sup>8</sup> Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: 2009), 96-97; Öztan, 282.

<sup>9</sup> Öztan, 282.

<sup>10</sup> Aydos, 96.

<sup>11</sup> Walter Fellmann/Gebrielle von Büren-von Moos, *Grundriss der Produkthaftpflicht* (Bern: 1993), Rn. 24; Damla Özden Çelt, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, *AndHD* 7, S. 1, (Ocak 2021): 107-108; A Lâle Sirmen, “Ürün Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler) – 23-24 Haziran 2022, Antalya* (Ed. ÖĞÜZ, Tufan/ÖZ, Kerem), (İstanbul: 2022), 68; Kanişlı, 1462; Kırca, 121 vd;

<sup>12</sup> Atamer/Kurtulan Güner, 544-545.

ürünlerin piyasaya arz edilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>13</sup>. Ürünün hatalı olarak piyasaya arz edilmesi ise, imalatçının özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile ilgilidir.

## II. TAŞINMAZLARIN VERDİĞİ ZARARLARDAN 7223 SAYILI ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU KAPSAMINDA SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

### A. Uygunsuz Ürünün Piyasaya Arz Edilmesi

#### 1. Taşınmazların Ürün Niteliği

Ürün kavramı, ÜGTDK m. 3/1-s’de “her türlü madde, müstahzar veya eşya” olarak tanımlanmıştır.

Konunun sınırları çerçevesinde, madde ve müstahzar kavramlarının ne anlama geldiği araştırılmayarak, eşya kavramının içeriğine hangi unsurların girdiği de tartışılmayarak<sup>14</sup>, yalnızca eşya kavramının kapsamına taşınmazların girip girmediği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Madde ve müstahzar kavramları gibi, eşya kavramı da Kanun’da ya da gerekçesinde tanımlanmamıştır. TMK’de de tanımlanmamış olan eşya kavramı doktrinde, cismani, sınırlandırılmış ve üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli şeyler olarak tanımlanmıştır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Bénédicte Winiger, “Product Liability in Switzerland”, *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (Ed. Piotr MACHNIKOWSKI), (Plymouth, Morsel, Portland: 2016), 467; Kırca, 122. İsviçre hukukunda da hatasız; ancak tehlikeli maddelerden kaynaklanan sorumluluk İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu’nun (Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)) kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Joachim Hess, *Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) – Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18. Juni 1993*, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage (Bern: 2016), Art. 1 Rn. 18.

<sup>14</sup> Kanun kapsamında “eşya” teriminin çerçevesine nelerin sokulabileceği üzerindeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer/Kurtulan Güner, 553 vd.; Polat, 984 vd.; Kanişlı, 1431 vd.;

<sup>15</sup> Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser/Wolf, *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4., aktualisierte Auflage (Zürich: 2021), Art. 641 Rn. 3; Thomas Geiser/Stephan Wolf/Wolf/Wiegand, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 6. Auflage (Basel: 2019), Vorbem. zu Art. 641 Rn. 6; Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girgsberger/Claire Huguenin/Alexandra Jungo/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Anton K. Schnyder/Hans Rudolf Trüb/Ruth, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht: Art. 642-977*, 3. Auflage (Zürich: 2016), Art.

ÜGTDK çerçevesindeki eşya kavramının eşya hukukundaki eşya kavramıyla açıklanıp açıklanmayacağı, dolayısıyla taşınmazların da bu kapsama dahil olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. ÜGTDK'nin kaynak metni olan Avrupa Birliği'nin 1985 tarihli İmalatçının Sorumluluğu Yönergesi'ni (85/374/EEC) (Yönerge) esas alarak Yönerge'de ürün kavramının içeriğine taşınmazların dahil edilmediğini, dolayısıyla bizim Kanun'umuz bakımından da taşınmazların ürün kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri süren birinci görüşe göre, ürün sorumluluğu yalnızca taşınır mallara ilişkindir<sup>16</sup>. Bu yazarlar, görüşlerini temelde iki nedene dayandırmaktadırlar: Birincisi, ürün sorumluluğunun dayandığı temel düşünce ve koruma amacı, yalnızca taşınırlara ilişkindir, taşınmazları kapsamamaktadır; bu sebeple sorumluluğun taşınmazları da kapsadığını kabul etmek, amacı aşmak anlamına gelmektedir<sup>17</sup>. İkinci olarak da, taşınmazların vermiş olduğu zararlardan kaynaklanan kusursuz sorumluluk, zaten TBK m. 69'da yapı malikinin sorumluluğu kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir de ürün sorumluluğu kapsamında bir kusursuz sorumluluk öngörülmesi gereksizdir, aksine TBK m. 69 ve 70 ile ÜGTDK arasında uyumsuzluk meydana getirecektir<sup>18</sup>. Nitekim, eşya kelimesinin TDK'nin sözlüğündeki tanımı<sup>19</sup> da bu görüşü desteklemektedir<sup>20</sup>.

Buna karşın, kanımızca kanun koyucunun taşınmazların hatalı üretiminden kaynaklanan sorumluluğu da ürün sorumluluğu kapsamına soktuğu görüşüne üstünlük tanınması gerekmektedir<sup>21</sup>. Zira, öncelikle, ÜGTDK'nin ve hukukumuzda ürün sorumluluğunun kapsamının 1985 tarihli Yönerge esas alınmak suretiyle ve ona şiddetle bağlı kalınarak yorumlanması ve belirlenmesi mümkün değildir. Her ülkenin kanun koyucusunun politikası ve hassasiyetleri farklı olabilir ve bu sebeple hukuki metinlere bu politika ve hassasiyetler çerçevesindeki tercihler yansıtılabilir. Söz gelimi, Yönerge'de

---

641 Rn. 6; Barbara Graham-Siegenthaler, *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB* (Zürich: 2022), Rn. 245; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: 2022), 4.

<sup>16</sup> İlhan Kara, *İmalatçının Ürün Sorumluluğu* (Ankara: 2021), 300; Atamer/Kurtulan Güner, 553; Kanışlı, 1432; Çelt, 89.

<sup>17</sup> Kanışlı, 1432; Atamer/Kurtulan Güner, 553; Kara, 300; Çelt, 89.

<sup>18</sup> Kanışlı, 1432; Atamer/Kurtulan Güner, 554; Polat, 984.

<sup>19</sup> "Türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere". <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 12.02.2023).

<sup>20</sup> Çelt, 89.

<sup>21</sup> Sirmen, 71; Polat, 984; Okur, 290.

ürün kapsamında açıkça düzenlenen “elektrik” unsuru da ÜGTDK’de açıkça zikredilmemiştir. Ancak, sorumluluğun kapsamını geniş tutmak isteyen kanun koyucu, elektriği de kapsayan eşya kavramını kullanmak suretiyle zaten tercihini açıkça ortaya koymuştur. Bunun yanında, TBK m. 69’da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğunda, taşınmazın yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklikten malikin sorumlu olması öngörülürken; ÜGTDK’de bir ürünün uygunsuz üretiminden kaynaklanan zararlarda bunun imalatçısının sorumlu olması hüküm altına alınmıştır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk sebepleri ve sorumlu kimseler farklıdır<sup>22</sup>. Bu anlamda Kanun’da açıkça “*her türlü ... eşya*” kelimesinin kullanılması ve taşınmazların da kapsam dışında bırakıldığına açıkça zikredilmemesi karşısında, bu Kanun’un taşınmazların verdiği zararları kapsamayacağını kabul etmek, kanımızca kanun koyucunun iradesinin aksine yorum teşkil edecektir. Bu sebeple, taşınmazların hatalı üretiminden kaynaklanan zararların bu Kanun kapsamında tazmin edilmesi mümkündür.

## 2. Ürünün Uygunsuz Olması

ÜGTDK m. 6/2’de “*imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesinin zorunlu*” olduğu düzenlenmiştir. Uygunsuzluk kavramı ise, m. 3/1-r’de “*Ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali*” olarak tanımlanmıştır. Teknik düzenleme kavramının ise, Kanun m. 3/1-n’de “*İdari hükümler de dâhil olmak üzere, ürünün niteliğini, işleme veya üretim yöntemlerini veya bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme veya uygunluk değerlendirme işlemlerini tek tek veya birkaçını ele alarak belirleyen uyulması zorunlu mevzuatı*” ifade ettiği belirtilmiştir. ÜGTDK’de kanun koyucunun uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden ayrılarak hata kavramı yerine uygunsuzluk kavramını tercih etmesi, doktrinde<sup>23</sup> haklı olarak eleştirilmiştir<sup>24</sup>, biz de tüm eleştirilere katılıyoruz;

<sup>22</sup> Okur, 290.

<sup>23</sup> Sirmen, 74 vd.; Kanişlı, 1435 vd.; Atamer/Kurtulan Güner, 559 vd.; Polat, 994 vd.; Çelt, 87.

<sup>24</sup> Esasında, bu kavramın tercih edilmesi, ürün sorumluluğunun başlı başına ayrı bir kanunda değil, ürün güvenliğine ilişkin bir kanunda düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ürün güvenliğine ilişkin, ürün güvenliğinin de teknik düzenlemelere uygun davranmaya bağlandığı bir kanunda imalatçının ürün sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilmesi için öngörülen standartlara “uygunsuz” şekilde hareket etmesinin şart koşulması, çok da yadırganacak bir durum

ancak konunun kapsamı ve aciliyetini göz önüne alarak, bu eleştirilere, burada yer veremiyoruz.

Uygunsuzluk kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ise, öncelikle, bir ürünün, ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olması, elbette ürünün güvenli olup olmadığının belirlenmesi bakımından önemlidir. Ancak, bu düzenlemeler, bir ürünün güvenli olmasını sağlayan en alt standartlardır<sup>25</sup>. Nitekim, bu standartların zaman içinde eskimesi ve bilimsel ilerlemelerin gerisinde kalması mümkündür; dolayısıyla kanun koyucunun her konuda son gelişmeleri takip etmek suretiyle bunu düzenlemelere anbean yansıtması da olanaklı değildir<sup>26</sup>. Dolayısıyla, ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olması bir ürünün güvenilir olduğu sonucunu her zaman vermez. Nitekim kanun koyucu da, Kanun'un 21. maddesinin ikinci fıkrasında, ürünlerdeki uygunsuzluğun başka sebeplerden kaynaklanabileceğini kabul etmiştir. Belirtilen hükme göre, “*imalatçı veya ithalatçı ... üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretimden kaynaklandığını ispatladığı takdirde*” tazminat sorumluluğu bakımından sorumlu değildir. Bu hükmün aksi yorumundan, üründeki uygunsuzluğun teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretimden kaynaklanmayabileceği sonucuna kolaylıkla varılabilir. Bu sebeple, kanımızca m. 3/1-r’de ifade edilen “*Ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali*” tanımındaki “veya” kelimesinin “ve” olarak değiştirilmesi Kanun’un kendi içindeki çelişkinin kaldırılması bakımından önem taşımaktadır<sup>27</sup>. Bu ana kadar da Kanun içindeki çelişki münasebetiyle, ürünün uygunsuz olup olmadığı değerlendirilirken, hem ilgili teknik düzenlemeye hem de genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olup olmadığının araştırılması suretiyle bir sonuca varılması gerekmektedir<sup>28</sup> ve bu sebeple Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’ndeki esasların da dikkate alınması zaruridir.

---

değildir. Burada asıl eleştirilmesi gereken nokta, ürün sorumluluğunun ürün güvenliğine ilişkin bir kanunda düzenlenip iki kavramın adeta birbirine karıştırılmasıdır.

<sup>25</sup> Atamer/Kurtulan Güner, 563.

<sup>26</sup> Kırca, 145.

<sup>27</sup> Aksinin kabulü durumunda, Kanun’un 21. maddesinde öngörülen sorumluluktan kurtulma sebebinin bir anlamı bulunmamaktadır.

<sup>28</sup> Benzer görüş için bkz. Polat, 1000. POLAT, Kanun’un bu haliyle “veya” kelimesinin ürünün hem ilgili teknik düzenlemeye hem de genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olması gerekliliğini sağladığı görüşündedir.

## B. Zarar

ÜGTDK m. 6/1 ve 2’de, imalatçının üründeki uygunsuzluk sebebiyle meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmekle beraber, zararın niteliği hususu ele alınmamıştır. Ancak, ÜGTDK m. 6/5’te<sup>29</sup> maddi ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin esas, hüküm altına alındığından, hem maddi hem de manevi zararların ürün sorumluluğu kapsamında talep edilebileceği açıktır. Ayrıca, her iki zarar türünün tazmini de kusura bağlanmamıştır. Dolayısıyla, bu zararların tazmini için kusurun kanıtlanmasına gerek bulunmamaktadır.

Öncelikle maddi zarar kalemi incelenecek olursa, bu kalemin iki başlığa ayrılması gerekmektedir. Birinci başlık olan vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan zararlar bakımından Kanun’da bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu kapsamda, İsviçre hukukunda da olduğu gibi<sup>30</sup>, bir yansıma zararı teşkil eden destekten yoksun kalma zararı da kusursuz sorumluluk esasına dayalı ürün sorumluluğu kapsamında talep edilebilir<sup>31</sup>. Mala gelen zararlar bakımından ise, en önemli tartışma, uygunsuz ürünün kendisine gelen zararların ürün sorumluluğu kapsamında talep edilmesinin mümkün olup olmadığı konusundadır. Bu konuda birinci görüş, Kanun’u Yönerge’ye uygun olarak yorumlayıp, Kanun’da bulunmayan; ancak Yönerge’de bulunan “ayıplı ürünün dışında” ibaresinin, bizim Kanunumuz kapsamında da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>32</sup>. Ancak bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre<sup>33</sup>, Yönerge’ye rağmen, kanun koyucunun bilinçli şekilde Yönerge’deki ibareyi Kanun metnine koymaması, esasında ürünün kendisinde meydana gelen zararın da bu kapsamda tazmin edilmesi iradesinde olduğunu gösterir. Bu sebeple, kanımızca “uygunsuz” malın kendisinde meydana gelen zararlar da bu kapsamda tazmin edilebilir.

Son olarak manevi zarar bakımından, ürün sorumluluğu kapsamında, TBK m. 56 çerçevesinde manevi tazminat talep edilebileceği hususunda bir şüphe yoktur; ancak TBK m. 58 kapsamında manevi tazminat talep edilebilip edilemeyeceği tartışılmak gerekmektedir. Kanımızca ürünün uygunsuzluğu

<sup>29</sup> “Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

<sup>30</sup> Hess, Art. 1 PrHG Rn. 36 vd.

<sup>31</sup> Kanışlı, 1441; Atamer/Kurtulan Güner, 567-568.

<sup>32</sup> Kanışlı, 1440; Atamer/Kurtulan Güner, 568.

<sup>33</sup> Sirmen, 79; Okur, 512-513.

sebebiyle TBK m. 58 kapsamında manevi tazminat talep edilebilecek ihtimaller az olsa da, mevcuttur. Depremde binanın yıkılmasından son anda kurtulan kişinin üzerinde kıyafetleri olmaksızın sokağa çıkmak zorunda kalması sebebiyle kişilik hakkının ihlal edilmesi dolayısıyla uğradığı zarar, buna örnek olarak gösterilebilir.

### C. İlliyet Bağı

Üreticinin tazminat sorumluluğunun doğması için, meydana gelen zarar ile üründeki uygunsuzluk arasında Türk hukukunda genel kabul gören görüşe göre uygun illiyet bağının varlığı aranır. Dolayısıyla meydana gelen zararın ürünün uygunsuzluğundan kaynaklandığının ispat edilmesi gerekmektedir. Üründeki uygunsuzluğun meydana gelen zararı ortaya çıkarmaya elverişli olması halinde, zarar ile uygunsuzluk arasında uygun bir illiyet bağı kurulur<sup>34</sup>.

ÜGTDK’de zarar ile üründeki uygunsuzluk arasındaki illiyet bağının ispatlanmasına ilişkin ispat yükü ise kanımızca da isabetsiz olarak, zarar görene yüklenmiştir<sup>35</sup>.

### III. TAŞINMAZLARIN VERDİĞİ ZARARLARDA SORUMLULUĞUN SÜJESİ: İMALATÇI

İmalatçı kavramı, ÜGTDK m. 34/1-g’de, “Ürünü imal ederek veya ürünün tasarısını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Kanun’un bu tanımında, imalatçı kavramının iki farklı şekilde yorumlanması mümkündür. Bu tanımdan yapılabilecek ilk yorum, imalatçının yalnızca nihai üretici olduğudur. Başka bir ifadeyle, bu yoruma göre, hammadde üreticisi veya ara üreticinin, bu Kanun kapsamında, imalatçı sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu tanımdan çıkarılabilecek ikinci yorum ise, nihai üreticinin ara üretici ve hammadde üreticisiyle birlikte sorumlu olduğudur.

---

<sup>34</sup> Sirmen, 80.

<sup>35</sup> İspat yükünün zarar görende bulunması, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim, üretim süreci hakkındaki bilgiye ve teknik detaylara sahip imalatçının uygunsuzluk ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığını kanıtlaması, nihai kullanıcının kanıtlamasına göre çok daha kolaydır. Ayrıca, kullanıcının böyle bir ispat yükü altında bırakılması, yüksek bir mali yük altına sokulması anlamına gelmektedir. Eleştiriler için bkz. Kanışlı, S. 1442; Atamer/Kurtulan Güner, 571.

Doktrindeki birinci görüşe göre, ÜGTDK kapsamında imalatçı kavramına yalnızca nihai imalatçılar girebilir<sup>36</sup>. İkinci görüşe göre ise, Kanun'un yaptığı tanımın geniş yorumlanması suretiyle, hammadde imalatçısı ile ara imalatçılar da, nihai imalatçıların yanında bu kapsamda değerlendirilebilirler<sup>37</sup>. Kanımızca, hammadde imalatçısı ile ara imalatçının Kanun kapsamında nihai imalatçının yanında sorumlu tutulabilmesi için geniş yorum yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Nitekim, “piyasaya arz” terimi, m. 3/1-k’de “ürünün piyasada ilk kez bulundurulması”, “piyasada bulundurma” terimi ise m. 3/1-i’de, “ürünün ticari faaliyet yoluyla, bedelli veya bedelsiz olarak dağıtım, tüketim veya kullanım için piyasaya sağlanması” şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki “kullanım” sözcüğü, yalnızca bireylerin kullanımı ile sınırlı değildir, imalat zincirinde bir sonraki halkada bulunan imalatçının ürünü kullanması da bu kapsamda kalır. Bu sebeple, kanımızca geniş yorum yapılmasına gerek olmaksızın, kanun koyucu zaten hammadde imalatçısı ve ara imalatçıların da imalatçı olduğunu kabul etmiştir. Bunun yanında, Kanun’un müteselsil sorumluluğu düzenlediği m. 6/3’e göre, “Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar.” Bu hükümle de kanun koyucu, hammadde imalatçısı ve ara imalatçının nihai imalatçı yanında müteselsilen sorumlu tutulacağını kabul etmiştir. Hükümün geniş yorumlanması gerektiğini düşünen yazarlar da görüşlerini ekseriyetle bu hükme dayandırmaktadırlar<sup>38</sup>.

#### IV. TAŞINMAZLARIN VERDİĞİ ZARARLARDA İMALATÇININ SORUMLULUKTAN KURTULMA SEBEPLERİ

ÜGTDK m. 21/2’de imalatçının ürün sorumluluğu kapsamında sorumluluktan kurtulma sebepleri üç başlık halinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, “İmalatçı veya ithalatçı;

- a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini,
- b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını,

<sup>36</sup> Sirmen, 82-83; Okur, 316.

<sup>37</sup> Polat, 1007-1008; Atamer/Kurtulan Güner ve Kanışlı da imalatçı kavramının Yönerge’ye de uygun olacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Kanışlı, 1426-1427; Atamer/Kurtulan Güner, 548. Ancak Sirmen’e göre, ürün sorumluluğu, kusura dayanmayan sorumluluk olduğundan, sorumluluğun kapsamı, yorum yoluyla genişletilemez. Bkz. Sirmen, 83 dn. 45.

<sup>38</sup> Kanışlı, 1427.

c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını,

ispatladığı takdirde bu Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar uygulanmaz.”

Taşınmazların verdiği zararlar sebebiyle, bu sebeplerden, ikisi öne sürülerek müteahhidin sorumluluktan kurtulması sağlanabilir. Bunun yanında, ÜGTDK m. 21/4 kapsamında, zarar görenin kusuru da sorumluluktan kurtulma ya da sorumluluğun azaltılması sebepleri arasında sayılabilir.

#### **A. Uygunsuzluğun Üçüncü Kişinin Ürüne Müdahalesinden Kaynaklanması**

Her ne kadar hükümde “dağıtıcının veya üçüncü tarafın” ibaresi geçse de, taşınmazlardan kaynaklanan sorumlulukta dağıtıcının bir müdahalesi olamayacağından, yalnızca üçüncü kişinin ürüne müdahalesi müteahhit bakımından ileri sürülebilecek bir sebep olabilir.

Üçüncü kişinin müteahhidin ürün sorumluluğu kapsamında sorumluluktan kurtulabilmesini sağlayabilecek en önemli ve uygulamada da en çok karşılaşılabilecek müdahalesi binanın yıkılması ile sonuçlanabilecek belirli değişiklikler yapılması hâlidir. Binanın zemin katında bulunan dükkan sahibinin daha çok alan elde etmek amacıyla binanın kolonlarını kesmesi durumu, buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu müdahaleyi ispat yükü, imalatçı olarak, müteahhidin omuzlarındadır. Önemle altı çizilmelidir ki, meydana gelen zarar, taşınmazın uygunsuz yapılmasının yanında üçüncü kişinin taşınmaza müdahalesinden kaynaklanıyorsa, ÜGTDK m. 21/3 doğrultusunda<sup>39</sup>, artık müteahhidin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bu durumda, yalnızca bir rücu hakkının bulunduğu vurgulanmalıdır.

#### **B. Uygunsuzluğun Teknik Düzenlemelere veya Diğer Zorunlu Teknik Kurallara Uygun Olarak Üretilmesinden Kaynaklanması**

İmalatçının sorumluluktan kurtulacağı öngörülen ikinci durum, üründeki uygunsuzluğun ürünün teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklanması halidir. Bu sorumsuzluk sebebi, elbette ürünün verdiği zararın, ürünün imalatı sırasında

---

<sup>39</sup> Bkz. aşağıda Başlık V.

uyulması gereken emredici hükümlere uyulmasından kaynaklanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu sorumsuzluk sebebi, ürünün verdiği zararın, kanunen zorunlu tutulan bir üretim tekniğine bağlı kalınmasından doğmasından kaynaklanmaktadır.

### C. Zarar Görenin Kusuru

ÜGTDK m. 21/4'e göre, *“Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış olması halinde, imalatçı veya ithalatçının 6 ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğu, hal ve şartlara göre azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.”* Esasında bu hüküm de TBK m. 52/1 ile uyum içindedir ve ÜGTDK kapsamında tazminatın TBK hükümlerine göre belirleneceği açıkça düzenlendiğinden, TBK m. 52/1'in tekrarı niteliğini taşımaktadır.

Çalışma konusu bağlamında, zarar görenin kusuru sebebiyle müteahhidin sorumluluktan kurtulabileceği en önemli ve uygulamada en çok karşılaşılabilecek durum, zarar görenin binada taşınmazın yıkılması ile sonuçlanabilecek belirli değişiklikler yapması hâlidir. Söz gelimi, taşınmazın kolonlarının kesilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir.

### V. İMALATÇININ RÜCU HAKKI

ÜGTDK m. 21/3'e göre, *“İmalatçı veya ithalatçı, ikinci fıkrada belirtilen şartlardan birini ispatladığı takdirde, 6 ncı maddede belirtilen tazminat sorumluluğu kalkar. Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalden kaynaklanmış olması imalatçı veya ithalatçının 6 ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğunu azaltmaz. Ancak, imalatçı veya ithalatçının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır.”*

Kuşkusuz ki, hükümde vurgulanan “üçüncü kişinin fiili veya ihmali”, ürünün üretimi sırasında müdahale imkanı bulunan üçüncü kişilerdir. Yoksa, üçüncü kişilerin illiyet bağımlı kesebilecek nitelikteki fiil veya ihmalleri zaten sorumluluğa engel olacağından, rücu imkanından da bahsedilmesi mümkün değildir.

### VI. ZAMANAŞIMI

ÜGTDK m. 6/6'ya göre, *“Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır.”*

Hükümde, üç yıllık olan nispi zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünün öğrendiği, on yıllık olan mutlak zamanaşımı süresi ise, zararın doğduğu andan itibaren başlamaktadır. Mutlak süre olarak belirlenen 10 yıllık sürenin başlangıç anı zararın doğduğu an olarak belirlendiğinden, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>40</sup>. Nitekim mutlak zamanaşımı süresinin başladığı tarihin, zararın meydana gelmesi gibi ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan bir ana bağlanması, doğru değildir. Bu halde, üreticilerin herhangi bir zaman sınırına bağlı olmaksızın sorumlulukları söz konusu olur, ki bu durum da hukuki öngörülebilirlik ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkelerini zedeler. Bu sebeple, elbette TBK m. 72’de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinden fazla olmak koşuluyla, kanun koyucu tarafından ürünün piyasaya arz edildiği andan itibaren başlayan bir mutlak zamanaşımı süresinin öngörülmesi zaruridir. Ancak, Kanun’un mevcut haliyle, açılacak tazminat davalarının zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren üç yıl içinde olmak kaydıyla, zararın doğumundan itibaren 10 yıl içinde açılması mümkündür.

## VII. SORUMLULUĞUN DOĞDUĞU AN

Bilindiği üzere, ülkemizdeki inşaat sektörü uygulamalarında, çok farklı değişkenlerle karşı karşıya kalılabilmektedir. Bu yelpaze çok açıktır. Nitekim, bazı durumlarda, inşaatın başlamasından önce kat irtifakı kurulması suretiyle malikler adına tescil gerçekleştirilmekte, bazı durumlarda ise, halihazırda içinde oturulmakta olan apartmanda maliklerin taşınmazı bağımsız bölüm olarak değil, yalnızca arazinin bir miktar payı olarak görünmektedir. Böylesine değişken uygulamaların olduğu bir sektörde, müteahhidin ürün sorumluluğunun doğduğu anın da tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bu sorumluluğun kat irtifakının kurulduğu<sup>41</sup> an mı (teslim olmamasına rağmen tescilin yapılması hali), inşaatın başladığı an mı, kat mülkiyetine geçilip kişilerin adına tescil yapılmamış olmasına rağmen teslimin yapıldığı an mı, inşaatın bitirildiği an mı, yoksa bir evin güvenilir şekilde oturulmaya müsait olduğunu belgeleyen iskan ruhsatının alındığı an mı başladığının tartışılması gerekmektedir.

<sup>40</sup> Atamer/Kurtulan Güner, 581; Kanişlı, 1452; Çelt, 105-106.

<sup>41</sup> KMK m. 2/c hükmüne göre, “Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına kat irtifakı ... denir”

Esasında bu sorunun cevabı, ürün sorumluluğunun hukuki niteliğinde saklıdır. Ürün sorumluluğu, yukarıda da belirtildiği üzere, haksız fiil temelli bir sorumluluk türü olduğundan, müteahhidin sözleşmeyle yüklenmiş olduğu edimleri yerine getirip getirmediğinin ya da bunların ne kadarını yerine getirdiğinin bu kapsamda bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin borcu, kural olarak iskan ruhsatının alınmasıyla sona erebilmekle beraber, ürün sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olmadığından, müteahhidin borcunu ne kadar ifa ettiği değil, ürünü piyasaya arz edip etmediği önem taşımaktadır. Nitekim, imalatçı, “... ürünü piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi”dir. İmalatçının sorumluluğu da ürünü piyasaya arz etmesiyle başlar. Dolayısıyla, burada araştırılması gereken husus, müteahhidin sözleşmedeki edimlerini ifa edip etmediği değil, ürünü piyasaya arz edip etmediği ve hangi anda arz etmiş olduğudur. Kanımızca piyasaya arz anı, inşaatın bitirildiği andır. Bu sebeple, inşaatın bitmesinden önce taşınmazın verdiği zarara maruz kalan kimselerin, haksız fiil veya sözleşme hükümlerine başvurmak suretiyle zararlarının tazminini talep etmeleri mümkündür. Ancak inşaatın bitirilmesiyle birlikte, müteahhidin de ürün sorumluluğu başlar.

### VIII. ÜRÜN SORUMLULUĞU İLE SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN YARIŞMASI

TBK m. 60'a göre, “bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse, hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”

Müteahhidin sorumluluğu belirlenirken ortaya konulması gereken bir diğer nokta da ürün sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğun yarışması halidir. TBK m. 60 ile kanun koyucu, “yarışma ilkesi”ni açıkça kabul etmiş olduğundan, haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluk kurallarının birbirini engellemediği rahatlıkla söylenebilir<sup>42</sup>. Dolayısıyla, imalatçıyla üründen zarar gören arasında bir sözleşme olması halinde, zarar görenin değerlendirme yapıp, hangi hükümlerin kendisi açısından daha avantajlı olduğunu tespit edip, taleplerini ona göre oluşturması hayatidir. “Zarar görene en iyi giderim sağla” maktan kasıt, yalnızca tazminat miktarı ile ilgili değildir. Kusurun

<sup>42</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, (Ankara: 2018), 1166-1167; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *BATİDER XXIX*, S. 2, (2013): 24-25.

aranıp aranmaması, ispat yükü, sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması, tazmin edilmesi gereken zararlar, zamanaşımı gibi tüm unsurlar<sup>43</sup> değerlendirilmek suretiyle bir sonuca varılması gerekmektedir. Ancak önemle altı çizilmelidir ki, bu talepler, iki sorumluluk sebebinden yalnızca bir tanesine dayandırılabilir. Zira, hukukumuzda, bir zarar için, yalnızca bir kere tazminat istenebilir<sup>44</sup>. Bu sebeple de 12.3.2021 tarihinden sonra bitirilen binalar bakımından, binadan zarar gören ile müteahhit arasında bir de sözleşmesel ilişki bulunması halinde, yukarıda belirtilen unsurlar kapsamında bir değerlendirme yapılmak suretiyle taleplerin sözleşmeye ya da ürün sorumluluğuna dayandırılması tercihinin yapılması gerekmektedir.

### SONUÇ

Deprem sebebiyle yıkılan ya da hasar gören taşınmazlardan zarar görenler ile müteahhitler arasındaki ilişkiye göre, sözleşme ya da haksız fiil hükümlerine gidilmek suretiyle zararın tazmini talep edilebilir. İlişkinin sözleşme temelli olması halinde, başka bir deyişle, depremde taşınmazın yıkılması sebebiyle zarar gören kimsenin taşınmazı doğrudan doğruya müteahhitten satın alması durumunda, kişinin müteahhit karşısındaki sıfatına göre, başvurulacak hükümler değişebilecektir. Kişi, müteahhit karşısında tüketici sıfatını haiz ise, dolayısıyla taraflar arasında bir tüketici işlemi varsa, 6502 sayılı Kanun'un ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebilir ve bu durumda, zamanaşımı bakımından kural olarak TKHK m. 12 uygulanır. Taraflar arasında adi ya da ticari işlem olması durumunda ise, taleplerin sözleşmesel sorumluluk kapsamında ileri sürülmesi halinde, kural olarak TBK m. 146 zamanaşımı bakımından dikkate alınacak hükümdür. Müteahhit ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması halinde ise, mevzuatımızda 12.3.2021 tarihine kadar ürün sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmaması sebebiyle, genel hükümler olan haksız fiil hükümleri uygulanacak ve zamanaşımı bakımından da TBK m. 72 kural olarak dikkate alınacaktır. Fakat bu noktadaki en önemli sorun, binanın yapımının uzun zamanaşımı süresi olan 10 yıldan önce olmasında ortaya çıkmaktadır. AİHM'nin vermiş olduğu *Howald Moore and Other vs. Switzerland* kararı ışığında, kanımızca zamanaşımının zararın ortaya çıktığı tarih olan 6.2.2023 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kabulü gerekir.

<sup>43</sup> Çağdaş Tosun, *Haksız Fiil ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2019), 105-106.

<sup>44</sup> Eren, 1166.

12.3.2021 tarihinden sonra tamamlanan binalar bakımından, zararın tazmini için başvurulabilecek diğer bir yol, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamındaki ürün sorumluluğudur. Ağırlaştırılmış özen sorumluluğu niteliğini haiz bu sorumluluk türünde, zararın tazminin istenebilmesi için müteahhidin kusurlu olduğunun kanıtlanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Taşınmazların verdiği zararların 7223 sayılı Kanun kapsamında tazmin edilip edilemeyeceği hususunda, cevap verilmesi gereken soru, taşınmazların ürün niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Kanun'da açıkça “*her türlü ... eşya*” kelimesinin kullanılması ve taşınmazların da kapsam dışında bırakıldığının açıkça zikredilmemesi karşısında, bu Kanun'un taşınmazların verdiği zararları kapsamayacağını kabul etmek, kanımızca kanun koyucunun iradesinin aksine yorum teşkil edecektir. Bu sebeple, taşınmazların hatalı üretiminden kaynaklanan zararların bu Kanun kapsamında tazmin edilmesi mümkündür.

Ürün sorumluluğu kapsamında hem maddi hem de manevi zarar tazmin edilebilir. Öncelikle maddi zarar kalemi incelenecek olursa, bu kalemin iki başlığa ayrılması gerekmektedir. Birinci başlık olan vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan zararlar bakımından Kanun'da bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu kapsamda destekten yoksun kalma zararı da kusursuz sorumluluk esasına dayalı ürün sorumluluğu kapsamında talep edilebilir. Deprem sebebiyle uygulamada belki de en çok öne sürülecek talep destekten yoksun kalma tazminatı olacaktır. Mala gelen zararlar bakımından ise, en önemli tartışma, uygunsuz ürünün kendisine gelen zararların ürün sorumluluğu kapsamında talep edilmesinin mümkün olup olmadığı konusundadır. Kanımızca “uygunsuz” malın kendisinde meydana gelen zararlar da bu kapsamda tazmin edilebilir. Bu anlamda, depremde taşınmazın kendisine gelen zarar da ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilir.

Manevi zarar bakımından ise, ürün sorumluluğu kapsamında hem TBK m. 56 hem de TBK m. 58 manevi tazminat talep edilebilir.

Sorumluluğun süjesi ise imalatçıdır. Çalışma konusu bakımından, ürün sorumluluğu kapsamında müteahhidin yanında, ara ürün ya da hammadde imalatçıları da sorumlu tutulabilirler.

Zamanaşımı bakımından, 7223 sayılı Kanun kapsamında açılacak tazminat davalarının zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren üç yıl içinde olmak kaydıyla, zararın doğumundan itibaren 10 yıl içinde açılması mümkündür.

Son olarak, müteahhidin sorumluluğu belirlenirken ortaya konulması gereken bir diğer nokta da ürün sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğun yarışması halidir. TBK m. 60 ile kanun koyucu, “yarışma ilkesi”ni açıkça kabul etmiş olduğundan, haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluk kurallarının birbirini engellemediği rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla, imalatçıyla üründen zarar gören arasında bir sözleşme olması halinde, zarar görenin değerlendirme yapıp, hangi hükümlerin kendisi açısından daha avantajlı olduğunu tespit edip, taleplerini ona göre oluşturması hayatidir. TBK m. 60’ta geçen “zarar görene en iyi giderim sağla” maktan kasıt, yalnızca tazminat miktarı ile ilgili değildir. Kusurun aranıp aranmaması, ispat yükü, sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması, tazmin edilmesi gereken zararlar, zamanaşımı gibi tüm unsurlar değerlendirilmek suretiyle bir sonuca varılması gerekmektedir. Bu sebeple de 12.3.2021 tarihinden sonra bitirilen binalar bakımından, binadan zarar gören ile müteahhit arasında bir sözleşmesel ilişki bulunması halinde, yukarıda belirtilen unsurlar kapsamında bir değerlendirme yapılmak suretiyle taleplerin sözleşmeye ya da ürün sorumluluğuna dayandırılması tercihinin yapılması gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Atamer, Yeşim M./Kurtulan Güner, Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş müdür?”, *AÜHFD* 70, C. 2, (2021): 543-588.
- Aydos, Oğuz Sadık, *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: 2009.
- Beierle, Benedikt, *Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things – Analyse des ProdHaftG vor dem Hintergrund vernetzter un intelligenter Produkte*. Baden-Baden: 2021.
- Buz, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *BATİDER* XXIX, S. 2, (2013), 19-60.
- Çelt, Damla Özden, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, *AndHD* 7, S. 1, (Ocak: 2021): 73-114.
- Erlüle, Fulya, “Yapımcının Sorumluluğu”, *MÜHFHAD* 14, S. 4, (2008): 303-338.
- Fellmann, Walter/von Büren-von Moos, Gebrielle, *Grundriss der Produkthaftungspflicht*. Bern: 1993.
- Graham-Siegenthaler, Barbara, *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB*. Zürich: 2022.
- Hess, Hans-Joachim, *Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG) – Bundesgesetz über die Produkthaftungspflicht vom 18. Juni 1993*, 3. überarbeitete und ergaenzte Auflage. Bern: 2016.
- Holliger-Hagmann, Eugénie, “Bundesgesetz über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993”, *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Hrsg: FISCHER, Willi/LUTERBACHER, Thierry). Zürich: 2016,
- Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage. Zürich: 2013.
- Jäggi, Thomas, “Das Bundesgesetz über die Produkthaftungspflicht”, *AJP* (1993): 1419-1424.
- Kanışlı, Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İHM*, S. 78, C. 3, (2020): 1413-1468.
- Kara, İlhan, *İmalatçının Ürün Sorumluluğu*. Ankara: 2021.
- Kästli, Rolf, “Produkthaftung – eine Herausforderung für den schweizerischen Gesetzgeber”, *recht* (1990); 85-98.

- Kırca, Çiğdem, *Ürün Sorumluluğu*, Ankara: 2007.
- Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland, *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4., aktualisierte Auflage. Zürich: 2021. (Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/Yazar)
- Oral, Tuğçe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ECHR 069 (2014) Sayılı 11.03.2014 Tarihli Kararı (Howald Moore and Others V. Switzerland)”, *Küresel Bakış*, Y. 5, S. 16, (Ocak 2015): 9-13.
- Owen, David G., *Products Liability Law*. the USA: 2005.
- Owen, David G./Phillips, Jerry J., *Products Liability in a Nutshell*, Seventh Edition. the USA: 2005.
- Öztaş, Bilge, *İmalâtçının Sorumluluğu*. Ankara: 1982.
- Polat, Cemre, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, *AÜHFĐ*, S. 70, C. 4, (2021): 973-1041.
- Rabl, Christian, *Produkthaftungsgesetz – Kommentar – Judikatorsammlung – Materialien*. Wien: 2017.
- Roberto, Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Bern: 2002.
- Sirmen, A Lâle, “Ürün Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler) – 23-24 Haziran 2022, Antalya* (Ed ÖĞÜZ, Tufaz/ÖZ, Kerem), İstanbul: 2022, 63-92.
- Tosun, Çağdaş, *Haksız Fiil ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2019.
- Widmer, Pierre, “Produkthaftung – Konzept und Umsetzung”, *Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, 31 März 2011 (Hrsg: FELLMANN, Walter/FURRER, Andreas). Bern: 2011, 101-119.
- Winiger, Bénédict, “Product Liability in Switzerland”, *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (Ed. Piotr MACHNIKOWSKI). Plymouth, Mortsel, Portland: 2016, 459-478.

# NOTERLERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN HUKUKİ ESASLAR

*Legal Principles Regarding the Execution of Real Estate Sales  
Contracts by Notaries*

**Süha TANRIVER\***  
**Mehmet Serkan ERGÜNE\*\***

## Öz

Noterlik Kanununda yapılan değişiklikle noterlere de tapu müdürlüklerinin yanı sıra taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Noterlik Kanunu m. 61/A hükmü, taşınmaz mülkiyetinin nakli sürecinde sadece borçlandırıcı işlem (satış sözleşmesi) safhasına ilişkin olması gerektiği hâlde kanun koyucu, tapu uygulamasının etkisiyle bunu aşacak şekilde düzenleme getirmiş; satış sözleşmesinin içinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin de yer alacağını kurgulamıştır. Taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabilmesi imkânının bir sonucu olarak noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu, bu işlemlerden doğabilecek zararı kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu çalışmada evvela, noterlere taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme imkânı getiren hüküm, eleştirel bir bakış açısıyla irdelenmiş; düzenlemede öngörülen hukuki yapı bütün yönleriyle ele alınmıştır. Ardından noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlerken uyması gereken usûl ve esaslar açıklanmıştır. Çalışmanın son başlığında, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterlerin sorumluluğunun hukuki niteliği ve bu sorumluluğun doğumu için aranan koşullar incelenmiş; noterin diğer sorumlularla birlikte zarar görene karşı müteselsil sorumlu olup olmadığı ortaya konmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Noter, taşınmaz, satış sözleşmesi, tapu sicili, kusursuz sorumluluk.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 01.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 07.02.2023.

\* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: stanriver@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9729-6834.

\*\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ergune@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4740-0306.

### Abstract

With the amendments to the Notary Public Law, notaries, in addition to the land registry offices, have been given the authority to execute real estate sales contracts. Although the article 61/A of the Notary Public Law should only be related to the promissory transaction (sales agreement) phase in the process of transfer of the ownership of immovable property, the legislator has introduced a regulation which exceeds this due to the effect of the practices of lands registries and has designed that the registration request, which is a unilateral disposition transaction, will also be included in the sales contract. In the present study, firstly, the regulation that authorizes notaries to execute real estate sales contracts has been examined with a critical approach. Following that, the procedures and the principles which the notaries must comply with while executing the real estate sales contracts are explained. In the last section of this study, the legal nature of the liabilities of the notaries for the damages aroused from the execution of a real estate sales contract and the conditions sought for the occurrence of this liability have been examined and whether the notaries have joint liability with any other liable person has been discussed.

**Keywords:** Notary public, real estate, sales contract, land registry, strict liability.

### I. GENEL OLARAK

Türk Medenî Kanunu (“*TMK*”) m. 706/f. I ve Türk Borçlar Kanunu (“*TBK*”) m. 237/f. I hükümleri uyarınca taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Ancak bu sözleşmeye resmîyeti verecek makam, Medenî Kanunda ve Borçlar Kanununda belirtilmemiştir. Bu husus, Tapu Kanununda düzenlenmiştir. Tapu Kanunu m. 26/f. I’e göre; “*Mülkiyete... mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” Bu düzenleme uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan satış sözleşmesinin geçerli olması, tapu müdürü<sup>1</sup> veya tapu müdürlüğü görevlisi tarafından düzenlenmiş bulunmasına (resmî senet hazırlanmasına) bağlıdır<sup>2</sup>. Bununla birlikte 7413

<sup>1</sup> 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu m. 10/f. VIII’e göre; “*Diğer mevzuatta “Tapu Sicil Müdürü”ne veya “Tapu Sicil Müdürlüğü”ne yapılmış atıflar, ilgisine göre “Tapu Müdürü”ne veya “Tapu Müdürlüğü”ne yapılmış sayılır.*”

<sup>2</sup> Bu kuralın bazı istisnaları vardır. Tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlileri tarafından resmî senet düzenlenmesinin aranmadığı hâller için şu örnekler verilebilir:

sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>3</sup> ile 1512 sayılı Noterlik Kanununda (“**NK**”) çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda, 7413 sayılı Kanunun 11. maddesiyle noterlerin genel olarak yapacakları işlere taşınmaz satış sözleşmesi de eklenmiş (NK m. 60/f. I, b. 3); aynı kanunun 12. maddesiyle Noterlik Kanununa eklenen 61/A maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde, 01.01.2023 tarihinden itibaren<sup>4</sup> noterlere de tapu müdürlüklerinin yanı sıra taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Kanun koyucu noterleri taşınmaz satışı hususunda yetkilendirirken taşınmaz türleri arasında –isabetli bir yaklaşımla– herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla noterlerin satış sözleşmesini düzenleme hususunda yetkili olduğu taşınmaz kavramının, taşınmaz mülkiyetinin konusunu belirleyen TMK m. 704 ve 998 hükümleri

- Taşınmaza ilişkin olsa dahi miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliği, adi yazılı şekle tabidir (TMK m. 676).
- Terekede taşınmazlar bulunsa bile terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği, yazılı şekle tabidir. Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği ise, noterlikçe düzenlenmesine bağlı kılınmıştır (TMK m. 677).
- İhtiyari açık artırmada, resmî şekil şartı aranmaz (TBK m. 275, 279).
- Bir taşınmazın mülkiyeti, ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında taahhüt edilmişse, bu sözleşme tapu müdürünün veya tapu müdürlüğü görevlilerinin yanı sıra noter ve sulh hâkimi tarafından da düzenlenebilir (TBK m. 612/f. I, TMK m. 545’in atfıyla TMK m. 532). Hatta bu sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için, yazılı şekil yeterlidir (TBK m. 612/f. II).
- Ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşme, işletmeye dâhil taşınmazlar olsa bile yazılı şekle tabidir (TTK m. 11/f. III).
- Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir (TTK m. 128/f. III).
- Yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal temlikî dâhil bulunan diğer kooperatiflerin anasözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği hakkındaki taahhütler, başka bir resmî şekil aranmaksızın muteberdir (Kooperatifler Kanunu m. 2/f. II).

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde resmî şeklin aranmadığı diğer hâller için bkz. A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin, 2022), s. 357-361; Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta, 2021), N. 79.1 vd.

<sup>3</sup> RG, 28.06.2022, S. 31880.

<sup>4</sup> NK m. 60/f. I, b. 3 ve 61/A hükümlerinde öngörülen bilişim sisteminin kurulmasına ilişkin olarak belirlenen bu süre, ihtiyaç duyulması hâlinde, 01.01.2023 tarihinden itibaren 6 aya kadar Cumhurbaşkanı tarafından uzatılabilir. Bu süre, 6616 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır (Bkz. RG, 28.12.2022, S. 32057).

kapsamında anlaşılması gerekir. Buna göre noterler, araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyetin devri taahhüdünü içeren satış sözleşmelerini yapabilecektir.

Her şeyden önce bu bağlamda noterlere tanınmış olan yetki, münhasır bir nitelik taşımamaktadır. NK m. 61/A hükmünün ilk fıkrasında yer alan “*Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir*” şeklindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, taşınmaz satış sözleşmelerini düzenleme hususunda tapu müdürünün veya tapu müdürlüğü görevlilerinin yetkisi – noterlerin yanında– hâlâ devam etmektedir.

Öte yandan noterler, taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak naklini konu alan tüm taahhüt işlemlerini değil, sadece taşınmaz satış sözleşmelerini düzenlemekle yetkili kılınmışlardır. Hâlbuki pek çok Avrupa Birliği ülkesinde olduğu gibi, hukuki yapılanmalarının mutlaka tümüyle gözden geçirilmesi kaydıyla noterlerin, bir bütün hâlinde sadece taşınmaz satış sözleşmelerini yapmakla değil; taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak naklini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisini konu alan tüm sözleşmeleri gerçekleştirme bağlamında, münhasır yetkili hâle getirilmesi, daha isabetli bir yaklaşım biçimi olur<sup>5</sup>. Bugün için Almanya, Belçika, İspanya, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda gibi Avrupa Birliği’ne dâhil pek çok ülkede noterler, bu konuda münhasır yetkili bir statüye kavuşturulmuşlardır<sup>6</sup>.

Taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak naklini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisini konu alan sözleşmeler kapsamında, pek çok Avrupa Birliği ülkesinde noterlerin münhasır yetkili kılınmasının temelinde yatan etken, noterliklerin, bu bağlamda işlem güvenliğini gerçekleştirmeye en elverişli ve en uygun hukuki yapılanmayı içeren kurum olarak görülmeleri ve her ne kadar çoğunlukla peş peşe icra ediliyor olsalar bile, taşınmaz mülkiyetinin devri ile taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisi bağlamında, taahhüt işlemleri ile tasarruf işlemlerini birbirinden ayırmak, taahhüt işlemlerinin icrası evresinde hukukçu kimliği taşıması hasebiyle hukuki bilgi birikimi ve deneyimi açısından tapu sicili memurlarına nazaran daha fazla

<sup>5</sup> Süha Tanriver, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı’nın Getirdikleri”, Noterlik Hukuku’na İlişkin İncelemeler (1993-2011) (Ankara: Adalet, 2011), s. 50-51.

<sup>6</sup> Süha Tanriver, “Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler”, Noterlik Hukuku’na İlişkin İncelemeler (1993-2011) (Ankara: Adalet, 2011), s. 67.

donanıma sahip bulunan noterleri; tasarruf işlemlerinin icrası evresinde ise, tapu müdürlüklerini yetkili kılmak düşüncesidir.

Öte yandan noterler, işlem bazında kendilerine müracaat edenlerin hukuki danışmanı konumundadırlar ve icra ettikleri görev sebebiyle hukuk mühendisi kimliğini taşırlar<sup>7</sup>. Burada sözü edilen hukuki danışmanlıktan maksat, ilgililerin menfaatlerini optimal seviyede korumak ve gelecekte ortaya çıkabilecek olan muhtemel risklerin şimdiden gerçekleşmesini önlemek amacıyla özel hukuk ilişkilerinin doğasına uygun bir format çerçevesinde biçimlendirilmesi veya inşası sürecine yani yapılandırılmasına katkı sağlanmasıdır<sup>8</sup>. Dolayısıyla noterlerin, işlem bazında ilgililerin hukuk danışmanlığı işini, etkin ve daha geniş bir ölçekte yerine getirebilmeleri ve bu işlevin icrası sırasında taşınmış oldukları hukuk mühendisliği kimliğinin gereklerine uygun davranabilmeleri için, sadece taşınmaz satış sözleşmesinde değil; taşınmaz mülkiyetinin devrini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan tüm taahhüt işlemlerinde, münhasır (tapu müdürünün veya tapu müdürlüğü görevlilerinin yanında değil, onun yerine) yetkili kılınmaları, hedeflenen amaca daha uygun düşer ve sistemde oluşturulan düalizmi de ortadan kaldırır.

Bunların yanı sıra zaten taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma yetkisi bulunan noterlere (NK m. 60/f. I, b. 3), müstakar yargı uygulaması bağlamında, taşınmaz malikinin, hukuki niteliği itibarıyla bir ön sözleşme olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan edimini yerine getirmemesi hâlinde, satış vaadi alacaklısına açacağı tek bir davayla hem taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına hem de taşınmaz mülkiyetinin kendisine aidiyetine karar verilmesini talep etme<sup>9</sup> olanağı tanındığına göre, yargı

<sup>7</sup> Tanrıver, *Noterlerin İşlevleri*, s. 68.

<sup>8</sup> Ulrike Hädrich-Riedenklaue, *Notarielle Rechtsbetreuung* (Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris: Peter Lang, 1990), s. 17; Tanrıver, *Noterlerin İşlevleri*, s. 68-69.

<sup>9</sup> YİBGK, E. 1970/1, K. 1971/2, 25.10.1971 (RG, 12.12.1971, S. 14040).  
Doktrinde aynı yöndeki görüşler için bkz.: Necip Kocayusufoşpaşaoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959), s. 170-215; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I* (İstanbul: Filiz, 1989), s. 695; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2017), s. 224-225; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), s. 237-238; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2020), N. 592; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1* (İstanbul: Vedat, 2008), s. 249; Mehmet Serkan Ergüne ve Ali Suphi Kurşun, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 1* (İstanbul: Vedat, 2019), M.

pratiğinde doğurduğu sonuçlar gözetildiğinde, taşınmaz mülkiyetinin devrini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan taahhüt işlemleriyle ilgili olarak sadece taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyebilme yetkisinin tanınmasının çok da anlamlı olduğu ve kayda değer bir yenilik niteliği taşıdığı da iddia edilemez. Bununla birlikte tarafların, isterlerse, noterde taşınmaz satış sözleşmesi yapmak yerine, satış vaadi sözleşmesi yapabilmeleri de hâlâ mümkündür. Üstelik buna, tarafların duyacakları ihtiyacın yeni düzenleme karşısında daha da artacağı söylenebilir. Zira noterlere taşınmaz satış sözleşmesini yapma imkânı veren hükümde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi, tapu uygulamasının etkisiyle iç içe girecek şekilde düzenlenmiş olduğundan (NK m. 61/A, f. IV: “*Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır...*”), tarafların taşınmaz mülkiyetinin devrini çeşitli sebeplerle ileriye ertelemek ve fakat aralarındaki sözleşmesel bağı da bir an önce kurmayı arzu ettikleri hâllerde, satış sözleşmesi (eş zamanlı gerçekleşen tescil talebiyle mülkiyeti devredilen taşınmaz üzerinde satıcı lehine ipotek tesisi) yerine satış vaadi sözleşmesi yapma yoluna gitmeleri gündeme gelecektir. Hatta gene aynı değişiklik yasasıyla taraflara noterlikten ayrılmadan satış vaadi sözleşmesinin işlevselliğini artırma (ön sözleşmeden doğan borç ilişkisini eşyaya bağlı hâle getirme ve munzam etki sağlama) olanağı da verilmiştir. 7413 sayılı Kanununun 11. maddesiyle Noterlik Kanununda yapılan değişiklikte noterlere, satış vaadi sözleşmesini taraflardan birinin talep edip harç ve giderleri ödemesi hâlinde, tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerhini sağlama imkânı da tanınmıştır (NK m. 60/f. I, b. 3)<sup>10</sup>.

Taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından yapılabilmesinin bir diğer sonucu da noterlikçe düzenlenmiş taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin tahvil yoluyla satış vaadi olarak ayakta tutulmasına artık gerek kalmayacak bulunmasıdır<sup>11</sup>.

---

29, N. 53 vd.; Elif Orta, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2022), s. 201 vd.

<sup>10</sup> Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şerhi konusunda noterlerin yetkilendirilmesinin isabetli olmadığı hususunda bkz. Sirmen, s. 383.

<sup>11</sup> Sınırlı aynı hak tesisine yönelik borçlandırıcı işlemleri (irtifak sözleşmesi, rehin sözleşmesi, taşınmaz yükü sözleşmesi) yapma yetkisi henüz noterlere verilmemiş olduğundan, noterlikte yapılan böyle bir sözleşme, tahvil yoluyla ön sözleşme olarak

Taşınmaz satış sözleşmesi yapabilmek noterler için önemli bir yetkilendirme (ayrıca yeni bir gelir kaynağı) olmakla beraber aynı zamanda, (taşınmazların taşıdığı ekonomik değer gözetildiğinde) ağır sonuçlara yol açabilecek bir sorumluluk riski de doğurmaktadır. Noterin, taşınmaz satış sözleşmesi dolayısıyla yeni getirilen Noterlik Kanununun 162. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulması sebebiyle birinci derecede sorumlu olan Devlet yanında (TMK m. 1007/f. I), ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan ve başlı başına bir risk oluşturan kusursuz sorumluluğu sıkça ve yoğun bir biçimde gündeme gelecektir. Ayrıca, risk-kazanç ilişkisi gözetildiğinde, taşınmaz satış sözleşmeleri bağlamında, noterin, bu riski üstlenme karşısında elde edeceği getirinin de, iktisadi açıdan yaklaşıldığında çok cazip olduğu söylenemez<sup>12</sup>.

## II. TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN NOTERLİKLERCE GERÇEKLEŞ-TİRİLMESİNDE UYULACAK OLAN USÛL, İLKE VE KURALLAR

Medenî Kanunun 706. maddesinin birinci fıkrasında, genel çerçevede, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğinin, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olduğu açıkça vurgulanmıştır<sup>13</sup>.

---

ayakta tutabilir (karş. TBK m. 29/f. II). Artık satış sözleşmesini dahi noterlerin yapabileceği gözetildiğinde, çoğun içinde azı da vardır (evleviyet) kuralı gereğince noterlerin sınırlı aynı hak tesisine yönelik ön sözleşmeleri yapabileceğini (en azından satışa ilişkin kuralların irtifak kurma sözleşmelerine kıyasen uygulanacağını) kabul etmek gerekir. Bkz. Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Sınırlı Aynı Haklar (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983), s. 60-61 (rehin hakkı bakımından yazarlar aksi görüştedir s. 300, dn. 7a); Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku (İstanbul: On İki Levha, 2022), N. 1054, 1438, dn. 36, 1605, 1726. Aksi görüşte: M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz, 2022), N. 2792a, 3232a.

<sup>12</sup> NK m. 61/A, f. IX: “... Noter ücreti taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir. Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır.”

<sup>13</sup> TMK m. 706 kapsamında düzenlenecek resmî senet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer ve Dieter Zobl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), IV. Band, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB (Zürich: Schulthess, 1977), Art. 657, N. 11 vd.; Hans Giger, Berner Kommentar (BK), VI/2/1/3, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen

Anılan düzenlemeye paralel bir biçimde, daha somut planda, Borçlar Kanununun 237. maddesinin birinci fıkrasında, taşınmaz satışının geçerli olabilmesinin, satışı konu alan sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi koşuluna bağlı bulunduğu açık bir biçimde hükme bağlanmıştır.

Noterlik Kanununda yapılan değişiklikle taşınmaz satış sözleşmelerine resmîyet verecek makamlar arasına tapu müdürlüklerinin yanı sıra noterlikler de dâhil edilmiştir. Taşınmaz satış sözleşmeleri bağlamında öngörülmüş olan resmî şekil, ispat şekli değil; geçerlilik şeklidir (TMK m. 706/f. I). Resmî şekle uyulmaması hâlinde, anılan sözleşme bağlamında kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımını işlerlik kazanır<sup>14</sup>. Taşınmaz satış sözleşmelerine resmîyet verecek makamlar arasında noterlerin de yer alması, anılan sözleşmelerin kanunlarda resmî şekilde yapılması emredilen ve tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler bütünü içinde bulunması sebebiyle taşınmaz satış sözleşmelerinin düzenleme biçiminde senet formatında (TBK m. 237/f. I, NK m. 89) ve Noterlik Kanununun 61/A maddesinde öngörülen usûl dairesinde bizatihi noterler tarafından gerçekleştirilmeleri zorunludur (NK m. 60/f. I, m. 89). Taşınmaz satış sözleşmeleri, düzenleme şeklinde yapılması ve ilgililerin irade beyanlarının bizatihi noter huzurunda alınmasını gerektirmeleri sebebiyle noter huzurunda hazır bulunulmadan Türkiye Noterler Birliği Bilişim Sistemi üzerinden elektronik imza ile gerçekleştirilebilecek olan işlem grupları arasında yer almaz (Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmelik m. 5/f. II, c.1). Yani taşınmaz satış sözleşmeleri, ilgililerin yahut yetkili temsilcilerinin fiilen noter huzurunda hazır bulunmak suretiyle ıslak imza ile yapacakları işlemlerdendir (NK m. 198/A, f. I)<sup>15</sup>; kanunlarda resmî

---

Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch (Bern: Stämpfli, 1997), Art. 216, N. 286 vd.; Lorenz Strebel, Basler Kommentar (BSK), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Herausgeber: Thomas Geiser, Stephan Wolf (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019), Art. 657, N. 4 vd.

<sup>14</sup> BGE 106 II 146, 151.

Şekle aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususu esasen tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen görüşler için, topluca bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (İstanbul: Vedat, 2022), N. 479-483; Nomer, N. 71; Flurina Hitz, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Zürich: Schulthess, 2016), Art. 657, N. 13-14; Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl, ZK, Art. 657, N. 34 vd.; BSK/Strebel, Art. 657, N. 59 vd.

<sup>15</sup> Süha Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku (Ankara: Yetkin, 2023), s. 153.

şekilde yapılmaları emredilen işlemler kategorisinde yer aldıkları için, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilmeleri de hukuken zaten mümkün değildir (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/f. II).

Oysa taşınmaz satışı için tapu müdürlüğüne başvurulduğunda, ilgilerinin aynı anda resmî memur huzurunda bulunması kuralı, işlemde birlik (*unitas actus*) ilkesinin zedelenmesi pahasına yumuşatılmıştır. Şöyle ki Tapu Kanunu m. 26/f. II'ye göre; *“Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerde, tarafların farklı tapu müdürlükleri veya yurt dışı teşkilatında bulunmaları hâlinde, taraf iradeleri resmî görevliler tarafından ayrı ayrı alınarak sözleşme tamamlanabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”* 4 Sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m 488/f. III'e göre; *“Tapu müdürlükleri ve yurtdışı teşkilatı, hak sahibinin talebi üzerine, kendi yetki alanı dışında bulunan taşınmazlarla ilgili tapu işlemlerini, taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğünden yetki almak ve kanunen bir engel olmadığını tespit etmek suretiyle yapmaya yetkilidir. Bu fıkraya göre yapılacak tapu işlemlerine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”* Bu hususlar, Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir<sup>16</sup>. Tapu müdürlüklerine has bu düzenlemelerin, noterlerin yapacağı işlemlerde –bu hususta ileride düzenlemeye yapılmaya kadar– kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin noterler tarafından da yapılabileceğini belirten NK m. 61/A hükmünde, noterlerin yer itibarıyla yetkisine ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bu hususta da noterliklerin yetki çevresine ilişkin olarak genel çerçevede bir belirlemede bulunan Noterlik Kanununun 2. maddesi hükmünün dikkate alınması gerekir<sup>17</sup>. Noterin yetki çevresi dışında bulunan bir taşınmazın satışına ilişkin

<sup>16</sup> Bu düzenlemenin resmî şeklin amacı ve işlemde birlik ilkesiyle bağdaşmadığı görüşünde: Sirmen, s. 355.

<sup>17</sup> Anılan yasal düzenleme uyarınca, noterliklerin yetki çevresi, kural olarak, kurulu buldukları asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresiyle sınırlıdır. Bir ilin belediye sınırları içinde, birden fazla noterlik kurulduğu takdirde, her bir noterlik kurulu bulunduğu asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresiyle sınırlı olmaksızın, o ilin belediye sınırları içindeki tüm noterlik iş ve işlemlerini yapmaya yetkilidir. Yine bir ilçede, birden fazla noterliğin kurulmuş olması hâlinde de her bir noterliğin yetki çevresinin, o ilçenin tamamını kapsadığı sonucuna varmak gerekir.

yaptığı sözleşmenin geçersiz sayılıp sayılmayacağı, noterlik hukukunda yapılan genel tartışmada benimsenen sonuca göre değişiklik gösterecektir<sup>18</sup>. Ancak kanaatimizce, bu bağlamda taraf iradelerine üstünlük tanınmalı, resmî senedin geçerliliği için tüm koşullar gerçekleşmişse, salt noterin yer itibarıyla yetkili olmaması gibi bir gerekçeyle satış sözleşmesi geçersiz sayılmamalıdır. Ayrıca notere başvurunun e-Devlet üzerinden yapıldığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne tapu kayıt örneği ve diğer belgelerin tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşıldığı; taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususların anılan sistem üzerinden talep edildiği ve eksikliklerin tapu müdürlüğüne giderilerek sisteme aktarıldığı; böylece sözleşmenin hazırlanması sürecinin baştan sona bilişim sistemi üzerinden yürüdüğü dikkate alındığında, noterin yer itibarıyla yetkili olmamasının mutlak geçersizlik nedeni olarak görülmesi isabetli bir tutum ve davranış teşkil etmez<sup>19</sup>.

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları, taşınmaz satışına ilişkin sözleşmeyi, yerleşim yerlerinin buldukları ülkelerdeki Türk konsoloslukları aracılığıyla yapabilirler. Zira, yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarının, noterlik işleri, yerleşim yerlerinin buldukları ülkelerdeki

---

<sup>18</sup> Noterliklerin yetki çevresini belirleyen NK m. 2 hükmü, eksik ve yetersiz bir nitelik taşımaktadır; yer itibarıyla yetkisizliğin noterlikte yapılmış olan işlemlere etkisi bağlamında herhangi bir belirlemede de bulunmamaktadır. Bugün için doktrindeki egemen görüş, yer itibarıyla yetkiye ilişkin olarak, özel olarak belirlemede bulunulmuş olan hâller dışında (örneğin TMK m. 764'te olduğu gibi), yetkisiz bir noterlikte yapılmış olan işlemin, salt bu nedenle geçersiz sayılmaması gerektiği yönündedir. Bu konudaki tartışmalar ve bu görüş için bkz. Ömer Ulukapı ve Murat Atalı, *Noterlik Hukuku* (Konya: Mimoza, 2013), s. 37-39; Süleyman Çetin ve Derya Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), s. 187-188; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Eylem Apaydın ve Fatih Aydemir, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2021), s.172-173.

<sup>19</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazın bulunduğu yerdeki resmî memur tarafından, o yerin usûli kurallarına göre taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanmasını koşul olarak arayıp aramama hususunda kantonları serbest bırakmıştır. Bkz. BGE 113 II 501, 503-506. Bu hususta ayrıca bkz. CHK/Hitz, Art. 657, N. 4; Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl, ZK, Art. 657, N. 23 vd.; BK/Giger, Art. 216, N. 319 vd.; Alexander Kernen, Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Zürich: Orell Füssli, 2021), Art. 657, N. 4.

Yer itibarıyla herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı İsviçre sınırları içinde herhangi bir yerde taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin resmî senedin düzenlenebileceği görüşünde: BK/Giger, Art, 216, N. 318, 328.

Türk konsoloslukları tarafından konsolosluk binası içinde görülür (NK m. 191-192)<sup>20</sup>. NK m. 193'te konsoloslar hakkında uygulanacak maddeler arasında 61/A maddesi açıkça sayılmamış olsa da bu durumun, yeni hükmün 193. maddeye işlenmesinin unutulmuş olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca noterlerin, genel çerçevede görevlerini belirleyen ve konsoloslar hakkında da uygulanma alanı bulan Noterlik Kanununun 60. maddesinin üçüncü bendinde yapılan değişiklikle taşınmaz satış sözleşmelerini düzenlemek de noterlerin yapacakları işlere ilave edilmiş durumdadır (7413 sayılı Kanun m. 11 ile NK m. 60/f. I, b. 3).

Noter, taşınmaz satış başvurusu üzerine, başvuru belgesi düzenler; taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usûl ve esasları gözetir (NK m. 61/A, f. II).

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler, tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerde bir eksiklik olması hâlinde, ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan kayıt ve belgeler, tapu bilişim sistemi üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır (NK m. 61/A, III).

Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar (NK m. 61/A, V); kanunun gerekçesinde işin önemi nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin bizzat noter tarafından yapılmasının öngörüldüğü belirtilmiştir.

Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde, noterlerce satış işlemi gerçekleştirilemez (NK m. 61/A, VI; Noterler Tarafından Düzenlenen

---

<sup>20</sup> Taşınmaz satış sözleşmesi, yurt dışındaki yabancı bir noter tarafından yapılamayacaktır. Zira noter, tapu bilişim sistemi vasıtasıyla sözleşmeyi hazırlayıp kaydettiğinden, bu sisteme erişimi olmayan yabancı bir noterin taşınmaz satış sözleşmesi hazırlayabilmesi olanak dışıdır. Ayrıca kanun koyucu, noterdeki satış sözleşmesinin içinde tescil talebinin yer almasını da kurgulamış olduğundan yabancı bir noter huzurunda taşınmaza ilişkin tasarruf işleminin yapılabilmesi, gene mümkün görülmecektir. Yabancı bir noter tarafından yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, Türk hukukundaki geçerlilik koşullarını taşıyorsa tahvil yoluyla taşınmaz satış vaadi olarak ayakta tutulabilir.

## Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8/f. V)<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> NK m. 61/A hükmünün son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” yayımlanmıştır (RG, 11.01.2023, S. 32070). Ancak yönetmelik hükümlerinin uygulanması, bilişim sisteminin kurulmasına kadar ertelenmiştir. Yönetmelik Geçici Madde 1 hükmüne göre; *“Bu Yönetmelik hükümleri Kanunun geçici 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 61/A maddesinde kurulması öngörülen bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmi internet sitesinde duyurulduğu tarihe kadar uygulanmaz.”*

Anılan yönetmelikte; taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinde, “başvuru”, “sözleşmenin hazırlanması” ve “sözleşmenin yapılması” şeklinde üç aşamalı süreç öngörülmüştür (m. 5-8). Bu hükümlerde; sözleşmenin düzenlenmesine ilişkin başvuruların sadece Türkiye Noterler Birliğinin “e-randevu/başvuru” uygulamasından e-Devlet kapısı kullanılarak yapılacağı; başvuru uygulamasında listelenen taşınmazlardan satışı yapılacak taşınmazın seçileceği; kişilere ve satış bedeline ilişkin bilgilerin Türkiye Noterler Birliği Bilgi Sistemine (TNBBS) işleneceği ve dayanak belgelerin sisteme yükleneceği; başvuruda, sözleşmenin düzenlenmesi istenilen noterliğin seçileceği; noterin, başvuru üzerine TNBBS’ten başvuru belgesi düzenleyeceği; noterin sözleşme düzenlerken, Türkiye Noterler Birliği tarafından TAKBİS’teki sözleşme şekli ve içeriği gözetilerek hazırlanıp TNBBS’ye kaydedilen sözleşme örneğini kullanacağı; noterin, düzenlediği başvuru belgesini Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne TAKPAS’tan iletacağı ve satışı yapılacak taşınmaza ait ayrıntılı tapu kayıt bilgileri ile diğer bilgi ve belgeleri TAKPAS’tan sorgulayacağı; taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin tamamlanmasından sonra noterin, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamayı dikkate alacağı ve taşınmaz satışıyla ilgili mevzuatta yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözeteceği; buna göre hak sahibini belirleyip taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi hazırlayacağı; hesaplanan tapu harcının TAKPAS’tan Genel Müdürlüğe bildirileceği; Genel Müdürlüğün, işleme ait döner sermaye hizmet bedeli ile tapu harcının tahsiline ilişkin e-tahsilat seri numarası üreteceği ve notere TAKPAS’tan iletacağı; noterin, e-tahsilat seri numarası ve ödeme yöntemi ile sözleşmenin imzalanmasına yönelik randevu tarih ve saatini taraflara kısa mesajla bildireceği; randevu tarih ve saatinde noterlikte hazır bulunmayan taraflara, on gün içinde noterliğe müracaat etmeleri hâlinde işlemin yapılacağı, aksi takdirde başvurunun iptal edileceği bilgisinin aynı gün kısa mesajla bildirileceği; noterin, sözleşmeyle ilgili işlemleri bizzat yapacağı; taşınmaz üzerinde hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verileceği; mevcut hak ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmaz üzerindeki hak ve yükümlülükler sözleşmeye doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyanın

NK m. 61/A hükmü, taşınmaz mülkiyetinin nakli sürecinde sadece borçlandırıcı işlem (satış sözleşmesi) safhasını ilgilendirmektedir; ancak kanun koyucu, tapu uygulamasının etkisiyle bunu aşacak şekilde düzenleme getirmiştir. Şöyle ki tapu müdürlüğünde taşınmazın devrine ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulmasına yönelik olarak düzenlenen resmî senet (borçlandırıcı işlem), taraflarca imzalandıktan sonra tescil istemi, işlemin yevmiye numarası, saat ve dakikası da belirtilerek yevmiye defterine kaydedilmektedir (TMK m. 1017, 1022, Tapu Sicili Tüzüğü m. 21-23). Zira uygulamada resmî senede, tescil talebi de yazılmaktadır. Nitekim Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 7/f. I, b. (i) hükmünde, resmî senette tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanlarının da yer alması öngörülmüştür. Kanun koyucu bu uygulama biçimini, noterlerin düzenleyecekleri satış sözleşmelerinde de benimsemiştir. NK m. 61/A hükmünde yer alan *“Noterler... taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ... (f. II). ... Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır (f. III). Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır ... (f. IV)... Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez (f.VI).”* şeklindeki düzenlemeler göstermektedir ki tapu müdürlüğünün şimdiye kadarki uygulaması Noterlik Kanununa da aktarılmış; borçlandırıcı işlemin (resmî senedin) içinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin<sup>22</sup> de yer alacağı kurgulanmıştır.

---

alınacağı; noterin taşınmazın satışını kısıtlayıcı veya satışa engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi taraflara imzalatıp TAKBİS'ten yevmiye numarası olarak sözleşmeyi ve diğer belgeleri TAKBİS'e kaydedeceği; sözleşmenin TAKBİS'e kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescilin sağlanacağı; sözleşme ile diğer belgelerin süresiz saklanmak üzere TNBBS'ye kaydedileceği ve fiziki olarak arşivleneceği; tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işleminin gerçekleştirilmeyeceği; taraflara, sözleşme imzalandıktan sonra tescilin tamamlanmasını müteakip, noter tarafından tapu senedi verileceği düzenlenmiştir.

<sup>22</sup> Tescil talebinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, malikin tek taraflı tescil talebi, hakkı kazanacak olanın kabul beyanını da içeren bir aynî

Taşınmazın satışına engel durum, notere satıcı olarak başvuran kişinin taşınmaza malik olmamasından yahut tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olmasından doğabileceği gibi mülkiyet nakline ilişkin başka bir hukuki engelden de kaynaklanabilir<sup>23</sup>. Bu hâliyle düzenleme, borçlar hukuku esaslarıyla bağdaşmayacak şekilde geniş kaleme alınmıştır. Çünkü hukukumuzda borçlandırıcı işlem için tasarruf yetkisine ihtiyaç yoktur; yani mülkiyetin (genel olarak bir hakkın) devrine yönelik borçlandırıcı işlemin geçerliliği, devir taahhüdünde bulunan kimsenin tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlı değildir. Bu bağlamda, bir kimse başkasına ait olan yahut kendisine ait olmakla beraber tasarruf yetkisi kısıtlanmış malvarlığı unsurunun satışı hususunda pekâlâ sözleşme (borçlandırıcı işlem) yapabilir ve tasarruf işlemi aşamasında bu borcunu ifa edemezse borca aykırı davranışının sonuçlarından (duruma göre temerrüt veya ifa imkânsızlığı sebebiyle) sorumlu olur. NK m. 61/A hükmünde, tapu uygulamasının etkisiyle tescil talebinin satış sözleşmesinin (resmî senedin) içeriğinde mutlaka yer alması kurgulanmış olduğundan, noterin daha borçlandırıcı işlem aşamasında tasarruf yetkisini araması kanun koyucu tarafından öngörülmüştür<sup>24</sup>.

Noter, taşınmaz mülkiyetinin nakli bağlamında sadece bir taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması evresinde görevlendirilmiştir. Taşınmazın mülkiyetinin nakline yönelik tasarruf işlemlerini gerçekleştirme görev ve yetkisinin, münhasıran tapu müdürlüğüne ait olması gerekir. Tescil talebinin tasarruf işlemi olarak hüküm ifade edebilmesi, istenen hukuki sonucu doğurabilmesi için tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisi tarafından yapılacak olan tescile ihtiyaç vardır. Tescil, aynî hakkın tapu

---

sözleşmedir; bu hâliyle taşınmazlarda tasarruf işlemi oluşturmaktadır. Diğer bir görüşe göre, aynî hakkı kazandıran tasarruf işlemi, tescilin sebebinin oluşturan borçlandırıcı işlemin içinde yer almaktadır. Tescil istemi, hakkın doğumunda etkili olmayan usûli bir işlem den ibarettir. Baskın olarak kabul edilen görüşe göre ise tescil talebi, taşınmaz maliki tarafından yapılan tek taraflı tasarruf işlemidir. Böylece talep, bir yandan tapu memurunun tescil için harekete geçmesini sağlayan bir usûli işlem, diğer yandan hakka etki yapan tek taraflı tasarruf işlemidir. Bu görüşleri savunan yazarlar ve eleştirileri için topluca bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 849-854; Sirmen, s. 194-195; Nomer ve Ergüne, N. 408; OFK/ Pfammatter, Art. 963, N. 2; Peter Liver, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1977), s. 139-140; BSK/Schmid, Art. 963, N. 15.

<sup>23</sup> Örnek olarak 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu gibi özel kanunlarda yer alan sınırlandırmalar nazara alınacaktır.

<sup>24</sup> Oğuzman ve Öz, Cilt 1, N. 473.

kütüğüne yazılmasını ifade eden bir resmî fiildir<sup>25</sup>. Aynî hakkın kazanılmasının tescile bağlı olduğu hâllerde (ki TMK m. 705/f. I uyarınca ana kural budur) tescil, taşınmaz üzerindeki aynî hakkın kazanılmasını sağlayan tasarruf işleminin (tescil talebinin) tamamlayıcı olgusu niteliğindedir<sup>26</sup>. Bu hâlde tescil, aynî hakkın kazanılması bakımından kurucu etkiye sahiptir. Dolayısıyla tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisi tarafından resmî senet şeklinde gerçekleştirilen taşınmaz satış sözleşmelerinden farklı olarak noterlerce hazırlanan taşınmaz satış sözleşmelerinde bir tasarrufi işlem olan ve tapu müdürünü veya tapu müdürlüğü görevlisini tescili yapmak üzere harekete geçiren tescil talebini içeren herhangi bir kayda yer verilmemesi, Türk Medenî Kanununun öngördüğü tapu sicili sistemine daha uygun düşer<sup>27</sup>. Böylece tasarruf işleminin ve onun tamamlayıcı olgusunun (tescil talebi + tescil), aynı resmî görevli (tapu müdürü veya tapu müdürlüğü görevlisi) nezdinde yapılması ve tamamlanması söz konusu olur. Noterin düzenlediği taşınmaz satış sözleşmesinde tescil talebine yer vermesi, tapu müdürlüğünün yetki alanına müdahale anlamına da gelebilir<sup>28</sup>. Tescili de tasarruf işleminin bir parçası olarak görüş açısından bakılacak olursa<sup>29</sup>, noterdeki taşınmaz satış sözleşmesinin içerisinde tescil talebinin de yer alması, tasarruf işleminin parçalara ayrılmasına, farklı resmî memurlar huzurunda başlatılmasına ve tamamlanmasına sebebiyet verir; bu durumun işlemde birlik kuralıyla (*unitas actus*) bağdaştırılması da mümkün olmaz.

<sup>25</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (İstanbul: Filiz, 2017), § 10, N. 11; Sirmen, s. 188.

<sup>26</sup> Sirmen, s. 188-189.

<sup>27</sup> İsviçre hukukunda noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin içerisinde tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinin yer alması (bizde olduğu gibi ikisinin birlikte âdeta ayrılmaz şekilde kurgulanması) söz konusu değildir. Bkz. BSK/Strebel, Art. 656, N. 33, Art. 657, N. 8; BK/Giger, Art. 216, N. 332.

Bununla birlikte taşınmaz malikinin, resmî senette (borçlandırıcı işlem olan taşınmaz satış sözleşmesinde) tescil talebinde bulunmak üzere alıcıya temsil yetkisi verebileceği yahut kanton hukuklarının noteri, tescil talebi için yetkilendirebileceği belirtilmektedir. Bu ihtimalde noter, taşınmaz malikinin yasal temsilcisi sayılmaktadır. İradi yahut yasal temsiline söz konusu olduğu hâllerde, taşınmaz maliki, temsilci tarafından tescil talebi yapıncaya kadar temsil yetkisini her zaman geri alabilir. Bkz. CHK/Hitz, Art. 656, N. 7; CHK/ Deillon-Schegg, Art. 963, N. 5, 16; Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl, ZK, Art. 656, N. 17; BSK/Schmid, Art. 963, N. 38-41.

<sup>28</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s.155.

<sup>29</sup> Tescil talebi (irade beyanı olgusu) ile tescilin (resmî fiil olgusunun) birlikte tasarruf işlemini kurduklarının söylenebileceği görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, § 10, N. 11.

Taşınmaz satış sözleşmesinin içerisinde tescil talebinin bulunması, medenî hukukumuzun temel taşlarından olan borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı ile de uyumlu değildir. Satış sözleşmesiyle mülkiyetin geçtiği Fransız hukukundaki “birlik sistemi” yerine (Code civil Art. 1196), iki aşamalı Alman “ayrılık sistemi”, İsviçre ve Türk hukuklarını etkisi altına almıştır<sup>30</sup>. Kökleri Roma hukukuna kadar uzanan bu sisteme göre, aynı hakkın devren kazanılmasında, *borçlandırıcı işlem* ve *tasarruf işlemi* aşamaları mevcuttur. Aynı hakkı başkasına nakletme veya başkası lehine aynı hak tesis etme taahhüdü, doğrudan doğruya hakkı kazandırmayıp, sadece taahhüt edene, söz konusu sonucu sağlama borcu yükler. Buna bağlı olarak karşı taraf da bu sonucun sağlanmasını talep etme hakkına sahip olur. Taahhüt edenin malvarlığına etkisi, onun pasifini artırmaktan ibaret olan bu işlem, “*borçlandırıcı işlem*” olarak adlandırılır. Bu borcun ifasını gerçekleştiren ve böylece taahhüt edilen aynı hakkın naklini ya da kurulmasını sağlayan işlem ise “*tasarruf (harcama) işlemi*” olarak ifade edilir. Bu işlemin yapılmasıyla, malvarlığında yer alan aynı hak doğrudan doğruya etkilenir. Aynı hakkın kazanılmasında etkili olan ayrılık sistemi, maliki, alıcıya göre daha fazla korumaktadır. Zira malikin, eşyasını bir kimseye satmış olması, onun, söz konusu eşyayı, başkasına satın mülkiyeti devredebilmesine engel değildir. Bunun karşısında alıcı, mülkiyetin devrini yeni malikten isteyememekte, o sadece uğradığı zarar için şahsi nitelikteki tazminat talebini satıcıya karşı ileri sürebilmektedir<sup>31</sup>. Ancak yeni malik, alıcıyı zarara uğratmak amacıyla kasten hareket etmişse alıcı, uğradığı zararın giderilmesini yeni malikten talep edebilir (TBK m. 49/f. II). Bu ihtimalde hâkim, aynen tazmin yoluyla eşyanın mülkiyetinin alıcıya devrine de karar verebilir (TBK m. 51/f. I).

Noterlik Kanunu m. 61/A, f. IV hükmünde, her ne kadar sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili

<sup>30</sup> Rona Serozan, “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Aynı Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan (İstanbul: Beta, 2000), s. 397 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, Taşınır Mülkiyeti (İstanbul: On İki Levha, 2017), N. 178.

<sup>31</sup> Tasarruf işleminde uygulanan öncelik ilkesi (*prior tempore, potior iure*), borçlandırıcı işlemde geçerli değildir. Bir kimse, aynı konuda birden çok borçlandırıcı işlem yapmışsa, bunlar arasında eşitlik söz konusudur. Tarih itibarıyla dava evvel yapılanın, sonrakiler karşısında herhangi bir önceliği yoktur. Ancak Yargıtay, birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması hâlinde, önceki tarihli sözleşmeye üstünlük tanımaktadır. Örnek olarak: Y. 14. HD, E. 2006/9207, K. 2006/9484, T. 21.9.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sağlanır şeklinde bir düzenleme bulunsa da tapu müdürlüğü, tescile engel bir durum görürse, tescili reddedebilir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 26/f. I)<sup>32</sup>. Noter tarafından sözleşme düzenlenmiş olsa bile tapu müdürlüğü, hukuka aykırı tescil taleplerini, tapu kütüğüne işlemek zorunda değildir. Tescil talebinde bulunma yetkisi, taşınmaz malikine aittir (TMK m. 1013/f. I)<sup>33</sup>. Tapu müdürlüğü, tescil işlemini gerçekleştirmeden önce tescil talebinde bulunanın taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını ve noterce düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin öngörülmüş olan resmî şeklin gereklerine uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını araştırmakla ödevlidir<sup>34</sup>. Şayet tescil talebinde bulunan fiil ehliyetine veya tasarruf yetkisine sahip değilse yahut noterce yapılmış olan taşınmaz satış sözleşmesi şekle aykırı ise, icra edilecek olan tescil, yolsuz bir tescil niteliği taşıyacağı için tapu müdürlüğü tescilden kaçınmak zorundadır (Tapu Sicili Tüzüğü m. 18, 19, 26).

Yapılacak olan taşınmaz satış sözleşmesini içeren resmî senette objektif esaslı noktalar ile bu sözleşmeyle doğrudan doğruya ilişkisi bulunan subjektif esaslı noktaların yer alması gerekir<sup>35</sup>. Bu husus da gözetilmek suretiyle hazırlanacak olan resmî senette;

➤ Satış sözleşmesinin taraflarının, kimlik bilgileri ve adresleri; sözleşme, tarafların kanuni ya da iradi temsilcisi ya da temsilcileri<sup>36</sup> aracılığıyla gerçekleştirilmek isteniyorsa, onlara ve temsil olunana ait kimlik bilgileri, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları ve adresleri. Yine bu bağlamda, yabancı ülke vatandaşının, vatandaşı olduğu ülkeye ait pasaport

<sup>32</sup> Hükümden, noterin kararına tapu müdürlüğünün uyacağını anlaşıldığını; tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumlu olması nedeniyle bu düzenlemenin isabetli olmadığı yönünde: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 1403c.

<sup>33</sup> Aynı hakkı kazanan kişi kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eş değer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur. Bir aynı hakkı tescilden önce kazanan kimse, gerekli belgeleri ibraz ederek tescili zaten isteyebilir (TMK m. 1013/f. II-III, Tapu Sicili Tüzüğü m. 17/f. I).

<sup>34</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 155.

<sup>35</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 153-154; CHK/Hitz, Art. 657, N. 11; OFK/Kernen, Art. 657, N. 10-11. Karş. Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl, ZK, Art. 657, N. 16 vd.; BSK/Strebel, Art. 657, N. 55-57.

<sup>36</sup> Taşınmaz devrinde vekilin özel olarak yetkili kılınması gerekir (TBK m. 504/f. III). Temsil yetkisi verme beyanının şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır (karş NK m. 89, Tapu Sicili Tüzüğü m. 18/f. IV). Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 1427 vd.; Nomer ve Ergüne, N. 406-407; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982), s. 260 vd.; Özge Uzun Kazmacı, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil (Ankara: Yetkin, 2022), s. 98 vd.

veya yabancı ülke kimlik bilgisi, yabancı kimlik numarası veya potansiyel vergi kimlik numarası; kişi vatansız ise vatansız kişi kimlik bilgileri ve potansiyel vergi kimlik numaraları; mavi kart sahibi ise, mavi kart kimlik numarası belirtilmek gerekir (Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5/f. III, b. (a), 3-4).

➤ İlgililerin ve varsa işleme katılan tanıklarla tercümanların imzaları.

➤ Satış sözleşmesine konu olan taşınmazı tanımlamaya yarayan bilgiler. Bu bağlamda taşınmazın mahallesi veya köyü, pafta, ada ve parsel numarası, bağımsız bölüm satışı söz konusuysa onun numarası, yüz ölçümü, sınırları, cinsi, toplu mülkiyet ilişkisi mevcutsa türü, paylı mülkiyet söz konusuysa mülkiyet payı zikredilebilir.

➤ Varsa taşınmaz üzerindeki takyidatlar ve bunların neler olduğu. Bu çerçevede irtifak hakları, taşınmaz yükü, taşınmaz rehni, şerhler ve beyanlar sayılabilir. Yine noter, taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması evresinde, somut işlem bağlamında yasal önalım hakkına sahip bir kişi mevcutsa, bu hususa işaret etmek ve bunun yapıldığına dair sözleşmeye bir kayıt düşmek zorundadır.

➤ Rayiç değer üzerinden taşınmazın satış bedelinin tutarı<sup>37</sup>. Bu bağlamda, Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine

<sup>37</sup> Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Yetkin, 2020), s. 194-195; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, N. 553; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 1400.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun çerçevesinde çıkarılan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (RG, 13.09.2018, S. 30534) ve bu bağlamda Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de yapılan değişiklikler ve sınırlamalar çerçevesinde alıcı tarafın yabancı olduğu taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesi mümkündür. Nitekim Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5/f. III, b. (c) hükmünde, "yabancı gerçek kişilerin alıcı taraf olduğu işlemlerde ise döviz alım belgesinde kayıtlı Türk lirası tutar"ın resmî senette yer alması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Döviz alım belgesi, yabancı alıcı tarafından tapu müdürlüğünde veya noterlikte taşınmaz satış sözleşmesi yapılmadan önce satış bedelinin tamamı kadar dövizin merkez bankasına satılmak üzere Türkiye'de faaliyet gösteren bir bankaya satıldığını gösteren belgedir. Dövizin alıcı tarafından bankaya satılmasını takiben ödeme satıcının hesabına Türk Lirası olarak yapılabileceği gibi döviz, yabancı alıcı tarafından satıcının hesabına, sonrasında satıcı tarafından da merkez bankasına bozdurulmak amacıyla bir bankaya da satılabilir.

Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5/f. III'ün (c) bendinde, klasikleşmiş tapu uygulamasında olduğu gibi, satış bedelinin gösterilmesine ilişkin olarak, taşınmazın emlak vergisi değeriyle taraflar arasında kararlaştırılan satış bedelinin; yabancı gerçek kişilerin alıcı taraf olduğu işlemlerde ise, döviz alım belgesinde kayıtlı Türk Lirası tutarın esas alınması gerektiğine açıkça vurgu yapılmıştır. Noterin, taşınmaz satışına ilişkin olarak düzenleyeceği resmî senette, sözleşmenin objektif esaslı unsuru olan satış bedelini göstermesi gerektiği ve kendisinin yaptığı (ve hatta yapmadığı) işlemlerden ötürü ağırlaştırılmış özen yükümünün ihlalden kaynaklanan kusursuz sorumlu olduğu dikkate alındığında, taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedelinin gösterilmesi bağlamında son derece geniş bir ölçekte araştırma yapma ve aydınlatma yükümlülüğüyle<sup>38</sup> karşı karşıya bulunduğu söylenebilir. Bu itibarla taraflarca beyan edilen satış bedeli tutarı, taşınmazın emlak vergisi değerinin altında olduğu hâlde noter, satış sözleşmesini yaparsa, özellikle satış bedelinde muvazaa ve aşırı yararlanma gibi sebeplerle sözleşmenin geçersizliği söz konusu olduğunda, bundan zarar görenlere karşı hukuken sorumluluk altına girebilir. Zira noter, işlem güvenliğinin tesisi bağlamında, geçerli bir hukuki işlemin yapılmasını sağlamakla ödevli olduğundan, yapılmak istenen işlemin, geçersizlikle malûl olacağı hallerde, ilgililerin dikkatini çekmek zorundadır<sup>39</sup>. Bilhassa noter, yapılmak istenen hukuki işlemle, ilgililerden birisinin aldatıldığı ya da sömürüldüğü açıkça anlaşılmalıkta ise, aldatmaya maruz kalan ya da sömürülen ilgiliyi, özel bir hassasiyet göstererek ikaz etmelidir<sup>40</sup>. Keza

<sup>38</sup> Noterlik Kanununun 72. maddesinin üçüncü fıkrasıyla Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 91. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeler, noterin, danışmanlık işleviyle de sıkı bir organik bağılılığı bulunan araştırma yapma ve aydınlatma yükümlülüğünün somut delilleri olarak gösterilebilir (Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 127). Çünkü, hukuki ilişkilerin, hukuki sorunların doğumunu önleyecek şekilde şimdiden biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri doğrultusunda, somut olayın özgün koşullarına göre, belirli bir hukuki kalıp içerisinde bir bütün halinde yapılandırılması, zaten danışmanlık işinin esasını oluşturur. Dolayısıyla noterin, işlem bazında ilgiliyi kanalize edebilmesi ve işlemin inşası sürecine katkı sağlayabilmesi için ilgiliye, iradesini serbestçe ve istediği bir biçimde beyan etmesine imkân veren bir ortamı yaratması gerçek arzusunun ne olduğunun tam anlamıyla açıklığa kavuşturulması bağlamında sorular sorması, yapılacak olan işlemin yasal gereklilikleri, tabi olduğu şekil şartları, hüküm ve sonuçları konusunda izahat vermesi ve ileride doğabilecek muhtemel sorunların şimdiden bertaraf edilebilmesi için, ne gibi düzenlemelere yer verilmesinin daha uygun düşeceği hususunda aydınlatıcı bilgiler sunması gerekir (Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 128-129).

<sup>39</sup> Cenk Akil, "Noterlerin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Barosu Dergisi, 2022, Sayı: 3, s. 219-233, s. 225.

<sup>40</sup> Akil, s. 226.

taşınmazın emlak vergisi değeri rayiç değerinin çok altında ise noterin satış sözleşmesine ilişkin resmî senette emlak vergisini göstermekle yetinmesi, kendisini sorumluluktan kurtarmaya gene yeterli olmayabilir. Çünkü, geniş kapsamlı araştırma yapma ve aydınlatma yükümlülüğü ve kurtuluş kanıtı getirmeye dahi olanak vermeyen kusursuz sorumluluk, doğası gereği noterin, bedelde muvazaa ve aşırı yararlanma (TBK m. 28) iddialarına sebebiyet vermemesini, taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi noktasında gerekli araştırma ve incelemeleri yapmasını, karşılaştırılan bedel rayiç değerinin altında ise, belge bazında tüm ilgililerin tarafsız danışmanı sıfatıyla dikkatini çekmesini zorunlu kılar<sup>41</sup>. Öte yandan noterlerin, harç ve vergi toplama yükümlülükleri yasal çerçevede açıkça hüküm altına alınmıştır (NK m. 118). Taşınmazın satış bedelinin rayiç değerinin altında gösterilmesi ise, âdeta bu bağlamda, devletin tahsildar memuru konumunda bulunan noterin, daha az harç tahsil etmesine ve dolayısıyla Devletin zarara uğratılmasına sebebiyet verir. Tüm bu gerekçelerle, noterlikçe düzenlenecek satış sözleşmelerinde taşınmazın satış bedelinin rayiç değer olarak gösterilmesinin hukuki bir zorunluluğun yansımaları olduğunu açıkça ifade etmek gerekir.

➤ Tarafların kararlaştırmış oldukları ceza koşulu, cayma parası, satış bedelinin bir kısmının ödenmesinin vadeye bağlanması gibi satış sözleşmesinin objektif esaslı noktaları (tipik edimleri) ile sıkı bir ilişki içinde bulunan edim ve karşı edimi açıklayan, güçlendiren taraflardan her ikisinin veya yalnızca birisinin satış sözleşmesinin olmazsa olmaz şartı hâline getirdiği subjektif esaslı noktalar<sup>42</sup>.

➤ Tarafların satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile varsa takyidatların alıcı tarafından kabul edildiğine ilişkin irade beyanını içeren kayıt (Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8/f. III).

➤ Yabancılara taşınmaz satışı gerçekleştiriliyorsa, karşılıklılık esası ile mevzuatın öngördüğü diğer sınırlamaların nasıl sağlandığına ilişkin izahat.

<sup>41</sup> Sözleşmedeki geçersizlik sebebinde zarar görenin birlikte kusurunun etkisi için bkz. dn. 62'nin bağlı bulunduğu metin ve dn. 66.

<sup>42</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 1402. Ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, 2008, s. 80 vd.; Caner Taştan, Sözleşmenin Kurulması (İstanbul: On İki Levha, 2021), s. 189 vd.

- Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlendiği yer ve tarihi.
- Resmî senedi hazırlayan noterin, adı soyadı, mühürü ve imzası.

bulunmalıdır. Ancak vurgulamak gerekir ki satış sözleşmesinin objektif ve subjektif esaslı unsuru dışındaki diğer hususların resmî senette yer almaması (örnek olarak sözleşmenin düzenlendiği yer, adres bilgileri vs.), sözleşmenin şekle aykırılığına ve dolayısıyla geçersizliğine yol açmaz.

Noter, taraflarca imzalandığı anda yevmiye numarası alarak tapu bilişim sistemine kaydettiği satış sözleşmesini ve diğer belgeleri, sisteme aktarır ve fiziki olarak arşivler (NK m. 61/A, f. IV).

Noter tarafından düzenlenecek resmî senede, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı herhangi bir kayıt ve şart konulamaz. Bir başka ifadeyle noterde düzenlenecek satış sözleşmesinin içerisinde yer alacak olan tescil talebinin, geciktirici yahut bozucu koşula bağlı olarak yapılması mümkün değildir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 16/f. II, TBK m. 243/f. II, Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 7/f. IV). Fakat taşınmaz satış sözleşmesinin (borçlandırıcı işlemin) kendisi koşula bağlı olarak yapılabilir. Sözleşmede geciktirici koşul kararlaştırılmışsa, koşul gerçekleşmeden tescil isteminde bulunulamaz (TBK m. 243/f. I). Satış sözleşmesinde bozucu koşul öngörülmüşse, bu sözleşmeye dayanarak tescil talebinde bulunmak mümkün olur (karş. TMK m. 523/f. II, TBK m. 292) ve bu ihtimalde aynı hak, koşulsuz olarak tescil edilir<sup>43</sup>. Hazırlanan sözleşmede, silinti, kazıntı ve çıkıntı yapılamaz (Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8/f. VI).

Noterler tarafından yapılacak olan taşınmaz satış sözleşmeleri bağlamında, sadece Harçlar Kanunu uyarınca tapu harcı alınır; bu sözleşmeler, damga vergisinden ve bu işlemlere ilişkin kâğıtlar da değerli kâğıt bedelinden muaf tutulmuşlardır (NK m. 61/A, f. VII-VIII). Noterler, gerçekleştirmiş olduğu taşınmaz satış sözleşmeleri bağlamında, sadece taşınmazın değerine göre beşyüz Türk Lirasından az ve dörtbin Türk Lirasından fazla olmamak kaydıyla<sup>44</sup> ücret tarifesinde gösterilecek olan tutar

<sup>43</sup> Bozucu koşulun gerçekleşmesinin aynı etkili olup olmadığı; bozucu koşulun gerçekleşmesi üzerine aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine dönüp dönmeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Sirmen, s. 197-198.

<sup>44</sup> Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır (NK m. 61/A, f. IX).

üzerinden noter ücreti talep edebilirler. Bunun dışında, herhangi bir talepte bulunamazlar (NK m. 61/A, f. IX). Ayrıca işlemi yapan noterliklerce, taşınmaz satış sözleşmeleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez (NK m. 61/A, f. X).

### III. TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİ BAĞLAMINDA, NOTERLERİN HU-KUKİ SORUMLULUĞUNUN İRDELENMESİ

Noterlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili düzenleme, Noterlik Kanununun 162. maddesinde yer almaktadır. Anılan hukuki düzenlemeye göre, stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noterlerin hukuki sorumluluğu, nitelik itibarıyla ağırlaştırılmış özen (sebeb) sorumluluğudur<sup>45</sup>.

Noterin, bizzat yahut çalışanın noterlik görevinin icrası bağlamında yapmış olduğu işlem ya da gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kendisinin ya da çalışanın kusurlu olması şart değildir<sup>46</sup>.

7413 sayılı Kanunun 11 ve 12. maddeleriyle Noterlik Kanununa getirilen ekleme ve değişiklik sayesinde taşınmaz satış sözleşmesinin noterler

<sup>45</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin, 2021), s. 374; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, s. 182-183. Bu yönde örnek olarak bkz. YHGK, E. 2013/2329, K. 2015/1444, 27.05.2015 (Legalbank).

Noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliği itibarıyla Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğa benzeyen kusursuz bir sorumluluk türü olduğu konusundaki görüş için bkz. Ulukapı ve Atalı, s. 219-220; Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2014, s. 97.

Noterin bizzat yapmış olduğu fiil ve işlemlerden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun kusur sorumluluğu; çalışanın yapmış olduğu işlem ve fiillerden kaynaklanan zararlardan dolayı hukuki sorumluluğun ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olduğu yönündeki görüş için bkz. Serdar Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, s. 429, 430-431; ayrıca bkz. ve karşı. Tuğçe Tekben, "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2021, Sayı: 3, s. 94 vd.

<sup>46</sup> Çalışanın kusuru yoksa, noterin sorumlu tutulmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Nart, s. 432.

tarafından da yapılabilmesi imkânının bir sonucu olarak noterlerin sorumluluğu, bu işlemlerden doğabilecek zararı kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 7413 sayılı Kanununun 13. maddesiyle Noterlik Kanununun 162. maddesine eklenen ikinci fıkraya göre; *“Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder ...”*

Tapu sicilinin tutulması nedeniyle sorumluluk, esas itibarıyla TMK m. 1007’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumlu olup Devletin, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır<sup>47</sup>. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların Devlet tarafından tutulan bir sicille açıklık kazanmasının ve bu suretle işlem güvenliğinin sağlanmasının bir uzantısı olarak tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zararlardan Devletin kusursuz olarak sorumlu olduğu esas benimsenmiştir<sup>48</sup>. Buna göre Devletin ağırlaştırılmış objektif sorumluluğunun doğumu için tapu sicilini tutmakla görevli olan memurunun kusurlu olmasına gerek yoktur; görevlinin zararın doğmasındaki kusuru, zarar görene tazminat ödeyen Devletin rücu talebinde bir rol oynar. TMK m. 1007’de Devlet için öngörülen kusursuz sorumluluk, asli (birincil) niteliktedir. Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar, görevli memurun kusurundan kaynaklansa bile zarar gören, direkt Devlete karşı tazminat davası açabilir. Kanun koyucu, benzer bir sorumluluk rejimini, taşınmaz satış sözleşmelerini yapmakla yetkilendirdiği noterler için de getirmiştir.

Noterlik Kanununun 162. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, noterlerde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmeleri sebebiyle doğacak zararlardan dolayı sorumluluk açık bir şekilde öngörülmüş; bu tür zararlar bakımından Devletin asli sorumluluğu muhafaza edilmiş; ancak noterlerin de Devletin yanında kişisel olarak sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Noterlerin bu bağlamdaki sorumluluğun doğumu ve tabi olacağı rejim hakkında Noterlik Kanunu m.

<sup>47</sup> Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğu hakkında bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 642 vd.; Nomer ve Ergüne, N. 322 vd.; Sirmen, s. 135 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 447 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 206 vd.; Cüneyt Pekmez, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu (İstanbul: On İki Levha, 2013), s. 5 vd.

<sup>48</sup> TMK m. 1007’de öngörülen kusursuz sorumluluk, yalnızca gerçek hak sahiplerinin uğradıkları zararları değil, tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenerek işlem yapan, fakat bu güvenleri korunmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradıkları zararları da kapsar. Bkz. Sirmen, s. 136.

162/f. I'deki esaslar uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterin sorumlu tutulabilmesi için, şu şartların varlığı aranacaktır:

- Noter, taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemiş olmalıdır.
- Taşınmaz satış sözleşmesinde hukuka aykırılık mevcut olmalıdır.
- Zarar doğmuş olmalıdır.
- Zarar ile sözleşmenin hukuka aykırı şekilde düzenlenmesi arasında uygun nedensellik bağı mevcut olmalıdır.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki Noterlik Kanunu m. 162/f. II hükmü, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi nedeniyle meydana gelen zararı düzenlediği için noterin buradaki sorumluluğu, yapma şeklindeki olumlu bir davranıştan doğmaktadır. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yapmak zorunda oldukları hâlde (NK m. 61/A, f. V), taşınmaz satış sözleşmesi, stajyer, kâtip veya kâtip adayları tarafından yapılmışsa, bu sözleşmeden doğan zararlardan da sorumludurlar. Noterin bizzat yapmak zorunda olduğu işlemi başkalarına yaptırması, sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsurunu evleviyetle oluşturur.

Noterin taşınmaz satış sözleşmesini yapmaktan hukuka aykırı şekilde kaçınması nedeniyle bir zarar ortaya çıkarsa (örnek olarak yapılması amaçlanan bedelle taşınmazı satma veya alma imkânının kaçırılması yüzünden satıcı yahut alıcı kayba uğramışsa), noterin olumsuz fiilinden (bir işin yapılmamasından) doğan sorumluluğu, Noterlik Kanunu m. 162/f. I'de yer alan genel sorumluluk hükmüne tabi olur<sup>49</sup>.

Tapu sicilinin tutulması, sicilin açıklama görevini yerine getirebilmesi için, hukuken yapılması gereken faaliyetlerin tamamını ifade eder<sup>50</sup>. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme için resmî senedin hazırlanması, sicil tutma kavramının kapsamına girmemektedir<sup>51</sup>. Noterin hazırladığı taşınmaz satış sözleşmesinde bir hukuka aykırılık mevcutsa (örnek olarak resmî senette parsel numarası yanlış yazılmışsa) ve tapu memuru alıcı adına tescili yapmaktan kaçınırsa, bundan doğan zarardan yalnızca noter sorumlu

<sup>49</sup> Noterin sözleşme yapmayı reddetmesi hâlinde, bu süreçte meydana gelebilecek zarardan TMK m. 1007'ye göre Devletin sorumlu olması gerektiği görüşünde: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 647a.

<sup>50</sup> Sirmen, s. 137.

<sup>51</sup> Sirmen, s. 138; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 208; Pekmez, s. 80.

olur. Noterin satış sözleşmesi yapma yetkisi ile tapu memurunun tasarruf işlemi tamamlama yetkisi birbirinden farklıdır. Bu ihtimalde Devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak noterin hazırladığı hukuka aykırı sözleşmeye dayalı olarak tapu siciline tescil yapılmışsa, bundan kaynaklanan zarardan hem Devlet hem de noter birlikte sorumlu olur.

Noterlik Kanunu m. 162/f. II uyarınca noterin sorumluluğundan söz edebilmek için noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinde hukuka aykırılık bulunmalıdır. Buradaki hukuka aykırılık, kişilerin malvarlığı menfaatlerini koruyan hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir<sup>52</sup>. Bu kurallar, noterlik mevzuatından doğabileceği gibi hukukun diğer dallarından (kamu hukukundan veya özel hukuktan) da kaynaklanabilir; hukuk düzeni, herkese belirli şekilde davranma, başkasına zarar vermeme ödevi yüklemiştir. Noterin, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı taşıyan yazılı veya yazılı olmayan davranış kurallarını ihlal etmesi, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesine sebebiyet verir. Örnek olarak sözleşme taraflarından biri tam fiil ehliyetine sahip değilse yahut sözleşmede şekle aykırılık varsa<sup>53</sup>, bundan dolayı oluşan zarardan noter sorumludur. Keza sahte bir vekâletnameye yahut mirasçılık belgesine dayalı olarak yapılan taşınmaz satış sözleşmesinden doğan zarardan noter sorumlu olur<sup>54</sup>. Bünyesinde hukuka aykırılık barındıran

---

<sup>52</sup> Saibe Oktay-Özdemir, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan (İstanbul: Alkım, 2007), s. 696. TMK m. 1007 bağlamında Devletin sorumluluğunda bu yönde: Sirmen, s. 139; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 650. Karş. Pekmez, s. 64-65 (yazar, Devletin sorumluluğu için tapu memurunun sicilin tutulmasıyla ilgili görevlerine aykırı davranması gerektiği görüşündedir).

Yargıtay da TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunun doğumu için tapu sicilinin tutulmasında, kişilerin malvarlığı çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olmasını yeterli görmektedir. Örnek olarak bkz. Y. 5. HD, E. 2020/8782, K. 2021/1139, 09.02.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>53</sup> Taşınmaz satış sözleşmesi, medeni hukuk esaslarının yanı sıra noterlik mevzuatına göre hatalı ya da eksik yapılmışsa, noter açısından sorumluluk gene doğmuş olur.

<sup>54</sup> Sahte bir belgeye (vekâletname, mirasçılık belgesi, kimlik belgesi vs.) dayalı olarak yapılan işlemlerde Devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususta bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 651-652; Nomer ve Ergüne, N. 324; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 450 vd.; Pekmez, s. 110 vd.

satış sözleşmesine dayalı olarak tapu siciline tescil yapılmışsa, bu zarardan TMK m. 1007 uyarınca Devlet de sorumlu olur<sup>55</sup>.

Noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma dolayısıyla iptal edilebilir olduğu yahut sözleşmede başka bir geçersizlik nedeninin (kamu düzenine aykırılık, imkânsızlık vs.) bulunduğu hâllerde, meydana gelen zarardan noterin sorumlu olup olmayacağı noktasında, Noterlik Kanunu m. 72/f. III hükmü dikkate alınmak durumundadır. Bu düzenleme uyarınca noter, iş yaptırarak kimselerin gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle ve bunu resmî senede yansıtmakla yükümlüdür. Bu bağlamda noter, tüm işlem ilgililerinin objektif çerçevede hukuk danışmanı konumundadır<sup>56</sup>. Noterin işlem sırasında ilgiliyi uyarması ve yönlendirmesi gerekmektedir. Noterin ilgiliyi yönlendirebilmesi için ona iradesini serbestçe beyan etmesine imkân veren bir ortam sunması, sorular sorması, yapılacak işlemin şartları ve sonuçları hakkında dikkatini çekmesi, doğabilecek sorunların baştan önlenmesi için hangi düzenlemelere yer verilmesinin uygun olacağı hakkında aydınlatıcı bilgiler sunması gerekir (Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 91/f. III)<sup>57</sup>. Noterin kendisine yüklenmiş olan bu yükümlülükleri yerine getirmemesi, kişilerin malvarlığı menfaatlerini koruyan hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir ve noterin sorumluluğuna yol açabilir. Bu bağlamda yapılacak araştırma, noterin kusurunun değil; görevinin kapsamının belirlenmesini konu alır<sup>58</sup>. Noterin sorumluluğunun kusursuz olması, böyle bir araştırmaya engel değildir. Ancak noterin kişilerin malvarlığı menfaatlerini koruyan hukuk

<sup>55</sup> Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlarda, sahte vekâletnameye yahut mirasçılık belgesine dayanarak sicile yolsuz tescilin yapıldığı hâllerde, ortaya çıkan zarardan Devleti sorumlu tutmaktadır. Örnek olarak Y. 5. HD, E. 2020/8782, K. 2021/1139, 09.02.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 5. HD, E. 2021/8752, K. 2021/15261, 16.12.2021 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 2, Şubat 2022, s. 276-281); Y. 20. HD, E. 2015/2956, K. 2015/4093, 12.05.2015 (Legalbank).

Sahte vekâletnameye dayalı olarak düzenlenen satış sözleşmesi uyarınca alıcı lehine tescil yapılmışsa, alıcı lehine olan yolsuz tescilin gerçek hak sahibi tarafından açılan davayla düzeltilmesi durumunda, alıcının uğradığı zarardan Devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumlu olmayacağı görüşünde: Sirmen, s. 140-141. Bu yönde: YHGK, E. 2002/4-640, K. 2002/830, 16.10.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 165.

<sup>57</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 165.

<sup>58</sup> TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğu bakımından memurun görevinin kapsamının tayin edilmesi gerektiği yönünde: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 652; Pekmez, s. 64-65, 116 vd.

kurallarına uygun davranması, hiç şüphesiz kendi görev alanıyla sınırlıdır<sup>59</sup>. Bu bağlamda özellikle Noterlik Kanunu m. 61/A hükmü de yol gösterici olacaktır. Noter, taşınmaz üzerindeki kısıtlamaları yahut taşınmaz satışıyla ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan sınırlamaları dikkate almamışsa, satışa engel hukuki durumu gözetmemişse, taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerde eksiklik olduğu hâlde, taşınmaz satışını gerçekleştirmişse (NK m. 61/A)<sup>60</sup>, resmî senedin hazırlanmasında şekil kurallarına uymamışsa, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan kendisi sorumlu olur. Ancak zarar görenin sözleşmedeki geçersizliğe sebebiyet verdiği hâllerde (örnek olarak muvazaada, kamu düzenine aykırılıkta vs.), hâkim noterin tazminat sorumluluğunu indirebilir veya tamamen kaldırabilir (TBK m. 52/f. I). Sözleşmenin kuruluşundaki hukuka aykırılığın tapu müdürlüğünün eksik ya da yanlış bilgilendirmesinden kaynaklandığı hâllerde ise noter zarar görene karşı gene Devlet ile birlikte kusursuz sorumlu olacaktır. Ancak tapu memurunun kusuru Devlete izafe edileceğinden, bu durum iç ilişkide tazminatın paylaşılmasında göz önünde tutulur (TBK m. 62/f. I).

Noterlik Kanunu m. 162/f. II uyarınca noterlerin sorumluluğu için aranan bir diğer şart, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi nedeniyle zarar meydana gelmiş olmasıdır. Buradaki zarar maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar, malvarlığında bir eksilmenin (fiilî zarar) oluşması yahut bir artmanın engellenmesi (kâr kaybı) şeklinde ortaya çıkabilir. Sözleşme yapma giderleri, tapu sicilinin düzeltilmesi için yapılan giderler, muhakeme masrafları, iyiniyetle kazanmanın korunduğu hâllerde, taşınmazın değeri, iyiniyetin korunmadığı hâllerde, alıcının ödediği satış bedeli, tazmini gereken zarar kalemlerine örnek olarak gösterilebilir. Ancak tapu sicilindeki yolsuzluğun düzeltilmesi mümkün olduğu sürece, mülkiyet hakkının kaybından kaynaklanan zararların giderilmesi söz konusu olmaz; bunun için tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması ve zararın gerçekleşmiş olduğunun

<sup>59</sup> Hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bu yaklaşım biçimi, esasında subjektif teoriye daha yakın durmaktadır. Bununla birlikte hukuka aykırılığı açıklayan subjektif ve objektif teoriler arasında pratik bir fark bulunmamaktadır; sonuçta her ikisi de aynı anlama gelmektedir. Bkz. Andreas von Tuhr ve Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (Zürich: Schulthess, 1979), s. 408-409, dn. 17.

<sup>60</sup> Noterin, tapu müdürlüğünden verilen yetersiz bilgi ya da verilmeyen bilgilerle taşınmaz satış sözleşmesini kurması nedeniyle tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan Devletin sorumluluğuna ortak edilmesinin sorunlu olduğu yönünde: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 647a, dn. 419a.

mahkeme kararıyla belirlenmesi gerekir<sup>61</sup>. Tapu sicilinin düzeltilmesi gerçekleşirse (hukuka aykırı sözleşmeye dayalı olarak alıcı lehine yapılan yolsuz tescil terkin edilirse), gerçek malik, sadece yargılama giderleri ile yolsuz tescil süresince yoksun kaldığı ürünler için noterin ve Devletin sorumluluğuna gidebilecektir.

Noterlerin sorumluluğu için aranan son şart, ortaya çıkan zarar ile taşınmaz satış sözleşmesinin hukuka aykırı olarak düzenlenmesi arasında uygun bir nedensellik bağının bulunmasıdır. Buna göre zarar, hayatın olağan akışı içinde taşınmaz satış sözleşmesinin hukuka aykırı olarak düzenlenmesinin uygun bir sonucu olarak ortaya çıkmış olmalı; bir başka ifadeyle taşınmaz satış sözleşmesindeki hukuka aykırılığın, bu tür bir zararı doğurmaya elverişli bir nitelik taşıdığı olağan hayat tecrübelerine göre kabul edilebilmelidir. Ancak zarar görenin yahut üçüncü kişinin davranışı, noterin fiili ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağı kesebilir<sup>62</sup>; nedensellik bağının kesildiği hâllerde, noterin sorumluluğundan söz edilemez<sup>63</sup>. Keza zararın bir taşınmaz için birden fazla sayfa açılmasından (çift tapu durumundan) kaynaklandığı hâllerde, noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmaz<sup>64</sup>; meğerki noterin, tapu bilişim sistemi vasıtasıyla kendisiyle paylaşılan belgelerden bu durumu fark etmesi mümkün olsun.

Noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenleme (NK m. 162) emredici nitelikte olup aksinin sözleşmeyle kararlaştırılması (sorumluluğun

<sup>61</sup> Oktay-Özdemir, s. 703-704. Devletin sorumluluğu bakımından bu yönde: Sirmen, s. 141. Karş. Pekmez, s. 128-129.

<sup>62</sup> Nedensellik bağının kesilmesi hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2 (İstanbul: Vedat, 2022), N. 146.

<sup>63</sup> Oktay-Özdemir, s. 709 vd.

Bazı Yargıtay kararlarında, sahte belge kullanılarak yapılan işlemlerde, sahte belgenin aldatma yeteneğine (iğfal kabiliyetine) sahip olduğu hâllerde, nedensellik bağının kesildiği kabul edilmektedir. Örnek olarak bkz. Y. 3. HD, E. 2020/10188, K. 2021/2925, 18.03.2021; Y. 3. HD, E. 2017/8328, K. 2019/4678, 20.05.2019 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); YHGK, E. 2013/2329, K. 2015/1444, 27.05.2015 (Legalbank). Bu hususta bkz. Nomer, N. 117.15.

Üçüncü kişinin kusurunun, Devletin sorumluluğu bakımından nedensellik bağına hiçbir zaman kesmeyeceği görüşünde: Sirmen, s. 143. Aynı yönde bkz. Y. 21. HD, E. 2015/2441, K. 2016/6202, 01.06.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>64</sup> Çift tapu hâlinde, TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğu söz konusu olur. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 650; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 458; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 209; Pekmez, s. 72 vd.

kaldırılması yahut sınırlandırılması) mümkün değildir. Noterlerin hukuki sorumluluğuna, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine ait esaslar uygulanır (TBK m. 49 vd.)<sup>65</sup>. Bu itibarla zararın ve tazminatın belirlenmesi (TBK m. 50 vd.), birlikte sorumluluk (TBK m. 61-62), zamanaşımı (TBK m. 72-73) ve geçici ödemeler (TBK m. 76) bağlamında haksız fiillere ilişkin hükümler işlerlik kazanır. Keza tazminatın belirlenmesinde durumun gereğinin (TBK m. 51/f. I), zarar görenin birlikte kusurunun (TBK m. 52/f. I)<sup>66</sup> ve tazminatın davalıyı yoksulluğa düşürecek olmasının (TBK m. 52/f. II) dikkate alınacağına dair esaslar, noterlerin hukuki sorumluluğunda da uygulanma alanı bulur. Ancak zararın doğumunda veya artmasında etkili olan üçüncü kişinin kusurlu fiili, noterin sorumlu olduğu tazminatın azaltılmasına yol açmaz; bu durum, sorumlu kişi sayısının artmasına sebebiyet verir<sup>67</sup>.

Notere karşı açılacak tazminat davasının davacısı, taşınmaz satış sözleşmesinin hukuka aykırı şekilde düzenlenmesinden dolayı zarar görendir. Satış sözleşmesine konu edilen taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet varsa, zarar gören her paydaş, kendi payı için tazminat davası açabilir. Elbirliği mülkiyetinde ise, davanın, elbirliği ile maliklerin tamamı tarafından açılması gerekir; zira, elbirliğiyle hak sahipliği, tazminat alacağı üzerinde de aynen devam etmektedir. Sözü edilen hâlde, mecburî dava arkadaşlığı kurumu işlerlik kazanır [Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("*HMK*") m. 59]. Hukuka aykırı bir biçimde noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, tapu müdürlüğünce tescile dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuşsa,

<sup>65</sup> Noter ile noterlikte işlem yaptıran kişi arasında özel hukuk sözleşmesi meydana gelmez; noterler gerek noterlikte işlem yaptıranlara gerekse üçüncü kişilere karşı haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulur. Bkz. Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 184; Kurt, s. 88-90; Nart, s. 433-434. Öğretideki görüşler için topluca bkz. Oktay-Özdemir, s. 693-694; Tekben, s. 77 vd.

<sup>66</sup> Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Buna göre zarar gören, zarara razı olmuşsa (örnek olarak muvazaalı satış sözleşmesi yapmışsa) veya sözleşmedeki hukuka aykırılığı bilmesine rağmen gerekli tedbirleri almamışsa (sicili düzeltme davası açmamışsa, geçici tescilin şerhini talep etmemişse) hâkim, noterin ödeyeceği tazminatı indirebileceği gibi tamamen de kaldırabilir. Bkz. Oktay-Özdemir, s. 713.

Bu yönde örnek olarak bkz. Y. 3. HD, E. 2020/2002, K. 2020/5494, T. 07.10.2020; Y. 3. HD, E. 2019/3282, K. 2019/10327, 19.12.2019 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>67</sup> Genel olarak haksız fiil sorumluluğu bakımından bu yönde: Oğuzman ve Öz, Cilt 2, N. 367, dn. 381.

Medeni Kanununun 1007. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca açılacak davada davalı tarafta Devlet bulunacaktır. Notere karşı tazminat davası açılması gündeme gelmişse davalı, hukuka aykırı biçimde taşınmaz satış sözleşmesini düzenleyen noterin bizatihi kendisi olacaktır.

Zarar görenin başka kimselere (örnek olarak, işlemin diğer tarafına, sahte vekile vs.) karşı da dava açma imkânına sahip bulunması, tazminat davasını, ilk olarak notere karşı açmasına engel değildir.

Noterlik Kanunu m. 162/f. II uyarınca notere karşı açılacak tazminat davası, TBK m. 72’de öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>68</sup>. Buna göre, tazminat istemi, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar<sup>69</sup>. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterlerin hukuki sorumluluğu, asli (birincil) nitelikte düzenlenmiştir. Yani TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunda olduğu gibi zarar görenin öncelikle Devlete başvurması ve zararı ödeyen Devletin sonra notere rücu etmesi öngörülmemiştir. Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan dolayı öncelikle Devlete başvurulması zorunluluğu, TMK m. 1007 hükmünün yanı sıra T.C. Anayasası m. 40/f. III, 129/f. V ve Devlet Memurları Kanunu

<sup>68</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 184.

Yargıtay, TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunda TBK m. 146’daki on yıllık süreyi uygulamaktadır: Y. 20. HD, E. 2016/2367, K. 2017/9875, 23.11.2017; Y. 20. HD, E. 2015/5605, K. 2017/3357, 18.04.2017; Y. 5. HD, E. 2013/21132, K. 2014/5211, 27.02.2014 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

TBK m. 72’deki (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 60’taki) zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı yönünde: YHGK, E. 2002/4-640, K. 2002/830, 16.10.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>69</sup> Yargıtay, TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğu bakımından on yıllık süreyi tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlatmaktadır: Y. 20. HD, E. 2017/7146, K. 2020/95, 15.01.2020, Y. 20. HD, E. 2016/2367, K. 2017/9875, 23.11.2017 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Aynı esas, noterlerin sorumluluğu bakımından da benimsenebilir.

Devletin sorumluluğunda on yıllık sürenin üçüncü kişinin aynı hakkı kazandığı tarihten itibaren başlayacağı yönünde: Sirmen, s. 147. Öğretideki görüşler için topluca bkz. Pekmez, s. 167 vd.

m. 13/f. I hükümlerinden doğmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir<sup>70</sup>. Noterlik bir kamu hizmeti olsa da (NK m. 1) memurlar ve diğer kamu görevlileri için getirilmiş olan bu ayrıcalığın noterlere de teşmil edilmesi hukuken olanaklı gözükmemektedir. Bunun yanı sıra, Noterlik Kanunu m. 162/f. II hükmünün lafzı da önce Devlete başvurma zorunluluğunu bertaraf edecek şekilde kaleme alınmıştır. Madde metninde geçen “*zarardan noterler de sorumludur*” ifadesindeki “*de*” bağlacı, noterlerin birlikte sorumlu olduğunu göstermektedir. Maddenin devamında yer alan “*Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder*” hükmü, tazminat davasının önce Devlete karşı açılmasını emreden bir düzenleme olmayıp, Devletin tazminat ödemesi ihtimalinde, noterin rücu sorumluluğunu vurgulamaktadır. Söz konusu hüküm notere, kamu görevlileri gibi güvence sağlayan bir içeriğe ve amaca sahip değildir. Nitekim hükmün gerekçesinde de “*zarara uğrayanın, zararının tazmini için Devlete veya notere karşı dava açması mümkündür*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir<sup>71</sup>. Bu ifade biçimi burada TBK m. 61 çerçevesinde teselsül durumunun söz konusu olduğunu; aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olan Devlet ve noter hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını göstermektedir<sup>72</sup>.

Bu makalenin yazarları arasında yer alan Tanrıver’e göre ise, noter, kesin hükümsüzlükle malul olan bir taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemek suretiyle tapu sicilinde yolsuz bir tescilin yapılmasına sebebiyet vermiş ve bu yüzden bir zarar ortaya çıkmışsa [örneğin, üçüncü bir kişi tapu siciline güven ilkesine dayanarak iyiniyetle taşınmazın mülkiyetini kazanmışsa (TMK m. 1023)], sözü edilen zararın tazmininden, salt bu halle sınırlı olarak öncelikle tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulmasından kaynaklanan zararlardan ötürü Devletin kusursuz sorumluluğunu öngören Türk Medeni Kanunu’nun 1007. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Devlet sorumlu tutulmalı; ancak, Devlet daha sonra, Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, taşınmaz satış sözleşmesini gerçekleştiren notere rücu etmelidir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Tapu memurunun görevden ayrılabilen (hizmet kusuru dışında) kişisel kusur işlemesi hâlinde zarar gören, doğrudan memura karşı da dava açabilir. Bkz. Sirmen, s. 150; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 211-212; Pekmez, s. 175 vd.

<sup>71</sup> Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4484.pdf>. Erişim tarihi: 16.01.2023

<sup>72</sup> Sirmen, s. 149, dn. 316.

<sup>73</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 185.

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede, noterin hukuki sorumluluğu bağlamında, açıkça rücu ilişkisine özel olarak vurgu yapılması, sözü edilen halde Devleti birinci derecede sorumluluk süjesi konumuna getirme amacına yöneliktir. Aksine bir anlayış benimsenseydi, birden çok kişinin, birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri hâlinde, müteselsil sorumluluğun uygulanacak olması hasebiyle kendi payından daha fazla tutarda tazminat ödeyenin, diğer müteselsil borçluya rücu edebilmesine olanak veren Borçlar Kanununun 61. ve 62. maddeleri hükümlerinin varlığına ve zaten işlerlik kazanacak olmasına rağmen, ayrıca, rücu ilişkisine, yasal çerçevede (NK m.162/f. II'de), özel bir düzenleme getirilmesi suretiyle açıkça vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmazdı. Yapılan bu tespitler karşısında, kanun koyucu, noterin ve Devletin birlikte sorumluluğu bağlamında zaten işlerlik kazanacak olan, Türk Borçlar Kanununun 61. ve özellikle 62. maddesinde yer alan düzenlemelerin varlığına rağmen, rücu ilişkisine NK m.162/f. II'de özel olarak vurgu yapmak suretiyle birlikte zarara sebebiyet verme halinde, Devletin sorumluluğunu öncüllemek istemiştir. Buna karşılık, noter, geçersiz bir taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemiş ve anılan sözleşme tescil işlemine dayanak yapılmamış ve bu sözleşmeden bir zarar doğmuşsa, bu zarardan bizatihi, doğrudan doğruya kendisi sorumlu tutulacak ve tazminat davasının da ona karşı açılması gerekecektir.

Türk Borçlar Kanununun 61. maddesinde öngörülen birden çok kişinin birlikte zarara sebebiyet vermeleri yahut aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu tutulmaları hâlinde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin Noterlik Kanunu m. 162/f. II çerçevesinde işlerlik kazanacağı görüşü benimsendiği takdirde, tazminat davasının hem Devlete hem de notere karşı aynı anda ve birlikte açılması mümkün olacaktır. Çünkü, müteselsil sorumluluğun medenî usûl hukuku bağlamındaki yansımaları, ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumu oluşturur (HMK m. 57). Bu çerçevede, Türk Borçlar Kanununun 61. maddesindeki düzenleme gözetildiğinde, zarar görenin tazminat davasını, aynı anda hem Devlete hem de notere karşı açması şart değildir; sadece Devlete yahut sadece notere karşı da açabilir. Çünkü ihtiyarî dava arkadaşlığının işlerlik kazanabileceği durumlarda, bu yol hukuken caizdir.

Öte yandan, Noterlik Kanununun 162. maddesinin ikinci fıkrasında, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesinden dolayı noterlerin hukuki sorumluluğu bağlamında, özel bir düzenleme getirilmesinin çok isabetli

olduğu da ileri sürülemez<sup>74</sup>. Şöyle ki tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan bir zarar varsa (ki noter tarafından hazırlanan sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanacağından çoğu zaman fiilen böyle olacaktır), yeni bir sorumluluk rejimi ihdas etmeye esasen gerek bulunmamaktaydı. Zira ortaya çıkan bu zararın TMK m. 1007 kapsamında önce Devlet tarafından tazmin edilmesi; sonra Devletin, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu etmesi; bu bağlamda sicilin tutulmasından doğan zararın, noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklandığı hâllerde, Devletin noterin sorumluluğuna gitmesi mümkündür. Eğer noterin hazırladığı sözleşmedeki eksiklik yahut hata sebebiyle tapu memuru tescil talebini reddettiye, bu hâlde satış sözleşmesinden kaynaklanan zararın Noterlik Kanununda eskiden beri var olan 162/f. I hükmü (noterlerin sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme) kapsamında tazmin edilebilmesi olanaklıdır. Dolayısıyla taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabilmesi imkânının getirilmiş olması, TMK m. 1007 ve NK m. 162/f. I hükümlerinde öngörülen sorumluluk rejiminden ayrılmayı gerektirmemekteydi. Nitekim kaynak kanun ülkesi İsviçre’de taşınmaz satış sözleşmesi noter tarafından düzenlendiği hâlde, tapu sicilinin tutulmasından ortaya çıkan tüm zararlardan önce kantonlar sorumlu tutulmuş; kantonların da kusurlu olan görevlilere rücu etmesi öngörülmüştür (Zivilgesetzbuch Art. 955)<sup>75</sup>. Noterlik Kanunu m. 162/f. II’nin noterler bakımından getirdiği zincirleme sorumluluk, gereksiz olduğu kadar TMK m. 1007 hükmüyle de bağdaşmamaktadır. TMK m. 1007 hükmü, Devletin görevlilere rücu etmesinde kusur esasını benimsemiş olduğu hâlde, Noterlik Kanunu m. 162/f. II hükmü, noterleri kusursuz olarak sorumlu tutmuştur.

Devlete karşı açılan dava sonunda zarar Devlet tarafından ödenmiş ve bu zarar noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklanmış ise Devlet, bu sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edebilecektir. Rücuda, TBK m. 62 hükmü uygulama alanı bulacaktır ve zamanaşımı süresi, TBK m. 73 uyarınca belirlenecektir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kuralın ne şekilde uygulanacağı, çok ciddi bir problem teşkil edecektir. Buna göre hâkim, noter, Devlet ve diğer

<sup>74</sup> Tapu kütüğünün tutulmasının bütünsel bir sistem olması nedeniyle Noterlik Kanunu m. 162/f. II ile getirilen sorumluluk hükmünün uygulanmasının birçok sorunu beraberinde getireceği haklı olarak belirtilmiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 647a, dn. 419a.

<sup>75</sup> BSK/Schmid, Art. 955, N. 33-34.

sorumlular arasında tazminatı paylaşırken, bütün durum ve koşulları, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığını ve yarattıklarını tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutacaktır. Şayet zararın doğmasında tapu memurunun da kusuru varsa, onun kusuru Devlete izafe edileceğinden zarar, noter ve diğer sorumlular ile Devlet arasında TBK m. 62/f. I'de belirtilen esasa göre paylaşılacaktır<sup>76</sup>.

Noterlik Kanunu m. 162/f. II hükmünün, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan ötürü önce Devlete başvurulması zorunluluğunu bertaraf etmediği görüşü kabul edilecek olursa, şu sonuçlar ortaya çıkacaktır. Noter, geçersiz bir taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemek suretiyle tapu sicilinde yolsuz bir tescilin yapılmasına sebebiyet vermiş ve bu yüzden bir zarar ortaya çıkmışsa [örneğin, üçüncü bir kişi tapu siciline güven ilkesine dayanarak iyiniyetle taşınmazın mülkiyetini kazanmışsa (TMK m. 1023)], sözü edilen zararın tazmininden öncelikle tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulmasından kaynaklanan zararlardan ötürü Devletin kusursuz sorumluluğunu öngören Türk Medeni Kanununun 1007. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Devlet sorumlu tutulacak; ancak Devlet daha sonra Noterlik Kanununun 162. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşınmaz satış sözleşmesini gerçekleştiren notere rücu edecektir<sup>77</sup>. Devlet, bu hüküm gözetildiğinde, tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulmasından kaynaklanan zararlardan ötürü kendisine karşı Türk Medeni Kanununun 1007. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak bir tazminat davası açılması hâlinde, ileride noterle arasında çıkabilecek olan rücu ilişkisi bağlamında, rücu alacağını garanti altına almak amacıyla kendisine karşı açılmış olan davayı, ferî müdahil sıfatıyla yanında yer alması ve savunması bağlamında, kendisine hukuksal yardım sağlaması için, taşınmaz satış sözleşmesini düzenleyen notere ihbar etme seçeneğini tercih edebilecektir (HMK m. 61/f. I). Böyle bir durumda, Devlete karşı açılan tazminat davası kendisine ihbar edilmiş olan

<sup>76</sup> Sirmen, s. 149.

Kusurlu tapu memuruna karşı Devletin sahip olduğu rücu isteminin zamanaşımı süresi, Tapu Kanunu Ek Madde 2'de düzenlenmiştir: *"Tapu ve kadastro işlemleri ile ilgili olarak, Devletin kusursuz sorumluluğu sebebiyle yapılan ödemeler dolayısıyla, ihmali bulunan personel aleyhine başlatılacak rücu istemleri, ödeme tarihinden itibaren iki yıl, her hâlde zarara yol açan işlemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ağır kusura dayalı sorumluluğu bulunan personel için 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 73 üncü maddesi hükümleri saklıdır."*

<sup>77</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 185.

noter, ister ihbara tümüyle kayıtsız kalsın, isterse gerekli girişimlerde bulunmak suretiyle ferî müdahil sıfatıyla cereyan eden yargılamada yer almış bulunsun, asıl dava olan ve devlete karşı açılmış bulunan tazminat davasında verilmiş hükmün, rücu davasında kural olarak hatalı olduğunu ileri süremeyecektir. Çünkü noter, davanın kendisine ihbar edilmesi üzerine, davalı Devlet yanında ferî müdahil sıfatıyla yer almak için herhangi bir girişimde bulunmamış; tümüyle kayıtsız kalmışsa ihbar etkisi HMK m. 64<sup>78</sup>; ferî müdahil sıfatıyla yer almak için müracaatta bulunmuş, bu talebi mahkemece kabul edilmiş ve cereyan edecek yargılamada ferî müdahil olarak katkı sağlamışsa, müdahale etkisi<sup>79</sup> işlerlik kazanacaktır.

Notere karşı açılacak olan davalarda yetkili mahkeme, tescil işleminin gerçekleştirildiği tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesidir (7413 sayılı Kanun m. 13 ile değişik NK m. 162/f. II). Anılan yetki kuralının, düzenleniş biçimi gözetildiğinde, kesin bir yetki kuralı olduğu söylenebilir<sup>80</sup>. Sözü edilen davalarda görevli mahkeme ise, malvarlığı haklarından doğan davalarda genel görevli yargı yeri konumunda bulunan asliye hukuk mahkemeleridir (HMK m. 2)<sup>81</sup>. Bu davalar bağlamında uygulanacak olan yargılama usûlü de yazılı yargılama usûlüdür. Zira, asliye hukuk mahkemelerinde, kanunla açıkça ayrık tutulan hâller dışında, yazılı yargılama usûlü işlerlik kazanır.

Burada son olarak, yabancı ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmelerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında işlerlik kazanacak olan hukuki sorumluluğa da işaret etmekte yarar vardır. Yurt dışında bulunan Türk konsolosluk memurları aracılığıyla gerçekleştirilen noter işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında, konsolosluk memurlarının hukuksal statü itibarıyla devlet memuru konumunda bulunmaları sebebiyle devlet memurlarının hukuki sorumluluğu ile ilgili hukuki rejim uygulanır (Devlet Memurları Kanunu m. 13, T.C. Anayasası m. 129/f. V ve m. 40/f. III)<sup>82</sup>. Zaten noter işlemlerini gerçekleştiren Türk konsolosluk memurları hakkında, Noterlik Kanununun hangi hükümlerinin uygulanacağını belirleyen hukuki düzenlemede (NK m. 193) noterlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili kurala (NK

<sup>78</sup> Tanrıver, Usûl, s. 615.

<sup>79</sup> Tanrıver, Usûl, s. 609-610; Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale (İstanbul: On İki Levha), 2020, s. 357.

<sup>80</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 185.

<sup>81</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 185.

<sup>82</sup> Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s.170; Ulukapı ve Atalı, s. 213.

m. 162) herhangi bir atıf da yapılmamıştır. Yurtdışında bulunan Türk konsolosluklarınca gerçekleştirilen noter işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında da taşınmaz satış sözleşmelerinin de bir noterlik işlemi olması hasebiyle yukarıda konsolosluk görevlilerinin hukuki sorumluluğuyla ilgili olarak yapmış bulunduğumuz tespitler, aynen işlerlik kazanır.

### SONUÇ

Noterlik Kanununa eklenen 61/A maddesiyle 01.01.2023 tarihinden itibaren noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Noterlere tanınmış olan yetki, münhasır bir nitelik taşımamaktadır; taşınmaz satış sözleşmelerini düzenleme hususunda tapu müdürünün veya tapu müdürlüğü görevlilerinin yetkisi –noterlerin yanında– hâlâ devam etmektedir.

Taşınmaz satış sözleşmeleri, ilgililerin yahut yetkili temsilcilerinin fiilen noter huzurunda hazır bulunmak suretiyle ıslak imza ile yapacakları işlemlerdir. İlgilerinin aynı anda resmî memur huzurunda bulunması kuralını yumuşatan tapu müdürlüklerine özgü düzenlemelerin, noterlerin yapacağı işlemlerde –bu hususta ileride düzenlemeye yapılıncaya kadar– kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir. Noterlik Kanunu m. 61/A hükmünde, noterlerin yer itibarıyla yetkisine ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Taşınmaz satış sözleşmesinin taşınmazın bulunduğu yer noterliğince düzenlenmesi yönünde herhangi bir gereklilik bulunmamaktadır.

Taşınmaz satış sözleşmesi, mülkiyetin nakli sürecinde sadece borçlandırıcı işlem safhasına ilişkin olduğu hâlde kanun koyucu, tapu uygulamasının etkisiyle Noterlik Kanunu m. 61/A hükmünde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiş şekilde kurgulamış; satış sözleşmesinin içinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin de yer alacağını öngörmüştür. Bu düzenleme biçimi, medenî hukukumuzun temel taşlarından olan borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı ile uyumlu değildir.

Tapu memurunun resmî bir fiili olan tescil, tasarruf işleminin tamamlayıcı unsurudur. Tapu müdürlüğü, noter tarafından satış sözleşmesi düzenlenmiş olsa bile hukuka aykırı tescil taleplerini tapu kütüğüne işlemek zorunda değildir.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı Devletin sorumluluğuna (TMK m. 1007) benzer bir sorumluluk rejimi, taşınmaz satış

sözleşmelerini yapmakla yetkilendirilen noterler için de getirilmiştir. Noterlik Kanununun 162. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur. Ancak bu düzenleme biçimi eleştiriye açıktır. Taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabilmesi imkânının getirilmiş olması, TMK m. 1007 ve NK m. 162/f. I hükümlerinde öngörülen sorumluluk rejimlerinden ayrılmayı gerektirmemekteydi.

Noterlerin hukuki sorumluluğu, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine ait esaslara tabidir (TBK m. 49 vd.). Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterlerin hukuki sorumluluğu asli (birincil) niteliktedir. Aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olan Devlet, noter ve diğer sorumlular hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır (TBK m. 61-62).

Notere karşı açılacak olan davalarda yetkili mahkeme, tescil işleminin gerçekleştirildiği tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesidir (NK m. 162/f. II). Anılan yetki kuralının düzenleniş biçimi gözetildiğinde, kesin bir yetki kuralı olduğu söylenebilir. Sözü edilen davalarda görevli mahkeme ise malvarlığı haklarından doğan davalarda genel görevli yargı yeri konumunda bulunan asliye hukuk mahkemeleridir (HMK m. 2).

**KAYNAKÇA**

- Akil, Cenk. “Noterlerin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Dergisi. 2022, Sayı: 3, s. 219-233.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin, 2020.
- Budak, Ali Cem, Karaaslan, Varol, Apaydın, Eylem ve Aydemir, Fatih. Avukatlık ve Noterlik Hukuku. İstanbul: Filiz, 2021.
- Çetin Süleyman ve Ateş Derya. Avukatlık ve Noterlik Hukuku. Ankara: Seçkin, 2021.
- Eren, Fikret. Mülkiyet Hukuku. Ankara: Yetkin, 2020.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin, 2020 (Borçlar Hukuku Özel Hükümler).
- Ergüne, Mehmet Serkan. Taşınır Mülkiyeti. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Ergüne, Mehmet Serkan ve Kurşun, Ali Suphi. İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 1. İstanbul: Vedat, 2019.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin, 2017.
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret, Cansel, Erol. Türk Eşya Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.
- Haab, Robert, Simonius, August, Scherrer, Werner ve Zobl, Dieter. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), IV. Band, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB. Zürich: Schulthess, 1977.
- Hädrich-Riedenklau, Ulrike. Notarielle Rechtsbetreuung. Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris: Peter Lang, 1990.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK/Yazar). Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB. Herausgeber: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo. Zürich: Schulthess, 2016.
- Basler Kommentar (BSK/Yazar). Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB. Herausgeber: Thomas Geiser, Stephan Wolf. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019.
- Berner Kommentar (BK/Yazar). VI/2/1/3, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch. Bern: Stämpfli, 1997.
- Kocaağa, Köksal. “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Sayı: 79, 2008, s. 73-102.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme. İstanbul: Filiz, 2017 (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme).
- Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim. Sınırlı Aynî Haklar. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Kurt, Leyla Müjde. “Noterlerin Hukukî Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2014, s. 85-118.
- Liver, Peter. Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1977.
- Nart, Serdar. “Noterlerin Hukukî Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, s. 425-452.
- Nomer, Halûk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta, 2021.
- Nomer, Halûk N. ve Ergüne, Mehmet Serkan. Eşya Hukuku. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. İstanbul: Vedat, 2022 (Cilt 1).
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2. İstanbul: Vedat, 2022 (Cilt 2).
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz, 2022.
- Oktay-Özdemir, Saibe. “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan. İstanbul: Alkim, 2007, s. 693-714.
- Orell Füssli Kommentar (OFK/Yazar). ZGB, Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser. Zürich: Orell Füssli, 2021.
- Orta, Elif. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Pekcanitez, Hakan ve Meriç, Nedim. Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Pekmez, Cüneyt. Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Serozan, Rona. “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Ayni Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan. İstanbul: Beta, 2000, s. 397-412.
- Sirmen, A. Lâle. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin, 2022.

- Tandoğan, Halûk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1. İstanbul: Vedat, 2008.
- Tanrıver, Süha. “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı’nın Getirdikleri”, Noterlik Hukuku’na İlişkin İncelemeler (1993-2011). Ankara: Adalet, 2011, s. 41-63.
- Tanrıver, Süha. “Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler”, Noterlik Hukuku’na İlişkin İncelemeler (1993-2011). Ankara: Adalet, 2011, s. 65-79 (Noterlerin İşlevleri).
- Tanrıver, Süha. Medenî Usûl Hukuku Cilt I. Ankara: Yetkin, 2021 (Usûl).
- Tanrıver, Süha. Avukatlık ve Noterlik Hukuku. Ankara: Yetkin, 2023 (Avukatlık ve Noterlik Hukuku).
- Taşatan, Caner. Sözleşmenin Kurulması. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Tekben, Tuğçe. “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu’nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, İzmir Barosu Dergisi. Eylül 2021, Sayı: 3, s. 69-150.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk ve Altop, Atilla. Tekinay Eşya Hukuku Cilt I. İstanbul: Filiz, 1989.
- von Tuhr, Andreas ve Peter, Hans. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I. Zürich: Schulthess, 1979.
- Ulukapı, Ömer ve Atalı, Murat. Noterlik Hukuku. Konya: Mimoza, 2013.
- Uzun Kazmacı, Özge. Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil. Ankara: Yetkin, 2022.

# İDARİ YARGIDA SINIRLI EHLİYETSİZLERİN GENEL (OBJEKTİF) DAVA EHLİYETİ

*The General (Objective) Capacity to Sue of Limited Incompetent  
Persons in Administrative Jurisdiction*

**Kerim AZAK\***

## ÖZ

İdari yargıda, iptal davaları ve tam yargı davaları için özel (öznel/sübjektif) dava ehliyeti öngörülmüştür. Fakat bu özel dava ehliyetinin yanı sıra genel (objektif) dava ehliyetinin de bulunması gerekir. Genel dava ehliyeti ise fiil ehliyetine göre belirlenmektedir. Fiil ehliyetine göre gerçek kişiler içerisinde yer alan sınırlı ehliyetsizler; kural olarak ehliyetsiz, istisna olarak ise ehliyetli kabul edilirler. Bu sebeple sınırlı ehliyetsiz olan kimselerin, bazı konularda genel dava ehliyetine sahip olduğu, bu konular haricinde ise genel dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir. İstisna olan bu konular dışında ise sınırlı ehliyetsizlerin, bizzat kendilerinin dava açması ve davayı takip etmesi hukuken mümkün değildir.

Bu çalışmanın konusunu; idari yargıda, sınırlı ehliyetsizlerin genel dava ehliyeti oluşturmaktadır. İdari yargılama usulü bakımından çoğu zaman dikkate alınmayan bu husus, aslında uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Bu yönüyle sınırlı ehliyetsizlerin genel dava ehliyetine sahip olduğu hâller, çalışma kapsamında belirlenmiş ve daha sonrasında ise dava ehliyeti eksikliğine ilişkin çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Yargı, Dava Ehliyeti, Sınırlı Ehliyetsizler, Fiil Ehliyeti, Genel Dava Ehliyeti

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 06.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.01.2023.

\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: krmazak@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4830-771X.

## ABSTRACT

In administrative jurisdiction, particular capacity to sue is envisaged for action for annulment and full remedy action. However, in addition to this particular capacity to sue, there must also be the general capacity to sue. The general capacity to sue is determined according to the capacity to act. Limited incompetent persons are included in persons according to the legal capacity; As a rule, they are considered incapable to act, and as an exception, they are deemed competent. For this reason, it is accepted that limited incompetent persons have general capacity to sue in some matters, and do not have general capacity to sue other than these issues. Except for these exceptions, it is not legally possible for limited incompetent persons to file a lawsuit and follow the case themselves.

The subject of this study is the general legal capacity of the limited incompetent persons in administrative jurisdiction. This issue, which is often not considered in terms of administrative proceedings, is a very common situation in practice. In this respect, the cases in which the incompetent persons have general capacity to sue were determined within the scope of the study. Then various possibilities regarding the lack of legal capacity were evaluated.

**Keywords:** Administrative Jurisdiction, Capacity to Sue, Limited Incompetent Persons, Legal Capacity to Act, The General Capacity to Sue

## GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde, idari yargıya özgü dava ehliyeti öngörülmesi sebebiyle bu konuda yapılan çalışmalar, çoğunlukla bu dava ehliyetine ilişkindir. Ne var ki idari yargılama usulüne özgü bu ehliyet şartının yanında hukuk yargılamasında olduğu gibi dava açabilmek ve takip edebilmek için genel (objektif) dava ehliyetine de sahip olmak gerekmektedir. Genel dava ehliyeti ise fiil ehliyetine göre belirlenmektedir.

Fiil ehliyetine göre kişiler, öğretide dörde ayrılmaktadır. Bunlardan birisi de istisnai hâllerde fiil ehliyeti olduğu kabul edilen sınırlı ehliyetsizlerdir. Sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetine sahip olduğu hâllerde, genel olarak dava ehliyetine sahip olduğu söylenebilir. Fakat bu hâller dışında sınırlı ehliyetsizlerin bizzat kendilerinin dava açması ve takip etmesi hukuken mümkün değildir. Bu durumda ise dava açma ve takip yetkisi, bu kişilerin yasal temsilcilerindedir.

Dava ehliyetinin, mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgisi sebebiyle bu konuda yargı mercilerinin yaklaşımı önemlidir. Özellikle istisnai hâllerde ehliyetli olduğu kabul edilen sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin kapsamına yönelik belirlemeler, esasında doğrudan mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğindedir. Bu nedenle ehliyetli olmanın istisna olduğu sınırlı ehliyetsizler bakımından dava ehliyeti, ayrı bir incelemeye değer niteliktedir.

Bütün bu gerekçelerle çalışmanın ilk bölümünde, fiil ehliyetine göre gerçek kişiler içerisinde yer alan sınırlı ehliyetsizlerin kimlerden oluştuğu; ikinci bölümde ise usul hukuku bakımından dava ehliyeti genel olarak açıklanmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyetine sahip olduğu hâller üzerinden bu kimselerin idari yargıda dava ehliyetinin olup olmadığı değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde, çeşitli ihtimaller çerçevesinde genel ehliyet bakımından ortaya çıkabilecek eksiklikler ve bu eksikliklere ilişkin idari yargı mercilerinin yaklaşımı ortaya koyulmuştur. Son bölümde ise dava ehliyetinin, mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgisi nedeniyle sınırlı ehliyetsiz olmanın tebligat hukuku ve dava açma süresinin başlangıcı bakımından etkisi tartışılmıştır.

## I. SINIRLI EHLİYETSİZLER

### A. Fiil Ehliyeti ve Şartları

Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 8'e göre bütün insanlar, haklara ve borçlara sahip olmada eşittir. Buna göre bir kimse sağ ve tam doğmak koşulu ile kanun gereği hak ve borçlara sahip olma ehliyetine, yani hak ehliyetine sahip olacaktır<sup>1</sup>. Bütün kişiler hak ehliyetine sahip olsa da herkes, kendi fiilleri ile hak ve borç edinemez<sup>2</sup>. Bunun için kişinin, fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Nitekim TMK madde 9'da fiil ehliyetine sahip kişinin, kendi fiilleriyle hak ve borca sahip olabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle öğretilerde fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi fiilleri ile hak ve borçlar edinebilmesi, bunlara son verebilmesi veya yeni hukuki durumlar oluşturabilmesi olarak tanımlanmıştır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: 7. Bası, Legal Yayıncılık, 2016), 43.

<sup>2</sup> Jale Akipek, *Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman*, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt (İstanbul: 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2013), 279-280.

<sup>3</sup> Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C. II* (İstanbul: 14. Baskı, Filiz Kitabevi, 2013), 47; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 220; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk* (Ankara: 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2000), 218; Rona Serozan, *Medeni Hukuk*

Hak ehliyeti ve fiil ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olmak bakımından benzerlik taşısa da fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle bunlara sahip olabilmesidir. Diğer bir ifadeyle bir kişi, bizzat kendi davranışlarıyla hak sahibi olamıyor yahut borç altına giremiyor ise fiil ehliyetine sahip değildir<sup>4</sup>. Fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimse de haklara ve borçlara sahip olabilir, fakat bu kimse ancak yasal temsilcisi aracılığıyla hak sahibi olabilir ve borç altına girebilir<sup>5</sup>.

Fiil ehliyeti ve şartları, başta 9 ile 16'ncı maddeler olmak üzere TMK'de düzenlenmiştir ve bu hükümler, hukukun diğer dalları bakımından da uygulama alanı bulacaktır<sup>6, 7</sup>. TMK'ye göre fiil ehliyetinin şartları ise ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır<sup>8</sup>. Bu üç şartın birlikte bulunup bulunmamasına, bir başka ifadeyle bu şartların birisinin ya da bir kısmının eksik olup olmamasına göre gerçek kişiler, fiil ehliyeti yönünden bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu çerçevede gerçek kişilerin; tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler olarak dört gruba ayrıldığı kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

---

(İstanbul: 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013), 428.

<sup>4</sup> Helvacı, 50; Kılıçoğlu, 220; Dural ve Ögüz, 47.

<sup>5</sup> Dural ve Ögüz, 47; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2022), 118.

<sup>6</sup> Helvacı, 49; Dural ve Ögüz, 47.

<sup>7</sup> Öğretide bir görüşe göre fiil ehliyeti, kamu hukukundan doğan hakları kullanma veya kamu hukuku kapsamına giren bir borç altına girme yetkisi vermez. Zira kamu hukukunda, kamu hukukundan doğan hakların kullanılması için çeşitli ehliyetler aranmış olabilir. Örneğin seçme hakkının kullanımı için 298 sayılı Kanun'daki şartları taşımak gerekmektedir. Öğretideki bu görüş için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 282. Öğretideki bu görüş yerinde olmakla birlikte bu kabul, fiil ehliyetine ilişkin kuralların diğer hukuk dallarında uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

<sup>8</sup> Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, 52 vd.; Kılıçoğlu, 221 vd.; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 285 vd.; Dural ve Ögüz, 52 vd.; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, 224 vd.; Serozan, 428 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: 12. Bası, Filiz Kitabevi, 2012), 51 vd.

<sup>9</sup> Genel kabul bu şekilde olmakla beraber sınırlı ehliyetliler grubunu kabul etmeyen yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre sınırlı ehliyetliler, aslında tam ehliyetli kimseler içerisinde yer almaktadır. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, 267; Dural ve Ögüz, 65 vd.

## B. Fiil Ehliyeti Yönünden Sınırlı Ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmak, fiil ehliyetine sahip olma bakımından en önemli ve doğal şart olarak kabul edilmektedir. Çünkü ayırt etme gücü bulunan bir kimse, küçük veya kısıtlı olsa da akla uygun hareket etme yeteneğine sahip olacaktır<sup>10</sup>. Hukuk ise sorumluluk düşüncesine dayanır ve ancak makul bir ölçüt ile hareket edebilen kişi, davranışlarının hukuka uygunluğunu değerlendirebilir<sup>11</sup>. Bu bakımdan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler, tam ehliyetsizdir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte diğer şartlardan birisini taşımayan kişiler ise sınırlı ehliyetsiz kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyetinin bulunmaması asıldır. Fakat ayırt etme gücüne sahip oldukları için kanun koyucu, bu kişilerin belli ölçüde fiil ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir<sup>13</sup>. Bu doğrultuda karşılıksız kazanımlar (TMK m. 16/1), kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı (TMK m. 16/1), başkalarını temsil ve haksız fiillerden sorumluluk bakımından sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyeti bulunmaktadır<sup>14</sup>. Yine öğretide ehliyetin genişletilmesi olarak ifade edilen ve TMK'nin çeşitli maddelerinde düzenlenen durumlarda, bu kişilerin fiil ehliyeti mevcuttur<sup>15</sup>. Sınırlı ehliyetsizin tek başına yapabileceği işlemler ve TMK madde 449'da sayılan yasak işlemler<sup>16</sup> haricinde kalan işlemler ise kural olarak yasal temsilcinin rızasına bağlıdır.

Sınırlı ehliyetsizler, temelde iki gruptan oluşmaktadır: ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar.

### 1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler

Ayırt etme gücüne sahip, fakat ergin olmayan kişiler sınırlı ehliyetsizleri oluşturan ilk gruptur. Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler, kanunun izin verdiği durumlar dışında tek başlarına işlem yapamazlar. Bu kişiler adına işlemi, yasal temsilcilerinin yapması ya da işleme, yasal temsilcilerinin rıza

<sup>10</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 319-320.

<sup>11</sup> Öztan, 123.

<sup>12</sup> Kılıçoğlu, 246; Helvacı, 78.

<sup>13</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 302.

<sup>14</sup> Helvacı, 82-86.

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. Helvacı, 85; Dural ve Öğüz, 95.

<sup>16</sup> Madde 449: “*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*”.

göstermesi gerekmektedir. TMK madde 335'e göre ergin olmayan çocuk, velayet altındadır. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün yasal temsilcisi velayet durumuna göre belirlenecektir (TMK m. 342). Eğer ayırt etme gücüne sahip küçük, velayet altında değilse vesayet altına alınacak (TMK m. 404) ve yasal temsilcisi, atanmış vasi olacaktır.

TMK madde 343'e göre velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişilerin ehliyeti ile aynıdır. Bu doğrultuda vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline dair hükümler, velayet altındakilerin temsilinde de uygulanacaktır (TMK m. 342/3).

## 2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar

Kısıtlılık, kişinin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla tamamen kaldırılması veya sınırlandırılmasıdır<sup>17</sup>. TMK'nin 405 ve devamı maddelerinde düzenlenen kısıtlılık hâli, sadece erginler için söz konusu olabilir. Bu maddelere göre kısıtlama sebepleri; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim ve bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olma<sup>18</sup>. Yine madde 408'e göre ergin kişi; yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle kısıtlanmasını talep edebilir.

Şayet kısıtlama sebebi, kişinin ayırt etme gücünü de ortadan kaldırır nitelikte ise bu kişi, tam ehliyetsiz olacaktır. Fakat kısıtlanan, ayırt etme gücüne sahip ise sınırlı ehliyetsiz grubunda yer alacağından bazı durumlarda, fiil ehliyetine sahip olabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yasal temsilcisi olarak vesayet makamı tarafından belirlenecek vasi görev yapacaktır (TMK m. 403). Vesayet makamı ise sulh hukuk mahkemesidir (TMK m. 397/2).

Vasinin, kısıtlı adına işlem yapması mümkün olmakla birlikte bazı hâllerde vesayet makamının da izni gerekir. Kanun'un 462'nci maddesinde düzenlenen bu hâller içerisinde "*Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato*

<sup>17</sup> Helvacı, 61.

<sup>18</sup> Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza sebebiyle kişinin kısıtlanabilmesi için cezanın kesinleşmiş olması gerekmektedir. Bu konudaki kararlar için bkz. Ankara BİM 10. İDD, E. 2020/1858, K. 2020/2251, 11.11.2020, (Lexpera, E.T. 12.6.2022); Ankara BİM 10. İDD, E. 2020/1926, K. 2020/2069, 4.11.2020, (Lexpera, E.T. 12.6.2022); Ankara BİM 10. İDD, E. 2020/1281, K. 2020/2154, 5.11.2020, (Lexpera, E.T. 12.6.2022).

yapılması” da sayılmıştır. Bu sebeple vasiinin, kısıtlı adına 462’nci maddede sayılan iş ve işlemleri yapabilmesi ve özellikle dava açabilmesi için öncelikle vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden izin alması gerekmektedir.

## II. DAVA EHLİYETİ

### A. Fiil Ehliyetinin Usul Hukukundaki Görünümü Olarak Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya yetkilendirdiği bir vekil aracılığıyla dava açabilmesi, davayı yürütebilmesi ve usul işlemlerini yapabilmesidir<sup>19</sup>. Dava ehliyetine sahip bir kimse; bir davada, davacı veya davalı olarak işlem yapma ehliyetine sahip olur<sup>20</sup>. Bu tanımlarda dikkat çeken husus, kişinin bizzat veya atayacağı bir vekil aracılığı ile usul işlemlerini yapabilmesidir. Dava ehliyetine sahip olmayan bir kimse; davada, bizzat usul işlemleri yapamayacak veya bu işlemleri kendisinin atayacağı bir vekile yaptıramayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 51’de dava ehliyetinin, kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda medeni hukuktaki fiil ehliyetinin, usul hukukundaki görünümünün dava ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığı, fiil ehliyetine göre belirlenecektir. O hâlde kimlerin dava ehliyetine sahip olduğunun TMK’ye göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin dava ehliyeti bulunmamakla birlikte bu kimselerin, davada taraf olması mümkündür. Bu yönüyle taraf ehliyeti ile dava ehliyeti birbirinden ayrılmaktadır. Taraf ehliyeti, bir kimsenin bir davada taraf olabilmesidir<sup>21</sup>. Bir davada, davacı veya davalı olarak

<sup>19</sup> Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I* (İstanbul: 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001), 1026-1027; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (İstanbul: 15. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2017), 585; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 250; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 496; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II* (İstanbul: 6. Bası, Alfa Basım, 1997), 291.

<sup>20</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013), 540.

<sup>21</sup> Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Legal Yayınevi, 2016), 158.

gösterilebilmek için kişinin, taraf ehliyetine sahip olması gerekir<sup>22</sup>. HMK'nin 50'nci maddesinde ise medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların, taraf olma ehliyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Hak ehliyetine sahip herkes, taraf olma ehliyetine sahiptir<sup>23</sup>.

HMK madde 50 ve madde 51, dava ehliyeti ile taraf ehliyeti arasındaki ayrımı ortaya koyar niteliktedir. Taraf ehliyeti, medeni haklardan "yararlanma" ehliyetine göre belirlenecek iken dava ehliyeti, medeni hakları "kullanma" ehliyetine göre belirlenecektir. Bu doğrultuda ifade edilebilir ki hak ehliyetine sahip herkes; bir davada, davacı veya davalı olarak gösterebilecek iken bu davada, usul işlemlerinin bizzat bu kimse tarafından yapılabilmesi dava ehliyetinin varlığına bağlıdır. Dava ehliyetine sahip olmayanların taraf olduğu davalardaki usul işlemlerini ise bu kişiler adına yasal temsilcileri yapacaktır<sup>24</sup>.

## B. İdari Yargıda Dava Ehliyeti

İdari yargıda dava ehliyeti; "genel ehliyet - özel ehliyet"<sup>25</sup>, "genel ehliyet - özne ehliyet (ilgi bağı)"<sup>26</sup> veya "objektif ehliyet - subjektif ehliyet"<sup>27</sup> şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Genel (objektif) ehliyet, hukuk yargılamasındaki taraf ehliyeti ve dava ehliyetini ifade etmekte iken özel (subjektif/ özne) ehliyet, İYUK'ta öngörülen ve idari yargıya özgü ehliyeti ifade etmektedir. İYUK madde 2'ye göre iptal davaları, menfaatleri ihlal edilenler tarafından, tam yargı davaları ise hakları ihlal edilenler tarafından açılabilir. Bu yönüyle idari yargıda özel ehliyet olarak menfaat ihlali ve hak ihlali şartları öngörülmüştür<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Yılmaz, 540.

<sup>23</sup> Kuru, 2016, 158; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, 243.

<sup>24</sup> Yılmaz, 540.

<sup>25</sup> Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021), 724; Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 231.

<sup>26</sup> Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması* (Ankara, Turhan Kitabevi, 2019), 330 vd.

<sup>27</sup> Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Ankara: 3. Baskı, 2021), 257; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Bursa: 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020), 417-418; Celal Karavelioğlu, *Açıklama ve Son İctihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu Cilt I* (Ankara: 6. Bası, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2006), 1022; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı-İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, Ankara 2019), 532.

<sup>28</sup> GÜNDAY, menfaat ihlali ve hak ihlali şartını özel ehliyet olarak adlandırmakla birlikte

Genel ehliyet bakımından İYUK'ta bir belirleme yapılmamış ve 31'inci maddede, ehliyet yönünden HMK'ye yollama yapılmıştır. HMK'ye yapılan bu yollama sebebiyle HMK'nin genel ehliyete, yani dava ehliyetine ve taraf ehliyetine ilişkin hükümleri idari yargıda da uygulanacaktır. HMK'nin ilgili hükümlerinde düzenlenen taraf ehliyeti ve dava ehliyetinin belirlenmesi ise TMK hükümlerine göre olacaktır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere taraf ehliyeti ve dava ehliyeti, hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin usul hukukundaki görünümüdür.

Son olarak şu hususu eklemek gerekir ki idari yargıda ehliyet kavramına yaklaşım, genel olarak davacı ehliyetine yöneliktir. Çünkü İYUK madde 14'te ilk inceleme konuları arasında ayrıca sayılan husumet, davalı ehliyetine ilişkindir<sup>29</sup>. Nitekim özel ehliyet, sadece dava açacak kişilere ilişkin bir belirlemeyi içerir. Esas olarak davalı tarafın da taraf ehliyeti ve dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir birlikte Danıştay'ın husumet konusundaki yaklaşımının sınırlayıcı olmadığı, kamu tüzel kişiliği bulunmayan bazı idarelere husumet yöneltebileceğini kabul ettiği söylenebilir<sup>30, 31</sup>. Yargıtay çeşitli kararlarında, Danıştay'ın bu geniş yaklaşımının aksine tüzel kişiliği bulunmayan idarelerin, taraf ehliyetinin olmadığına karar vermektedir<sup>32</sup>.

---

bunların hukuk yargılamasında dava şartları içerisinde yer alan hukukî yararın, idari yargıdaki karşılığı olduğunu belirtmiştir, Günday, 227-228.

<sup>29</sup> Kaplan, 418; Kazım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983), 456.

<sup>30</sup> Ulusoy, 764.

<sup>31</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 1979 yılında verdiği bir kararında; kamu tüzel kişiliğinin, dava ve taraf ehliyeti bakımından aranmasına ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “*Kamu hizmetleri alanında görevler üstlenen ve kendisine verilmiş yetkileri kullanan bir idare; işlemleri, tutumu ve kararlarıyla toplumun sosyal ve ekonomik yaşamına etkili olmaktadır. Eylem ve işlemlerinden doğabilecek hukuksal anlaşmazlıkların çözümü için -yargı yerleri dahil- her türlü yasal girişimde bulunması, gerekirse davacı veya davalı olması da bu idari faaliyetlerinin kaçınılmaz sonucudur. Tüm aktif faaliyetlerine rağmen, tüzel kişiliğe sıkı sıkıya bağlı kalarak dar kalıplar içinde idareleri taraf ve dava ehliyetinden yoksun bırakmak veya onu sadece usul hukuku terazisinin davalı kefesinde tutmak mümkün değildir.*”, Danıştay İBK, E. 1971/1, K. 1979/1, 8.3.1979, (RG, 6.2.1980, S. 16892).

<sup>32</sup> Yargıtay 10. HD., E. 2014/21735, K. 2014/27195, 19.12.2014, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Yargıtay 10. HD., E. 2015/19609, K. 2016/2992, 10.3.2016, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Yargıtay 22. HD., E. 2017/15231, K. 2017/29126, 19.12.2017, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Yargıtay 13. HD., E. 2015/42184, K. 2018/5333, 7.5.2018, (Lexpera, E.T. 23.5.2022). Bununla birlikte Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bir kararında, 659 sayılı KHK'nin 6., 7. ve 8. maddelerinden hareketle 659 sayılı KHK kapsamında kalan Tapu

### III. SINIRLI EHLİYETSİZLERİN DAVA EHLİYETİ BAKIMINDAN DURUMU

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kural olarak dava ehliyetine sahip değildir. Çünkü daha önce de açıklandığı üzere bu kişilerin ehliyetsizliği asıl, ehliyetli olması ise istisnadır. Dava ehliyeti bulunmayan hâllerde; dava, yasal temsilciler tarafından açılacak ve sınırlı ehliyetsizler yasal temsilciler tarafından temsil edilecektir.

Dava ehliyeti, fiil ehliyetine göre belirlenecektir. Bu durumda sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin, fiil ehliyetine sahip olduğu hâller açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nin çeşitli maddelerinde sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Buna göre sınırlı ehliyetsizler şu hâllerde fiil ehliyetine sahiptir:

1-Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı (TMK m. 16/1),

2- Karşılıksız kazanımlar (TMK m. 16/1),

3-Anne ve baba tarafından meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya çocuğun kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanması (TMK m. 359),

4-Vesayet makamı tarafından, vesayet altındaki kimseye bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise kısıtlının, bu meslek veya sanat ile ilgili olağan işlemleri yapması (TMK m. 453),

5-Vesayet altındaki kişinin kendi tasarrufuna bırakılan malların ve yine vasinin izni ile çalışarak kazandığı malların yönetimi ve kullanımı (TMK m. 455).

Çalışmanın bu kısmında sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyetine sahip olduğu hâllerde idari yargıda dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir.

#### A. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklara İlişkin Davalar

TMK'nin sınırlı ehliyetsizlerin, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakları kendi başlarına kullanabileceğini kabul etmesi nedeniyle bu hakların kullanımına ilişkin hususlarda, sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu kabul

---

ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bağlı Tapu Müdürlüklerinin dava ve taraf ehliyeti olduğuna karar vermiştir, Yargıtay 1. HD, E. 2014/5185, K. 2014/6384, 25.3.2014, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

edilmektedir<sup>33</sup>. Bu sebeple kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili olan davalarda, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcisinin rızasını almasına veya davanın, yasal temsilci tarafından açılmasına gerek yoktur. Keza ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar yönünden dava açarken TMK madde 462’de öngörülen vesayet makamı iznine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki TMK madde 462’de öngörülen vesayet makamından izin alınacak hâller, yasal temsilcinin kısıtlı adına yapacağı işlemlere yöneliktir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, yasal temsilcinin rızası aranmadığı için vesayet makamının izni de aranmayacaktır.

### 1. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Kavramı

TMK madde 16/1’de sınırlı ehliyetsizlerce kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında, yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç olmadığı düzenlenmiş, fakat bu hakların neler olduğu açıklanmamıştır. Bu sebeple bu hakların neler olduğu öğretisi ve yargı kararları ile belirlenmiştir.

Kavrama ilişkin olarak öğretide çeşitli tanımlar yapılmış, bunun yanı sıra bu hakların niteliği de açıklanmıştır<sup>34</sup>. Tartışmalı bir kavram olması ve tanım yapma güçlüğü nedeniyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tanımlamak yerine bu hakların niteliğinin ortaya konması yerinde olacaktır. Nitekim öğretideki tanımlar da aslında, bu hakların niteliklerini gösterir şekildedir. Şu hususu da

<sup>33</sup> Kuru, 1034; Tanrıver, 498; Üstündağ, 294.

<sup>34</sup> HELVACI’ya göre kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, ilgilinin kişiliğini yakından ilgilendiren ve bu sebeple kural olarak yasal temsil ile kullanılamayan haklardır, Helvacı, 83. SAYMEN’e göre bu haklar, sadece hak sahibi tarafından kullanılabilen, başka bir kimse tarafından kullanılmasına izin verilmeyen haklardır. Çünkü bu hakların kullanımı, tamamen kişisel birtakım takdirlere ve kıymet hükümlerine dayanır ki bu hükümleri verebilecek olan da bizzat hak sahibidir, Ferit H. Saymen, “Mahkeme İçtihatları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 21, S. 1-4, (1957), 469. DURAL ve ÖĞÜZ ise bu hakların; başkasına devredilemeyen, miras yolu ile geçmeyen, sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, bizzatihi malî bir değeri bulunmayan ve kural olarak hak sahibi tarafından kullanılabilen haklar olduğunu ifade etmiştir, Dural ve Öğüz, 78. ARPACI ise bu hakların; kural olarak devir ve intikalinin mümkün olmadığını, hak sahibinin kişiliği ile ondan ayrılmayacak nitelikte bir bağı olduğunu, esas olarak maddi ölçütlerle değerlendirilemeyeceğini, kullanımının ise sadece hak sahibi iradesine bağlı olduğunu belirtmiştir, Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (İstanbul: 2. Bası, Beta Basım, 2000), 51. KARAKAŞ, bu hakları; hakkın kullanılmasına ilişkin kararın bizzat hak sahibi tarafından alınması gereken, böylece hak sahibinin kişiliğinin korunmasına yönelik olan ve hak sahibinin karar alma ve aldığı kararı uygulama özgürlüğünü güvence altına alan kişi varlığı hakları olarak tanımlamıştır, Fatma Tülay Karakaş, *Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 32.

eklemek gerekir ki öğretilerdeki bazı tanımlarda hem bu hakların niteliğine hem de bu niteliğin sonuçlarına yer verilmiştir. Bu sebeple bir hakkın, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelenmesi için gereken özellikler ile böyle bir hak olmasının sonuçlarının birbirinden ayrılması kavramın daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Öğretilerdeki görüşlere göre kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların öne çıkan nitelikleri şöyledir:

1-Bu haklar, kişiyi çok yakından ilgilendiren haklardır<sup>35</sup>. Bunun yanı sıra bu haklar, kişi olunması sebebiyle sahip olunan haklardandır<sup>36</sup>.

2-Bu hakların, kişiyi çok yakından ilgilendirmesi sebebiyle bu hakların kullanımında, kişisel düşünceler ve duygusal saikler rol oynar<sup>37</sup>.

3-Bu haklar, malvarlığı hakları içerisinde değil, kişivarlığı hakları içerisinde yer alır<sup>38</sup>. Zira bu hakların, bizzat malî bir değeri bulunmamakta ve bu sebeple de söz konusu haklar maddî ölçütlerle değerlendirilememektedir<sup>39</sup>.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmanın sonuçları ise şu şekildedir:

1-Kişiyi yakından ilgilendirmesi sebebiyle bu hakların bizzat, hak sahibi tarafından kullanılması gerekir<sup>40</sup>. Bu nedenle de bu hakların, kural olarak temsil yoluyla kullanımı mümkün değildir<sup>41</sup>. Buradaki temsil ise yasal temsildir. İradi temsilde, kural olarak böyle bir yasak bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

2-Kişilik ile yakın bağı bulunmasından ötürü hak sahibinin ölümü ile bu haklar, kural olarak<sup>43</sup> mirasçılara geçemez<sup>44</sup>. Hak sahibinin ölmesi durumunda, bu hak da sona erer<sup>45</sup>. Kişilik ile yakın bağı sebebiyle bu hakların devredilmesi de mümkün değildir<sup>46</sup>.

<sup>35</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 315; Dural ve Ögüz, 78; Helvacı, 83; Arpacı, 51.

<sup>36</sup> Karakaş, 32.

<sup>37</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 315; Karakaş, 34; Saymen, 469.

<sup>38</sup> Karakaş, 33.

<sup>39</sup> Dural ve Ögüz, 78; Arpacı, 51; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, 287.

<sup>40</sup> Saymen, 469; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 315; Dural ve Ögüz, 78.

<sup>41</sup> Karakaş, 36-37; Helvacı, 83; Kılıçoğlu, 260.

<sup>42</sup> Karakaş, 37.

<sup>43</sup> Kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmakla birlikte bu hakkın hem TMK'deki açık hüküm (m. 25/4) hem de bu hakkın bir yönüyle malvarlığı hakkı olması sebebiyle mirasçılara geçmesi mümkündür, Karakaş, 39-40.

<sup>44</sup> Karakaş, 38; Arpacı, 51; Dural ve Ögüz, 78.

<sup>45</sup> Kılıçoğlu, 260.

<sup>46</sup> Arpacı, 51; Karakaş, 41.

3-Kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar, kişilikle yakından ilgilidir. Kişiliğın bir sonucu ise hak ehliyetidir. TMK madde 23/1'e göre hak ve fiil ehliyetinden, kısmen de olsa vazgeçilmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle kişilik ile yakından ilgili bulunan kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklardan vazgeçilmesi mümkün değildir<sup>47</sup>.

4-Son olarak kişilik ile yakın bağı sebebiyle bu hakların rehnedilmesi ve haczedilmesi olanaklı değildir<sup>48</sup>.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların<sup>49</sup> kullanımında, yasal temsilcisinin rızasının aranmaması kuraldır. Ancak TMK bu niteliğiy taşıyan bazı haklar yönünden, yasal temsilcisinin rızasını açık bir şekilde aramaktadır<sup>50</sup>. Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı sürece kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların kullanılmasında, yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

## 2. İdari Yargıda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağı Haklarla İlgili Davalar

Kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar, ilgili kanunlarda sayım yoluyla belirlenmemiştir. Bu sebeple bir hakkın, bu niteliğiy sahip olup olmadığı öğretiy ve yargı kararları çerçevesinde tespit edilecektir. İdari yargı açısından değerlendirme yapılırken açılacak dava türünün dikkate alınması gerekmektedir.

Tam yargı davaları açısından değerlendirmek gerekirse bu davada, kişiy uğradığı zararın karşılığı olarak maddiy ve maneviy tazminat talebinde bulunabilmektedir. Maddiy tazminat talepleri, kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların kullanımını kapsamında kalmadığından bu talepler yönünden sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcisinin rızası olmadan dava açamayacaktır. Zira maddiy tazminat talepleri, kişiyvarlığı haklarına ilişkin olmayıp malvarlığı haklarına ilişkindir.

Maneviy zarar, Danıştay'ın ifadesiyyle “*kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı*

<sup>47</sup> Karakaş, 42-43.

<sup>48</sup> Kılıçoğlu, 260; Karakaş, 43.

<sup>49</sup> Tibbi müdahaleye rıza, dinini seçme, kişiliğın korunması davaları, dernek kurma ve derneğiy üye olmak gibi haklar, kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklardandır. Daha fazla örnek için bkz. Karakaş, 82-84; Oğuzman, Seliçiy ve Oktay Özdemir, 95-97.

<sup>50</sup> Bu haklar için bkz. Karakaş, 66-68.

*ifade etmekte*”dir<sup>51</sup>. Bu yönüyle manevi zarardan kaynaklı manevi tazminat taleplerinin; özellikle zararın kişide oluşturduğu üzüntü, sıkıntı ve ıstırap dikkate alındığında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim hem medeni hukuk öğretisinde<sup>52</sup> hem de Yargıtay kararlarında<sup>53</sup>, manevi tazminat taleplerinin bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Danıştay ise manevi tazminat taleplerinin olduğu tam yargı davalarında, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasının olması gerektiğine karar vermektedir. Özellikle kişilik hakları kapsamında kalan vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerden doğan manevi tazminat taleplerinde, Danıştay’ın bu talepleri, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı olarak görmediği dikkat çekmektedir<sup>54, 55</sup>.

İptal davaları bakımından değerlendirme yapılırken dava konusu idari işlemin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakla ilişkili olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer idari işlem, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara etki eder nitelikte ise, örneğin kişilik hakkını zedeleyen bir ilan kaldırılması talebinin reddinde olduğu gibi<sup>56</sup>, sınırlı ehliyetsizin tek başına dava açabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin TMK madde 341/3’e göre ergin, dinini seçmekte özgürdür ve bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlının, dinini seçme hakkına ilişkin tesis edilecek bir idari işleme karşı açılacak iptal davasında, kısıtlının dava ehliyetinin kabulü gerekir<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Danıştay 15. D., E. 2013/3357, K. 2014/2292, 1.4.2014, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

<sup>52</sup> Sevap Helvacı, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar) (İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 1993), 91.

<sup>53</sup> Yargıtay 21. HD., E. 2016/2750, K. 2016/5719, 31.3.2016, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Yargıtay 17. HD., E. 2017/32, K. 2017/6026, 29.5.2017, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Yargıtay 11. HD., E. 2014/5372, K. 2014/12145, 25.6.2014, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

<sup>54</sup> Danıştay 10. D., E. 2021/4176, K. 2021/4133, 20.9.2021, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Danıştay 10. D., E. 2020/4410, K. 2021/743, 25.2.2021, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Danıştay 10. D., E. 2021/1142, K. 2021/3188, 9.6.2021, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

<sup>55</sup> Danıştay 5. Dairesi; eski tarihli bir kararında manevi tazminatın, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğuna karar vermiştir. Bu kararda, ehliyet yönünden bir değerlendirme yapılmamış, manevi tazminatın mirasçılara intikali tartışılmıştır, Danıştay 5. D., E. 2000/5895, K. 2001/4557, 27.11.2001, (Kazancı, E.T. 24.5.2022).

<sup>56</sup> Danıştay 10. D., E. 2007/7981, K. 2010/6186, 20.7.2010, (Lexpera, E.T. 23.5.2022). Danıştay’ın bu kararı, ehliyete ilişkin bir değerlendirme içermemektedir.

<sup>57</sup> Böyle bir işleme örnek olarak mülga 1587 sayılı Nüfus Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde İDDK tarafından verilen bir karara konu işlem gösterilebilir. Karara konu olayda davacı, boş bulunan dini hanesine “Yehova’nın Şahidi” yazılması isteminin reddi işlemine karşı iptal davası açmış ve dava, esastan reddedilmiştir. Eklemek gerekir ki bu davada, davacı sınırlı ehliyetsiz değildir. Karar için bkz. Danıştay İDDK., E.

### 3. Danıştay'ın Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Kavramına Yaklaşımı

Yargıtay'ın kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin birçok kararı bulunmaktadır. Fakat Danıştay kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların dava ehliyetine etkisi boyutu ile sınırlı bir inceleme yaptığı için Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımının, kararlar ile ortaya koyulması güçtür. Mevcut kararlar üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekirse daha önce de ifade edildiği üzere Danıştay, manevi tazminat istemlerini, hukuk yargılamasının aksine kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakka ilişkin olarak görmemektedir.

Danıştay; dava ehliyetine dair kararlarında, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak kavramının niteliğine ve sonuçlarına ilişkin bir değerlendirmeye veya açıklamaya yer vermemektedir. Fakat Danıştay'ın kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak kavramını, İYUK madde 26'da düzenlenen tarafların nitelik veya kişiliğinde değişiklik bağlamında açıkladığı kararları mevcuttur. Danıştay'a göre İYUK madde 26/2'de yer alan *“yalnız öleni ilgilendiren davalar”* ifadesi ile kastedilen *“münhasıran ölenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan, başkalarına devir ve temlikli veya miras yoluyla intikali mümkün olmayan haklarla ilgili davalardır”*<sup>58</sup>.

Danıştay, *“yalnız öleni ilgilendiren davalar”* ifadesini açıklarken bu davaların, münhasıran kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalar olduğunu belirtmektedir. Danıştay her ne kadar bu şekilde bir belirleme yapsa da davanın, yalnızca öleni ilgilendirip ilgilendirmediği tespitini davanın ileride doğuracağı hukuki sonuçlara bakarak yapmaktadır<sup>59</sup>. Diğer bir ifadeyle dava konusu hakkın, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak olup olmadığını incelememekte<sup>60</sup>, davanın yalnızca öleni ilgilendirip ilgilendirmediğini değerlendirmektedir. Bu sebeple yalnızca öleni ilgilendiren davalara ilişkin Danıştay kararları, Danıştay'ın kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakka yaklaşımını tam olarak ortaya koymamaktadır.

Danıştay'ın genel yaklaşımı, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak kavramını oldukça dar yorumlama yönündedir. Danıştay; soruşturma izni

---

1993/73, K. 1994/310, 10.06.1994, (Lexpera, E.T. 7.9.2022).

<sup>58</sup> Danıştay İDDK, E. 2021/3633, K. 2022/379, 9.2.2022, (Kazancı, E.T. 24.5.2022). Aynı yönde bkz. Danıştay 10. D., E. 2020/503, K. 2021/577, 17.2.2021, (Kazancı, E.T. 24.5.2022); Danıştay 10. D., E. 2016/1655, K. 2020/3891, 19.10.2020, (Kazancı, E.T. 24.5.2022).

<sup>59</sup> Akylmaz, Sezginer ve Kaya, 1414.

<sup>60</sup> Danıştay'ın yalnızca öleni ilgilendiren davalara yaklaşımı için bkz. Günday, 375-376.

verilmemesinin iptaline<sup>61</sup>, ceza infaz kurumu tarafından verilen disiplin cezasının iptaline<sup>62</sup>, hükümlünün yüksek güvenlikli ceza infaz kurumuna sevkinin iptaline<sup>63</sup>, hükümlünün ailesine yakın bir ceza infaz kurumuna sevk edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararın tazminine<sup>64</sup>, üniversite öğrencisinin ders alamayacağına yönelik işlemin iptaline<sup>65</sup>, OHAL Komisyonu kararının iptaline<sup>66</sup> yönelik davaların, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı kapsamında kalıp kalmadığını açık bir şekilde tartışmamış ve kısıtlıların, bu konularda dava ehliyetinin olmadığına karar vermiştir<sup>67</sup>. Bu kararların bazılarında her ne kadar karşı oylar bulunsun da Danıştay, belirtilen kararları ile bu konuların, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kapsamında kalmadığını kabul etmiş bulunmaktadır.

### B. Karşılıksız Kazanımlara İlişkin Davalar

TMK madde 16/1'e göre karşılıksız kazanım söz konusu ise sınırlı ehliyetsiz, fiil ehliyetini haizdir. Sınırlı ehliyetsize yükümlülük yükleyen bir kazanım söz konusu ise yasal temsilcinin rızası gerekmektedir. Bu nedenle örneğin şartlı bağışlar, karşılıksız kazanım niteliğinde değildir<sup>68</sup>.

Karşılıksız kazanımlara ilişkin açılacak davalarda, sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü karşılıksız kazanıma ilişkin açılacak bir dava, sınırlı ehliyetsiz için karşılıksız kazanım niteliğinde değildir<sup>69</sup>. Keza karşılıksız kazanıma ilişkin açılan bir dava kaybedilirse sınırlı ehliyetsiz, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilebilir ve bu ise sınırlı ehliyetsizin zararına bir durum oluşturur<sup>70</sup>. Bütün bu sebeplerle, karşılıksız kazanımlara ilişkin davaların yasal temsilci tarafından açılması ve

<sup>61</sup> Danıştay 8. D., E. 2016/4862, K. 2020/439, 3.2.2020, (Lexpera, E.T. 24.5.2022).

<sup>62</sup> Danıştay 10. D., E. 2020/5673, K. 2021/4026, 13.9.2021, (Lexpera, E.T. 24.5.2022).

<sup>63</sup> Danıştay 10. D., E. 2021/5034 K. 2021/4108 20.9.2021, (Lexpera, E.T. 24.5.2022).

<sup>64</sup> Danıştay 10. D., E. 2021/4176, K. 2021/4133, 20.9.2021, (Lexpera, E.T. 24.5.2022).

<sup>65</sup> Danıştay 8. D., E. 2010/5780, K. 2013/3505, 3.5.2013, (Lexpera, E.T. 24.5.2022).

Danıştay çok eski bir kararında; eğitim hakkının, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğunu kabul etmekle birlikte bu içtihadını sonradan değiştirmiştir, Yenice ve Esin, 462; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku (Ankara: 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2017), 812.

<sup>66</sup> Danıştay 5. D., E. 2020/1154, K. 2020/1771, 5.3.2020, (Kazancı, E.T. 24.5.2022).

<sup>67</sup> İfade etmek gerekir ki bu kararların bazılarında, dava konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı olduğuna ilişkin karşı oylar bulunmaktadır.

<sup>68</sup> Helvacı, 2016, 83.

<sup>69</sup> Kuru, 1045; Tanrıver, 499.

<sup>70</sup> Kuru, 1045.

yürütülmesi gerektiğini ifade etmek mümkündür<sup>71</sup>.

### **C. Tasarrufu Sınırlı Ehliyetsize Bırakılan Mal ve Kazançlara İlişkin Davalar**

TMK madde 359'a göre anne ve baba tarafından bir meslek veya sanatla ilgilenmesi için küçüğe kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı, küçüğe aittir. Yine madde 455'e göre kısıtlı, tasarrufu kendisine bırakılmış mallar ve vasinin izni ile çalışarak elde ettiği malları serbestçe yönetir ve kullanır. Ehliyet genişlemesi olarak ifade edilen bu mal ve kazançların yönetimi ve kullanımı konusunda, sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyeti olduğu kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

Ehliyetin genişlemesi hâllerinin, usul hukukuna yansımaları ise dava ehliyeti yönünden olmuştur. Buna göre serbest malların kullanımı ve bu mallardan yararlanmaya ilişkin açılacak davalarda, sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu kabul edilmektedir<sup>73</sup>. İdari yargı açısından ise bu serbest malların kullanımına ve bu mallardan yararlanmaya ilişkin olarak iptal veya tam yargı davası açılması durumunda, sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetinin olduğu ifade edilebilir<sup>74</sup>.

### **D. Meslek veya Sanatın Gerektirdiği İşlemlere İlişkin Davalar**

TMK madde 453'e göre vesayet altındaki kimseye, vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmişse kısıtlı, bu meslek veya sanatla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir. Keza 359'uncu maddeye göre ayırt etme gücüne sahip küçüklere, bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilmesi mümkündür. Sınırlı ehliyetsizlerin, izin verilen meslek veya sanatın yürütülmesi gereği yaptığı işlemlerde, fiil ehliyetinin ve dolayısıyla dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>75,76</sup>. Bu doğrultuda

<sup>71</sup> Karşılıksız kazanımlara ilişkin herhangi bir idari yargı kararı tespit edilememiştir.

<sup>72</sup> Helvacı, 2016, 85; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 324; Dural ve Ögüz, 95.

<sup>73</sup> Kuru, 1043; Karavelioğlu, 2006, 1035.

<sup>74</sup> Serbest mallara ilişkin herhangi bir idari yargı kararı tespit edilememiştir.

<sup>75</sup> Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz, 586; Kuru, 1042; Üstündağ, 296; Gözübüyük ve Tan, 812.

<sup>76</sup> “Ayırdetme gücüne sahip küçükler ve kısıtlular bazı istisnai (kişiyi sıkı surette bağlı haklarını kullanmada; TMK'nun 453, 462/7, 359, 455.maddeleri) hallerde dava ve takip ehliyetine sahiptirler. Bu durumlar dışında ayırdetme gücüne sahip küçükler ve kısıtluların dava ve takip ehliyetleri yoktur”, Yargıtay 12. HD., E. 2018/675, K. 2019/8948, 23.5.2019, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

örneğin küçüğün, velisinden izin alarak açtığı bir iş yerinin kapatılması kararına karşı açacağı iptal davasında, ehliyetinin olduğunun kabulü gerekecektir<sup>77, 78</sup>.

#### IV. GENEL DAVA EHLİYETİ NOKSANLIĞI

Ehliyet, İYUK madde 14/3'e göre ilk inceleme konuları arasında üçüncü sırada yer almaktadır. İYUK'ta sayılan ilk inceleme konuları, Kanun'da sayılan sırayla incelenir ve ilk inceleme konularında bir eksiklik olması hâlinde bunun yaptırımının ne olacağı, İYUK madde 15'te düzenlenmiştir. İdari yargıda ehliyet eksikliğinin, diğer bir ifadeyle ehliyetsiz kimselerin dava açmasının yaptırımı, İYUK madde 15/1-b uyarınca davanın reddidir. Ehliyet yönünden davanın reddine karar verilir ise madde 15/4 uyarınca ilgisine göre istinaf veya temyiz yoluna başvurulması mümkündür<sup>79</sup>.

İYUK, ilk inceleme konularının arasında bir sıra belirlemiş olmakla birlikte öncelikle genel ehliyetin mi yoksa özel ehliyetin mi inceleneceği konusunda bir belirleme yapmamıştır<sup>80</sup>. Bu durumda idari yargı merciin, her iki ehliyet yönünden inceleme yapması ve çeşitli ihtimallere göre karar vermesi gerekmektedir. Bu ihtimalleri açıklamadan önce ifade etmek gerekir ki dava ehliyetinin, mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgisi sebebiyle ehliyet eksikliğinin giderilip giderilemeyeceğinin tespiti önem taşıyacaktır. Eksikliğin giderilmesi mümkün ise bu yönde bir ara karar kurulması, mahkemeye erişim hakkını temin eder nitelikte olacaktır. Biraz sonra da açıklanacağı üzere genel dava ehliyeti eksikliğinin bazı hâllerde giderilmesi imkânı var iken özel dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesi mümkün değildir. Bu sebeple eksikliğin genel veya özel dava ehliyeti olması durumuna göre idari yargı mercileri karar verecektir.

Birinci ihtimalde özel ehliyet olarak ifade edilen menfaat ihlali veya hak ihlali şartları sağlanamamış, fakat genel ehliyetin mevcudiyeti tespit edilmiş

---

<sup>77</sup> Yenice ve Esin, 462.

<sup>78</sup> Meslek veya sanatın gerektirdiği işlemlere ilişkin herhangi bir idari yargı kararı tespit edilememiştir.

<sup>79</sup> Ehliyet yönünden davanın reddi kararlarına karşı kanun yolunun açık olup olmadığı kanun yoluna ilişkin genel hükümlere göre belirlenecektir. Örneğin istinaf sınırının altında kalan bir tam yargı davasında verilen davanın reddi kararına karşı istinaf yolu kapalı olacak iken istinaf sınırının üstünde kalan bir tam yargı davasında, davanın ehliyet eksikliği nedeniyle reddi kararına karşı istinaf yolu açık olacaktır.

<sup>80</sup> Öğretide ilk önce genel dava ehliyeti yönünden inceleme yapılacağı belirtilmiştir. Bkz. Akylmaz, Sezginer ve Kaya, 910.

olabilir. Bu ihtimalde davanın reddine karar verilmelidir. Zira menfaat ihlali veya hak ihlali yokluğu, sonradan düzeltilebilecek bir eksiklik değildir<sup>81</sup>.

İkinci ihtimalde sadece genel ehliyet yönünden bir eksiklik tespit edilmiş olabilir. Bu hâlde, genel ehliyetteki eksikliğin giderilebilir olup olmadığına göre karar verilecektir. Daha sonra ifade edileceği üzere, örneğin vesayet makamının izni gereken durumlarda, henüz izin alınmamış ise izin sürecinin tamamlanmasının beklenmesi gerekecektir. Bu ihtimalde genel ehliyetteki eksiklik giderilemez veya eksiklik, sonradan giderilebilecek bir eksiklik değilse davanın reddine karar verilecektir. Genel ehliyetteki eksiklik giderebilecek nitelikte ise mahkemenin, bu eksikliklerin giderilmesine yönelik ara karar kurması gerekmektedir<sup>82</sup>.

Üçüncü ihtimalde hem genel ehliyet hem de özel ehliyet yönünden bir eksiklik bulunabilir. Bu durumda genel ehliyetteki eksikliğin giderilip giderilemeyeceği dikkate alınmadan davanın reddine karar verilmesi gerektiği söylenebilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere özel ehliyetteki eksikliğin giderilmesi mümkün değildir. Fakat belirtmek gerekir ki genel dava ehliyeti, sadece dava açmak için değil, aynı zamanda davayı takip etmek için de aranan bir şarttır. Bir başka ifade ile örneğin ilk derece mahkemesince verilen karara karşı kanun yoluna başvurmak için de genel dava ehliyetine sahip olmak gerekmektedir<sup>83</sup>. Bu sebeple hem genel dava ehliyetinde hem de özel dava ehliyetinde bir eksiklik tespit edilmiş olsa dahi eğer mümkünse genel dava ehliyetindeki eksikliğin giderilmesine yönelik ara karar kurulmalı ve bu eksikliğin giderilmesine imkân tanınmalıdır. Çünkü genel dava ehliyetindeki eksiklik giderilir ise özel dava ehliyeti eksikliği nedeniyle davanın reddi kararına karşı sınırlı ehliyetsizin kanun yoluna başvuru hakkının kullanılması mümkün hâle gelecektir.

İlk derece mahkemesi, genel ehliyetteki eksikliğin giderilmesine yönelik herhangi bir ara karar kurmamış ve imkân tanımamış ise bu husus zaten davanın reddi kararının hukuka aykırılığına neden olacağından kanun yoluna başvuran davacının genel ehliyeti bulunmasa dahi kanun yolu başvurusu kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Genel dava ehliyetindeki eksikliğin giderilmesine yönelik imkân sunulmaması, kararın hukuka aykırılığına sebep olacağı için hem genel

---

<sup>81</sup> Ulusoy, 725.

<sup>82</sup> Karahanoğulları, 335.

<sup>83</sup> Danıştay 10. D., E. 2013/5691, K. 2015/2806, 8.6.2015 (Lexpera, E.T. 6.10.2022); İzmir BİM, 6. İDD, E. 2020/648, K. 2020/887, 9.7.2020, (Lexpera, E.T. 6.10.2022).

<sup>84</sup> Danıştay 10. D., E. 2002/6867, K. 2003/5307, 24.12.2003, (Lexpera, E.T. 6.10.2022); Danıştay 10. D., E. 2016/14203, K. 2016/3976, 14.11.2016, (Lexpera, E.T. 6.10.2022).

dava ehliyetinde hem de özel dava ehliyetinde eksiklik bulunsa da genel dava ehliyetindeki eksikliğin giderilmesi için davacıya imkân sunulması gerekmektedir. Aksinin kabulü ise mahkemeye erişim hakkının ihlali olacaktır. Özetle mahkeme, genel dava ehliyetinde bir eksiklik söz konusu ise bu eksikliğin giderilmesine yönelik ara karar kurmalı ve davacıya bu eksikliğin giderilebilmesi için imkân tanımalıdır.

Genel dava ehliyetindeki eksikliğin bazı durumlarda giderilmesi mümkün olduğu için çalışmanın bu kısmında ise genel dava ehliyeti eksikliğine ilişkin çeşitli hususlar incelenecektir.

### **A. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kendisinin Dava Açması**

Daha önce incelendiği üzere ayırt etme gücüne sahip küçüğün, kural olarak dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple yasal temsilcisinin, küçük adına dava açması ve bu davayı yürütmesi gerekmektedir. Küçüğün bizzat kendisinin dava açması durumunda ise mahkemenin, davayı ehliyet yokluğundan reddetmemesi gerekir. Zira bu eksikliğin giderilmesi mümkündür. Bu durumda küçüğün yasal temsilcisine, davaya icazet vermesi için ara karar kurularak süre verilmesi gerekmektedir<sup>85</sup>. Yasal temsilci icazet verirse ehliyet eksikliği giderilmiş olacaktır. Eğer icazet vermezse, ehliyet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilecektir.

Küçüğün dava ehliyetinin olduğu hâllerde ise kendisinin dava açması gerekmektedir. Dava konusunun, dava ehliyetinin olduğu hâller kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmesini ise idari yargı mercii yapacaktır. Küçüğün dava ehliyeti bulunmasına rağmen yasal temsilci küçük adına dava açmış ise İYUK madde 15/1-d uyarınca 30 gün içinde bizzat küçüğün veya bir avukat vasıtasıyla dava açması için dilekçenin reddine karar verilmelidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere ayırt etme gücüne sahip küçüğün yasal temsilcisi, velayet hakkına göre belirlenecektir. Bir başka ifadeyle küçük adına dava açma ve davayı takip etme hakkı, velayet hakkı sahibine aittir. TMK madde 336'ya göre evlilik devam ettiği sürece velayeti, anne ve baba birlikte kullanır<sup>86</sup>. Bu sebeple küçüğün velayeti, anne ve babada ise her ikisinin de icazeti gerekmektedir. Keza anne ve babanın birlikte velayet

<sup>85</sup> Kuru, 1098; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz, 589-590.

<sup>86</sup> Diğer hâllerde velayet hakkının kim tarafından kullanılacağı için bkz. Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III* (İstanbul: 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2012), 326-327.

hakkına sahip olduğu durumda, davanın da anne ve baba tarafından birlikte açılması gerekmektedir<sup>87</sup>.<sup>88</sup>. Öğretide anne ve babanın anlaşamaması durumunda ise çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde sorunun çözüleceği ifade edilmektedir<sup>89</sup>.

### **B. Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlının Kendisinin veya Vasinin, Vesayet Makamından İzin Almadan Dava Açması**

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlının kendisinin dava açması hâlinde de ayırt etme gücüne sahip küçükler yönünden yapılan açıklamalar geçerli olacaktır. Fakat bu hâlde vasinin icazeti tek başına yeterli değildir. Zira TMK madde 462'ye göre yasal temsilcinin, yani vasinin, kısıtlı adına dava açabilmesi ve davayı takip edebilmesi için vesayet makamının izni gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kısıtlının kendisinin bizzat dava açtığı veya vasinin, kısıtlı adına dava açtığı her iki hâlde de vesayet makamının izni gerekmektedir. Elbette daha önce de ifade edildiği üzere sınırlı ehliyetsizlerin, tek başına dava açabileceği hâllerde, bu izin gerekmemektedir.

---

<sup>87</sup> Nitekim HSK idari yargı tavsiyelerinde de bu hususa değinilmiş ve küçüğe ilişkin davalarda, velayet hakkının birlikte kullanılmasına ilişkin TMK hükümlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. HSK İdari Yargı Tavsiyeleri, 27 (<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/301220211621idari-yargi-genel-tavsiyeleri-30122021pdf.pdf>, E.T. 12.6.2022).

<sup>88</sup> “Buna göre; evlilik birlikteliği devam etmekte ise; davanın, velayet altında bulunan çocuk adına anne ve babası tarafından, velayet ilişkisi belirtmek şartıyla, birlikte imzalanmak üzere açılması; evlilik birlikteliği sona ermiş ise; davanın, çocuğun velayeti kendisine verilen kişi tarafından çocuğu adına imzalanmak üzere açılması ve dava dilekçesine velayet ilişkisinin ispatına yönelik bilgi ve belgenin (velayet altında bulunanın vukuatlı nüfus kayıt örneği, nüfus cüzdanı fotokopisi, varsa velayete ilişkin mahkeme kararı gibi vb.) eklenmesi gerekmektedir.

Bakılan davanın, çocuk adına velayeten sadece babası tarafından açıldığı görüldüğünden, yeniden düzenlenecek dava dilekçesinde, çocuk adına velayeten anne ve babanın ortak dava açması; evlilik birlikteliği sona ermiş ise velayeti kendisine bırakılan kişi tarafından çocuk adına davanın açılması ve velayetin kendisine bırakıldığına ilişkin mahkeme ilamının dava dilekçesine eklenmesi gerektiğinden, bu unsurları taşımayan dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”, Danıştay 8. D., E. 2018/4756, K. 2018/4167, 16.8.2018, (Lexpera, E.T. 6.10.2022).

<sup>89</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, 328.

İdari yargı mercii; kısıtlının kendisinin dava açması hâlinde, ara karar kurarak durumu vasiye bildirmesi<sup>90</sup> ve yasal temsilcinin, icazet vermesi ve vesayet makamından izin alması için süre vermesi gerekmektedir. Benzer şekilde vasi, izin almadan kısıtlı adına dava açmış ise davanın ehliyet yönünden reddi yerine vesayet makamından izin alınması için süre verilmesi yönünde ara karar kurulmalıdır. İYUK madde 20/2 uyarınca ara kararda, kararın icaplarının yerine getirilmemesinin verilecek karar üzerindeki etkisi belirtilmelidir. Bir başka ifadeyle icazet verilmemesi veya süresi içerisinde vesayet makamından izin alınmaması durumunda davanın ehliyet eksikliği nedeniyle reddedileceğinin ara kararda belirtilmesi gerekmektedir<sup>91</sup>. Danıştay'a göre bu aşamalar tamamlanmadan doğrudan davanın reddine karar verilmesi bozma sebebidir<sup>92</sup>. Kısıtlının dava ehliyeti olmamasına rağmen kendisinin dava açtığı ihtimalde; eğer vasi, icazet vermemiş ise davanın reddine karar verilecektir<sup>93</sup>.

Yasal temsilci atanmamış kısıtlı kendisi dava açmış veya davacının kısıtlanmasını gerektirir bir hâl mevcut ise idari yargı mercii; keyfiyeti, ilgili

<sup>90</sup> Danıştay 5. Dairesi, temyiz talebine vasinin izin verip vermediğinin öğrenilmesi için vasiye yapılan bildirim içeriğine ilişkin bir belirleme yapmıştır. Daire kararına göre böyle bir bildirim karşısında vasinin hareketsiz kalmasının sonucunun ne olacağına da bildirimde belirtilmesi gerekmektedir. Bu konudaki karar için bkz. Danıştay 5. D., E. 2016/3548, K. 2017/23477, 28.11.2017, (Lexpera, E.T. 25.5.2022). Dava açmaya icazet verip vermediği konusunda vasiye yapılacak bildirimde, sessiz kalmanın sonucu belirtilmese dahi bu sessizliğin, icazet vermediği şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay'ın genel uygulaması da bu yöndedir.

<sup>91</sup> Nitekim Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, İYUK madde 20/2 uyarınca ara kararın yerine getirilmemesi durumunda yaptırımın ne olacağına belirtilmediği ara kararın yerine getirilmemesi sebebiyle davanın reddi yönündeki ilk derece mahkemesi kararını, hukuka aykırı bulmuştur: “*Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince 22.01.2020 tarih ve E:2019/2455 sayılı ara kararıyla Vasiden, bakılan davaya icazet verdiğine dair Sulh Hukuk Mahkemesi'nden alınan kararın gönderilmesinin istenildiği, iş bu ara kararı gereğinin yerine getirilmemesi halinde yaptırımın ne olacağına 2577 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca açıkça gösterilerek, davanın ehliyet nedeniyle reddedileceğinin bildirilmesi gerekirken, bu yolda yaptırım göstermeyen, bilakis ara kararı gereğinin yerine getirilmemesi halinde dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceği yönündeki yaptırımı bağlı olarak davanın ehliyet yönünden reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir*”, Ankara BİM, 2. İDD, E. 2020/1607, K. 2020/1612, 23.9.2020, (Lexpera, E.T. 12.6.2022).

<sup>92</sup> Danıştay 10. D., E. 2003/2567, K. 2005/1980, 20.4.2005, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Danıştay 5. D., E. 2016/21483, K. 2018/3701, 18.1.2018, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

<sup>93</sup> Danıştay 10. D., E. 2020/4410, K. 2021/743, 25.2.2021, (Lexpera, E.T. 25.5.2022); Danıştay 10. D., E. 2021/1142, K. 2021/3188, 9.6.2021, (Lexpera, E.T. 25.5.2022).

sulh hukuk mahkemesine bildirmeli ve yasal temsilci atanmasını sağlamalıdır. Daha sonra ise atanacak yasal temsilcinin icazet vermesi ve vesayet makamından izin alması için süre verilmelidir<sup>94</sup>.

Vesayet makamından izin alınması için idari yargı mercii tarafından vasiye süre verilen hâllerde; vesayet makamı, kısıtlının fiil ehliyeti ve dolayısıyla dava ehliyeti olduğunu ve bu sebeple izne gerek olmadığını değerlendirirse idari yargı mercii, bu karara uygun olarak kısıtlının dava ehliyetinin mevcut olduğunu kabul etmesi gerekir.

### C. Yasal Temsilcinin Kendi Adına Dava Açması

Yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsiz adına dava açarken dava dilekçesinde, davacı olarak sınırlı ehliyetsizi belirtmesi gerekmektedir. Fakat bazen yasal temsilci, sınırlı ehliyetsizi belirtmeden kendi adına dava açabilmektedir. Bu durumda eğer dilekçe içeriğinden, sınırlı ehliyetsiz adına açıldığı anlaşılıyor ise özel ehliyet yokluğu sebebi ile davanın reddine karar verilecektir. Ancak dilekçe içeriğinden sınırlı ehliyetsiz adına açtığı anlaşılıyor ise davanın reddedilmemesi gerekmektedir<sup>95</sup>. Böyle bir hâlde; idari yargıda, dava dilekçesinin 3. ve 5. maddelere uygun olmadığı gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verilecektir. Dilekçe reddi kararının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde dilekçenin, dilekçe ret sebebine göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

### D. Dava Sırasında Dava Ehliyetinin Kazanılması ve Kaybedilmesi

Sınırlı ehliyetsiz; ergin olması veya kısıtlılık hâlinin kaldırılması ile birlikte dava ehliyetini kazanacaktır. Adli yargıda, böyle bir durumda dava ehliyetini kazanan sınırlı ehliyetsiz, davayı devam ettirmek isterse dava devam edecektir<sup>96</sup>. İdari yargı uygulamasında ise İYUK madde 26 gündeme gelecektir. İYUK madde 26'ya göre herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelirse, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilecektir. Gerçekten de sınırlı ehliyetsizin, ehliyet kazanması ile davacının, kişiliğinde değişiklik<sup>97</sup> olmakta ve davayı takip hakkı, kendisine

<sup>94</sup> Danıştay 10. D., E. 2002/6867, K. 2003/5307, 24.12.2003, (Lexpera, E.T. 23.5.2022; Danıştay 10. D., E. 2015/5332, K. 2016/462, 25.1.2016, (Lexpera, E.T. 23.5.2022).

<sup>95</sup> Kuru, 1049-1050.

<sup>96</sup> Kuru, 1101.

<sup>97</sup> YÜKSEL ve ESİN'e göre kişilik değişikliği ifadesi; kişiliğin sona ermesi, medeni hakları kullanma yetkisinin yitirilmesi veya sınırlandırılması anlamına gelmektedir,

geçmektedir<sup>98</sup>. Böyle bir durumda yenileme dilekçesinin ne zaman verileceğine ilişkin olarak ise bir süre belirlenmemiştir<sup>99</sup>.

Dava sırasında ehliyet kaybı da tarafların kişiliğın değişmesidir. Bu durumda ise davacının, bizzat davayı takip etmesi hukuken mümkün olmadığı için yasal temsilcinin başvurusuna kadar dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilecektir<sup>100, 101</sup>. Kanunda açıkça belirtilmemiş ise de yasal temsilcinin, vesayet makamı izni gereken durumlarda bu izni de yenileme dilekçesi ile sunması gerekmektedir.

#### V. SINIRLI EHLİYETSİZLİĞİN DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICINA ETKİSİ VE TEBLİGAT

Anayasa'nın 125'inci maddesi, idari işlemlere karşı açılacak davalarda, dava açma süresinin yazılı bildirim ile başlayacağını hüküm altına almıştır. Yine İYUK madde 7'de, benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte İYUK'ta, sınırlı ehliyetsizler bakımından yazılı bildirim kime yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta ve keza yazılı bildirim nasıl yapılacağı konusunda 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na bakılması gerekecektir.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 1'inci maddesine göre yargı mercileri, 5018 sayılı Kanun'un ekli cetvellerinde yer alan idareler, vakıf yükseköğretim

---

Yüksel ve Esin, 563.

<sup>98</sup> Danıştay 14. D., E. 2016/3067, K. 2018/5152, 11.9.2018, (Lexpera, E.T. 23.5.2022); Danıştay 2. D., E. 2017/424, K. 2018/296, 31.1.2018, (Lexpera, E.T. 10.6.2022).

<sup>99</sup> Günday, 377.

<sup>100</sup> Günday, 377.

<sup>101</sup> GÖZÜBÜYÜK ve TAN'a göre davanın taraflarından olan gerçek kişinin vesayet altına alınması, davanın taraflarında bir değişiklik yapmaz. Böyle bir durumda mahkeme, davanın taraflarından olan gerçek kişinin ehliyetinin kısıtlandığını öğrenince, İYUK madde 31'deki ehliyete ilişkin yollamadan hareketle HMK madde 56 uyarınca dosyayı işlem den kaldırmalı ve yargılamayı ertelemeli, yetkili temsilcinin başvurusu üzerine ise dosyayı işleme koyarak yargılamaya kaldığı yerden devam etmelidir, Gözübüyük ve Tan, 837. KARAVELİOĞLU davacının vesayet altına alınmasını, "tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olması" başlığı altında incelemiş olmakla beraber Gözübüyük ve Tan gibi HMK madde 56'nın uygulanacağı görüşüne yer vermiştir, Celal Karavelioğlu, *Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Ankara: 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018), 1074. AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA ise yasal temsilci atanmasını, davanın taraflarında değişme başlığı altında incelemiş, fakat dosyanın işlem den kaldırılmasının hukuki dayanağı olarak hem İYUK madde 26/1'i hem de HMK madde 56'yı göstermiştir, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 1421.

kurumları, il özel idareleri, belediyeler, köyler, barolar ve noterler tarafından yapılacak tebligatların, bu Kanun'a göre yapılması gerekmektedir. Yine 7201 sayılı Kanun'un 11/3 maddesinde; yasal temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligatın, eğer kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması gerekmiyorsa yasal temsilcilere yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

7201 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri dikkate alındığında, sınırlı ehliyetsizler bakımından yazılı bildirim, kural olarak yasal temsilciye yapılmalıdır. Kanun'da aynı zamanda yasal temsilcisi bulunması gerekenlere yapılacak tebligatın da yasal temsilciye yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple tebligat yapılacak kimseye, yasal temsilci atanması gerekiyor ise tebligat yapacak idare, öncelikle ilgili kişiye yasal temsilci atanmasını sağlamalı ve tebligatı, yasal temsilciye yapmalıdır<sup>102</sup>. Nitekim TMK'nin vesayeti gerektiren hâllerin düzenlendiği 404 ve devamı maddelerinde de vesayeti gerektiren bir hâlin varlığını öğrenen idari makamların, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmesi gerektiği öngörülmüştür.

Tebliğat Kanunu'nun 11/3 maddesi, tebligatın kural olarak yasal temsilciye yapılmasını öngörmüş olmakla birlikte kanunlara göre bizzat sınırlı ehliyetsize tebligat yapılması gereken durumları istisna tutmuştur. Bu istisnai durumlar ise doğal olarak, sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetine sahip olduğu iş ve işlemlerle ilgilidir. Örneğin sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkına ilişkin bir işlemin, bizzat sınırlı ehliyetsizin kendisine tebliğ edilmesi gerekecektir<sup>103</sup>.

Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyeti olduğu durumlara ilişkin olarak sınırlı ehliyetsize yapılacak yazılı bildirim, dava açma süresini başlatacaktır. Bu istisnai hâller dışında sınırlı ehliyetsize yapılacak yazılı bildirim, dava açma süresini başlatmayacaktır. Usule aykırı bir yazılı bildirim söz konusu olsa dahi, eğer muhatap işlemin varlığını ve içeriğini öğrenmiş ise tebliğ tarihi olarak öğrenme tarihi kabul edilecek ve kişi bu tarihten sonra dava açabilecektir<sup>104</sup>. Nitekim Tebligat Kanunu madde 32'ye göre "*Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın*

<sup>102</sup> İbrahim Ermenek ve S. Hilal Üçüncü, "Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlanma Hâlinde Kanunî Temsilciye Tebligat Yapılma Usulü", *AHBVÜ-HFD*, C. XXIV, S. 2, (2020), 16.

<sup>103</sup> Ermenek ve Üçüncü, 23.

<sup>104</sup> Günday, 283-284.

*beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur*". Fakat şu hususu da eklemek gerekir ki öğrenme tarihi, başka verilerle ortaya konulabiliyor ise Danıştay, dava açma süresinin başlangıcını o tarih olarak kabul etmektedir<sup>105</sup>. Bir başka ifadeyle Danıştay'a göre muhatabın öğrendiğini beyan ettiği tarihten başka bir tarih, öğrenme tarihi olarak belirlenebiliyor ise asıl öğrenme tarihi ile dava açma süresi başlayacaktır.

İdari eylemlerden kaynaklı tam yargı davalarında ise öncelikle İYUK madde 13/1'de belirtilen süreler içerisinde idareye başvurulmalı ve bu başvurunun açık veya zımnen reddinden itibaren 60 gün içerisinde dava açılmalıdır. Dava açmadan önce idareye başvuru yapılması gereken süreler<sup>106</sup> bakımından değerlendirme, kural olarak yasal temsilci bakımından yapılmalıdır. Fakat eğer sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetinin olduğu bir durum söz konusu ise bu hâlde, sınırlı ehliyetsiz açısından başvurunun süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı değerlendirilecektir.

Belki bu noktada sınırlı ehliyetsizin dava ehliyeti bulunduğu hâllerde yasal temsilcinin yahut ehliyetinin bulunmadığı hâllerde, sınırlı ehliyetsizin ön karar başvurusu yapması ihtimali ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde ise mahkemeye erişim hakkına uygun bir yorum yapılmalı ve başvurunun, geçersiz bir başvuru olduğu yönünde bir değerlendirme yapmak yerine İYUK'a uygun olarak yapılan başvurunun, usulüne uygun olduğu kabul edilmelidir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün, dava ehliyeti olmayan bir konuya ilişkin yaptığı başvurunun reddi hâlinde açacağı davada, yasal temsilcinin izni gerekeceğinden yasal temsilcinin dava açmaya yönelik verdiği iznin, başvuru bakımından da kabul edilmesi hakkaniyete uygun bir yorum olacaktır. Yasal temsilci izin vermez ise dava ehliyet yokluğu yönünden reddedilecek ve dava açma süresine ilişkin bir değerlendirme yapılmasına zaten gerek kalmayacaktır.

Sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetine ilişkin düzenlemelerin, kişiyi koruma düşüncesinden hareketle yapıldığı<sup>107</sup> da düşünüldüğünde dava açma süresinin,

<sup>105</sup> Bu konuda örnek kararlar için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 708 vd.

<sup>106</sup> Bu sürelerin başlangıcı ve bu konudaki Danıştay içtihadı için bkz. Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri* (Ankara: 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2011), 408-431; Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, "Kamu Hastanelerinde Covid-19 Nedeniyle Zarar Gören Hastaların İdareye Başvuru Sürecinin Tartışılması (İYUK Madde 13 Kapsamında)", in *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19*, ed. Murat Batı ve Sezai Çağlayan, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 259-269.

<sup>107</sup> Öztan, 115.

hem bu korumayı ortadan kaldırır şekilde hem de mahkemeye erişim hakkını zedeler şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mesutoğlu v. Türkiye kararında<sup>108</sup> usul kurallarının yorumunda, mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikteki katı şekilcilikten kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda İYUK madde 10, 11 ve 13 kapsamında sınırlı ehliyetsizlerin yapacağı başvurular ve başvuruların reddi neticesinde açılacak davalar, mahkemeye erişim hakkı ve idari yargının temel işlevi olan idarenin yargısal denetimi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Şu hususu da eklemek gerekir ki vasinin, vesayet makamından izin alması gerekliliği idari yargıda dava açma süresini durdurmamaktadır. Bu sebeple vasinin, dava açma süresi içerisinde dava açması ve vesayet makamına da izin verilmesi için başvurması gerekmektedir.

Yargılama sırasında da yapılacak tebligatların, Tebligat Kanunu uyarınca yasal temsilciye yapılması gerekmektedir. Yasal temsilciye yapılmayan tebligatlar, örneğin kanun yolu başvuru süresini başlatmayacaktır. Sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyeti olduğu hâllerde ise davayı takip etme hakkı kendisinde olduğu için tebligat, sınırlı ehliyetsizin kendisine yapılacaktır.

## SONUÇ

Ehliyetli olmanın istisna olduğu sınırlı ehliyetsizlerin, belirli konularda dava ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Bu konulara ilişkin davalarda, sınırlı ehliyetsizin tek başına dava açması mümkündür. Ne var ki yukarıda da açıklandığı üzere idari yargıda, hukuk yargılamasının aksine sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu hâller dar yorumlanmaktadır. Özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı hak konusunda, idari yargının manevi tazminatı dahi bu kapsamda görmediği dikkat çekmektedir. Hâlbuki çalışmanın üçüncü bölümünde açıklanan kararlardan da görüleceği üzere bu kararlara konu manevi tazminat talebi, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğü ise kişiye sıkı sıkıya bağlı önemli haklar içerisinde yer almaktadır.

İdari yargının, sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetine ilişkin bu dar yorumu mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğindedir. Zira dava ehliyeti, doğrudan mahkemeye erişim hakkı ile ilgilidir. Bu sebeple sınırlı ehliyetsizlerin genel dava ehliyetine ilişkin mevcut bu yaklaşımın,

<sup>108</sup> Mesutoğlu v. Türkiye, Başvuru No: 36533/04, 14.10.2008, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng>, E.T. 5.7.2022).

mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun yanında bu yaklaşım, hukuk yargılamasında sınırlı ehliyetsizin dava ehliyeti olduğu kabul edilen bazı hâllerde, idari yargıda dava ehliyeti olmadığı gibi bir sonuca yol açmaktadır. Hâlbuki hem hukuk yargılamasında hem de idari yargıda genel dava ehliyeti yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanmaktadır.

İdari yargının genel dava ehliyetine ilişkin bu yaklaşımının yanı sıra bazı hâllerde genel dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesi, özel dava ehliyetinin aksine mümkündür. Bu nedenle genel dava ehliyeti eksikliğinin, mümkün ise giderilmesine yönelik imkân tanınması gerekmektedir. Böyle bir imkân; idari yargı özelinde, daha da önem arz etmektedir. Zira idari yargıda genel dava açma süresi oldukça kısadır ve örneğin, vesayet makamının izni gereken durumlarda izin başvurusu dava açma süresini durdurmamaktadır. Keza özellikle sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu hâller konusunda yargı mercilerinin yaklaşımının belirsizliği veya sınırlı ehliyetsizin, dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda bir belirleme yapamaması ihtimali de düşünüldüğünde yargı mercilerinin, ehliyet eksikliğinin giderilmesine imkân tanınması mahkemeye erişim hakkı için bir gereklilik hâlini almaktadır.

Sınırlı ehliyetsizlerin durumu, dava açma süresi yönünden de farklılık göstermektedir. Çünkü bu kimselerin ehliyeti olmayan hâllere ilişkin tebliğatların, yasal temsilcilerine yapılması gerekmektedir. Keza idari eylemden doğan tam yargı davalarında, ön karar başvurusunun kim tarafından yapılması gerektiği, sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetinin olup olmadığına göre belirlenecektir. Bütün bu hususlar, dava açma süresinin başlangıcına ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına ilişkindir.

Görülebileceği üzere gerek dava açma yetkisi gerekse dava açma süresinin başlangıcı yönünden sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyeti, mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenlerle sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetine yaklaşımın, mahkemeye erişim hakkı da dikkate alınarak aşırı şekilci olmayacak biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemeler yapılırken idari yargının temel işlevi olan idarenin yargısal denetimi de göz ardı edilmemelidir.

## KAYNAKLAR

- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt. İstanbul: 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2013.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler). İstanbul: 2. Bası, Beta Basım, 2000.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, Medenî Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Çınarlı, Serkan ve Kerim Azak. “Kamu Hastanelerinde Covid-19 Nedeniyle Zarar Gören Hastaların İdareye Başvuru Sürecinin Tartışılması (İYUK Madde 13 Kapsamında)”, in Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, edited by Murat Batı ve Sezai Çağlayan, 243-274. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku C. II. İstanbul: 14. Baskı, Filiz Kitabevi, 2013.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III. İstanbul: 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2012.
- Ermeneç, İbrahim ve S. Hilal Üçüncü, “Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlanma Hâlinde Kanunî Temsilciye Tebligat Yapılma Usulü”, AHBVÜ-HFD, C. XXIV, S. 2, (2020): 3-30.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku. Ankara: 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2017.
- Günday, Metin, İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Helvacı, Sevap, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar). İstanbul: Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 1993.
- Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler. İstanbul: 7. Bası, Legal Yayıncılık, 2016.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri. Ankara: 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2011.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku. Bursa: 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- Karahanogulları, Onur. İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması. Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- Karakaş, Fatma Tülay, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

- Karavelioğlu, Celal, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdarî Yargılama Usulü Kanunu Cilt I. Ankara: 6. Bası, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2006.
- Karavelioğlu, Celal. Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1. İstanbul: 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku. Ankara: Legal Yayınevi, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliç ve Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). İstanbul: 12. Bası, Filiz Kitabevi, 2012.
- Öztañ, Bilge, Kişiler Hukuku. Ankara: 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Pekcanıtez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, Medenî Usul Hukuku Cilt I. İstanbul: 15. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Saymen, Ferit H., “Mahkeme İçtihatları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 21, S. 1-4, (1957): 467-482.
- Serozan, Rona, Medeni Hukuk. İstanbul: 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tanrıver, Süha, Medenî Usul Hukuku Cilt I. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Ulusoy, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku. Ankara: 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II. İstanbul: 6. Bası, Alfa Basım, 1997.
- Yenice, Kazım ve Yüksel Esin, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü. Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı, Türk İdarî Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: 3. Baskı, 2021.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Zevkliler, Aydın, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, Medenî Hukuk. Ankara: 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2000.

# ULUSLARARASI ADALET DİVANİ'NİN NİKARAGUA–KOLOMBİYA KARARINDA DÜZ ESAS HATLAR HAKKINDAKİ TESPİTLERİNE İLİŞKİN BAZI GÖZLEMLER

*Some Observations on the Determinations of the International Court  
of Justice on Straight Baselines in the Nicaragua Colombia  
Judgement*

Uğur BAYILLIOĞLU\*

## ÖZ

Uluslararası Adalet Divan'ı, Nikaragua ile Kolombiya arasındaki davada verdiği kararında, deniz hukukunun tartışmalı konularından biri olan düz esas hatlar hakkında önemli tespitler yapmıştır. Bu tespitler esas itibarıyla önceki içtihatla ve doktrinle uyum arz etmektedir. Bu bağlamda, BMDHS'nin düz esas hatlar üzerindeki dizaynı, makullük, istisnailik ve dar yorum üzerine bina edilmiştir. Böylece, çok özel bir coğrafyada, sınırlı bir uygulama alanına hasredilmiştir. Divan'ın ada dizisi şartı açısından zikrettiği 75 millik sayısal değer, her coğrafya açısından geçerli olmadığı açıktır. Yine de Divan'ın vurgusuna mazhar olması önemlidir. Zira ileride devletlerce benimsenme ve normatif değer kazanma potansiyeline sahiptir. Yine esas hatların iç sınırı oluşturmaları nedeniyle deniz alanlarının yan ve dış sınırlarını etkileyecekleri açıktır. Bu etkiyi yapan aşırı iddia ve uygulamalara karşı diğer devletlerin itirazı da devletlerin düz esas hatların istisnailiği konusundaki normatif tutumunu göstermektedir. Keza her zaman itiraza maruz kalmayan ve insanlığın ortak mirası statüsündeki deniz alanlarına tecavüz eden aşırı düz esas hat iddiaları da geçerlilik taşımamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Esas hatlar, BMDHS'nin 7. maddesi, düz esas hattın uzunluğu, adalar, deniz alanları sınırlandırması.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 02.10.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 26.12.2022.

\* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,  
E-posta: ugrbayil@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8601-7908.

## ABSTRACT

ICJ, in its judgment on the case between Nicaragua and Colombia, made important determinations about straight baselines, which is one of the controversial issues of the LOS. These are essentially in harmony with the previous jurisprudence and doctrine. In this context, design of UNCLOS on straight baselines is based on reasonableness, exceptionality and restrictive interpretation. Thus, it has been devoted to a limited application area in a very special geography. It is obvious that the 75 mile numerical value mentioned by the Court in terms of the fringe of islands condition is not valid for every geography. Nevertheless it has the potential to be adopted by states and obtain normative value in the future. It is clear that the baselines will affect the lateral and outer boundary of the maritime zones, since they form the starting point of the boundary. Objection of other states against the excessive claims and practices that have this effect also shows normative attitude of the states on the exceptionality of straight baselines. The claims of extreme straight baselines that are not always subject to objection and encroaching on maritime areas that are in the status of common heritage of mankind are also not valid.

**Keywords:** Baselines, article 7 of UNCLOS, length of straight baseline, islands, delimitation of maritime zones.

## GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divan'ı (Divan) önünde görülen Nikaragua–Kolombiya davası, Karayip Denizi'nde süregelen davalar zincirine yeni bir halka eklemiştir. Diğer yönüyle Karayip Denizi'ndeki bir uyuşmazlık konusunun belli ölçüde halledilmesini sağlamıştır.

Divan, 21 Nisan 2022 tarihinde açıkladığı kararında, deniz hukukunun çeşitli konu ve veçhelerine ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapmıştır.<sup>1</sup> Düz esas hatlar meselesi ise uyuşmazlıkta merkezi bir önemdedir. Zira uyuşmazlık özü itibarıyla bir deniz alanı sınırlandırma uyuşmazlığıdır. Bir esas hat tipi teşkil eden düz esas hatlar, deniz alanlarının iç sınırını ve dolayısıyla başlangıç noktasını oluşturduğundan, taraflar arasındaki sınırlandırmada etkileri

---

<sup>1</sup> Karar metni için bkz: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20220421-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.05.2022). (Bundan sonra, Nicaragua v. Colombia, 2022).

hayatidir. Zira ileri sürdüğü düz esas hat sistemi gereği, Nikaragua deniz alanlarının iç sınırı, oldukça açıkta belirlendiğinden, söz konusu devletin deniz alanları (özellikle karasuları ve münhasır ekonomik bölgesi) Kolombiya'nın münhasır ekonomik bölgesi aleyhine fazlaca artacaktır. Bu durum, hem deniz alanlarının statüsü açısından hem de çakışma durumunda sınırlandırma açısından etki doğurmaktadır.

Bu nedenle davada gündeme gelen diğer deniz alanlarına ve bu alanlardaki faaliyetlere ve müdahalelere ilişkin tüm sorunların temelinde, Nikaragua'nın düz esas sisteminin, uluslararası hukuka ve söz konusu hukuk dalının denizlerin rejimini düzenleyen temel kaynağı olarak Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS)<sup>2</sup> uygun olup olmadığı sorusu yatmaktadır.

## **I) DİVAN KARARINA TAKADDÜM EDEN GELİŞMELER**

### **A) Nikaragua'nın İlan Ettiği Düz Esas Hat Sistemi**

Nicaragua ile Kolombiya arasında Divan önünde görülen davada verilen 19 Kasım 2012 tarihli kararla hem bazı adaların egemenliği meselesi çözülmüş hem de taraflar arasında kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması yapılmıştır.<sup>3</sup> Lakin Divan, sınırın doğu yönü açısından bir kayıt koymuştur. Gerçekten de Divan, Nikaragua'nın, BMDHS'nin 16/2. maddesi uyarınca esas hatların konumunu bildirmemiş olması nedeniyle, ilgili alanın doğu sınırını ancak yaklaşık olarak tespit etmiş<sup>4</sup> ve bu tespit, kararın nihai halinde de esas alınmak zorunda kalmıştır.<sup>5</sup> Böylece Nikaragua esas hatlarının belirsizliği nedeniyle 200 mile kadar uzanan deniz yetki alanlarının dış sınırı, rakamsal açıdan kesin olmayıp, yaklaşık bir nitelik arz etmektedir.

<sup>2</sup> Çalışma boyunca BMDHS'ye yapılan atıflarda şu çeviri esas alınmıştır: M. Aydoğan Özman (Çeviren), Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, (İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984).

<sup>3</sup> Bkz: Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, parag., 251. (Bundan sonra, Nicaragua v. Colombia, 2012). Divanın yaptığı sınırlandırmada temel uyumsuzluk konusu olan adalara verilen etkiye ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz: Yücel Acer, Uluslararası Yargı Kararları Temelinde Ege ve Doğu Akdeniz'de Sınırlandırma Sorunları, (İstanbul: SETA Kitapları, 2021), 367-374.

<sup>4</sup> Nicaragua v. Colombia, 2012, parag., 159.

<sup>5</sup> Haritadaki gösterim için bkz: Nicaragua v. Colombia, 2012, s., 714. Haritada sarı kısa çizgilerle belirlenen A ile B noktaları arası, yaklaşık olarak, deniz yetki alanlarının dış sınırı kabul etmektedir.

Nikaragua'nın müteakip tutumu, ulusal hukuk düzenlemeleri vasıtasıyla esas hatlarını tespit etmek olmuştur. Gerçekten de Nikaragua, 27 Ağustos 2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 19 Ağustos 2013 tarih ve 33-2013 sayılı Başkanlık Kararnamesi<sup>6</sup> ile düz esas hat sistemini ilan etmiştir. Kararname'nin 4. maddesinde bunun, BMDHS'nin 16/2. maddesi uyarınca yapılan bir uygulama olduğu belirtilmekle Divan'ın 2012 tarihli kararında Nikaragua açısından belirttiği eksikliğin tamamlanma amacı ortaya konmuştur.

Kararname, dokuz nokta halinde Cabo Gracias a Dios'dan Harbour Head'e kadar uzayan bir düz esas hat sistemi öngörmüştür. Söz konusu dokuz esas noktanın ikisi, Nikaragua anakara sahili üzerindeki, geri kalan yedisi ise anakara sahili boyunca uzanan adalar üzerindeki en düşük cezir hattı esas alınarak konumlanmıştır.<sup>7</sup> Sistemi oluşturan düz hatların en kısısı 7 mil, en uzununu ise 83 mildir. Sistemdeki düz hatlar, kimi yerlerde sahile paralel uzansa da kimi yerlerde daha dik açılar oluşturmaktadır. Kararname de belirlenen esas noktalar sırasıyla şu şekildedir: Cabo Gracias a Dios, Edinburgh Cay, Cayos Miskitos (the Miskitos Cays), Ned Thomas Cay, Cayos Man of War (the Man of War Cays), East of Great Tyra Cay, Little (Küçük) Corn Island, Great (Büyük) Corn Island ve Harbour Head.

Kararname'nin dibace bölümünde, Nikaragua sahillerine bitişik adaların, sahilin parçasını teşkil ettiğinin ve esas hatların oluşturulmasında temel alınabileceğinin, Divan'ın 2012 kararıyla kabul edildiği vurgulanmıştır. Böylece Nikaragua, inceleme konusu davada ileri süreceği argümanlardan birini gündeme getirmiş olmaktadır.

Kararname'nin 1. maddesi, deniz hukukunun temel bir ilkesini ifade etmenin yanında, Nikaragua'nın düz esas hat sistemini benimsemesinin altında yatan temel amacı da ortaya koymuştur. Buna göre belirlenecek düz esas hatlar, Nikaragua karasuları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarının genişliğini ölçmek için kullanılacaktır. Şu halde

---

<sup>6</sup> Metin ve koordinat listesi için bkz: Law of the Sea Bulletin, No. 83, United Nations, New York, 2014, [https://www.un.org/Depts/los/doalos\\_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin83e.pdf](https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin83e.pdf), s., 35–36. (Erişim Tarihi: 26.05.2022). Ayrıca bkz: [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/nic\\_mzn99\\_2013\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/nic_mzn99_2013_e.pdf), (Erişim Tarihi: 26.05.2022). Haritalı gösterim için bkz: [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/MAPS/NIC\\_MZN99\\_2013\\_00ill.jpg](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/MAPS/NIC_MZN99_2013_00ill.jpg) (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

<sup>7</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 234.

deniz hukukunun temel bir ilkesi gereği bir esas hat tipi olan düz esas hatlar, söz konusu deniz alanlarının iç sınırını oluşturacaktır; buna bağlı olarak da söz konusu deniz alanlarının genişliği, bu noktalardan itibaren ölçülecektir. Dolayısıyla iç sınır ne kadar uzakta kabul edilirse, elde edilecek deniz alanları da o kadar genişleyecektir. Aynı zamanda düz esas hatların kara tarafında kalan deniz alanı, içsular rejimine tabi olacağından, Nikaragua'nın içsuları muazzam ölçüde artacaktır. Şurası açıktır ki Nikaragua'nın düz esas hat sistemini benimsemesi, hak sahibi olduğu deniz alanlarını genişletme amacının ürünüdür. Nitekim Divan, inceleme konusu kararda bu hususu tespit etmiştir:

“Nikaragua'nın kendi tasrihleri, düz esas hatların, aksi takdirde Nikaragua karasularının veya münhasır ekonomik bölgesinin bir parçası olacak belirli alanları içsulara dönüştürdüğünü ve Nikaragua münhasır ekonomik bölgesinin bir parçası olacak belirli alanları da karasularına dönüştürdüğünü ortaya koymaktadır.”<sup>8</sup>

Akabinde 23 Ekim 2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 10 Ekim 2018 tarih ve 17–2018 sayılı Başkanlık Kararnamesi<sup>9</sup> ile 33-2013 sayılı kararnamede ufak bir değişiklik yapılmak suretiyle Nikaragua'nın düz esas hat sistemine nihai hali verilmiştir. Kararname'nin 1. maddesine göre, önceki Kararname'deki 9 no'lu noktanın koordinatları değiştirilmiştir. Gerçekten de 9 no'lu noktanın nihai erişim noktasının enlem ve boylamları birkaç derecelik kaydırmayla Greytown'a çekilmiştir. Bunda, Divan'ın 2 Şubat 2018 tarihli Kosta Rika–Nikaragua kararının etkisi bulunmaktadır;<sup>10</sup> nitekim 17–2018 sayılı Kararname'nin dibace bölümünde de söz karara vurgu yapılmıştır. Böylece Büyük Corn Adası'ndan başlayan düz hattın uzunluğu, 33-2013 sayılı Kararname'de 83 mil iken, söz konusu Kararname tarafından 84 mile uzatılmıştır.

<sup>8</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 259.

<sup>9</sup> Metin ve harita için bkz: Law of the Sea Bulletin, No. 99, United Nations, New York, 2019, [https://www.un.org/Depts/los/doalos\\_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/LOS\\_99\\_WEB.pdf](https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/LOS_99_WEB.pdf), s., 36–37. (Erişim Tarihi: 26.05.2022). Koordinat listesi için bkz: [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/Nicaragua\\_PresidentialDecree.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/Nicaragua_PresidentialDecree.pdf), s., 3. (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

<sup>10</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 234. Karar metni için bkz: Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018. (Bundan sonra, Costa Rica v. Nicaragua). Söz konusu karara ilişkin bilgi ve adalara yönelik kısmı hakkında tespit ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayıllıoğlu, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosta Rika–Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, 94–137.

## B) Nikaragua'nın Düz Esas Hat Sistemine Yönelik İtirazlar

17–2018 sayılı Kararname ile nihai halini alan düz esas hat sistemi, Nikaragua'nın deniz alanlarının dış sınırını oldukça genişleten neticeleri nedeniyle komşu sahil devletleri olan Kolombiya ve Kosta Rika'nın itirazlarına konu olmuş ve bu sistemin uluslararası hukuka uygunluğu sorgulanmıştır.

Kolombiya, 1 Kasım 2013 tarihli notası<sup>11</sup> vasıtasıyla, Nikaragua'nın 33-2013 sayılı Kararname düzenlemelerine yönelik itirazlarını bildirmiştir. Kolombiya öncelikle, BMDHS'nin tarafı olmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 16/2. maddesi uyarınca yapılan bir bildirim, kendisine karşı ileri sürülemeyeceğinin altını çizmiştir. Akabinde, Nikaragua'nın düz esas sisteminin uluslararası hukuka tamamen aykırı olduğunu belirtmiş ve bu konuda şu gerekçeleri ileri sürmüştür.

- Sahil, derin bir şekilde girintili çıkıntılı değildir ve sahilin yakınında bir ada dizisi bulunmamaktadır.
- Hatlar, sahilin genel yönünden sapmaktadır.
- Hatlar içinde kalan deniz alanı, kara sahasına yeter derecede bağlı değildir.

Aslında Kolombiya'nın bu tespitleri, aşağıda açıklanacak olan BMDHS'nin 7. maddesinde düz esas hatlar için öngörülen temel şartlara yapılan bir vurgudur. Açıkça maddeden bahsedilmemesinde, Kolombiya'nın BMDHS'ye taraf olmamasının etkisi bulunduğu görülmektedir. Lakin bu gerekçeleri ileri sürmesi, Kolombiya'nın konu hakkındaki *opinio juris*ini ortaya koymaktadır.

Nihai olarak Kolombiya, Nikaragua'nın düz esas sistemini tanımadığını belirtmek ve hukuki geçerliliğini reddetmek suretiyle protesto iradesini ortaya koymuş ve haklarını saklı tutmuştur.

Kolombiya, 11 Şubat 2019 tarihli notası<sup>12</sup> ile bu defa, 17–2018 sayılı Kararname'ye karşı protesto iradesini ortaya koymuştur. BMDHS'nin tarafı

<sup>11</sup> Bkz: Ministerio de Relaciones Exteriores, S-GACIJ-13-044272, Bogota, 1 st November 2013,

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/communicationsredeposit/mzn99\\_2013\\_col.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/communicationsredeposit/mzn99_2013_col.pdf), (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

<sup>12</sup> Bkz: Republic of Colombia Ministry of Foreign Affairs, S-DM-19-003231, Bogotá, 11 February 2019,

olmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 16/2. maddesi uyarınca yapılan bir bildirim, kendisine karşı ileri sürülemeyeceğinin bir kez daha altını çizen Kolombiya, inceleme konumuz olan davada, Nikaragua'nın düz esas hat sisteminin uluslararası hukuka aykırılığını, mukabil iddia olarak ileri sürdüğünü ve konunun Divan tarafından inceleme altında olduğunu belirtmiştir. Kolombiya ilaveten, söz konusu düz esas hat sistemine yönelik Kosta Rika ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından yapılan itirazlara da gönderme yapmıştır.

Bu konuda ABD'nin itirazına ulaşamadık; fakat Nikaragua'nın düz esas hat sisteminden fazlaca etkilenen Kosta Rika, itirazlarını ve protestosunu iki notayla ortaya koymuştur. Kosta Rika, 23 Ekim 2013 tarihli notasında<sup>13</sup> düz esas hat sisteminin özellikle 8–9. noktaları üzerinde durmuş ve BMDHS'nin 7. maddesindeki şartların karşılanmadığını ileri sürmüştür. Kosta Rika 20 Mayıs 2019 tarihli notasında<sup>14</sup> ise 17–2018 sayılı Kararname'ye karşı benzer gerekçelerle itirazlarını ortaya koymuştur.

### C) Meselenin Divan Önünde Gündeme Gelmesi

Aslında Divan kararının esas hatlara ilişkin bölümü, ilk başta davadaki temel unsurlardan biri olarak düşünülmemiştir. Gerçekten de dava sürecini başlatan Nikaragua'nın 26 Kasım 2013 tarihli başvurusunda söz konusu devlet tarafından ileri sürülen temel uyuşmazlık konusu; Kolombiya'nın, Divan'ın 19 Kasım 2012 tarihli kararı çerçevesinde Nikaragua'nın sahip olduğu egemenlik haklarını ve deniz alanlarını ihlal ettiği ve bunun için kuvvet kullanma tehdidine başvurduğu iddiasına dayanıyordu.<sup>15</sup> Nikaragua'nın düz esas hat sistemini gündeme getiren, Kolombiya'nın mukabil iddialarını içeren

---

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NV\\_Colombia\\_EN.PDF](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NV_Colombia_EN.PDF), (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

<sup>13</sup> Letter dated 23 October 2013 from the Permanent Representative of Costa Rica to the United Nations addressed to the Secretary-General, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/531/15/PDF/N1353115.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

<sup>14</sup> Bkz: DM-AM-0857-2019, San José, 20 May 2019 [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CostaRica\\_ENG.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CostaRica_ENG.pdf), (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

<sup>15</sup> Bkz: Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 November 2013, Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), s., 4 vd. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/17978.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

17 Kasım 2016 tarihli dilekçesi olmuştur.<sup>16</sup> Divan, Kolombiya'nın düz esas hatlara ilişkin mukabil iddialarıyla Nikaragua'nın temel iddiaları arasında doğrudan bir yasal bağlantı olduğu yönündeki kanaatini ifade etmiştir.<sup>17</sup> Böylece Divan, bu iddiayı kabul edilebilir bulmuş (Nikaragua'nın başvurusundaki dayanağı esas alarak yargı yetkisini de mevcut kabul etmiş)<sup>18</sup> ve esastan incelemeye başlamıştır.

## II) ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DÜZ ESAS HATLAR

Devletlerin üzerinde hak sahibi oldukları, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının başlangıç noktaları esas hatlarla tayin edilir.<sup>19</sup> Böylece esas hatlar, söz konusu deniz alanlarının iç sınırını oluşturur. BMDHS'nin 8/1. maddesine göre: "IV. Kısım saklı kalmak şartıyla, karasuları esas hattının berisinde kalan sular, devletin iç sularına dahildir". Şu halde esas hatların kara tarafında kalan deniz alanı, içsular rejimine tabidir. Böylece esas hatlar, içsuların da dış sınırını oluşturmaktadır.<sup>20</sup> Deniz hukukunda iki türlü esas hat bulunmaktadır. Bunlar, normal esas hat ve düz esas hattır. Normal esas hat, 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin<sup>21</sup> 3. maddesi ile BMDHS'nin "Normal Esas Hat" başlıklı 5. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "İşbu Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı normal esas hat, ... sahil boyunca uzayan en düşük cezir hattıdır".

Demek ki normal esas hat, cezir zamanındaki coğrafi sahil çizgisine tekabül etmektedir. Normal esas hat yöntemi, genelde düz uzanımlı ve fazla girintili çıkıntılı olmayan sahillerde uygulanmaya müsaittir. Bununla beraber,

<sup>16</sup> Bkz: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Counter-Memorial of Republic of Colombia, Vol. I, 17 November 2016, s., 303 vd. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20161117-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

<sup>17</sup> Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Counter-Claims, Order of 15 November 2017, I.C.J. Reports 2017, parag., 53-54. (Bundan sonra, Nicaragua v. Colombia, 2017).

<sup>18</sup> Nicaragua v. Colombia, 2017, parag., 64-77.

<sup>19</sup> Bkz: BMDHS; madde 3, madde 33/2, madde 57, madde 76.

<sup>20</sup> Aydoğan Özman, Deniz Hukuku I (Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları) (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 213-214.

<sup>21</sup> Metin için bkz: Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk (Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar), Reşat Volkan Günel (Editör), (İstanbul: Beta, 6. Baskı, 2003), 198-204.

bazı sahiller, oldukça farklı coğrafi uzanım ve özelliklere sahiptir. Uluslararası hukuk kuralları da derin bir şekilde girintili çıkıntılı olan sahiller, mercanlar, körfezler, nehir ağızları, deltalar, limanlar, adalar, cezir yükseklikleri ile bu neviden özellikler gösteren sahillerdeki ihtiyacı karşılamak için tedrici olarak gelişmiştir.<sup>22</sup> Bu bağlamda düz esas hat yöntemi ortaya çıkmıştır.

Düz esas hattın tedrici gelişiminde, UAD'nin İngiltere ile Norveç arasındaki Balıkçılık Davası'nda verdiği karar önem arz etmektedir.<sup>23</sup> Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Norveç'in sahillerindeki çıkıntı ve adaların uç noktalarını birleştirdiği düz esas hat uygulamasından kaynaklanmaktadır. Divan, Doğu Finnmark gibi sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olduğu veya Skjaergaard gibi sahile sınırdaş olan takımadaların bulunduğu yerlerde, esas hattın, en düşük cezir hattından bağımsızlaşabileceğini ve geometrik şekillerle tayin edilebileceğini, bu türden sahillerde esas hattın, makul ölçülerde fiziki sahil çizgisinden sapabileceğini belirtmiştir.<sup>24</sup> Sonuç olarak Divan, düz esas hat uygulamasının Norveç sahilinin özelliklerinden kaynaklandığını, İngiltere tarafından muhalefet edilmemek suretiyle uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce uzun bir süre uygulandığını belirtmiş ve böylece söz konusu uygulamayı uluslararası hukuka aykırı bulmamıştır.<sup>25</sup> Divan kararında, düz esas hattın hangi hallerde uygulanabileceğinin de tespiti yapılmıştır. Buna göre düz esas hatların sahilin genel yönünden hissedilir şekilde sapmaması ve bu hatların gerisinde kalan su alanının içsular rejimine tabi olabilmesi için kara sahasına yeter derecede bağlı olması gerekmektedir.<sup>26</sup> Devletlerin düz esas hatların çiziminde aşırı davranmalarını önlemek için yapılan bu tespitler,<sup>27</sup> sonradan deniz hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerde de yer almıştır. Gerçekten de Divan'ın söz konusu kararı çerçevesinde şekillenen düz esas hat müessesesi, ilk defa 1958 Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenmiş ve düzenleme,

<sup>22</sup> E.D. Brown, *The International Law of the Sea, Volume I, Introductory Manuel* (Cornwall: Hartnolls Limited, 1994), 22.

<sup>23</sup> Metin için bkz: *Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951*. (Bundan sonra, *Fisheries Case*). Kararın esas hatlara ilişkin yönü açısından ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: W. Michael Reisman and Gayl S. Westerman, *Straight Baselines in Maritime Boundary Delimitation* (New York: St Martin's Press, 1992), 19-37.

<sup>24</sup> *Fisheries Case*, s., 128-129.

<sup>25</sup> *Fisheries Case*, s., 138-139.

<sup>26</sup> *Fisheries Case*, s., 133.

<sup>27</sup> Özman, 2006, 218.

BMDHS’de büyük ölçüde aynı şekilde tekrarlanmıştır.<sup>28</sup> BMDHS’nin 7/1. maddesinde, düz esas hatlar şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olduğu veya sahil boyunca hemen yakında bir adalar dizisinin bulunduğu yerlerde, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hattın çizimi için, uygun noktaları birleştiren düz esas hatlar yöntemi kullanılabilir”.

Görüldüğü gibi sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olduğu veya sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisinin bulunması halinde, deniz alanlarının başlangıç noktası, coğrafi sahil çizgisinden ayrılacaktır. Böylece düz esas hat, coğrafi sahil çizgisi üzerinde saptanan birkaç uç noktanın bir düz çizgi ile birleştirilmesinden oluşmaktadır.<sup>29</sup> Maddenin 3. paragrafında ise Divan kararındaki tespit aynen benimsenmiş ve şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

“Düz esas hatların oluşturduğu çizginin sahilin genel yönünden hissedilir bir biçimde sapmaması ve bu hatların berisinde kalan deniz uzantılarının iç sular rejimine tabi tutulabilmesi için, bunların kara sahasına yeter derecede bağlı olmaları gerekir”.

Sapma olgusu açısından, İngiltere–Norveç kararında Divan’ın onayladığı sistemde, düz hatların 15 dereceden fazla sapmaması karşısında, 15 ila 20 derecelik teklifler yapılmışsa da bunlar devletlerin iltifatına mazhar olmadığı gibi sayısal bir tespitin BMDHS düzenlemelerinin ötesine geçeceği eleştirisiyle karşılaşmıştır.<sup>30</sup> Lakin bu durum ve sayısal belirsizlik, aşağıda da açıklanacağı gibi geniş ve aşırı yorum ve uygulamalara normatif değer kazandırmamaktadır.

Maddenin 2. paragrafında deltalarda, 4. paragrafında ise cezir yüksekliklerinde çizilecek düz esas hatlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Maddenin 5. paragrafında yer alan, “... esas hatların tespiti için, söz konusu bölgeye özgü ve gerçekliği ve önemi uzun bir teamül ile

<sup>28</sup> Bkz: Özman, 2006, 216–217. I. ve III. Deniz Hukuku Konferanslarında düz esas hatlara ilişkin tartışmalar, değişiklik teklifleri ve taslak metinler için bkz: Reisman and Westerman, 49–70.

<sup>29</sup> Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap (Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2003), 302.

<sup>30</sup> Bkz: Lewis M. Alexander, “Baseline Delimitations and Maritime Boundaries”, Virginia Journal of International Law, C. 23, S. 4, 1983, 515–516 ve 81 no’lu dipnot; Reisman and Westerman, 97–98 ve eşlik eden dipnotlar.

açıkça kanıtlanmış ekonomik çıkarlar göz önünde tutulabilir” düzenlemesi ile ekonomik çıkarlar ile düz esas hatlar arasında ilgi kurulmuştur. Maddenin 6. paragrafı ise düz esas hatların oluşturulması açısından genel bir sınır koymuştur. Buna göre: “Düz esas hatlar yöntemi bir devlet tarafından, diğer bir devletin karasularını açık denizden veya bir münhasır ekonomik bölgeden kesecek şekilde uygulanamaz”.

Düz esas hatların hukuki esası ve söz konusu esas hat türüne ilişkin BMDHS düzenlemeleri genel olarak bu şekildedir.<sup>31</sup> Bu aşamada Divan'ın inceleme konusu davada somut olay temelinde yaptığı değerlendirmeler ve mezkûr düzenlemeleri yorumlayış tarzı incelenecektir.

### III) NİKARAGUA’NIN DÜZ ESAS HAT SİSTEMİNE İLİŞKİN DİVAN’IN TESPİTLERİ VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A) Tarafların Temel İddiaları ve Divan’ın Genel Tespitleri

Kolombiya'nın itirazları esas itibarıyla yukarıda değinilen, 1 Kasım 2013 tarihli notadaki argümanlara dayandırılmıştır.<sup>32</sup>

Nikaragua ise genel olarak düz esas hat sisteminin BMDHS'nin 7. maddesinde öngörülen tüm şartları karşıladığını ileri sürmüştür.<sup>33</sup> Burada Nikaragua'nın daha somut ve Divan tespitine de mazhar olan iki iddiası aktarılacaktır.

Nikaragua iddiaları için öncelikle taraflar arasındaki 2012 kararında yer alan bazı Divan tespit ve uygulamalarını dayanak olarak kullanmıştır. Bu bağlamda, Divan'ın söz konusu kararda, “Nikaragua sahillerini çevreleyen adalar” ve “Nikaragua anakarası ve çevresindeki adalar” ibarelerini kullandığını ve bazı adaları da geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak kabul ettiğini belirtmiştir.<sup>34</sup>

Nikaragua, Divan içtihatları ışığında, anakara sahilinin genel yönüne dik bir açı ile 20 derecelik bir açı arasındaki tüm adaların göstereceği projeksiyona

<sup>31</sup> Esas hatlara ilişkin yukarıdaki tespit ve alıntılar, daha önceki bir çalışmamızdan kısmen alınmıştır. Bkz: Uğur Bayıllıoğlu, Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 3–7.

<sup>32</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 235.

<sup>33</sup> Bkz: Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 236–239.

<sup>34</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 237.

bakmak gerektiğini, bunun da %46'lık bir maskeleye etkisi barındırdığını ileri sürmüştür.<sup>35</sup> Burada Nikaragua'nın, düz esas hat sisteminin gösterdiği dik açıları, sahilin genel yönünden hissedilir bir şekilde sapmamayı gerektiren, BMDHS'nin 7/3. maddesindeki şart karşısında haklı çıkarma çabası içinde olduğu görülmektedir.

Divan, uluslararası hukuka uygun olarak, esas hatların tespitinin, sahil devletine ait olduğunu ve fakat bunun, her zaman uluslararası yönü bulunan bir uygulama teşkil ederek, uluslararası hukuk kurallarına göre yapılması gerektiğini, yukarıda değindiğimiz İngiltere–Norveç kararına atıf yapmak suretiyle vurgulamıştır.<sup>36</sup> Divan'ın bu vurgusu, deniz alanı sınırlandırmalarının her zaman bir uluslararası yönü bulunduğu ve bu konudaki tek taraflı işlemlerin diğer devletler açısından geçerliliğinin uluslararası hukuku ilgilendirdiği yönündeki temel bir ilkenin ifadesidir.<sup>37</sup> Zaten uluslararası hukukun kaynak teorisi açısından aksinin söz konusu olamayacağı açıktır. Lakin Divan, bu temel ilkenin esas hatların tayin ve tespiti açısından geçerliliğini bir kez daha vurgulamak suretiyle, üzerinde durduğu ve değerlendirme yapacağı yasal zemini ortaya koymuştur.

Divan, yine yukarıda değindiğimiz gibi İngiltere–Norveç kararında düz esas hatlara ilişkin belirlenen kriterlerin, 1958 ve 1982 Sözleşmelerine aktarıldığı tespitini yapmış, bu bağlamda, BMDHS'nin 7. maddesinin taraflarca da kabul edildiği gibi örf ve adet hukukunu yansıttığı hükmüne varmıştır.<sup>38</sup>

Divan, düz esas hatların kullanımı ve bunların tabi olduğu kurallara ilişkin genel şartları açıklamak için önceki içtihadına atıf yapmıştır.<sup>39</sup> Divan'ın atıf yaptığı tespit, Katar–Bahreyn kararında, Bahreyn'in düz esas hatları değerlendirilirken ortaya konmuştur.<sup>40</sup> Söz konusu kararda Divan, düz esas hatların belirli şartların karşılanması durumuna hasredilen, sınırlı olarak uygulama alanına sahip, istisna teşkil eden bir yöntem olduğunu

<sup>35</sup> Nicaragua v. Colombia, parag., 237.

<sup>36</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 243.

<sup>37</sup> Fisheries Case, s., 132. Divan'ın bu tespiti ve daha sonraki balıkçılık kararlarında bu tespiti yaptığı atıflar için bkz: Bayillioğlu, 2011, 40–41, 86 no'lu dipnot.

<sup>38</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 241–242.

<sup>39</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 243.

<sup>40</sup> Bkz: Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, parag., 210–216. (Bundan sonra, Qatar v. Bahrain).

vurgulamıştır.<sup>41</sup> Lakin uygulamada çok sayıda devletin düz esas hat yöntemini daha liberal bir şekilde uygulaması halinde, bu hükmün etkisin ne olacağı hususu sorgulanmıştır.<sup>42</sup> Şüphesiz bu, devlet uygulamalarına ilişkin bir meseledir ve aşağıda değinilecektir.

Divan, inceleme konusu kararda, BMDHS'nin 7/1. maddesinde öngörülen bu şartları, birer “coğrafi önşart” olarak nitelemiş ve bunların alternatif özelliğine dikkat çekmiştir.<sup>43</sup> Şu halde, “sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olması” ile “sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisi bulunması” halleri, önşart teşkil etmekte ve düz esas hat yöntemi uygulamak için bu hallerden sadece birinin varlığı yeterli olmaktadır. Somut olayda Nikaragua, Cabo Gracias a Dios'dan başlayıp, Büyük Corn Adası'nda nihayet bulan 1 ila 8. noktalar arasında çizilen düz esas hatları, sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisi bulunması haline dayandırmıştır. Sistemin son düz hattı olan 8. ila 9. nokta arasındaki düz hattı ise Punta Mono'dan (Monkey Point) Kosta Rika ile kara hududuna kadar uzanan sahilin girintili yapısı çerçevesinde izah etmiştir.<sup>44</sup>

### **B) Divan'ın “Derin Bir Şekilde Girintili Çıkıntılı Sahil” Değerlendirmesi**

Bu noktada Divan, Nikaragua'nın düz esas sistemini dayandırdığı mezkûr iddialarını incelemeye başlamıştır. Divan, derin bir şekilde girintili çıkıntılı sahil şeridini belirlemek için tek bir kriter bulunmadığını vurgulamıştır.<sup>45</sup> Aslında bu durum, BMDHS'nin 7/1. maddesindeki şartların belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de BMDHS'de, körfez ve takımadalardaki düz hatlara ilişkin kesin düzenlemeler mevcutken, bunların aksine, genel olarak düz esas hat çizimi için gereken söz konusu şartların açık ve objektif olarak Sözleşme'deki düzenlemelere uygunluğu test edilememektedir.<sup>46</sup> Şüphesiz bu, düz esas hat çizimine ilişkin en temel iki şartı

<sup>41</sup> Qatar v. Bahrain, parag., 212.

<sup>42</sup> Tullio Scovazzi, “Problems Relating to the Drawing of Baselines to Close Shared Maritime Waters”, Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea, Clive R. Symmons (Editör), (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 19.

<sup>43</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 244.

<sup>44</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 244.

<sup>45</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 245.

<sup>46</sup> Clive Schofield, “Departures from the Coast: Trends in the Application of Territorial Sea Baselines under the Law of the Sea Convention” The International Journal of Marine and Coastal Law, C. 27, S. 4, 2012, 728.

getiren bir düzenleme açısından bir eksikliktir. Bu nedenle içtihadı takip, değerlendirme yapmak gerekir. Nitekim Divan da İngiltere–Norveç kararına bir kez daha müracaat etmiştir. İngiltere–Norveç kararında Divan, Norveç anakara sahilinin, fiyortları, körfezleri ve küçük girintileri hesaba katmadan, 1.500 kilometreden fazla olan bir uzunluğa sahip, kendine has bir yapısı olan, kırıklı uzanımlı ve karanın içine doğru uzun mesafeler kat eden girintilerden oluştuğu tespitini yapmıştır.<sup>47</sup> İşte Divan, buradaki tespitleri, önündeki davada Nikaragua'nın 8. ve 9. esas noktaları arasında çizdiği ve sahilin girintili çıkıntılı yapısı şartına dayandırdığı iddiasına birer kriter olarak uygulamıştır.

Divan bunun için öncelikle düz esas hat uygulamasına dayanak teşkil eden sahilin coğrafi yapısını tespit etmiştir. Divan'a göre Nikaragua'nın güney sahili içe doğru kırıklı yapıdadır. Lakin BMDHS 7/1. maddesindeki şartın gerçekleşmesi için sahilin hafif girinti ve içe doğru kırıklı yapıya sahip olması yeterli değildir; sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olması gerekir.<sup>48</sup> Nitekim İngiltere–Norveç kararında Divan'ın, "derin", girintili çıkıntılı" kelimelerini, herhangi bir girintili sahil şeridini veya herhangi bir düzensiz sahil ifade etmek için kullanmadığı vurgulanmıştır.<sup>49</sup> Bu bağlamda Divan'a göre Nikaragua sahillerinin ilgili bölümü boyunca uzanan girintiler, yeterince iç kesimlere nüfuz etmediği gibi derin bir şekilde girintili çıkıntılı olarak kabul için yeterli özelliklere sahip değildir. Divan bu noktada, kriter aldığı kavramları devreye sokmuş ve Nikaragua sahilinin bu kısımlarının, kendine has bir yapısı bulunmadığını, kırıklı bir uzanıma sahip olmadığını ve karanın içine doğru uzun mesafeler kat eden girintiler içermediğini belirtmiştir. Akabinde yukarıda değinilen Katar–Bahreyn kararındaki "sınırlı olarak uygulama alanına sahip olma" ibaresini de bir kriter olarak belirleyip, neticeten, 8. ve 9. esas noktalar arasındaki düz esas hattın, düz esas hat çizimi konusunda BMDHS'nin 7/1. maddesine de yansıyan örf ve adet kurallarına aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>50</sup>

Böylece Divan'ın, sahilin derin bir şekilde girintili çıkıntılı olduğu yerlere dayanarak düz esas hat çizimi için bir kavram dizisi tespit ettiği görülmektedir. BMDHS'nin 7/1. maddesindeki derin bir şekilde girintili çıkıntılı ibaresine dayanarak düz esas hat çizimi için gereken şartlar; kendine has bir yapısı bulunmak, kırıklı bir uzanıma sahip olmak ve karanın içine

<sup>47</sup> Fisheries Case, s., 127.

<sup>48</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 245.

<sup>49</sup> Reisman and Westerman, 80–81.

<sup>50</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 245.

doğru uzun mesafeler kat etmektir. (karaya yeterince nüfuz etmek). Bu olumlu şartlar, “sınırlı olarak uygulama alanına sahip olmak”, şartıyla ayrıca nitelenmiş, böylece istisnai özellikleri ayrıca ve açıkça ortaya konmuştur. Divan'ın yine kendi içtihadına müracaatla tespit ettiği bu kavram dizisi, sonraki uyuşmazlıklarda ayrıca teste tabi tutulacağı gibi bundan sonraki devlet uygulamalarında da önemli etki gösterecektir.

### **C) Divan'ın “Sahil Boyunca Hemen Yakında Bir Ada Dizisi” Bulunması Şartına İlişkin Değerlendirmesi**

#### **1) Uyuşmazlığın Esası**

BMDHS'nin 7/1. maddesinde yer alan ilk şart, yukarıda da görüldüğü çok fazla yargı kararına konu olmamıştır. Daha çok uyuşmazlık çıkarıcı ve yargı kararlarına yansıyan, maddenin, düz esas hat çizimi için belirlediği bir diğer şart olan sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisi bulunması halidir.

Yukarıda belirtildiği gibi Nikaragua, 1. ve 8. esas noktalar arasında çizdiği düz esas hatları, sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisi bulunması haline dayandırmıştır. Bu dayanak açısından Divan, tarafların uyuşmazlık halinde buldukları noktaları şöyle listelemiştir:

- Bazı yapıların ada statüsünü haiz olup olmadıkları,
- Düz esas hat uygulaması için yeterli sayıda ada bulunup bulunmadığı,
- Söz konusu adaların, anakara ile bir bütünlük oluşturup oluşturmadıkları veya Nikaragua sahil şeridine yönelik maskeleyici etkisi gösterip göstermedikleri,
- Adaların ebat ve birbirlerine ve anakaraya mesafelerinin, düz esas hat çizimi için gereken gerekçeyi teşkil edip etmediği.<sup>51</sup>

Görüldüğü gibi taraflar arasındaki uyuşmazlık, adalara ve düz esas hat çizimine ilişkin en tipik uyuşmazlık konularını kapsamaktadır.

---

<sup>51</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 247.

## 2) Divan'ın "Sahil Boyunca Hemen Yakında Bir Ada Dizisi" Şartına İlişkin Genel Tespitleri

### a) 2012 Kararı ve Derdest Uyuşmazlığa Etkisi(zliği)

Divan'ın bu temel konulardaki değerlendirmelerine geçmeden önce değinilmesi gereken husus, taraflar arasında 2012 tarihli kararında yaptığı tespitlerin, eldeki uyuşmazlık için bir sonuç doğurup doğurmadığına ilişkindir. Divan öncelikle, taraflar arasında 2012 tarihinde verdiği kararındaki hiçbir tespit, Nikaragua'nın sunduğu ada listesini onayladığı anlamına gelmediği gibi BMDHS'nin 7/1. maddesindeki ada dizisi şartı anlamında da bir sonuç içermediğini belirtmiştir. Böylece Divan, Nikaragua'nın BMDHS'nin 7/1. maddesi anlamında, düz esas hatlarını dayandırdığı sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisi bulunması şartının varlığını ispat etmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>52</sup> Divan bu şekilde yukarıda değinildiği gibi Nikaragua'nın 2012 kararında atıf yaptığı, "Nikaragua sahillerini çevreleyen adalar" ve "Nikaragua anakarası ve çevresindeki adalar" ibareleri ile BMDHS'nin 7/1. maddesi arasında bir ilişki olmadığını tespit etmiştir.

Yine 2012 karardan miras kalan bir diğer tartışma, Nikaragua'nın bir esas noktasını teşkil eden ve Kolombiya'nın cezir yüksekliği olduğu iddiasına maruz kalan<sup>53</sup> Edinburg Cay'ın durumuna odaklanmıştır. Divan, 2012 kararında, söz konusu yapıyı, resif olarak ifade edip, Nikaragua sahillerindeki adaların bir parçası olarak kabul etmiş ve geçici eşit uzaklık çizgisinin oluşturulmasında esas nokta olarak nazara almıştır.<sup>54</sup> Fakat Divan, 2012 kararındaki bu uygulamanın, Edinburg Cay'ı düz esas hat çizimi için BMDHS'nin 7/1. maddesine göre bir ada olarak kabul ettiği anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Nihai olarak da Nikaragua'nın sunduğu verileri, söz konusu yapının, mezkûr madde anlamında ada olarak kabulü için ikna edici bulmamıştır.<sup>55</sup> Böylece Divan, Edinburg Cay'ı, üzerine esas nokta yerleştirilebilecek bir med yüksekliği olarak kabul etmemiştir.

Böylece Divan, 2012 kararındaki tespitlerinin, eldeki dava açısından Nikaragua'nın düz esas hat sistemine yasal dayanak teşkil eden bir yönü bulunmadığını ortaya koymuştur. Bu tespit yapıldıktan sonra artık Divan'ın düz esas hat çizimine ilişkin genel meselelere yönelik tespit ve değerlendirmeleri incelenmeye başlanabilir.

<sup>52</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 249.

<sup>53</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 248.

<sup>54</sup> Bkz: Nicaragua v. Colombia, 2012, parag., 21, 201 ve 204; Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 249.

<sup>55</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 250–251.

### b) Ada Statüsü Tartışması

Divan öncelikle, her ne kadar somut davada tartışma konusu olmasa da düz esas hat çizimi için gereken esas noktaların, adalar üzerine yerleştirilebileceğini ve fakat istisnai durumlar dışında cezir yükseklikleri üzerine yerleştirilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>56</sup> Bu tespit, esas itibarıyla BMDHS'nin 7/4. maddesindeki düzenlemeye dayanmaktadır. Buna göre:

“Düz esas hatlar cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklere doğru veya bunlardan başlamak üzere çizilmeyecektir; meğer ki, bunlar üzerinde devamlı olarak suyun üstünde kalan deniz fenerleri veya benzer tesisler inşa edilmiş olsun veya bu şekilde çizilmiş düz esas hatlar uluslararası genel bir kabul görmüş olsun”.

Demek ki esas noktalar kural olarak adalar üzerine yerleştirilecektir. Divan bu noktada adayı; “...sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş bir kara parçasıdır”, şeklinde tanımlayan BMDHS'nin 121/1. maddesine atıf yapmıştır.<sup>57</sup>

Bilindiği gibi anılan maddede, sular yükseldiği zaman, yani med zamanı, su üstünde kalan ve sahip oldukları deniz yetki alanları açısından farklılık gösteren iki ayrı ada tipi bulunmaktadır. Meseleye vuzuh kazandırmak için Güney Çin Denizi Tahkiminde, Hakemlik Mahkemesi'nin terminolojiye ilişkin tespitlerine müracaat etmek uygun olacaktır.<sup>58</sup> Hakemlik Mahkemesi BMDHS'nin 121/1. maddesinde yer alan şartları karşılayan yapılar için “med yüksekliği” ifadesini benimsemiş ve bunları, kaya ve tam yetkili ada olarak iki alt kategoriye ayırmıştır. Hakemlik Mahkemesi kaya terimini, BMDHS'nin 121/3. maddesine atıfla insan oturmasına elverişli olmayan ve kendine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan ve dolayısıyla münhasır

<sup>56</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 246.

<sup>57</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 246.

<sup>58</sup> Karar metni için bkz: PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, (Erişim tarihi: 11.06.2022). (Bundan sonra, The South China Sea Arbitration). Söz konusu karara ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayilloğlu, “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 130, 2017, 419–456.

ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakları bulunmayan med yükseklikleri için kullanmıştır. Tam yetkili ada terimini ise kaya olmayan ve BMDHS'nin 121/2. maddesine göre diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip, med yükseklikleri için kullanmıştır.<sup>59</sup>

Demek ki med zamanı yapıları olan tam yetkili adalar ve kayalar, düz esas hatlar için esas nokta olarak belirlenebilecektir. Bu noktada Özman'ın altını çizdiği bir tutarsızlığı vurgulamak gerekir. Bu tutarsızlık, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üzerinde hak sahibi olmayan kayaların, bir düz esas hat sistemi içinde, bu alanların iç sınırının tespitinde nazara alınıp alınmayacağı hususu açık değilken, istisnai durumlarda düz esas hatlara esas nokta teşkil edebilecek cezir yükseklikleri için böyle bir durumun bulunmamasıdır.<sup>60</sup> Gerçekten de bu durumda, bir cezir yüksekliğinin, bir med zamanı yapısına göre deniz alanları konusunda daha avantajlı bir duruma neden olabileceği açıktır.

İnceleme konusu davada ada statüsü açısından, yukarıda belirtildiği gibi Divan, Edinburg Cay'ini, esas nokta teşkil edebilecek bir ada olarak kabul etmemiştir. Lakin BMDHS'nin 7/4. maddesindeki ihtimal, uyumsuzluk konusu edilmediği için herhangi bir Divan tespitine mazhar olmamıştır.

### c) Ada Dizisi ve Sahille İlişkisi Hakkındaki Tartışma

BMDHS'nin 7/1. maddesinde yer alan, ada dizisine ilişkin şart, sayı ve adaların sahille ilişkileri açısından kümülatif nitelikli kriterler içermektedir.<sup>61</sup> Bu açıdan kararda ilk tartışılan konu, ada dizisini oluşturan adaların sayısının ne kadar olması gerektiğine ilişkindir. Divan, Katar–Bahreyn kararında benimsediği tersine yaklaşımla, bu sayının ne kadar olmaması gerektiğini belirleyerek sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki; Divan öncelikle, ada dizisi şartını karşılayacak, asgari ada sayısı ile ilgili özel bir kural bulunmadığı tespitini yapmış, lakin bu tür adaların sayısının çok az olmaması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>62</sup> Gerçekten de Katar–Bahreyn kararında Divan, Bahreyn'in ana adalarının doğusundaki formasyonların, ada dizisi olarak nitelendirilememesini, bunların sayılarının azlığına bağlamıştır.<sup>63</sup> Şu halde

<sup>59</sup> The South China Sea Arbitration, parag., 280. Bu tespit için ayrıca bkz: Bayillioğlu, 2017, 429–430.

<sup>60</sup> Özman, 2006, 230 ve 233.

<sup>61</sup> Reisman and Westerman, 82–83.

<sup>62</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 252.

<sup>63</sup> Qatar v. Bahrain, parag., 124.

BMDHS'nin 7/1. maddesinde yer alan ada dizisi şartını karşılayacak, maddedeki anlamıyla ada dizisi oluşturacak ada sayısı, az olmamalıdır. Şüphesiz burada ortaya konan nicelik, her somut olayın kendine has şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu anlamda Divan, somut olay açısından, Nikaragua sahilindeki adaların sayısının, bir ada dizisi oluşturmak için yeterli olmadığını kabul etmiştir.<sup>64</sup> Lakin bu kanaatin nedeni kanımızca tam olarak gerekçelendirilmemiştir.

Divan dizi meselesiyle ilgili olarak içtihadta yer alan, kavramsal değerlendirmeleri emsal almıştır. Gerçekten de Katar–Bahreyn kararına atıf yaparak, önceki içtihadında, “ada dizisi” terimini, “ada kümesi” veya “ada sistemi” ile aynı kabul ettiğini belirtmiştir.<sup>65</sup> Divan'ın atıf yaptığı bir diğer karar olan Eritre–Yemen kararında ise Hakemlik Mahkemesi, Dahlak adalarını değerlendirirken, “sıkı örülmüş adalar ve adacıklar grubu” veya “ada ve adacık halısı” gibi kavramlar kullanmıştır.<sup>66</sup> Aynı kararda, Hakemlik Mahkemesi, Tiqfash ile Kutama ve Uqban adalarının, sahilin bu bölümünü “kontrol eden karmaşık bir adalar, adacıklar ve resifler sisteminin parçası” olması nedeniyle BMDHS'nin 7/1. maddesinde öngörülen türden bir ada dizisi sistemi olduğunu belirtmiştir.<sup>67</sup> Hakemlik Mahkemesi'nin aktarılan tespiti, düz esas hatlar ile civar adalar kümesi içtihadı arasında nispi bir ilgi kurduğunu göstermektedir.

Bu noktada civar adalar kümesi içtihadı gündeme gelmektedir. Söz konusu terim, bir ölçüde, BMDHS'nin 7/1. maddesinde yer alan ada dizisi şartının tahakkuku için ölçü alınabilecek sonuçlar vermektedir. Bu terim, bazı adaların, anakara sahilleriyle ilişkileri gereği, sahilin genel uzanımı içinde kalmaları nedeniyle sahilin bünyesine dâhil olarak değerlendirilmelerini ifade etmektedir.<sup>68</sup> Gerçekten de Eritre–Yemen kararında Hakemlik Mahkemesi, Dahlak Grubu'nu oluşturan formasyonları, ki bunların sayısı 350 olup

<sup>64</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 252.

<sup>65</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 254. Söz konusu kararda Divan, ancak Bahreyn'in ana adalarının da dâhil edilmesi durumunda bir "adalar kümesi" veya bir "ada sistemi"nden söz etmenin mümkün olduğunu, bu halde dahi düz esas hat uygulamasının, takımda devleti statüsüne bağlı bulunduğunu belirtmiştir. Qatar v. Bahrain, parag., 124.

<sup>66</sup> Eritrea–Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation), parag., 139. <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/518> (Erişim tarihi: 19.06.2022). (Bundan sonra, Eritrea–Yemen).

<sup>67</sup> Eritrea–Yemen, parag., 151.

<sup>68</sup> Bayılhoğlu, 2018, 121.

büyüklerinde hatırı sayılır bir nüfus bulunmaktadır,<sup>69</sup> sahilin genel uzanımının bütünleyici parçalarını oluşturan adaların tipik bir örneği olarak değerlendirilmiş ve karasuları açısından esas noktaların, bu ada sisteminin dış kümesinde bulunabileceğini belirtmiştir.<sup>70</sup> Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, Eritre sahilinin bu kısmındaki esas noktaların, en dıştaki Dahlak adacıkları üzerindeki en düşük cezir hattı olduğuna hükmetmiştir.<sup>71</sup> Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, Dahlak Grubu'nu, Eritre sahilinin bir parçası olarak kabul etmiştir.

Divan, Romanya–Ukrayna kararında sahil adalarının, sahilin civar adalar kümesinden oluşması halinde sahilin bir parçası olarak değerlendirildiğini ve bunlar üzerine esas noktalar yerleştirildiğini, içtihadı (Eritre–Yemen kararına) atıf yapmak suretiyle tespit etmiştir. Fakat Serpents Adası'nın, anakaradan yaklaşık 20 deniz mili uzaklıkta, tek başına uzanan konumu nedeniyle Ukrayna sahilini oluşturan bir ada dizisi teşkil etmediğini belirtmiştir.<sup>72</sup> Böylece, ada üzerine esas nokta yerleştirmemiştir.

Divan, 2012 kararında ise Nikaragua'nın sahip olduğu deniz yetki alanlarının, Nikaragua sahilindeki civar adalardan itibaren ölçüleceğini belirtmek suretiyle söz konusu ada kümelerini ilgili sahilin bir parçası olarak kabul etmiş<sup>73</sup> ve yukarıda belirtildiği gibi bunların bir kısmını, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkate almıştır.<sup>74</sup>

Kosta Rika–Nikaragua kararında ise Divan, sahilden 1 mil ile 3 mil açıkta bulunan med yüksekliklerini, civar adalar kümesi değerlendirmesiyle anakara sahilin bir parçası olarak kabul etmiş ve esas nokta olarak dikkate almıştır.<sup>75</sup>

Görüldüğü gibi civar adalar kümesi için içtihadta kullanılan kavram ve ortaya konan bazı veriler, BMDHS'nin 7/1. maddesi anlamındaki bir değerlendirmeye yardımcı olabilir. Nitekim somut olayda da Divan, civar adalar kümesi içtihadında kullanılan terimler ile BMDHS'nin 7/1.

<sup>69</sup> Eritrea–Yemen, parag., 14.

<sup>70</sup> Eritrea–Yemen, parag., 139.

<sup>71</sup> Eritrea–Yemen, parag., 146.

<sup>72</sup> Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009, parag., 149.

<sup>73</sup> Nicaragua v. Colombia, 2012, parag., 145.

<sup>74</sup> Nicaragua v. Colombia, 2012, parag., 201.

<sup>75</sup> Costa Rica v. Nicaragua, parag., 142. Civar adalar kümesi içtihadına ilişkin yukarıdaki tespit ve alıntılar, daha önceki bir çalışmamızdan kısmen alınmıştır. Bkz: Bayillioğlu, 2018, 118–121.

maddesindeki ada dizisi şartı arasında bir ilgi kurmuştur. Divan'ın müteakip tespitleri, bunun kesin bir sonuç olmayıp, bir değerlendirme kriteri için esas alındığını göstermektedir. Gerçekten de Divan, atf yaptığı ve içtihatla kullanılan terimleri, devamlılık olgusuna bağlamıştır. Buna göre Divan, adaların bir ada dizisi oluşturabilmesi için belirli bir devamlılığa ihtiyaç bulunduğunu, madde metninin Fransızcasında kullanılan ibarenin de belirli bir ardışıklık veya devamlılığı ifade ettiğini vurgulamış ve şu tespiti yapmıştır:

“... bir "dizi", belirli bir istikrar veya devamlılık ile birbirine bağlı bir sistem arz eden bir grup veya bir ada kümesini kapsamalıdır. Bazı durumlarda, “sahilin bir bölümünü kontrol eden” ada dizisi, sahilin büyük bir bölümünde maskeleye etkisine sahip olabilir...”<sup>76</sup>

Divan, ada dizisi terimini bu şekilde tespit ettikten sonra, bunu niteleyen, “sahil boyunca” ve “hemen yakında” terimlerini incelemeye başlamıştır. Divan bu terimlerin, yukarıda değinilen, BMDHS'nin 7/3. maddesinde yer alan kayıtlarla beraber okunması gerektiğini belirtmiştir. Divan'a göre bu da, İngiltere–Norveç kararında altı çizildiği gibi bir “ada dizisinin”, o sahilin dış sınırı veya uç noktası olarak değerlendirilmesini sağlamak için anakaraya yeterince yakın olması gerektiğini gösterir.<sup>77</sup> Divan yine yukarıda değinilen Katar–Bahreyn ve Eritre–Yemen kararlarına atıf yaparak, söz konusu adaların, sahilin mütemmim cüzü olmalarının bir zorunluluk arz ettiğini; yoksa bir devletin sahilinin genel coğrafyasında birer parça teşkil etmelerinin yetersiz olduğunu vurgulamıştır.<sup>78</sup>

Şu halde, sahil boyunca hemen yakında bir ada dizisinin bulunması haline dayanarak düz esas hat çizimi için ilgili sahilin bu şekilde tanımlanması gereklidir. Bir başka ifadeyle sahil boyunca hemen yakında bulunan ada dizisi, sahilin temel karakteri olmalıdır. Zaten Divan'ın ada dizisi için aradığı istikrar ve devamlılık olgusu da esas itibarıyla bu nevi bir karaktere vurgu yapmaktadır. Bu karakterin tespitinde de BMDHS'nin 7/3. maddesindeki şartlar, temel bir ölçü oluşturmaktadır.

<sup>76</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 254.

<sup>77</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 255.

<sup>78</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 255.

### 3) Divan'ın "Sahil Boyunca Hemen Yakında Bir Ada Dizisi" Bulunması Şartına İlişkin Genel Tespitlerini Somut Adalara Uygulaması

Divan, Nikaragua sahilindeki adaların sayısını, bir ada dizisi oluşturmak için yetersiz bulduktan sonra yaptığı ve yukarıda aktarılan "ada dizisi" ile "sahil boyunca" ve "hemen yakınında" terimlerine ilişkin tespitleri somut olaya uygulamıştır.

Divan somut olay değerlendirmesi açısından, Nikaragua'nın düz esas hatlarına esas nokta teşkil eden formasyonları, coğrafi yakınlıklarına göre iki gruba ayırmıştır. İlk grup, Nikaragua anakarasının kuzeyinde konumlanan, Edinburgh Cay, the Miskitos Cays ve Ned Thomas Cay olarak belirlenmiştir. İkinci grup ise anakaranın merkezinde konumlanmış, Man of War Cays'den itibaren Corn Adalarına kadar olan noktalardır.<sup>79</sup>

Divan açık bir şekilde, Nikaragua "adalarının", sahil boyunca tutarlı bir küme oluşturacak kadar birbirine yakın olmadığı gibi bunların, sahilin dış kenarı olarak kabul edilecek kara sahasına da yeterince bağlı olmadığı tespitini yapmıştır. Netice olarak da Nikaragua, sahili boyunca uzanan ada gruplarının "ayrı" olduğuna hükmetmiştir.<sup>80</sup> Divan'ın bu kabulü açısından söz konusu adalar arasındaki uzaklığın başat gerekçeyi oluşturduğu görülmektedir.

Gerçekten de Divan'a göre her ne kadar Nikaragua, adalar ile anakara arasındaki ilişkiyi göstermek için anakara ile Corn Adaları arasında çok sayıda küçük ada bulunduğunu ve bunun sonucunda iki tarafta karasularının birleşip örtüştüğünü iddia etse de durum böyle değildir. Zira Nikaragua'nın düz esas hatları, karasularına hak kazanan herhangi bir formasyonun bulunmadığı oldukça geniş bir deniz alanını kapsamaktadır. Bu alanlar Ned Thomas Cay ve Man of War Cays arasında, East of Great Tyra Cay ile Corn Adaları arasında ve Corn Adaları'ndan Kosta Rika ile kara hududunun nihayetine kadardır.<sup>81</sup> Görüldüğü gibi Divan'a göre bu adalar arasında, karasuları üretebilecek herhangi bir formasyon yoktur. Dolayısıyla bu adalar ayrı ve müstakil niteliktedir. Şüphesiz söz konusu adalar arasında bir formasyon bulunmaması, araya uzaklık girmesine neden olacağından, "uzaklık" mefhumunun, temel bir kriter olarak alındığı açıktır.

<sup>79</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 253.

<sup>80</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 256.

<sup>81</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 256.

Divan, Nikaragua'nın anakara sahillerinin güneyinde yer alan formasyonlar açısından, yine uzaklığa dayanan, bu defa sayısal içerikli bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre, Man of War Cays'den itibaren güneyde kalan esas noktaların, (ki bunlar East of Great Tyra Cay ve Corn Adaları'dır) kuzeyde gruplandırılmış adalardan önemli ölçüde kopmuş bir nitelik arz ettiğini belirtmiş ve bu kopmayı delillendirmek için, Nikaragua'nın 4 no'lu esas noktasını oluşturan Ned Thomas Cay ile 5 no'lu esas noktasını oluşturan Man of War Cays arasında, 75 milin üzerinde kesintisiz ve kayda değer bir kırılma bulunduğunu vurgulamıştır.<sup>82</sup>

Görüldüğü gibi Divan ortaya sayısal bir uzunluk koymuştur. Fakat bu tespit, iki esas nokta arasında kesintisiz devam eden 75 millik bir mesafenin, BMDHS'nin 7/1. maddesi anlamında, hemen daima, ada dizisi için gerekli şartı karşılamadığı anlamına gelmez. Zira her coğrafi durumu, kendine has özellikler çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmek icap eder. Somut olayda bir düz hat için 75 millik bir uzunluk uygun olmasa da teorik olarak başka bir coğrafya da aksine bir değerlendirme yapılabilir. Lakin 75 millik bir mesafeyi, BMDHS'nin 7/1. maddesi anlamında ada dizisi şartı için uygun kabul edecek bir coğrafi alan bulmanın da pek kolay olmayacağı ayrıca düşünülmelidir. Aynı yorum, uç noktalar arasındaki mesafeler açısından, derin bir şekilde girintili çıkıntılı sahil şartı için de yapılabilir. Şüphesiz, Divan'ın düz hatlar açısından bir uzunluk tespiti yapması önemlidir. Bu önem, bir örnek teşkil etmek yanında, devletlerce benimsenme potansiyelinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de devletler, bu uzunluk etrafında bir tutum belirleyebilirler. Bu çerçevede, aşağıda değineceğimiz aşırı iddia ve uygulamaları, bu uzunluk çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutabilirler. Bu değerlendirmeler de ileride oluşacak bir örf ve adet kuralının normatif nüvesini teşkil edebilir.

En azından Divan'ın sayısal tespitinin, ilerideki benzer uyuşmazlıklarda, tarafların iddia ve savunmalarında yer alacağı kesindir. Bu da gelecekteki davalarda Divan'ı daha somut tespitler yapmaya itebilir ve bunlar devletlerce benimsenebilir. Böylece BMDHS düzenlemelerini, bunlara uygunluğu tartışmalı şekilde en aşırı şekilde yorumlayarak düz esas hat iddia eden devletleri de bağlayan ve mesafe olarak sınırlayan bir kural ortaya çıkabilir. Şüphesiz sınırlama getiren sayısal değer değişebilir. Fakat aslolan aşırı uygulamaların makul bir düzeye çekilmesidir ki sayısal değer, bu amaca

---

<sup>82</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 256. Bununla beraber, Nikaragua'nın gerek 2013 gerek 2018 haritalarında, söz konusu mesafe 72 mil olarak verilmiştir.

ulaşmak için bir hukuki koz teşkil edebilir. Makullük önemlidir ve düz esas hat sisteminin istisnai karakterinin sonucudur.

Uzunluk meselesinden sonra Divan, ada dizisi için aradığı istikrar veya devamlılığın bir göstergesi olarak kabul ettiği maskeleme etkisi açısından da olumsuz yönde bir tespit yapmıştır. Gerçekten de Divan, Nikaragua'nın anakara sahilinin, Ned Thomas Cay ile Man of War Cays arasında uzanan kısımlarıyla Corn Adalarının güneyine bakan kısımlarında, maskeleme etkisi yaratacak şekilde sahilin bu bölümünü kontrol eden adalar bulunmadığı hükmüne ulaşmıştır.<sup>83</sup> Burada da esas itibarıyla temel gerekçe yine uzaklığa bağlıdır. Zira söz konusu formasyonlar arasındaki mesafe, maskeleme etkisi imkân ve ihtimalini bertaraf etmektedir.

Divan nihai olarak, mezkûr bulgular ışığında, Nikaragua'nın düz esas hat sisteminin, BMDHS'nin 7/1. maddesinde yer alan ve örf ve adet hukukunu yansıtan şartları karşılamadığına hükmetmiştir.<sup>84</sup>

#### IV) DİVAN TESPİTLERİNİN DÜZ ESAS HATLARIN UZUNLUĞU VE NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Divan kararında birbirini tamamlayan iki husus öne çıkmaktadır. Bir hattın uzunluğu olarak tecelli eden uzaklık yönündeki tespitler ve düz esas hat sisteminin istisnai niteliği.

Uzunluk hakkındaki, devlet uygulamaları konusunda 2018 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) raporu, yol gösterici tespitler içermektedir.<sup>85</sup> Öncelikle belirtmek gerekir ki ahdî düzenlemelerde, bir esas hattın azami uzunluğu konusu yer almamaktadır. Sadece İngiltere–Norveç kararında Divan, Norveç'in kullandığı en uzun hattı oluşturan ve LoppHAVET boyunca uzanan 44 millik hattın geçerliliğini kabul etmiştir.<sup>86</sup> BMDHS'deki bu eksikliğin, düz esas hat uygulaması konusunda ve Sözleşme'nin 7. maddesindeki şartların tespiti açısından birçok sorunu beraberinde getirdiği

<sup>83</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 257.

<sup>84</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 258 ve 260.

<sup>85</sup> Bkz: International Law Association, Baselines Under the International Law of the Sea, Final Report 2018. [https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport\\_Baselines.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_Baselines.pdf), (Erişim tarihi: 28.7.2022). (Bundan sonra, Final Report 2018).

<sup>86</sup> Alexander, 518; Özman, 2006, 219.

vurgulanmıştır.<sup>87</sup> UHK raporunda, uzunluklar konusundaki uygulamaya bakıldığı zaman, kimi devletlerin uygulamaları ılımlı iken kimilerinin aşırı iddialarda bulunduğu tespiti yapılmıştır.<sup>88</sup> Gerçekten de raporda, çok çeşitli, hatta 100 mili bile aşan bir takım uygulamalar olduğu görülmektedir.<sup>89</sup> Bu çerçevede, yukarıda da belirtildiği gibi düz esas hatlar açısından devletlerin, daha liberal yorum ve yaklaşımlarına dikkat çekilmiştir.<sup>90</sup> Şüphesiz bunların geçerliliği uluslararası hukuka bağlıdır ve bu konuda diğer devletlerin tutumu büyük önem arz etmektedir. Nitekim UHK, 1/2018 sayılı kararında, düz hatların bir uluslararası yargı organı tarafından değerlendirilmediği sürece, geçerliliklerinin büyük ölçüde diğer devletlerin itiraz etmemesine bağlı olduğunu vurgulamıştır.<sup>91</sup>

Bu noktada şu hususun altı özellikle çizilmelidir ki, Divan'ın da kabul ettiği gibi BMDHS'nin 7. maddesi örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiştir. Buradaki mesele, söz konusu maddedeki şartların değerlendirme ve yorumlanma tarzlarına ilişkindir. Şüphesiz bu şartların dar veya geniş yorumu üzerine bina edilmiş devlet uygulamaları, antlaşmaların yorumlanması meselesi olarak değerlendirilebilir.<sup>92</sup> Lakin bunlar, örf ve adet hukuku açısından da önemli olabilir. Zira devlet uygulamaları, örf ve adet kuralının kurucu unsurlarını teşkil eden ve genel bir uygulamanın neticesi kabul edilen maddi unsur ile bu uygulamanın hukuken zorunlu olduğu inancını ifade eden psikolojik unsurun temel bileşenidir.<sup>93</sup> Bu bağlamda özellikle deniz alanları sınırlandırmasında genel eğilimin, bu tür aşırı iddialara itibar edilmemesi yönünde tecelli ettiği tespiti<sup>94</sup> önem arz etmektedir. Demek ki düz esas hatlar konusundaki aşırı iddialar, devletler tarafından örfi (normatif) bir sonuç doğuracak şekilde kıymetlendirilmemektedir. Bu normatif kıymetsizlik durumu, sınırlandırma meselesine hasredilmiş gibi gözükse de esas hatların deniz alanlarının iç sınırını oluşturmaları gerçeği karşısında, yan ve dış sınıra etki etmeleri kaçınılmazdır.

<sup>87</sup> Scovazzi, 18–19.

<sup>88</sup> Final Report 2018, parag., 24.

<sup>89</sup> Bkz: Final Report 2018, parag., 25 ve Ek 1.

<sup>90</sup> Scovazzi, 19.

<sup>91</sup> Bkz: Resolution, 1/2018, Committee on Baselines Under the International Law of the Sea, [https://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution\\_1\\_2018\\_BaselinesundertheInternationalLawoftheSea.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution_1_2018_BaselinesundertheInternationalLawoftheSea.pdf), para, 6. (Erişim tarihi: 28.7.2022).

<sup>92</sup> Final Report 2018, parag., 27.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Emre Öktem, Uluslararası Teamül Hukuku (İstanbul: Beta, 2003), 52–207.

<sup>94</sup> Schofield, 731–732. Karş., Final Report 2018, parag., 27.

Düz hattın uzunluğu, derin bir şekilde girintili çıkıntılı sahiller açısından da temel önemdedir. Bu çerçevede derin bir şekilde girintili çıkıntılı sahil şeridinin tespiti açısından, girintiyi kapatan hattın uzunluğu ve bu hat ile girintinin en iç noktası arasındaki mesafe arasındaki oranın belirsizliği, BMDHS’de eksik bırakılan bir durum olarak telakki edilmiştir.<sup>95</sup>

Uzunluk açısından BMDHS’nin 7/1. maddesindeki her iki durum için anılan maddenin 3. paragrafındaki şartlar belirleyici olacaktır. Bu da aslında sistemin istisnailiğine yapılan bir vurgudur. Divan, BMDHS’nin 7/3. maddesinde yer alan sahilin genel yönünden hissedilir bir biçimde sapmama ve kara sahasına yeter derecede bağlı olma şartlarını ilave gereklilik olarak niteleyerek,<sup>96</sup> düz esas hat çizimi için dar ve istisna yorumlanma zorunluluğunu teyit etmiştir. Reisman–Westerman, ada dizisi şartı açısından, sahilden uzağa yönelmediği ve BMDHS’nin 7/1. maddesindeki şartları karşıladığı sürece, düz esas hattın sapmamış olacağını belirtmiş; suların dâhili karakteri açısından ise tarihi haklar ve körfezlere yönelik gerekliliklerle paralellik kurmuştur.<sup>97</sup> Bu tespit, düz esas hatlar açısından dar yoruma ve istisnai niteliğe yönelik bir vurgu teşkil eder. Zira BMDHS sisteminde, tarihi hak değerlendirmeleri oldukça sınırlı olup, hukuken körfez şartları ise BMDHS’nin 10. maddesinde, katı ve sınırlı şekilde tarif edilmiştir.

Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi, açık deniz takımadalarının BMDHS’nin 7/1. maddesindeki şartları karşılamadığı gibi Sözleşme’nin, takımadada esas hattı kriterlerini karşılamayan açık deniz takımadaları ile ilgili olarak, düz esas hatlar kullanma ihtimalini dışladığı kanaatini bildirmiştir.<sup>98</sup> Bu tespitler, uzaklık ve BMDHS’nin 7/3. maddesindeki şartlar yanında, takımadada esas hatlarıyla kurduğu paralellikle, düz esas hat sisteminin istisnailiğine yapılan bir vurgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toluner, düz esas hat usulünün, “bazı özellikler taşıyan kıyılarda, bazı suların kara ülkesiyle olan sıkı bağlantısına hukuki sonuç bağla”dığını belirtmiş ve İngiltere–Norveç kararında Divan’ın bu yöndeki tespitine atıf yapmıştır.<sup>99</sup> Gerçekten de Divan söz konusu kararda, Norveç anakara

---

<sup>95</sup> Scovazzi, 18.

<sup>96</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, parag., 258

<sup>97</sup> Reisman and Westerman, 98–99.

<sup>98</sup> The South China Sea Arbitration, parag., 575.

<sup>99</sup> Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği) (İstanbul: Beta, Dördüncü Bası, 1996), 69.

sahillerinde, pratikte diğer tüm ülkelerde olduğu gibi, kara ve deniz arasında net bir ayırım çizgisi bulunmadığını belirtmiştir.<sup>100</sup> Bu da düz esas hat sisteminin istisnailiğine ve söz konusu sistemin uygulanması için sahilin bu şekilde karakterize edilmesi gerektiğine vurgu yapan bir diğer delili teşkil eder. İnceleme konusu kararda da Divan, yukarıda aktarıldığı gibi önceki içtihadı yaptığı atıflarla bu istisnailik niteliğini teyit etmiştir. Dolayısıyla BMDHS'nin 7. madde düzenlemesini, bu bakış açısıyla dar yorumlamak gerekmektedir. Zira BMDHS, belirli bir makullük üzerine bina edilmiştir ve 7. madde düzenlemesindeki şartlar da bundan arı değildir. Makullüğü sağlamanın yolu da - ki bu aynı zamanda madde düzenlemesinin de amacı ve sonucudur- istisnailik, dar yorum ve tüm bunların neticesi olarak, sınırlı bir uygulamadır.

## SONUÇ

Divan'ın inceleme konusu kararı, düz esas hatlar açısından yol gösterici, önceki içtihadı teyit eden ve genel olarak doktrinle uyuşan tespit ve değerlendirmeler ortaya koymuştur. Kararın, aşırı ve makul olmayan, BMDHS'nin 7. maddesi ile uyumu son derece tartışmalı bulunan devlet iddia ve uygulamaları açısından da etkisi bulunduğu söylenebilir. Söz konusu iddia ve uygulamalara yönelik komşu devlet tutumları değişmekle beraber, bunların, özellikle sınırlandırmaya etkisi durumunda itiraza maruz kaldıkları bir vakiyadır.

Bu açıdan, Divan'ın zikrettiği 75 millik sayısal veri, kayda değerdir. Şüphesiz, bir coğrafyada çizilecek 75 millik bir hat, BMDHS'nin 7/1. maddesindeki şartları karşılarken, başka bir coğrafyada durum böyle olmayacaktır. Dolayısıyla gerek uzunluk gerek diğer şartlar açısından, BMDHS'nin 7/1. maddesinde öngörülen şart ve kriterlerin yorumu, coğrafyaya göre değişiklik gösterecektir. Nitekim Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Bangladeş–Mynmar kararında adaların sınırlandırmaya etkisi konusunda yaptığı, her somut olayın eşsiz olduğu ve spesifik bir muameleyi gerektirdiği, temel amacın ise hakça bir çözüme ulaşmak olduğu şeklindeki tespiti,<sup>101</sup> düz esas hatlar için de geçerlidir. Dolayısıyla burada mesele, Divan'ın yaptığı gibi içtihadındaki emsalleri esas alarak, sınırlandırma açısından hakça bir sonuca ulaşacak şekilde düz esas hatların geçerliliğini

<sup>100</sup> Fisheries Case, s., 127.

<sup>101</sup> Bkz: Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, parag., 317. Bu karar ve tespiti ilişkin olarak bkz: Bkz: Bayılloğlu, 2018, 123 ve 126–127.

değerlendirmektir. Hakça sonucun da coğrafyaya göre değiştiği açıktır. Lakin Divan'ın 75 millik uzunluk tespiti, devletlerin, sayısal bir değer benimseme yönündeki tutumları çerçevesinde normativiteye yönelik atılan bir adım teşkil edebilir. Bu açıdan önemsiz değildir.

Yine düz esas hatların niteliği açısından da normatif sonucu olan bir tespit yapılabilecektir. Şöyle ki;

Divan, BMDHS'nin 7/3. maddesinde yer alan sahilin genel yönünden hissedilir bir biçimde sapmama ve kara sahasına yeter derecede bağlı olma şartlarını, ilave gereklilik olarak nitelemek suretiyle düz esas hat çizimi için dar ve istisna yorumlanma zorunluluğunu teyit etmiştir. Buradaki ilave gereklilik vurgusu, söz konusu şartlara tali bir nitelik verildiği anlamına gelmemektedir.

Zira Divan, ada dizisi terimini niteleyen, "sahil boyunca" ve "hemen yakında" terimlerinin BMDHS'nin 7/3. maddesinde yer alan kayıtlarla beraber okunması gerektiğini belirtmek suretiyle, söz konusu şartların belirleyici önemini göstermiştir. Bu belirleyicilik, sahilin adalardan oluşan temel karakterini ve buna bağlı olarak dizi veya dizileri oluşturan adaların coğrafi istikrar ve devamlılığını ortaya koymaktan ibarettir. Böylece BMDHS'nin 7/1. maddesindeki şartlar değerlendirilirken, 7/3. maddede yer alan şartlar hesaba katılmalıdır. Zira coğrafya açısından, maddenin 3. paragrafındaki şartlar, 1. paragraftaki şartlarda mündemiçtir. Gerçekten de bunlar, coğrafi yapıya bağlanan hukuki sonucu (düz esas hat çizimi) kontrol eden şartlardır. Dolayısıyla maddenin 3. paragrafında yer alan şartları, 1. paragraftaki şartlar için bir nihai test olarak değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan, maddenin 3. paragrafında yer alan şartların, 1. paragraftaki şartların ve genel olarak düz esas hat sisteminin ruhunu yansıttığı açıktır. Söz konusu şartların tespitinde, mesafe mefhumunun da rolü büyüktür. Şüphesiz bu düzenleme, düz hatların istisnai bir coğrafyada sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu hususunu teyit etmektedir.

Nitekim bizzat Divan'ın, derin bir şekilde girintili çıkıntılı ibaresine dayanarak düz esas hat çizimi için belirlediği şartlardan birisi olan, karanın içine doğru uzun mesafeler kat etmek (karaya yeterince nüfuz etmek) şartı da bu görüşü desteklemektedir.

Bu istisnailiğe ters düşen, düz esas hatlar konusundaki aşırı yönde teessüs eden devlet iddia ve uygulamalarının, özellikle sınırlandırmayı etkilemeleri durumunda, diğer devletlerin kabulüne mazhar olmaması da devletlerin

istisnailik, sınırlılık ve bunlara eşlik eden makullük konusundaki normatif tutumunu göstermektedir.

Esas hatların deniz alanlarının iç sınırını oluşturmaları nedeniyle, yan ve dış sınır üzerinde belirleyici olacakları ve bu bağlamda sınırlandırmayı etkileyecekleri açıktır. Sınırlandırma dışında, açık denize bakan sahillerde, deniz yetki alanlarının genişliği de esas hatlara göre belirlenecektir. Böylece esas hatlar, kendisi ve kaynakları, BMDHS'nin 136. maddesine göre insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen, Sözleşme'nin 1/1. maddesinde, "Bölge" olarak ifade edilen ve tüm devletlerin deniz yetki alanları dışında kalan alanın genişliğini de etkileyecektir. Zira düz esas hatlar sahilden ne kadar açıkta kabul edilirse, ilgili devletin deniz yetki alanları da o oranda genişleyecek, buna karşın insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanları o oranda daralacaktır.

Bu çerçevede vurgulamak gerekir ki doğrudan sınırlandırmayı etkilemeyen ve fakat "Bölge"nin genişliğini etkileyen aşırı ve 7. madde düzenlemesiyle uyumu tartışmalı devlet iddia ve uygulamalarının, her zaman diğer devletlerin itirazına konu olmaması, insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanına tecavüz eden düz hat uygulamalarını hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bunun nedeni BMDHS'nin 7. maddesinin zaten istisnailiği, makuliyeti ve buna paralel olarak dar yorumu ve sınırlı uygulamayı bünyesinde barındırmasıdır.

Hakkında ada dizisi şartı kadar uluslararası yargı kararı bulunmayan derin bir şekilde girintili çıkıntılı sahil şartı açısından, Divan'ın İngiltere–Norveç kararına müracaatla belirlediği kavram setinin, gelecekteki uyuşmazlıklarda, söz konusu şartın tahakkukunun tespitinde bir test olarak uygulanacağı açıktır. Kendine has bir yapısı bulunmak, kırıklı bir uzanımına sahip olmak ve karanın içine doğru uzun mesafeler kat etmek (karaya yeterince nüfuz etmek) kavramlarından oluşan setin, devletlerce benimsenme ve devletlerin tutumları çerçevesinde, söz konusu şart açısından normatif değer kazanma ihtimali oldukça fazladır.

**KAYNAKÇA****Kitap ve Makaleler**

- Acer, Yücel. Uluslararası Yargı Kararları Temelinde Ege ve Doğu Akdeniz’de Sınırlandırma Sorunları. İstanbul: SETA Kitapları, 2021.
- Alexander, Lewis M. “Baseline Delimitations and Maritime Boundaries”, Virginia Journal of International Law, C. 23, S. 4, 1983, 503–536.
- Bayıllıoğlu, Uğur. Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Bayıllıoğlu, Uğur. “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi’nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 130, 2017, 419–456.
- Bayıllıoğlu, Uğur. “Uluslararası Adalet Divanı’nın Kosta Rika–Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, 94–137.
- Brown, E. D. The International Law of the Sea, Volume I, Introductory Manuel. Cornwall: Hartnolls Limited, 1994.
- Gündüz, Aslan. Milletlerarası Hukuk (Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar). Günel, Reşat Volkan (Editör), İstanbul: Beta, 6. Baskı, 2003.
- Öktem, Emre. Uluslararası Teamül Hukuku. İstanbul: Beta, 2003.
- Özman, M. Aydoğan (Çeviren). Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi. İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984.
- Özman, Aydoğan. Deniz Hukuku I (Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları). Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2003.
- Reisman, W. Michael and Westerman Gayl S. Straight Baselines in Maritime Boundary Delimitation. New York: St Martin’s Press, 1992.
- Schofield, Clive. “Departures from the Coast: Trends in the Application of Territorial Sea Baselines under the Law of the Sea Convention” The International Journal of Marine and Coastal Law, C. 27, S. 4, 2012, 723–732.
- Scovazzi, Tullio. “Problems Relating to the Drawing of Baselines to Close Shared Maritime Waters”, Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea, R. Symmons, Clive (Editör), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 15–29.
- Toluner, Sevin. Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği). İstanbul: Beta, Dördüncü Bası, 1996.

### **Uluslararası Yargı Kararları**

Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951. (Fisheries Case).

Eritrea–Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation), <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/518> (Erişim tarihi: 19.06.2022). (Eritrea–Yemen).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, (Qatar v. Bahrain).

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009.

Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, (Nicaragua v. Colombia, 2012).

PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, (Erişim tarihi: 11.06.2022). (The South China Sea Arbitration).

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Counter-Claims, Order of 15 November 2017, I.C.J. Reports 2017, (Nicaragua v. Colombia, 2017).

Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018. (Costa Rica v. Nicaragua).

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20220421-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.05.2022). (Nicaragua v. Colombia, 2022).

**BM Belgeleri**

Law of the Sea Bulletin, No. 83, United Nations, New York, 2014, [https://www.un.org/Depts/los/doalos\\_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin83e.pdf](https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin83e.pdf), (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

Law of the Sea Bulletin, No. 99, United Nations, New York, 2019, [https://www.un.org/Depts/los/doalos\\_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/LOS\\_99\\_WEB.pdf](https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/LOS_99_WEB.pdf), (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/ nic\\_mzn99\\_2013\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/ nic_mzn99_2013_e.pdf), (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/MAPS/NIC\\_MZN99\\_2013\\_00ill.jpg](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/MAPS/NIC_MZN99_2013_00ill.jpg) (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/Nicaragua\\_PresidentialDecree.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/Nicaragua_PresidentialDecree.pdf), (Erişim Tarihi: 26.05.2022).

Ministerio de Relaciones Exteriores, S-GACIJ-13-044272, Bogota, 1 st November 2013,

[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/communicationsredeposit/mzn99\\_2013\\_col.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/communicationsredeposit/mzn99_2013_col.pdf), (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

Republic of Colombia Ministry of Foreign Affairs, S-DM-19-003231, Bogotá, 11 February

2019, [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/S/NV\\_Colombia\\_EN.PDF](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/S/NV_Colombia_EN.PDF), (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

Letter dated 23 October 2013 from the Permanent Representative of Costa Rica to the United Nations addressed to the Secretary-General, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/531/15/PDF/N1353115.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

DM-AM-0857-2019, San José, 20 May 2019 [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CostaRica\\_ENG.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CostaRica_ENG.pdf), (Erişim tarihi: 27.05.2022).

**Diğer Belge ve Raporlar**

Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 November 2013, Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/17978.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Counter-Memorial of Republic of Colombia, Vol. I,

17 November 2016, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20161117-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

International Law Association, Baselines Under the International Law of the Sea, Final Report 2018. [https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport\\_Baselines.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_Baselines.pdf), (Erişim Tarihi: 28.7.2022). (Final Report 2018).

Resolution, 1/2018, Committee on Baselines Under the International Law of the Sea, [https://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution\\_1\\_2018\\_BaselinesundertheInternationalLawoftheSea.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution_1_2018_BaselinesundertheInternationalLawoftheSea.pdf), (Erişim Tarihi: 28.7.2022).



# TÜRKİYE’DE KADINLARIN SİYASAL HAKLARINI KAZANMASI VE SİYASAL TEMSİLDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

*The Acquisition of Women's Political Rights in Türkiye and the  
Problems Encountered in Political Representation*

Derya DOĞRU\*

## ÖZ

Kadınların insan hakları mücadelesi, eski çağlardan bu yana dünyada hüküm süren erkek egemen toplum yapısına karşı verilmektedir. Kadınların insan haklarına eşit olarak sahip olması ancak eşit bir yurttaş olarak tanınmasıyla mümkündür. Bu nedenle kadınların hak mücadelesi öncelikle siyasal hakların kazanımına yönelik olarak başlamıştır. Ancak kadınların siyasal haklarını hukuken kazanmaları eşit siyasal temsili sağlamamıştır. Kadınların siyasal haklarından etkili bir şekilde yararlanabilmeleri, eşit siyasal temsil edilmelerine ve karar alma mekanizmalarında yer almalarına bağlıdır. Buna rağmen toplumların ataerkil yapıları ve kadına olan bakış açıları nedeniyle kadınların siyasal alanda aktif rol alması mümkün olamamaktadır. Bunun için kadınların insan haklarının ve konumuz özelinde siyasal haklarının kullanımında karşılaşılan sorunların toplumsal cinsiyet kavramından bağımsız olarak incelenemeyeceği açıktır. Dünya genelinde karşılaşılan eşit temsil edilememe sorununun aşılabilmesi için özellikle gelişmiş demokratik ülkelerde zorunlu cinsiyet kotası uygulanmaktadır. Ülkemizde kadınların siyasal haklarına 1934’den bu yana anayasal olarak sahip olmasına rağmen, eşit siyasal temsili sağlayacak zorunlu cinsiyet kotasının benimsenmemesi demokrasimizin önünde önemli bir engel olmaya devam etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kadının İnsan Hakları, Süfraj Hareketi, Siyasal Haklar, Eşit Siyasal Temsil, Zorunlu Cinsiyet Kotası

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 06.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.03.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: dkarakoc@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7454-6984.

## ABSTRACT

The struggle for women's human rights has been fought against the male-dominated society structure that has prevailed in the world since ancient times. It is possible for women to have equal human rights only if they are recognized as equal citizens. Therefore, the struggle for women's rights began primarily for the acquisition of political rights. However, women's legal acquisition of their political rights did not ensure equal political representation. Ensuring this depends on women's equal political representation and their participation in decision-making mechanisms. However, it is not possible for women to take an active role in the political arena due to the patriarchal structures of societies and their perspectives on women. Thus, it is clear that the problems encountered in the use of women's human rights and, in particular, their political rights cannot be analyzed independently of the concept of gender. In order to overcome the problem of under-representation encountered throughout the world, mandatory gender quota is applied especially in developed democratic countries. Despite the fact that women in our country have had their political rights constitutionally since 1934, not adopting the mandatory gender quota that will ensure equal political representation continues to be an important obstacle to our democracy.

**Keywords:** Women's Human Rights, Suffrage Movement, Women's Political Rights, Equal Political Representation, Mandatory Gender Quota

## I. GİRİŞ

Kadınların insan hakları mücadelesi kökleri tarihin çok eski çağlarına ve sosyolojik olarak toplumların yapısal özelliklerine dayanan bir konudur. Bu bağlamda erkek egemen bir dünyada eşit birer birey olarak kadınların insan haklarının öznesi olmasının kabulü ve karşılaştığı sorunlar bu arka plandan ayrı düşünülemez. Çalışmamızın konusunu oluşturan kadınların siyasal haklarının kazanımı ve siyasal temsilde yaşadığı sorunlar esasında kadınların temel insan haklarını kullanımındaki konulardan yalnızca biridir. Ancak bu hak, kendileriyle ilgili başlıca sorunların kaynağını oluşturan eril hegemonyanın karşısında; kadınların insan haklarına dair hayati önemdeki sorunlarının çözümüne ilişkin karar mekanizmalarında yer almasını sağlaması ve insan haklarına dair diğer sorunlara ilişkin düzenlemelerin yine erkeklere bırakılmasını önlemesi açısından öncelik ve önem arz etmektedir.

Elbette günümüzde dünya çapında ve bilhassa ülkemizde kadınların insan haklarına ilişkin karşılaştığı sorunlar birçok hakka ilişkindir ve her bir

alandaki hak mücadelesi verilmesi gerekmektedir. Özellikle maalesef henüz diğer hakların öncülü konumunda bulunan yaşam hakkının korunması dahi kadınlar açısından temel bir sorun alanı teşkil etmektedir. Ülkemizin ana gündem konularının başında kadın cinayetleri ve kadına karşı şiddetin önlenmesi gelmektedir. Söz konusu öldürme ve şiddet fiilleri sırf kadın olmaktan kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra kız çocukların erken yaşta evlendirilmeye zorlanması, eğitim, çalışma ve özel hayat hakkı gibi birçok hakkına ilişkin olarak da, sırf cinsiyeti nedeniyle kadınlar ayrımcılığa maruz kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla kadının insan haklarına ilişkin sorunlar oldukça derindir ve geniş bir alana yayılmıştır. Bu nedenledir ki, yüzyıllardır kabul gören ancak cinsiyet temelinde fiili eşitliği sağlayamayan modern insan hakları kuramı kadınların insan hakları mücadelesine sahne olmaktadır. Modern insan hakları düşüncesi her insanın doğuştan özgür olduğunu ve sırf insan olmasından dolayı, vazgeçilemez, devredilemez ve evrensel olarak eşit haklara sahip olduğunu savunmaktadır. Bu anlayış insan onurunu kaynak almaktadır. Felsefi bir kavram olan insan onuru, kişiyi sadece insan ırkına ait olması nedeniyle değerli kabul etmektedir.<sup>1</sup> Ancak ideal anlamda savunulan bu görüş, somut gerçeklikle örtüşmemekte ve insan hakları öğretisinin güvencesi hukuki (*de jure*) alanda kalmaktadır. Bu kapsamda günümüzde halen başta cinsiyet olmak üzere, farklı temellere dayanan ayrımcılık devam etmektedir.

Kadınların kamusal alana çıkışının başlangıç noktalarından biri olan siyasal haklarının elde edilmesi de oldukça gecikerek gerçekleşebilmiştir. Çünkü tıpkı insan hakları anlayışında olduğu gibi, çağdaşı olan ve en iyi yönetim biçimi olarak kabul gören (günümüzde yoğun olarak sorgulanmasına rağmen) modern demokrasi de gelişimine kadınları dışlayarak başlamıştır. Modern insan hakları ve demokrasi mücadelesinin öncülüğünü burjuva sınıfı yapmıştır. Dolayısıyla başlangıçta, insan haklarına ve halkı temsil etme yetkisine esasında beyaz ve erkek olan burjuvalar sahip olabilmştir.<sup>2</sup> Öyle ki, uzunca bir süre “*human rights*” kavramı yerine “*rights of men*” kullanılmıştır.<sup>3</sup> Oysa demokrasinin en bilinen tanımını yapan *Abraham*

<sup>1</sup> Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 475-479.

<sup>2</sup> Fatmagül Berktaş, “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, *Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 7*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2004), 1-2; Bihterin Vural Dinçkol, “Kadının İnsan Hakları”, içinde *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli*, hazırlayan Bihterin Vural Dinçkol, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayın No: 6, 2003), 14.

<sup>3</sup> Dinçkol, 14; Anne Phillips, *Demokrasinin Cinsiyeti*, çeviren: Alev Türker, (İstanbul, Metis Yayınları, 1995), 11.

*Lincoln*'e göre demokrasi “*halkın, halk için, halk tarafından yönetimi*” olarak ifade edilmektedir.<sup>4</sup> Halk, kadın ve erkeklerin oluşturduğu bir bütün olmasına karşın, 20. yüzyılın başına kadar demokrasiler kadınları görmezden gelmiştir.

Bu durumun karşısında, “*kadınların toplumdaki konumlarını kendilerinin belirlemesi ve kişiliklerini istedikleri gibi geliştirebilmeleri*”<sup>5</sup> anlamına gelen feminizm kavramının felsefi kökeni 17. yüzyıl Avrupası’na dayanmakla birlikte, sistemli feminist teorinin doğuşu 19. yüzyılda gerçekleşebilmiştir.<sup>6</sup> 20. yüzyılda yoğunlaşan feminist mücadele ve feminist hukuk teorisinin genel olarak üç aşamadan geçtiğini ifade edebiliriz. Birinci dalga eşit haklar mücadelesi, ikinci dalga farklılık yaklaşımı ve üçüncü dalga da kimlik farklılıklarına dayalı yaklaşımdır.<sup>7</sup> Siyasal haklarının kazanılmasında kadınların verdiği ilk mücadele de insan olarak eşit yurttaşlık talebi olmuştur. 20. yüzyılda siyasal haklarını hukuken kazanmış olmakla birlikte, bu hakkın siyasi temsilde ve karar mekanizmalarında yer almada eşit olarak kullanılmasının önündeki engeller ve cinsiyet temelli ayrımcılıklara karşı yürütülen mücadelede ise ikinci aşama olan farklılık yaklaşımı devreye girmiştir. Bu noktada ise karşımıza “*toplumsal cinsiyet (gender)*” kavramı çıkmaktadır. Kavram ilk olarak *Ann Oakley*’in 1972 tarihinde kaleme aldığı, “*Sex, Gender and Society (Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet ve Toplum)*”<sup>8</sup> adlı kitabıyla ortaya çıkmış ve benimsenmiştir.<sup>9</sup> Toplumsal cinsiyet, “*toplumsal olarak oluşturulan ve bu bağlamda toplumdaki topluma da farklılıklar gösteren ve genellikle kadın ve erkek arasındaki cinsiyet farklılıklarına dayalı olarak üretilen roller, hiyerarşiler ve tahakküm*

<sup>4</sup> Oktay Uygun, *Demokrasi, Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014), 1.

<sup>5</sup> Gisela Bock, *Avrupa Tarihinde Kadınlar*, çeviren: Zehra Aksu Yılmaz, (İstanbul: Şefik Matbaası, 2004), 98.

<sup>6</sup> Phillips, 1; Berkay, 4.

<sup>7</sup> Gülriiz Uygur, Nadire Özdemir, “Giriş”, içinde *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, editörler: Gülriiz Uygur, Nadire Özdemir, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2019), 8-9; Ahu Sumbas, “Toplumsal Cinsiyet ve Siyaset”, içinde *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, editörler: Aksu Bora, Şengül İnce, (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2021), 130-133.

<sup>8</sup> Ann Oakley, *Sex, Gender and Society*, (Farnham-Surrey: Ashgate Publishing, 12. Edition, 2015), 3.  
<https://books.google.com.tr/books?id=G8fVBgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>. Erişim Tarihi: 26.12.2022.

<sup>9</sup> Özlem Cankurtaran, Görkem Kelebek Küçükarslan, “Toplumsal Cinsiyete Dair Kavramlar”, içinde *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, editörler: Aksu Bora, Şengül İnce, (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2021), 8-9.

*biçimleri olarak*<sup>10</sup> tanımlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle toplumsal cinsiyet, “*toplumsal düzenin atfettiği kadınlık ve erkeklik rollerinin kabulüne vurgu yapan ve bu düzene zorlayan kültürel bir yapıyı anlatan kavramdır.*”<sup>11</sup> Dolayısıyla feminizm ve toplumsal cinsiyet çok yakın bir ilişki içerisinde. Toplumsal cinsiyetle ilgili problemlerin ortaya konulmasında ve bunlarla mücadele edilmesinde feminizm önemli bir rol oynamaktadır.<sup>12</sup> Bu durumda çalışma konumuz olan kadınların siyasal haklarının toplumsal cinsiyet yaklaşımından bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Çünkü kadınlar siyasal haklarını feminizmin birinci dalgasında 20. yüzyılın ilk çeyreğinde kazanmışlardır. Ancak eşit yurttaş olarak siyasal hakkın sahibi olan kadınların siyasal temsilinde ve siyasal karar mekanizmalarında yer almalarında yine de önemli bir gelişme yaşanmamıştır. Bunun sorgulanması neticesinde ise hukuksal olarak tanınan hakların kullanımındaki engelin, toplumların kadınları geleneksel ataerkil bir yaklaşımla konumlandırmasının ve bu kapsamda kadınlara roller atfetmesinin olduğu fark edilmiştir. Dolayısıyla günümüzde dünyada ve ülkemizde kadınların siyasal temsilinde karşılaşılan sorunların, toplumsal cinsiyet yaklaşımıyla ele alınması ve değerlendirilmesi bir zorunluluktur.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle dünya tarihinde kadınların insan hakları mücadelesi ve siyasal haklarını kazanması incelendikten sonra, Türkiye’de kadınların siyasal haklarını elde etme süreci tarihsel olarak ele alınacak ve ardından günümüzde ülkemizde kadınların siyasal temsilinde karşılaşılan sorunlar ve bunların çözümüne ilişkin neler yapılması gerektiği değerlendirilecektir.

## II. DÜNYA TARİHİNDE KADINLARIN SİYASAL HAKLARINI KAZANMASI

Dünya tarihinde devlet öncesi ilkel toplumlar kabilelerden oluşmuş ve kadın erkek farkı bulunmaksızın herkes kabile üyesi olarak eşit haklara sahip olmuştur. Dahası bu eşitliğin korunması için özel mülkiyet yasağı

---

<sup>10</sup> Uygur, Özdemir, 7; Ayrıca içerisinde bulunduğumuz 21. yüzyılda toplumsal cinsiyet sadece kadın ve erkeği kapsayacak şekilde değil, bunun yanında lezbiyen, gey, biseksüeller, interseks ve transları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Yani farklı cinsel yönelimleri nedeniyle toplumsal olarak üretilen önyargı ve tahakkümü de ifade etmektedir.

<sup>11</sup> Cankurtaran, Küçükarslan, 8.

<sup>12</sup> Uygur, Özdemir, 8.

getirilmiştir. Kabilenin mallarının ortak kullanımı esastır.<sup>13</sup> Ancak zamanla ortak mülkiyetin yerini özel mülkiyet almaya başlayınca, kabile içerisinde aile belirginleşmeye başlamıştır. Aile içerisinde kadının gebelik sırasında karşılaştığı doğal güçlükler, çocuğun beslenmesi ve bakımı, kadını erkeğin koruyuculuğuna muhtaç bıraktığı için ailelerde *patriarka-ataerkillik* başlamıştır.<sup>14</sup> Dolayısıyla kadın ataerkil toplum yapısında önce babasının, o yoksa erkek kardeşlerinin, evlendikten sonra da kocasının himayesi ve vesayeti altına girmiştir.

Bu tarihsel arka planda, en eski çağlardan bu yana kadınlar öncelikle *eksiksiz bir insan* olduklarının kabulü için mücadele etmiştir. Özellikle modern insan hakları öğretisi ve demokrasinin geliştiği Avrupa coğrafyasında hâkim olan din anlayışında Tanrı'nın tek muhatabı Âdem'di. Havva ise lanetliydi. Kadınlar sefillik, kötülük ve günahla özdeşleştirilmiştir. Erkeğin iyiliği için kendilerini kadınlardan koruması gerektiği anlayışı geçerliydi.<sup>15</sup> Bu bağlamda kadının insan olup olmadığı sorgulanmıştır. *Aristoteles* ve *Aquino'lu Thomas* da kadınların evde önemli bir role sahip olduğunu ancak erkeğin egemenliği altında olması gerektiğini bu nedenle noksan erkek olduğu görüşünü savunmuşlardır.<sup>16</sup> *Aristoteles* toplumdaki eşitsizlikleri meşrulaştırırken, her varlığın en yetkin haline dönüşme eğiliminde olduğunu ancak kadınların erkekler gibi yetkin insan formuna erişme kapasitesine sahip olmadığını ileri sürmüştür. Kadının kocasını mutlu ederek erkeğin bu kapasiteye ulaşmasına yardımcı olma görevini vurgulamıştır.<sup>17</sup>

İslâm coğrafyasına bakıldığında, İslâmiyet öncesi Arap toplumunda süregelen çatışma ve savaşlar nedeniyle erkekler öldüğü için, kadın nüfusu fazlalığından dolayı ve besin kıtlığı nedeniyle kız çocuklar öldürülmüştür. Bu açıdan bakıldığında İslâmiyet'in kabulü bu uygulamaya son verdiği için ve müslüman kadınlara o dönemin kadınlarına oranla belirli hakları tanınması nedeniyle dönemine göre kadınların hukuki statüsünde ilerici bir anlayış olarak görülebilir.<sup>18</sup> Ayrıca Hristiyanlık'ta olduğu gibi kadın lanetli ve kötülüğün kaynağı olarak görülmemektedir. Buna rağmen ortaçağ Avrupa'sına hâkim olan Hristiyan inancın cinsiyetler arasındaki eşitsiz anlayışından pek de farklı olmadığı görülür. Çünkü İslâmiyet'te de erkeğin

<sup>13</sup> Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 18. Baskı, 2016), 111; Uygun, 2017, 22 vd.

<sup>14</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 111.

<sup>15</sup> Bock, 6-7; Berktaş, 3.

<sup>16</sup> Bock, 6-7.

<sup>17</sup> Uygun, 2017, 134.

<sup>18</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 114.

kadına karşı üstünlüğü kabul edilmiştir ve kadının ikinci sınıf konumu doğrudan Kur’ân ayetlerine dayanmaktadır. Buna göre kadın toplumda erkeklerin yöneticiliği ve koruyuculuğu altındadır. Kadınlara toplum ve aile içerisinde yüklenen rol erkeklerine itaat etmektir.<sup>19</sup> Yüzyıllar öncesine dayanan ve toplumların içselleştirdikleri bu dinî ve ataerkillik ne yazık ki içerisinde bulunduğumuz 21. yüzyılda da etkilerini hala devam ettirmektedir.

Siyasal hakların yurttaşlarca kullanımının mümkün olabildiği yönetim biçimi demokrasidir. Demokrasinin dünyada benimsenmesi ve yaygınlaşması 20. yüzyılda gerçekleşmiş olsa da, demokratik unsurları barındıran doğrudan demokrasinin en gelişmiş örneği İ.Ö. 5. yüzyılda Atina Sitesi’nde hayata geçmiştir. Demokrasi kavramı da bu dönemde kullanılmaya başlamıştır.<sup>20</sup> Demokrasi kelimesi halk yönetimi anlamına gelmesine karşın, Atina demokrasisinde yönetim hakkına sahip olan yurttaş statüsüne özgür kadınlar ve çocukları, yabancılar ve köleler dâhil edilmemiştir. Yurttaşlar özgür, yetişkin erkeklerden oluşmaktadır.<sup>21</sup> Görüldüğü üzere insanlık tarihinin ilk demokrasi örneğinde de özgür kadınlara yurttaşlık hakkı tanınmamıştır. Bu bağlamda özgür kadınlar siyasal iradenin olduğu kamusal alana çıkartılmamış ve karar alma mekanizmalarından dışlanmıştır. Kadınların ev işleriyle uğraşıp özel alanda kalması kuralı geçerli olmuştur.<sup>22</sup> Özel mülkiyetle birlikte kabile yaşamında gelişen *patriarka* Atina Site yönetiminde de devam etmiştir. Kadınların da içerisinde yer aldığı halkı ilgilendiren kararlar yurttaşlık statüsüne sahip erkekler tarafından alınmıştır. Kadınlar yine erkeklerin himayesi altında kalmaya devam etmiştir.

Demokrasinin bu erken dönem deneyiminin ardından Yunan site devletleri Makedon işgali ile yıkılmış ve Roma İmparatorluğu dönemi başlamıştır. Böylece demokrasi siyasal bir yönetim biçimi olarak çok uzun bir süre (yaklaşık 2000 yıl) tarih sahnesinden silinecek; Aydınlanma çağıyla düşünsel anlamda 17. yüzyılda ve bir rejim uygulaması olarak da 19. yüzyılda Kuzey Amerika ve Avrupa’da yeniden ortaya çıkacaktır.<sup>23</sup> Bu dönemde ortaya çıkan demokrasi anlayışı, toplumların site devletleri ölçeğinden çok daha geniş bir boyuta ulaşması nedeniyle artık doğrudan demokrasi mümkün olamayacaktır. Roma İmparatorluğu’nun çöküşüyle Avrupa karanlık çağ dönemine girmiş ve bu döneme hâkim olan siyasal yönetim modeli feodalizm olmuştur. Feodalizm tipik olarak “*bireysel otoriteye dayanan parçalı iktidar*

<sup>19</sup> Uygun, 2017, 531.

<sup>20</sup> Uygun, 2014, 9-10.

<sup>21</sup> H. Maksut Mumcuoğlu, *Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci*, (Ankara, 2001), 3.

<sup>22</sup> Mumcuoğlu, 17, 27; Phillips, 39.

<sup>23</sup> Uygun, 2014, 113.

*odaklarının, kendilerine sığınmış bireylere, koruma amacıyla serflik statüsü vererek egemenlik yetkilerini bu kişiler üzerinde kullandığı*<sup>24</sup> esasında bir devletsizlik dönemidir. Bu dönemde siyasal iktidar parçalanmış bir görünümde olmasının yanında kaynağı Tanrı'ya dayandırılmıştır ve Kilise önemli bir güç kazanmıştır.

Bu kaotik ve karanlık dönem barındırdığı iç çelişkiler ve kıta dışındaki gelişmelerin de etkisiyle modern devletin ortaya çıkışına zemin hazırlamıştır. Ardından feodalizmin antitezi olan merkezileşmiş mutlak monarşiler kurulmuştur. Bunu takiben öncelikle Aydınlanma felsefesiyle modern demokrasinin düşünsel temelleri atılacak ve ardından burjuva devrimleriyle modern demokrasiler uygulamaya geçecektir. 17. yüzyılda özellikle modern demokrasi anlayışının savunusunda sosyal sözleşme kuramının savunucuları olan *John Locke* ve *J.J. Rousseau*'nun görüşlerinin oldukça etkili olduğu ifade edilebilir. Liberal siyasal düşüncesinin öncüsü olarak kabul edilen *Locke* devlet öncesi dönemde insanların tabiat halinde tam bir özgürlük ve eşitlik içinde yaşadıklarını ileri sürer. *Locke* "*Hükümet Üzerine İki Deneme*"<sup>25</sup> adlı eserinde temel olarak iki görüşe karşı çıkmıştır. İlki *Robert Filmer*'in Âdem'in iktidarını doğrudan doğruya Tanrı'dan aldığı ve babadan oğula geçerek krallara kadar geldiğine ilişkin görüşüdür. İkinci olarak da egemenliğin mutlak bir şekilde krallara verilmesine karşı çıkmıştır.<sup>26</sup> *Robert Filmer* kralın uyrukları üzerindeki egemenlik hakkını babanın çocukları üzerindeki hakka benzetmiştir. *Locke*, çocuklar üzerinde babanın olduğu kadar annenin de haklarının olduğunu bu nedenle söz konusu benzetmenin uygun olmadığını savunmuştur. Ayrıca Âdem'in Havva üzerindeki yetkisinin de kocalık hakkı olduğunu ileri sürmüştür. *Paternal* iktidar olarak ifade ettiği bu yetkilerin ise siyasal iktidar ile aynı şey olmadığını ifade etmiştir.<sup>27</sup> *Locke*'a göre eğer bu siyasal iktidar ile ilgili olsaydı kadının da siyasal gücünün olması gerekirdi. Bu nedenle bu yetkiyi *paternal* değil *parental* olarak düzeltmiştir. Dolayısıyla kadının erkeğe tabi olmasının da siyasi değil evlilikle ilgili olduğunu

<sup>24</sup> Christopher Pierson, *Modern Devlet*, (İstanbul: Çiviyazıları, 2000), 72-73; Gianfranco Poggi, *Çağdaş Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çeviren: Şule Kut-Binnaz Toprak, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 2002), 14 vd.

<sup>25</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, (London: Prepared by Rod Hay for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Erişim Tarihi: 05.01.2023.

<sup>26</sup> İlhan F. Akın, *Devlet Doktrinleri*, (İstanbul: Beta Yayınları, Tıpkı 3. Baskı, 2016), 108-109.

<sup>27</sup> Locke, 11-12; Bock, 35; Akın, 108.

savunmuştur.<sup>28</sup> Liberal demokrasinin öncüsü olan Locke, görüldüğü üzere kralların mutlak iktidarına karşı çıkarken reddettiği tanrısal ve ataerkil iktidarı, siyasal alanın dışında gördüğü aile ve evlilik hayatında doğal karşılamakta ve kadınları kocanın mutlak iktidarına mahkum etmektedir.<sup>29</sup>

Feminist teorinin doğuşu 18. yüzyılda başlamıştır ve bu yüzyılın başında *Mary Astell*, *Locke’un* yukarıda bahsettiğimiz görüşlerini esaslı ve sert bir şekilde eleştirmiştir. *Astell* “eğer mutlak hükümler gereksiz ve kötüyse neden aile içinde geçerli olsun?”<sup>30</sup> sorusunu haklı olarak sormuştur. Ayrıca *Locke’un* görüşlerinin kendi içerisinde çeliştiğini vurgulamak için *Astell* ünlü olan şu sorusuyla karşılık vermiştir: “Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse, nasıl oluyor da kadınlar köle olarak doğuyor?”<sup>31</sup> Artık erkek egemen dünyanın düşünsel alanına kadınlar da haklarını savunmak ve hâkim ataerkil felsefeyi eleştirmek üzere girmiştir. *Astell’in* ardından mevcut ataerkil ve erkek egemen topluma daha sistemli bir feminist eleştiri *Mary Wollstonecraft*’tan gelmiştir. *Kadın Haklarının Gerekçelenirilmesi*<sup>32</sup> adlı eserinde “kralların tanrısal iktidara sahip olduğu savına karşı çıkıldığı gibi, kocaların tanrısal iktidar sahibi olduğu savına da karşı çıkılması gerektiğini” dile getirmiştir.<sup>33</sup> Eserinin girişini *Eski Autun Papazı Bay Talleyrand-Périgord’a* hitaben yazan *Wollstonecraft*, kadınların eşit eğitim hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. “Eğer çocuklar yurtseverlik ilkesini anlayacak şekilde eğitilecekse, annelerinin de yurtsever olması gerekir”<sup>34</sup> Bu da kadınların eğitim yoluyla yetiştirilmesine bağlıdır. Ayrıca siyasal iktidara ilişkin olarak da, “İnsan ırkının yarısının diğer yarısı tarafından devlet yönetimine her türlü katılımdan uzak tutulması soyut ilkeler açısından bakıldığında açıklanması imkânsız bir olgudur. Öyleyse anayasamız nasıl bir temel üzerinde yükselmekte? Eğer erkeklerin soyut hakları tartışmaya açık bir konu ise, aynı şeyin kadınların soyut hakları için de geçerli olması gerekmez mi? Kadın akıl yeteneğini erkekle paylaşabiliyorsa erkeği bu konuda tek

<sup>28</sup> Locke, 126, 140.

<sup>29</sup> Bock, 36.

<sup>30</sup> Mary Astell, *Reflections Upon Marriage*, (London: Printed for John Nutt, near Stationers-Hall, 1700, (<https://digital.library.upenn.edu/women/astell/marriage/marriage.html>, Erişim Tarihi:06.01.2023), 29-30; Bock, 36-37; Phillips, 1; Berktaş, 5.

<sup>31</sup> Berktaş, 5; Bock, 35.

<sup>32</sup> Mary Wollstonecraft, *Kadın Haklarının Gerekçelenirilmesi*, 1792, çeviren: Deniz Hakyemez, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, 2015).

<sup>33</sup> Wollstonecraft, 63-64.

<sup>34</sup> Wollstonecraft, 3.

*hâkim güç yapan nedir?*<sup>35</sup> sorularını yöneltmektedir. *Astell*'den 90 yıl sonra *Wollstonecraft* da siyasi alan ile özel alan arasında yaratılan çifte standardı sorgulamıştır.<sup>36</sup> Ayrıca *Rousseau*'nun siyasi görüşlerine hayranlık duymasına karşın, cinsiyetler teorisini kabul etmemiştir. Kadınların tek varoluş nedeninin erkeklere boyun eğmek ve onların hoşuna gitmek olduğu görüşünü reddetmiştir. *Rousseau*'nun kadınları mantıksız ve önemsiz konular üzerinde konuşmaya yatkın varlıklar olarak nitelemesine şu ifadelerle karşı çıkmıştır: “*Ruhun ölümsüzlüğü adına bu denli yürekte ve bu denli iyi bir savunma sunan bir adamın, zihni cinsiyetler açısından ayırması pek tutarlı görünmüyor.*”<sup>37</sup> Böylece *Wollstonecraft* her ne kadar kadınların haklarını ve eşitlik talebini gerekçelendirmede geleneksel eş ve annelik rollerine dayandırsa da, Aydınlanma düşüncesinin içerdiği ayrımcılığı ve tutarsızlığı erken dönemde eleştirmiştir.<sup>38</sup>

Görüldüğü üzere Aydınlanma felsefesinin ve modern demokrasinin kurumsallaşmasında önde gelen iki isim *Locke* ve *Rousseau* savundukları özgürlük, eşitlik ve siyasal haklara sadece erkeklerin sahip olduğunu kanıtlayabilmek için kendi tezleriyle çelişen fikirler ileri sürebilmiştir. Bir yandan tanrısal iktidarı reddederken, kadınlar üzerindeki mutlak hâkimiyeti tanrısal-ataerkil yetkiye dayandırabilmişlerdir.

Kadınların toplumsal ve siyasal mücadelelere daha çok devrimler ve savaşlar gibi önemli toplumsal olaylar sırasında aktif bir şekilde katıldıkları tarihsel olarak gözlemlenen bir olgudur.<sup>39</sup> Tarihte bunu en açık şekilde gördüğümüz durum Fransız Devrimi'dir. İhtilal sırasında kadınlar diğer ülkelerdekine nazaran oldukça yoğun bir mücadelede bulunmuştur. Diğer toplumlarda sınıf mücadelelerinden kopuk ve bağımsız olarak gerçekleşen kadın hakları mücadelesi, Fransa'da toplumsal mücadelelerle içi içe geçmiş bir şekilde diğer hak taleplerine paralel olarak gerçekleşmiştir.<sup>40</sup> Aydınlanma düşüncesi 1789 Fransız Devrimi ile hayata geçirilmiş ve kadınlar eşit yurttaşlık taleplerini daha yüksek sesle ve kolektif olarak dile getirmiştir. Ancak devrimin başarıya ulaşmasında etkin bir rol oynayan Fransız kadını, yönetime devrimci güçlerin geçmesiyle siyasal alandan dışlanmış ve siyasal hak talepleri kesinlikle reddedilmiştir. Devrimlerin en demokratik olanından

<sup>35</sup> Wollstonecraft, 3-4.

<sup>36</sup> Bock, s. 37.

<sup>37</sup> Wollstonecraft, 64-65.

<sup>38</sup> Berktaş, 5-6; Phillips, 9-10; Dinçkol, 15-16; Şirin Tekeli, *Kadınlar ve Siyasal Toplumsal Hayat*, (İstanbul: Birikim Yayınları Yerli Araştırmalar Dizisi, 1982), 72.

<sup>39</sup> Tekeli, 69.

<sup>40</sup> Tekeli, 70.

sonra Fransa’da kadınlar eski düzende sahip oldukları hakları da yitirmişlerdir.<sup>41</sup>

Devrimin ardından yayınlanan Fransız İnsan ve Yurttaş hakları Beyannamesi kadınları dışarıda bırakarak, sadece erkeklere özgürlük ve eşit haklar tanımıştır. Bu duruma *Olympe de Gouges* 1791’de hazırladığı Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi<sup>42</sup> ile karşı çıkmıştır. Bildirgede *de Gouges*, kadınların da özgür doğduğunu ve erkeklerle eşit haklara sahip olduğunu, yasaların yapımında kadınların da temsil edilmesi gerektiğini ve eşit yurttaşlık haklarının verilmesini talep etmiştir.<sup>43</sup> Ardından kadın cinsine yakışmayacak biçimde politika yapmaya kalkıştığı için giyotine gönderilmiştir.<sup>44</sup> Fransa’da kadınların hak mücadelesi daha yoğun olmasına rağmen Fransız kadını siyasal haklarına çok ileri bir tarihte 1944’de kavuşabilecektir.

*De Gouges*’un 1791 tarihli bildirgesinin hemen ardından 1 yıl sonra İngiltere’de *Mary Wollstonecraft* yukarıda incelediğimiz *Kadın Haklarının Gereçlendirilmesi* adlı eserini yayınlamıştır. Ancak Fransa’da çağdaşı dönemde önemli bir kadın hareketi baş göstermesine rağmen, İngiltere’de henüz bu güçte bir kolektif mücadele gözlenmemiştir. İngiliz kadınının hak mücadelesi ancak *John Stuart Mill*’in parlamentoya girerek 1867’de kadınlara eşit oy hakkı tanınması önerisinde bulunmasıyla tartışılmaya başlamıştır.<sup>45</sup> Kadınların insan haklarının savunucularının başında gelen *Mill*’e göre kadınların oy hakkına sahip olmaması cinsiyet aristokrasisine neden olacaktır.<sup>46</sup> Dünyada modernleşmesini en erken tamamlayan ve sanayi devrimini en erken gerçekleştiren ülkenin İngiltere olmasına karşın, İngiliz kadınlarının eşit yurttaş olarak tanınması ve insan haklarına sahip olması konusu, burjuva sınıfının insan hakları mücadelesinde ve ilk İngiliz hak belgelerinde dışarda bırakılmış ve söz konusu dahi edilmemiştir. İngiltere’de bu mücadele, sanayi devrimi sonrasında giderek sayısı artan işçi sınıfının burjuva karşısında güç kazanmasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak *Tekeli*’nin ifade ettiği gibi, İngiltere’deki kadın hareketi burjuva karşısında mücadele veren işçi sınıfının sosyalist mücadelesinden kopuk bir feminist hareket olarak

<sup>41</sup> Tekeli, 70; Ruth Rubio-Marín, “The Achievement of Female Suffrage in Europe: on Women’s Citizenship”, *J•CON* Vol. 12 No. 1, (April 2014), 6.

<sup>42</sup> Çeviri metni için bkz. Ece Göztepe, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Cilt 45, Sayı 1-4, 1996), 185-193.

<sup>43</sup> Göztepe, 186-188; Tekeli, 71.

<sup>44</sup> Tekeli, 71; Berktaş, 6; Sumbas, 130.

<sup>45</sup> Tekeli, 72; Fatmagül Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, (İstanbul: Metis Yayınları, 3. Baskı, 2010), 41.

<sup>46</sup> Dinçkol, 16.

gelişmiştir.<sup>47</sup> İngiltere'deki sanayileşme, patriarkal küçük aile modelini de derinden etkilemiştir. Özel alan olarak görülen aile üretken işlevinden tüketimin gerçekleştiği alana dönüşmüştür. Ayrıca aile mülkiyetinin muhafazası, çoğaltılması gibi aile reisinin şahsında birleşen görevler de bireysel gelirin artmasıyla bu yapıyı dönüştürmüştür. Böylece geleneksel aile modeli sermaye oluşumu işlevleriyle birlikte, yetiştirme ve eğitim, koruma, temel gelenek ve yönlendirici işlevlerini giderek yitirmeye başlamıştır. Dolayısıyla özel alanın bakiyesi olan aile, kamusal statü güvenceleriyle özel niteliğinden uzaklaşmıştır.<sup>48</sup> Söz konusu dönüşüm ve değişimlerin etkisiyle Fransız kadından daha sonra, ancak en sert ve şiddetli kitle eylemlerine dayanan oy hakkı mücadelesi olan süfrajjet (*suffraget*) hareketi İngiltere'de gerçekleşmiştir.<sup>49</sup> Başlangıçta liberalizm siyasal varlığın yani yurttaşlığın, bağımsız olması ve kendi kendine yeterli olması mitini inşa etmiştir. Bu bağlamda mülkiyet/özgürlük bağlantısında ücretli emek yoluyla mülk üretme durumunda da kadınlar dışarıda bırakılmış ve yurttaş olarak kabul edilmemiştir.<sup>50</sup> Söz konusu oy hakkı talebine dayanan süfrajjet hareketi, 1850'lerden itibaren çoğunlukla eğitilmiş burjuva kadınlarının önderliğinde kurulan kadın dernekleri aracılığıyla öncelikle parlamenterlere nüfuz ederek amaca ulaşmaya çalışmıştır. Bu yöntemden sonuç alınamayınca 1900'lerden itibaren parlamento dışı daha radikal yöntemlere başvurulmuştur. 1903'de kurulan *Kadınların Sosyal ve Siyasal Birliği (Women's Acial and Political Union-WSPU)* önderliğinde hapishanelerde açlık grevleri, kilise ve devlet kurumlarını kundaklama, vergilerini ödememe ve polisle çatışmak gibi sivil itaatsizliğin farklı görünümünde eylemlerde bulunmuşlardır. *Bayan Pankhurst ve Kızları* olarak anılan hareketi, *Pankhurst* "kadınların iç savaşı" olarak adlandırmıştır.<sup>51</sup> Birlik 1. Dünya Savaşı öncesinde yeniden yöntem değiştirerek, süfrajjet hareketini sonlandırmış ve savaş hükümetine destek vermiştir. Nihayet 6 Şubat 1918'de kabul edilen seçim yasası ile 30 yaşın üzerinde, mülk sahibi ya da mülk sahibi biriyle evli, haftada 5 Pound gelir getiren bir işte çalışan ya da üniversite mezunu olan kadınlara oy hakkı tanınmıştır.<sup>52</sup> 1928 'de tüm kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınarak genel

---

<sup>47</sup> Tekeli, 72.

<sup>48</sup> Jürgen Habermas, *Kamusal Varlığın Yapısal Dönüşümü*, çevirenler: Tanıl Bora, Mithat Sancar, (İstanbul: İletişim Yayınları, 9. Baskı, 2010), 269-273.

<sup>49</sup> Tekeli, 79; Sumbas, 131; İngiltere'de işçi kadınların yaşadığı yoksulluk ve sefaletle ilişkin geniş bilgi için bkz. Bock, 112-114.

<sup>50</sup> Rubio-Marín, 7.

<sup>51</sup> Rubio-Marín, 12; Tekeli, 79-80; Sumbas, 131.

<sup>52</sup> Tekeli, 80.

oy ilkesi hayata geçmiştir.<sup>53</sup> Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kadınların haklarını kazanmasında, toplumsal açıdan dönüm noktası olan olaylar önemli bir etkiye sahip olmaktadır. İngiliz kadınının oy hakkına kavuşması da dünya savaşı gibi büyük bir olaydan sonra gerçekleşmiştir.

Avrupa Kıtası’nda bu gelişmeler yaşanırken, Amerika’da da aynı tarihlerde benzer bir hareket oluşmuştur. Amerikan Bağımsızlık Savaşı’nın kazanılmasının ardından yapılan 1776 tarihli *Virginia Haklar Bildirgesi*, Fransa’da ilan edilen bildirgeden önce dünyada ilk kez “*insanların doğuştan özgür ve eşit olduğunu*” ilan etmiştir. Ancak bu eşitlik elbette erkekler için geçerlidir. Amerikan kadını eşit bir yurttaşlığa sahip değildir. Amerikan devriminde kadınlar da etkin bir rol almış ve bu durum onlara toplumsal rollerini algılamada yeni bir bilinç ve benlik duygusu kazandırmıştır. Ardından yine dünyanın ilk yazılı anayasası olma özelliğini taşıyan 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası hazırlanacaktır. Ancak kadınlar bu sürecin de dışında bırakılmıştır. Kurucu babalardan *John Adams*’ın karısı *Abigail Adams* kocasına yazdığı mektupta “*Hanımları unutmayın*” diyerek çağrıda bulunmuş ve kadınların siyasal hak taleplerini dile getirmiştir.<sup>54</sup> ABD’nin kurucu önderleri de yukarıda bahsettiğimiz aydınlanma felsefesi düşünürlerinin kadınlara biçmiş olduğu toplumsal rolleri içselleştirmiştir. *Locke*’un paternal hakları Atlantik ötesinde etkilidir. Yine *Wollstonecraft*’ın kadının haklarını iyi bir yurttaş olarak iyi bir anne olmasında temellendirmesi de burada geçerlidir.<sup>55</sup> Ancak sanayileşmeyle birlikte Amerikan toplumu da giderek hiyerarşik bir yapıya dönüşmüştür. Buna rağmen ABD’de feminist hareket genel olarak işçi kadınların hareketinden kopuk burjuva kadınlarının yürüttüğü bir mücadele olarak gelişmiştir. Ardından 1848’de Seneca Falls’da ilk kadın hakları konvansiyonu toplanmış ve kadın hakları bildirgesi kabul edilmiştir. Kadınların oy hakkını savunmak üzere federal düzeyde *Ulusal Kadın Süfrajat Birliği (National Woman Suffrage Association)* ve eyaletler düzeyinde de *Kadın Süfrajat Birliği (Woman Suffrage Association)* kurulmuştur.<sup>56</sup> Bu mücadelelere karşın Amerikan kadınının da eşit yurttaşlık ve oy hakkı için 20. yüzyılı beklemesi gerekmiştir ve 1920’de oy hakkını kazanmıştır.<sup>57</sup>

Kadınların insan haklarına eşit olarak sahip olması öncelikle eşit yurttaş olarak tanınmasıyla mümkün olabildiği için, Avrupa’da başlayan ve dünyaya

<sup>53</sup> Sumbas, 132.

<sup>54</sup> Bertay, 7.

<sup>55</sup> Bertay, 7; Rubio-Marín, 7, dipnot 14.

<sup>56</sup> Tekeli, 76.

<sup>57</sup> Bertay, 8; Sumbas, 132;

yayılan kadın hareketi ilk olarak oy hakkı mücadelesi vermiştir. Bütün dünyayı etkileyen 1. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında<sup>58</sup>, kadınların savaş sürecinde cephe gerisinde üstlendikleri toplumsal rollerin de etkisiyle siyasal haklarını elde ettiği görülmektedir. Çünkü savaş dönemlerinde kadınların üretime katkıları artmış ve kamusal görevlerde bulunabilmişlerdir. Esasında kadınlara siyasal hakları önce seçme hakkı verilerek tanınmıştır. Seçilme hakkı daha sonra gelebilmiştir. Böylece feminist hareketin birinci dalgası olarak ifade edilen süreç aşamalı olarak kadınların eşit yurttaşlık ve hak kazanımlarıyla gerçekleşmiştir.<sup>59</sup> Artık sadece erkeklere ait olan ve erkek işi olarak görülen politika sahnesinde kadınlar da yer almaya başlamıştır. Ancak girişte de ifade ettiğimiz gibi insan haklarının normatif olarak tanınması bu hakların kullanımını doğrudan sağlayamamaktadır. Bunun için hakların etkin şekilde kullanımının önündeki engellerin de kaldırılması gerekmektedir. Binlerce yıl insan olduklarının dahi kabulünün mücadelesini veren kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmasıyla siyasal alanın açılması ve bu alandaki erkek hegemonyasının kaldırılmasının mümkün olmadığı çok kısa bir süre sonra anlaşılacaktır. Bu noktadan sonra da feminist mücadele ikinci dalga aşamasına geçecektir. 2. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları uluslararası koruma mekanizmaları tarafından uluslararası beyanname ve sözleşmeler yoluyla güvence altına alınmıştır. Ancak söz konusu belgeler doğrudan kadınların bu haklardan eşit olarak yararlanmasını sağlayamamıştır. Çünkü toplumların ataerkil yapıları ve kadının toplumsal rolleri hakkındaki anlayış değişmemiştir. Böylece 1970'li yıllarda ikinci dalga feminist akım toplumsal bir harekete dönüşerek, kadınların belgeler üzerinde tanınmış olan temel insan haklarından yararlanmasını sağlamaya dönük bir mücadele başlamıştır.

Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyanamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan haklarının evrensel olarak tanınması ve uluslararası hukukun koruma sistemini sağlaması açısından oldukça önemlidir. Ancak kadınların bu haklardan etkin şekilde yararlanmasını sağlayacak sözleşmelerin kabulüyle bu koruma sistemi etkili olabilecektir. BM Kadının Siyasal Hakları Sözleşmesi (1952), Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1979-*CEDAW*) kadının insan hakları

<sup>58</sup> Sadece 4 ülkede 1. Dünya Savaşı'ndan önce kadınlara oy hakkı tanınmıştır: Yeni Zelanda-1893 seçme hakkı, Avustralya-1902 seçme hakkı, Finlandiya-1906 seçme ve seçilme hakkı, Norveç-1913 seçme hakkı.

<sup>59</sup> Berktaş, 8; Sumbas, 130-132. Ülkelere göre kadınların siyasal haklarını elde ettiği tarihler için bkz. Sumbas, 131-132.

gelişiminde önemli yer tutan belgelerdir<sup>60</sup> ve ikinci dalga feminist hareket sayesinde bu sözleşmeler kabul edilmiştir.

Kadının insan haklarının ve siyasal haklarının gelişiminde Birleşmiş Milletler itici güç olmuştur. 1975’de BM 8 Mart Uluslararası Kadın Günü ve BM Kadın On Yılı olarak kabul edilmiştir. 1981’de *CEDAW* yürürlüğe girmiştir. Ardından 1993 yılında Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı düzenlenmiştir. Viyana Konferansı’nda, “kadınların bütün insan haklarından tam ve eşit olarak yararlanmalarını sağlamanın” hükümetlerin ve BM’nin öncelikli görevleri arasında olduğu dile getirilmiştir. Ayrıca Konferans’ta kabul edilen Viyana Eylem Programı 1979 tarihli *CEDAW*’a devletlerin koymuş olduğu çekincelerin kaldırılması tavsiyesinde bulunmuştur. 1993 tarihinde kadınlar açısından günümüzde de yoğun bir şekilde devam eden cinsiyet temelli şiddete ilişkin önemli bir adım atılmıştır ve BM Genel Kurulu tarafından Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu gelişmelerin ardından 2 yıl sonra 4-15 Eylül 1995’de Pekin’de 4. BM Kadın Hakları Konferansı toplanmıştır ve BM Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı<sup>61</sup> kabul edilmiştir.<sup>62</sup> Deklarasyon’da kadının insan hakları vurgusu yapılmıştır ve belgede kadın hakları yerine kadının insan hakları kavramının kullanımı tercih edilmiştir. BM’lerin 2000’li yıllardan bu yana benimsediği anlayış kadının insan hakları anlayışıdır.

Dolayısıyla konumuz olan kadınların siyasal hakları açısından da kadının en temel insan haklarının başında yer alan eşit yurttaşlık ve siyasal katılım haklarının önündeki engellerin kaldırılması gerekliliği kadınlara özgü bir sorun alanıymış gibi algılanmamalı, bir insan hakları meselesi olduğu kabul edilmelidir. Dünyadaki ilk tanınma tarihlerine bakarak kadınlara seçme ve seçilme hakkı verilmesinin üzerinden bir asırlık bir süre geçmiştir. Ancak kadınların siyasi haklarını etkin kullanabildiklerini, siyasal katılım ve temsilde eşitliğin sağlanabildiğini ve kadınların önemli bürokratik kamusal görevlere eşit bir şekilde gelebildiğini söylemek günümüzde de zordur. Dolayısıyla kadınların insan hakları mücadelesi nihayete erebilecek bir kazanıma dönüşmediği için devam edecektir.

<sup>60</sup> Dinçkol, 16-17.

<sup>61</sup> Deklarasyon metni için bkz.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm>. Erişim Tarihi: 20.12.2022.

<sup>62</sup> Berktaş, 9-10; Sumbas, 141-142.

### III. TÜRKİYE'DE KADINLARIN SİYASAL HAKLARINI KAZANMASI SERÜVENİ

#### A. Eski Türk Toplumlarında Kadınının Siyasal Hakları ve Konumu

Türklerin tarihi coğrafi olarak Orta Asya'ya dayanmaktadır. Yarı göçebe bir yaşam süren Türk toplumu iklim koşulları nedeniyle çeşitli tarihlerde dünyanın değişik bölgelerine kitleler halinde göç etmek zorunda kalmıştır. Söz konusu yaşam koşullarından dolayı kadınlar erkeklerle birlikte bu göçebe hayatı sürdürmüştür ve Türk kadınının yaşamı Avrupa tarihinden farklı olarak eve kapalı değildir.<sup>63</sup> Bu bağlamda yarı göçebe hayatın doğası gereği, toplumsal yaşamda özel-kamusal alan ikiliği bulunmadığından kadınlar ata binme, savaşa katılma ve siyasal kararların alınmasına katılma haklarından eşit bir şekilde yararlanmışlardır. Ayrıca aile hayatında tek eşlilik geçerli olduğu için kadınlar kocasıyla eşit haklara sahip olmuştur. Kadınların velayet hakkı bulunduğu gibi kadınlar açısından büyük önem taşıyan miras ve mülkiyet hakkına da sahiptir.<sup>64</sup> Orhun Yazıtları'nda hakanın karısının, kocası ile birlikte Türk toplumunun başına indiği anlatılmaktadır. Türk hükümdarları yabancı elçileri kabul ettikleri zaman eşleri de resmi olarak kabulde hazır bulunmuştur. Fermanlar ve emirnamelerin "*Hakan ve Hatun buyuruyor ki...*" şeklinde çıkarılması gerekmekte, sadece hakan buyuruyor ki şeklinde çıkarılan emirnameler geçersiz sayılmıştır.<sup>65</sup>

Ancak göçler aracılığıyla farklı kültürlerle tanışılması ve zamanla yerleşik hayata geçilmesi Türk toplum yapısında önemli değişimlere yol açmış ve yukarıda özetlediğimiz Türk kadınının ekonomik, sosyal ve siyasal yönden güçlü konumunu ve haklarını etkilemiştir. Örneğin, Şamanizm'de kutsal özellikler atfedilen kadın, Budist Uygur metinlerinde baştan çıkarıcı olarak şeytan ve yılanla özdeşleştirilmiştir. Yine *Dede Korkut* hikâyelerinde kadının öncelikle savaşçı, cesur yapısı ve kahramanlığı dile getirilirken, Kırgızlara ait *Manas Destanı*'nda ise toplumda çok eşlilik geçerlidir ve

<sup>63</sup> A. Afet İnan, *Atatürk ve Türk Kadın Haklarının Kazanılması, Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri*, (İstanbul: Atatürk Kitapları Dizisi: 3, Milli Eğitim Basımevi, 4. Baskı, 1982), 16; Tekeli 193; Seda Örsten Esirgen, Nevin Ünal Bozkurt, "Türk Hukuk Tarihinde Kadın", içinde *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019), 92.

<sup>64</sup> Tekeli, 193; Esirgen, Özkorkut, 92; Ahmet Gündüz, "Tarihî Süreç İçerisinde Türk Toplumunda ve Devletlerinde Kadının Yeri ve Önemi", *International Journal of Social Science*, Volume 5 Issue 5, (October 2012), 131.

<sup>65</sup> Belkıs Konan, "Türk Kadınının Siyasi Hakları Kazanma Süreci", *AÜHFD*, 60 (1), 2011, 161; Esirgen, Özkorkut, 93; Gündüz, 132.

kadının anneliği ve eşliği öne çıkarılmıştır.<sup>66</sup> Bu özelliklere bakıldığında Türk kadınına bakışın, Avrupalı toplumlardaki kadının konumunun değişimiyle benzerlik gösterdiği ifade edilebilir. İlk kabile dönemlerinde herkesin eşitliği söz konusuken, yerleşik hayat ve özel mülkiyetin varlığı kadını özel alan olarak eve kapatmış ve en kutsal görev olarak da annelik ve eşlik görevi yüklenmiştir.

Türk kadınının toplumsal statüsünü ve eski Türk geleneğinde sahip olduğu sosyal ve siyasal haklarını değiştiren en önemli etkinin Türklerin İslamiyet’i kabulü olduğu görülmektedir. İslamiyet bir önceki başlıkta da ifade ettiğimiz gibi Arap toplumunda kadının durumunu çağının oldukça ilerisine taşımıştır. Ancak biraz önce bahsettiğimiz üzere Türk kadını İslamiyet öncesinde eşitlik açısından oldukça iyi bir konumda olmuştur. Bu nedenle İslamiyet Türk kadınının durumunu iyileştirmemiş, bilakis kamusal alanda neredeyse bütün haklara sahip olan kadını geri plana iterek, erkeğin himayesine sokmuştur. İslamiyet’in kabulünden sonra Türklere ait ilk Türk-İslam eseri olan *Kutadgu Bilig*’de de bu etki görülmektedir. Eserde kadına ilişkin olumlu ifadelerin yer almasına karşın, “kadını evden dışarı bırakma, eğer çıkarsa doğru yoldan şaşar.”, “Bunlarda öteden beri vefa yoktur, gözler nereye bakarsa gönülleri oraya kayar.” gibi ifadeler bulunmaktadır. Eser olanı değil olması gerekeni anlatan bir öğüt kitabıdır ancak *Orhun Yazıtları* ile karşılaştırıldığında eski Türk geleneklerinden uzaklaşmış bir anlayış benimsendiği görülmektedir. Böylece Türk kadını sosyal hayatın dışında tutulmak istenmiş ve eve kapatılması gerekli görülmüştür.<sup>67</sup> İslamiyet Türk kavimlerine sadece bir dini inanış getirmemiştir, bunun yanında siyasal ve sosyal bir değişikliğe de neden olmuştur. Çünkü İslam dininin kurduğu esaslarda devlet idaresini ve aile hukukunu yeni baştan düzenleyen kurallar bulunmaktadır. Bu bakımdan İslam dini içerdiği bütün kurallarıyla toplum yaşamının her alanını kapsamaktadır.<sup>68</sup>

İslam hukukunda kadınların siyasal haklarına bakıldığında kadının seçme ve seçilme hakkının olmadığını gösteren bir kaynak bulunmamaktadır. Ayrıca *Kur’an-ı Kerim*’in 60. suresi olan *Mümtehine* suresinin 12. ayetinde geçen “Ey Peygamber! Mümin kadınlar Allah’a hiçbir şeyi ortak koşmayacakları.....hususunda sana biat etmeye geldiklerinde onların biatlarını kabul et.” şeklindeki ifade kadınların seçme hakkının bulunduğu

<sup>66</sup> Esirgen, Özkorkut, 94.

<sup>67</sup> Adile Yılmaz Anıl, “Kutadgu Bilig’de Kadın”, *Türk Kültürü ve Hacı Bektaş Veli Araştırma Dergisi*, Sayı 32, (2004), 97-98; Afetinan, 35-36.

<sup>68</sup> Afetinan, 33; Üçok, Mumcu, Bozkurt, 61.

şeklinde yorumlanmıştır.<sup>69</sup> İslam hukukçuları halife seçimini, seçmenlerle seçilen arasında bir sözleşme ya da bağıt olarak kabul etmektedirler. Halifenin seçmenlerce tanınması işlemine *bey* kökünden gelen *biat* denilmiştir.<sup>70</sup> Dolayısıyla *Mümtetine* suresinde geçen biatlarını kabul etmekten kadınların da seçmen olabileceği sonucu çıkarılmıştır. Kadınların seçilme hakkına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Kadınların devlet başkanı olamayacağına ilişkin icma bulunmaktadır. Yine bazı hadisler kaynak gösterilerek kadınların yönetici olamayacağı ifade edilmiştir. Ancak ne Kur-an ne de Sünnette kadınların kamu hizmetine girmesini engelleyen bir hüküm mevcut değildir.<sup>71</sup> İslam kamu hukukunun en önemli fıkıhçılarından olan *El-Maverdi*'ye göre halife olabilmek için gerekli koşulların arasında erkek olma koşulu vardır.<sup>72</sup>

İslamiyet'in bahsettiğimiz kurallarının yanı sıra Türk toplumları buldukları coğrafya açısından Arap ve İran toplumlarının örf ve adetlerinin de etkisinde kalmıştır ve toplum ataerkil bir yapıya dönüşmüştür.<sup>73</sup> Bu toplumsal değişim yüzyıllardır kendi gelenek ve inançları içinde Müslüman-Arap kadını ile kıyaslanamayacak kadar özgür yaşamış olan Türk kadınına da elbette etkilemiştir. Nihayetinde kadınlar Müslüman-Türk erkeğinin kesin denetimi ve buyuruculuğu altına sokulmaya zorlanmıştır.<sup>74</sup> İslamiyet'i kabul ettikten sonra Türkler çok sayıda devlet kurmuştur. Türklerin Anadolu'da kurdukları ilk büyük imparatorluk Selçuklular'dır.<sup>75</sup> Selçuklu toplumunda kadının konumuna bakıldığında, hanedan mensubu kadınların siyasi ve idari hayatta varlıklarını muhafaza ettikleri görülmektedir. Sultanın karısı hatunun emrinde küçük çaplı idari ve askeri teşkilatı, özel bir hazinesi ve görevlileri bulunmuştur.<sup>76</sup> Ancak daha sonraki süreçte, özellikle *Nizamü'l-Mülk*'ün girişimleriyle hatunların devlet yönetimindeki etkileri azaltılmıştır.<sup>77</sup> Ancak bu yetkiler sadece saraylı kadınlara ait olabilmektedir. Halktan olan kadınların

<sup>69</sup> S. Gül Akyılmaz, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, (Konya: Göksu Matbaacılık, 2000), 69-70 akt. Esirgen-Özkorkut, 99; Konan, 162.

<sup>70</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 85.

<sup>71</sup> Esirgen-Özkorkut, 99-100; Konan, 162.

<sup>72</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 83-84. *El-Maverdi* Kitab ül-Ahkâm üs-Sultaniyye adlı kitabında gereksiz gördüğü için erkek olmak koşulunu anmamıştır. Ancak sonradan diğer eserlere eklenmiştir. Bkz. 84.

<sup>73</sup> Afetinan, 33-34.

<sup>74</sup> Aytunç Altındal, *Türkiye'de Kadın* (Marksist Bir Yaklaşım), (İstanbul: Havass Yayınları, 3. Baskı, 1980), 85.

<sup>75</sup> Altındal, 86; Esirgen-Özkorkut, 100; Afetinan, 37-38.

<sup>76</sup> Gündüz, 140; Leyla Kaplan, *Cemiyetlerde ve Siyasi Teşkilatlarda Türk Kadını (1908-1960)*, (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu-Atatürk Araştırma Merkezi, 1988), 1.

<sup>77</sup> Esirgen-Özkorkut, 100.

söz konusu yönetsel yetkileri yoktur. Aile hukukuna ilişkin konularda İslam hukuku kuralları uygulanmıştır. Dolayısıyla göçebe Türk toplumlarındaki kadının statüsünden oldukça uzaklaşmış ve ikincil konumda bir kadın anlayışı gelişmiştir. Buna rağmen Bizans ve İran saraylarında görülen harem Selçuklu ve Osmanlılar ’da üst yapıda görülmüştür, fakat halk arasında harem benimsenmemiştir.<sup>78</sup>

## B. Osmanlı Devleti’nde Kadının Siyasal Hakları ve Toplumdaki Konumu

Anadolu’da beylikler döneminde merkezi otoritenin ortadan kalkmasıyla, Avrupa feodalitesine benzeyen kurumların belirdiği görülmektedir. Osmanlı’nın kuruluşunda kurucusu *Osman Bey*’e bir “*ikta (fief)*” verilmiştir. Topraklar genişledikçe bu toprakları merkezi yönetime bağlamak için tımar sistemi benimsenmiştir.<sup>79</sup> Böylece Avrupa’da görülen parçalı iktidardan merkezi modern devlete geçiş Osmanlı Devleti’nde mümkün olmuştur. Osmanlı Devleti merkezileşmesini tamamlayarak Avrupa’daki devletler gibi teokratik bir mutlak monarşiye dönüşmüştür.<sup>80</sup> Siyasal egemenlik yetkisi mutlak bir şekilde padişaha aittir. Devletin üst yapısı olan yönetici sınıfta “*kul*” sistemi benimsenirken, alt sınıfı oluşturan halk ya da reayada “*millet*” sistemi benimsenmiştir.<sup>81</sup> Bir Türk-İslam devleti olan Osmanlı Devleti hem Türk geleneklerinin hem de İslam kurumlarının etkisi altında kalmıştır. Bu karma etki incelendiğinde, özel hukuk alanında İslam özel hukukunun benimsendiği, kamu hukuku alanında ise Türk geleneklerinin uygulandığı görülmektedir.<sup>82</sup>

Coğrafi merkezileşmenin kurulmasında, toprak bütünlüğünün sağlanması ve verimsiz şekilde çok kişi arasında bölünmesinin önlenmesi amacıyla, toprak üzerindeki miras paylaşımında kadın erkek arasında ayırım gözetilerek, miras paylaşımı esas itibarıyla çiftçilerin erkek çocuklarına yapılmıştır. Kızlara ancak erkek çocuğun bulunmaması halinde tapu bedeli

<sup>78</sup> Altındal, 89-90; Esirgen-Özkorkut, 100.

<sup>79</sup> Altındal, 95-96.

<sup>80</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 24. Baskı, 2014), 21; Üçok, Mumcu, Bozkurt, 189-193.

<sup>81</sup> Kulluk ve millet sistemine ilişkin geniş bilgi için bkz. Üçok, Mumcu, Bozkurt, 208-209; Tanör, 21-25; İlyas Doğan, Fatma Süzgün Şahin Ünver, Dilara Buket Tatar, “Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş”, içinde *İnsan Hakları Hukuku*, editör: İlyas Doğan, (Ankara: Astana yayınları, 3. Baskı, 2019), 137-142.

<sup>82</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 167.

ödeyerek intikal mümkün olabilmiştir.<sup>83</sup> Görüldüğü üzere İslamiyet inancını benimsemiş olan toplumda yeni devletin kuruluşunda İslam miras hukukundan farklı bir anlayış benimsenmiştir.<sup>84</sup>

Esasında kadınların mülkiyet hakkına sahip olması toplumların kadına bakışı ve diğer hakları açısından çok büyük önem taşımaktadır. Tarihin en eski çağlarından beri “*ekzogami (başka klanlardan kadın ve erkekler arasında gerçekleşen evlenme)*” durumunda aile mallarının bir kısmının diğer klana geçişinin önlenmesi için kadına mülkiyet ve miras hakkı tanınmamıştır. “*Levirat*” denilen uygulama da yine aynı nedenlerle kocası ölen kadının kocasının kardeşleriyle evlenmeye zorunlu tutulmasıdır. Bu bağlamda aslında kadının hak süjesi olmamasının nedeni zayıflığı olmayıp, ekonomik nedenlerdir.<sup>85</sup> Bu anlayışın yüzyıllar boyunca etkisini sürdürdüğü söylenebilir. Osmanlı’da da kadının mülkiyet hakkı açısından bu anlayışın etkili olduğu görülmektedir.

Kadının Osmanlı toplumundaki konumu incelendiğinde, saray ve yönetici sınıfa dâhil olan kadınlar ile halkın içerisinde yer alan kadınlar arasında farklılık söz konusudur. Hanedan ve yönetici sınıf kadınları toplum yaşantısının dışında tutmuşlardır. Bu nedenle üst sınıf kentli kadınlar özel alana hapsedilmiştir ve kadınlara sadece annelik ve kocalarına eş olma görevi yüklenmiştir. Asıl üretimin yapıldığı kırsal alanda ise kadınlar üretim sürecinin dışına hiç çıkmamış, ailece toprağı işlemeye devam etmişlerdir. Dolayısıyla üretimde yer alan halktan olan kadınlar kamusal alanda yer almaya devam etmiştir. Bununla birlikte zamanla Osmanlı toplumunda kadınların sokağına çıkmasından giyinecekleri kıyafetlere kadar her davranışının kısıtlanması yönünde uygulamalar başlamıştır.<sup>86</sup> Şeriat hukuku da, kadınları erkeklere göre ikincil konumda görmektedir. Evlilikte çok eşliliğe izin verilmesi, boşanmanın erkek için oldukça kolaylaştırılması, kadınların bazı istisnalar dışında boşanma hakkının bulunmaması, velayetin babada ve babanın ailesinde olması gibi kurallar aile yapısı içerisinde de kadının erkeğe bağımlı olduğunun ve ikincil konumunun göstergesidir.<sup>87</sup> Bu gelişmeler Türk geleneğinin özünde olan kadına saygı duyma ve değer verme,

---

<sup>83</sup> Esirgen-Özkorkut, 101.

<sup>84</sup> Esirgen-Özkorkut, 101.

<sup>85</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, 111-112.

<sup>86</sup> Tekeli, 194. Örneğin 1610 yılında kadınların erkeklerle aynı sandala binmeleri, 1603’te kaymakçı dükkânlarına girmeleri, 1787 de mesire yerlerine gitmeleri yine 1828 yılında ince kumaştan ferace giymeleri yasaklanmıştı. Bkz. Konan, 162.

<sup>87</sup> Berktaş, 10-11.

sosyal ve siyasal alandaki sahip olduğu haklarla oldukça çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Osmanlı Devleti’nde kadının statüsünün iyileşmesi ve kamusal alanda varlık gösterebilmesi ancak 19. yüzyıl ortalarından itibaren Tanzimat Dönemi sürecinden sonra mümkün olabilmektedir. Çünkü Avrupa’da gerçekleşen burjuva devrimleri ve insan hakları mücadeleleri bu dönemden sonra Osmanlı’da da etkili olmaya başlamıştır. Ancak Osmanlı Devleti, Meşrutiyetin ilanına kadar teokratik bir mutlak monarşi yönetimi olarak devam etmiştir. Mutlak bir monarşide tebaanın hak talebinde bulunması olası değildir. Bu açıdan Osmanlı tarihinin en önemli anayasal belgeleri olarak kabul edilen 1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları da padişahın tek yanlı iradesiyle tebaasına bahsettiği haklardan oluşmaktadır.<sup>88</sup> Söz konusu fermanlar kadınlarla ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir. Eşitliği sağlamaya yönelik olan bu fermanların asıl amacı cinsiyetler arası eşitlik olmayıp, Müslüman-gayrimüslim tebaanın eşitliğini sağlamaktır.

Islahat Fermanı’nın ardından 2 yıl sonra kabul edilen 1858 tarihli Arazi Kanunu ile örfi miras hukukuna ilişkin olarak, kadınların miras ve mülkiyet hakkına ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Böylece, kız çocuklarının babalarından kalan topraklar üzerinde erkek kardeşleri gibi veraset hakkına sahip olmaları sağlanmıştır. Dolayısıyla Osmanlı’nın kuruluş sürecindeki toprak sistemindeki toprakların bölünmesinin önlenmesi için kadınlara mülkiyet geçişini önleyen düzenlemeden vazgeçilmiştir.<sup>89</sup>

Bununla birlikte her ne kadar gerçekleşen yenilik hareketlerinde ve hukuki kazanımlarda kadınlar görmezden gelinmeye devam etse de, liberal insan hakları anlayışı Osmanlı coğrafyasına girmiştir. Artık yavaş yavaş Osmanlı kadını da bu hak mücadelesine başlayacaktır. Tanzimat döneminde özellikle kadınların lehine olan gelişme eğitim hakkı açısından gerçekleşmiştir. Sadece sıbyan mekteplerine gidebilen kız çocuklar için 1859’da ilk kız rüştiyesi-ortaokulu İstanbul’da açılmıştır. 1869 tarihli Maarif-i Umumiye Nizamnamesi ile kızlar için öğretmen okullarının açılması ve rüştiyelerin sayısının artırılması öngörülmüştür. Ayrıca ebe mektepleri açılmıştır. Ancak 11-13 yaşları arasındaki kızların erkeklerden saklanma çağına geldiği düşüncesi ve öğretmenlerin de erkek olması nedeniyle ailelerin tutucu zihniyeti kız çocuklarının bu okullara gönderilmesine engel olmuştur. Bunun üzerine 1970’de bu okullara kadın öğretmen yetiştirmek için Kız Öğretmen Okulu açılmıştır. 1880’de ilk kız idadisi-lisesi açılacak ve 1914’de

<sup>88</sup> Tanör, 85, 95; Doğan, Ünver, Tatar, 154.

<sup>89</sup> Kaplan, 7; Esirgen-Özkorkut, 102.

de İnas (İstanbul) Dar-ül Fünunu'nda kadınlara yönelik ilk kez dersler verilmeye başlayacaktır.<sup>90</sup> Görüldüğü üzere batılılaşma hareketleri ile birlikte kadınlar İstanbul çevresiyle sınırlı da olsa aşamalı olarak eğitim hakkını elde etmiştir. Bu gelişme özellikle Avrupa'daki kadın hareketinin başlangıç noktasındaki eğitim hakkı talebiyle paralellik arz etmektedir. Böylece eğitilmiş kadınlar aydınlanma felsefesini özümseyebilecek ve bir insan olarak eşitlik ve insan haklarının mücadelesine girişebileceklerdir.

Osmanlı Devleti'nde kadın haklarının savunulmasında Avrupa'da eğitim almış ve batı modernleşmesini savunan *Genç Türkler* de kadının sosyal statüsüyle yakından ilgili olmuşlardır. Başta eğitim hakkı olmak üzere kadınların siyasal haklara da sahip olmalarını savunan yoğun bir erkek aydın grubu olmuştur. *Berktaş*, Osmanlı erkeklerinin bu desteğini, kendi modernleşme çabası içerisinde olan orta ve üst sınıf erkeklerin, eşleri birbirine yabancılaştıran geleneksel kadın-erkek ilişkilerine ve görücü usulü evlenmeden duydukları hoşnutsuzluğa bağlamaktadır.<sup>91</sup>

Avrupa'daki devrimler ve anayasallaşma hareketi Osmanlı Devleti'ni de etkilemiş ve dünyadaki ilk yazılı anayasanın yapımından yüzyıla yakın bir süre sonra 1876 Kanuni Esasi ile Türk tarihinin ilk anayasası yapılmıştır. Böylece Osmanlı Devleti'nin mutlak monarşiden meşrutî monarşiye geçiş süreci başlamıştır. Anayasadan kısa bir süre önce eğitim hakkına kavuşan kadınların bu hakkı, Anayasa'nın 15. ve 16. maddelerinde kız ve erkekler için ilköğretimin zorunluluğu düzenlenerek anayasal güvenceye kavuşmuştur.<sup>92</sup>

Kanuni Esasi ilk kez padişahın yanında bir meclis öngörmüştür. İki kanattan oluşan Meclisi Umumi Heyet-i Ayân ve Heyet-i Mebusan'dan oluşmaktadır (m. 42). Heyet-i Ayân üyeleri diğer meclisin üçte birini aşmamak kaydıyla, 40 yaşını doldurmuş seçkin hizmetleriyle tanınan kişiler arasından padişah tarafından seçilerek ömür boyu atanmaktadır (m. 60,61, 62). Heyet-i Mebusan'ın ise her 50.000 erkek için bir temsilcinin dört yıllığına seçileceği düzenlenmiştir ( m. 65, 66, 69).<sup>93</sup> Çağdaşı olan dönemde Avrupalı devletlerde yapılan anayasalarda ve kurulan parlamentolarda da kadının görmezden gelindiğini, söz konusu siyasal hakların sadece erkeklere tanındığını ifade etmiştik. Osmanlı kadını için de bu durum farklı değildi.

<sup>90</sup> Afetinan, 88; Kaplan, 8; Altındal, 132.

<sup>91</sup> Berktaş, 13.

<sup>92</sup> Şeref Gözübüyük, Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, (Ankara: 1982), 28-29. <https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf> Erişim tarihi: 25.12.2022.

<sup>93</sup> Gözübüyük, Kili, 34-36; Tanör, 136; Esirgen-Özkorkut, 103.

Ancak kadının toplumdaki ikincil konumunu göstermesi açısından dikkate değer bir husus kadınların 1882 yılına kadar nüfus sayımlarında dahi sayılmamasıdır. Bu tarihe kadar kadınların nüfusu resmi kayıtlarda dahi yoktur. Söz konusu sayımın yapılma nedeni ise devletin içinde bulunduğu ekonomik krizde kadınların tüketimdeki yerinin saptanabilmesidir.<sup>94</sup>

1908’de II. Meşrutiyet Dönemi’ne gelindiğinde İstanbul ve diğer büyük şehirlerde eğitilmiş aydın bir kadın kitlesi oluşmuştur. Böylece kadınlar artık kamusal alana çıkmaya başlayacak ve kadın hakları mücadelesine önderlik edeceklerdir. Bu dönemde kadınlar dergi ve gazeteler<sup>95</sup> çıkarmaya ve derneklerde<sup>96</sup> faaliyet göstermeye başlamıştır. Özellikle bu yayınlar aracılığıyla daha geniş kitlelere ulaşarak kadınların siyasal ve diğer haklarına ilişkin taleplerinin dile getirildiği bir kadın hareketi oluşmuştur. Mutlak monarşiden meşrutiyete geçişte İngiltere ile benzerlik olmasına rağmen, ekonomik ve sosyal açıdan toplumsal farklılıklar oldukça belirgindir. Osmanlı batıdaki gibi bir sanayi devrimi geçirmemiştir. Dolayısıyla üretim ilişkilerinde ve aile yapısında ataerkil düzen ve İslamiyet’in aile yapısı üzerindeki derin etkisi devam etmektedir. Bu nedenle Osmanlı’daki kadın hareketlerinin ve feminist anlayışın bu etkenlerden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir ve söz konusu kadın hareketinin batıdaki özellikle de İngiltere’deki gibi radikal bir süfrajist hareketine dönüşmemiş olması şaşırtıcı değildir.<sup>97</sup> Bununla birlikte 20. yüzyılın ilk yıllarında Osmanlı kadınları uluslararası platformlarda yer alarak kadın haklarını savunmuşlardır. 1900 yılında Paris’te, 1904’de Berlin’de düzenlenen uluslararası kadın kongrelerinde Osmanlı Devleti’ni temsilen iki kadın konuşmacı katılmış ve Türk kadınlarının yasal durumunu anlatmışlardır.<sup>98</sup> Yüzyıllarca teokratik bir mutlak monarşinin katı yönetimi altında bulunan Türk kadını, 19. yüzyılın ortalarından başlayan aydınlanma

<sup>94</sup> Konan, 163-164.

<sup>95</sup> Terakki Gazetesi (1868), Muhadderat Gazetesi (1868), Şüküfezâr (1886 ilk kadın dergisi), Hanımlara Mahsus Gazete (1893-1907) gibi yayınlar II. Meşrutiyet Dönemi öncesinde çıkarılan kadınları bilinçlendirme aydınlatmayı amaçlamıştır. II. Meşrutiyet Döneminde ise sayıları giderek artmıştır. Demet (1908), Mehasin (1908), Kadınlar Dünyası (1913-1921) gibi kadın haklarını savunan önemli yayınlar yapılmıştır. Bu yayınlarda kadınların toplumsal statüleri her yönüyle ele alınmış ve ekonomik, sosyal ve siyasal hakları bir bütün olarak savunulmuştur. Bkz. Kaplan, 15-17; Altındal, 130-132.

<sup>96</sup> Cemiyet-i İmdadiye (1908), Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi (1908), Teal-i Nisvan Cemiyeti (1908), Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-u Nisvan (1913) gibi isimlerde çok sayıda kadın dernekleri kurulmuştur. Kaplan, 39-43; Tekeli, 199.

<sup>97</sup> Bertay, 14.

<sup>98</sup> Esirgen-Özkorkut, 104.

ve mücadelesini çok kısa bir sürede uluslararası gelişmeleri takip edecek bir düzeye çıkarabilmiştir. İslami kuralların ve ataerkilliğin hâkim olduğu bir toplum içerisinde bu aşamaya gelebilmek Türk kadınının mücadelesinin önemini ortaya koymaktadır.

Türk kadını insan hakları mücadelesini artık batıdaki gelişmelere entegre olmuş bir şekilde ve daha köktenci bir yapıda bütünsel olarak talep etmektedir. Bu mücadeleler sonucunda 1917 yılında yapılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile aile hukukuna ilişkin kadınlar lehine önemli düzenlemeler yapılmıştır. Evlenmede alt yaş sınırı getirilmiştir. Çok eşliliği sınırlandırmaya yönelik ilk eşin rızası şartı getirilmiştir. Kadınlara hâkim kararıyla boşanma hakkı tanınmıştır.<sup>99</sup> Kadınların siyasal haklarına henüz kavuşmamış olmasına rağmen bu hakları elde etmesine kısa bir süre kalmıştır. Bu kazanım bir sonraki başlıkta ele alacağımız Kurtuluş mücadelesinin kazanılması ve Cumhuriyet'in kurulması sonrasında gerçekleşecektir.

### **C. Kurtuluş Savaşı Döneminde ve Türkiye Cumhuriyeti'nde Kadının Siyasal Hakları ve Konumu**

Osmanlı Devleti'nin dağılma ve yıkılış dönemiyle çakışan Türk kadınının feminist hareketi, I. Dünya Savaşı'nın Osmanlı'nın yenilgisiyle sonuçlanması ve topyekûn başlayacak olan Kurtuluş Savaşı ile başka bir yöne evirilecektir ve kadınlar bu mücadeleye yoğun bir şekilde katılacaktır. Türk kadını artık sadece kadın haklarının değil milli mücadelenin de savunucusu olacaktır. Bu kapsamda kadınlar, bir yandan Anadolu'nun işgalini ve parçalanmasını protesto eden mitingler düzenlemişler, yazılar kaleme almışlar, bir yandan da Anadolu'da köylü kadınlar cephe gerisinde hizmetler sunmuş ve cepheye cephanelik taşımışlardır. Dolayısıyla kadınlar Kurtuluş Savaşı'nda çok önemli katkılar sunmuştur. Öyle ki, ordunun silahlarını sırtında ve kağnısında taşıyan Türk köylü kadını bağımsızlık savaşının bir sembolü haline gelmiştir.<sup>100</sup>

Türk kadınının milli mücadeledeki bu yadsınamaz rolüne rağmen savaş sırasında 1920'de kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi kadınları yine de eşit insan olarak tanımamıştır. Mustafa Kemal ve yanındaki azınlık bir aydın grubu dışında kadın haklarına şiddetle karşı çıkan muhalif bir çoğunluk bulunmaktadır.<sup>101</sup> Meclisin kuruluşunun ardından Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olan 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda da kadınların

<sup>99</sup> Esirgen-Özkorkut, 106-107; Berktaş, 12; Tekeli, 202.

<sup>100</sup> Tekeli, 204; Afetinan, 104-105; Berktaş, 16.

<sup>101</sup> Tekeli, 205.

dışarda bırakıldığı görülmektedir. Olağanüstü savaş koşullarında hazırlanmış olduğu için oldukça öz ve kısa bir metin olmasına rağmen, devrimin temellerini atan anayasamız olması açısından oldukça önemlidir. Çünkü 1. maddesinde “*Egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğunu*” hüküm altına almıştır. Böylece yüzlerce yıl mutlak monarşiyle yönetilmiş bir millet egemenliğin sahibi olmuştur. Aydınlanma düşüncesinin ve batıda gerçekleşen burjuva devrimlerinin temel ilkesi olan, milli egemenlik ilkesi kabul edilerek modern Türkiye Cumhuriyeti ulus devletinin kuruluş süreci başlamıştır.<sup>102</sup> Ancak kuruluşun silahlı mücadelesinde erkeklerle omuz omuza savaşta yer alan Türk kadını kuruluşun hukuki boyutunda tıpkı Amerika ve Fransa örneklerinde olduğu gibi dışarda bırakılmıştır. Esasen Türk kadınlarının özellikle II. Meşrutiyet dönemi sonrasında yoğunlaşan hak mücadelesinde siyasal hak talebi ön plana çıkmamıştır. Kadınların siyasal haklarına ilişkin talepleri Cumhuriyet’in ilanından sonra yoğunlaşmıştır.

Kurtuluş Savaşı’nın zaferle sonuçlanmasının ardından 1921 Anayasası’nda 1923 yılında yapılan değişiklikle yeni kurulan devletin rejiminin adı konulmuş ve Cumhuriyet ilan edilmiştir. Artık meşrutiyet kaynağını ulustan alan yeni bir Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulmuştur. Yeni kurulan devlet için 1924 Anayasası’nın hazırlık çalışmaları başlayacaktır. Hazırlık çalışmaları sırasında kadınların siyasal haklarına ilişkin dikkat çekici bir olay yaşanmıştır. 1924 Anayasasının hazırlık çalışmalarının 13. oturumu sırasında 10. maddenin tasarı teklif metni Meclisin oylamasına “*18 yaşını ikmal eden her Türk mebusan intihabına iştirak etmek hakkını haizdir*” şeklinde sunulmuş ve madde metni oylamada kabul edilmiştir. Ardından 11. madde metni “*30 yaşını ikmal eden her Türk mebus intihap edilmek salahiyetine haizdir.*” şeklinde oylamaya sunulunca milletvekilleri her Türk ifadesinin kadınları da kapsadığını fark etmiş ve konu tartışmaya açılmıştır.<sup>103</sup> Bu tartışmaların sonucunda bu iki madde bu haliyle kabul edilmemiş ve kadına anayasada siyasi hakları verilmemiştir. Bu olay özellikle anayasa hukuku açısından, kabul edilmiş bir maddenin sonradan reddedilmesi bakımından oldukça ilginçtir. Ayrıca bu tartışmalar esnasında Kütahya mebusu *Recep Bey*’in şu tespitleri dönemine göre oldukça ileridir:

<sup>102</sup> Derya Doğru, “1921 Anayasası: Millî Egemenliğe Dayalı Ulus Devletin Kuruluşu”, *1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı*, editörler: Ömer Anayurt, Yusuf Tekin, (Ankara: TBMM Basımevi, 1. Baskı, 2022), 329-348.

<sup>103</sup> T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Cilt: 7, 13. İçtima, 16.3.1340, 540-542. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c007/tbmm02007013.pdf> Erişim Tarihi: 25.12.2022.

*“Türk kadını biz erkekler için yapmak imkânı olan her şeyi yapabilecek kabiliyete sahiptir. Türkiye bir halk devletidir, bir halk cumhuriyetidir. Efendiler Türk kadını bu Türk halkının hiç olmazsa yarısı değil midir?”<sup>104</sup>*

Kurtuluş Savaşı'nın ve Türk devriminin önderi *Mustafa Kemal Atatürk*, kadınların siyasal haklara sahip olması gerektiğini *Medeni Bilgiler* kitabında dile getirmiştir. Kadınların seçme hakkına ayrı bir başlık açarak bu sorunu ayrıntılı olarak ele almıştır. *Atatürk* burada kadınların siyasi haklarına ilişkin dünyadan örnekler vermekte ve kadının siyasi yetersizliği, toplumdaki kadın ve erkek arasındaki iş bölümü gibi gerekçelerin akıl dışı olduğunu vurgulamaktadır. Özellikle bir papazın kadınlarla ilgili *“erkeğe emretme ve ona karşı güç kazanmak konusunda kadına izin vermem. Kadın sessiz kalmalıdır. Çünkü Adem başlangıç ve Havva sonradan var olmuştur.”* sözlerine karşılık olarak kadınlarla ilgili görüşlerini *“İnsanların köklerinin cahili olan bu havari unutup ki erkeklere ilk öğüdü, ilk eğitimi veren ve onun üzerinde ilk analık güç ve etkisini kuran kadındır.”* ifadeleri ile dile getirmiştir.<sup>105</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucu babaları veya Fransız Devrimi'nin öncüleri kadınların siyasal haklarını benimseyen bir anlayışa sahip olmamışlardır. Ancak Türk devriminin önderi olan *Atatürk*'ün kadınların siyasal alanda yer almasına ilişkin görüşleri Türk kadınının şansıdır.

Bununla birlikte Türk kadınlarının haklarının bahsedildiği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Çünkü Osmanlı'da kadınlar 19. yüzyılın ortalarından itibaren feminist bir mücadele vermiştir. Cumhuriyet'in kuruluşuyla birlikte eşit yurttaşlık taleplerini daha somut şekilde dile getirmeye başlamışlardır. Dahası henüz Cumhuriyet ilan edilmeden ve *Cumhuriyet Halk Fırkası* kurulmadan önce kadınlar tarafından, siyasal hakların elde edilmesi amacıyla 16 Haziran 1923 yılında *Kadınlar Halk Fırkası* kurulmuştur.<sup>106</sup> Ancak henüz kadınlara oy hakkı tanınmadığı için kadınların parti kuramayacağı gerekçesine dayanan tepkiler nedeniyle parti derneğe dönüştürülerek 1924'de *Türk Kadınlar Birliği* adını almıştır.<sup>107</sup> Birliğin başkanı *Nezihe Muhittin Hanım*<sup>108</sup>, basına verdiği bir demeçte, *“İnkıpları doğuran, çabalar ve savaşımdır. Biz de, seçimden seçime her yurttaş gibi haklarımızı alacağız*

<sup>104</sup> T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 541.

<sup>105</sup> Mustafa Kemal Atatürk, *Medeni Bilgiler-Türk Milletinin El Kitabı*, kaleme alan: Afet İnan, (İstanbul: Toplumsal dönüşüm Yayınları, 2. Baskı, 2010), 128.

<sup>106</sup> Konan, 165-166; Berktaş, 16; Kaplan, 140.

<sup>107</sup> Esirgen-Özkorkut, 109; Berktaş, 19.

<sup>108</sup> Yaprak Zihnioğlu, *Kadınsız İnkılap* (Nezihe Muhiddin, Kadınlar Halk Fırkası, Kadınlar Birliği), (İstanbul, Metis Yayınları, 2013), 35 vd.

*güne değin savaşmayı sürdüreceğiz, kanunlar, er geç toplumsal yaşamın gereklerine uymak zorundadır.” sözleriyle eşit yurttaşlık haklarını açıkça dile getirmiştir.<sup>109</sup>*

Kadınlara siyasal haklarının tanınmasına kadar geçecek süre içerisinde, hukuk yeniden yapılandırılarak, özellikle kadınların insan hakları lehine Türk modernleşmesi gerçekleştirilmeye başlamıştır. 1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile tek ve laik bir eğitim sistemi kurularak kız çocukların erkeklerle aynı okullarda eşit şartlarda eğitim alabilmesi sağlanmıştır. 1926 tarihli Medeni Kanun ile evlilikte yaş sınırı, tek eşlilik ve resmi nikâh şartı getirilmiştir. Kadınlara velayet ve boşanma hakkı tanınmıştır. Kadınlara eşit miras hakkı tanınmıştır. Buna karşın aile içerisinde kadın ve erkeğin tam bir eşitliğinden bahsedilemez. Çünkü aile reisinin baba olması, aile birliğini kocanın temsil etmesi, aile konutunu kocanın seçmesi gibi erkeğe üstünlük tanıyan düzenlemeler mevcuttur.<sup>110</sup>

Bu düzenlemelerden görüldüğü üzere Türk devrimi çok uluslu bir monarşiden milli egemenliğe dayanan bir ulus devlet inşa ettiği gibi, hukukun kaynağını beşeri iradeye dayandırarak yeni devletin temellerini laiklik ilkesi üzerine kurmuştur. Yüzlere yıl boyunca Osmanlı aile hukuku İslam özel hukuk kurallarına göre şekillenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yeni kanunları laik esaslara göre toplumsal ve ailevi ilişkileri düzenlemiştir.

Bu gelişmeleri takiben artık kadınların siyasal haklarını elde etme zamanı gelmiştir. 3 Nisan 1930 tarihinde kabul edilen Belediye Kanunu<sup>111</sup> ile kadınlar belediye meclisi seçimlerinde seçme ve seçilme hakkını elde etmiştir. Ardından 1933 yılında Köy Kanunu’nda<sup>112</sup> yapılan değişiklikte kadınlara muhtar ve ihtiyar heyeti üyesi seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır. Yerel yönetimlerde seçme ve seçilme hakkını kazanan Türk kadını 5 Aralık 1934 tarihinde 1924 Anayasasının 10. maddesinde yapılan değişiklikte anayasal bir hak olarak milletvekili seçimlerinde seçme ve seçilme hakkını kazanmıştır.<sup>113</sup> Bu düzenlemeye göre “22 yaşını bitiren kadın ve erkek her Türk’e mebus seçmek” ve “30 yaşını bitiren kadın ve erkek her Türk’e mebus seçilmek” hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemenin ardından 1935 yılında gerçekleşen TBMM seçimlerinde 18 kadın ilk kez parlamentoya milletvekili olarak girmiştir. Kadınların meclisteki temsili açısından Türkiye o tarihte dünyada 2.

<sup>109</sup> Kaplan, 143.

<sup>110</sup> Esirgen-Özkorkut, 108.

<sup>111</sup> RG. Tarih: 14 Nisan 1930, S: 1471.

<sup>112</sup> RG. Tarih: 28 Ekim 1933, S: 2540.

<sup>113</sup> RG. Tarih: 11 Aralık 1934, S: 2877.

sırada yer almıştır. Yarım asırdan uzun bir süredir hak mücadelesi veren Türk kadını, Cumhuriyet devrimiyle siyasi haklarını kazanarak hukuken eşit yurttaşlık statüsünü kazanmıştır. Avrupa’da kadınların siyasi haklarını kazanma mücadelesi ile Türk kadınının mücadelesi kıyaslandığında toplumsal ve dini açıdan farklılıklar olmasına rağmen, esasında gelişim benzer şekilde gerçekleşmiştir. Eğitim hayatına giren kadınların aydınlanması ve hakları açısından bilinç düzeyinin artması ile kadınlar kamusal alanda varlık göstermişlerdir. Ayrıca benzer şekilde dünyayı etkileyen savaş nedeniyle cephe gerisinde toplumsal iş bölümünde kamusal hizmetleri yerine getirmeye başlamışlardır. Bu durum sonucunda ise kadınların hapsediği özel alan olarak ifade edilen evin dışına çıkmaları ataeril aile yapısının dönüşümünü sağlamıştır. Bu benzerliklerle birlikte, Türk kadınının siyasi mücadelesini dünya toplumundan ayıran ve özgünleştiren bir özelliği vardır. Türk tarihi kısmında bahsettiğimiz üzere Türk kadını eski Türk toplumlarında kamusal alanda yer almış ve önemli siyasi haklara sahip olmuştur. Dolayısıyla Türk kadınının siyasi hak mücadelesi önceden sahip olduğu haklarını bir anlamda geri almaktır. Oysa insan hakları düşüncesinin ortaya çıktığı Avrupa’da kadın genel olarak yirminci yüzyılın başına kadar siyasi haklara sahip olamamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşu sırasında kadınların siyasi haklara sahip olmasını savunmak için kurulmuş olan *Kadınlar Halk Fırkası* biraz önce belirttiğimiz tartışmalar üzerine *Kadınlar Birliği*’ne dönüştürülmüştür. 1934 yılında kadınların seçme ve seçilme hakkını anayasal olarak kazanmasının ardından da derneğin amacına ulaşmış olması nedeniyle kapatılması yönünde yoğun bir kampanya başlatılmıştır. Bu kampanya sırasında ileri sürülen görüşler ise genel olarak şu şekildedir:

*Cumhuriyet inkılabıyla Türk kadınları her türlü haklarını elde etmiş, erkeklerle eşit olmuşlardır. Kadınlar Birliği’nin amacı da bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Birliğin varlık nedeni ortadan kalkmıştır. Ayrıca bu Birlik siyasi bir kuruluş da değildir. Böyle bir nitelik taşımadığı için çalışmalarını sürdürmesinin de bir anlamı kalmamıştır.*”<sup>114</sup>

10 Mayıs 1935 tarihinde Kadınlar Birliği’nin kapatılması teklifi oy birliğiyle kabul edilerek, birliğe ait eşyaların Halk Fırkası’na devrine, mevcut paranın da çocuk koruma kurumlarına bırakılmasına karar verilmiştir. Kapatma kararı üzüntüyle karşılanmış, Uluslararası Kadın Birliği de kapatılan birliğin yerine bir cemiyet oluşturulup ilişkilerin devam ettirilmesini istemiştir. Kadınlar Birliği’nin kapatılmasının yarattığı boşluk ve cemiyet talepleri M. Kemal Atatürk tarafından değerlendirilmiş ve birliğin

---

<sup>114</sup> Kaplan, 158.

çalışmalarını devam ettirmek ve yönlendirmek amacıyla Cumhuriyet Halk Fırkası’nın kadın şubesinin kurulmasına karar verilmiştir.<sup>115</sup>

Osmanlı’nın son döneminde özellikle kadınların eğitim hakkına kavuşmasıyla aydın bir kadın kitlesi oluşmuş ve Türk kadın feminist hareketine öncülük etmiştir. Bununla birlikte Tekeli’nin de ifade ettiği<sup>116</sup> gibi bu dönüşüm İstanbul ve çevresinde gerçekleşmiştir. Anadolu’nun kırsal bölgesinde yaşayan kadınlar bu dönüşümden faydalanamamıştır. Dolayısıyla bağımsız bir kadın hareketi olarak ortaya çıkan aydın Türk kadınının en önemli oluşumu olan Kadınlar Birliği’nin kapatılması ve bu faaliyetlerin Cumhuriyet devrimlerinin ve ideolojisinin tek belirleyicisi olan Cumhuriyet Halk Fırkası’nın bir alt şubesine dönüştürülmesi, kadınların siyasal ve sosyal haklarına ilişkin talep ve mücadelesinin bağımsız olarak gelişmesinin önünü kapatmıştır.

#### IV. TÜRKİYE’DE KADINLARIN SİYASAL TEMSİLİ SORUNU

Aydınlanma düşüncesinin temellerini attığı modern demokrasi antik çağ demokrasısından farklı olarak temsili olarak uygulanmaktadır. Temsil, hukuken, anayasaya uygun olarak yetkilendirilmiş, kamu gücünü haiz devlet organlarının, halk adına ve halk iradesini hayata geçirmek amacıyla uyguladıkları iktidardır.<sup>117</sup> Dolayısıyla halkın demokrasideki rolü değişmiştir. Halk iktidarı doğrudan kullanmamakta, seçtiği temsilcileri belirli aralıklarla yapılan seçimler aracılığıyla denetlemektedir.<sup>118</sup> Demokrasi girişte de verdiğimiz ünlü tanıma göre “*halkın, halk tarafından, halk için yönetimidir.*” Ancak bu tanım normatif anlamda bir ideali ve olması gerekeni yansıtmaktadır. Günümüzde bu ideale ulaşabilmiş bir yönetim mevcut olamamıştır. Ancak *Gözler*’in ifadesiyle bu ideale yaklaşan ampirik demokrasi teorisinde, olması gereken unsurlar şu şekilde özetlenmiştir; etkin siyasal makamlar seçimle iş başına gelmeli, seçimler belli aralıklarla tekrarlanmalı, seçimler serbest olmalı, birden çok siyasal parti olmalı, muhalefetin iktidar olma şansı bulunmalı ve temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış olmalıdır.<sup>119</sup> Temsili demokrasinin tarihsel gelişim sürecinde

<sup>115</sup> Kaplan, 159.

<sup>116</sup> Tekeli, 196-197.

<sup>117</sup> Aykut Çelebi, “Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine”, içinde *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, hazırlayanlar: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, (İstanbul: Metis Yayınları, 2012), 469.

<sup>118</sup> Uygun, 2014, 173-174.

<sup>119</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2020),704-705.

seçimlerde kimin oy kullanacağı önemli bir konu olmuştur ve oy vermek için olumlu şartları taşıyan herkesin oy kullanabilmesi anlamına gelen genel oy ilkesi uzun bir süre kabul edilmemiştir. Oy hakkının öncelikle cinsiyete bağlı olarak sınırlandırıldığı<sup>120</sup>, erkeklere tanınan oy hakkının ise servete ve vergiye bağlı olarak sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>121</sup> Genel oy ilkesine geçişte ilk olarak erkekler arasındaki sınırlı oy nedenleri kaldırılmıştır. Ardından da çalışmamızda ele aldığımız kadınların siyasal hak mücadelesi sonrasında cinsiyete bağlı sınırlandırma kaldırılarak yirminci yüzyılda genel oy ilkesi hukuken kabul edilmiştir. Genel oy ilkesinin hukuken tanınması ile normatif anlamda demokrasiler olması gerekeni yerine getirmiş olmaktadır. Ancak günümüzde modern temsili demokrasiler, halkın gerçekten temsil edilmediği yönündeki eleştirilere maruz kalarak bir meşruiyet krizi yaşamaktadır ve doğrudan demokrasi araçlarının devreye sokularak bu krizin aşılmasına çalışılmaktadır.<sup>122</sup> Toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve kadınların eksik siyasal temsili dikkate alındığında ise demokrasinin katmerli bir meşruiyet krizi içerisinde olduğu söylenebilir.

Tarihsel boyutunu incelediğimiz kadınların siyasal haklarını kazanma süreci yaklaşık yüz yıllık bir dönem önce hukuki olarak sağlanmıştır. Ancak kadınların anayasal olarak bu hakka sahip olması kendiliğinden kadınların siyasal haklarını etkin bir şekilde kullanmalarını ve siyaset alanında yer almalarını sağlayamamıştır. Çünkü hukuki eşitlik ataerkil toplum yapısını ve kadınlara toplumda biçilen rolü doğrudan dönüştürücü bir etkiye sahip değildir. Genel oy ilkesi dünyada ve ülkemizde hala kadınların seçme hakkı olarak anlaşılmakta ve seçilme hakkı açısından ataerkil ve eril anlayış etkisini devam ettirmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşım kadınları sadece seçimlerde oy kullanan “pasif yurttaşlar” olarak görme eğilimindedir.<sup>123</sup> Özellikle 1960’larda kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin devam etmesiyle, ikinci dalga kadın hareketi ortaya çıkmış ve kadınların insan hakları önündeki engellerin toplumsal cinsiyet açısından ele alınması gerektiği konusunda bir bilinçlenme başlamıştır.<sup>124</sup> Dolayısıyla toplumsal olarak kadına atfedilen roller ve ataerkil toplum yapısının yol açtığı engellerin ancak bu anlayışla ortadan kaldırılabileceği anlaşılmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının uluslararası hukuk boyutunda güvence altına alınması bunun

---

<sup>120</sup> Fatmagül Kale Özçelik, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 85.

<sup>121</sup> Gözler, 782-785.

<sup>122</sup> Çelebi, 470.

<sup>123</sup> Mumcuoğlu, 62.

<sup>124</sup> Sumbas, 132; Berktaş, 8-9.

öncülüğünü yapmıştır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından yapılan insan hakları bildiri ve sözleşmeleri de tıpkı ulusal anayasal metinler gibi kadınların insan haklarını hukuki eşitlik çerçevesinde değerlendirmiştir. Ancak, uluslararası insan hakları belgeleri erkeklerin yaşam deneyimlerini ve önceliklerini temel aldığı için, var olan yapılarıyla, kadınların karşı karşıya olduğu riskleri tam olarak dikkate almamakta ve onların gereksinimlerine yanıt vermemektedir.<sup>125</sup> Bu açıdan 1952 tarihinde BM tarafından *Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme* kabul edilmiştir.<sup>126</sup> Ancak bu sözleşme kadınların siyasal haklarından eşit olarak yararlanmasını sağlamada etkili olamamıştır. İkinci dalga feminist akımın toplumsal bir harekete dönüşmesiyle, uluslararası alanda kadının insan haklarının ayrıca düzenlenerek güvence altına alınması gerektiğine ilişkin talepler doğrultusunda BM, 1979’da *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ ni (CEDAW)* imzaya açmıştır ve sözleşme 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 1985 yılından bu yana bu sözleşmeye taraftır. *CEDAW*’ın yapılması kadınların insan haklarından eşit bir şekilde yararlanmasının genel uluslararası ve ulusal insan hakları düzenlemeleriyle sağlanamayacağını bir kabulüdür. Bu kapsamda cinsiyet temelinde yapılacak ayrımcılığın önlenmesi amacıyla BM tarafından kadınların insan haklarına özgü bir sözleşmenin yapılmış olması büyük bir kazanımdır. *CEDAW*’ın hükümleri incelendiğinde feminist kadın hareketinin ortaya çıkışından itibaren karşı çıktığı gelenekselleşmiş ataerkil toplumsal kalıpların reddedildiği ve talep edilen hakların fiili eşitliği sağlamaya yönelik olarak kabul edildiği görülmektedir. Kadınların siyasal haklarının düzenlendiği Sözleşme’nin 7. maddesinde, “*taraf devletlerin, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayrımı önlemek için tüm tedbirleri alacakları, özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarda: bütün seçimlerde ve halk oylamasında oy kullanmak ve halk tarafından seçilen organlara seçilebilmek; hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak ve kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek; ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere iştirak etmek haklarını sağlayacakları*” hüküm altına alınmıştır.<sup>127</sup>

Sözleşme’nin 4. maddesi ise kadın ve erkeklerin fiili eşitliğini sağlamaya yönelik *özel önlemlerin* alınmasının ayrımcılık oluşturmayacağını

<sup>125</sup> Berktaş, Tarihin Cinsiyeti, 36.

<sup>126</sup> Türkiye bu sözleşmeyi 25 Mayıs 1959 tarihinde onaylamıştır. 7288 Sayılı Onay Kanunu 2 Haziran 1959 gün ve 10220 Sayılı Resmi Gazete ‘de yayınlanmıştır.

<sup>127</sup> Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, S. 18898, Yürütme ve İdare Bölümü, s. 4.

düzenlemiştir. Dolayısıyla *CEDAW* kadınların insan hakları açısından fiili eşitliğin sağlanmasını esas almaktadır ve daha önceki insan hakları sözleşmelerinin cinsiyet açısından benimsediği nötr (yansız) tutumdan ayrılmıştır.<sup>128</sup> BM ve doktrin genel olarak bir grubun yeterli ve etkili temsil edilebilmesi ve müzakerelere katılabilmesi için en az %30'luk bir oranda temsilin gerekliliğini kabul etmektedir. Kritik eşik olarak ifade edilen bu oranın altına düşüldüğünde eksik temsil sorunu ortaya çıkmaktadır.<sup>129</sup> Hukuki düzenlemelerin yanında fiili eşitliği sağlamaya yönelik olarak *CEDAW*'ın belirttiği üzere taraf devletlerin özel önlemler alması gerekmektedir. Siyasal temsildeki eşitliğin sağlanmasında uygulanan özel önlem ise cinsiyet kotası uygulamalarıdır. Cinsiyet kotası genel olarak parlamento seçimlerinde ve diğer karar alma mekanizmalarında eksik temsil edilen grubun belirlenen oranın altına düşmesini önlemek için tahsis edilmiş oranlardır.<sup>130</sup> Cinsiyet kotalarının anayasal, yasal ve gönüllü olarak uygulanması mümkündür. Dünyada kadınların eksik siyasal temsili sorununun çözümünde başvurulan temel yöntem olarak benimsenen cinsiyet kotaları sayesinde kadınların parlamentolarda ve siyasal karar alma mekanizmalarında yeterli temsile, en azından %30 eşiğe ulaştığı görülmektedir. Parlamentolararası Birliğin Aralık 2022 verilerine göre dünyada, parlamentoda yer alan kadın milletvekili sayısı en yüksek olan 22 ülkeden 19'unda kota uygulaması bulunmaktadır.<sup>131</sup> Ancak dünyadaki uygulamaların da gösterdiği gibi anayasal veya yasal zorunlu cinsiyet kotaları ya da siyasal partilerin gönüllü cinsiyet kotaları da tek başına kadınların temsil oranını yükseltmemektedir. Cinsiyet kotalarının etkili olabilmesi için öngörülen oranların yüksek olması ve seçim sistemlerinin de buna uygun olması gerekmektedir. Aday kotaları olmasına rağmen seçim listelerinde kadınların listelere seçilemeyecek sıralardan aday gösterilmesi

<sup>128</sup> Tijen Dündar Sezer, "Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları", *TBB Dergisi*, (2022 S. 159), 59.

<sup>129</sup> Ahu Sumbas, "Kadının Politik Temsil Meselesi Üzerine Bir Tartışma", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* No: 53. (Ekim 2015, No: 53), 103-121; Merve Alçık, "Kadının Siyasal Hayata Katılımının Kolaylaştırılması İçin Hukuki Bir Çözüm: Cinsiyet Kotası", içinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, Cilt I, editörler: Süheyla Suzan Gökalp Alıcı ve Necdet Basa, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 381, 2019), 631-632; Kota El Kitabı "Geçici Özel Önlem Politikası: Kota", hazırlayan: Aysun Sayın, (Ankara: Yalçın Matbaacılık, KA-DER, 2007), 31.

<sup>130</sup> Cinsiyet kotalarına ilişkin tasnifler ve geniş bilgi için bkz. Sezer, 60 vd.; Alçık, 629 vd; Jennifer Rosen, "Gender Quotas for Women in National Politics: A Comparative Analysis Across Development Thresholds", *Social Science Research*, 66 (2017), 87.

<sup>131</sup> IPU-Parline Monthly ranking of women in national parliaments. <https://data.ipu.org/women-ranking?month=2&year=2022>. Erişim tarihi 10.01.2023. Sezer, 104; Rosen, 82.

kotanın etkili olmasını engellemektedir.<sup>132</sup> Bu durumun düzeltilmesi için öngörülen çözüm yöntemi ise “fermuar” sistemidir. Fermuar sistemine göre aday listelerinin oluşturulmasında kota oranında eksik temsil edilen cinsiyete yer verilmesinin yanında, kota uygulanan cinsiyetin belirli bir ritmik düzen ile seçilebilecek sıralamada yer almasını gerektirir.<sup>133</sup>

Kadınların eşit siyasal temsili konusunda CEDAW’ın uygulanmasından sorumlu Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi belli aralıklarla kadınların insan haklarından fiilen eşit yararlanmasının önündeki engellerin kaldırılması için özel önlemler alınması gerektiği hususunda tavsiye kararları vermektedir. Komite’nin 25 Nolu Genel Tavsiye kararında “önlemler teriminin, sosyal yardım ve destek programları gibi çok çeşitli yasama, yürütme, idari ve diğer düzenleyici araçları, politikaları ve uygulamaları kapsadığını; bunlardan biri olan kota sisteminin de Sözleşmenin 4. maddesinde yer alan özel tedbirlerden olduğunu” açıkça ifade etmiştir.<sup>134</sup>

BM ile paralel şekilde Avrupa Konseyi de kadının eşit siyasal temsiline sağlanmasına ilişkin kararlar vermekte ve raporlar hazırlamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 12 Mart 2003 tarihli tavsiye kararında “Kadınların, üye devletlerde nüfusun ve seçmenlerin yarısından fazlasını oluşturduğunu, ancak üye devletlerin büyük bir bölümünde siyasi ve kamusal karar alma süreçlerinde ciddi şekilde yetersiz temsil edilmeye devam ettiğini; hukuki eşitliğin varlığına rağmen kadın ve erkek arasındaki yetki, sorumluluk ve ekonomik, sosyal ve kültürel kaynaklara erişim dağılımının, geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin devam etmesi nedeniyle hala çok eşitsiz olduğunu” ifade etmiştir. Bu durumun siyasi partiler, seçim sistemleri ve siyasi kurumların işleyişinin kadınların siyasal ve kamusal yaşama katılımını engellemesinden kaynaklandığını dile getirmiştir. Eşitliğe, sosyal uyuma, dayanışmaya ve insan haklarına saygıya dayalı bir Avrupa’nın inşası için, kadınların ve erkeklerin siyasal ve kamusal karar alma süreçlerine dengeli katılımının gerekli olduğuna vurgu yapmıştır. Bunu sağlamak için kadınların

<sup>132</sup> Sezer, 106.

<sup>133</sup> Alçık, 637.

<sup>134</sup> General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, 18 Aug 2004. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=11). Erişim tarihi: 10.01.2023.

siyasal ve kamusal karar alma süreçlerine katılımının desteklenmesi amacıyla özel önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>135</sup>

Görüldüğü üzere eşit yurttaşlık haklarına yaklaşık yüz yıl önce kavuşmuş olan kadınların eşit siyasal temsili ve karar alma süreçlerine eşit katılımı sorunu günümüzde dünyadaki temel insan hakları konularının başında gelmektedir. Buna ilişkin uluslararası insan hakları kuruluşlarının da gündeminde bulunmaya devam etmektedir. Ülkemiz açısından konuya bakacak olursak, hukuken eşit yurttaşlık statüsünü erken dönemde kazanan Türk kadınının da Türk kamu ve siyasal hayatında eşit temsil edilmediği dahası çok düşük oranlarda temsilin söz konusu olduğu görülmektedir.

Bir önceki başlıkta incelediğimiz üzere, Türkiye’de kadınlar, siyasal haklarını elde etmek için verdiği mücadele sonunda eşit yurttaşlık hakkını hukuki olarak kazanmıştır. Ülkemizdeki ikinci dalga feminist akım ise 1980’li yıllarda gelişim göstermiştir. Bu aşamadan sonra kadınlar gelenekselleşmiş toplumsal cinsiyet kalıplarını sorgulamaya ve Cumhuriyet’in kuruluş ideolojisinin kadına bakış açısını eleştirel olarak değerlendirmeye başlamıştır. Özellikle Türk modernleşmesinin ve ulus devletinin inşa sürecinde kadınlara simgesel bir rol atfedildiği yönündeki eleştiri ön plana çıkmaktadır.<sup>136</sup> Ayrıca kadınların hakları için mücadele etmediği ve siyasal ve medeni haklarının *Atatürk* tarafından verildiği şeklindeki yaygın anlayışı da sorgulama gereği doğmaktadır. Çünkü Osmanlı’da özellikle II. Meşrutiyet döneminden sonra güçlenen kadın hareketi, ulusal kurtuluş mücadelesinde de etkin bir rol oynamış dahası bir siyasi oluşum içerisinde siyasal hakları için mücadele vermiştir. Her ne kadar bir İngiliz süfajeti kadar radikal yöntemlere başvurulmamış olsa da Türk kadınının bu mücadelesini görmezden gelmek mümkün değildir. Söz konusu dönemde mevcut olan etkili kadın hareketine rağmen, Türk ulus devletinin ve Cumhuriyetin kuruluşu da ataerkil bir özellik göstermiştir. Bir önceki başlıkta da ifade ettiğimiz gibi Türk kadın hareketi bağımsız bir hak mücadelesi olarak ortaya çıkmışken, siyasal hakların tanınmasının ertesini yılında Kadınlar Birliği’nin kapatılarak, Cumhuriyet Halk Fırkası’nın kadın şubesi çatısı altında çalışmalarına devam etmesi anlayışı, bu bağımsız hareketi güdümlü bir hale sokmuştur. Bu dönemden sonra da Türkiye’de siyasal alanda kadınların edilgen bir rol üstlendiği söylenebilir.

<sup>135</sup> Recommendation Rec(2003)3 of the Committee of Ministers to member states on balanced participation of women and men in political and public decision making, (Adopted by the Committee of Ministers on 12 March 2003. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e0848](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e0848). 10.01.2023

<sup>136</sup> Berktaş, Tarihî Cinsiyet, 33; Zihnioğlu, 18; Tekeli, 214-216.

Ayrıca önde gelen kadın aydınların Kemalist ideolojiye duydukları minnet duygusunun da bu eleştirel yaklaşımı engellediği ileri sürülen görüşler arasındadır.<sup>137</sup> Bu eleştirilere rağmen “*Kemalist anlayışın*” öncülüğünde kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Türk modernleşmesi, teokratik bir monarşiden laik bir ulus devlete geçiş sürecidir. Laiklik ilkesi özellikle toplum ve aile yapısının dönüşümünde ve medeni siyasal hakların kazanımında temel unsurdur. Dolayısıyla kadınlar ancak laik bir Cumhuriyet rejimi altında medeni ve siyasal haklara sahip olabilmişlerdir. Bu açıdan devrimin ataerkil yapısına karşın bu başarısının hakkının teslim edilmesi gerekmektedir.

Cumhuriyetin kuruluşunda benimsenen, kadının demokratikleşmenin ve modernleşmenin simgesi olması anlayışı ne yazık ki günümüze kadar yaygın bir anlayış olarak devam etmiştir. Kadınların Türk siyaset hayatında etkili temsil edilmemelerinin nedenlerinden biri bu olmakla birlikte, başkaca engellerin olduğunun da belirtilmesi gerekir. Bu engeller genel olarak yapısal, kurumsal ve kültürel engeller olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Kadınların sosyo-ekonomik statüleri, medeni durumları ve yaşları gibi faktörler yapısal engelleri oluşturmakta; siyasi partilerin yapıları, aday gösterme pratikleri ve seçim sistemi gibi faktörler kurumsal engelleri oluşturmakta ve erkek egemen ve ataerkil toplum yapısının siyasetteki yansımaları da kültürel engelleri oluşturmaktadır.<sup>138</sup> Esasen bu sınıflandırmada yer alan unsurlar birbirlerini etkileyen ve içi içe geçmiş faktörlerdir. Siyasal alanda kadınların etkili olabilmesi için belli bir eğitim ya da yüksek ekonomik refah seviyesine ulaşması gerekmektedir. Yine siyasi partilerin aday belirleme süreçlerinde kadınları dışarda bırakması, kadınlara parti içinde verilen görev ve konumlar da kadınların temsilinin önündeki engellerin başında gelmektedir. Kültürel açıdan da toplumsal cinsiyet kalıpları, toplum içindeki işbölümünde kadınların özel alan olan aile ve çocuklarla ilgilenmesi ve erkeklerin ise kamusal alanda siyasal konularla ilgilenmesi geleneği kadınların siyasete atılmaları ve siyasi temsilinde önemli bir engeldir. Dünyada olduğu gibi ülkemizde de siyasal arena erkek alanı olarak görülmektedir.

Kadınların sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı konumuna ilişkin olarak kadınların mülkiyet hakkı tarihin eski çağlarından bu yana sorunlu bir alan

<sup>137</sup> Berktaş, Tarihin Cinsiyeti, 110; Zihnioğlu, 17.

<sup>138</sup> Türkiye’de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler Araştırma Raporu, (İstanbul İnsani ve Toplumsal Kalkınma Programı- Toplumsal Cinsiyet, Kasım 2021), 10, <https://istanpol.org/Uploads/ContentManagementFile/2021-009-turkiyede-kadinin-siyasete-katilimi--engeller-ve-deneyimler-1.pdf>. Erişim Tarihi: 15.10.2023; Rosen, 87.

olmuştur. Türkiye açısından kadının mülkiyet hakkının tarihsel gelişiminde de ifade ettiğimiz üzere eşit miras hakkı ancak Cumhuriyet dönemindeki Medeni Kanun ile mümkün olabilmıştır. Ancak hukuken sağlanan eşitliğin toplumsal gelenekleri dönüştürmekte yetersiz kaldığı, kadınların miras ve mülkiyet hakkı açısından günümüzde yargıya taşınan muris muvazaası davalarında kendini göstermektedir. İçinde bulunduğumuz dönemde dahi hala literatürde geleneksel ataerkil anlayış nedeniyle, erkek çocukların kız çocuklardan üstün tutulduğu için mirastan mal kaçırma ve muris muvazaası konusu hukuki bir sorun olmaya devam etmektedir.<sup>139</sup> Dolayısıyla aile malları olarak görülen mülkiyetin dahi kız çocuklarına geleneksel anlayışla verilmediği toplumumuzda, siyasal alanda kadınlara yer verilmesinin ve eşit temsil hakkına sahip olmasının ne denli güç olduğu aşikârdır.

Siyasi partiler açısından duruma bakıldığında ise Türkiye’de kadınların siyasal partilere üyeliklerinin sınırlı olduğu görülmektedir. Siyasal hayata katılanların da, çoğunlukla siyasal yaşamda yer almış ve siyasallaşmış ailelere mensup, yüksek öğrenimli, mesleklerinde başarılı ancak parti içinde etkinlikleri sınırlı olan kadınlar olduğu söylenebilir. Siyasal alanda yer alan bu kadınların da partilerde simgesel vitrin konumunda olduğu görülmektedir.<sup>140</sup> Siyasal partiler kadın oylarını kendi partilerine yöneltmek için kadın kollarını kurmuşlardır. Milletvekili olmamakla beraber, siyasal partilere üye olan kadınların genel olarak partilerin kadın kollarında görev alması yaygın bir durumdur. Parti içinde ikincil konumda görülen kadın kolları, parti içindeki güç mücadelelerinde yer almamakta, daha çok mahalle toplantıları, ev ve hasta ziyaretleri, kermes düzenlemeleri ve para toplama gibi faaliyetlerde bulunmakta, özellikle de seçim dönemlerinde çalışmalar yürütmektedirler.<sup>141</sup> Dolayısıyla kültürel toplumsal cinsiyet kalıplarının siyasal partilerin iç işleyişinde de oldukça etkin olduğu görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında Türkiye’de kadınların siyasal temsiline bakacak olursak, kadınların TBMM’ne ilk kez girdiği 1935 seçimlerinde 397 toplam

<sup>139</sup> Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 314-315; Gözde Akcan, *Muris Muvazaası*, Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 25.

<sup>140</sup> Bihterin Vural Dinçkol, “Türkiye’de Siyasal Yaşam ve Kadın”, içinde *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli*, hazırlayan Bihterin Vural Dinçkol, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayın No: 6, 2003), 147-148; Serpil Üşür, *Türk Kadını Fırsat Eşitliği Paneli konuşması*, (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi, 30.05.2003), 17.

<sup>141</sup> Songül Sallan Gül, Yonca Altındal, “Türkiye Siyasetinin Eril Anatomisi: 2015 Seçimlerini Kota Uygulamaları Üzerinden Yeniden Düşünmek”, *Tematik Yazılar, Toplum ve Demokrasi*, (9 (19-20), Ocak-Aralık 2015), 57-58; Dinçkol, 148; Üşür, 17.

milletvekilinin 18’i kadındır ve temsil oranı %4.56’dır. O günün dünya sıralamasında kadın temsili açısından Türkiye 2. sırada yer almıştır. Ancak bu oran her seçim döneminde giderek daha da azalmıştır. Dahası Türkiye’nin çok partili siyasal hayata geçtiği yıllarda en düşük seviyesini görmüştür. 1950 seçimlerinde yalnızca 3 kadın milletvekili sayısı ile %0,62 gibi bir temsil oranı görülmüştür. Milletvekili sayısı yıllar içerisinde artmasına rağmen kadın milletvekili sayısı neredeyse yok denecek kadar az bir seviyeye düşmüştür. 2002 seçimlerinden sonra tekrar başlangıç seviyesine yaklaşmış 24 kadın milletvekili ile %4,4’e; 2007 seçimlerinde 50 milletvekili ile %9,1’e; 2011 seçimlerinde 79 kadın milletvekili ile %14’e; 2015 Haziran seçimlerinde 98 kadın milletvekili ile %17,8’e yükselmiştir.<sup>142</sup> Parlamentolararası Birliğin Aralık 2022 verilerine göre dünya sıralamasında 133. sırada yer alan Türkiye, 2018 seçimlerinde 101 kadın milletvekili ile %17,4 temsil oranına sahiptir.<sup>143</sup> Parlamentoda yetersiz temsil edilen kadın yurttaşların, mahalli idarelerde yer almaları bakımından da çok düşük temsil oranlarıyla karşılaşılmaktadır. 1930’da kadın belediye başkanı oranı %3,02 iken son yapılan 2019 yerel seçimlerindeki kadın belediye başkanı oranı %3.02’dir. Belediye meclis üyesi oranı 1930’da %11 iken 2019’da değişmemiştir. İl genel meclis üyesi oranı 1930’da %4,79 iken 2019 seçimlerinde %3,77’ye gerilemiştir. Kadın muhtar oranı da 1930 ve 2019 seçimlerinde aynı olup %2,14’tür.<sup>144</sup>

Bu verilere dayanarak Türkiye’de kadınların eşit temsiline sağlanamadığı gibi %30 oranındaki kritik eşiğin de oldukça altında olduğu görülmektedir. Türkiye 1985 tarihinde CEDAW’ı ulusal hukukun bir parçası haline getirmiştir. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 10. maddesine “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” hükmü eklenmiştir. Yine aynı tarihli anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 90. maddesine “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” düzenlenmesi eklenmiştir. Mevcut anayasal sistemimizde kadınların fiilen eşit haklara sahip olabilmesi için önlemler alınması gerekliliği ortaya konmuştur. Ayrıca insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin de normlar

<sup>142</sup> Dinçkol, 150; Gül, Altındal, 63.

<sup>143</sup> IPU, Monthly ranking of women in national parliaments, December, 2022. <https://data.ipu.org/women-ranking?month=12&year=2022>. Erişim Tarihi: 15.01.2023.

<sup>144</sup> Türkiye’de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler Araştırma Raporu, 19.

hierarchyesinde kanunların üzerine çıkarıldığı görülmektedir. Bu durumda Türkiye'nin tarafı olduğu CEDAW'ın gereklerini yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. CEDAW Komitesi Türkiye'ye ilişkin 2010 tarihli sonuç gözlem raporunda "kadınların akademik alanda, dış politika hizmetlerinde ve yargı da dâhil siyasi ve kamusal yaşamda özellikle liderlik ve karar alma pozisyonlarında ciddi bir şekilde yetersiz temsili durumunun devam etmesinden endişe duyduğunu" belirtmiş ve "kadınların siyasi yaşam ve kamu yaşamında temsilini arttırmak için kotalar gibi geçici özel önlemlerin mevcut olmayışı hususunda endişeli olduğu belirterek ve bunların uygulanması için yasal hükümlerin veya bağlayıcı düzenlemelerin olmamasına dikkat çekmiştir."<sup>145</sup> Komite Türkiye'ye ilişkin bir sonraki 2016 tarihli sonuç gözlem raporunda da aynı endişeleri dile getirmiştir. Bu kapsamda "kadınların siyasi ve kamusal hayata, yerel ve ulusal düzeyde ve ayrıca yargıda karar alma süreçlerine eşit ve tam katılımını sağlamak için kotalar uygulanması gerektiğini" yinelemiştir. Ayrıca, "kadınlar için liderlik ve müzakere becerileri programları ile kadınların karar alma süreçlerine katılımının önemi hakkında bir bütün olarak toplumun bilinçlendirmesi için eğitim faaliyetlerinin uygulamaya geçirilmesini tavsiye etmiştir."<sup>146</sup> Komite'nin Türkiye'ye ilişkin raporları ile yukarıda bahsettiğimiz 25 nolu Genel Tavsiye Kararı birlikte değerlendirildiğinde; Türkiye'nin, kadınların siyasal ve kamusal hayata katılımı ve eşit temsiline ilişkin CEDAW'dan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği açıktır. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinde Anayasa'nın 10. maddesine eklenen düzenleme tek başına yeterli değildir. Bu düzenlemenin gereğinin yerine getirilmesi için Komite'nin de yinelediği üzere zorunlu cinsiyet kotasının kabul edilmesi ve cinsiyet kotalarının da etkili olabilmesi için diğer önlemlerin de gecikmeksizin alınması gerekmektedir.

Türkiye'de zorunlu bir anayasal ya da yasal cinsiyet kotası bulunmamakla birlikte siyasi partilerin uyguladığı gönüllü cinsiyet kotaları mevcuttur. Şu anda TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin cinsiyet kotalarına bakıldığında, Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisi'nin parti tüzüklerinde kota uygulaması bulunmamaktadır. Cumhuriyet Halk Partisi'nin parti tüzüğünde %33, Halkların Demokratik Partisi'nin 2015 seçim bildirgesine göre %50, İYİ Parti'nin parti tüzüğünde ise %25 cinsiyet

---

<sup>145</sup> CEDAW Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye, 16.08.2010, CEDAW/TUR/CO/6, par. 28.

<sup>146</sup> CEDAW Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye, 25.07.2016, CEDAW/TUR/CO/7, par. 41-42.

kotası kabul edilmiştir.<sup>147</sup> Bu kota oranlarına rağmen 2018’de yapılan genel seçimlerin sonuçlarına göre CHP’nin kadın milletvekili sayısı 16’dır ve temsil oranı %11,85’tir. İYİ Parti’nin kadın milletvekili sayısı 2’dir ve temsil oranı %5,56’dır. HDP’nin kadın milletvekili sayısı 23’tür ve temsil oranı %41,07’dir. Görüldüğü üzere CHP ve İYİ Parti açısından cinsiyet kotası kabul edilmesi doğrudan kadın temsiliyi artırıcı bir etki göstermemiştir. Çünkü söz konusu kota oranları sadece aday listelerinin hazırlanmasında dikkate alınarak uygulanmaktadır. Kadınların seçilemeyecekleri bölgelerden ya da listelerin alt sıralarından aday gösterilmeleri kota uygulamasını etkisiz kılmaktadır. Kota uygulamasının başarıya ulaştığı ve de kritik eşiğin üzerine çıkan parti HDP’dir. Çünkü HDP %50 cinsiyet kotasını sadece aday listelerinin hazırlanmasında değil, seçimlerin tüm aşamalarında uygulamaktadır. Kota uygulaması bulunmayan AKP’nin kadın milletvekili sayısı 54’tür ve temsil oranı %18,82’dir. MHP’nin ise kadın vekil sayısı 4, temsil oranı %8,33’tür. Bu verilerden çıkan sonuç ise HDP’nin dışında kota uygulayan ve uygulamayan partilerin kadın milletvekili oranının çok düşük ve yetersiz olduğudur.

Bu sorun kısa bir süre önce TBMM’nin gündemine taşınmıştır. Kadınların eşit temsiliyi sağlamak üzere 30 Kasım 2021 tarihinde CHP tarafından TBMM’ne, “*milletvekilliği seçimlerinde siyasi partilerin aday listelerinin yüzde 50 kadın, yüzde 50 erkek kotası olarak oluşturulması, aday listesinde kadın-erkek eşitliği için fermuar yönteminin uygulanması ve il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliklerinde yüzde 50 cinsiyet kotası*” öngören kanun teklifi sunulmuştur. Kanun teklifinin görüşüldüğü oturumda tıpkı 1924 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarındaki gibi benzer söylemler ve karşı tutumlar dile getirilmiştir. Tartışmalı geçen oturum sonunda kanun teklifi TBMM Genel Kurulu’nda AKP ve MHP’nin oylarıyla reddedilmiştir.<sup>148</sup> Böylece kadının eşit temsiliyi sağlayacak en etkili yöntem olan yasal cinsiyet kotası hukukumuzda girememiştir. Bununla birlikte artık bu konu siyasetin gündemine taşınmıştır ve özellikle teklifin ön konuşmasında da belirtildiği gibi bu teklif 400’e yakın kadın örgütünün katılımıyla hazırlanmıştır. Dolayısıyla 1980’lerde canlanan ikinci dalga kadın hareketi günümüzde daha bilinçli ve kolektif bir yapıya bürünmüştür. Bu nedenle eril siyaset arenasının bu gerçekliği görmezden gelebilmesi mümkün değildir. Ayrıca CHP’nin bu

<sup>147</sup> Türkiye’de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler Araştırma Raporu, 23.

<sup>148</sup> TBMM Genel Kurul Tutanağı, 30.11.2021, 27. Dönem 5. Yasama yılı 24. Birleşim, s. 7, 33-34. <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?Id=40e6f4ac-35ec-403d-8c06-0185ceac605f>. Erişim Tarihi: 15.01.2023.

kanun teklifinde samimi olduğunu göstermesi açısından Türkiye'nin çok yakında gireceği parlamento seçimlerinde gönüllü olarak bu %50 cinsiyet kotasını fermuar sistemiyle beraber uygulaması beklenmelidir. Dolayısıyla meclise verdiği teklife rağmen bunu uygulamazsa aslında CHP'nin bu kanun teklifini göstermelik bir şekilde meclis önüne getirdiği yönünde bir algının oluşması doğaldır.

Bu tartışmalar ışığında devletleri zorunlu yasal cinsiyet kotasını kabul etmeye zorlayacak ve yaptırım uygulayabilecek bir uluslararası insan hakları sözleşmesinin olmaması en büyük eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda incelediğimiz *CEDAW*'in düzenlemeleri, Komite kararları ve AK Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı olumlu yönde gelişmelerdir. Ancak bu düzenleme ve kararlar uluslararası insan hakları hukuku açısından yaptırımlarla desteklenememiştir. Söz konusu komiteler tavsiye niteliğinde kararlar vermektedir. Dolayısıyla bu düzenleme ve kararların etkili bir şekilde uygulanabilmesi taraf devletlerin istekliliğine bağlıdır. Uluslararası insan hakları hukuku alanında yaptırımlı bir yargısal denetime sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından kadınların eşit temsili sorunu incelendiğinde, AİHS'in 1 nolu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde serbest seçim hakkı düzenlenmiştir. Ancak madde düzenlemesinin hem ifade dili hem de içeriği<sup>149</sup> bu hakkı her yönüyle güvence altına almaktan uzaktır. Lafzî olarak madde metni maddi bir hakkı düzenlemekten ziyade taraf devletlerin yükümlülüğünü düzenlemektedir.<sup>150</sup> Madde yalnızca yasama organı seçimlerini ve seçimlerin belli aralıklarla ve gizli oyla yapılmasını güvence altına almaktadır. Maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu durumu serbest seçim hakkının uygulanmasında taraf devletlerin çok geniş bir takdir marjına sahip olduğu yönünde değerlendirmektedir. Dolayısıyla Protokol'ün mevcut düzenlemesi ve AİHM'in yerleşik içtihatları kadınların eşit temsiline yönelik taraf devletleri zorlayıcı bir nitelik taşımamaktadır.<sup>151</sup> Bununla birlikte AİHM yakın tarihli bir kararında zorunlu cinsiyet kotasına ilişkin olumlu bir değerlendirmede bulunmuştur.<sup>152</sup> Başvuruya konu olayda Slovenya

<sup>149</sup> AİHS Ek 1 Nolu Protokol 3. maddesi: Serbest Seçim Hakkı: Yüksek Sözleşmeci taraflar yasama organının seçimi için, halkın kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda, makul aralıklarla ve gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder.

<sup>150</sup> Özçelik, 142-143.

<sup>151</sup> Serbest Seçim hakkı ve AİHM'in bu konuda uyguladığı takdir marjına ilişkin geniş bilgi için bkz. Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara, 2019), 227-232.

<sup>152</sup> Benzer görüş için bkz. Sezer, 85.

Anayasası’nın 43. maddesinde devlet makamlarına seçilmek için aday olan kadın ve erkekler için fırsat eşitliğini teşvik edecek önlemlerin yasayla sağlanacağını düzenlemiştir. Seçim Kanunu’nun 43. maddesinde ise aday listelerinin her bir cinsiyetin en az %35 temsil edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere uymayan partilerin aday listeleri reddedilmiştir. Reddedilen listelerde yer alan başvuruçular partilere düzeltme şansı verilmeden doğrudan listelerin reddedilmesinin orantısız olduğunu ve mali yaptırımlar gibi daha az müdahaleci önlemlere başvurulmadığını ileri sürerek AİHS’in 1 nolu Ek Protokolü’nün 3. maddesindeki serbest seçim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur.<sup>153</sup> Mahkeme serbest seçim hakkı açısından yaptığı değerlendirmede, 3. maddenin devletlere geniş bir takdir marjı tanıdığını yinelemekle birlikte, siyasal alanda toplumsal cinsiyet dengesinin olmamasının, demokrasinin meşruiyetine yönelik bir tehdit ve toplumsal cinsiyet eşitliği hakkının ihlali olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme söz konusu müdahalenin, kadınların ve erkeklerin siyasi karar alma süreçlerine daha dengeli katılımını sağlayarak demokrasinin meşruiyetini güçlendirme meşru amacını güttüğü kanaatine olduğunu ifade ederek başvuruyu temelden yoksun bularak reddetmiştir.<sup>154</sup>

AİHM’in bu kararı Avrupa insan hakları hukuku sistemi açısından umut vericidir. Ancak Mahkeme yasal olarak zorunlu cinsiyet kotası uygulayan bir taraf devletin kotaya ilişkin uygulamasını toplumsal cinsiyet eşitliği açısından değerlendirmiş ve kadınların eşit siyasal temsil hakkına üstünlük tanımıştır. Buna karşın yasal cinsiyet kotası bulunmayan bir üye devlet hakkında bu değerlendirmeyi yapamayacak ve taraf devletlerin yasal cinsiyet kotası getirmesi gerektiğine karar veremeyecektir. Dolayısıyla Türkiye açısından yasal zorunlu cinsiyet kotası düzenlemesi hala erkeklerin üstünlüğünde olan TBMM’nin takdirindedir.

## SONUÇ

Kadınların insan hakları mücadelesi, sıklıkla belirttiğimiz gibi öncelikle kadınların en başta insan olduğunun kabul edilmesini sağlamak yönünde ortaya çıkmıştır. Bu açıdan kadınların insan hakları mücadelesi, erkeklerin insan hakları mücadelesinin çok gerisinde başlayabilmiştir. Dolayısıyla modern insan hakları kuramı başlangıçta erkeklerin hakları olarak kabul edilmiştir. Yüzlerce yıl hüküm süren ataerkil toplum yapısını dönüştürmek bu nedenle kolay olmamıştır ve günümüzde de bu mücadele devam etmektedir.

<sup>153</sup> Zevnik and Others v. Slovenia, 54893/18, 12/11/2019, par. 5-15.

<sup>154</sup> Zevnik and Others v. Slovenia, par. 30, 34, 40.

Aydınlanma düşüncesinin ve burjuva devrimlerinin öncülüğünde gerçekleşen demokrasi ve modern insan hakları kuramı kadınları görmezden gelerek yola koyulmuştur. Ancak modern devletlerin kuruluşuna eşlik eden sanayi devrimleri ile kalıplaşmış özel alan-kamusal alan ayrımı dönüşüme uğramış ve bu dönüşüm aileyi de etkileyerek kadınların da üretim sürecine katılmasını sağlamıştır. Özellikle hem dünya hem de Türkiye tarihinde bu dönüşümün yapıtaşını laiklik oluşturmuştur. Çünkü dinsel etkilerden sıyrılarak sırf insan olmaktan dolayı hakların kabulü ancak bu şekilde mümkün olabilmektedir. Böylece kamusal alana çıkan, sosyo-ekonomik açıdan güçlenen ve eğitime ulaşan kadınların aydınlanma süreci başlayarak feminist hareket ortaya çıkmıştır. Kadınlar önce eşit yurttaşlık talepleriyle siyasal hakları için mücadele vermişler ve genellikle toplumların kritik dönüm noktalarında üstlendikleri önemli görevler sonrasında 20. yüzyılın başlarında siyasal haklarını hukuken elde etmişlerdir. Ancak hakların şekli olarak hukuken tanınmış olması toplumsal cinsiyet kalıplarını ve ataerkil yapıyı dönüştürmekte başarılı olamamış ve cinsiyet temelli ayrımcılık insan haklarının her alanında devam etmiştir. 1970'li yıllarda başlayan ikinci dalga kadın hareketi ile hukuken tanınan kadının insan haklarının fiilen de eşit uygulanabilmesi için yoğun bir mücadele başlamıştır. BM tarafından yapılarak 1981 yılında yürürlüğe giren *CEDAW* ile bu mücadele hukuken somutlaşmıştır.

Türkiye açısından da esasında dünyadaki kadın hareketiyle paralel bir kadın mücadelesi gelişmiştir. Aydınlanma düşüncesi, demokrasi ve modern insan hakları anlayışının Osmanlı coğrafyasında etkili olmaya başladığı Tanzimat Dönemi sonrasında kadınların öncelikle eğitim hakkına kavuşarak aydınlanması gerçekleşmiş ve sonrasında özellikle de II. Meşrutiyet döneminde kolektif bir bilince ulaşılmıştır. Teokratik ve monarşik devlet yönetiminin etkisinin kırılmasıyla ve Osmanlı'nın çöküşü sonrasında verilen Kurtuluş Savaşı'nda kadınlar toplum hayatında etkili olmaya başlamıştır. Laik temellere dayanan ulus devletin inşa sürecinde aktif rol oynayan Türk kadını siyasal haklarını kazanmak amacıyla henüz Cumhuriyet kurulmadan bir siyasal parti dahi kurmuştur. Dolayısıyla Türk kadınına siyasal haklarının bahşedildiği algısı yanlıştır. Ancak bağımsız bir kadın hareketi olarak ortaya çıkıp mücadelesini sürdüren Türk kadınının Cumhuriyet'in demokratikleşmesinin simgesi olarak gösterilmesi ve bu ideolojinin kanatları altında faaliyetlerini sürdürmesine izin verilmesi bu mücadelenin hızını kesmiştir. Ayrıca toplumumuzda günümüzde de hala devam eden ataerkil toplum yapısı ve toplumsal cinsiyet kalıpları nedeniyle kadınlar ekonomik-sosyal açıdan oldukça geri kalmıştır. Cumhuriyet'in kuruluşundan itibaren kadınlara siyasal alanda yüklenen edilgen konum, kadınların siyasal partilerde

yer almasını zorlaştırmıştır ve Türk kadını genel olarak partilerin kadın kolları faaliyetlerinde rol alabilmiştir. Dolayısıyla dünyadaki diğer ülkelere nazaran erken bir dönemde siyasal haklarını kazanan Türk kadını ne yazık ki günümüzde eşit siyasal temsil açısından oldukça geri kalmıştır. Eski Türk toplumlarının gelenekleriyle övünen eril siyaset alanımız, bu toplumların kadınların siyasal alandaki etkin ve önemli konumunu görmezden gelmektedir.

Bu bilgiler ışığında Türkiye’de demokrasi kadınların yokluğunda eksik bir demokrasi olarak yoluna devam etmektedir. 1985 yılından bu yana taraf olduğumuz *CEDAW*’ın gereklerini yerine getirmemekte ısrarcı davranılmakta ve halen kadınların eşit siyasal temsilini sağlayacak zorunlu yasal cinsiyet kotası kabul edilmemektedir. Bu olumsuz duruma karşın 1980’lerden bu yana Türkiye’de gelişen ikinci dalga kadın hareketi örgütlenmiş bir şekilde kadınların insan hakları mücadelesine devam etmektedir. Dolayısıyla ülkemizde laik bir düzen temelinde, bu mücadele toplumsal cinsiyet kalıplarını, toplumda ve aile içinde kadına biçilen rolleri değiştirerek Türk kadınının insan haklarına eşit bir şekilde fiili olarak da sahip olmasını sağlayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akcan, Gözde. *Muris Muvazaası, Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Akın, İlhan F. *Devlet Doktrinleri*. İstanbul: Beta Yayınları, Tıpkı 3. Baskı, 2016.
- Alçık, Merve. “Kadının Siyasal Hayata Katılımının Kolaylaştırılması İçin Hukuki Bir Çözüm: Cinsiyet Kotası”, içinde II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt I, editörler: Süheyla Suzan Gokalp Alıca ve Necdet Basa, 627-643. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 381, 2019.
- Altındal, Aytunç. *Türkiye’de Kadın (Marksist Bir Yaklaşım)*. İstanbul: Havass Yayınları, 3. Baskı, 1980.
- Anıl, Adile Yılmaz. “Kutadgu Bilig’de Kadın”. *Türk Kültürü ve Hacı Bektaş Veli Araştırma Dergisi*, Sayı 32, (2004), 91-99.
- Astell, Mary. *Reflections Upon Marriage*, (London: Printed for John Nutt, near Stationers-Hall, 1700, <https://digital.library.upenn.edu/women/astell/marriage/marriage.html>, Erişim Tarihi: 06.01.2023.
- Atatürk, Mustafa Kemal. *Medeni Bilgiler-Türk Milletinin El Kitabı*, kaleme alan: Afet İnan. İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 2. Baskı, 2010.
- Berktaş, Fatmagül. “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, *Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 7*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2004, 1-30.
- Berktaş, Fatmagül. *Tarihin Cinsiyeti*. İstanbul: Metis Yayınları, 3. Baskı, 2010.
- Bock, Gisela. *Avrupa Tarihinde Kadınlar*, çeviren: Zehra Aksu Yılmaz. İstanbul: Şefik Matbaası, 2004.
- Cankurtaran, Özlem ve Küçükarslan, Görkem Kelebek. “Toplumsal Cinsiyete Dair Kavramlar”, içinde *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, editörler: Aksu Bora, Şengül İnce, 7-21. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2021.
- Çelebi, Aykut. “Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine”, içinde *Demokratik Anayasa Görüşleri ve Önerileri*. Hazırlayanlar: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, İstanbul: Metis Yayınları, 2012.
- Dinçkol, Bihterin Vural. “Kadının İnsan Hakları”, içinde *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli*, hazırlayan Bihterin Vural Dinçkol, 13-19. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayın No: 6, 2003.

- Dinçkol, Bihterin Vural. “Türkiye’de Siyasal Yaşam ve Kadın”, içinde İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, hazırlayan Bihterin Vural Dinçkol, 146-152. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayın No: 6, 2003.
- Doğan, İlyas, Ünver, Fatma Süzgün Şahin ve Tatar, Dilara Buket. “Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş”, içinde İnsan Hakları Hukuku, editör: İlyas Doğan, 137-162. Ankara: Astana yayınları, 3. Baskı, 2019.
- Doğru, Derya. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjî Doktrini. Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Doğru, Derya. “1921 Anayasası: Millî Egemenliğe Dayalı Ulus Devletin Kuruluşu”, içinde 1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, editörler: Ömer Anayurt, Yusuf Tekin, 329-348. Ankara: TBMM Basımevi, 1. Baskı, 2022.
- Eren, Fikret ve Aktürk, İpek Yücer. Türk Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Esirgen Seda Örsten ve Bozkurt, Nevin Ünal. “Türk Hukuk Tarihinde Kadın”, içinde Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 91-114. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I. Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2020.
- Göztepe, Ece. “Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1-4, ( 1996), 185-193.
- Gözübüyük, Şeref ve Kili, Suna Türk Anayasa Metinleri (1839-1980). Ankara: 1982. <https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf> (Erişim tarihi: 25.12.2022).
- Gül, Songül Sallan ve Altındal, Yonca. “Türkiye Siyasetinin Eril Anatomisi: 2015 Seçimlerini Kota Uygulamaları Üzerinden Yeniden Düşünmek”, Tematik Yazılar, Toplum ve Demokrasi, 9 (19-20), (Ocak-Aralık 2015), 51-71.
- Gündüz, Ahmet. “Tarihî Süreç İçerisinde Türk Toplumunda ve Devletlerinde Kadının Yeri ve Önemi”. International Journal of Social Science, Volume 5, Issue 5, (October 2012), 129-148.
- Habermas, Jürgen Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, çevirenler: Tanıl Bora, Mithat Sancar. İstanbul: İletişim Yayınları, 9. Baskı, 2010.
- İnan, A. Afet. Atatürk ve Türk Kadın Haklarının Kazanılması, Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri. İstanbul: Atatürk Kitapları Dizisi: 3, Milli Eğitim Basımevi, 4. Baskı, 1982.

- Kaplan, Leyla. *Cemiyetlerde ve Siyasi Teşkilatlarda Türk Kadını (1908-1960)*. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu-Atatürk Araştırma Merkezi, 1988.
- Konan, Belkıs. “Türk Kadınının Siyasi Hakları Kazanma Süreci”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60 (1), (2011), 157-174.
- Kota El Kitabı “Geçici Özel Önlem Politikası: Kota”, hazırlayan: Aysun Sayın. Ankara: Yalçın Matbaacılık, KA-DER, 2007.
- Locke, John. *Two Treaties of Government*. London: Prepared by Rod Hay for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought. <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Erişim tarihi 05.01.2023.
- Mumcuoğlu, H. Maksut. *Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci*. Ankara: 2001.
- Oakley, Ann. *Sex, Gender and Society*. Farnham-Surrey: Ashgate Publishing, 12. Edition, 2015. <https://books.google.com.tr/books?id=G8fVBgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>. Erişim Tarihi 26.12.2022.
- Özçelik, Fatmagül Kale. *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Pierson, Christopher. *Modern Devlet*. İstanbul: Çiviyazıları, 2000.
- Phillips, Anne. *Demokrasinin Cinsiyeti*. Çeviren: Alev Türker. İstanbul, Metis Yayınları, 1995.
- Poggi, Gianfranco. *Çağdaş Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çeviren: Şule Kut-Binnaz Toprak., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 2002.
- Rosen, Jennifer. “Gender Quotas for Women in National Politics: A Comparative Analysis Across Development Thresholds”, *Social Science Research*, 66 (2017), 82-101.
- Rubio-Marín, Ruth. “The Achievement of Female Suffrage in Europe: on Women’s Citizenship”. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, No. 1, (April 2014), 4-34.
- Sezer, Tijen Dünder. “Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2022 S. 159), 51-122.
- Sumbas, Ahu. “Kadının Politik Temsil Meselesi Üzerine Bir Tartışma”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 53, (Ekim 2015), 103-121.
- Sumbas, Ahu. “Toplumsal Cinsiyet ve Siyaset”, içinde *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, editörler: Aksu Bora, Şengül İnce, 126-149. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2021.

- Tanör, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 24. Baskı, 2014.
- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Cilt:7, 13. İctima, 16.3.1340, 540-542. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c007/tbmm02007013.pdf> Erişim tarihi 25.12.2022.
- Tekeli, Şirin. Kadınlar ve Siyasal Toplumsal Hayat. İstanbul: Birikim Yayınları Yerli Araştırmalar Dizisi, 1982.
- Türkiye’de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler Araştırma Raporu. İstanpol İnsani ve Toplumsal Kalkınma Programı-Toplumsal Cinsiyet, Kasım 2021. <https://istanpol.org/Uploads/ContentManagementFile/2021-009-turkiyede-kadının-siyasete-katılımı--engeller-ve-deneyimler-1.pdf>.
- Uygun, Oktay. Devlet Teorisi. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Uygun, Oktay. Demokrasi, Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014.
- Uygur, Gülriz ve Özdemir, Nadire. “Giriş”, içinde Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2019).
- Üçok, Coşkun, Mumcu, Ahmet ve Bozkurt, Gülnihal. Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan Kitabevi, 18. Baskı, 2016.
- Wollstonecraft, Mary. Kadın Haklarının Gerekçelenirilmesi. 1792, çeviren: Deniz Hakyemez. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları,3. Baskı, 2015.
- Zihnioglu, Yaprak. Kadınsız İnkılap (Nezihe Muhiddin, Kadınlar Halk Fırkası, Kadınlar Birliği). İstanbul, Metis Yayınları, 2013.



## SİLAHLI ÖRGÜTLENME SUÇU (TCK m.314)

*The Crime of Armed Organization  
(TPC Art. 314)*

Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL\*

### ÖZ

Bu çalışmada, TCK m.314’de yer alan “silahlı örgüt” suçu incelenmiştir. Bu hüküm kapsamında, TCK’nın “Millete ve Devlete karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü ve “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması ve yönetilmesi, bağımsız bir suç olarak ihdas edilmiştir. Silahlı örgütlenme suçu, özel bir örgütlenme suçu örneğidir. Bu çalışma ile örgütlü suçluluğun özel bir şekli olan silahlı örgütlenme suçunun, genel örgütlenme suçundan ve diğer benzer suçlardan ayırt edilmesini sağlayan özelliklerinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Genel hüküm niteliğinde olan TCK m.220’ye ilişkin olarak pek çok çalışma olmasına rağmen, özel hüküm niteliğindeki TCK m.314’de yer alan “silahlı örgütlenme suçu”na ilişkin yeteri kadar monografik bir çalışma bulunmamaktadır. Bu husus ise, bu konuda literatüre katkı sağlamanın önemini ortaya koymaktadır. Silahlı örgütlenme suçu bakımından, silahın anlam ve kapsamının belirlenmesi de oldukça önemlidir. Bu bağlamda, bu suç kapsamına giren silaha dair önerdiğimiz ölçütler ele alınacaktır. TCK m.314’te yer alan “silahlı örgüt suçu”, Türk doktrininde yer alan görüşler ve mahkeme kararları göz önüne alınarak suç inceleme yöntemine göre incelenmiş ve tartışmalı, problemlerli konular tespit edilerek görüşlerimize ve çözüm önerilerimize verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Silahlı örgütlenme suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, örgütlü suç, terör örgütü, terör.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 12.05.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 20.12.2022.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: tulaykitapcioglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6631-1109.

## ABSTRACT

In this study, the crime of “armed organization” in TPC art. 314 has been examined. Within the scope of this provision, the establishment of an armed organization and its administration in order to commit the crimes that are stated in the fourth section of TPC which is “Crimes Against the Nation & the State and Final Provisions” subtitled as “Crimes Against the Security of the State” in the fourth part and “Crimes Against the Constitutional Order and its Functioning” in the fifth part was formed as an independent crime. In this study, it is aimed to determine the features that distinguish the armed organization crime, which is a special form of organized crime, from general organizing crime and other similar crimes. Although there are many studies on TPC art. 220, which is a general provision, there is not enough monographic study on the “armed organization crime” in TPC art. 314, which is a special provision. The “armed organization crime” in TPC art.314 has been examined according to method of criminal examination, taking into account the opinions in the Turkish doctrine and court decisions, and controversial and problematic issues have been identified and given to our opinions and solution proposals.

**Keywords:** The crime of armed organization, the crime of establishing organizations for the purpose of committing crimes, organized crime, terror organization, terror.

## GİRİŞ

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, 5237 sayılı TCK m.220’de düzenlenmiştir. Bu hüküm, herhangi bir suçu işlemek amacıyla kurulan tüm örgütleri kapsayıcı nitelikte olduğundan genel bir normdur. Sadece belirli suçları işlemek amacıyla kurulan örgütler bakımından, TCK m.314 hükmü, özel bir önemi haizdir. Çünkü bu madde kapsamında, TCK m.302-313 arasında düzenlenen suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması ve yönetilmesi, bağımsız bir suç olarak ihdas edilmiştir.

Silahlı örgütlenme suçu, TCK’nın “Özel Hükümler” başlığı altında ikinci kitap dördüncü kısım beşinci bölümünde 314.maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.”

Maddenin birinci fıkrasında, belirli suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması ve yönetilmesi, bağımsız bir suç olarak ihdas edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, silahlı örgüte üye olma fiili, suç olarak ihdas edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, TCK m.220’de yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümlerin bu suç bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, TCK m.314’te yer alan “silahlı örgüt suçu”, Türk doktrininde yer alan görüşler ve mahkeme kararları göz önüne alınarak incelenecek ve tartışılmalı, problemleri konulara, görüşlerimize ve çözüm önerilerimize yer verilecektir.

## I. KAVRAMLAR, SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE BU SUÇUN TCK M.220’DEN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

### A. Kavramlar

Silahlı örgütlenme suçu, bir örgütün varlığını gerektirdiğinden dolayı örgüt kavramı üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. TCK’da örgüt kavramı tanımlanmamıştır.

Örgüt sözlükte, “ortak bir amacı veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik, teşekkül, teşkilat” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Örgütlü suçluluk kapsamında, suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak yahut örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemekten bahsedilebilir<sup>2</sup>. Doktrinde örgüt, belli bir organizasyon dahilinde, bireysel iradede üstün ortak bir iradeye dayalı olarak kurulan, kanunun suç saydığı fiilleri işleme amacı ile bir araya gelen, hiyerarşik bir yapı dahilinde en az üç kişi tarafından oluşturulan suç birliği olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Suç örgütü, suç işlemek amacıyla kişilerin oluşturduğu birlik olarak ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Doktrinde suç örgütünün unsurları, birden

<sup>1</sup> <https://sozluk.gov.tr/> , E.T.:10.07.2021.

<sup>2</sup> İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2019), 12. Bası, s.13.

<sup>3</sup> A. Caner Yenidünya ve Zafer İçer, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma* (TCK m.220, 221) (İstanbul:Digesta Yayınevi, 2014), s.6.

<sup>4</sup> Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Ankara:Adalet Yayınevi, 2010), Cilt VI, s.8536.

fazla kişinin bir araya gelmesi, bu kişilerin belli bir amaç ve organizasyon yapısı içinde ve belli ya da belirsiz bir süre için bir araya gelmeleri ve birden fazla suç işlemek amacıyla oluşturulmaları olarak ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Kurulan bir örgütün suç teşkil edebilmesi için TCK m.220/1’de ifade edildiği üzere, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ve araç gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gereklidir. Ayrıca örgütün süreklilik arz etmesi önemlidir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, örgütü basit bir birleşmeden ayıran unsurun devamlılık ve süreklilik olduğu ifade edilmiştir<sup>6</sup>.

Örgüt mensubu kavramı, TCK m.6/j’de, “bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi” olarak tanımlanmaktadır. “Örgüt mensubu suçlu” kavramının hukuki neticeleri önemlidir. Bu tanımın TCK m.58 başta olmak üzere m.220 ve m.314 açısından da önemi bulunmaktadır. Genel hüküm olması dolayısıyla da, özel ceza kanunları ve ceza hükmü içeren diğer kanunlar hakkında uygulanabilmesi yönüyle de önemlidir<sup>7</sup>. TCK m.58/9’a göre, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra uygulanan denetimli serbestlik tedbiri, “örgüt mensubu suçlu” hakkında da uygulanır. Bu hüküm, örgüt mensubu olmanın hukuki neticesi olarak uygulanan infaza yönelik bir düzenleme niteliğini haizdir<sup>8</sup>.

Bu çalışmada silahlı örgütlenme kavramı, suç örgütü kapsamında yer alan tüm suçları kapsayıcı nitelikte olması dolayısıyla tercih edilmiştir.

## B. Korunan Hukuki Değer

<sup>5</sup> Erkan Sarıtaş, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, I. Kitap, Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoglu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011, s.121-201, s.127-128. Bir başka görüşe göre de örgüt kavramının unsurları doktrinde, sürekli bir biçimde, sayısı belirsiz suçu işlemek amacıyla birliktelik oluşturulması, hiyerarşik yapının bulunması, örgüt yapısının amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması ve üye sayısının en az üç kişi olması olarak ifade edilmektedir (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.13-33).

<sup>6</sup> Yargıtay CGK., 13.04.1987 tarih ve 8-42/211 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8537); Yargıtay CGK., 11.11.2021 tarih ve 2020/61 E., 2021/546 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.: 02.08.2022).

<sup>7</sup> Sarıtaş, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, s.142.

<sup>8</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.135.

Silahlı örgütlenme suçu ile korunması amaçlanan hukuki değerler, doktrinde bir görüşe göre, devletin ülkesinin ve ulusunun bütünlüğü ve egemenliği ile Anayasal düzenin ve kişi güvenliğinin korunmasıdır<sup>9</sup>. Doktrinde bir başka görüşe göre, silahlı örgütlenme suçu ile korunan tek bir hukuki değer bulunmamaktadır. Çünkü bu suç, TCK m.302-313 arasında düzenlenen tüm suçları işlemek amacıyla örgüt kurulmasına ilişkin olduğundan bu suçların koruduğu hukuki değerler de nazara alınmalıdır. Bu kapsamda, devletin güvenliği ile Anayasal düzenin varlığı ve sürdürülmesine, toplumsal barış ve güvenin korunmasına ilişkin hukuki değerlerin korunmasının amaçlandığı ifade edilmelidir<sup>10</sup>.

Düşüncemize göre, bu suç ile devletin güvenliği ile anayasal düzenin ve bu düzenin işleyişinin korunması ve ayrıca kamu güvenliği ve barışın korunması amaçlanmaktadır. TCK m.220 gerekçesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile korunan hukuki değerlerin kamu güvenliği ve barış olduğu ifade edilmiştir. Kamu güvenliği ve barışın bozulması, bireyin güvenli yaşama hakkını zedelediğinden bu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı koruması da amaçlanmaktadır. Genel norm olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile korunan hukuki değerlerin silahlı örgütlenme suçu bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz.

### **C. Silahlı Örgütlenme Suçunun Genel Norm Niteliğinde Olan TCK m.220'den Ayrılan Özellikleri**

Genel norm niteliğinde olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK m.220'de düzenlenmiştir. TCK m.314, TCK m.220'yi temel düzenleme olarak kabul etmiştir<sup>11</sup>. Özel norm niteliğinde olan TCK m.314, genel norm olan TCK m.220'den iki önemli özelliği dolayısıyla ayrılmaktadır. Bu özellikler, silahlı örgütlenme suçunda silahın suçun temel şeklinin bir unsuru olması ve örgütün dördüncü ve beşinci bölümde yer alan suçları işlemek amacıyla kurulmuş olmasının gerekmesidir.

<sup>9</sup> Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2008), 4.Cilt, 2. Baskı, s.4204; Vesile Sonay Evik, "Silahlı Örgütlenme Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (İstanbul:2006), Cilt:5, Sayı:1, s.101-133, s.105.

<sup>10</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8534.

<sup>11</sup> Mehmet Zengin, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçlarının Normatif ve Olgusal Temelleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s.33.

İlk özellik olan silah unsuru, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda, (TCK m.220/3) nitelikli hal iken, silahlı örgütlenme suçunda (TCK m.314) suçun temel şeklinin unsurudur. Silahlı örgütlenme suçunun madde gerekçesinde de her iki suç arasında örgütün niteliği bakımından da farklılık bulunduğu, bu madde kapsamına giren örgütün silahlı olması gerektiği, silahın suçun bir unsurunu oluşturduğu ifade edilmiştir.

Örgütün silahlı olup olmadığının belirlenmesine ilişkin objektif kriterlerin neler olduğu tartışılmalı ve belirlenmelidir. Ne TCK m.220/3'te ne de m.314'de hangi hallerde örgütün silahlı kabul edileceği, örgütün silahlı kabul edilebilmesi için tüm üyelerin silahlı olmalarının gerekip gerekmediği düzenlenmemiştir. TCK m.314'ün gerekçesinde, örgütün bütün mensuplarının silahlı olmalarının zorunlu olmadığı, hedeflenen suçların işlenmesini sağlayabilecek derecede olmak üzere bazı üyelerin silahlı olmalarının suçun oluşması için yeterli olduğu ve silah sayısının suçun oluşması bakımından yeterli olup olmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu ifade edilmiştir.

Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, silahın sayı bakımından amaç için yeterli olması koşuluyla örgüt kullanımına hazır silahların bulunması, silahlı örgüt kavramının varlığı bakımından yeterlidir. Bununla birlikte, örgüt üyelerinin kişisel olarak silahlarının olması, örgütün silahlı örgüt olarak kabulü için yeterli değildir<sup>12</sup>. Örgütü oluşturan herkesin silaha sahip olması gerekmeseyse de, silahın bilfiil bulunması ve örgüt üyelerinin çoğunluğunun silahının olması gerekir<sup>13</sup>. Örgütlenme suçu, baştan itibaren silahlı örgütlenme şeklinde olmalıdır. Silahlı örgütlenme ise, örgüt ve mensuplarının silahlanmış olmasıdır<sup>14</sup>. İkinci görüşe göre, örgütün ülke çapında silahlı eylemlerinin bulunması, silahlı bir örgüt olduğunu göstermekle birlikte örgütün hiçbir eylemi olmasa dahi, örgüt mensuplarının bir kısmının silahlı olması ve örgütün organize olması halinde, örgütün silahlı olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>15</sup>. Üçüncü görüşe göre, silahlı örgütlenme suçunun oluşması için silahın amaçlanan suçları

<sup>12</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8539.

<sup>13</sup> Evik, "Silahlı Örgütlenme Suçu", s.117.

<sup>14</sup> Zeki Hafızoğulları, Günal Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *TBB Dergisi* (Ankara:2007), Sayı:71, s.25-80, s.44.

<sup>15</sup> Mehmet Taştan, "Silahlı Örgüt Kurmak, Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi* (Ankara:2008), Cilt:3, Sayı:20, s.113-119, s.114.

işlemeye elverişli olması gereklidir<sup>16</sup>. Suç örgütü mensuplarında bulunan birkaç silah, amaç suçları işlemeye elverişsiz olduğu kabul edildiğinde silahlı örgütten söz etmek mümkün olmaz<sup>17</sup>. Bu bağlamda, örgütün sahip olduğu silahların cins, nitelik ve miktarı, somut tehlikenin belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır<sup>18</sup>. Silah tanımının yer aldığı TCK m.6/1-f anlamında silah olarak kabul edilen bardak, sopa, fayans, taş gibi araçlarla TCK m.314'te yer alan amaçlanan suçların işlenmesi fiilen mümkün değildir. Bu sebeple kullanılan araçların, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından elverişli olup olmadığı incelenmelidir<sup>19</sup>. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, “*molotof kokteyli*”<sup>20</sup>, “*biksi mermisi*”<sup>21</sup>, “*el bombası*”<sup>22</sup> gibi araçlar, TCK m.315'te yer alan “*silah sağlama*” suçu bakımından elverişli kabul edilmiştir. Silahtan anlaşılması gerekenin tamamen TCK m.6/1-f'de tanımlanan silah olmadığı yönünde de bir görüş bulunmaktadır<sup>23</sup>. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamındaki silah esas alınmalıdır<sup>24</sup>. Dördüncü görüşe göre ise, kuruluşu bakımından örgütün silahlı örgüt olarak kurulması arandığı için silahlı hareket, elverişlidir ve silahlanmanın yeterli düzeyde olmasına gerek yoktur<sup>25</sup>.

<sup>16</sup> Kadir İnce, “Türk Ceza Hukuku’nda Örgütlü Suçluluk ve Silahlı Terör Örgütü”, ERÜHFD (Erciyes:2020), C: XV, S:1, s.241-269, s.260; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.78; Muhammed Emre Tulay, “Örgüt Üyesi Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Suç İşlemek”, *Sosyal Bilimler Dergisi/The Journal of Social Science* (2018), Yıl:5, Sayı:26, s.1-9, s.5.

<sup>17</sup> Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Suç Örgütü* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2021), 4. Baskı, s.412.

<sup>18</sup> Bilal Osmanoğlu, Fahrettin Kıdıl, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan (İzmir:2019), Cilt:21, s.1141-1177, s.1150.

<sup>19</sup> Şen/Eryıldız, a.g.e., s.412; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.78, 79.

<sup>20</sup> Yargıtay 9.CD., 04.01.2012 tarih ve 11290/97 K. sayılı karar (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.79).

<sup>21</sup> Yargıtay 9. CD., 14.11.2007 tarih ve 8452/8310 K. sayılı karar (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.79).

<sup>22</sup> Yargıtay 9.CD., 12.04.2013 tarih ve 2011/11773 E., 2013/5794 K. sayılı karar (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.79).

<sup>23</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.118; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8538; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4206.

<sup>24</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4206.

<sup>25</sup> Hafizoğulları/Kurşun, a.g.m., s.44, 45.

Düşüncemize göre, silah değerlendirmesinde, iki aşamalı bir inceleme yapılmalıdır. Öncelikle amaç suç belirlenmelidir. Sonrasında tespit edilen amaç ile bu amacı gerçekleştirmeye yönelik önemli bir araç olan silahın uyumlu olup olmadığı ve silahın amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığı incelenmelidir.

TCK m.220/3'te örgütün silahlı olması, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, suç örgütünün silahlı olup olmamasının veya sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarının, somut tehlikenin belirlenmesi bakımından önemli olduğu ifade edilmiştir. Suçun nitelikli halinin oluşması bakımından önemli olan husus, silahın örgütsel yapılanmanın bir parçası olmasıdır. Aksi halde, örgütün bazı üyelerinin örgütün amaçlarından ve örgütsel iradeden bağımsız olarak silah taşıması mümkündür ve bu halde örgütün silahlı olmasından söz edilmeyecektir<sup>26</sup>. Nitelikli halin uygulanabilmesi için örgütün bütünü yönünden amaç suçları işlemeye elverişli silahın gerektiğinde kullanılmak üzere hazır olması gereklidir<sup>27</sup>.

İkinci özellik, amaç unsuruna ilişkindir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda, amaç suçlar, genel olarak tüm suçlar bakımından geçerli iken, silahlı örgütlenme suçunda, sadece TCK m.302-313 arasında düzenlenen suçları kapsamaktadır. Doktrinde silahlı örgütlenme suçu bakımından “*özel amaçlı örgütlenme suçu*” ifadesi kullanılmaktadır<sup>28</sup>. Buradaki özel amaçlar, dördüncü ve beşinci bölümde yer alan suçları (TCK m.302-313) işlemeye yönelik olmalıdır. Eğer suç işlemek amacıyla kurulan örgüt, silahlı ise ve dördüncü ve beşinci bölümde yer alan suçları işlemek amacıyla kurulmuş ise, TCK m.314 kapsamında özel amaçlı örgütün varlığı söz konusu olur.

“*Devlet Güvenliğine Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü bölümde yer alan suçlar; Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK m.302), düşmanla iş birliği yapmak (TCK m.303), devlete karşı savaşa tahrik (TCK m.304), temel milli yararları karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama (TCK m.305), yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK m.306), askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (TCK m.307),

<sup>26</sup> Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları* (TCK m.220-221) (İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2018), s.390; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.76.

<sup>27</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.76.

<sup>28</sup> Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları* (TCK m.220-221), s.4.

Düşman devlete maddi ve mali yardım (TCK m.308)'dir. "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı beşince bölümde yer alan suçlar; Anayasayı ihlal suçu (TCK m.309), Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu (TCK m.310), yasama organına karşı suç (TCK m.311), hükümete karşı suç (TCK m.312), Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan (TCK m.313)'dir. Beşinci bölümde yer almakla birlikte TCK m.315'te yer alan "silah sağlama" ve m.316'da yer alan "suç için anlaşma" suçları, silahlı örgütün kurulması ile amaçlanan suçlar arasında değildir.

Doktrinde silahlı örgütlenme suçunun unsurları, suç işlenmesi amacıyla sürekli birliktelik ve örgütlenme, organize yapı, üyeler arasında hiyerarşik ilişki ve örgütün silahlı olması olarak ifade edilmektedir<sup>29</sup>. TCK m.220/7'de de ifade edildiği gibi örgüt içerisinde hiyerarşik bir ilişki bulunmalıdır. Hiyerarşik ilişki, örgüt içerisinde yetkili organ ya da makamlar tarafından alınan kararın örgüt üyeleri tarafından uyulması zorunluluğunu ve uyulmaması halinde yaptırımlar ile karşılaşılmasını gerektirir. Suç işlemek amacıyla birleşen kişilerin örgüt olabilmesi için bu birlikteliğin organize yapıya dayanması gereklidir. Örgütün varlığından söz edebilmek için sürekli nitelikte birleşme ve örgütlenme gereklidir<sup>30</sup>. Düşüncemize göre silahlı örgütlenme suçunun unsurları, TCK m.220'de yer alan suçun genel esaslarına uygun bir örgütün varlığı, örgütün TCK m.302-313 arasında düzenlenen suçların işlenmesi amacıyla kurulmuş olması ve silahlı olmasıdır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, bir örgütün silahlı terör örgütü kabul edilebilmesi için TCK m.220'de yer alan koşulların yanı sıra, yöntem, amaç-saik, elverişlilik, araç-gereç unsurlarına yönelik kriterler geliştirilmiştir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8537-8539.

<sup>30</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8537.

<sup>31</sup> Yargıtay kararında yöntem bakımından, cebir ve şiddetin kullanılması; amaç-saik bakımından, siyasi maksatla hareket eden örgüt olması; elverişlilik bakımından, amaç suçu işlemeye yönelik olarak kurulmuş olması ve bu amacı gerçekleştirebilecek yeterli derecede silahın olması; araç-gereç bakımından, örgütün silahları gerektiğinde kullanma imkanına sahip olması şeklinde belirlenmiştir. Bkz: Yargıtay CGK., 26.09.2017 tarih ve 2017/16-956 E., 2017/370 K. sayılı karar (Şen/Eryıldız, a.g.e., s.410, 411).

## II. SUÇUN UNSURLARI

### A. Suçun Maddi Unsurları

#### 1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Silahlı örgütlenme suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir<sup>32</sup>. Bu suçun işlenmesi ile toplumu oluşturan tüm bireylerin güven içerisinde, barış içerisinde yaşama hakkı zedelenmektedir.

Uygulamada, silahlı örgütlenme suçundan dolayı bir kimsenin doğrudan mağdur olması, davaya katılması yahut kanun yoluna başvurma hakkının bulunmasının söz konusu olmadığı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, suç örgütünün varlığının, amaçlanan suçları işlemede kolaylık sağladığı göz önüne alındığında, amaç suçların mağduru olan kimseleri, örgütlenme suçu yönünden suçtan zarar gören olarak kabul etmek gereklidir<sup>34</sup>. Düşüncemize göre de, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı zarar gören kişiler, suçtan zarar gören olarak kabul edilmelilerdir. Örneğin, Anayasal düzene karşı örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarda bireylerin yaşam haklarının ya da vücut dokunulmazlıklarının doğrudan zarar görmesi mümkündür. Dolayısıyla bu hallerde, kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

#### 2. Fail

Silahlı örgütlenme suçunun faillik alanında herhangi bir yöntemle sınırlandırma yapılmadığı için bu suçun faili herkes olabilir ve bu suç, herkes tarafından işlenebilen genel suçtur.

Genel suçu, suçun kanuni tanımında belirtilen failin sadece lafzi anlam itibariyle değil, içerik olarak da herhangi bir kişi olabildiği, faile ilişkin

<sup>32</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.71.

<sup>33</sup> "... sanıklara atılı silahlı terör örgütü yöneticisi olma, silahlı terör örgütü üyesi olma, silahlı terör örgütüne üye olma, silahlı terör örgütüne yardım ve suç işleyeni saklama suçlarının niteliği itibariyle ve bu suçlardan doğrudan doğruya zarar görmeyip, davaya katılma ve dolayısıyla hükmü temyiz etme hakkı bulunmayan katılanlar adına vekillerinin bütün sanıklar hakkında bu suçlardan kurulan beraat hükümlerine yönelik temyiz taleplerinin ... CMUK 317.maddesi gereğince reddine, ..." Bkz: Yargıtay 9.CD., 13.05.2003 tarih ve 2013/1 E., 2013/7264 K. sayılı karar (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.71, 72).

<sup>34</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.74.

özellik ya da yükümlülük ile faillik alanının sınırlanmadığı, daha genel bir ifade ile faillik alanının hiçbir yöntem ile sınırlanmadığı suçlar olarak tanımlamaktayız<sup>35</sup>.

Örgüt kurmak için gerekli olan en az üç kişinin bulunması ve amacın aynı yönde olması koşullarından dolayı silahlı örgütlenme suçu, çok failli bir yakınsama suçudur<sup>36</sup>. Örgüt oluşturma fiili, birden çok iradenin uyuşmasını gerektirmektedir. Karşılıklı olarak açıklanan iradelerin uyuşması ile suç oluşmaktadır ve müşterek bir irade şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>37</sup>. Örgüt suçları, anlaşma suçlarının bir alt türü olarak görülmekte ve belli bir amaca yönelik anlaşmadan başka birlik anlayışına yönelik iradenin ve karşılıklı yükümlülüklerin sürekliliğini de gerektirmektedir<sup>38</sup>.

### 3. Fiiller

#### a. Genel Olarak

Silahlı örgütlenme suçu kapsamındaki suçlar, silahlı örgüt kurmak, yönetmek yahut böyle bir örgüte üye olmaktır.

Suçun kanuni tanımında belirtilen suçlar, “*amaç suç*” niteliğindedir. Silahlı örgüt oluşturulması ise, belirlenen bu amaca yönelik devlete karşı zarar tehlikesi oluşturması nedeniyle “*araç suç*” niteliğindedir. TCK m.220 gerekçesinde de ifade edildiği üzere, örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından sadece bir araç niteliğindedir. Amaç suçun ilk aşaması olan silahlı örgüt oluşturulması, esas işlenecek suçtan ayrı ve bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir<sup>39</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, işlenmesi amaçlanan suçların hazırlık hareketi niteliğindedir<sup>40</sup>. Kanun koyucu, herhangi bir suç işlenmesi amacıyla örgüt kurulmasını hukuk düzenine ve topluma zarar verme

<sup>35</sup> Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, *Özgülü Suç* (İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2021), s.24, 25.

<sup>36</sup> Cihan Kavlak, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2011), s.310; Yenedünya/İçer, a.g.e., s.70, 71; Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.107.

<sup>37</sup> Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Ankara:Seçkin Yayınevi, 1998), s.137.

<sup>38</sup> Yalçın Sancar, a.g.e., s.141.

<sup>39</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4205.

<sup>40</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.107; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., 8534; Yalçın Sancar, a.g.e., s.148.

tehlikesini barındırması nedeniyle ayrı bir suç olarak ihdas etmiştir<sup>41</sup>. Bu suç, hukuk toplumu ve düzeni bakımından tehlike ortaya çıkardığı için amaç suç işlenmesi dahi cezalandırılmaktadır.

Aynı şekilde silahlı örgütlenme suçunun oluşumu için de, amaç suçlardan birisinin işlenmesi gerekli değildir. Özel bir örgüt olan silahlı örgütlenme de hazırlık hareketi niteliğindedir ve toplum bakımından meydana getireceği tehlike göz önüne alınarak suç olarak ihdas edilmiştir. Amaçlanan suçları işlemek üzere silahlı örgütün kurulmasının normatif olarak tehlike yarattığı kabul edilmiştir. Bu kapsamda silahlı örgütlenme suçu, bir tehlike suçudur<sup>42</sup>. TCK m.220 gerekçesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun somut tehlike suçu olduğu, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ve araç gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmasının aranması gerektiği ifade edilmiştir. Somut tehlikenin varlığı için örgütün bu tehlikeyi yaratmaya uygun ve elverişli bir organizasyon yapısını haiz olması gereklidir. Bu kapsamda da, kurulan örgütün işlemeyi amaçladıkları suçlar için sayı, araç ve yapılanma olarak elverişli olup olmadığı incelenmelidir<sup>43</sup>. Silahlı örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ve silah sayısı bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması, silahlı örgüt suçunun oluşumu bakımından yeterlidir.

Örgüt, belirli olmayan bir dizi suçun tamamlanması amacını taşımalıdır. Tek bir suç işlemek için bir araya gelmek, bu suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Bu halde, iştirak halinde işlenen suç söz konusu olur<sup>44</sup>. Örgüt yapısında, iştirak ilişkisinden farklı olarak suçun konu ya da mağdur olarak belirlenmesi zorunlu değildir<sup>45</sup>. TCK m.220 gerekçesinde de, belli bir suç işlemek için bir araya gelinmesi halinde örgütün değil, iştirak ilişkisinin olacağı ifade edilmiştir.

Doktrinde, silahlı örgütlenme suçunun mütemadi bir suç olduğu ifade edilmektedir. Suç tarihi, failin yakalanma, teslim olma ya da örgütten çekilme gibi temadiyi sona erdiren hareketlerine göre belirlenmelidir<sup>46</sup>. Suç

<sup>41</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8534; Yalçın Sancar, a.g.e., s.148.

<sup>42</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.105; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8534.

<sup>43</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8534, 8535.

<sup>44</sup> Aybala Gök, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Suçları ve Terörizm”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, Kırıkkale, 2005, s.63; Yalçın Sancar, a.g.e., s.150.

<sup>45</sup> Gök, a.g.e., s.63.

<sup>46</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4207.

işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu kapsayan suçlar arasında ayırım yapmaksızın genel olarak mütemadi suç olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Düşüncemize göre ise, silahlı örgütlenme suçu kapsamındaki suçların yapısı itibariyle farklılıklar taşıması dolayısıyla ayrı ayrı incelenmesi gereklidir.

Silahlı örgütlenme suçu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.3 kapsamında terör suçudur<sup>48</sup>. TMK m.3'de mutlak terör suçları, m.4'de ise nisbi terör suçları düzenlenmiştir<sup>49</sup>. Terör örgütlerine ilişkin olarak hukukumuzda iki temel düzenleme vardır. Birisi, TCK m.314'de yer alan “*silahlı örgüt*”, diğeri ise TMK m.7'de düzenlenmiş olan “*terör örgütü*”dür.

TMK m.7/1'e göre, birinci maddedeki amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere terör örgütü kuranlar, yönetenler ve bu örgüte üye olanlar, TCK m.314'e göre cezalandırılır. TMK m.7'de yer alan amaç ve yöntemlerle kurulan bir örgüt söz konusu ise, TMK m.7 atfıyla TCK m.314 kapsamında değerlendirme yapılması gerekir. Ayrıca bu hükme göre, örgüt faaliyetini düzenleyenler de örgüt yöneticisi olarak cezalandırılırlar.

TMK m.7 ile TCK m.220 ve m.314'e işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır<sup>50</sup>. TMK m.7 anlamında terör örgütü, TCK m.220'de yer alan örgütten amaç ve araç bakımından ayrılmaktadır. Bir örgütün terör örgütü olabilmesi için TMK m.1'deki amaçlardan en az birini taşıması gerekir. Ayrıca TMK m.7'de belirtilen cebir, şiddet, baskı, korkutma, yıldırma yöntemlerinden birisinin kullanılması gerekir<sup>51</sup>. TCK m.220'de düzenlenen suç örgütüne ilişkin koşullar, terör örgütleri için de geçerlidir. Özel düzenlemeler hariç olmak üzere, TCK m.220'ye atıf yapıldığından terör örgütlerine ilişkin örgütlenme suçlarının cezalandırılması açısından da, TCK

<sup>47</sup> Kavlak, a.g.e., s.325.

<sup>48</sup> Doktrinde bir görüşe göre, terör örgütü TMK m.1'de yer alan amaçlara yönelik kurulmakta, silahlı örgüt ise yalnızca maddede yer alan amaçlar ile kurulmakta, silahlı örgütün bu bağlamda terör örgütüne göre daha dar bir suç alanını haiz olduğu görülmektedir. Silahlı örgütün amaç ve yöntem bakımından terör örgütünün unsurlarını karşıladığı ve bu sebeple terör örgütü olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Osmanoğlu/Kıdıl, a.g.m., s.1172).

<sup>49</sup> Şen/Eryıldız, a.g.e., s.410; Kavlak, a.g.e., s.275, 276; İnce, a.g.m., s.265.

<sup>50</sup> 765 sayılı TCK'da suç örgütü düzenlemesinin dışında, TMK m.7'de ayrıca bir terör örgütü suçu tanımı yapılmaktaydı. Keyfi uygulamalara sebep olacak nitelikteki bu düzenleme, 5532 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve halihazırda yürürlükte olan şeklini almıştır (Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, s.62; Mehmet Taştan, Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu (Ankara:Adalet Yayınevi, 2009, s.86).

<sup>51</sup> Tozman, a.g.e., s.94.

m.220 geçerli olacaktır<sup>52</sup>. TMK m.3'te sayılan terör suçları arasında TCK m.314'e de yer verildiğinden ve TCK m.314/3'te m.220'ye atıf yapıldığından, m.220'ye ilişkin hükümlerin genel ve tamamlayıcı olması dolayısıyla uygulanması mümkündür<sup>53</sup>. Bu düzenleme ile terör örgütü kurma, yönetme, örgüte üye olma suçlarının doğrudan değil, TCK m.314'e atıf yapılarak cezalandırılması öngörülmüştür<sup>54</sup>. Bu kapsamda, TCK m.220'de yer alan suç örgütüne ilişkin esaslar, terör örgütü bakımından da uygulanacaktır. Örneğin, kurulan örgütün bir terör örgütü olarak nitelendirilebilmesi için en az üç kişiden oluşması ve yapısı, üye sayısı ve araç gereç yönünden amaç suçları işlemeye elverişli olması (*TCK m.220*) ve örgütün silahlı olması aranacaktır (*TCK m.314*). Suçun unsurları yönünden ise, TMK m.7'de hem belirli bir yöntemle icra edilmesi hem de belirli bir hedefe ulaşmak amacıyla suç işlemek üzere kurulması şeklinde iki unsur aranmaktadır. Bu özel unsurları taşıyan bir örgütün kurulması halinde TCK m.220 değil, TMK m.7 uygulanmalı ve failere bu maddenin atfıyla TCK m.314 gereğince ceza verilmelidir<sup>55</sup>.

TCK m.314'e yönelik yapılan atıf dolayısıyla TCK m.314'ün sadece ceza bakımından mı yoksa suçun unsurları yönünden mi uygulanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TMK m.7'de silah unsuru açıkça düzenlenmemiştir ve m.314'ün uygulanacağına yönelik ifadeden suçun unsurlarının uygulanacağı anlaşılmamaktadır, atıf ceza yönündendir<sup>56</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise, TCK m.314'e yapılan atıf, sadece ceza ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda suçun unsurlarını da kapsamaktadır<sup>57</sup>. 3713 sayılı

<sup>52</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.91; Sarıtaş, a.g.e., s.91; Özkaya, a.g.e., s.50.

<sup>53</sup> Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *Prof. Dr. Nur Centel'e Aramağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (İstanbul:2013), Cilt:19, Sayı:2, s.667-697, s.675; Kavlak, a.g.e., s.328; Evik, "Silahlı Örgütlenme Suçu", s.108, 109; Özkaya, a.g.e., s.50.

<sup>54</sup> Faruk Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı", *TBB Dergisi* (Ankara:2016), Sayı:116, s.39-84, s.71.

<sup>55</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.427.

<sup>56</sup> Engin Akın, *Terör ve Terörün Finansmanı Suçu* (Ankara:Adalet Yayınevi, 2009), s.78; Zengin, a.g.e., s.120; Osmanoğlu/Kıdıl, a.g.m., s.1173.

<sup>57</sup> Burak Boz, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* (Ankara:2020), No:1, s.131-186, s.153; Turinay, a.g.m., s.76; Taştan, a.g.e., s.85; Sarıtaş, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler", s.163.

TMK’da değişiklik öngören 5532 sayılı Kanununun 6.maddesinin gerekçesinde, TCK m.314’e yapılan atfın sadece ceza miktarı ile sınırlı olmadığı, suçun unsurlarını da kapsadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle de düşüncemize göre, TCK m.314’e yapılan atıf sadece ceza miktarını değil, suçun unsurlarını da kapsamaktadır.

Bu kapsamda terör örgütünden söz edilebilmesi için, örgütün cebir ve şiddet kullanılarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle Anayasa’da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak, yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla kurulmuş olması gereklidir. TMK m.1’de yer alan amaçları gerçekleştirmek için cebir ve şiddet kullanılarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle suç işlemek amacı ile kurulan silahlı örgütler, terör örgütü olarak kabul edilmiştir.

Bir örgütün terör örgütü olabilmesi için yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile TMK m.1’de yer alan amaçları işlemeye elverişli olması, cebir, şiddet, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit yöntemlerini kullanması, TCK m.220’de belirtilen örgütün koşullarını sağlaması, silahlı olması ve siyasi bir amaç taşıması gereklidir<sup>58</sup>. Suç işlemek amacıyla kurulan ve silahlı olmayan örgütler hakkında TMK hükümleri değil, genel norm olan TCK m.220, 221’in uygulanması gerekmektedir<sup>59</sup>.

### **b. Silahlı Örgüt Kurmak**

Örgüt kurma suçu, örgütün amacını oluşturan suçları gerçekleştirebilecek elverişte bir yapılanmayla kurulduğu an tamamlandığı için ani suç niteliğindedir<sup>60</sup>. Bir başka görüşe göre ise örgüt kurma suçu, örgüt kurmaya yönelik elverişli hareketlerin icrasıyla başlar. Örneğin, üye toplamaya çalışmak, örgütün faaliyet merkezinin kiralanması, amaç suçları işlemeye uygun silah, araç ve gereçlerin temin edilmesi gibi. Kurma suçu, amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gereçlerin temin edilmesi ve en az üç

<sup>58</sup> Burçin Özkaya, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2020, s.33.

<sup>59</sup> Özgenç, Suç Örgütleri, s.50.

<sup>60</sup> Taştan, a.g.m., s.114; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8547.

üyenin fiilen örgüte dahil edilmesiyle tamamlanır<sup>61</sup>. Düşüncemize göre, örgüt kurma suçu, örgüt kurmaya matuf hareketler ile başlamakta ve hiyerarşik yapı içerisinde en az üç kişinin ve elverişli araçların dahil edilmesiyle tamamlanmaktadır.

Yargıtay tarafından örgütün varlığına ilişkin olarak verilen kararlarda, örgüt kurma suçundan bahsedilebilmesi için üye sayısının en az üç ya da daha fazla olması, üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bağ kurulmuş olması, suç işleme amacı ile fiili bir birleşme olması, amaçlanan suçları işlemeye elverişli üye ve araca sahip olunmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

### c. Silahlı Örgütü Yönetmek

Örgütü yönetmek, örgüt faaliyet planlarını, iş bölümünü yapmak ve koordinasyonu sağlamak gibi yönlendirici davranışlarda bulunmayı gerektirir<sup>63</sup>. Örgütü yönetmek, örgütün hiyerarşik yapısı kapsamında ve örgütün amaçları doğrultusunda, örgütün işleyişini sağlamak, örgüt üyelerine emir ve talimatlar vermek, faaliyetleri yönetmek ve yönlendirmek şeklindeki fiilleri kapsamaktadır<sup>64</sup>. Örgüt hiyerarşisi içerisinde yönetimle ilgili önemli görev üstlenenler yönetici olarak kabul edilirler. Örneğin, örgütün üst yönetim kadrosunda yer almak, bölge sorumlusu olmak, belirli faaliyet alanlarıyla ilgili yönetim sorumluluğunu üstlenmek yöneticilik olarak kabul edilmelidir<sup>65</sup>.

Failin örgüt yöneticiliğini üstlenmesiyle birlikte fiili başlamış olmaktadır. Suçun icrası, örgüt yöneticiliği süresince devam ettiği için suç tarihinin yöneticiliğin sona erdiği tarih olarak kabul edilmesi gereklidir<sup>66</sup>. Örgüt yönetme suçu, süreklilik gerektirdiğinden mütemadi suçtur.

<sup>61</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.34.

<sup>62</sup> Yargıtay CGK., 03.04.2007 tarih ve 10-253/80 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8540).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 10.CD., 19.02.2009 tarih ve 2008/16520 E., 2009/2348 K. sayılı karar; Yargıtay 10.CD., 17.02.2009 tarih ve 2008/12537 E., 2009/2187 K. sayılı karar; Yargıtay 10.CD., 15.01.2008 tarih ve 2007/17712 E., 2008/314 K. sayılı karar; Yargıtay 10.CD., 20.11.2007 tarih ve 2007/10077 E., 2007/13458 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8540).

<sup>63</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4206; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.35; Taştan, a.g.m., s.114.

<sup>64</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.35, 36.

<sup>65</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.37; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8547.

<sup>66</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8547.

TCK m.220/5 gereğince örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. Bu hüküm gereğince, örgüt yöneticileri normatif anlamda işlenen suçların dolaylı faili olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde, örgütün amacına uygun bir görev verilen kişinin bu görevini yerine getirmemesi halinde yerine bir diğerinin rahatlıkla ikame edilebileceği, bu nedenle örgüt yöneticisi konumundaki kişilerin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Doktrinde bu düzenleme eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, “*organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı*”, bilhassa güçlü hiyerarşik yapısı olan, üye sayısı fazla ve geniş çaplı örgütler bakımından kabul edilebilir<sup>67</sup>. Bununla birlikte, bu ölçekte olmayan, sınırlı sayıda üyesi olan örgütlerde, emri alanın emri yerine getirmemesi halinde, her zaman emri icra edecek kişinin yerine bir başkasının ikame edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple örgütün ölçütleri göz önüne alınmadan her durumda yöneticilerin örgüt bünyesinde işlenen suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutulması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun değildir<sup>68</sup>. Ancak suç örgütleri arasında böylesi bir ayırım yapılması için gerekli olan objektif kriterler önerilmemiştir. Her ne kadar her somut olayın özelliğine göre belirlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmişse de<sup>69</sup>, bu ayırımın nasıl yapılacağı belirsiz kalmıştır. Bir görüşe göre de, sorumluluk için iştirak iradesiyle suçun işlenmesine nedensel katkının sağlanmış olması aranmalıdır<sup>70</sup>. Düşüncemize göre de bu düzenleme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur prensibi ile bağdaşmamaktadır. Örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarda dolaylı failliğin genel koşulları gerçekleştiğinde, zaten genel kurallar çerçevesinde ceza sorumluluğu mümkün olacaktır. Ceza sorumluluğunun somut olayın koşulları ile bağlantı kurmadan ve genel bir cezalandırma prensibi benimsenerek genişletilmesi, ceza hukukunun evrensel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Silahlı örgütün kurucusu olmamakla birlikte, örgüt yöneticisi olan kişi de kurucu ile aynı şekilde cezalandırılmaktadır.

---

<sup>67</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.42.

<sup>68</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.128; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.44.

<sup>69</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.46.

<sup>70</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.128.

#### d. Silahlı Örgüte Üye Olmak

Örgüte üye olmak, örgüte bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik yapının emrine girmeyi, var olan örgüte fiilen katılmayı ifade etmektedir<sup>71</sup>. TCK m.220/7’de örgüt üyesi olmanın örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayı gerektirdiği ifade edilmiştir. Örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak, örgüt yapısıyla organik bağ kurulması anlamına gelmektedir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, organik bağın ortaya konulması bakımından örgütlerin karakteristik hale gelen kanıtlarına örnek olarak, örgütün arşivci üyeleri tarafından düzenlenen, sistematik bir şekilde arşivlenen “özgeçmiş raporları”, örgüt mensuplarının kayıtlarının yapıldığı ve kişisel bilgilerini içeren “künye defterleri” gösterilmiştir<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4207; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8550; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.37.

<sup>72</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8551.

Benzer yönde bir başka kararda, “... *Sanığın örgütsel nitelikli ders alma, ders verme, silahlı nöbet tutma örgütün kitaptevi sorumlusu olma gibi süreklilik ve çeşitlilik gösteren eylem ve faaliyetlerinin silahlı örgüt üyesi olma suçunu oluşturduğu...*”. Yargıtay 9.CD., 09.06.2008 tarih ve 2007/9258 E., 2008/7446 K. sayılı karar (Özgür Çakın, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2015, s.71, dn.178.

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da, silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz: Yargıtay 16.CD., 30.04.2015 tarih ve 2015/3344 E., 2015/926 K. sayılı karar (Mustafa Saldırım, Firdes Elmaal Göbekci, “Terör Suçları, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçları Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Türk Mevzuatı ve Yargıtay İçtihatları*, Strasbourg, 2016, s.12). Yargıtay aynı kararında ayrıca, terör örgütünün önemli gün olarak kabul ettiği tarihlerde yapılan eylem ve etkinliklere katılmak ve katılmayı teşvik etmek, gizlilik içinde yürütülen toplantılara katılmayı örgüt üyeliği kapsamında değerlendirmiştir. Bkz: Veysel Gültaş, Mustafa Güzeldere, 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Silahlı Örgüt Suçları (Açıklamalı/İçtihatlı)* (Ankara:Bilge Yayınevi, 2018), s.515.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise, farklı olarak, örgütle organik bağ kurmak için gerekli olan süreklilik ve yoğunluk olmasa da ancak örgüt üyesi tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olarak kabul edilmesi gerektiği içtihat edilmiştir. Bkz: Yargıtay 16. CD., 27.11.2018 tarih ve 2018/1810 E., 2018/4596 K. sayılı karar (Zengin, a.g.e., s.68).

Örgüte üye olarak katılmak istememekle birlikte örgüte katkı sağlayan kişilerin üyelerden ayrı tutulması gerekir. Örneğin, örgüte silah satan ya da örgütün işlediği bazı suçlarda sadece o suçlara iştirak eden kişiler, üye olma kastları olmadığı için örgüt üyesi olarak nitelendirilemezler<sup>73</sup>. Silahlı örgüt üyeliği, amaçların gerçekleşmesine kadar geçecek uzun süreli faaliyetleri gerektirdiğinden somut olayın koşulları nazara alınarak kişinin örgüt üyesi niteliğini taşıma derecesine ulaşmış olmadığı belirlenmelidir<sup>74</sup>. Örneğin, alacağını borçludan tahsil edemeyen alacaklının belirli bir bedel karşılığında alacağını tahsil ettirmek amacıyla örgüte başvurması halinde yahut kişisel husumet beslediği bir kişinin öldürülmesi için örgüte para vermesi halinde, örgüte üye olma kapsamında değil, azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir<sup>75</sup>.

TCK m.220 gerekçesinde, örgüte üye olmanın fiili bir katılma olduğu, tek taraflı iradeyle de katılmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ancak doktrinde aksi yöndeki görüşe göre, iradenin iki taraflı olması gereklidir. Örgüt üyesinin örgüte katılım iradesinden başka, hiyerarşik yapı dahilinde, örgüt kurucuları ya da örgüt yöneticilerinin de, o kişinin örgüte katılımına yönelik açık ya da zımni bir iradesi olması gereklidir<sup>76</sup>. Örgüt üyeliğinin

<sup>73</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s.685.

Failin örgütün kimi faaliyetlerine ilgi duyması yahut katılması, silahlı örgüte üye olma bakımından yeterli değildir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, “*Failin salt silahlı örgüte ilgi duyması, örgüte katılmak için zemin arayışına girmesi, bu amaçla kendisini örgüte ulaştırabilecek kişilerle temasa geçmeye çalışması ve örgüt mensuplarıyla görüşüp buluşmadan salt örgüte katılmak amacıyla başka bir bölgeye yolculuk yapması eylemlerinin silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşumu için yeterli olmadığı*” içtihat edilmiştir. Bkz: Yargıtay CGK., 10.06.2008 tarih ve 270164 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8554).

<sup>74</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4207.

<sup>75</sup> Yargıtay tarafından verilen bir kararda da örgüte yardım boyutunda bir eylemi olmayan, sanığın sadece eşi ile ilişkisi olan bir kişinin öldürülmesi için para vermesi eyleminde, TCK m.314’te yer alan suçun unsurlarının oluşmadığı içtihat edilmiştir. Bkz: Yargıtay 8.CD., 02.10.2000 tarih ve 2000/20134 E., 2000/15714 K. sayılı karar (Özkaya, a.g.e., s.87, dn.304).

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da silahlı örgütün amacı benimsenmemekle birlikte örneğin ücret karşılığı ya da örgüt amacı dışında başka nedenlerle örgüt programı kapsamında bir suç işlendiğinde, bu suçun örgüte üye olma suçu kapsamında kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz: Askeri Yargıtay 3. Dairesi 03.11.1981 tarih ve 333 E., 410 K. sayılı karar (Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s.685).

<sup>76</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.38.

gerçekleşmesi, örgüte katılma iradesinin herhangi bir somut davranış ile ortaya konulmasını ve bu iradenin devamlı suretle katılmaya yönelik olmasını gerekli kılar<sup>77</sup>. Düşüncemize göre, örgüt üyeliğinin belirlenmesinde süreklilik önemli bir kriterdir. Bilhassa örgüte yardım suçu ile arasındaki ayırımın belirlenmesi bakımından da, önem taşımaktadır.

Örgüte üye olmakla birlikte suç tamamlanmakta, ancak üyelik süresince fiil temadi etmektedir. Bu nedenle örgüt üyeliği suçu, mütemadi suç niteliğindedir<sup>78</sup>. Örgüt üyesi olma, yakalanma anında kesintiye uğramaktadır<sup>79</sup>. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, silahlı örgüte üye olma suçunun suç tarihinin yakalama anına kadar sürdüğünün göz önüne alınmaması, hukuka aykırı görülmüştür<sup>80</sup>. Kişi yakalanmamakla birlikte örgüt üyeliğinden dolayı hakkında iddianame düzenlenirse örgüt üyeliği kesintiye uğramaz. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, failin gıyabında düzenlenen iddianamenin silahlı terör örgütüne üye olma suçunda hukuki kesintiye neden olmakla birlikte fiili kesintiye neden olmadığı ve bu nedenle failin örgüte katıldığı tarih ile yakalandığı tarih arasındaki fiillerinin bütün halinde silahlı terör örgütü üyesi olma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, iddianameden önceki dönemin örgüt üyesi olma, iddianameden sonraki dönemin ise, örgüte yardım suçunu oluşturduğu kabul edilerek iki ayrı suçtan ceza tayin edilmesi bozma sebebi kabul edilmiştir<sup>81</sup>.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, silahlı örgüte üye olma suçundan dolayı yargılama süreci içerisinde tahliye olduktan sonra örgütle ilişkisini sürdürdüğü, örgüt kamplarına katılmak üzere gönderilen şahsı otogardan aldıktan sonra yakalandığı ve önceki fiilleriyle hukuki ve fiili kesinti oluştuktan sonra, süreklilik gösterecek şekilde işlenen bu eylemlerin silahlı örgüte üye olma suçunu oluşturduğu içtihat edilmiştir<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.37; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8549; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4207.

<sup>78</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8549; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.39.

<sup>79</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8551.

<sup>80</sup> Yargıtay 9. CD., 15.07.2008 tarih ve 12574/9051 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8551).

<sup>81</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.39.

<sup>82</sup> Yargıtay 9.CD., 20.06.2007 tarih ve 4046-5510 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4213; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8551).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, “sanık H.K’ın silahlı örgüte üye olma suçundan mahkumiyetinin infazına ilişkin olarak kalmakta olduğu cezaevinden şartla tahliye olduktan sonra örgütle tekrar ilişkiye geçme ve örgüt adına para toplama,

Örgüte üye olma suçu bakımından da, örgüt faaliyetlerine iştirak edilmesi gerekli olmadığından tehlike suçu niteliğindedir<sup>83</sup>. Fail herhangi bir fiil işlemese de silahlı örgüte üye olmaktan sorumlu olur.

Örgütün hiyerarşik yapısı içerisine bilerek katılan kişinin örgüt üyesi olduğu kabul edilmelidir. Failin örgütün emir ve hiyerarşisine tabi olduğunu bilmesi gerekir<sup>84</sup>. Üyelik suçunun oluştuğunun kabul edilmesi için asgari üç kişinin, bazı suçları işlemek için bir araya geldiklerini bilmeleri yeterli olmayıp, o kişiler arasındaki örgütsel yapılanmaya dayanan ilişkileri de bilmeleri gereklidir<sup>85</sup>.

### **e. Örgüt Adına Suç İşlemek, Örgüte Yardım Etmek ve Örgüt Propagandası Yapmak**

#### **i. Genel Açıklamalar**

TCK m.314/3'e göre, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler bu suç bakımından da geçerlidir. Bu atfın kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Öyle ki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında yer alan örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme (TCK m.220/6), örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte yardım etme (TCK m.220/7) ve örgüt propagandası yapma (TCK m.220/8) suçlarının, atfın kapsamında olup olmadığı ele alınmalıdır.

TCK m.314/3'te yer alan atıf, 220.maddenin tüm fıkralarına yönelik olduğu için örgüt adına suç işleme, örgüte yardım etme ve örgüt propagandası yapma suçlarını da kapsamaktadır. Bu atıf, TCK m.220 ve m.221'in tüm hükümlerini kapsamaktadır.

---

*kırsala yeni katılımla aktarma faaliyetlerinde bulunma ve son olarak sanık R.G.'in da içinde bulunduğu grubu kırsala gönderme gibi faaliyetlerinin, yine cezaevinden aynı şekilde tahliye olmuş bulunan sanık F.D.'in sanık H.K.'la ilişkiye geçerek kırsaldaki kamplara gideceklerin organize edilmesi faaliyetlerine katılma ve son olarak sanık R.G.'in da içinde bulunduğu grubu kırsala gönderme ve öncesinde R.G.'in özgeçmiş raporunu alma gibi faaliyetlerinin içerdikleri yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilik karşısında sanıkların eylemlerinin silahlı örgüte üye olma suçu kapsamında değerlendirilmesi ve hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerekirken ..."* şeklinde karar verilmiştir. Bkz: Yargıtay 9.CD., 11.11.2009 tarih ve 2008/2010 E., 2009/11270 K. sayılı karar (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.466, dn.40).

<sup>83</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8549.

<sup>84</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.38; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8550.

<sup>85</sup> Evik, "Silahlı Örgütlenme Suçu", s.122; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.38.

## ii. Örgüt Adına Suç İşlemek

TCK m.220/6'ya göre, “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza, yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü, sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır”.

Sadece silahlı örgütler bakımından uygulama alanı bulan bu düzenleme ile örgüte üye olmayan ancak örgütün devamlılığına ve güçlenmesine katkı sağlayacak şekilde örgüt adına suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır<sup>86</sup>.

Bu hükmün kapsamına silahlı örgütlenme suçunun dahil olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre, suç örgütü, gerek Anayasal düzene karşı suçları gerek de bu kapsamda olmayan suçları işlemek üzere kurulsun, eğer silahlı ise, örgüt adına suç işlenmesi halinde, TCK m.220/6'da yer alan hüküm uygulanır<sup>87</sup>. Bu hüküm, m.314'te değil, m.220'de düzenlendiğine göre herhangi bir suçu işlemek amacıyla kurulan tüm silahlı örgütler adına suç işleyen kişiler, örgüt üyesi gibi cezalandırılacaktır<sup>88</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise, örgüt adına suç işleme suçuna ilişkin TCK m.220/6 hükmü, sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır. Bu hükümde yer alan silahlı olma koşulunun kapsamı, m.314 ile aynı değildir. TCK m.314'te amaç suçlar bakımından sınırlandırma yapılmasına rağmen, m.220'de yapılmamıştır<sup>89</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümlerin silahlı örgüt bakımından da uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorun, silahlı örgüt adına suç işlendiğinde cezanın nasıl belirleneceği hususunda da ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre bu halde, TCK m.314/3 atfıyla TCK m.220/6'nın dolayısıyla TCK m.220/2'ye göre cezanın belirleneceği düşünülebilirse de burada TCK m.314/2 uygulanmalıdır. Çünkü kanun koyucunun TCK m.220/6'da yer alan bağımsız suç için bağımsız ceza belirlemeyip örgüt üyeliği suçunun cezasına atıf yapmasının amacı da, özel amaçlı örgüt tipleri için örgüt üyeliği cezasının uygulanmasıdır. Bu görüşe göre örgüt, herhangi bir suçu işlemek amacıyla kurulmuş ve örgüt adına suç

<sup>86</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s.690.

<sup>87</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.559, dn.388; Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s.691.

<sup>88</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s.691.

<sup>89</sup> Özkaya, a.g.e., s.76, 77.

işlenmişse TCK m.220/2’de öngörülen ceza, m.314’te yer alan suçları işlemek amacıyla kurulmuş ve örgüt adına suç işlenmişse TCK m.314/2’de yer alan ceza uygulanacak ve bu cezalar için TCK m.220/6’da öngörülen indirim yapılacaktır<sup>90</sup>. Yargıtay tarafından da benzer yönde kararlar verilmiştir. CGK tarafından verilen bir karara göre, örgütün bilgi ve istemi çerçevesinde gerçekleştirilen eylemler, örgüt adına işlenmiş kabul edilmelidir. Örgüt adına gerçekleştirilen fiillere katılan sanığın fiili, diğer suçların yanında TCK m.314/3 ve 220/6 yollamasıyla TCK m.314/2 kapsamında değerlendirilmelidir<sup>91</sup>. Bu kapsamda, silahlı örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, örgüte üye olma suçundan cezalandırılır. Düşüncemize göre de, örgüt adına suç işleyen kişinin TCK m.314/2 hükmü çerçevesinde cezalandırılması ve cezasının TCK m.220/6 gereğince indirilmesi gerekir.

Fail, gerçekleştirdiği fiillerin örgüt adına olduğunu biliyorsa, örgüt adına suç işleme suçu gerçekleşmiş olur.

Bu suç tipinin karakteristik özellikleri, herhangi bir suçun, suç örgütü adına işlenmesi, failin bu örgütün üyesi olmaması ve örgütün silahlı olmasıdır<sup>92</sup>. Örgüt adına suç işleyen kimsenin bu fıkra uyarınca cezalandırılması, kişinin örgüte üye olmamasına ve kişinin işlediği suçun

<sup>90</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.576.

Bu görüş, TCK m..220/7’de yer alan yardım etme suçu bakımından da geçerlidir (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.618; Özkaya, a.g.e., s.87, dn.262).

<sup>91</sup> Yargıtay CGK., 04.03.2008 tarih ve 282/44 K. sayılı karar sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8555).

Benzer yönde verilen bir karara göre de, “Sanıklar hakkındaki iddianamelerde belirtilen ... com isimli internet sitesi ve .... isimli dergide yer alan haber ve yazı içerikleri, bozma kararı sonrasında yapılan araştırma sonucunda tutulan tutanak, olayın meydana geliş ve gerçekleşme şekline ilişkin olay tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre silahlı terör örgütünün amaçları doğrultusunda yayın yapan söz konusu internet sitesi ile dergideki eylem çağrıları üzerine gerçekleştirilen yasadışı gösteriye katılıp askeri lojmana taşlı saldırıda bulunarak camlarını kırmak suretiyle mala zarar verme suçunu işleyen sanıkların, TCK’nın 220/6 ve 314/3 maddeleri delaletiyle 314/2.maddesi uyarınca silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyetleri yerine, delillerin değerlendirilmesinde hataya düşülerek yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi, ...” . Bkz: Yargıtay 16.CD., 23.02.2016 tarih ve 2015/219 E., 2016/1262 K. (Özkaya, a.g.e., s.77, dn.262).

<sup>92</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.539.

faili olmasına bağlıdır<sup>93</sup>. Bu suç bakımından fail, örgüt üyesi olmayan kişidir. Örgüt üyesinin örgüt adına suç işlemesi, üyelik sıfatının bir neticesidir<sup>94</sup>. Düşüncemize göre de kanunda açıkça ifade edilmemiş dahi olsa, örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt adına suç işlemesi cezalandırmaya layık bir fiildir. Fail, örgüt üyesi ise, zaten üye olmasının neticesi olarak suç işlemektedir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, sanığın silahlı terör örgütünün amacı doğrultusunda ve örgütün internet sitelerinde yapılan eylem çağrıları üzerine terör örgütünün propagandasına dönüşen eyleme katıldığı ve örgütün çağrısı doğrultusunda bu eylemleri gerçekleştirdiği anlaşılmıştır. Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi hukuka aykırı görülmüştür<sup>95</sup>.

Örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen kişinin, örgüt üyesi olarak cezalandırılması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve kusur ilkesiyle örtüşmemektedir<sup>96</sup>. Bununla birlikte, aynı fiil iki kez cezalandırılmakta ve bu düzenleme, kanunilik ilkesine açıkça aykırıdır<sup>97</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, örgüt adına, yararına suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmakta ise, bu şekilde işlenen suçların cezasının arttırılmasına yönelik düzenleme yapılabilir<sup>98</sup>. Benzer yönde bir görüşe göre de örgüt adına suç işleme fiili, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmelidir<sup>99</sup>.

AİHM tarafından verilen Işıkırık/Türkiye kararında, TCK m.314'ten ceza sorumluluğunun olabilmesi için eylemin çeşitlilik, süreklilik, yoğunluk içerip içermediğinin ve belirli bir hiyerarşik yapı altında olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, m.220/6 ile bağlantılı uygulandığında bu kriterlerin çok geniş yorumlandığını ve kişilerin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı yeterli şekilde korunmadığı ifade edilmiştir<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.46, 47.

<sup>94</sup> Tulay, a.g.m.,s.1-9, s.4.

<sup>95</sup> Yargıtay 16.CD., 12.01.2016 tarih ve 2015/510 E., 2016/331 K. sayılı karar (Gültaş/Güzeldere, a.g.e., s.466).

<sup>96</sup> Çakın, a.g.e., s.74; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.47; Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", s.689.

<sup>97</sup> Tulay, a.g.m., s.7.

<sup>98</sup> Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", s.691.

<sup>99</sup> Tulay, a.g.m., s.7.

<sup>100</sup> <https://anayasagundemi.com/2017/12/11/ihamin-isikirik-v-turkiye-kararinin-ozet-cevirisi-tckknin-220-6-maddesi-ongorulebilir-degil/> (E.T.: 02.08.2022).

Anayasa Mahkemesi tarafından Hamit Yakut başvurusuna dair 10.06.2021 tarihinde verilen kararda, TCK m.220/6'nın içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli olmadığı, Anayasa m.34 ile korunan anayasal hakka yönelik keyfi müdahaleye karşı yasal koruma sağlayamadığı, kanunilik koşuluna uymadığı ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği ifade edilmiştir<sup>101</sup>.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun yer aldığı TCK m.220/6, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve kanunilik ilkesine uygun değildir. Aynı zamanda örgüte üye olmayan ile örgüte üye olanın aynı şekilde cezalandırılması, aynı durumda olmayanlara aynı ceza verilmesi dolayısıyla eşitlik ilkesi yönünden de sakıncalıdır. 6352 sayılı Kanun ile TCK m.220/6'ya örgüte üye olma suçundan dolayı verilecek cezanın yarısına kadar indirilebileceği hükmü eklenmiştir. Devamında 6459 sayılı Kanun ile bu hükmün yalnızca silahlı örgütler hakkında uygulanacağı ifade edilerek kapsamı daraltılmıştır. AYM ve AİHM tarafından verilen ihlal kararları da göz önüne alınarak normatif düzenlemede değişiklik yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Örgüt adına suç işleme ve örgüte yardım etme suçlarının örgüte üye olma suçuna bağlılığının kaldırılarak münferit suçlar olarak cezalandırılmasının öngörülmesini önermekte ve böylece düzenlemenin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve belirlilik ilkesine uygun olacağı görüşündeyiz.

### iii. Örgüte Yardım Etmek

TCK m.220/7'ye göre, “Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir”.

Bu hükümde, örgüte yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı ifade edildiği için silahlı örgüt suçu yönünden de bu kişi, TCK m.314/2 gereğince cezalandırılmalı ve cezası TCK m.220/7'de öngörülen şekilde indirilmelidir.

TCK m.314/3 uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç bakımından da aynen uygulanır. Bu nedenle, TCK m.220/7'de yer alan örgüte yardım suçu, 314.maddedeki silahlı örgüte yardım suçu olarak ceza gerektiren bir fiil olarak kabul edilmelidir<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6548> (E.T.:02.08.2022).

<sup>102</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8556.

Silahlı örgüte yardım suçu, pek çok farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Örneğin, örgüt üyelerine yiyecek sağlama, mali destek sağlama, örgütün yayın ve bildirimlerinin dağıtılması, barınma ihtiyacını karşılama, bilgi verme, malzeme temin edilmesi gibi davranışlar yardım kapsamında kabul edilir<sup>103</sup>.

Örgüte yardım eden failin, örgütün silahlı örgüt olduğunu bilmesi gerekir<sup>104</sup>.

Yardım etmek, örgüte silah temin etmek şeklinde de gerçekleşebilir. Fail, örgüte silah temin ederek yardım etmişse ve örgüt faaliyetlerinde kullanılması için örgütün amaçlarını bilerek işlenmişse, müstakil bir suç olan TCK m.315'te yer alan "*silah sağlama*" suçu oluşur. Bu suç, örgüte yardım suçunun özel bir şeklidir. Silahlı örgütlere silah sağlanması durumunda, TCK m.220/7 değil, m.315 hükmü uygulanır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, örgüte silah temin etme halinde TCK m.315'de yer alan silah sağlama suçunun oluştuğu içtihat edilmiştir<sup>105</sup>.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı içtihat edilmiştir<sup>106</sup>.

Bu suçun oluşabilmesi için örgüte bilerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olmaması gerekir. Bu bağlamda, örgüte yardım etmek ve üye olmak suçlarının da ayırt edilmesi önem taşımaktadır. Örgütün hiyerarşik yapısına

---

<sup>103</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8557; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.52.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek barınma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt mensuplarının araştırılmasını, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama gibi her türlü yardımın TCK m.314/3 ve m.220/7 gereğince cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz: Yargıtay 16.CD., 26.10.2016 tarih ve 2016/2365 E., 2016/5345 K. sayılı karar Bkz: Oğuzhan Demir, *Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu* (İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2022), s.183.

<sup>104</sup> Yargıtay 16.CD., 20.12.2007 tarih ve 2017/1862 E., 2017/5796 K. sayılı karar (Özkaya, a.g.e., s.82, dn.282).

<sup>105</sup> Yargıtay 9.CD., 05.11.2009 tarih ve 2009/10374 E., 2009/11111 K. sayılı karar (Saldırım/Elmaal, Göbekci, a.g.e., s.10, 11); Yargıtay 9. CD., 15.07.2009 tarih ve 2008/21722 E., 2009/8578 K. sayılı karar (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.620, dn.581); Yargıtay CGK., 2012/9-1234 E. 2012/1825 K. sayılı karar (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.177, 178, dn.620).

<sup>106</sup> Yargıtay CGK., 12.02.2008 tarih ve 2007/9-230 E., 2008/23 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8556).

dahil olmadan örgüte yardım eden kişinin örgütle bağı söz konusu değildir. Yaptığı yardım geçicidir, devamlı değildir. Düşüncemize göre, eğer yapılan yardım devamlı nitelikteyse, yardımda bulunan kişinin örgüt üyesi olup olmadığı incelenmelidir. Yargıtay kararlarını incelediğimizde, yardım niteliğindeki fiillerin birden fazla ve sürekli olarak yapılması halinde, örgüt üyeliğinden cezalandırılması gerektiğine yönelik içtihat geliştirildiği anlaşılmaktadır<sup>107</sup>. AİHM, İmret/Türkiye kararında, TCK m.314 kapsamında silahlı örgüte üye olma suçundan ceza vermek için eylemin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içerip içermediğinin, belli bir hiyerarşik yapı altında olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, mahkemelerin bu kriterleri denetlemeden ve aşırı geniş yorumlayarak ceza vermekte olduğunu ifade etmiştir<sup>108</sup>.

Silahlı örgüte üye olmamakla birlikte suç örgütüne yardım eden ve bu fiili ayrı bir suç teşkil eden fail hakkında, TCK m.220/6'nın mı yoksa m.220/7'nin mi uygulanması gerektiği tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, bu ayırmada failin amacı kıstası kullanılmalı ve eğer fail, yardım amacı ile hareket ediyorsa m.220/7 kapsamında, örgüt adına fiili üstleniyorsa m.220/6 kapsamında kabul edilmelidir<sup>109</sup>. Düşüncemize göre, yardımın örgüte yardım etme fiili kapsamında kabul edilebilmesi için yardımın konusunun suç teşkil etmemesi gerekir. Yardımın konusu suç teşkil ettiğinde fail, örgüt adına suç işleme olarak kabul edilmelidir<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> “Sanıkların sübutu kabul olunan silahlı terör örgütünün kırsaldaki mensuplarıyla irtibata geçerek örgüte malzeme temin etme, kılavuzluk ve kuryelik yapma, istihbari bilgi toplama, örgüt mensubunu ve örgüte ait silahları saklama şeklinde gerçekleşen eylem ve faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu nazara alındığında fiilin örgüt üyeliği suçunu oluşturacağı, hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır”. Bkz: Yargıtay 9.CD., 08.02.2007 tarih ve 2006/4983 E., 2007/884 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8558).

<sup>108</sup> AİHM, 10.07.2018 tarih ve 57316/10 başvuru numaralı İmret Türkiye (No:2) Kararı, Bkz: Benan Molu, “İHAM’ın İmret v. Türkiye ile Bakır ve Diğerleri v. Türkiye Kararlarının Özet Çevirisi: TCK’nin 200/7 Maddesi Öngörülebilir Değil” (<https://anayasagundemi.com/2018/07/13/ihamin-imret-v-turkiye-ile-bakir-ve-digerleri-v-turkiye-kararlarinin-ozet-cevirisi-tcknin-220-7-maddesi-ongorulebilir-degil/>, E.T.: 27.03.2022).

<sup>109</sup> Tulay, a.g.m., s.6.

<sup>110</sup> Yargıtay tarafından da bu husus, “Sanıkların terör örgütünün çağrısı ve amaçları doğrultusunda suç işlemek suretiyle örgüte yardım ettikleri kabul edilip, işlenen bu suçlardan ayrıca mahkumiyet hükmü kurulduğu görülmekle; TCK’nın 314/3 ve 220/7

TCK m.220/6 hükmünün ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve kanunilik ilkesi ile bağdaşmamasına yönelik eleştirimiz ve normatif değişiklik önerimiz bu hüküm bakımından da geçerlidir.

#### iv. Örgütün Propagandası Yapmak

TCK m.220/8'e göre, “*Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*”.

Propaganda sözlükte, “*bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca*” olarak tanımlanmıştır<sup>111</sup>.

Silahlı örgütün propagandasını yapma suçu, TCK m.314/3 atfıyla TCK m.220/8 uyarınca silahlı örgütlenme suçu kapsamındadır. Örneğin, silahlı bir örgüte ilişkin övücü ve halk nezdinde sempati kazandırmaya yönelik sosyal medya paylaşımları, örgütün propagandasını yapma suçu kapsamında kabul edilebilir.

Propagandası yapılan örgütün terör örgütü olması halinde, TCK m.220/8 hükmünün değil, özel nitelikte olan TMK m.7/2 hükmünün uygulanması gereklidir. TMK m.7/2'ye göre, “*Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (...)*”.

---

*maddelerinde düzenlenen silahlı örgüte yardım bakımından yardımın konusunun suç teşkil etmeyen bir fiilden ibaret olması, yardımı oluşturan fiilin suç teşkil etmesi halinde ise artık örgüte yardım suçundan söz edilemeyip fiilin aynı Kanunun 220/6 maddesi kapsamında örgüt adına suç işleme olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, ...*” şeklinde izah edilmiştir. Yargıtay 9.CD., 27.09.2011 tarih ve 2011/7749 E., 2009/27280 K. sayılı karar (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.597, dn.519).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 16.CD., 21.05.2018 tarih ve 2017/2730 E., 2018/1696 K. sayılı karar; Yargıtay 9.CD., 05.06.2014 tarih ve 2012/9098 E., 2014/6947 K. sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T. 03.08.2022).

<sup>111</sup> https://sozluk.gov.tr/ (E.T.:27.03.2022).

Örgüte yardım suçu ile örgütün propagandasını yapma suçu arasındaki ayrımın ne şekilde yapılması gerektiği de oldukça önemlidir. Yargıtay tarafından belirlenen kritere göre, maddi nitelikli fiiller yardım kapsamında, maddi nitelikte olmayan fiiller ise propaganda olarak kabul edilmektedir<sup>112</sup>. Failin suça katkısı maddi yardım niteliğinde kabul ediliyorsa, TCK m.314 atfıyla TCK m.220/7 kapsamında, maddi nitelikte olmayan katkılar ise TMK m.7/2 kapsamında kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre ise, TCK m.220/7'de yer alan suç örgütüne yardım etme suçu, maddi bir katkı olabileceği gibi manevi bir katkı da olabilir. Her durumda örgütün kendisine yapılan doğrudan bir katkı söz konusu olur. Örgütün propagandasının yapılması ise, bu mahiyette değildir. Bu nedenle, TCK m.220/8 kapsamında olmayan fiillerin örgüte yardım olarak nitelendirilip TCK m.220/7 kapsamında cezalandırılması da mümkün değildir<sup>114</sup>. Benzer yönde bir görüşe göre de, örgüte yardımın maddi nitelikte olmasına gerek yoktur, örgüte belli bir konuda bilgi verilmesi de yardım kapsamında kabul edilebilir<sup>115</sup>. Düşüncemize göre de, yardımın niteliğinin maddi ve manevi olarak ayrılarak maddi yardımların TCK m.220/7, maddi olmayanların ise TMK m.7/2 ya da TCK m.220/8 kapsamında kabul edilmesi isabetli değildir. Burada yapılan katkının muhteviyatı itibarıyla yardım niteliğinde mi, yoksa propaganda niteliğinde mi olduğunun ayırt edilmesi önemlidir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, güvenlik kuvvetleri tarafından terör örgütüne yönelik yapılan operasyonları protesto amacıyla toplanan grubun içinde yer alan ve sloganlar atan sanığın örgütün cebir ve şiddet içeren yöntemlerini övdüğü ve bu kapsamda silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkumiyetine karar verilmemesi bozma sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Yargıtay CGK., 12.02.2008 tarih ve 2007/9-230 E., 2008/23 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8563; Özkaya, a.g.e., s.83, dn.287).

<sup>113</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.177, dn.621.

<sup>114</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.618, dn.574.

<sup>115</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.52.

<sup>116</sup> Yargıtay 3.CD., 2021/4782 E., 2021/11021 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:15.04.2022).

## B. Suçun Manevi Unsuru

Örgüt kurma ve yönetme suçları, ancak kasten işlenebilir. Fail, kendisi ile beraber en az iki kişinin daha belirli suçları işlemek amacıyla kurulan örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde olduğunu, bu kişilerin kendisiyle birlikte aynı amaca yöneldiklerini, belirsiz sayıda suç işlemek üzere bir araya geldiğini bilmelidir<sup>117</sup>. TCK m.220 gerekçesinde ifade edildiği üzere, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, amaç suç niteliğindedir ve ancak doğrudan kast ile işlenebilir.

Silahlı örgütlenme suçunun oluşabilmesi için genel kastın yanı sıra özel kastın da varlığı gereklidir. Bu suç yönünden özel kast ise, belirli amaç suçları (m.302-313) işlemek için silahlı örgüt kurmak veya böyle bir örgütü yönetmektir. Silahlı örgüt kurma ve yönetme suçları bakımından silahlı örgütlenme suçu, belirli suçları işlemek amacıyla kurulduğu için sadece doğrudan kast ile işlenebilir, olası kast ile işlenemez. Silahlı örgüte üye olan kişi bakımından da, failin silahlı örgütün amacını bilerek örgüte üye olması gerekir. Bu suçun manevi unsuru da kasttır. Örgütü kuran, yöneten ya da örgüte üye olan kişilerin TCK m.314 kapsamında sorumlu olabilmeleri için kastlarının bu maddede yer alan suçları işleme amacını kapsaması gereklidir. Fail, belirli suçları işleme amacını ve silahlı örgütün unsurlarını, varlığını bilmelidir.

Örgüt mensubu olan fail, örgütün suç işleme amacıyla kurulduğunu biliyor, ancak bu suçun m.314 kapsamında olduğunu bilmiyorsa, bu madde kapsamında sorumlu olmaz, genel norm olan m.220 kapsamında sorumlu olur<sup>118</sup>.

Silahlı örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için işlediği suçu kasten gerçekleştirmiş olması ve işlediği suçun örgütün amaçları kapsamında olduğunu bilmesi gerekir<sup>119</sup>.

Silahlı örgüte yardım etmekten dolayı sorumlu tutulabilmek için yardımın silahlı örgütün varlığı bilerek yapılmış olması gerekir. Doktrinde bir görüşe göre, bu suç bakımından genel kast yeterlidir, özel kast aranmaz. Fail, yardım fiilinin silahlı örgüte yönelik olduğunu ve yaptığı yardımın

<sup>117</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.80, 81.

<sup>118</sup> Sarıtaş, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, s.163.

<sup>119</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.82.

örgüt için faydalı olduğunu bilmelidir<sup>120</sup>. Düşüncemize göre ise, diğer suçlarda olduğu gibi örgüte yardım etme suçu bakımından da, yardım eden kişinin silahlı örgütün amaçlarını bilmesi gereklidir ve dolayısıyla özel kastın varlığı araştırılmalıdır.

Doktrinde baskı veya hile ile örgüte katılan kişilerin fiillerinin bu suçun oluşturmayacağı ifade edilmektedir<sup>121</sup>. Yargıtay tarafından da bu husus, suçun manevi unsuru kapsamında incelenmekte ve suçun oluşmadığı kabul edilmektedir<sup>122</sup>. Ancak suç genel teorisinde kabul ettiğimiz anlayış çerçevesinde, bu yöndeki görüşe katılmamaktayız. Öncelikle, cebir ve tehdit ile hilenin neticelerinin birbirinden farklı olması dolayısıyla ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Cebir ve tehdit halinde, kişinin iradesi etkilendiğinden bu husus, kusurluluk kapsamında ele alınmalıdır. Hile halinde ise, kişi hataya sürüklenmişse, kast olmadığından suçun oluşmadığı kabul edilmelidir.

### C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Silahlı örgütlenme suçu açısından özellik gösteren hukuka uygunluk sebebi, kanun hükmünü yerine getirmedi. TCK m.24/1'e göre, "*kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*".

Suç örgütüne üye olmayı hukuka uygun hale getiren TCK m.24 kapsamındaki tek sebep, CMK m.139'da yer alan "*gizli soruşturmacı*" koruma tedbiridir. CMK m.139/7/a/3 hükmü gereğince, silahlı örgütlenme suçu bakımından bu koruma tedbiri uygulanabilir. Bu düzenlemeye göre, katalog kapsamında yer alan suçlarla ilgili soruşturmalarda soruşturma konusu suçun işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, mahkeme kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişinin, örgüt yapılanmasının içine sızarak örgüt faaliyetlerini izlemesi ve bilgi toplaması, hukuka uygunluk sebebidir.

<sup>120</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.82.

<sup>121</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8564.

<sup>122</sup> Yaşının küçük olması sebebi ile kandırılarak örgüte götürülen ve eylemlere katıldığı belirlenemeyen failin örgütten kaçarak teslim olması sebebiyle örgüte üye olma suçunun manevi unsurunun oluşmadığına karar verilmiştir. Bkz: Yargıtay 9.CD., 28.06.1999 tarih ve 2320/2873 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8564; Taştan, a.g.m., s.117).

Bu hukuka uygunluk sebebi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu açısından geçerli değildir. Gizli soruşturmacı, örgütü yönetmek, örgüt amaçları doğrultusunda işlenen suçların sebebi olma anlamına geldiği için örgüt yöneticisi olamaz. Sadece örgüt içinde üye konumunda hiyerarşik yapıya dahil olabilir, ancak görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu olmaz<sup>123</sup>. Bununla birlikte, suç örgütüne üye olma suçunda “suç işleme amacı” bir unsur olmadığından, failin suç işlemek amacıyla kurulduğunu bildiği örgüte üye olması halinde suçun manevi unsuru gerçekleşeceğinden, kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygunluk sebebi mümkün olur<sup>124</sup>. Bu hukuka uygunluk sebebi, silahlı örgüte üye olma bakımından geçerlidir.

### III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, ETKİN PİŞMANLIK, ANONİM TANIKLIK, İSPAT, SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

#### A. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

##### 1. Teşebbüs

Silahlı örgüt kurma, yönetme veya böyle bir örgüte üye olma suçlarında hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır.

Silahlı örgütlenme suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, silahlı örgütlenme suçu sırf hareket niteliğinde olduğundan teşebbüse elverişli değildir<sup>125</sup> ve kalkışma suçlarına teşebbüs mümkün değildir<sup>126</sup>. Suçun kanuni tanımında öngörülen neticelerin gerçekleşmesine yönelik elverişli hareketlerin icrasına başlandığında suç tamamlanır<sup>127</sup>. Bir başka görüşe göre, bu suç mütemadi suç olduğu için teşebbüse elverişli değildir<sup>128</sup>. Bir görüşe göre ise, örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçları bakımından, “örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması” unsuru, objektif cezalandırılabilme şartıdır ve objektif cezalandırılabilme

<sup>123</sup> Yenedünya/İçer, a.g.e., s.85.

<sup>124</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.495, 496.

<sup>125</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4210.

<sup>126</sup> Vesile Sonay Evik, “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara:2016), 65 (4), s.1725-1747, s.1743.

<sup>127</sup> Evik, “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, s.1743.

<sup>128</sup> Hafızoğulları/Kurşun, a.g.m., s.45.

şartı öngörülen suçlar, teşebbüse elverişli değildir<sup>129</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise, suçun kanuni tanımında yer alan hareketler teşebbüse elverişlidir<sup>130</sup>. Düşüncemize göre, silahlı örgütlenme suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde suçların farklı özellikleri haiz olmasından dolayı ayrı ayrı incelenmesi gereklidir.

Silahlı örgüt kurma suçu, amaç suçları işlemeye elverişli biçimde kurulduğu anda tamamlanmaktadır. Örgüt kurulmasına ilişkin elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasına rağmen tamamlanamaması halinde, teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Örneğin, amacı gerçekleştirmek için yeterli sayıda kişi bulunamadığı yahut elverişlilik için yeterli sayıda silah temin edilememesi dolayısı ile hareket tamamlanamadığında örgüt kurma suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur<sup>131</sup>. Doktrinde aksi yönde bir görüşe göre ise, örgüt kurma suçu, teşebbüse elverişli değildir. Bu görüşe göre örneğin, kişinin kurulacak örgütün amacını, elverişli silahı, araç gereçlerin tür, nitelik ve sayısını belirtmek suretiyle üye toplamaya yönelik gizli bildiri yayınlaması, ancak henüz örgüt kurulmadan yakalanması halinde cezalandırılması mümkün değildir<sup>132</sup>.

Örgütü yönetme, yönetici olarak seçilme veya yöneticilik görevinin üstlenmesiyle başladığından teşebbüse elverişli değildir<sup>133</sup>.

Silahlı örgüte yardım etme suçu, teşebbüse elverişlidir<sup>134</sup>. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, silahlı örgüte mensup kazandırmak amacıyla yola çıkan sanıkların yola çıkmalarıyla birlikte yardım etme fiilinin başladığı, sanıkların örgüte katılacak kişileri teslim edeceği örgüt üyesiyle bulunduğu anda fiillerinin tamamlandığı ve yakalandıkları sırada silahlı örgüte yardım suçunun oluştuğu kabul edilmiştir<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.87.

<sup>130</sup> Gök, a.g.e., s.68.

<sup>131</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8565, 8566.

<sup>132</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.86.

<sup>133</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8566.

<sup>134</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8559; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.87.

<sup>135</sup> Yargıtay 9.CD., 12.02.2009 tarih ve 2008/15871 E., 2009/1496 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8559).

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda, "... Oluş ve dosya kapsamına göre sanığın, silahlı terör örgütünün propagandasının yapıldığı gerekçesiyle el koyma, satış ve dağıtım yasağına konu olan 300 adet Özgür Halk Günlüğü isimli derginin bulunduğu kendi adına gönderilen koliyi kargodan teslim aldıktan sonra, örgüte

Örgüt propagandası suçuna teşebbüs mümkündür. Bu suç, sırf hareket suçudur. Propaganda fiili, kısımlara bölünebildiği sürece teşebbüs mümkündür<sup>136</sup>.

Suç için anlaşma suçu, TCK m.316'da ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden, sadece anlaşmış olmaktan dolayı silahlı örgütlenme suçuna teşebbüs mümkün değildir, koşulları olduğu takdirde m.316 uygulanmalıdır.

## 2. İştirak

Örgüt kurmak için gerekli olan en az üç kişinin bulunması ve amacın aynı yönde olması koşullarından dolayı silahlı örgütlenme suçu, çok failli bir suçtur. TCK m.220 gerekçesinde de ifade edildiği üzere, iştirak ilişkisinden bahsedebilmek için suç ortakları bakımından suçun konu ya da mağdur bakımından somutlaşması gereklidir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında ise amaçlanan suçların konu veya mağdur itibariyle somutlaşması zorunlu değildir.

Silahlı örgütlenme suçu bakımından amaç suçları işlemek için fiili birleşmenin yeterli kabul edilmesi, amaçlanan suçların konu ya da mağdur itibariyle somutlaştırılmasının zorunlu olmaması, amaç suçların işlenmesinden sonra da örgütsel bağın devam etmesi ve bunun kamu düzeni bakımından tehlike oluşturması sebebiyle suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulanmamalıdır<sup>137</sup>.

Azmettirmede sınır aşılmasının hukuki neticeleri tartışılmalıdır. Örneğin, azmettiren, silahlı olmayan bir örgüt kurmaya (TCK m.220) azmettirmiş, ancak azmettirilenler silahlı örgüt kurmuşlarsa (TCK m.314) azmettiren sorumlu olur mu, olur ise hangi suçtan sorumlu olur? Bu halde, nitelik yönünden bir sınır aşımı söz konusu olduğundan, azmettirenin sorumlu olmaması gerekir. Nicelik yönünden sınır aşıldığında, örneğin TCK

---

*yardım bakımından üstlendiği fiili henüz tamamlamadan, söz konusu koliyi yola bırakıp kaçmaya çalıştığı esnada kollukça yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminin silahlı terör örgütüne yardım etmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu, hukuki durumunun TCK'nın 314/3 ve 220/7 maddeleri yollamasıyla 314/2.maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi...". Bkz: Yargıtay 16.CD., 10.02.2016 tarih ve 2015/7259 E., 2016/628 K. sayılı karar (Özkaya, a.g.e., s.112, dn.403).*

<sup>136</sup> Yenidünya/İçer, a.g.e., s.90.

<sup>137</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4211.

m.220/1'e azmettirilen kişi, TCK m.220/3'ü işlediğinde, azmettiren suçun temel şeklinden sorumlu olabilir. Nitelik yönünden sınır aşıldığında, iştirakte bağlılık kuralı ve tipik haksızlığın farklılaşması sebepleri ile azmettirenin ne TCK m.220'den ne de TCK m.314'den sorumluluğu söz konusu olmaz. Benzer yöndeki görüşe göre de, nicelik yönünden sınır aşıldığında suçun temel şeklinden sorumlu olmalı, nitelik yönünden sınır aşıldığında ise azmettirenin sorumluluğu söz konusu olmamalıdır<sup>138</sup>.

### 3. İçtima

TCK m.314/3'de yer alan düzenleme uyarınca, TCK m.220'de yer alan hükümler silahlı örgütlenme suçu bakımından da uygulanacaktır. TCK m.220/4 gereğince, silahlı örgüte üye olan kişiler, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan ayrıca cezalandırılırlar. TCK m.220/5 gereğince, silahlı örgütün kurucu ve yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan ayrıca cezalandırılırlar. TCK m.220/6 gereğince, örgüt adına suç işleyen kişi, işlediği bu suçun yanı sıra ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, sanığın silahlı örgütün amacı doğrultusunda gösterilere katılmak, kalabalığı belli bir tarafa yönlendirmek, polise taş atmak suretiyle örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlediği ve TCK m.314/3, m.220/6 hükümleri gereğince hem silahlı örgüte üye olmaktan hem de suç oluşturan diğer fiillerinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği içtihat edilmiştir<sup>139</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu hallerde, silahlı örgüte üye olma suçundan dolayı TCK m.314/2'ye göre ceza verilmeli, ancak ceza TCK m.220/6'ya göre indirilmelidir. TCK m.220/7 gereğince, hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte silahlı örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Bu halde de, silahlı örgüte üye olma suçundan dolayı TCK m.314/2'ye göre ceza verilmeli, ancak ceza TCK m.220/7'ye göre indirilmelidir.

Silahlı örgütün amaç suçları olan suçlardan birkaçının ya da tümünün işlenmesi halinde de tek suç meydana gelir<sup>140</sup>, ancak bu husus, TCK m.61 kapsamında cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır.

<sup>138</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.418.

<sup>139</sup> Yargıtay 9.CD., 05.06.2007 tarih ve 5129-4958 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4214). Ayrıca bkz: Yargıtay 9.CD., 02.04.2007 tarih ve 2007/2728 E., 2007/2182 K. sayılı karar (Çakın, a.g.e., s.75).

<sup>140</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, a.g.e., s.8566.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu genel, silahlı örgütlenme suçu ise özel niteliktedir. Bu nedenle, her iki suç arasında genel norm – özel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima bulunmakta ve özel normun önceliği ilkesi gereğince koşulları varsa, silahlı örgütlenme suçunun uygulanması gereklidir<sup>141</sup>. Silahlı örgütlenme suçunun oluşması için örgüt, 314.maddede yer alan suçları işlemek amacıyla kurulmuş olmalı ve örgüt silahlı olmalıdır. Bu koşulların varlığı halinde 314.madde, aksi halde genel norm niteliğinde olan 220.maddeden sorumluluk söz konusu olmalıdır<sup>142</sup>.

İçtima bakımından önemli neticeleri olması dolayısıyla suç için anlaşma suçu ve silahlı örgütlenme suçu arasındaki farklar üzerinde durulmalıdır. İlk olarak, suç için anlaşma suçunda, henüz kurulmuş bir silahlı örgüt olmayıp bu suçun hazırlık hareketleri ve bu kapsamda en az iki kişinin anlaşması söz konusudur. İkinci fark, suç için anlaşma suçunda, iki ya da daha fazla kişinin araç ve amaç yönleriyle fikri anlaşmalarının oluşması yeterliyken, silahlı örgütlenme suçunda en az üç kişinin silahlı organize bir yapıyı oluşturmalarının gerekli olmasıdır<sup>143</sup>. Üçüncü fark, anlaşmanın soyut nitelikte olması, örgütün ise amaca yönelik somut hareketleri gerektirmesidir. Dördüncü fark ise, suç için anlaşma suçunda silah unsuru bulunmaz iken, silahlı örgütlenme suçunda silah koşulunun aranmasıdır.

Anayasayı ihlal suçunun silahlı örgüt kapsamında işlendiği hallerde, biri kalkışma suçu, biri de hazırlık hareketi niteliğinde olan silahlı örgütlenme olmak üzere iki ayrı suçtan dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>144</sup>.

Örgüte silah sağlama suçu, örgüte mensup olmayan kişiler tarafından işlenebilen özel bir normdur<sup>145</sup>. Bir kimse hem örgüte silah sağlamakta hem

<sup>141</sup> Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.131; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8566; Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.154, 425; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.34; Zengin, a.g.e., s.36; Çakın, a.g.e., s.106.

<sup>142</sup> Sarıtaş, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, s.163.

<sup>143</sup> Evik, “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, s.1743; Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s.109.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da suç için anlaşma suçunda, suç işlemek üzere bir araya gelme ve burada devamlılığın olduğu, ancak örgütlenme olmadığı ifade edilmiştir. Bkz: Yargıtay 6.CD., 16.06.2016 tarih ve 2013/5246 E., 2016/5163 K. sayılı karar (Şen/Eryıldız, a.g.e., s.413).

<sup>144</sup> Ezgi Aygün Eşitli, “Anayasayı İhlal Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Ankara:2016), 65 (4), s.1689-1724, s.1721.

<sup>145</sup> İzzet Özgenç, *Terörle Mücadele Kanunu* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2006), s.29.

de silahlı örgüt üyesi ise, ceza sorumluluğunun ne şekilde olması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Düşüncemize göre, bu takdirde failin, silahlı örgüte üye olmaktan dolayı TCK m.314/2 ve silah sağlama suçundan dolayı TCK m.315 gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gereklidir<sup>146</sup>. Eğer suçun konusu, TCK m.174'te yer alan “*tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi*” suçuna ilişkin madde kapsamında yer almaktaysa, TCK m.220/4 atfı ile ayrıca bu suçtan da sorumlu tutulup tutulmayacağı da incelenmelidir. Bir görüşe göre, bu unsur, silahlı örgütlenme suçunun bir unsuru olacağından en ağır cezayı gerektiren 314.maddeye göre ceza verilmesi gerekir<sup>147</sup>. Düşüncemize göre, eğer suç konusu TCK m.174 kapsamında ise, m.220/4 hükmü gereğince, failin bu suçtan ayrıca sorumlu tutulması gereklidir, aksi takdirde m.174'ten dolayı sorumlu tutulmamalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, eylemin tehlikeli boyutlara ulaşması halinde, failin m.314'ten değil, eylemin niteliğine göre m.302-309'ten sorumlu olması gerekir<sup>148</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, TCK m.314, hazırlık hareketlerini cezalandırmaktadır ve eğer amaç suç işlenmiş ise, bu suçtan dolayı ayrıca sorumlu tutulması gerekmektedir. Hazırlık hareketlerinin tehlikeli olması boyutundan ziyade, amaç suçlara ilişkin tipikliğin haksızlık unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir.

Silahlı örgütlenme suçu kapsamındaki silahın bulundurulmasından dolayı failin ayrıca 6136 sayılı Kanundan dolayı da sorumlu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, silah, 6136 sayılı Kanuna aykırı olarak taşındığı ve silahlı örgütlenme suçunun bir unsurunu oluşturduğu için bileşik suç söz konusu olur<sup>149</sup>. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre ise, burada bileşik suçtan söz etmek mümkün değildir. Çünkü suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun nitelikli hali, ruhsatsız silah taşımak değil, silah taşımaktır. Burada silahlı örgütün varlığından başkaca hukuki

<sup>146</sup> Yargıtay tarafından verilen kararlarda da failin silah sağlama suçundan dolayı sorumlu tutulması için örgüte üye olmaması gerektiğinden, terör örgütü üyesi olan fail aynı zamanda silah sağladığında, örgüt üyesi olmaktan dolayı TCK m.314/2 ve patlayıcı madde bulundurma suçundan ayrıca TCK m.314/3 ve m.220/4 yollamasıyla m.174 çerçevesinde cezalandırılmalıdır. Bkz: Yargıtay 16.CD., 27.06.2016 tarih ve 2016/3879 E., 2017/4520 K. sayılı karar; Yargıtay 16.CD., 13.02.2017 tarih ve 2016/6667 E., 2017/799 K. sayılı karar (Şen/Eryıldız, a.g.e., s.415).

<sup>147</sup> Gök, a.g.e., s.70.

<sup>148</sup> Taştan, a.g.m., s.115.

<sup>149</sup> Gök, a.g.e., s.70; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4206; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8567.

menfaatler de zedelenmektedir. Bu sebeple ruhsatsız silah bulundurmaktan ayrıca ceza verilmelidir<sup>150</sup>. Benzer bir görüşe göre de TCK m.314/3'ün atfıyla m.220/4 gereğince ayrı suç olarak kabul edilerek ayrıca cezalandırılması gereklidir<sup>151</sup>. Bu görüşe benzer şekilde Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, sanığa silahlı örgüt üyesi olarak ceza verilmesinin yanı sıra 6136 sayılı Kanuna aykırılıktan dolayı da ceza verilmesine ilişkin hüküm onanmıştır<sup>152</sup>. Düşüncemize göre de bu suç kapsamında yer alan silah, ruhsatsız silah bulundurma suçunu karşılayan bir unsur değildir, dolayısıyla bileşik suç söz konusu olmamalı ve gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

### B. Cezayı Kaldıran ya da Azaltan Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

TCK m.314/3'teki atf sebebiyle TCK m.221'de yer alan etkin pişmanlık hükmü, silahlı örgütlenme suçu bakımından da geçerlidir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir<sup>153</sup>.

TCK m.221/1'de yer alan etkin pişmanlık, örgüt kurucu ve yöneticilerini kapsamaktadır. Bu hükme göre, henüz suç işlemeyen ve soruşturma başlamadan önce örgütü dağıtan ya da verdiği bilgilerle örgütün

<sup>150</sup> Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.432, 433.

<sup>151</sup> Taştan, a.g.m., s.115.

<sup>152</sup> “Sanık H.Ü. hakkında, silahlı örgüt üyesi olma, 6136 sayılı Kanuna aykırılık, sanıklar M. S. D., M. Y. haklarında silahlı örgüte yardım ve sanıklar H.Ü., M. S. D. haklarında patlayıcı madde bulundurma suçlarıyla ilgili incelemede; (...) sanık H. Ü.'nin silahlı örgüt üyesi olma, 6136 sayılı Kanuna aykırılık, sanıklar M. S. D. ve M. Y.'nin silahlı örgüte yardım, sanıklar H. Ü., M. S. D. haklarında patlayıcı madde bulundurma suçlarından mahkumiyetlerine ilişkin hükmün onanmasına”. Bkz: Yargıtay 9. CD., 01.12.2008 tarih ve 2008/3180 E., 2008/13060 K. sayılı karar (Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), s.433, dn.889.

<sup>153</sup> “... Silahlı örgüt üyesi olup kendiliğinden örgütten ayrılarak teslim olan sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği ve yaptığı açıklamaların doğruluğu EGM'den sorulup araştırıldıktan sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 221.maddesi hükümlerinin terör suçları için uygulanamayacağından bahisle etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...” hukuka aykırı görülmüştür. Bkz: Yargıtay 9.CD., 10.05.2017 tarih ve 2006/7781 E., 2007/4039 K. sayılı karar (Özkaya, a.g.e., s.134, dn.467).

Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 9.CD., 22.05.2007 tarih ve 2007/111 E., 2007/4440 K. sayılı karar (Özkaya, a.g.e., s.152, dn.513).

dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmedilmez.

TCK m.221/2'de yer alan etkin pişmanlık, örgüte üye olan kimseleri kapsamaktadır. Bu hükme göre, örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olan ve gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildiren kimseler hakkında cezaya hükmedilmez. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, silahlı örgüt mensubu sanık hakkında, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlara katılıp katılmadığı yeterince tartışılıp değerlendirilmeden TCK m.221/2 kapsamında olmasına rağmen, m.221/4 kapsamındaki koşulların oluşmadığı gerekçesi ile talebin reddine karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür<sup>154</sup>.

TCK m.221/3'te yer alan etkin pişmanlık, örgüte üye olan kimseleri kapsamaktadır. Bu hükme göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesi, pişmanlık duyarak örgütün dağılması ya da mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde cezaya hükmedilmez. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, silahlı terör örgütünün üyesi olduğu anlaşıldığı halde, kovuşturma aşamasında önceki ifadelerini reddedip örgüt üyesi olmadığını beyan eden fail hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>155</sup>.

TCK m.221/4'te yer alan etkin pişmanlık hükmünün kapsamı oldukça geniştir. Bu hükmün kapsamında, örgüt kuran, yöneten, üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen yahut örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi bulunmaktadır. Maddede yer alan bu kişilerin gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmedilmez. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek ceza üçte birden üçte dörde kadar indirim yapılır. Böylece bu hükümde hem cezayı ortadan kaldıran hem de cezayı azaltan etkin pişmanlık sebebi düzenlenmiştir.

<sup>154</sup> Yargıtay 9. CD., 27.03.2006 tarih ve 2006/350 E., 2006/1850 K. sayılı karar (Çakın, a.g.e., s.104).

<sup>155</sup> Yargıtay 9.CD., 10.07.2008 tarih ve 2008/2090-8917 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8565).

### C. İspat

Silahlı örgüt kurma, yönetme yahut böyle bir örgüte üye olma suçlarından ceza verilebilmesi için silahlı örgütün varlığının şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ispatlanmış olması gereklidir.

Bilinen bir suç örgütü ise, örgütün varlığını tespit eden yargı kararları, ispat için yeterli olacaktır. Ancak ilk kez varlığı ortaya çıkan bir silahlı örgüt söz konusu ise, yukarıda örgütün tanım ve unsurlarında ifade ettiğimiz ölçütlerin varlığı araştırılmalıdır.

Bir kişinin örgüt üyesi olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bunun için ise, kişinin suç işleme amacıyla birleşen örgüt yapısına dahil olma ve örgütün amaçlarını gerçekleştirme iradesine sahip olup olmadığı, böyle bir irade varsa ne kadar zamandır olduğu gibi hususlar araştırılmalıdır<sup>156</sup>. Bu kapsamda, örgüt üyelerinin somut veya soyut fiilleri gerçekleştirmek için geçici ya da sürekli şekilde birleşmiş olmaları ve üyeler arasındaki hiyerarşik ilişkinin ve örgüt dokümanlarının incelenmesi gereklidir<sup>157</sup>. Ayrıca, elde edilen örgüte ait eşyaların niteliği, örgüte ait evlerde bulunan malzeme, doküman ve silahlar ile bilgisayar kayıtları, sanıklara ait tüm rapor ve bilgiler birlikte değerlendirilmelidir<sup>158</sup>.

Yargıtay tarafından verilen kararların çoğunluğunda, eksik araştırma ile hüküm verilmesi, bozma sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>159</sup>. Ayrıca, failin

---

<sup>156</sup> “Tornacılık işi yapan sanığın, aralarında önceden anlaşılıp iş bölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla kurulan suç örgütüne üye olarak suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığından beraati yerine ...” Bkz: Yargıtay 8.CD., 12.03.2009 tarih ve 4959/3809 K. sayılı karar (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.39).

<sup>157</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8539; Taştan, a.g.m., s.116.

<sup>158</sup> Taştan, a.g.m., s.116.

<sup>159</sup> “Örgütten kendiliğinden ayrılarak teslim olan ve pişman olduğunu beyan eden sanığın, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak edip etmediği araştırılıp, açıklamalarının doğruluğu Emniyet Genel Müdürlüğünden sorularak sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, ....” Bkz: Yargıtay 9.CD., 24.10.2007 tarih ve 9329-7588 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.42112).

“Örgüt üyesi olup örgütten kendiliğinden ayrılarak teslim olan ve pişman olduğunu beyan eden sanığın, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak edip etmediği İçişleri Bakanlığından sorulup araştırılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde

örgütsel faaliyet yürüttüğü tespit edilememişse, örgüt üyesi olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>160</sup>. Bu bağlamda, kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilebilmesi için açık bir şekilde yürüttüğü örgütsel faaliyetin ispatlanmış olması gereklidir.

#### D. Anonim Tanıklık

Anonim tanık, kimlik veya adres bilgilerinin saklanması, değiştirilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan dinlenmesi ve görüntü ile sesin aktarılması, değiştirilmesi şeklindeki usuller ile kişinin tanınmasını sağlayan bilgiler saklı tutularak dinlenen tanık olarak tanımlanabilir<sup>161</sup>.

Anonim tanıklık kurumuna ilişkin esaslar, CMK m.58/2 ve devamında düzenlenmiştir. Tanıkların korunmasına ilişkin hükümler, ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uygulanabilir (CMK m.58/5).

Anonim tanık beyanı, tek başına ve belirleyici delil olarak kullanılmamalıdır. Kimliği saklı tutulan tanığın beyanının başka delillerle doğrulanması, destekleyici delillerin varlığı oldukça önemlidir<sup>162</sup>. Kimlik ve adres bilgileri gizlenen tanık, aleni duruşmada dinlenmiş olsa dahi savunma hakları bir ölçüde sınırlandırılmış olduğundan tek başına delil değeri olmamalıdır<sup>163</sup>. Sanık hakkında verilen mahkumiyet kararında tek veya belirleyici delil, anonim tanığın beyanı olmamalı, hükme esas teşkil edecek

*hüküm tesisi, ...*” Bkz: Yargıtay 9.CD., 20.09.2007 tarih ve 121-6557 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.4213).

<sup>160</sup> “Sanıkların aksi sabit olmayan savunmaları ve tüm dosya kapsamından küçük yaşta aileleri ile birlikte Birleşmiş Milletler denetimindeki kamplarda kaldıkları anlaşılmış, ancak bu süre içinde örgütle organik bağ içine girip faaliyette bulduklarına dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden ...” (Yargıtay 9.CD., 29.11.2005 tarih ve 2005/6028 E., 2005/9094 K. sayılı karar, Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.8540).

Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay CGK., 11.11.2021 tarih ve 2020/61 E., 2021/546 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.: 03.08.2022).

<sup>161</sup> Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, “Terör Suçlarında Anonim Tanıklık”, Ed: Prof. Dr. Adem Sözüer, 7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Tebliğler Kitabı, 2017, s.107-118, s.108.

<sup>162</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, a.g.m., s.115.

<sup>163</sup> Bayram Turgut, *Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması* (Ankara:Turhan Kitabevi, 2010), s.262; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.120.

başkaca deliller de olmalı<sup>164</sup> ve diğer deliller de anonim tanık beyanı olmamalıdır<sup>165</sup>. AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından verilen kararlarda da anonim tanık beyanının tek başına mahkumiyet için yeterli delil olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> TKK m.9/8'de de bu hususa yer verilerek doğrudan doğruyalık ilkesi ve adil yargılanma hakkı bakımından ortaya çıkan sıkıntıların bir anlamda önüne geçilmesi amaçlanmaktadır (Yenidünya/İçer, a.g.e., s.124).

Ayrıca bkz: Şen, a.g.e., s.242; Ersan Şen, "Gizli Tanıklık", *Nevşehir Barosu Dergisi* (Nevşehir:2014), Yıl:1, Sayı:1, s.273-283, s.280; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2016), 8. Baskı, s.541; Yusuf Solmaz Balo, *Uluslararası İske ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)* (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2009), s.196.

Anonim tanık beyanları, belirti delileri ile bir araya geldiğinde mahkumiyet kararı için yeterli hale gelebilir ve anonim tanık beyanı esas alınarak usulüne uygun bir şekilde toplanmış diğer deliller de muhakemede değerlendirilebilir (Balo, a.g.e., s.242).

<sup>165</sup> Burcu Dönmez, "AİHM ve AYM Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", *TBB Dergisi* (Ankara:2016), Sayı:127, s.121-156, s.131; Feridun Yenisey, "Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (İstanbul:2010), Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt:1, s.397-420, s.420.

Bir görüşe göre, anonim tanık beyanının mahkumiyet hükmünün belirleyici delili olamamasına ilişkin bir hüküm eklenmelidir (Mahmut Kaplan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Ceza Hukukunda Anonim Tanıklık", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s.53).

<sup>166</sup> AİHM tarafından verilen *Van Mechelen/Hollanda* kararında, kendisi duruşma salonunda bulunmayan, sadece sesi duyulan, görüntüsü izlenmeyen tanığın verdiği beyana dayanılarak hüküm kurulamayacağı içtihat edilmiştir (Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.540; Turgut, a.g.e., s.323; Yenidünya/İçer, a.g.e., s.122; Yenisey, a.g.m., s.418).

*Kostovski/Hollanda* kararında Mahkeme, sadece anonim tanıkların beyanlarının yeterli görülerek sanığın cezalandırılmasını uygun görmemiş, duruşmalarda tanıklık yapmayan ve kimliği gizli tutulan iki kişiden alınan ifadelere dayandırılmış olmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir (Şen, a.g.e., s.243, 245; Kaplan, a.g.e., s.49).

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 25.06.2015 tarihli *Baran Karadağ* kararına göre, mahkumiyet kararı yalnızca anonim tanığın ifadesine dayandırılmamalı ve bu ifade mahkumiyet kararının belirleyici delili olmamalıdır (AYM tarafından verilen 25.06.2015 tarihli Baran Karadağ kararı). Karar için bkz: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/9.html>, E.T: 24.09.2017). Ayrıca bkz: Dönmez, a.g.m., s.153.

### E. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Bu suçların soruşturması, re'sen yapılır.

6526 sayılı Kanun ile TMK m.10'da yer alan özel yetkili mahkemeler kaldırılmıştır. Aynı Kanun ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 12.maddesi değiştirilmiş ve silahlı örgütlenme suçu ile TMK kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalarda ağır ceza mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Bu hükümde, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümünde tanımlanan suçlar bakımından ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda, silahlı örgütlenme suçu bakımından da ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Silahlı örgütlenme suçunun vatandaş ya da yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk kanunları uygulanır (*TCK m.13/1/b*). Yabancı ülkede mahkumiyet ya da beraat hükmü verilmiş olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır (*TCK m.13/3*).

Silahlı örgütlenme suçu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.3 kapsamında terör suçudur. TMK m.5 hükmüne göre de, failin cezası yarı oranında artırılır. Soruşturma ve kovuşturma yönünden de bu kanun hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Silahlı örgüt kurma ve yönetme suçlarının cezası, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır. Silahlı örgüte üye olma suçunun cezası, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır.

---

Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından verilen 27.03.2008 tarih ve 2007/25667 E., 2008/4879 K. sayılı karara göre, kovuşturma aşamasında dinlenmediği halde soruşturma aşamasında dinlenen muhbirlerin beyanının hükme esas alınmayacağına ve mevcut diğer delillere göre karar verilmesi gerektiği içtihat edilmiştir (Şen, a.g.e., s.240; Şen, a.g.m., s.277). Yargıtay'ın bu kararına yönelik olarak, muhbirin anonim tanık olarak dinlenmesi halinde artık muhbir sıfatından çok anonim tanık sıfatını taşıyacak olup, tanık sıfatıyla yargılamaya dahil olması söz konusudur ve diğer delillere göre karar verilmesi gerekliliğinin nedeninin anlaşılmasına yönelik eleştiri için bkz: Turgut, a.g.e., s.290.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından verilen 2013/14311 E., 2014/11178 K. sayılı kararında da anonim tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği içtihat edilmiştir. Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 16.CD., 29.04.2015 tarih ve 2015/1399 E., 2015/1060 K. sayılı karar; Yargıtay 16.CD., 04.05.2015 tarih ve 2015/252 E., 2015/1078 K. sayılı karar; Yargıtay 1. CD., 03.03.2010 tarih ve 2009/4015 E., 2010/1277 K. sayılı karar (Kaplan, a.g.e., s.51).

## SONUÇ

Bu çalışmada, TCK m.314'te yer alan “*silahlı örgüt*” suçu, suç inceleme yöntemine göre incelenmiştir. Özel norm niteliğinde olan TCK m.314, genel norm olan TCK m.220'den iki önemli özelliği dolayısıyla ayrılmaktadır. Bu özellikler, silahlı örgütlenme suçunda silahın suçun temel şeklinin bir unsuru olması ve örgütün dördüncü ve beşinci bölümde yer alan suçları işlemek amacıyla kurulmuş olmasının gerekmesidir.

Bir örgütün silahlı olup olmadığının belirlenmesine ilişkin objektif kriterlerin neler olduğu belirlenmelidir. Düşüncemize göre, silah değerlendirmesinde, iki aşamalı bir inceleme yapılmalıdır. Öncelikle amaç suç belirlenmelidir. Sonrasında tespit edilen amaç ile bu amacı gerçekleştirmeye yönelik önemli bir araç olan silahın uyumlu olup olmadığı ve silahın amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Silahlı örgütlenme suçunun unsurları, TCK m.220'de yer alan suçun genel esaslarına uygun bir örgütün varlığı, örgütün TCK m.302-313 arasında düzenlenen suç ya da suçların işlenmesi amacıyla kurulmuş olması ve silahlı olmasıdır.

Doktrinde, silahlı örgütlenme suçunun mütemadi bir suç olduğu ifade edilmektedir. Düşüncemize göre ise, silahlı örgütlenme suçu kapsamındaki suçların yapısı itibariyle farklılıklar taşıması dolayısıyla ayrı ayrı incelenmesi gereklidir.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun yer aldığı TCK m.220/6, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve kanunilik ilkesine uygun değildir. Aynı zamanda örgüte üye olmayan ile örgüte üye olanın aynı şekilde cezalandırılması, aynı durumda olmayanlara aynı ceza verilmesi dolayısıyla eşitlik ilkesi yönünden de sakıncalıdır. 6352 sayılı Kanun ile TCK m.220/6'ya örgüte üye olma suçundan dolayı verilecek cezanın yarısına kadar indirilebileceği hükmü eklenmiştir. Devamında 6459 sayılı Kanun ile bu hükmün yalnızca silahlı örgütler hakkında uygulanacağı ifade edilerek kapsamı daraltılmıştır. Bu eleştirilerimiz, örgüte üye olmamakla birlikte örgüte yardım etme suçu bakımından da geçerlidir. AYM ve AİHM tarafından verilen ihlal kararları da göz önüne alınarak normatif düzenlemede değişiklik yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Örgüt adına suç işleme ve örgüte yardım etme suçlarının örgüte üye olma suçuna bağlılığının kaldırılarak münferit suçlar olarak cezalandırılmasının öngörülmesini önermekte ve böylece düzenlemenin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve belirlilik ilkesine uygun olacağı görüşüdeyiz.

Silahlı örgüte yardımın niteliğinin maddi ve manevi olarak ayrılarak maddi yardımların TCK m.220/7, maddi olmayanların ise TMK m.7/2 ya da TCK m.220/8 kapsamında kabul edilmesi isabetli değildir. Burada yapılan katkının muhteviyatı itibariyle yardım niteliğinde mi, yoksa propaganda niteliğinde mi olduğunun ayırt edilmesi önemlidir.

Azmettirmede sınır aşılmasının hukuki neticeleri tartışılmalıdır. Örneğin, azmettiren, silahlı olmayan bir örgüt kurmaya (TCK m.220) azmettirmiş, ancak azmettirilenler silahlı örgüt kurmuşlarsa (TCK m.314) azmettiren sorumlu olur mu, olur ise hangi suçtan sorumlu olur? Bu halde, nitelik yönünden bir sınır aşımı söz konusu olduğundan, azmettirenin sorumlu olmaması gerekir. Nicelik yönünden sınır aşıldığında, örneğin TCK m.220/1'e azmettirilen kişi, TCK m.220/3'ü işlediğinde, azmettiren suçun temel şeklinden sorumlu olabilir. Nitelik yönünden sınır aşımında hem iştirakte bağlılık kuralı hem de tipik haksızlığın farklılaşması sebebi ile azmettirenin ne TCK m.220'den ne de TCK m.314'den sorumluluğu söz konusu olmaz.

Suç için anlaşma suçu ile silahlı örgütlenme suçu arasındaki farkların da belirlilik kazanması önemlidir. İlk olarak, suç için anlaşma suçunda, henüz kurulmuş bir silahlı örgüt olmayıp bu suçun hazırlık hareketleri ve bu kapsamda en az iki kişinin anlaşması söz konusudur. İkinci fark, suç için anlaşma suçunda, iki ya da daha fazla kişinin araç ve amaç yönleriyle fikri anlaşmalarının oluşması yeterliyken, silahlı örgütlenme suçunda en az üç kişinin silahlı organize bir yapıyı oluşturmalarının gerekli olmasıdır. Üçüncü fark, anlaşmanın soyut nitelikte olması, örgütün ise amaca yönelik somut hareketleri gerektirmesidir. Dördüncü fark ise, suç için anlaşma suçunda silah unsuru bulunmaz iken, silahlı örgütlenme suçunda silah koşulunun aranmasıdır.

Bir kimse hem örgüte silah sağlamakta hem de silahlı örgüt üyesi ise, ceza sorumluluğunun ne şekilde olması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Düşüncemize göre, bu takdirde failin, silahlı örgüte üye olmaktan dolayı TCK m.314/2 ve silah sağlama suçundan dolayı TCK m.315 gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gereklidir. Eğer suçun konusu, TCK m.174'de yer alan "tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi" suçuna ilişkin madde kapsamında yer almaktaysa, TCK m.220/4 atfı ile ayrıca bu suçtan da sorumlu tutulup tutulmayacağı da önemlidir. Eğer suç konusu TCK m.174 kapsamında ise, m.220/4 hükmü gereğince, failin bu suçtan ayrıca sorumlu tutulması gereklidir, aksi takdirde m.174'ten dolayı sorumlu tutulmamalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Akın, Engin. Terör ve Terörün Finansmanı Suçu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Aygün Eşitli, Ezgi. “Anayasayı İhlal Suçu”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), s.1689-1724, Ankara: 2016.
- Balo, Yusuf Solmaz. Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık). Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Boz, Burak. “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2. No:1, s.131-186, Ankara:2020.
- Çakın, Özgür, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- Demir, Oğuzhan. Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Dönmez, Burcu. “AİHM ve AYM Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”. TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:127, s.121-156, Ankara: 2016.
- Evik, Vesile Sonay. “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65 (4), s.1725-1747, Ankara:2016.
- Evik, Vesile Sonay. “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Aramağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, s.667-697, İstanbul:2013.
- Evik, Vesile Sonay, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 2006, s.101-133.
- Gök, Aybala, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Suçları ve Terörizm”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2005.
- Gültaş, Veysel/Güzeldere, Mustafa. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Silahlı Örgüt Suçları (Açıklamalı/İçtihatlı). Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.
- Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günel, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, TBB Dergisi, Sayı:71, 2007, s.25-80.
- İnce, Kadir, “Türk Ceza Hukuku’nda Örgütlü Suçluluk ve Silahlı Terör Örgütü”, ERÜHFD, C:XV, S:1, s.241-269, Erciyes:2020.

- Kaplan, Mahmut, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Ceza Hukukunda Anonim Tanıklık”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- Kavlak, Cihan. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, “Terör Suçlarında Anonim Tanıklık”, Ed: Prof. Dr. Adem Sözüer, 7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Tebliğler Kitabı, 2017, s.107-118, s.108.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay. Özgü Suç, İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Molu, Benan, “İHAM’ın İmret v. Türkiye ile Bakır ve Diğerleri v. Türkiye Kararlarının Özet Çevirisi: TCK’nin 200/7 Maddesi Öngörülebilir Değil” (<https://anayasagundemi.com/2018/07/13/ihamin-imret-v-turkiye-ile-bakir-ve-digerleri-v-turkiye-kararlarinin-ozet-cevirisi-tcknin-220-7-maddesi-ongorulebilir-degil/E.T.:27.03.2022>).
- Osmanoğlu, Bilal/Kıdıl, Fahrettin, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt:21, s.1141-1177, İzmir:2019.
- Özkaya, Burçin, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Özgenç, İzzet. Suç Örgütleri. 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özgenç, İzzet. Terörle Mücadele Kanunu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu. 4.Cilt, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Saldırım, Mustafa/Elmaal Göbekci, Firdes, “Terör Suçları, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçları Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Türk Mevzuatı ve Yargıtay İçtihatları, Strasburg, 2016.
- Sarıtaş, Erkan, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Organize Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap, Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011, s.121-201.
- Sarıtaş, Erkan. Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

- Şen, Ersan ve Sefa Eryıldız. Suç Örgütü. 4. Baskı, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şen, Ersan, “Gizli Tanıklık”, Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, s.273-283, Nevşehir:2014.
- Taştan, Mehmet. Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu. Ankara:Adalet Yayınevi, 2009.
- Taştan, Mehmet, “Silahlı Örgüt Kurmak, Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:20, s.113-119, Ankara:2008.
- Turinay, Faruk, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, TBB Dergisi, Sayı:116, s.39-84, Ankara:2016.
- Tulay, Muhammed Emre, “Örgüt Üyesi Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Suç İşlemek”, Sosyal Bilimler Dergisi/The Journal of Social Science, Yıl:5, Sayı:26, s.1-9. 2018.
- Turgut, Bayram. Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması. Ankara:Turhan Kitabevi, 2010.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu. Cilt VI, Ankara:Adalet Yayınevi, 2010.
- Yalçın Sancar, Türkan. Çok Failli Suçlar. Ankara:Seçkin Yayınevi, 1998.
- Yenidünya, A. Caner ve Zafer İçer. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK m.220, 221). İstanbul:Digesta Yayınevi, 2014.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhuğlu. Ceza Muhakemesi Hukuku. 8. Baskı, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Yenisey, Feridun, “Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt:1, s.397-420, İstanbul:2010.
- Zengin, Mehmet, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçlarının Normatif ve Olgusal Temelleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.

#### İnternet Kaynakları:

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6548>

<https://anayasagundemi.com/>

# İDARİ YARGIDA KANUN YOLLARINDAKİ İÇTİHAT FARKLILIKLARININ HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Legal Security Principle of Differences in Case Law in Administrative  
Jurisdiction Evaluation Within the Scope*

**Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK\***

## ÖZ

Eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren devlet anlamına gelen hukuk devletinde bu ilkenin gerçek anlamda var olabilmesi eşitlik ve hukuki istikrar ilkeleri gözetilmelidir. Bu gereklilik hukuk normları ihdas edilirken olduğu gibi bu normlara aykırılık iddiaları karşısında çözüm mercii olan yargı açısından da geçerlidir. Zira aynı ya da benzer içerikteki uyumsuzluklar hakkında, gerekçesiz biçimde, yargı yerlerince farklı hükümlere varılması, adalet düşüncesini—ve adil yargılama süreçlerini zedeleyebilecektir. Bu sebeple, somut olayın gerekliliklerini de göz ardı etmeden, yargı içtihatları arasında birliği sağlamak ve çelişkileri ortadan kaldırmak önem taşımaktadır. Bunun için makalede, hukuki güvenlik ilkesi ile idare hukuku açısından yargı içtihatları arasındaki çelişki ya da farklılıkları gidermek üzere ulusal mevzuatta alınan tedbirler değerlendirilmiş; ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile farklı ülke uygulamalar incelenerek, istinaflar kurulu, yargısal görüş, pilot dava, grup davası gibi kavramların iç hukukta uygulanabilirliği hususu tartışılmış ve alternatif çözüm önerileri irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuki güvenlik ilkesi, içtihat birliği, istinaf

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 06.10.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.03.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: colpanmucahit@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7140-3451.

## ABSTRACT

In the state of law, which means the state whose actions and transactions are lawful, respecting human rights, establishing and developing a just legal order in every field, the principles of equality and legal stability must be observed so that this principle can truly exist. Different arrangements have been made to ensure the consistency of the decisions given by the judicial authorities. Because, reaching different judgments about the same or similar content disputes, may harm the idea of justice. So it is important to ensure unity among judicial jurisprudence without ignoring the requirements of the concrete case. In the article, the measures taken in the national legislation to eliminate the contradictions or differences between the principle of legal security and the jurisprudence in terms of administrative law were evaluated; in addition, the ECHR and the practices of different countries were examined, the applicability of concepts such as the board of appeals, judicial opinion, pilot case, class action in domestic law was discussed and alternative solutions were examined.

**Keywords:** Principle of legal security, unity of jurisprudence, appeal

## GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesi devletin güç ve yetkilerinin belirli kurallara bağlanmak suretiyle bireylere karşı keyfi kullanımını önleme amacıyla geliştirilmiş, koruyucu bir ilke olarak kabul edildiğinde, hukuka tâbi bireylere, devlet gücü vasıtasıyla yapılacak uygulamaları öngörebilme imkânı sunan, hukuk kurallarının sürekli, istikrarlı ve uyum içinde uygulanacağı konusunda güvence veren bir hukuk düzeni akla gelmektedir<sup>1</sup>.

Hukuk devleti ilkesinin hayata geçebilmesi için öncelikle yasama, yürütme ve yargıdan oluşan erklerin ayrılığı sisteminin kabulü gerekmektedir. Yine, mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olması ve idarenin kanuniliği prensibi ile yargısal himaye kuralının işlerlik arz etmesi ve devletin malî sorumluluğunun bulunması, temel hak ve hürriyetlerin anayasal ve kanuni güvence altına alınması, hukuk önünde eşitlik ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması, devletin faaliyetlerinin önceden hesap edilebilirliği anlamında genel olarak hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin

---

<sup>1</sup> Mehpere Çaptuğ, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2020), 38.

sağlanması, adil yargılanma hakkı, kanunilik ve ölçülülük gibi alt ilkeler hukuk devleti ilkesinin gerekleridir<sup>2</sup>.

Hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi yasa yapma anında başlayıp ilgili yasanın idarelerce uygulanması ve bu yasanın uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü anına kadar devam eden bir süreci kapsar. Ancak uyuşmazlıkların çözümü noktasında rol oynayan yargı, yasanın nasıl anlaşılması ve nasıl uygulanması gerektiği noktasında uygulamaya ve yasama organına yol gösterici bir role de sahiptir. Bu sebeple yargı kararlarının da kendi içinde tutarlı olması, çelişkili uygulamaların önüne geçerek, adil yargılama ve eşitlik ilkeleri bağlamında kamu vicdanını tatmin edici bir etkidir. Zira aynı ya da benzer uyuşmazlıklarda birbirinden farklı kararlar verilmiş olması adalete olan güveni sarsabilecek, yargı organına duyulan güveni azaltabilecektir.

Bu sebeple önce hukuki güvenlik ilkesi kavramını incelemek ve sonrasında bu ilkenin, yargı içtihatları arasındaki çelişki ve farklılıklarla ilişkisine değinmek gerekmektedir. Bundan sonra ise yargı içtihatları arasındaki bu farklılığın ve çelişkilerin giderilmesi için hukuk sistemimizde var olan yasal düzenlemeler ile farklı hukuk sistemlerinde yer alan çözümlerin ülkemiz açısından uygulanabilirliği idare hukuku bağlamında değerlendirilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

## I. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

Hukuk devleti ilkesi, hukuk sisteminde istikrar ve güven temin etmeyi amaçlar<sup>3</sup>. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk sùjelerinin eylem veya davranışlarının hukuki sonuçlarını makul bir şekilde öngörmelerine izin veren, erişilebilir ve olası sonuçlara ilişkin haklı beklentilere/önceden yapılan tahminlere saygılı<sup>4</sup>, güvenlik, istikrarlılık ve süreklilik unsurlarını taşıyan ve hukukun uygulanmasındaki belirsizlik veya ani değişim riskini ortadan kaldırmaya yönelik bir garanti veya koruma olarak tanımlanabilir<sup>5</sup>. Söz konusu bu istikrar ve güven ilkesi kanun koyucuyu da, yürütmeyi de, yargıyı da bağlamaktadır.

<sup>2</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 79 vd.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi “hukuki güvenlik ilkesi”ni hukuk devletinin unsurlarından biri olarak değerlendirmektedir (örn. AYM, E.2006/61, K.2007/91, 30.11.2007-RG.23.02.2008, S.26796).

<sup>4</sup> Thomas Piazzon, *La Sécurité Juridique*, (Thèse, Paris: Université Paris II, 2006), 48.

<sup>5</sup> Mehpare Çaptuğ, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17 (Haziran 2021) :139.

Hukuki güvenlik ilkesi, belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki kesinlik ilkelerini kapsar<sup>6</sup>.

Belirlilik<sup>7</sup> ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Esas ise muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür

<sup>6</sup> Hukuki istikrar ilkesini öngörülebilirlik, güvenilirlik ve belirlilik olarak ayıran görüşler olduğu gibi (bkz. Fulya Mercimek, “Hukuki Güvenlik İlkesi ve Karşılaştırmalı Vergi Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2019 Bursa) hukuki kesinlik ilkesi ve hukuki belirlilik ilkelerinin aynı anlama geldiğini savunan görüşler de bulunmaktadır (bkz. Abdulkadir Gülçür, “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, (Haziran 2018) 150). Mevcut değerlendirmeler arasındaki farklılıklar, daha ziyade terminoloji kökenlidir (bkz. Çaptuğ, 134 vd.).

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi pek çok kararında bu ilkeye ilişkin olarak “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar “(AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; Bubo Çelik Başvurusu (B. No: 2013/3954, K. 26/2/2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 02.08.2022) denilmiştir.

sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır<sup>8</sup>.

Öngörülebilirlik ilkesi daha ziyade geleceğe dönük bir ilke niteliği taşımakta ve hukuki uygulamaların nasıl şekilleneceği ve kişileri ne yönde etkileyeceği, uyuşmazlıkların çözümünün nasıl sağlanacağı gibi hususlarda ilgili kişi ya da kurumların tahmin yürütebilmesini kapsamaktadır. Belirlilik ilkesi, mevzuatın anlamı, hukuki dayanakların ve olayların yorumuna ilişkin iken öngörülebilirlik ilkesi bu belirlilikten faydalanmak suretiyle geleceğe dönük değerlendirme yapılabilmesini temin eder. Başka bir deyişle öngörülebilirlik, idari uygulamalar, yargı kararları ve yasal düzenlemelere dair sonuçları, alternatif uygulamaları, eylemler ve ileriye dönük planlarda zaman çerçevesini hesaplayabilme ve algılama kapasitesidir<sup>9</sup>.

Doktrinde kesinliğin, bilinebilirlik veya belirlenebilirlik, güvenilirlik veya değişmezlik, hesaplanabilirlik veya öngörülebilirlik anlamlarına geldiği<sup>10</sup>; hukuk normlarının kesinliğinin temel hak ve özgürlüklerin içeriklerinin kesinliğinin sağlanması, yargısal kesinliğin sağlanması ve hukukun kendi içerisinde tutarlılığının sağlanması biçiminde bir kapsamı olduğu belirtilmektedir<sup>11</sup>. Modern hukuk sistemlerinde bu öngörülebilirlik, yasaların genelliği, yasaların yayımlanması, geriye yürümemesi, açık ve tutarlı olması, fiili/hukuki imkânsızlık taşıyan veya sık sık değiştirilen yükümlülükler getirilmemesi ve yürütmenin yasalarla bağlanması gibi ilkelerle sağlanabilmektedir<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 07.08.2022).

<sup>9</sup> Mercimek, 99.

<sup>10</sup> Humberto, Ávila, *Certainty In Law*, (Switzerland: Springer International Publishing 2016), 126.

<sup>11</sup> Ávila, 77.

<sup>12</sup> Patricia, Popelier, ([https://www.researchgate.net/publication/233701447\\_Five\\_Paradoxes\\_on\\_Legal\\_Certainty\\_and\\_the\\_Lawmaker](https://www.researchgate.net/publication/233701447_Five_Paradoxes_on_Legal_Certainty_and_the_Lawmaker) E.T. 20.09.2022). Yazar devamla “Paradoks, dikkatlice düşünüldüğünde çelişkili olmadığı ortaya çıkan bir çelişkiyi ima ediyor gibi görünen bir ifadedir. Hukuki kesinliğe ilişkin olarak, peşin hükümlü görüşler aşağıdaki paradokslar çerçevesinde formüle edilebilir: 1) Hukuki kesinlik ilkesi kesinlik isterken, belirsizlik hukuk düzeninin doğal bir parçasıdır. 2) Toplumda insan ilişkilerinin hukuki yönü ne kadar hâkim olursa, mevzuata erişilebilirlik bir yandan temel bir gereklilik, diğer yandan “imkânsız bir görev” haline gelir. 3) Hukuki kesinlik ilkesi ışığında mevzuatın gözden geçirilmesinin kendisi önceden kestirilemez. 4) Objektif belirsizlik (erişilebilirlik), haklı subjektif belirsizliğe yol açar (meşru beklentilere saygı). 5) Bir hukuk kuralının hukuki kesinlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle hukukun geçersiz kılınması, hukuki belirsizliği daha da artırmaktadır.” ifadelerine yer vermiştir.

Hukuki güvenlik kavramı yalnızca ulusal hukuk bakımından değil aynı zamanda uluslararası hukuk bakımından da önem taşıyan evrensel bir kavram haline gelmiştir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de önünde gelen uyuşmazlıklarda hukuki güvenliğin ihlal edilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Elbette Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece ihlal konusunda değerlendirme yaparken değil kendi uygulaması bakımından da bu ilkeyi gözetmekle mükelleftir. Bu sebeple Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesinin bir yansıması olan içtihat birliğini sağlayabilmek açısından tedbirler öngörmektedir. Benzer uygulamalar ve arayışlar Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuku bakımından da geçerlidir.

Hukuk güvenliği<sup>13</sup>, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar<sup>14</sup>. Hukuki güvenlik ilkesinin gereklerinden biri de uyuşmazlıkların çözüm noktası olan yargı yerlerince verilen kararlarda aranacak olan istikrar ve uyumdur. Zira benzer hukuki uyuşmazlıklar neticesinde verilen farklı yargı kararları, eşitlik, adil yargılanma, tarafsızlık ve öngörülebilirlik bakımından adalete olan inancı sarsabilecektir.

Bu durumda yargı içtihatları arasında uyum ve istikrar sağlanması gerekmektedir. İchtihat aykırılıklarının giderilmesinin önemine ilişkin Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulu (CCJE)'nin 10 Kasım 2017 tarih ve 20 no.'lu görüşünde<sup>15</sup>; kanunun eşit ve tek tip uygulanmasının, hukukun genelliğini, kanun önünde eşitliği ve hukuki kesinliği sağlayacağını belirtmiştir. Öte yandan, aynı görüşte, yasanın yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlama ihtiyacı, katı bir uygulama ile hukukun gelişmesini gereksiz yere kısıtlamamalı veya bağımsız yargı ilkesini sorgulanır hale getirmemelidir fikrine yer verilmiştir. Anılan görüşte; kanunun yeknesak biçimde

<sup>13</sup> Doktrinde hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri de şu şekilde sıralanmıştır. 1- Devlet faaliyetleri, önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalıdır. 2- Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir. 3- Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmalıdır. 4- İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvece niteliğindeki kurullarla (bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) birey ile idare arasında denge sağlanmalıdır. 5- İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır. 6- Yasal düzenlemelerde hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır. 7- Devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti yaratmalıdır. (Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2017), 144,145).

<sup>14</sup> AYM, E.2013/67, K.2013/164, 26.12.2013; RG, 27.03.2014, S. 28954

<sup>15</sup> <https://rm.coe.int/opinion-ccje-en-20/16809ccaa5> (E.T. 31.08.2022).

uygulanmasının kanun önünde eşitlik ilkesi için esas olduğu, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu ve hukukun üstünlüğüyle yönetilen bir devlette vatandaşların herkesle aynı muameleyi görmesi gereği vurgulanmıştır. Buradan hareketle varılacak netice ise benzer uyuşmazlıklarda verilen kararlara itimat edilerek kişilerin eylemlerinin yasal sonuçlarını öngörebilmeleridir.

Benzer konularda somut bir gerekçe olmaksızın farklı kararlar verilmesi, eşitlik ve hakkaniyet açısından şüphe doğuracaktır. Yine bu durum hukuk normlarının öngörülebilir olması, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi anlamına gelen ve evrensel bir hukuk ilkesi olan öngörülebilirlik ilkesini de zedeleyecektir<sup>16</sup>. Bu sebeple öncelikle kanun koyucunun anlaşılabilir, açık ve uygulanabilir<sup>17</sup> normlar ihdas etmelidir. Konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir kararında<sup>18</sup> konuya yaklaşımını,

“ ... hukuk, erişilebilir ve öngörülebilir olmalıdır; bir diğer deyişle, hukuk kişiye –hukuki danışmana da başvurarak- davranışlarını yeterli netlikte belirleme imkânı verecek tarzda olmalıdır. ... İç hukuk, bu koşulları yerine getirebilmek için, Sözleşme tarafından garanti altına alınan haklar bakımından, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma tedbiri alınmalıdır.” biçiminde özetlemiştir. Bir diğer kararında ise,

“..hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle

<sup>16</sup> Hukuk güvenliği ilkesinin “öngörülebilirliği” sağlayan işleviyle, bireylere devlet ve toplumun diğer üyeleri karşısında sağladığı üç güvence şu şekildedir: İlkesel Güvence: Devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasının normlarla kural altına alınmasını ifade eder. Kurumsal Güvence: İlke olarak konulan normların, mahkemeler tarafından hukuki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasını ifade eder. Bu yüzden mahkeme içtihatlarında yaşanan farklılıklar, bu kurumsal güvenceye aykırılık teşkil edebilir. İşlevsel Güvence: İlke olarak konan normların mahkemelerde uygulanıp karara bağlandıktan sonra kararların kamu otoritelerince uygulanmasını ifade eder.(Haşim Özpölat, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, Sayı:33, (Ocak 2018), 616.).

<sup>17</sup> Hukuk kuralları sosyal, ekonomik, tarihi ve kültürel sebeplerle toplumdan topluma değişebilir. Bir hukuk kuralının uygulanabilirliği bu noktada toplumun ihtiyaçlarıyla örtüşmesi, etkili sonuçlar doğurması, çağdaş ve meşru kabul edilmesi gibi etkenlere bağlıdır.

<sup>18</sup> <https://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-382-Hasan-andChaush-vBulgaria.pdf>. (E.T. 01.09.2022).

uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimadı azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir”<sup>19</sup> diyerek yargının rolüne işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise hukuki güvenlik ilkesine ilişkin bir kararında<sup>20</sup>,

“..Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk Devletinin unsurları doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi ‘Hukuki Güvenlik’ ve ‘Belirlilik’ ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılınması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür” denilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin yansıması olan belirlilik ve öngörülebilirlik prensiplerinin somut hale geldiği yargısal kararların istikrarı ise içtihatlar arasında çelişkilerin ve gerekçesiz aykırılıkların olmayışına bağlıdır. Yargısal makamlar açısından ülkedeki içtihat birliğinin sağlanması ve denetlenmesi ise kanun yolları ile mümkün olmaktadır.

## II. KANUN YOLU KAVRAMI:

Kanun yolunun amacı, daha elverişli bir hükme ulaşmak olarak adlandırılabilir. Bu ise öncelikle subjektif hakların hukuki himayesi, başka bir deyişle davanın taraflarına ilişkin hakların korunması anlamına gelmektedir. Ayrıca elverişli hüküm ile objektif hukukun korunması da mümkündür. Objektif hukukun korunması ise hukuki birliğin sağlanması, hukuki barış ve güvenliğin temin edilmesi anlamına gelmektedir<sup>21</sup>.

Kanun yolu kavramı geniş ve dar olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır<sup>22</sup>. Geniş anlamda kanun yolu, aralarındaki uyumsuzluğu

<sup>19</sup> AİHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, B. No: 13279/05, 20.10.2011, (<https://kararlarbilgibankasi.gov.tr/>, E.T. 09.09.2022).

<sup>20</sup> AYM, E.2015/94, K.2016/27, 7.4.2016 - RG, 03.05.2016, S. 29701.

<sup>21</sup> Kamil Yıldırım, “Kanun yolu Olarak İstinaf”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:52,( Kasım 2003), 72 (tam metin için bkz 285-317)..

<sup>22</sup> Uygulamada olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak anılmakta olan kanun yolları incelendiğinde henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan kanun yollarına,

dava biçiminde yargı organı önüne getiren taraflara kanun tarafından tanınan bu dava ile ilgili olarak mahkemece verilen her türlü yargısal kararın tekrar gözden geçirilmesi gerekli ise düzeltilmesini sağlayan hukuki çarelerdir<sup>23</sup>. Dar ve teknik anlamda kanun yolu ile mahkemenin dosyadan el çekmesine yol açan nihai kararların doğruluğunun denetimine hizmet edecek şekilde bir daha gözden geçirilmesini sağlayan vasıtalar anlaşılmaktadır. Buna göre ancak nihai kararlara karşı kanun yoluna gidilebilmektedir.<sup>24</sup>

Dar anlamdaki kanun yolu ile hukuki uyumsuzluk üst mahkemeye aktarılarak ilk derece mahkemesince verilen hükmün denetlenmesi suretiyle hukuka uygunluğunun temini, kararların kesinleşmesinin önlenmesi ve hukuk uygulamasında birlik sağlanması gibi faydalar sağlanmaktadır<sup>25</sup>. Bunlar, itiraz, istinaf ve temyiz olarak ayrılmaktadır.

#### A. İtiraz:

İtiraz, henüz kesinleşmemiş olan ve tek hâkim veya mahkeme tarafından verilen kararın, hatalı yahut hukuka aykırı olduğu iddiasıyla, fiilî (maddî) ve hukuki bakımdan üst makam tarafından incelenmesi ve denetlenmesi için yapılan olağan bir kanun yolu başvurusudur. Özetle itirazın konusu, “hüküm” adı verilen son kararlardan önce verilen ve son karara esas teşkil etmeyen “ara karar”lardır. İtiraz ile istinaf farkı da buradan kaynaklanmaktadır. İstinaf, dava bittikten, son karar verildikten sonra gidilebilecek bir yoldur. Buna karşılık itiraz, hükümden önceki safhada, yani dava bitmeden önce başvurulabilecek bir yoldur<sup>26</sup>.

Ülkemizde İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda 18/4/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 19. maddesiyle gerçekleştirilen değişiklikten önce idari yargılama usulünde itiraz, temyiz ve karar düzeltme olmak üzere üç farklı olağan kanun yolu mevcuttu. İtiraz, idare ve vergi mahkemelerince tek hâkim tarafından verilen kararlar ile heyet halinde verilmiş olsa bile kanunda sayılan diğer bazı nihai kararlara karşı gidilebilen bir kanun yolu olarak

---

kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı ise olağanüstü kanun yollarına başvurulabildiği görülmektedir.

<sup>23</sup> Geniş anlamda kanun yolu niteliği yönünden kanun yolu tanımına uyan eski hale getirme ve yargılamanın yenilenmesi gibi yasada yasa yolu olarak adlandırılmamış yollardır (Ali Rıza Çınar, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 14).

<sup>24</sup> Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2010), 34,35.

<sup>25</sup> Akil, 35.

<sup>26</sup> Devrim Aydın, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, (Temmuz, Ağustos 2006), 64.

öngörülmüştü. İtiraz usulünde bölge idare mahkemesi tarafından söz konusu itiraz üzerine verilen kararlar kesindi. 20.07.2016 tarihinde bölge idare mahkemelerinin faaliyete başlamasıyla birlikte istinaf kanun yolu devreye girmiştir.

### B. İstinaf:

Arapça kökenli bir kelime olan istinaf “yeniden başlamak” anlamını taşıyan ve 1876 tarihli Lugat-ı Osmani’de “hukukta bir davaya yeniden bakma” olarak tanımlanan bir kavramdır<sup>27</sup>. Modern anlamda istinaf kurumunun kökenlerinin, Roma Hukukuna kadar gittiği belirtilmektedir<sup>28</sup>.

İstinaf ilk derece mahkemesi olarak görev yapan idare ve vergi mahkemeleri ile temyiz incelemesi arasında ikinci derece bir denetim mekanizması olup verilen hükmün hukuki ve maddi açıdan yeniden incelenmesini amaçlamaktadır. Oysa Temyiz mercii yalnızca hukuki denetim gerçekleştirmektedir. Bu durumda istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararda maddi meselenin tespitinde hata görürse, ilk derece mahkemesinin verdiği kararla bağlı kalmaksızın davaya yeni baştan bakıp, delilleri kendisi değerlendirebilecektir<sup>29</sup>.

İstinafın temel amacı, dava konusu olay hakkında adilane karar verilmesi, temyiz merciinin iş yükünün hafifletilmesi ve yargılamanın hızlandırılması,

<sup>27</sup> <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/istinaf> (E.T. 16.08.2022). İstinaf mahkemeleri, Osmanlı Devleti döneminde 1879 yılında yürürlüğe giren Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanunu’nda da yer almaktaydı.

<sup>28</sup> Türk İdare Hukukunun esinlendiği Fransız İdari Yargılama Usulünde 31 Aralık 1987 tarihli İdari Yargı Reformu Yasasıyla idari yargıda istinaf sistemi kabul edilmiştir. Federal Almanya’da ve diğer pek çok Batı ülkesinde (İspanya gibi) idari yargıda istinaf sistemi uygulanmaktadır. Ülkemizde hukuk (HMK md.341 vd.) ve ceza yargılamasında (CMK md. 272 vd.) istinaf kanun yolu kabul edilmiştir (Oğuz Sancakdar, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-SANCAKDAR.pdf> , 2238, E.T. 02.09.2022).

<sup>29</sup> Serkan Çınarlı, *İdari Yargılamada İstinaf*, (Ankara: Seçkin Yayınları, Ocak 2017) s.17-18. Roma –Cermen geleneğince daha önemsiz davalara bakan ve şimdiki sulh mahkemelerinin karşılığı olan “tribun”ler bir tarafa bırakılacak olursa günümüz asliye hukuk mahkemelerini karşılayan “préteur”ler vardı ve bu mahkemelerin kararları istinaf derecesi olan “consul” mevcuttu. Nihai karar mercii ise İmparatordu (Patrick, Vauban, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği, Kasım 2003, 19, 20).

bu suretle hukukun genel ilkelerinden olan adil yargılanma hakkına riayet edilmesi, hukukun geliştirilmesi, içtihat ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır<sup>30</sup>.

Doktrinde istinaf; “Önceden belli ve yargılama usûlüne ilişkin yasal düzenlemelerde adı belirtilmiş, şarta bağlı olmadan ikinci bir hâkimin birincisinin yerine geçerek aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve birinci hâkimin verdiği kararı onaması veya değiştirmesi”<sup>31</sup> olarak tanımlanmıştır<sup>32</sup>. Bir başka tanımda ise “istinaf kanun yolu ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı, bu davada herhangi bir şekilde yer almış olan kişilerin bir üst yargısal mercie başvurarak davanın (uyuşmazlığın) yeniden incelenmesini istemelerine olanak sağlayan bir başvuru (kanun) yolu” olarak değerlendirilmiştir.<sup>33</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılamanın tekrarlandığı, yeniden yapıldığı bir yerdir<sup>34</sup>. Geniş anlamda istinaf, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın söz konusu yargılamadan bağımsız olarak tekrar yapılmasıdır. Bu durumda mahkemenin yargılama sırasında somut olayı değerlendirmek için gerçekleştirdiği her türlü usul işlemi ve delillerin değerlendirilmesi istinaf mahkemesince tekrar gerçekleştirilir. Örneğin konuya ilişkin yeniden bilirkişi raporu aldırılabilir. Dar anlamda istinaf ise ilk derece mahkemesinin yaptığı her türlü işlemi değil sadece hatalı

<sup>30</sup> Mustafa Avcı, “İdari Yargıda İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 96, (Eylül, Ekim 2011), 182,183.

<sup>31</sup> Zuhâl Bereket Baş, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, *Danıştay Dergisi, Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 94, Ankara, (1998), 94.

<sup>32</sup> Alman Medeni Yargılama Usulü Kanunu’nun ilk halinde, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemelerinde görülen davalar tümüyle yeni baştan görüldüğü gibi davaya yeni deliller sunulabiliyor, yeni talepler ilave edilebiliyordu. Bu ise hem ilk derece mahkemelerindeki işin baştan savma gerçekleştirilmesine hem ilk derece yargılamanın öneminin azalmasına hem de istinaftaki iş yükünün artmasına sebebiyet vermiştir. Bu sebeple zamanla kısıtlamalar getirilerek ancak İstinaf aşamasında yeni deliller getirilmesini ilk derece mahkemesindeki dosya ve delillerin değerlendirmesinden sonra gerçekten ihtiyaç duyulursa yeniden delil getirilebilmesi yönünde bir eğilim baş göstermişti. 1.1.2002 yılında gerçekleşen reform sonrası ise esaslı bir birinci derece mahkemesi incelemesi ve kısıtlı bir istinaf uygulamasına dönüş yaşanmıştır (Ekkehard, Becker-Eberhooard, “Medeni Hukukta İstinaf Mahkemeleri - Alman Modeli”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003*, Türkiye Barolar Birliği (Kasım 2003), 27 vd .).

<sup>33</sup> Gürsel Kaplan, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, (Bursa: Ekin, 2016) s.89.

<sup>34</sup> Doktrinde ceza muhakemesi açısından istinafın genişletilmiş bir temyiz yolu olduğu yönünde görüşler var olmakla birlikte istinafın temyiz türü veya ara temyiz olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir (bkz. Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, (Sorubankası Yayınları, 2019) s. 319).

ya da eksik olduğu düşünülen işlemin istinaf mahkemesince yapılması anlamını taşır<sup>35</sup>.

Hakkında istinafa gidilemeyen kararlar da vardır. Örneğin,

- Konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz (İYUK, md.45/1.)<sup>36</sup>

- İvedi yargılama usulüne tabi olan dava ve uyuşmazlıklar hakkında verilen nihai kararlar aleyhine de istinaf yoluna başvurulamaz (İYUK, md.45/8)

- Öte yandan Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar aleyhine de istinafa gidilemez.

- Yürütmenin durdurulması kararları da kesindir. Kanunda yazılı istisnalar dışında ise her konuda istinafa gidilebilecektir.

6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 20.07.2016 tarihine kadar ülkemizde 25 ilde 25 adet bölge idare mahkemesi bulunmaktaydı. 6545 sayılı Kanun ile istinaf uygulamasının başlamasıyla bölge idare mahkemelerinin sayısı azaltılmış ve sayısı dokuza düşürülen her bölge idare mahkemesi bünyesinde birden çok istinaf dairesi açılmıştır<sup>37</sup>.

İstinaf sisteminin bir tür temyiz olduğu ve kararın hem bölge idare mahkemesinde hem de Danıştay'da iki defa inceleneceği ve zaman kaybı olacağı ve adalete erişimin daha pahalı olacağı (maliyet, ek gider), yargılamanın uzayacağı ve hem yapılacak denetime güvenen ilk derece hâkiminin hem de yapılan yargılamaya güven duyan istinaf mahkemesinin yeterli özeni göstermeyeceği eleştirileri ileri sürülmüştür. Ancak yargılamanın

<sup>35</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 6. Bası (Ankara: Savaş Yayınevi, Ekim 2021) s. 782.

<sup>36</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Ek madde 1 uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığınca 2022 yılı için idari yargıda parasal sınırların yeniden değerlendirilmesi oranı %36,2 olarak belirlenmiştir. Bu değerlendirilme oranına göre 2022 yılı idari yargıda parasal sınırlar; istinaf için 9.000 TL, temyiz için ise 261.000 TL olmuştur.

<sup>37</sup> Hüseyin Bilgin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı* (Ankara: Seçkin, 2021), 27 (Kitapta yediye düşürüldüğü belirtilmekte olup Ankara, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya ve Samsun Bölge idare mahkemelerinin bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu mahkemelere Adana ve Bursa Bölge İdare Mahkemeleri ilave edildiğinden sayı güncellenmiştir).

kısa olması değil, adil ve güvenli olması önemli olacak<sup>38</sup>, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı iki dereceli bir kontrol mekanizması oluşturulması ile bir kararın birisi üst olan iki ayrı yargı organınca denetlenmesinin daha sağlıklı ve doğru karar verilmesi ihtimalini güçlendirecek ve adil yargılanma sağlanmış olacaktır. Bu gerekçelere ek olarak istinaf mahkemelerinin belli merkezlerde bulduklarından ilk derece mahkemelerine göre yerel baskılardan daha uzak olduğu hususu vurgulanarak bu eleştirilerin doğru olmadığı savunulmuştur<sup>39</sup>.

### 1. İstinaf Mahkemelerinde İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi

İstinaf mahkemelerine ilişkin olumsuz eleştiriler yöneltirken birden fazla bölge idare mahkemesinin bünyesinde kurulu dava dairelerinin bulunmasının içtihat farklılığına yol açabileceği eleştirisi de getirilmiştir. Olası içtihat aykırılıklarının giderilebilmesi bakımından yasal düzenleme yapılmadan önce doktrinde bu durum değerlendirilerek Danıştay'da içtihadı birleştirme kararı yoluyla sorunun çözümü mümkün hale getirilmek suretiyle söz konusu eleştirinin bertaraf edilebileceği savunulmuştur<sup>40</sup>.

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesiyle birlikte bu görevi yerine getiren daireler tarafından kesin nitelik arz eden kararlar verilebilmektedir. Bu durum ise aynı ya da benzer konularda farklı bölge idare mahkemelerince farklı kararlar verilmesi riskini doğurmaktadır. Zira aynı ya da benzer konularda farklı kararlar verilmesi hukuki güvenlik ilkesine ve adalet fikrine olan güveni sarsacaktır.<sup>41</sup> 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri

<sup>38</sup> "... idari yargıda zaman yönetiminin amacını belirlemek lazım. Amaç, davaları daha hızlı sonuçlandırmak değil; adil yargılamayı gerçekleştirmek olduğuna göre esasında bu amacı gerçekleştirmek için her şeyin bir araç olduğunu kabul etmek lazım. O yüzden de hızı, mutlaka uyulması gereken bir nokta olarak ön plana çıkartmak değil; araç niteliği üzerinde durup o çerçevede işleyip adil yargılamaya katkısı yanında, sakıncalarını da dikkate alarak değerlendirmek gerekebilir...AİHM makul süreyi tespite ilişkin değerlendirmeyi yaparken temel olarak üç kriteri ele almaktadır: 1) Davanın karmaşıklığı, 2) Yargılama sırasında başvuru tutumu ve 3) Yetkili makamların tutumu. Mahkeme, bunları bir bütün olarak değerlendirmekte, tek başına kriter olarak kullanmamaktadır. Aydın Gülan, "Mühendislik Bilimlerinin İş Akış İyileştirmeleri İçin Kullandığı 'Kısıtlar Teorisi' Yaklaşımıyla İdari Yargıda Zaman Yönetimine Bir Bakış", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, (2019), 23.

<sup>39</sup> Sancakdar, 2247.

<sup>40</sup> Sancakdar, 2246.

<sup>41</sup> Hüseyin Bilgin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXV, , Sayı 3 (2021), 643.

Hakkında Kanun'un 3/C maddesinde yapılan düzenleme ile Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu'na<sup>42</sup>; benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek konuyu Danıştay Başkanlığı'na iletme görevi verilmiştir<sup>43</sup>.

2576 sayılı Kanunun düzenlemesine göre bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesine karar verilebilmesi için aşağıdaki dört koşulun birlikte bulunması gerekmektedir:

1. Benzer olaylar hakkında bölge idare mahkemeleri istinaf dairelerince birbirine aykırı kesin nitelikte kararlar verilmelidir.

2. Farklı kararlar nedeniyle aykırılığın giderilmesi yönünde gerekçeli bir talep olmalıdır.

---

<sup>42</sup> 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinde bölge idare mahkemelerinin başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşacağı, bu mahkemelerde biri idare diğeri vergi olmak üzere en az iki daire bulunacağı ve gerekli hallerde dairelerin sayısı, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca artırılıp azaltılabileceği belirtilmiştir.

<sup>43</sup> Söz konusu hükmün gerekçesi: "Maddeyle, 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlıkların giderme görevi hâlihazırda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kuruluna verilmiştir. Bu Kurul, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 18 inci maddesi uyarınca Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanlar ve üyelerinden oluşmaktadır. Kurul, geniş katılımlı yapısı sebebiyle sık toplanamamakta ve toplandığı zamanlarda Danıştay'ın diğer kurulları ve dava daireleri çalışmamaktadır. Ayrıca, Kurulun karar vermesi için Kanunda herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Belirtilen nedenlerle söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesi, beklenen süratte gerçekleşmemekte ve Danıştay'ın diğer kurulları ile dava dairelerinin işleyişinde aksaklıklar ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin gerekçeli istemlerin, uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarınca üç ay içinde karara bağlanacağı hüküm altına alınmaktadır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak verilen kararlar kesin nitelikte olacaktır." biçiminde açıklanmıştır (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2-2215.pdf>, madde 7, E.T. 22.08.2022).

3. Başkanlar kurulunca talep üzerine kararlar arası aykırılığın giderilmesi yönünde karar alınmalıdır.

4. Aykırılığın giderilmesi konusu Danıştay ilgili kurulunca kabul edilmelidir<sup>44</sup>.

Her ne kadar aynı bölge idare mahkemesine bağlı dairelerin arasında yahut farklı bölge idare mahkemeleri arasında oluşabilecek içtihat farklılıklarını gidermek üzere izlenecek yol haritası konusunda belirsizliği ortadan kaldırmış olsa da bahse konu düzenlemenin yeterliliği tartışmalıdır. Öncelikle davanın taraflarınca mevcut içtihat farklılıkları/aykırılıklarının her zaman bilinebilir olmadığı açıktır. Öte yandan verilecek kararın doğrudan somut davayı etkilemeyeceği durumlarda ise davanın taraflarının bu durumu zaman ve emek kaybı olarak görmeleri söz konusu olabilecektir. Bu durumda içtihat farklılıklarının/aykırılıklarının giderilebilmesi yoluna daha çok yargı mercilerince resen başvurulması söz konusu olacaktır.

## **2. İstinaf Mahkemelerindeki İctihat Farklılıklarının Giderilmesi İçin Alternatif Çözüm Önerilerinin Değerlendirilmesi**

İctihat farklılıklarının giderilmesi hususunda mevcut uygulamalara ve önerilere geçmeden doktrinde de sıkça üstünde durulduğu üzere içtihat birliğini sağlayabilmek için daha önceden verilmiş yargısal hükümlere tam bir açıklıkla erişilebilmesinin önemine vurgu yapmak gerekmektedir. Hukuk kuralları, toplumun ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmektedir. Yargı kararları da mevcut değişimlere uyum sağlamak zorundadır. Hatta hukuk normlarının gelişmeleri geç takip ettiği yahut hızla farklılaşan teknolojik ve kültürel değişimlere yabancı kaldığı durumlarda dahi yargı yerlerinin yasal sınırlar dairesinde kalmak koşuluyla mevcut uyumsuzluğu çözmesi, başka bir deyişle yasa koyucuya yol göstermesi gerekebilmektedir. Bu husus özellikle daha genç ve kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olan idare hukuku açısından kendisini daha yoğun göstermiştir. Fakat içtihatlar bakımından gözetilmesi gereken ölçütlere bakıldığında soyut bir nitelik taşıması ve uygulama birliği oluşturabilecek nitelik taşıması önem arz etmektedir. İşte tam bu noktada davaya ilişkin konuda daha önce verilmiş ilgili yargı kararlarının bilebilir olması önem taşır<sup>45</sup>. Esasen bir gelenekler hukuku olarak adlandırılabilir Anglosakson hukuk sistemlerinde, yargı kararlarının gerekçeli ve içeriğinin

<sup>44</sup> Bilgin, 645.

<sup>45</sup> Murat Sezginer, "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İctihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", *150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 10 - 11 Mayıs 2018*, Danıştay Yayınları No. 99: 130.

ulaşılabilir olmasına oldukça önem verilmiştir. Benzer bir yapının özellikle Anglosakson hukuk sisteminin etkisiyle Fransa'da da mevcut olduğu belirtilmelidir<sup>46</sup>. Ülkemizdeki durum incelendiğinde ise yargı kararlarının bir kısmının kamuya açık olduğu görülmektedir<sup>47</sup>. Doktrinde önemli olanın kararların her zaman birebir tekrarlanması olmadığı, daha önce verilen mahkeme kararlarının değerlendirildiğinin kararda yer almasının gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir<sup>48</sup>. Hukuk sistemlerinin değişimlere ayak uydurabilmesi için hep aynı tip kararı vermek değil; o karardan ayrılmayı haklı kılan olay özellikleri varsa bunu gerekçelendirmek ve somut olaya özgü farklılıkları yahut toplumsal gelişmeleri de ortaya sermektir. Dolayısıyla bunu bir birliği sağlamak değil; bilinirliği sağlamak ve yargı kararında da bu bilinirliği göstermek biçiminde değerlendirmek mümkündür.

#### a. İstinaflar Kurulu

Fransa'da aynı bölümde görev yapan mahkemeler arasında karar ve içtihat farklılığı ortaya çıktığında Fransız idari yargı sisteminde mahkeme başkanları kendi aralarında toplantı yaparak kendi mahkemelerindeki üyeler ile yaptıkları toplantı sırasında ortaya çıkan görüşler ve düşünceleri iletmekte ve neticede üst heyet olarak ortak bir sonuca ulaşılmaktadır. Öte yandan Fransız idari yargı sisteminde aynı konuda, birden fazla karar çıkması söz konusu değildir. Zira aynı konuda aynı bölüm içerisinde görev yapan mahkemelerde birden fazla dava açıldığında, bu konu öncelikle her mahkeme tarafından kendi içerisinde tartışılmakta, tartışmada ortaya çıkan görüşler mahkeme başkanları tarafından, başkanların kendi aralarında yaptıkları toplantıya aktarılmakta ve bu toplantı sonucunda tek bir karara

<sup>46</sup> Ahmet Akbaba, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, (Nisan 2014): 441.

<sup>47</sup> Bu durum içtihat veri tabanlarının yüksek ücretler karşılığında satışına başlanmasına sebebiyet verdiği gibi kimi zaman uyumsuzluklarda emsal olarak sunulan kararların varlığı ya da olayın niteliği nedeniyle somut uyumsuzluğa uygulanabilirliği hakkında şüpheye düşen tarafın incelemesi veya farklı nitelikteki kararlara ulaşabilmesi bakımından savunma hakkına da kısıtlayabilmektedir. Oysa çeşitli ülkelerde mevcut kararların analizine dayalı oluşturulan yapay zekâların iddia, savunma ve hüküm makamı olarak kullanılması noktasında denemeler yapılmaya başlanmıştır (bkz. Oğuz Gökhan Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?". *Adalet Dergisi*, Sayı 66, (Mayıs 2021), 379-415).

<sup>48</sup> Aydın Gülan, "Ülkemizde Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden Farklı Düşünmek", *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No: 91, (10 Mayıs 2016 Ankara), 25-26.

varılmaktadır<sup>49</sup>. Benzer bir yöntem doktrinde Türk Yargısı açısından da tartışılmış ve bölge idare mahkemeleri arasındaki olası içtihat farklılıklarının önlenmesi için zorunlu “istinaflar kurulu” toplantılarının çalışmaları düzenli, etkin ve verimli bir işleyişe tâbi kılınabileceği ifade edilmiştir<sup>50</sup>. Gerçekten de yapılacak bir düzenleme değişikliği ile yalnızca resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların değil, örneğin meslek odaları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sendikalar gibi ilgiler tarafından içtihat aykırılığı yahut içtihat farklılığı iddialarının belli sürelerde ve belli gündemlerle toplanacak İstinaflar Kurulu’na başvurabilmelerinin önü açılacaktır. Öte yandan söz konusu Kurul tarafından alınacak kararların bağlayıcı olması ve işbu karara karşı kurul üyelerinin konuyu Danıştay’da görüşülmek üzere başvuru yapabilmesi düşünülebilecektir<sup>51</sup>. Bu sayede hem kurulun etkinliği artacak hem de Danıştay’ın iş yükü azalacaktır.

Esasen Fransız uygulamasında Paris İdare Mahkemesince benimsenen hakem hâkimlik modelinde kanunda yer almamasına karşın aynı bölüm içerisinde görev yapan mahkemeler arasında ortaya çıkan farklı kararları takip ederek konuya ilişkin çözüm önermesi ve içtihat birliği oluşturmak noktasında etkin rol oynamaları söz konusu olmaktadır. Bu durumda Fransa’da tek hâkim tarafından yerine getirilebilen bu görevin ülkemizde bir kurul tarafından yerine getirilemeyeceği düşünülemeyecektir.

<sup>49</sup> Akbaba, 440.

<sup>50</sup> Oğuz Sancakdar, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 148. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu*, Ankara, Danıştay Yayınları No:91, (10 Mayıs 2016), 40.

<sup>51</sup> Nitekim Fransız uygulamasında somut olay değerlendirmesi içermemek şartıyla, idare ve vergi mahkemeleri görülmekte olan bir davada karar vermeden önce davada uygulanacak yeni bir hukuki düzenlemenin kapsam veya yorumunda ciddi zorlukla karşılaşmaları halinde, bekletici mesele yoluyla dava hakkında Conseil d’Etat’dan yargısal görüş alınabilmektedir. Görüşü istenen ilgili dava dairesi bu talebi inceleyerek en çok üç ay içinde yargısal görüşünü tespit eder; resmi internet sitesinde yayımlar ve ilgili mahkemeye gönderir. Hatta söz konusu görüş Resmî Gazete’de yayınlanabilir. Yargısal görüş alınmak suretiyle verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulamaz. Bu görüş esasla ilgili olmadığından, hükmün yorumu olduğundan “ihsas-ı rey” kabul edilemez ([https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/08\\_02\\_2019\\_015735.pdf](https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/08_02_2019_015735.pdf), 43, 44.).

## b. Yargısal Görüş

Öte yandan içtihat aykırılıklarını giderebilmek için Fransa'daki "yargısal görüş (avis contentieux)" mekanizmasının getirilebileceği belirtilmiştir<sup>52</sup>. Ön karar olarak da Türkçeye çevrilebilen bu sistemde dava devam ederken mahkeme tarafından, bir hükmün yorumu yahut izlenecek yol konusunda temyiz merciinden yargısal görüş istenmektedir<sup>53</sup>. Yargısal görüş, usul ekonomisi ve içtihat birliğinin sağlanması açısından faydalı bir müessese olarak görülmektedir. Fransa'da yargısal görüşün uygulanabilmesi için şart, idare mahkemesi veya idari istinaf mahkemesinde görülen bir davada uygulanacak hukuk kuralının yeni olması ve daha önce bu kuralın uygulanması suretiyle karara bağlanmış ve istinaf mahkemesinin veya temyiz merciinin denetiminden geçmiş bir uyuşmazlık olmamasıdır<sup>54</sup>. Yine uyuşmazlığa uygulanacak söz konusu hukuk kurallarının yorumunda "ciddi" bir güçlük yaşanması ve uyuşmazlığa uygulanacak kuralın çok sayıda uyuşmazlığa yol açmış bulunması ya da buna yol açacak nitelikte bulunması halinde yargısal görüş alınabileceği belirtilmektedir<sup>55</sup>. Söz konusu yöntemin ülkemizde uygulanabilmesi için elbette öncelikle bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulacaktır. Ancak ülkemiz idari yargısının kendi dinamikleri içerisinde öncelikle bu sistemin işleyişine değinmek gerekecektir. Bu durumda ilk olarak alınacak görüşün "yargısal" mı yoksa "danışma" maksatlı bir görüş mü olacağı netleştirilmelidir. Nitekim bu husus görüşün bağlayıcılığı

<sup>52</sup> 1987 yılından itibaren Fransız Hukukunda yer almaya başlayan ve "yargısal uyuşmazlık ile ilgili görüş" veya kısaca "yargısal görüş" olarak Türkçeye çevrilebilecek olan "avis contentieux" kurumu ile, idare ve idari istinaf mahkemelerinin (*les cours administratives d'appel*) bakmakta oldukları uyuşmazlıklara uygulayacakları nesnel hukuk kurallarının geçerliliği ve anlamı konusunda tereddüde düşmeleri halinde Conseil d'État'a (Fransız Devlet Şûrası) başvurarak kendisinden konuya ilişkin olarak aldıkları "görüş" kastedilmektedir." Gürsel Kaplan, "Görüş (Avis Contentieux) Kurumu", *Danıştay Dergisi*, Sayı: 119(2008), 1-12 (<https://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm> E.T. 25.08.2022); Gülan, "Ülkemizde Kanuni Düzenlemeleri...", s.25,26.

<sup>53</sup> Sancakdar, 43, 44.

<sup>54</sup> Fransız İdari Yargılama Kanunu 3. Bölüm (madde L113-1) de "Yeni bir hukuki meseleye dair, ciddi bir zorluk taşıyan ve çok sayıda uyuşmazlıktan kaynaklanan bir talebi karara ortaya çıkan bir dava dilekçesi hakkında hükümden önce, idare mahkemesi ya da istinaf mahkemesi, kanun yolu açık olmayan bir kararı bağlamadan önce, dava dosyasını Danıştay'a gönderebilir. Danıştay, somut meseleyi üç ay içerisinde inceler. Danıştay'ın görüşünü bildirmesine kadar veya görüşünü bildirmezse de bu sürenin bitimine kadar, esasa dair verilen tüm kararlar ertelenir." denilmiştir (<https://www.legifrance.gouv.fr> E.T. 16.09.2022).

<sup>55</sup> Kaplan, (<https://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm> E.T. 25.08.2022).

noktasında etkili olacaktır. Eğer görüşün bağlayıcı olduğuna karar verilirse aslında Danıştay sonradan yapacağı temyiz incelemesini baştan yapmış olacaktır. Ön temyiz olarak adlandırılrsa dahi Danıştay'ın böyle bir karar verebilmesi ancak tüm dosya içeriğine vakıf olması ile mümkündür. Bu ise hem Danıştay'ın iş yükünü artıracak hem de dosyanın hangi safahatında bu yönetime başvurulabileceği, dosyada bir eksiklik görülürse nasıl hareket edileceği gibi sorunları ortaya çıkaracaktır. Yine Danıştay'a böyle bir görevin bağlayıcı olmaksızın ve sadece hükmün yorumlanması yahut daha önce benzer konularda verilmiş kararlara ulaşılabilmesi veya kararlar arasında mevcut çelişkiyi giderebilmek maksadıyla verilmesi halinde dahi mahkemelerin bu görüşü ne kadar süreyle beklemesi gerektiği belirtilmelidir. Kaldı ki mevcut iş yükü karşısında Danıştay'ın söz konusu talepleri kısa sürede çözüme kavuşturması mümkün görünmemektedir. Öte yandan Danıştay'ın görüşünün bağlayıcı olmadığı kabul edilirse ilk derece mahkemelerinin Danıştay'ın görüşünün hilafına hareket edebilmeleri ihtimali de düşüktür. Yine Danıştay'ın verdiği görüşe karşın temyiz aşamasında herhangi bir sebeple görüş değiştirmesi durumunda mahkemeler nezdinde güvensizlik oluşması da muhtemeldir. Bu sebeple istinaf mahkemelerinden beklenen fayda görülüp Danıştay'ın iş yükü gerçek anlamda azaltılmadan bu kurumun ülkemiz açısından uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Bahse konu kurum ile pilot karar ve grup dava kavramlarının aynı ya da farklı kavramlar olup olmadığı hususunun da tartışılması yerinde olacaktır.

### c. Pilot Karar

Bu noktada içtihat farklılıklarını gidermek üzere kullanılacak yöntemlerden bir diğeri olan pilot karar uygulaması incelenmelidir. AİHM, pilot dava uygulamasında aynı kök nedenden kaynaklanan davalardan birini, benzerlerini kapsayacak şekilde genel ve ortak çözüm için seçerek çözüme ulaştırmaktadır. Bu kararda Mahkeme belirli bir konuda Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğini, ihlal mevcut ise temelinde yatan ulusal hukuk kapsamındaki işlev bozukluğunu belirlemeyi, sözleşmecî devlete söz konusu soruna ilişkin çözüm önerisi getirmeyi ve benzer durumlara ilişkin bir iç hukuk yolunun yaratılmasını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>56</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tekrarlanan ihlallere ilişkin olarak hem etkinliği artırmak hem de iş yükünü azaltmak gayesiyle 2004 yılından bu yana pilot karar uygulaması gerçekleştirmektedir. Bu yöntemle

<sup>56</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/pilot\\_judgment\\_procedure\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf) (E.T. 12.09.2022).

üye devletlerin sistematik ve yapısal sorunlardan kaynaklanan başvurularına çözüm getirebilmek amaçlanmıştır. Pilot karar yöntemi Sözleşme hükümlerinde değişikliğe gidilmeksizin önce Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarıyla uygulanabilir bulunmuş ve 2011 yılında İçtüzüğe eklenen 61. madde ile yapısal sorunlardan kaynaklanan şekilde mükerrer davalara sebebiyet veren hususlar tespit edilerek ilgili Devletlere bu sorunları ortadan kaldırma konusunda yükümlülük getirme tekniği olarak geliştirilmiştir. Özünde, mevzuat ya da uygulamadaki sorunlardan kaynaklı çok sayıda bireysel başvuru, AİHM tarafından pilot karar usulü ile karara bağlanabilir. Bu usulde AİHM'in görevi yalnızca ihlal kararı almak değil aynı zamanda başvurulara neden olan sorunu tespit ederek çözüm konusunda Sözleşmecî Devlete açık bir biçimde işarette bulunmaktır. Bu durumda pilot kararların sistematik veya yaygın ihlallere yönelik olduğu ve bu ihlalin giderilmesi noktasında reform ihtiyacını gündeme getirdiği açıktır<sup>57</sup>.

Doktrinde<sup>58</sup> pilot karar türleri de incelenmiş ve tam pilot karar/açık pilot karar (AİHM'in pilot karar yönteminden açıkça bahsettiği, yapısal sorunları tespit ettiği ve yapısal sorunların çözümünü kararın hüküm kısmında gösterdiği kararlar), yarı pilot karar/örtülü pilot karar (açıkça pilot karar yönteminden bahsedilmeyen, karar gerekçesinde kanun değişikliğinin gerekliliğinden bahsedilen kararlar) kavramlarından söz edilmiştir. Son olarak, gerekçesinde yapısal reform gerekliliğinden bahsedilen kararlar pilot karar olmasa da, gerekçesi itibariyle "pilot karar benzeri" kararlar şeklinde adlandırılmıştır.

---

<sup>57</sup> Leyla Nur Oduncu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 38, (2020), 84-87. "AİHS'in "Kararların bağlayıcılığı ve infazı" başlıklı 46. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yer alan hüküm şöyledir: "1. Yüksek Sözleşmecî Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler. 2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir." Söz konusu hüküm gereğince üye devletin karar doğrultusunda iç hukukta gerekli düzenlemeleri yapması ve uyumsuzlukları da bu karar doğrultusunda çözülmesi gerekmektedir. Bu durumda sadece pilot davaya konu uyumsuzluk açısından tazminatı davacıya ödenmesi yeterli değildir. Hakkında ihlal kararı verilen üye devletin, Bakanlar Komitesi denetiminde dava konusu sorunu ortadan kaldıracak tedbirler alması gerekecektir (Barnadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford, 2010) , 43).

<sup>58</sup> İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXIII, Sayı 3-4 (2019), 187-190.

Söz konusu yönetime ilişkin en önemli tartışma konularından birisi de ilgili devletin pilot kararda belirtilen genel tedbirleri kendisine verilen sürede yerine getirmemesine rağmen AİHM'in derdest başvurularda "kayıttan düşürme" kararları vermesidir<sup>59</sup>. İlgili devlet tarafından pilot karar icra edilmemesine, dolayısıyla Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen derdest dosyalar hakkında kayıttan düşürme kararları verilmektedir<sup>60</sup>. AİHM, pilot dava ile verilen karara uygun davranılacağı varsayımından hareketle ve konu hakkında verilmiş kararlar gereği benzer olaylarda da ihlal olduğunun anlaşılması gerektiğinden hareket etse de uygulamada bu durum üye devlet açısından kazanç olarak görülebilmekte değişiklik talepleri ertelenebilmektedir.

Pilot dava uygulamasının iç hukuktaki yeri incelendiğinde öncelikle Anayasa Mahkemesi<sup>61</sup> tarafından bu yönetime başvurulduğu görülmektedir<sup>62</sup>. Pilot karar uygulamasına ilişkin yöntemler Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesinde yer almış<sup>63</sup> ve 81. maddede söz konusu kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir.

<sup>59</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre AİHM, feragat, sulh gibi nedenlerle veya başvurunun sürdürülebilmesi için haklı bir neden bulunmuyorsa yargılamanın her aşamasında başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verilebilir.

<sup>60</sup> Oduncu, 110,111.

<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesinin Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla Araştırma ve İçtihat Birimi mevcuttur.

<sup>62</sup> Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin, B. No: 2016/5903 no'lu kararı, Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2021/58970 konusunda vermiş olduğu hükümler ([https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/\\_E.T.02.08.2022](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/_E.T.02.08.2022)).

<sup>63</sup> MADDE 75- (1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

(2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuruçunun istemi üzerine başlatabilir.

(3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır.

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir.

(5) Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan bir diğer karar yöntemi ise toplu karardır. Toplu karar ile yapısal veya benzer sorundan kaynaklanan çok sayıdaki başvuru tek bir dosya içerisinde incelenir ve her başvuru, kabul edilebilirlik ve esas açısından ayrı ayrı değerlendirilir. Mahkemenin kararı tüm başvurucuların ad ve soyadını kapsar. Pilot karar usulünü içeren İçtüzüğü'nün 75. maddesinde, benzer nitelikteki başvuruların idari mercilerce yapısal bozukluklara ilişkin Anayasa Mahkemesince belirlenen ilkeler çerçevesinde çözümleneceği; çözümlenmediği takdirde ise Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanacağı belirtilmiştir<sup>64</sup>. Söz konusu yöntem AİHM tarafından da kullanılmaktadır.

Pilot karar uygulamasının idari yargı açısından geçerli olabilmesi, tüm yönleriyle bu kurumu ele alacak bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda öncelikle pilot davanın tanımlanması, başvurabilme şartlarının kesinleşmesi gerekecektir. Öte yandan çok sıkı süre şartları taşıyan idari yargılama usulünde açılan bir pilot davanın sonuçlarının beklenmesi noktasında hak kayıplarının yaşanmaması için düzenlemeler yapılması gerekecektir. Bu durumda pilot dava açılacak olur ise ilgili/benzer nitelikteki davalar açısından bu davanın bekletici mesele yapılması düşünülebilir. Ne var ki pilot dava uygulaması idari yargının iş yükünü gerçekten azaltabilme ihtimali bulursa da anayasal güvenceye sahip hak arama özgürlüğünün sınırlanması olarak değerlendirilmemesi için kayıttan düşme kararları

---

<sup>64</sup> Köküarı, 193,194. (Söz konusu çalışmada devamla *actio popularis*'ten de bahsedilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu müessese kabul edilebilir bulunmamıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme tarafından verilen 2015/15977 sayılı bireysel başvuru kararında “*Anayasa Mahkemesi toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve halk davası (actio popularis) olarak isimlendirilen başvuruların bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmediğini pek çok kez vurgulamıştır (Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri, B. No: 2014/5809, 10/12/2014, § 21; Mahmut Tanal, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 20; Liberal Demokrat Parti, B. No: 2014/11268, 23/7/2014, § 18). 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerekir (Mahmut Tanal, § 34; Ayşe Hülya Potur, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 03.08.2022).” ifadelerine yer verilmiştir. Bu sebeple çalışmamız kapsamında söz konusu dava biçimine değinilmemiştir.).*

verilememelidir. Elbette AİHM ve Anayasa Mahkemesi kendi dinamikleri çerçevesinde ve buldukları konum itibarıyla yapısal değişiklikler yapılması için yönlendirmeler yapabilecektir. Netice olarak içtihat birliği oluşturabilmek ve mahkemelerin iş yükünü azaltabilmek açısından pilot karar yöntemi etkili sonuçlar doğurabilmektedir.

#### **d. Grup Dava**

Pilot karar uygulamasıyla oldukça benzer bir uygulama da grup dava uygulamasıdır. Münih Havaalanı projesinin yapımına ilişkin planlar hakkında binlerce idari dava açılmasından sonra mahkemenin bu davalardan birkaç tanesini emsal dava seçip görmeye başlaması diğer davaları ise durdurmasıyla Almanya'da ortaya çıkan grup dava uygulaması ise özellikle menfaat ihlalinin yeterli görüldüğü büyük projelere yahut konut tasarruf sözleşmelerinin feshedilmesi gibi çok sayıda kişiyi ilgilendiren davaların görülmesi esnasında gündeme gelmiştir. Grup dava uygulamasında aynı ya da benzer içeriğe sahip konularda açılan çok sayıda davadan bir ya da birkaçının emsal olarak ele alınması ve sonuçlandırılması söz konusudur. Ancak pilot karar örneğinde olduğu gibi işbu emsal karar sonrasındaki davaların kayıttan düşürülmesi söz konusu değildir. Aksine bekletilen tüm diğer davalar yine mahkeme tarafından ele alınır ve davalarda farklı hükümler verilmesi söz konusu olabilir. Elbette amaç benzer içerikteki davanın/davaların sonuçlanmasından sonra ele alınan diğer davalara ilişkin hızlı bir şekilde tamamlanması ve genel anlamda bir içtihat birliği sağlanabilmesidir. 1991 yılından itibaren yasalaşarak Alman İdari Yargı Kanununa giren(m.93/a) grup davaya ilişkin Alman uygulamasında, mahkeme, tek bir emsal dava seçebileceği gibi, davacının feragati, ölmesi, sulh gibi öznel sebeplerle davanın esasına girilememesi ihtimaline binaen birden çok davayı da emsal olarak seçebilecektir<sup>65</sup>.

Söz konusu dava türü Fransız İdari Yargı Kanununda da yer almaktadır (10. bölüm). Fransız uygulamasında da ayrımcılık, halk sağlığı, mahremiyet ve çevre gibi alanların her biri için genel kurallardan farklılık gösterebilecek bazı özel kurallar vardır. Söz konusu hususlar pek çok kişi bakımından menfaat ihlaline yol açabilecek niteliktedir. Bu sebeple meslek kuruluşları (onaylı dernekler) ve/veya en az beş yıldır usulüne uygun olarak kayıtlı olan ve yasal amaçları ilgili zarar gören menfaatlerin savunmasını içeren dernekler

<sup>65</sup> Kamile Türkoğlu Üstün, "Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması", *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 10, Sayı 24, (2015), 112-123.

tarafından idare mahkemelerinde de açılabilir<sup>66</sup>. Fransız İdari Yargı Kanununa göre (m L77-1-3) bir kamu tüzel kişisi veya bir kamu hizmetinin yürütülmesinden sorumlu özel hukuk tüzel kişisinin ortak bir şekilde yasal veya sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini ihlal ederek benzer bir durumda bulunan birden çok kişinin zarar görmesine neden olduğunda davacı tarafından sunulan bireysel davalar ışığında mahkeme huzurunda grup davası açılabilir. Söz konusu dava bir ihlalin durdurulması ya da ihlalden kaynaklı zararın tazmini veya her ikisini birden kapsayabilecektir.

Grup davanın Türk Hukuku bakımından incelenmesine gelince, İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağında İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 20/B maddesinde, "Grup Dava" usulüne yer verilmiş ancak söz konusu metin yasalasmamıştır<sup>67</sup>. Madde gerekçesi incelendiğinde, grup dava uygulamasının aynı maddi ve hukuki sebepten kaynaklanan ve birbirine emsal nitelikte olan davalardan birinin öncelikle karara bağlanmak suretiyle üç ay içinde Danıştay tarafından

<sup>66</sup> <https://www.conseil-etat.fr/vos-demarches/je-suis-un-particulier/actions-collectives> (E.T.12.09.2022).

<sup>67</sup> Taslak metin şu şekildedir: "Madde 20/B – 1. Aynı maddi ve hukuki sebebe bağlı ve birbirine emsal teşkil edebilecek nitelikte olan ve idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar, grup dava olarak kabul edilebilir ve bunlar hakkında aşağıda belirtilen yargılama usulü uygulanır.

2. Mahkemece, grup davalardan biri öncelikle karara bağlanır. İlgili yargı merciinin davanın grup dava olduğuna ilişkin kararı ile uyumsuzluğun esası hakkında verdiği karar, temyiz veya istinaf talebi üzerine dosya ile birlikte Danıştay ilgili dava daireleri kuruluna gönderilir. Aynı kapsamdaki diğer davaların karara bağlanması için Danıştay'ın vereceği karar beklenir.
3. Danıştay'ın ilgili dava daireleri kurulu bu nitelikteki davanın grup dava olup olmadığını inceler. Grup dava olmadığına karar verilen dosya, ilgili temyiz veya istinaf merciine, kararın bir örneği de mahkemesine gönderilir. Davanın grup dava olduğunun kabulü halinde ise, işin esası hakkında üç ay içinde kesin olarak karar verilir. Bu karara esas toplantıya, uyumsuzluk konusunda görevli dava dairesinin başkanı ve iki üyesinin katılımı zorunludur.
4. Danıştay, grup dava kapsamındaki başvurular ile bu başvurular hakkında verdiği kararları elektronik ortamda yayımlar.
5. Mahkemeler, grup davaları Danıştay kararı doğrultusunda sonuçlandırır. Grup davalar nedeniyle ilgili dava daireleri kurulu tarafından verilen karara uygun olarak grup dava kararını veren ilgili yargı mercii veya diğer yargı mercilerince verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulamaz. Ancak karara bağlanan davanın grup dava kapsamında olmadığına ya da grup davaya uygun karar verilmediğine ilişkin iddialarla temyiz veya istinaf yoluna başvurulabilir. Grup davanın esasına ilişkin olmayan istinaf ve temyiz nedenleri saklıdır."

sonuçlandırılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Akabinde ise diğer grup davalar Danıştay kararı doğrultusunda sonuçlandırılacak ve böylelikle en az giderle ve kısa sürede çözüm sağlanarak gereksiz zaman ve emek sarfi önlenilebilecektir. Tasarı metni, grup dava sayılabilmesi için asgari bir dava sayısının belirlenmemesi, tek bir dava yerine birden çok emsal davanın seçilebilmesinin mümkün olmaması gibi hususlarda eleştirilebilecektir. Yine her ne kadar grup dava olarak nitelenen davalarda eğer farklı olduğu iddia olunan hususlar varsa bu hususlar konusunda davanın grup dava kapsamında olmadığına ya da grup davaya uygun karar verilmediğine ilişkin iddiaların olağan kanun yollarına tâbi olduğu belirtilmiş ise de grup dava tanımına giren ama diğer davalardan ayrık yönde bulunan bir dava söz konusu ise bu hususun da ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği kanısındayız.

Tüm bu izah edilenlerden sonra ayrıca kısaca grup dava ve seri dava, bağlantılı dava ve topluluk davası kavramlarının da farkına değinmek gerekmektedir. Yargı kararlarında seri dava için, “grup halinde açılan” veya “toplu şekilde açılan” vb. ifadeler yer aldığından “grup davası” ve “topluluk davası” ile terminolojik bir karışıklığa sebebiyet vermektedir. Yargıtay’a göre seri davalar; “aynı davalıya karşı açılan, aynı istemi içeren ve toplu şekilde açılan davalardır” . Danıştay’a göre ise; “ tarafları ayrı, konusu aynı ya da tarafları ve konusu aynı olan davalar” seri niteliktedir. Seri şekilde açılan davalardan biri hakkında verilen kararın, grup davalarda olduğu gibi bire bir diğer davalara uygulanması her zaman mümkün değildir. Yine, “grup dava” olarak nitelendirilecek olan her dava grubunun da seri dava olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Zira farklı kişilerce, farklı idarelere karşı açılmış olan davaların uygulamada seri dava olarak kabul edilmediği de bilinmektedir<sup>68</sup>.

Topluluk davası ise Hukuk Muhakemeleri Kanununun 113. maddesinde “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgilileri gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.” biçiminde ifade olunmuştur. İdari yargıda da menfaat ihlali sebebiyle topluluk davası açılabilmesi mümkündür.

Davaların birleştirilmesi kurumu ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Bağlantılı davalar” başlıklı 38. maddesinde “Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini

<sup>68</sup> Talip, Babacan, “Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 13, Sayı 141, ( Mayıs 2018), 15,16.

etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır. İdare Mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştay'a veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir." biçiminde düzenlenmiştir. İzah edilenlerden anlaşılacağı üzere grup davası, seri dava, davaların birleştirilmesi ve toplu dava kavramları farklı kurumları işaret etmektedir.

Öte yandan pilot dava, yargısal görüş ve grup dava kavramları değerlendirildiğinde, her üç kavramın da içtihat birliğini sağlama ve yargının işleyişini hızlandırmada önemli fonksiyona sahip oldukları tartışmasızdır. Ancak yargısal görüş hususunda her ne kadar genel olarak çok sayıda davaya ilişkin hususlarda görüş alınmasından söz edilse de uygulama açısından belirsizlik arz eden önemli bir husus mevcut ise tek bir dava açısından da bu kuruma başvurabilmek mümkün olmalıdır. Öte yandan pilot karar uygulamasında AİHM tarafından verilen kayıttan düşme kararları hariç grup dava ile aynı biçimde şekillendiği söylenebilir. Şu halde bu üç uygulamanın farklı kavramları karşıladığı kanaatindeyiz.

### C. TEMYİZ

Temyiz, kanunda gösterilen hallerde istinaf mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bazı kararların en üst yargı yerince denetlenmesidir. Temyiz, mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidermek gayesiyle kabul edilmiş bir kanun yolu olup bu aşamada maddi mesele incelenmemektedir<sup>69</sup>. Temyiz yoluna başvurabilmenin temel nedeni, hükmün hukuka aykırı olmasıdır. Bir yargı kararında ilgili mevzuat hükmünün uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılığı ifade eder<sup>70</sup>.

Temyiz merciiinin asıl hedefi hukuk uygulamasında birliği sağlamaktır. Temyiz yolunda kararın hukuka uygun olmadığı tespit edilirse karar bozularak yeniden karar verilmesi için dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Temyiz mercii istinaftan farklı olarak kararı kendisi veremez. Temyiz mercii ilk derece mahkemeleri veya istinaf mahkemeleri gibi bir olay, tahkikat ve yargılama mahkemesi değildir<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2017), 930.

<sup>70</sup> Ethem Ender Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021), 453.

<sup>71</sup> Sancakdar, 318

Ülkemizde idari yargı sisteminin en üst mahkemesi olan Danıştay, idari yargı düzeni içinde içtihat farklılıklarının önlenmesi ve giderilmesi amacını gerçekleştirmeye hizmet eden mekanizmaların işletilmesi bakımından birinci derecede sorumludur. Nitekim gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında içtihat aykırılığının giderilerek içtihat birliğini sağlama görevinin, ilgili yargı kolundaki yüksek mahkemeye düştüğü pek çok defa vurgulanmıştır. “İçtihatların birleştirilmesi müessesesi”, idari yargı açısından Danıştay daireleri ve kurullarının birbirine aykırı veya birbirleriyle uyumsuzluk gösteren kararları nedeniyle oluşan içtihat aykırılıklarını giderme amacıyla 1931 yılından bu yana mevcuttur. Bu husus, 2575 sayılı Danıştay Kanununda (m. 18, 39 ve 40) düzenlenmiş olup içtihatların birleştirilmesi talebi “Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu (DİBK)” tarafından karara bağlanmaktadır<sup>72</sup>.

### 1. İçtihadı Birleştirme Kurumu

Arapça kökenli olan içtihat kavramı bir hukuk normunu mantık çerçevesinde muhakeme ederek ve yorum yollarına başvurarak incelemek ve sonuçlandırmak olarak değerlendirilmektedir<sup>73</sup>. Yargısal içtihatlar, mahkemelerin önüne gelen uyumsuzluklarda ilgili mevzuat hükmünün olaya nasıl uygulandığı; mevzuat hükmünün nasıl anlaşılması ve yorumlanması gerektiği, uyumsuzluğun çözümünde dikkate alınması gereken argümanların neler olduğu hususunda yol gösterir.

Hukukun yardımcı kaynaklarından biri olarak tasnif edilen içtihatlar, hukuka aykırı davranıldığına veya hukuk kurallarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar yahut haksızlığın giderilmesi taleplerini değerlendiren mahkemeler tarafından hukukun ve hukuka uygun olan veya olmayanın ne olduğu konusunda hüküm vermesidir<sup>74</sup>.

Esasen idare hukukunun 1789 Fransız İhtilalinin etkisiyle tarihsel süreçte edindiği rol gereği ve genç bir hukuk dalı niteliğinin de etkisiyle bir içtihat hukuku olduğu kabul edilmektedir. Elbette idarenin etkinliklerinin tek bir metinde toplanamaması da idare hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde boşlukların mahkeme içtihatlarıyla doldurulmasına sebebiyet

<sup>72</sup> Zeki Uysal, “Türk İdari Yargısında İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesine Yönelik Çözüm Önerileri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 18, (Aralık 2021), 422.

<sup>73</sup> Emel Koç, Fırat Gedik, "Hüküm Kurma ve İçtihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı:2 (Bahar 2009), 157.

<sup>74</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 123.

vermiş, Danıştay ve idare mahkemeleri yasa koyucunun düzenleme anlamındaki eksikliklerini hukuki müdahaleler ile gidermiştir<sup>75</sup>. Zira kamu hukukunda yetki kamu düzeninden sayılmakta olup kıyas yasağı bulunduğu idari yargıda hukuk yaratma yetkisi kullanılmıştır<sup>76</sup>. Hatta yargı içtihatları kanun koyucuya da yol göstermiş ve içtihat yoluyla belirlenen ilkeler de kimi zaman yasalaşmıştır<sup>77</sup>. Yine yasalaşmayan belli başlı ilkeler de idare hukukunun genel ilkeleri olarak kabul görmüş ve idareler açısından bu ilkelere uygun hareket edilmesi zorunlu görülmeye başlanmıştır.

Esasen hukuk normlarını somut olaya uygulamak suretiyle çözüm sağlamakla görevli mahkemelere tanınan en önemli araçlardan birisi takdir yetkisidir. Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilinçli şekilde bıraktığı kural-ıçi boşlukların ve hatta kanunlarda hüküm olmayan hallerde hukuk yaratma suretiyle kural dışı meydana gelen boşlukların, somut olaylara özgü nitelikler gözetilerek ve toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir<sup>78</sup>. Bu yetkinin verdiği olanakla hâkim, önüne gelen uyuşmazlıklarda farklı değerlendirmeler yapabilmektedir. Öte yandan içtihatların hukuki niteliği ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bu çerçevede içtihatlar, bazı sistemlerde bağlayıcı, bazı sistemlerde yardımcı kaynak olarak kabul edilmektedir. Ülkemiz açısından ise karma bir yapıdan söz etmek mümkündür. Buna göre içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı, diğer mahkeme içtihatları ise yardımcı kaynaklar arasında yer alır. Bu nedenle mahkemeler bağlayıcı olan içtihadı birleştirme kararları dışında kendi kararları yahut diğer mahkemelerin kararlarıyla bağlı değildirler. Bununla birlikte, hâkimin takdir yetkisinin çok geniş tutulması ve aynı ya da benzer konularda birbirinden tümüyle farklı kararlar vermeleri adil yargılanma ilkesini ve hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebilecektir. Takdir yetkisini dengeleyen en önemli araçlardan biri, hâkimin daha önce verilen kararları da gözeterek, somut olayı tüm yönleriyle değerlendirdiğini göstermesi ve farklı sonuçlara ulaşmak için haklı bir gerekçesi yoksa daha önce verilen kararlarla hukuken olmasa dahi etik bakımdan kendini bağlı hissetmesidir. Mahkemelerden bir hukuk normunun benzer olaylarda aynı şekilde yorumlanmasını beklemek doğaldır<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Atay, 40.

<sup>76</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 44.

<sup>77</sup> Atay, 40.

<sup>78</sup> Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, (1973), 172.

<sup>79</sup> Serkan Kızılyel, "Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 119, (Temmuz-Ağustos 2015), 116.

Olaya özgü bir karar olmakla beraber, yargının benzer uyuşmazlıklarda aynı çözüm yolunu izleyip benzer karar vermesi ile bir çeşit yargı geleneği oluşur. Bu gelenek mahkemelerce tekrarlanmak suretiyle devamlılık arz eder.

Konu İç hukukumuz bağlamında incelendiğinde Danıştay Kanununun 39. maddesinde İçtihatları Birleştirme Kurulunun, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar vereceği belirtilmiştir. Adı geçen Kanunun 40. maddesinde ise içtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesinin, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından veya aykırı kararlarla ilgili kişiler tarafından istenebileceği belirtilmiştir.

İçtihatları birleştirme kurumu, Avrupa örneklerinden farklı olarak Türk Hukukunda yasal olarak yer almaktadır<sup>80</sup>. Yazılı olmasa da Fransa'da da benzer bir kurumdan söz etmek mümkündür. Fransız Danıştayının içerisinde de farklı daireler arasında yargı birliğini sağlamak üzere daire başkanları tarafından toplantılar gerçekleştirilmektedir. Buna göre, gerçekleştirilen genel bir toplantıyla, daire başkanları içtihat birliği noktasında karar alır. Nitekim dava daireleri başkanları ile bunların dairelerdeki olağan heyetlere başkanlık eden üçer yardımcılarını bir araya getiren ve "Troyka" denilen gayri resmi bir organ her hafta toplanarak bir önceki hafta alınan kararlar hakkında görüşürler. Fikir ayrılığı durumunda veya içtihadın belirlenmesi gerektiği durumlarda, konu genellikle içtihatları birleştirme kuruluna götürülür. Bu Kurul, bütün daire başkanlarını toplamakta ve tüm Fransız Danıştayını bağlayacak şekilde kesin bir karar vermektedir. Ayrıca, söz konusu daire başkanları bütün dava daireleri tarafından alınan kararları baştan okurlar. Bu esnada bazı kararlar uyumsuz görünürse konunun daha üst bir heyete götürülerek uygulanacak hukukun açıklık kazanmasını isteme yetkileri bulunmaktadır. Hiçbir yazılı metinde yer almayan bu mekanizma, içtihadın esas kaynağı olan Fransız Danıştayının çelişkili kararlar üretmesi riskini en aza indirmektedir<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> "Türk idare hukukunda, hukuki istikrarı ve eşitliği sağlama adına bulunan dengenin adı içtihatları birleştirmedir. Avrupa örneklerinde rastlanmayan bu hukuki yol, Türk hukukunun kendine özgü az sayıdaki usulünden biridir (Kızılyel, 116-117. Makalede yer alan 4'lu dipnotta Arif Bilgin'in, "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı", adlı makalesine de atıf yapılmıştır).

<sup>81</sup> Akbaba, 455

## 2. İçtihadı Birleştirme Kurumuna İlişkin Eleştiriler

İçtihatlardan yararlanmanın bu faydalarına karşın bu uygulamaya, önceki kararlara aşırı bağlılığın şekilciliği ön plana çıkarıp hakkaniyete uygun kararlar verilmesini engelleyeceği yönünden karşı çıkan görüşler mevcuttur. Hatta tarihte içtihatlardan yararlanmayı yasaklayan; Doğu Roma İmparatoru Justinien tarafından ya da 1683 tarihli Danimarka Kanununun yayınlanmasından sonra konulan veya 1794 Prusya Kanununun yayınlanmasından sonra konulan yasaklarda olduğu üzere mahkeme kararlarından yararlanmayı yasaklayan kanuni düzenlemeler de mevcuttur<sup>82</sup>.

Yine içtihadı birleştirme kurumunun bağlayıcı etkisinin hâkimlerin takdir yetkisini ortadan kaldırdığı, Anayasa'nın hâkimlerin bağımsızlığını öngören maddesine aykırı olduğu eleştirilerinin yanı sıra kuvvetler ayrılığı prensibine de aykırı olduğu iddiaları mevcuttur. Nitekim Anayasa Mahkemesine Yargıtay'ın içtihadı birleştirme yetkine ilişkin yapılan bir başvuruda<sup>83</sup> bu hususlara değinilerek “*Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile güçler ayrılığı ilkesi uyarınca hiçbir organın sınırsız işlem yapma yetkisi olmadığı gibi, organların işlemleri denetime bağlanmıştır ve bütün organlar işlemlerinde kazanılmış haklara saygı göstermekle ödevlidirler; oysa içtihadı Birleştirme Kararı denetlenemez, onun iptali için başvurma yolu yoktur, çıktığı tarihten çok önce geçmiş olan olaylara dahi herhalde uygulanır. Böylece içtihadı birleştirme kararlarına dayanak olan yasa hükmü, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile güçler ayrılığı ilkesine dahi aykırı bulunmaktadır.*” denilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirme ise yasa önünde eşitlik ilkesini yerine getirebilmek amacıyla mahkeme kararları arasındaki çelişkileri gidermenin Yargıtay'a verilen görevler arasında olduğu vurgulanarak; bağımsızlık hükümlerinin amacının ise yargı çalışmalarını, yargı işlerine yabancı olan etkilerin dışında tutmak, başka bir ifadeyle herhangi bir işi veya dâvayı yalnızca bu davanın esasını gören hâkim veya mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukukî ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir.

<sup>82</sup> Şerife Yıldız Akgül, “İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1 (Ocak 2020), 47.

<sup>83</sup> AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969 - RG, 29.1.1970, S. 13412

İçtihadı birleştirme kurumuna ilişkin kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği ve içtihadı birleştirme yöntemiyle yeni bir hukuk kuralı ihdas edildiği eleştirisi de Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında<sup>84</sup> “İçtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel (objektif) nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir..” biçiminde yanıtlanmıştır.

Esasen bu kaygılar tümüyle yersiz değildir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda<sup>85</sup> “bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlanması, amelî sonuç bakımından, o konuda yeni bir yasa (kanun) çıkarılması anlamına gelmektedir.” denilmiştir. Fiili olarak yargı kararları uygulamayı yönlendirmekte ve doğal olarak Kanun Koyucu tarafından yapılacak düzenlemeler açısından da yol gösterici olabilmektedir. Bu durum fiili bir zorlama olarak değerlendirilebilir. Ancak elbette yasa koyucu bir norm ihdas etmekte ve içeriğini düzenlemekte serbest olduğu gibi uygulamayı tümüyle değiştirecek bir norm ihdas ederse yargının bu açık norma aykırı davranma gücü de bulunmamaktadır. Öte yandan kanun önünde eşitlik ilkesi ve mahkeme hükümlerinin toplum vicdanını rahatlatarak toplumsal barışı korumaya hizmet ettiği düşünüldüğünde, benzer hususlarda gerekçesiz biçimde çelişkili veya farklı hükümlerin ortaya konması adalete olan inancı sarsabilecektir.

İçtihadı birleştirme kurumunun varlığına ilişkin teorik tartışmaların dışında söz konusu kuruma ilişkin kanuni düzenlemeyle ilgili de eleştiriler mevcuttur. Nitekim, Danıştay Kanununun 40/2. maddesinde “aykırı kararlarla ilgili kişilerin içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabileceği” biçiminde bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle düzenlemenin lafızdan, aykırı kararlarla ilgili kişilerin sadece içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunabileceği anlamı çıkarılabilecek ve birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi talebinde bulunamayacakları şeklinde yorumlanabilecektir. Oysa bu durum içtihatların gelişmesini engelleyici niteliktedir ve maddenin amacıyla uyuşmayacaktır<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969 - RG, 29.1.1970, S. 13412

<sup>85</sup> YHGK., 20.2.19634-71 /21, *Adalet Dergisi*, 5 (Mayıs 1963), 776-777 (akt. Centel, Tankut, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri” *Yargıtay Dergisi*, (Ocak 1989), s. 362.

<sup>86</sup> Akgül, 49.

Öte yandan aykırı kararlarla ilgili kişilerin de içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına yapılacak başvuru sonrası Başkanlığın değerlendirmesi en önemli ölçüttür. Konunun, İçtihatları Birleştirme Kurulunun önüne götürülüp görülmemesi tümüyle Danıştay Başkanlığının yetkisindedir.

Her ne kadar Başkanlığın içtihadı birleştirme konusunda şartları taşıyan taleplerin, başvurunun reddi halinde bunu denetleyebilecek bir makam olmadığı da gözetildiğinde, içtihadı birleştirme kuruluna taşınmasının zorunlu görülmesi gerektiği düşüncesine<sup>87</sup> katılıyor olsak da mevcut durumda uygulamada bu konuyla ilgili bir sorunun yaşanmadığı görülmektedir.

Son olarak içtihadı birleştirme kurumuna ilişkin en önemli eleştirilerden biri olan kararın kesinliği ise denetiminde bir noktada nihayetlenmesi gerekeceği ve yargının en üst denetim mekanizması tarafından yapılacak bu denetimin yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesiyle bertaraf edilebileceğidir. Ancak modern dünyanın teknolojik gelişmelerin de etkisiyle çok daha hızlı dönüşüp şekillendiği de göz önüne alındığında içtihadı birleştirme kurulu kararlarının da ihtiyaç duyulduğunda bu hıza uygun biçimde kararlarını gözden geçirebilmesi gerekmektedir. Yine Fransa'da olduğu gibi doğrudan bir talep gelmese dahi Daire Başkanlarının bir araya gelerek verilen kararları gözden geçirmesi de içtihat birliği için oldukça etkin bir mekanizma olacaktır. Elbette mevcut durumda Danıştay'ın iş yükü buna engel olacak boyuttadır. Ne var ki istinaf mahkemelerinin etkinliği ile bu sorunun çözülmesi beklenmektedir. Ayrıca mevcut yargısal eğilim temyize tâbi hemen her konunun yüksek mahkemelere gönderilmesi biçimindedir. Toplumsal bilincin artması, gerekçeli karar ilkesinin tüm boyutlarıyla uygulanması, istinaf aşamasından geçen bir kararın, avukatlarca, ancak talep sahibinin yazılı başvurusu üzerine temyize gönderileceği kuralının yerleştirilmesi gibi çözümlerin de yardımıyla temyiz yönteminin zorunlu bir başvuru yöntemi olarak görülmemesi sağlanabilecektir.

### SONUÇ:

Hukuki güvenlik ilkesi, devlet faaliyetlerinin hukuki sınırlar içinde, belirli ve öngörülebilir olması ve bu güvenin hukuk tarafından korunması olarak tanımlanabilecektir. Hukuki güvenlik ilkesini asıl nitelendiren şey, kanunlarla dahi olsa vatandaşları ilgili kanunların ortaya çıkardığı veya çıkarabileceği güvensizlik tehdidine karşı korumasıdır. Hukuki güvenlik ilkesinin temelini kanunilik ilkesi oluşturmasına rağmen, ilkeye asıl anlam

---

<sup>87</sup> Akgül, 49-50.

kanunilik ilkesinden daha da öteye gidilerek, kanunla konulmuş olsa bile hukuki güvenlik ilkesini tehlikeye düşürecek unsurların önlenmesiyle kazandırılmış olur. Hukuki güvenlik ilkesi; vatandaşları belirlilik ilkesine aykırı normlardan veya yargı kararları aracılığıyla beklenmedik değişikliklerden koruyan ve güvenliği sağlayan bir ilkedir<sup>88</sup>. Anayasa Mahkemesi kararında hukuki güvenlik ilkesini; “Hukuk devletinin en temel unsurlarından birisi olan hukuki güvenlik ilkesi bireyleri keyfi yönetimlere ve hukuki sürprizlere karşı korumak ve bireylerin ileride başlarına gelebilecekleri öngörebilmesi ve hareketlerini buna göre ayarlayabilmesi amacıyla hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir” şeklinde tanımlamıştır<sup>89</sup>.

İdari yargıda hukuki güvenlik ilkesinin geçerli olabilmesi için olağan kanun yolları kapsamında bazı mekanizmalar öngörülmüştür. Ancak özellikle nispeten uygulaması yeni olan istinaf mahkemeleri konusunda bazı yeniliklerin getirilebileceği, istinaflar kurulu veya yargısal görüş vasıtasıyla içtihat birliği ilkesinin olabildiğince hayata geçirilebilir. Ancak bu husus elbette yeni yasal düzenlemeler vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir.

Öte yandan hem içtihat birliğini sağlamak hem de yargının iş yükünü azaltarak yargılamaları hızlandırmak maksadıyla uygulanan pilot karar, toplu dava ve grup dava müesseselerinden istifade edilmesi de mümkündür. Aynı ve/veya benzer konularda çok sayıda dava açılmasına sebep olan çevre, halk sağlığı, güvenlik vb. konular bakımından iç hukukumuzda uyarlamak ve başta adalete erişim, adil yargılanma, tabii hâkim ilkesi gibi temel ilkeleri gözetmek suretiyle emsal olarak seçilecek birkaç davanın ivedi biçimde sonuçlandırılması ve diğer davalara örnek teşkil etmesi makul sürede yargılanma ilkesine de uygun düşebilecektir.

Temyiz noktasında ise farklı yargısal hükümleri değerlendirerek bağlayıcı biçimde bu içtihatları değiştirebilen ve birleştirebilen içtihadı birleştirme kurulu oldukça etkin bir rol oynamaktadır. Ancak bunun yanı sıra bir talep gelmeksizin de Daire Başkanlarının bir araya gelerek verilen kararları gözden geçirmesi başka bir deyişle belli aralıklarla toplanarak içtihat taraması yapması kararların kalitesi ve içtihat birliği noktasında önemli bir etki doğuracaktır. Ayrıca ülkemizde kararların kamuoyu ile tümüyle

---

<sup>88</sup> Temel Gürdal ve Şebnem Ekeryılmaz, “Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Danıştay Kararları Işığında İncelenmesi”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 13, S. 2 (Ağustos 2018), 207.

<sup>89</sup> AYM, E.2009/31, K.2011/77 - RG, 23.07.2011, S. 28003.

paylaşılmıyor olması da tüm içtihat farklılıklarının zamanında öngörülerek engellenebilmesinin önünde ciddi bir sorundur. Buradaki en makul çözüm bir yandan tüm yargı kararlarının kamuoyu ile paylaşılması bir yandan da kamuoyu denetimiyle yetinmeksizin Danıştay'ın içtihadı birleştirme konusunda doğrudan bir talep gelmese bile kararları gözden geçirmek suretiyle kararları denetlemesidir.

Sonuç olarak hukuk normlarının da yargısal kararların da meşruiyeti adalet idesini barındırmasıyla kabul edilebilecektir. Bu noktada mahkemelerin rastlantısal kararlar vermesi kabul edilemez. Şu halde hem hâkimlere yol gösterici olması hem de yasa önünde eşitliği sağlaması bakımından verilen mahkeme kararlarının istikrarlı olması önem taşır.

**KAYNAKÇA**

- Akbaba, Ahmet. “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, (2014): 433-464.
- Akil, Cenk. *İstinaf Kavramı*. Ankara: Yetkin Kitabevi, 2010.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, Ekim 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Atay, Ethem Ender. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Avcı, Mustafa. “İdari Yargıda İstinaf”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 96, (Eylül, Ekim 2011): 179-204.
- Ávila, Humberto. *Certainty In Law*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016.
- Aydın, Devrim. “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, (Temmuz, Ağustos 2006): 61-72.
- Babacan, Talip. “Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 13, Sayı 141, (Mayıs 2018): 14-30.
- Becker-Eberhooard, Ekkehard. “Madeni Hukukta İstinaf Mahkemeleri - Alman Modeli”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no:52, (Kasım 2003): 26-36.
- Bereket Baş, Zuhul. “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, *Danıştay Dergisi*, Cilt 28, Sayı 94, Ankara, (1998): 11-27.
- Bilgin, Hüseyin. *Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Bilgin, Hüseyin. “Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık Ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXV, Sayı: 3, (2021): 639-688.
- Centel, Tankut. “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri”, *Yargıtay Dergisi*, (Ocak 1989): 361-369.
- Çaptuğ, Mehpare. *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2020.

- Çaptuğ, Mehpare. "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, (Haziran 2021): 133-160.
- Çınar, Ali Rıza. *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010 .
- Çınarlı, Serkan. *İdari Yargulamada İstinaf*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Edis, Seyfullah. "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 30, ( 1973): 169-196.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Gülân, Aydın. "Mühendislik Bilimlerinin İş Akış İyileştirmeleri İçin Kullandığı 'Kısıtlar Teorisi' Yaklaşımıyla İdari Yargıda Zaman Yönetimine Bir Bakış", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, (2019): 23–30.
- Gülân, Aydın. "Ülkemizde Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu*, Ankara, Danıştay Yayınları No 91, (10 Mayıs 2016): 19-27.
- Gülçür, Abdulkadir. "Aihm Ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1 (Haziran 2018): 197-214.
- Gürdal Temel ve Ekeryılmaz Şebnem. "Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Danıştay Kararları Işığında İncelenmesi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, ( Ağustos 2018): 205 – 226.
- Kaplan, Gürsel. *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*. Bursa: Ekin, 2016.
- Kaplan, Gürsel. Yargısal Görüş (*Avis Contentieux*) Kurumu", *Danıştay Dergisi*, Sayı 119, (2008): 1-12 (<https://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm> e.t. 25.08.2022).
- Kızılyel, Serkan. "Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 119, (Temmuz-Ağustos 2015): 115-142.
- Koç, Emel ve Gedik Fırat, "Hüküm Kurma ve İçtihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 67, Sayı 2, (Bahar 2009): 157-163.
- Köküsarı, İsmail. "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXIII, Sayı 3–4, ( 2019): 181, 243.

Mercimek, Fulya. *Hukuki Güvenlik İlkesi ve Karşılaştırmalı Vergi Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa: Uludağ Üniversitesi, 2019.

Oduncu, Leyla Nur. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 38, (2020): 83-121.

Özpolat, Haşim. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 33, ( Ocak 2018): 181-243.

Piazzon, Thomas. *La Sécurité Juridique*. Thèse, Paris: Université Paris II 2006.

Popelier, Patricia, ([https://www.researchgate.net/publication/233701447\\_five\\_paradoxes\\_on\\_legal\\_certainty\\_and\\_the\\_lawmaker](https://www.researchgate.net/publication/233701447_five_paradoxes_on_legal_certainty_and_the_lawmaker) )

Ramey, Barnadette, McCormick, Pamela and Ovey, Clare. *The European Convention On Human Rights*. New York: Oxford, 2010.

Sancakdar, Oğuz. “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu*: 148. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu Ankara, Danıştay Yayınları No 91, (10 Mayıs 2016): 29-113.

Sancakdar, Oğuz. “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, <https://Journal.Yasar.Edu.Tr/Wp-Content/Uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-Sancakdar.Pdf>

Sancakdar, Oğuz. *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, Sorubankası Yayınları, 2019.

Sezginer Murat. “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları İle İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, *150. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No 99, (10 - 11 Mayıs 2018) :111-135.

Türkoğlu Üstün, Kamile. “Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması”, *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 10, Sayı 24, (2015): 877-897

Uysal, Zeki. “Türk İdari Yargısında İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesine Yönelik Çözüm Önerileri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 18, (Aralık 2021): 417-455.

Vauban, Patrick. “Fransız Hukukunda İstinaf Konulu Tebliğ”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No 52, (Kasım 2003): 17-25.

Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2017.

Yıldırım, Kamil. "Kanun yolu olarak İstinaf", *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:52, (Kasım 2003): 71-78.

Yıldız Akgül, Şerife. "İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme", *Anadolu Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, (Ocak 2020): 45-76.

Yılmaz, Oğuz Gökhan. "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, (Mayıs 2021): 379-415.

<https://rm.coe.int/opinion-ccje-en-20/16809ccaa5>

<https://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-382-Hasan-and-Chaush-v-Bulgaria.pdf>

[https://www.echr.coe.int/documents/pilot\\_judgment\\_procedure\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf)

<https://www.etimolojiturkce.com>

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2215.pdf>, madde 7

[https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/08\\_02\\_2019\\_015735.pdf](https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/08_02_2019_015735.pdf)

<https://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

[https://www.echr.coe.int/documents/pilot\\_judgment\\_procedure\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf)

<https://www.conseil-etat.fr/vos-demarches/je-suis-un-particulier/actions-collectives>

# LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE HALEFİYET VE DEVAMLILIK TARTIŞMALARI

*Succession and Continuity Discussions within the Framework  
of the Treaty of Lausanne*

**Seda ÖRSTEN ESİRGEN\***

## ÖZ

Türk hukuk tarihinin en önemli kırılma noktalarından biri olan Osmanlı Devleti'nin yıkılışı ile Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş süreci, uluslararası hukuk açısından değerlendirilmek istendiğinde, halefiyet ve devamlılık kavramları ön plana çıkmaktadır. Bu kavramlar çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerde kaçınılmaz olarak başvurulması gereken en önemli kaynak ve aynı zamanda hareket noktalarından birini oluşturan düzenleme, Lozan Antlaşması'dır. Uluslararası hukuk literatüründe her iki devlet arasında devamlılık ilişkisinin bulunduğu görüşü ağır basmakla birlikte, Lozan Antlaşması incelendiğinde, yeni kurulan Türk devletinin bağımsız ve çağdaş bir ülke kurma amacı doğrultusunda, her bir maddenin doğuracağı olası sonuçlar göz önünde bulundurularak ve Osmanlı dönemindeki uygulamalardan ders çıkarılarak kaleme alındığı görülmektedir. Bu doğrultuda, Lozan Antlaşması'nın ülke toprakları, devlet borçları, malları ve arşivleri, uluslararası antlaşma ve uluslararası örgüt üyelikleri, imtiyazlar, devlet memurları ve vatandaşlıkla ilgili hükümleri incelenerek, halefiyet ve devamlılık tartışmaları açısından söz konusu hükümler değerlendirilmiştir. Sonuçta uluslararası hukukta yeknesaklık göstermeyen halefiyet ve devamlılık uygulamalarının Türk hukuk tarihi açısından da kesinlik arz etmediği görülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Halefiyet, devamlılık, Lozan Antlaşması, Osmanlı Devleti, Türkiye Cumhuriyeti.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 20.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.03.2023.

\* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, E-posta: orsten@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7634-8092.

## ABSTRACT

When the collapse of the Ottoman Empire and the establishment process of the Republic of Turkey are wanted to be evaluated in terms of international law, the concepts of succession and continuity figure prominently. The Treaty of Lausanne is the most important source and one of the starting points within the framework of these concepts. Although the view that there is a continuity relationship between the two states in the international law literature dominates, when the Treaty of Lausanne is examined, it is seen that each article was written by the new Turkish state in line to considering the possible consequences and taking lessons from the practices in the Ottoman period to establish an independent and modern country. From this point of view, the provisions of the Treaty of Lausanne on the territory of the country, state debts, properties and archives, international treaties and international organization memberships, privileges, civil servants, and citizenship are examined, and such provisions are evaluated in terms of succession and continuity discussions in this study. As a result, it has been seen that the succession and continuity practices, which do not show uniformity in international law, are not also certain in terms of Turkish legal history.

**Keywords:** Succession, continuity, Treaty of Lausanne, Ottoman Empire, Republic of Turkey.

## GİRİŞ

Türk hukuk tarihinde XIX. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan değişim, XX. yüzyılda da sürmüştür; Osmanlı Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı'ndan mağlup çıkan devletler arasında sayılması ve ülkenin işgalinin Millî Mücadele hareketini doğurması, yeni bir devletin kuruluş sürecini de beraberinde getirmiştir. 1921 yılında kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 1876 Anayasası'nı tam olarak yürürlükten kaldırmamış; ülkede iki anayasanın yürürlükte olduğu bir dönem yaşanmış; bu dönem, saltanatın kaldırılması, Lozan Barış Antlaşması'nın imzalanması ve Cumhuriyetin ilanını takiben kabul edilen 1924 Anayasası'yla son bulmuştur. Bu süreçte bütün adımlar, siyasi ve hukuksal açıdan tam bağımsızlık hedefine yönelik atılmıştır. Ancak bir yandan Osmanlı Devleti tüm unsurları açısından değişikliğe uğrayıp, yeni bir devlet kurulurken, diğer yandan yeni Türk devletinin Osmanlı Devleti ile ilişkisinin hukukî nitelendirmesi de, devletin devamlılığı açısından tartışılmaya başlanmıştır.

Devletin devamlılığı, bir uluslararası hukuk kişisi olarak devletin varlığını kesintisiz olarak devam ettirmesini ifade etmektedir. Ancak belli bir ülke üzerinde kullanılan egemenlik yetkisinin, yani sahip olunan hak, yetki ve sorumlulukların devletler arasında el değiştirmesi, yani bir ülke üzerinde uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri ileri sürebilme kabiliyetinin bir devletten başka bir devlete geçmesi, uluslararası hukukta halefiyet kavramı ile açıklanmaktadır.<sup>1</sup>

Osmanlı Devleti'nin sona ermesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması da, bu konuyla ilgili olarak uluslararası hukuk çerçevesinde önemli bir örnek olarak gerek ulusal, gerek uluslararası literatürde incelenmiş ve tartışılmıştır.

Ancak literatürde, yeni kurulan Türk devletinin uluslararası hukuk açısından temel dayanak noktası olan Lozan Antlaşması'nın doğrudan halefiyet/devamlılık tartışmaları açısından bir değerlendirmesi yapılmamıştır.

TÜBİTAK'ın ARDEB-1001 Programı kapsamında desteklenen 220K076 numaralı Projenin de bir parçasını oluşturan bu çalışmayla, Türk hukuk tarihi açısından Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişki, Lozan Barış Antlaşması ışığında incelenerek, daha önce literatürde bazı maddeler üzerinden yürütülen tartışmalara daha geniş bir perspektif getirilmesi amaçlanmaktadır.

## I.HALEFİYET VE DEVAMLILIK KAVRAMLARI

Devlet kavramı, ülke, insan ve egemenlik unsurlarından oluşmuş; bu unsurlardaki değişiklikler, tarih boyunca devletlerin yıkılışına ve yeni devletlerin kuruluşuna sebep olmuştur. Bütün bu süreç, uluslararası hukuk çerçevesinde farklı ve/veya benzer hukuki sonuçlar doğurmuştur.

Ancak uluslararası hukuk düzeni, uluslararası ilişkilerde açıkça istikrardan yarıdır. Bu nedenle uluslararası düzene yeni bir devletin gelişi, uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri açısından, kaçınılmaz olarak birtakım istikrarsızlıklar ve belirsizlikler ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta devamlılık karinesinin bulunduğu, yani bir devletin yok olduğu yeterli delillerle ispat edilmedikçe varlığını sürdüreceği iddia edilebilir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ceren Zeynep Pirim, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 1; Selcen Nur Kışla, Uluslararası Hukukta Devletlerin Andlaşmalara Halefiyeti, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), s. 10.

<sup>2</sup> Patrick Dumberry, "Is Turkey the Continuing State of the Ottoman Empire Under International Law?", Netherlands International Law Review, LIX, (2012), 243.

Bu çerçevede devamlılık, hukukî bir varsayım olarak, belli bir ülkenin, halkın veya siyasî otoritenin değil; uluslararası hukuk kişiliği gibi soyut bir kavramın devamlılığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bir devletin ülkesi ve uluslararası kişiliğinin biçimi aynı kalmakla birlikte, hükümetinde ya da rejiminde meydana gelebilecek bir değişikliğin, uluslararası alanda o devletin kişiliğinin devamlılığını etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, devletin egemenlik unsurunda olağan dışı yöntemlerle (isyan, ihtilal vs.) gerçekleştirilen değişiklikler, devletin hukuki kişiliğini değiştirmemektedir.<sup>3</sup>

Aynı şekilde, ülke kazanımlarının veya kayıplarının, devletin hukuki kişiliğini ve dolayısıyla devamlılığını etkilemeyeceği; dolayısıyla devletin hukuk kişiliğini belirleyen unsurun ülke unsuru olmadığı ifade edilmektedir. Ancak devletin devamlılığının kabul edilebilmesi için ülkesinin ne kadarını muhafaza etmesi gerektiği sorusunun ise kesin ve her durumda geçerli bir cevabı bulunmamaktadır.<sup>4</sup> Benzer şekilde, nüfus ögesinde meydana gelebilecek değişikliklerin de, ülke unsurundakilerle birlikte gerçekleşebileceği düşünüldüğünde, nüfus konusunda doğum, göç veya etnik yapının değiştirilmesine yönelik müdahaleler sonucu yaşanan değişikliklerin devletin devamlılığına halel getirmeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla ülke veya nüfus unsurlarındaki değişikliklerin esaslı olup olmadığına somut olayın şartlarına göre karar verilmesi gerekir.<sup>5</sup>

Görüldüğü üzere, bir devletin unsurlarının geçirdiği değişikliklerin ölçüsü, niteliği ve sonuçları, uluslararası hukuk açısından farklı değerlendirilmektedir.

Uluslararası hukuk çerçevesinde devamlılık, aynı uluslararası hukuk kişiliğini temsil etme olarak ortaya çıkarken, halefiyet, bir ülke üzerinde uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri ileri sürebilme kabiliyetinin bir devletten bir başka devlete geçmesidir. Dolayısıyla halefiyet

<sup>3</sup> Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977), 170; Pirim, 25, 29.

<sup>4</sup> Doktrinde genel olarak, kaybedilen toprakların, kalan topraklardan önemli ölçüde daha büyük olduğu durumlarda bile, bir devletin kişiliğinin etkilenmediği kabul edilmektedir. Nitekim bazı hesaplamalara göre 1878-1918 yılları arasında Osmanlı Devleti, ülkesinin yaklaşık %85'ini kaybetmiştir. Ancak buna rağmen, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, uluslararası hukuka göre yeni bir devlet olmayıp; çok daha küçük bir toprak parçasına sahip olmakla beraber, Osmanlı İmparatorluğu ile aynı devlet olarak görüldüğü dile getirilmiştir. Dumberry, 245.

<sup>5</sup> Pirim, 27, 28.

vakalarında devlet, bir başka devlet ile ikame edilmekte iken; devamlılık söz konusu olduğunda devletin kurucu unsurlarında meydana gelen değişikliklere ve hukukî ilişkinin taraflarından birisinin değişmesine rağmen, aynılık korunmaktadır.<sup>6</sup>

Bu çerçevede halefiyetteki değişim, halef devletin ülke üzerindeki hakimiyeti sürekli olacak şekilde, siyasî otoritenin ve bütün hukukî düzenin, başka devlete intikali; siyasî, ekonomik, askerî ve hatta kültürel altyapının değişmesi, bu değişikliklerle devletin yeniden yapılandırılması anlamına gelmektedir.<sup>7</sup>

Bir devletin öteki bir devlete halef olması, üç durumda mümkündür: - Bir devlet egemenliğinden ayrılmak suretiyle iki ya da daha çok devletin ortaya çıkması durumu; - İki ya da daha çok devletin birleşmesi durumu; - Bir ülke parçasının bir devletten ötekine el değiştirmesi durumu.<sup>8</sup>

Görüldüğü üzere, ortaya çıkış sebepleri, içinden geçtikleri süreçler ve sonuçları itibarıyla birbirinden ciddi farklılıklar arz eden halefiyet vakalarının her biri için geçerli yeknesak kurallardan söz edebilmek mümkün değildir; zira aynı tür halefiyet vakalarında dahi çok farklı uygulamalara tanık olunmuştur. Bunun nedeni ve halefiyetle ilgili genel bir kuralı ayırt etmedeki zorluk, devamlılık ve halefiyet durumlarının çok sayıda olgusal çeşitliliği içinde barındırmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla uluslararası hukukun, halefiyet ve devamlılık statülerini birbirinden ayırmak amacıyla kıstas üretmediği söylenebilir.<sup>9</sup>

Halefiyet ve devamlılık kavramları, aynı zamanda birbiriyle iç içe geçmiş kavramlar olup; bir halefiyet süreci, devam eden devletin ve halef devletlerin birlikte var olmaları sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla halefiyet ve devamlılık kavramlarını birbirinden ayırmak her zaman mümkün olmamakta; bu durum, halefiyet konusunun uluslararası hukukun en karmaşık ve belirsiz alanı olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> İzzettin Doğan, Devletın Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970), 88, 89; Pirim, 23.

<sup>7</sup> Pirim, 1; Kışla, 8.

<sup>8</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap, 3.Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 25.

<sup>9</sup> Pirim, 19, 20; Deniz Akçay, "Türkiye Cumhuriyeti/Osmanlı Devleti ve Ardılık/Devamlılık Sorunsalının Görelileşmesi", Ermeni Araştırmaları, 56, (2017), 168; Emre Öktem, "Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?", Leiden Journal of International Law, 24, (2011), 581.

<sup>10</sup> Pirim, 23; Akçay, 168; Kışla, 7.

İdeal olan, uluslararası halefiyet hukukunun, tüm halefiyet vakaları için geçerli ve tutarlı bir çerçeve ortaya koymasındır. Ancak doktrin, içtihat ve uluslararası antlaşmaların birbirinden farklı halefiyet türleri için farklı ilke ve kurallardan söz ettiği görülmektedir.<sup>11</sup>

Bu doğrultuda uluslararası hukuk uygulamasında halefiyet durumlarının önceden kestirilemeyecek sonuç ve olası uzantıları nedeniyle, devletlerin bu alanda norm geliştirme konusuna ihtiyatla, hatta olumsuz yaklaştıkları ileri sürülmüştür. Halefiyetin bazı yönlerinin devletler hukuku normlarına kavuşturulmasına yönelik 23 Ağustos 1978 tarihli “Devletlerin Uluslararası Antlaşmalara Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi” ile 8 Nisan 1983 tarihli “Kamu Borçları, Mallar ve Arşivlerde Halefiyet Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin devletler tarafından fazla rağbet görmemiş olması da, bu ihtiyatın bir göstergesi olarak kabul edilebilir.<sup>12</sup> Söz konusu iki düzenlemede halefiyet, bir devletin ülkesi veya ülke parçasının üzerindeki uluslararası ilişkilerden doğan sorumluluğunun diğer bir devlete geçmesi şeklinde tanımlanmıştır.<sup>13</sup>

1978 tarihli Sözleşme<sup>14</sup>, az sayıda taraf devlet arasında yürürlükteyken, 1983 tarihli Sözleşme<sup>15</sup> ise henüz yürürlüğe girmiş bile değildir.<sup>16</sup>

Sonuç olarak halefiyet, antlaşmalar ve uluslararası örgüt üyelikleri, devlet malları, arşivleri ve devlet borçları, mevzuat ve yönetim ile özel kişilerin hakları (vatandaşlık ve mülkiyet hakları) gibi açılardan hukuksal

<sup>11</sup> Pirim, 19.

<sup>12</sup> Emredici olmaktan çok, yol gösterici nitelikte olan bu iki sözleşme, gerek BM Güvenlik Konseyi’nde veto hakkına sahip bir devlet, gerek devletler hukuku ve diplomasi deneyimi yüksek bir Batı Avrupa ya da Kuzey Amerika devleti tarafından onaylanmamış ve hatta imzalanmamıştır. Akçay, 167, 168.

<sup>13</sup> Kışla, 6.

<sup>14</sup> 23 Ağustos 1978 tarihinde imzalanarak 6 Kasım 1996 tarihinde yürürlüğe giren 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalara Ardılığına Dair Viyana Sözleşmesi’ne bugün sadece 23 devlet taraf konumundadır. Türkiye ise, bu Sözleşme’ye taraf değildir. Anıl Çamyamaç, “Bir Uluslararası Hukuk Müessesesi Olarak Uluslararası Örgütler Arasında Ardılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, (2022), 8 dn. 19.

<sup>15</sup> 8 Nisan 1983 tarihinde imzalanan 1983 tarihli *Devletlerin Devlet Mallarına, Arşivlere ve Borçlara Ardılığı Viyana Sözleşmesi*’ni günümüzde sadece 7 devlet (Estonya, Gürcistan, Hırvatistan, Kuzey Makedonya, Liberya, Slovenya, Ukrayna) onaylamıştır. Çamyamaç, 8 dn. 20.

<sup>16</sup> Çamyamaç, 8.

etkiler doğururken; her bir halefiyet vakasında bu konularda üretilen çözümler, uluslararası toplumun siyasal dengesi ve değer yargılarına göre değişiklik göstermiştir. Dolayısıyla özellikle bazı noktalarda uluslararası hukuk kurallarını kesin olarak saptayabilmek, her zaman olanaklı olmamıştır.<sup>17</sup>

## II. OSMANLI DEVLETİ İLE TÜRKİYE CUMHURİYETİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir devlet parçalandığında ve onun yerine birden fazla devlet ortaya çıktığında veya başka bir devletle birleştiğinde, bu devletlerin her birinin halef devlet mi olduğu yoksa içlerinden birinin eski devletin devamı mı olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevaplandırılması, sonraki dönemde devletler arasındaki ilişkilerin hukukî bir düzene kavuşturulması açısından olduğu kadar; üçüncü devletlere karşı antlaşma, borç ve imtiyaz gibi yükümlülüklerin ve sorumlulukların devamlılığının güvence altına alınmasını sağlamaya da hizmet etmektedir.<sup>18</sup>

Uluslararası hukuk literatüründe ağırlıklı görüş, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devamı niteliğinde olduğu yönündedir. Bu durumda, Osmanlı Devleti'nin ardından pek çok yeni devletin kurulması, ayrılma yoluyla halefiyetin örneklerini oluşturacak; Türkiye Cumhuriyeti de, Osmanlı Devleti'nin hukukî kişiliğini devam ettiren devlet olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla hukukî kişiliği devam ettiren bir devlet bulunduğu için, hak ve yükümlülükler de, herhangi bir kesintiye uğramamış olacaktır. Osmanlı Devleti'nin kişiliğinin sona erdiği kabul edildiği takdirde ise ilgili durum, dağılma yoluyla halefiyet kapsamına girecek ve Türkiye Cumhuriyeti de, diğer devletler gibi halef devletlerden biri olacaktır. Ancak bu durumda da, Osmanlı Devleti'ne halef olduğu tarihin belirlenmesi açısından çeşitli ihtimaller gündeme gelecektir.<sup>19</sup>

Bu çerçevede uluslararası sorumlulukta şahsîlik esas olduğundan halefiyet kabul edilmemekte; dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti, halef devlet sayılması halinde Osmanlı Devleti'nin hukuka aykırı fiillerinden herhangi bir

<sup>17</sup> Pazarcı, 26, 36; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 11.Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), 151.

<sup>18</sup> Kışla, 12, 13.

<sup>19</sup> Kışla, 23; Detaylı bilgi için bkz. Öktem, 579, 580.

sorumluluğu söz konusu olmazken, devam eden devlet olarak kabul edilmesi halinde sorumlu tutulması mümkün hale gelmektedir.<sup>20</sup>

Bununla birlikte, uluslararası hukuk doktrininin devam eden devlet niteliğinin tespitinde geliştirdiği ilkelere rağmen, sürecin her zaman bu ilkelere uygun şekillenmediği görülmektedir. Zira devletin hukukî kişiliğinin devam edip etmediği konusunda, halefiyet sürecinden geçen devletin ve üçüncü devletlerin tutumu da etkili olmaktadır. Tarihî ve hukukî süreç birlikte değerlendirdiğinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin yeni bir devlet kurma iradesi ile hareket ettiği göz ardı edilemez. Dolayısıyla devamlılık karinesinin, çoğu zaman siyasî saikler ışığında kabul veya reddedildiği söylenebilir. Ancak her şekilde, bir devletin sona erip ermediğinin tespitinde somut olayın şartlarının dikkate alınması gerekmektedir.<sup>21</sup>

Halef devlet olma durumunda, uluslararası toplumdaki yerini alan devletlerin tanınması esasken; devamlılık, üçüncü devletler tarafından tanınmayı gerektirmeyen, *erga omnes* bir nitelik arz etmektedir. Üçüncü devletler, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'ni tanımaya gerek duymamışlardır. Ancak diğer taraftan, daha önce Osmanlı Devleti ile aralarında dostluk, ikamet, ticaret, konsolosluk, suçluların iadesi gibi antlaşmalar bulunan devletlerin büyük bir kısmı, Türkiye ile yeniden bu tür antlaşmalar yaparak, Türkiye'nin yeni bir devlet olduğu kanısını açıkça benimsemişlerdir.<sup>22</sup>

Osmanlı Devleti'ne başkentlik etmiş bütün şehirler ile tarihî ve kültürel merkezlerin, Devletin bütün büyükelçilik ve konsoloslukları ile idarî, malî ve askerî yapılanmasının Türkiye'ye geçtiği, resmî bayrak ile resmî dilin aynen benimsendiği, bürokratik ve askerî kadronun yeni devletin kuruluş sürecine büyük katkısının olduğu bilinmektedir.<sup>23</sup>

Ancak bunlar dışında, Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki hukukî ilişkinin nitelendirilmesinde, 1925 ve 1956 yıllarında verilen çeşitli kararların da incelenmesi gerekmektedir.

---

<sup>20</sup> Kışla, 24.

<sup>21</sup> Pirim, 26, 31; Kışla, 27.

<sup>22</sup> Doğan, 91; Pirim, 51; Öktem, 577.

<sup>23</sup> Pirim, 51; Öktem, 577.

### A. Osmanlı Devlet Borçları Hakem Kararı

Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devamı olduğu tezini savunan hukukçuların temel referansları Osmanlı devlet borcuna ilişkin tek hakem İsviçreli Eugene Borel'in 18 Nisan 1925'te verdiği tahkim kararıdır.<sup>24</sup>

Lozan Antlaşması'nın 51.maddesinin 1.ve 2.fıkralarında söz konusu borçların bölüşülmesinde vergi ilkesi esas alınmıştır. Bu maddelerin yorumundan doğan anlaşmazlık, Antlaşma'nın 47. maddesi uyarınca hakemliğe sunulmuş ve hakem olarak seçilen E. Borel'in verdiği kararla sorun çözüme bağlanmıştır.<sup>25</sup>

Karara konu uyuşmazlığın temelinde Lozan Antlaşması'nın Osmanlı devlet borçlarına ilişkin 46. maddesi bulunmaktadır. Söz konusu madde, parçalanmış İmparatorluğun devlet borçlarının Türkiye ile maddede sayılan diğer devletler arasında paylaştırılmasını kararlaştırmıştır. Ancak bu paylaşım yapılmamasına Irak, Filistin ve Mavera-i Ürdün itiraz etmiştir. Türkiye ise, bir devletin ülkesinin bir başka devlete intikali vakalarında, ülkeyi devralan devletin, ülkeyi devreden devletin kamu borcunun söz konusu ülke ile orantılı kısmını üstlenmek zorunda olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla borç paylaşımında dikkate alınacak olan "ortalama gelir" in hesaplanmasında 1910-1912 dönemi sonrasında kaybedilen topraklara ait gelirler dışarıda bırakılmalıdır. Osmanlı İmparatorluğu'nun kaybettiği bu topraklar, Türkiye'ye yabancıdır ve Lozan Antlaşması'nın 51. maddesi tarafından düzenlenmemektedir. Başka bir ifadeyle, Türkiye, hukuken Osmanlı Devleti'nin devamı olmadığını ve diğer devletler gibi İmparatorluğun parçalanmasından doğan yeni bir devlet olduğunu ileri sürmüştür.<sup>26</sup>

Hakem Borel, Türkiye'nin iddialarını kabul etmemiştir. Osmanlı Devleti ile Türkiye arasında hukukî bir devamlılık olduğu tezini benimserken, uluslararası hukukta bir devletten ayrılarak kendisine katılan ülkelerin, söz konusu ülkeye ait devlet borçlarını üstlenmeleri gerektiği yönünde bir uluslararası hukuk ilkesi bulunmadığının da altını çizmiştir. Dolayısıyla verilen karar, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olduğu,

---

<sup>24</sup> Akçay, 170, 171.

<sup>25</sup> Meray, 177, 178.

<sup>26</sup> Pirim, 45-47.

İmparatorluğun parçalanma sürecinin de bir ayrılma vakası niteliğinde olduğu yönünde şekillenmiştir.<sup>27</sup>

Karara yöneltilen eleştirilerin başında, Hakem Borel'in bazı yorumları yaparken, Türk Heyeti'nin görüşlerini göz önünde bulundurmadan, Fransız delege M.Bompard'ın görüşüyle sınırlı tutması gelmektedir. Zira 46. ve 47. maddelerin uygulanmasında maddelerin gerçek anlamını bulmak için tarafların ortak iradesine başvuran Borel, 99. maddenin yorumunda hiçbir hukukî neden olmaksızın, Fransız delege Bompard'ın iradesine üstünlük ve öncelik tanımıştır. Oysa Türk Heyeti, Lozan'da Türkiye'nin yeni bir devlet olduğunu ısrarla savunmuş ve Türkiye'nin yalnızca iradesiyle kabul edeceği antlaşmalarla bağlı kalacağını söylemiştir. Aynı şekilde Türk Heyeti, azınlık haklarıyla ilgili hükümler görüşülürken, Türkiye'nin imzalamadığı herhangi bir antlaşma hükmüne dayanamayacağı, dolayısıyla Osmanlı Devleti'nin akdettiği antlaşmalardan doğan hak ve borçlarla Türkiye'nin bağlı olmadığını açıkça belirtmiştir.<sup>28</sup>

Bazı hukukçular, Hakem Borel'in kararının "doğruluğunu" tartışmamakla birlikte, bu konunun tartışmalı olduğuna dikkat çekmekte ya da devamlılık/halefiyet tartışması açısından Borel kararının ötesine geçerek, Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihsel ve siyasal kuruluş sürecine eğilerek, kaydedilen derin değişimlerin Osmanlı Devleti'nin kişiliğini sona erdiren bir devrim olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>29</sup>

Ancak her şekilde, Osmanlı Devlet Borcunun paylaşım hesabıyla sınırlı olması gereken tahkim yetkisinin, Türkiye'nin devamlılığı yönünde genel ve ileriye dönük bir temel oluşturması tartışmalı olup, yetki aşımı olarak değerlendirilmesi dahi gündeme gelebilecektir. Zira borcun paylaşımındaki esas ilkeler, Lozan Antlaşması'nda belirlenmiştir ve tarafların dilekçelerinde de halefiyet/devamlılık tartışmasına girilmesini gerektirecek bir iddia bulunmamaktadır.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Pirim, 45-47.

<sup>28</sup> Doğan, 89, 90.

<sup>29</sup> Akçay, 171. Ayrıca bkz. Enrico Zamuner, "Le Rapport entre l'Empire Ottoman et la Republique Turque face au Droit International", *Journal of the History of International Law*, Vol. 6, (2004), 231.

<sup>30</sup> Akçay, 176, 177.

## B. Roselius-Carsten Kararı

Söz konusu karar, Roselius Şirketi'nin Osmanlı Devleti'yle olan bir davasının uzlaşmayla sonuçlanmasının ardından yapılması gereken bir ödeme işlemi gerçekleştirilmek üzere hukukçu Karsten'e verdiği bir miktar para hakkında Amsterdam Bölge Mahkemesi'nde açtığı alacak davasına ilişkindir. Dava, Karsten'e karşı açılmış olmakla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, yatırılan parayı almak için davaya müdahil olmuştur.<sup>31</sup>

Roselius Şirketi, söz konusu paranın o dönemde Osmanlı Devleti'nde ödenmesi amacıyla davalıya verildiği ve Türkiye Cumhuriyeti'nin bu paranın ödenmesini talep etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin müdahilliğine Roselius Şirketi karşı çıkmıştır. Davacılar, davalı Karsten'in Osmanlı İmparatorluğu'nun değil, kendilerinin temsilcisi olduğunu, dolayısıyla davalı ile Osmanlı İmparatorluğu arasında hiçbir hukukî bağın kurulmadığını ileri sürmüşlerdir.<sup>32</sup>

Sonuçta, Türkiye Cumhuriyeti'nin müdahil olduğu *Roselius-Karsten Davası*'nda davacı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olma niteliğini taşımadığını ileri sürerken, Amsterdam Bölge Mahkemesi "... her ne kadar Türkiye artık bir İmparatorluk değil de Cumhuriyet olsa ve Büyük Savaş'taki ülke kayıpları sebebiyle hacmi ciddi ölçüde azalmış olsa da, bu, Cumhuriyet'in İmparatorluk'un halefi olmadığını düşündürmez. Ülkenin ana kısmını teşkil eden kalan kesim, Türkiye'yi kuran, farklı bir hükümet şekli ve daha büyük hacmi olan devletin devamıdır ve kaybedilen topraklar hariç tüm hakları ve borçlarını muhafaza etmiştir" şeklinde bir tespitte bulunmuştur ve bu yönden, literatürde halefiyet ve devamlılık kurumlarını karıştırdığı için eleştirilmiştir.<sup>33</sup>

Roselius kararının, devamlılık tezi açısından geçerli ve yeterli bir referans oluşturmadığı açıkça literatürde dile getirilmiştir. Bir ulusal mahkemede görülmekte olan hukuk davasında, Mahkeme'nin Osmanlı Devleti'nin devam edip etmediği konusunda görüş belirtmesinin hiçbir bağlayıcılığı yoktur.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Dumberry, 261.

<sup>32</sup> Annual Digest of International Law Cases 1919-1922, Ed.: J.F.Williams-H.Lauterpacht, (Cambridge University Press, 1932), 36.

<sup>33</sup> Çamyamaç, 7 dn. 13.

<sup>34</sup> Akçay, 184.

### C. Osmanlı Deniz Fenerleri Hakem Kararı

Osmanlı Devlet Borcuna ilişkin 1925 tarihli tahkim kararında Hakem Borel'in yürüttüğü muhakeme, 1956 yılında bir başka tahkim kararında daha benimsenmiştir. Bu karar, devletin ülkesinin bir parçasının bir başka devlete intikali vakalarında uluslararası sorumluluğun akıbetine ilişkin doktrine yol gösteren tek uyuşmazlıktır.<sup>35</sup>

Uyuşmazlığın temelinde Osmanlı Devleti'nin 1860 yılında *Collas et Michel* adlı Fransız şirketiyle akdettiği, İmparatorluğun deniz fenerlerine ilişkin imtiyaz sözleşmesi bulunmaktadır. Şirket, verilen imtiyaz uyarınca kıyıların aydınlatılması görevini üstlenmiştir. Söz konusu imtiyaz sözleşmesi, başta 20 yıl süreli olup, belirli aralıklarla uzatılmıştır; ancak bir uluslararası antlaşma niteliği taşımamaktadır. Bununla beraber, imtiyazların verildiği tarihte İmparatorluğun bir parçasını oluşturan ülkenin bir kısmı, Balkan Savaşları ve Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Yunanistan'a bağlandığından; imtiyazların eski Osmanlı ülkesi üzerinde Yunanistan'ın egemenliğinin tesis edilmesinden sonra geçerli olup olmayacağı, bir uluslararası hukuk sorunu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla uyuşmazlık, sadece Yunanistan ile Fransa arasında olup, Türkiye'nin taraf olması söz konusu değildir.<sup>36</sup>

Uyuşmazlık, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na götürülmüş; Divan, 1934 ve 1937 yıllarında verdiği iki karar ile Osmanlı Hükümeti'nin Fransız şirketine ait imtiyazları 1949 yılına kadar uzatan kararlarının Yunanistan'a karşı ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Ancak taraflar aralarında anlaşamayınca tahkim usulüne başvurmuşlar; 1953 yılında oluşturulan tahkim heyeti, 1956 yılında karar vermiştir.<sup>37</sup>

Uyuşmazlık, kendi içinde iki ayrı sorunu barındırmaktadır. Buna göre;

- Lozan Barış Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce Osmanlı Devleti'ne atfedilebilir nitelikte olan eylemlerden doğan onarım yükümlülüğünün akıbeti<sup>38</sup>: Osmanlı Devleti'nin uluslararası hukuka

<sup>35</sup> Pirim, 47, 116.

<sup>36</sup> Akçay, 180, 181; Pirim, 116.

<sup>37</sup> Pirim, 116, 117.

<sup>38</sup> Osmanlı askeri makamlarının 1911 yılının sonbaharında Selanik'in girişinde bulunan bir şamandıranın kaldırılmasına karar vermeleri nedeniyle Fransız şirket, zarara uğradığını iddia etmiştir. Osmanlı yetkilileri, 30 Temmuz 1912 tarihinde şirket yetkililerine hitaben yazdıkları mektupta sorumluluğu üstlenmiş olsalar da, Balkan Savaşlarının patlak vermesi ile zarar giderim süreci durmuştur. Yunanistan'ın

aykırı olmayan (hukuka aykırı olsa dahi) bir işlemi nedeniyle, halef devlet sıfatını haiz Yunanistan'ın sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.<sup>39</sup>

- Osmanlı Devleti'nin bir parçasını oluşturan otonom Girit yönetiminin eylemlerinden doğan onarım yükümlülüğünün Girit'in Yunanistan'a bağlanmasından sonra hangi devlete ait olacağı<sup>40</sup>: Haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğun tamamen veya kısmen Yunanistan'a atfedilebilmesi mümkün değildir ve halefiyet anından önce Osmanlı Devleti'nin ve Girit yönetiminin gerçekleştirdikleri haksız fiillerden doğan onarım yükümlülüğü, Girit'in intikal ettiği Yunanistan'a geçmeyecektir.<sup>41</sup>

Hakem, Osmanlı ülkesinin bir bölümünün Yunanistan'a geçmesinin söz konusu ülke üzerinde "Türk sorumluluğunun sonu, Yunan sorumluluğunun başlangıcı" anlamına geldiğini ifade etmekle birlikte, halefiyet anından önce ülke üzerinde yaşananların Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir. Sonuçta kararda, "*bütün ülkesel halefiyet varsayımları için geçerli genel ve yeknesak bir çözüm bulunabilmesi imkansızdır ve halefiyet vakalarının farklı özellikleri nedeniyle bu yönde teorik bir çözüm bulunmasına dair bütün denemeler başarısızlıkla sonuçlanmaya mahkumdur*" denilerek, belli bir halefiyet ilkesinden ziyade, somut olayın koşullarının dikkate alınmasına vurgu yapılmıştır.<sup>42</sup>

Bununla birlikte, Osmanlı Deniz Fenerleri Kararının devamlılık tezi açısından uygun bir örnek oluşturmayacağı literatürde ileri sürülmüş; kararda

---

İmparatorluk'tan bağımsızlığını ilan etmesinin ardından, Fransa, şirketin halefiyet anından önce uğradığı zararların halef devlet Yunanistan tarafından giderilmesini talep etmiştir. Pirim, 117.

<sup>39</sup> Pirim, 117.

<sup>40</sup> Fransız şirket, 1903 yılında Girit yetkili makamlarının talebi üzerine Girit açıklarında iki yeni deniz feneri inşa etmeye başlamış ve inşaat masraflarını karşılayabilmek için Osmanlı hükümetine kredi başvurusunda bulunmuştur. Ancak Osmanlı hükümetinin kredi vermeyi kabul etmesine rağmen, Girit makamları, kredinin şirket tarafından kullanılabilmesinin koşullarını değiştirmiş ve söz konusu koşulları yerine getiremeyen şirket ciddi bir maddi zarara uğramıştır. Fransız şirket, Girit'in Osmanlı İmparatorluğu'ndan Yunanistan'a intikal etmesinin ardından deniz fenerlerinin inşası amacıyla yaptığı masrafların halef devlet Yunanistan tarafından karşılanmasını talep etmiştir. Pirim, 118.

<sup>41</sup> Pirim, 119.

<sup>42</sup> Pirim, 19, 48, 120.

Türkiye'nin sorumluluğunun, Yunanistan'ın tazminattan kurtulmak veya en azından tazminat miktarını azaltmak için başvurduğu gerekçelerden hareketle değerlendirilmesi eleştirilmiştir.<sup>43</sup>

Sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti olduğu görüşü, uluslararası hukuk doktrininin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilirken, özellikle iki tahkim kararından hareket edildiği görülmektedir. Oysa günümüzde dahi halefiyet sorunlarının öngörülebilir bir düzenlemeye kavuşamadığı ve hala halefiyetin karmaşıklığından bahseden bir uluslararası hukuk literatürü göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'nin neredeyse, yüz yıl önce Osmanlı İmparatorluğu'nun devamı olduğunun mutlak bir gerçek olarak takdim edilmesi<sup>44</sup>, halefiyet tartışmaları açısından eksik bırakılan noktaların ele alınması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

Bu aşamada Lozan Antlaşması, gerek söz konusu hakem kararlarında da değinilmesi, gerek Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne geçiş sürecinin uluslararası hukuk açısından en önemli dayanağı olması nedeniyle, halefiyet/devamlılık tartışmaları açısından büyük önem arz etmektedir. Antlaşma incelenirken, söz konusu hakem kararlarında atıf yapılan maddelerin yanında, atıfta bulunulmayan, ancak konuyla doğrudan ilişkili olması nedeniyle göz önünde bulundurulması gereken maddeler de dahil edilmiştir.

### III. LOZAN ANTLAŞMASI İŞİĞİNDE HALEFİYET&DEVAMLILIK TARTIŞMALARI

Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olduğu yönünde açık bir hüküm içermeyen Lozan Antlaşması'nda, "Osmanlı İmparatorluğu" ve "Türkiye" adlandırmalarının sıklıkla eş anlamlı olarak kullanıldığı ileri sürülmüş ve bu durum, doktrinde Antlaşma'nın devamlılık tezini zımnen benimsemesi olarak yorumlanmıştır.<sup>45</sup>

Bu doğrultuda, Türkiye ve Antlaşma'nın tarafları arasında barışın "yeniden" tesis edileceğini belirten 1. madde, "Türkiye'nin" bazı adalar üzerindeki hak ve senetlerinden İtalya lehine "vazgeçtiğini" hükme bağlayan 15. madde, "Türkiye'den ayrılan" topraklarda yerleşmiş Türk vatandaşlarının

<sup>43</sup> Akçay, 181-183.

<sup>44</sup> Pirim, 48; Öktem, 575 vd.; Akçay, 187.

<sup>45</sup> Pirim, 44 vd.

bu toprakların intikal ettiği devletin vatandaşı olacaklarını düzenleyen 30.madde ve ekonomik ve teknik nitelikteki bazı çok taraflı antlaşmaların taraflar arasında “yeniden” yürürlüğe gireceğini belirten 99. madde, bu hükümlerden yalnızca birkaçıdır.<sup>46</sup>

Çalışma kapsamında Lozan Antlaşması'nın konuyla ilgili maddeleri sırasıyla incelenirken, uluslararası antlaşmalar, uluslararası örgütlere üyelikler, vatandaşlık, arşivler, devlet malları, devlet borçları ve imtiyazlar gibi halefiyet çerçevesinde sonuç doğurabilecek konuların her birinin Antlaşma'da düzenlenmiş olduğu görülmüştür.

#### **A. Ülke Hakkındaki Hükümler (md. 15, 16, 17, 18, 20)**

Osmanlı devlet borcuna ilişkin tahkim kararında Hakem Borel, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nden farklı bir kişiliği bulunmadığı, yeni bir devlet olarak kabul edilemeyeceği yolundaki görüşünü esas itibarıyla Lozan Antlaşması'nın 15., 16., 17., 18., 20. maddelerine dayandırmış; ancak bu maddelerin seçilme gerekçesi, kararda açıklanmamıştır.<sup>47</sup>

Söz konusu hükümler, Lozan Antlaşması'nın “Siyasi Hükümler” başlıklı Birinci Kısımın Birinci Faslında, “Ülkeye İlişkin Hükümler” alt başlığında bulunmaktadır.

15. maddede, Türkiye'nin İtalya'nın işgalinde bulunan 12 Ada (14 ada ve birkaç adacık) ile Meis adası üzerindeki haklarından İtalya lehine feragat etmesi; 16. maddede, Türkiye'nin Lozan Antlaşması'nda belirtilen sınırlar dışındaki toprak ve adalar üzerindeki bütün haklarından ve sıfatlarından vazgeçmesi; 17. maddede, Türkiye'nin Sudan ve Mısır açısından bütün haklarından ve sıfatlarından 5 Kasım 1914 tarihinden itibaren feragat etmesi, 18. maddede Türkiye'nin Mısır'la bağlantılı borcunun bir kısmından ibra edilmesi, 20. maddede ise Kıbrıs'ın 5 Kasım 1914'de İngiltere'ye ilhakının Türkiye tarafından tanınacağı kabul edilmiştir.<sup>48</sup>

Türkiye'nin, söz konusu maddelerin Antlaşma metnine konulmasını kabul etmesi, Osmanlı Devleti'nin kişiliğini devam ettirdiği yorumunu doğuracak nitelikte değildir. Aksine Türkiye'nin yeni bir devlet olduğu görüşünün gerekçelerini oluşturmaktadır. Şöyle ki, Türkiye, bu hükümleri

---

<sup>46</sup> Zamuner, 224; Dumberry, 257; Pirim, 44.

<sup>47</sup> Akçay, 172, 173.

<sup>48</sup> Akçay, 173.

kabul etmekle, İmparatorluk ülkesinin birer parçası olan bu bölgeler üzerinde hiçbir hakkı olmadığını beyan etmiş; bir başka deyişle, önceden yapılmış sınır değişiklikleri, bir nevi tescil edilmiştir. Böylece gelecekte yaşanacak, olası herhangi bir anlaşmazlık ya da menfaat çatışması engellenmiştir.<sup>49</sup> Bu ihtimal, kurucu kadronun yeni Türk devletini belirsiz bir maceraya atmasından daha çok, Avrupa devletlerinin Türkiye'nin karşısına çıkaracağı öngörülemez talepler açısından da önem taşımaktadır. Dolayısıyla söz konusu maddeler çerçevesinde ülke unsurunda gerçekleşen değişikliklerin devamlılıkla ilişkilendirilmesi, zoraki ve dolaylı bir bağlantı kurma çabasıdır.

### **B. Kapitülasyonların Kaldırılması (md. 28)**

Lozan Antlaşması'nın "Siyasi Hükümler" başlıklı Birinci Kısımının Birinci Faslında "Özel Hükümler" alt başlığında 28. madde, kapitülasyonlar konusuna ilişkindir.

Buna göre, Lozan Antlaşması'nın taraflarından her biri, Türkiye'de kapitülasyonların her açıdan tamamen ilga olduğu hususunu kendi açısından kabul ettiğini beyan etmiştir.

Söz konusu hüküm, tek başına dahi, yeni kurulan Türk devletinin uluslararası hukuk açısından Osmanlı Devleti'nde uygulanan kapitülasyonlarla bağlı olmayan yeni bir devlet olduğunu göstermektedir. Yüzyıllar boyunca Osmanlı Devleti'nin gelişmesini engelleyen kapitülasyonların kayıtsız şartsız olarak tamamen sona erdirilmesi<sup>50</sup>, kuruluş sürecinde yeni bir devletin uluslararası ilişkilerini gerek hukuki, gerek ekonomik olarak şekillendirirken, bağımsızlık esasından hareket ettiğini; aksinin iddia edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte süreklilik gösterecek hiçbir uygulamayı kabul etmediğini göstermektedir.

Bu doğrultuda, Türk tarafının da Konferansın başından itibaren ileri sürdüğü gibi, kapitülasyonların ilgasının 1914 yılından itibaren geçerli kabul edildiği, maddeden zımnen de olsa anlaşılmaktadır. Müttefikler tarafından teklif edilen proje metinleri ile imzalanan antlaşma metni karşılaştırıldığında, Müttefiklerin Türk tezine katılmış oldukları sonucu çıkmaktadır. Bu husus, yalnızca bir tarih tespiti meselesi olmayıp, söz konusu kabule birtakım hukukî sonuçlar bağlanması açısından önemlidir. Örneğin 1914'ten itibaren Osmanlı Devleti'nce alınan vergiler geri verilmeyecek; ayrıca tahakkuk etmiş, fakat

<sup>49</sup> Doğan, 88; Akçay, 173.

<sup>50</sup> Doğan, 86.

tahsil edilmemiş olanlar da istenmeyecektir. Türk mahkemelerinin verdiği hükümler de, geçerli kabul edilmiştir. Aynı doğrultuda Avrupalı hukukçuların Lozan'dan sonra yayınladıkları çeşitli makalelerde, kapitülasyonların 1914'ten itibaren ilga olduğunun Müttefiklerce de zımnen kabul edildiği belirtilmiştir.<sup>51</sup>

### C. Vatandaşlık Bakımından (md. 30-36)

Devletlerin birbirine halef olmaları ya da aralarında arazinin el değiştirmesine yol açan sınır değişiklikleri yapılması hallerinde, ortaya çıkan yeni durumdan etkilenecek topraklar üzerinde yaşayan ya da o topraklarla ilgisi bulunan insanların vatandaşlıklarının da düzenlenmesi gerekmektedir. Çeşitli uluslararası sözleşmelerde genel olarak “vatandaşlık hakkı” tanınmakla ve vatansızlığın önlenmesine yönelik hükümler getirilmekle beraber; halefiyetin vatandaşlık üzerindeki etkisi hakkında yürütülen kodifikasyon çalışmaları henüz sonuçlanmamıştır.<sup>52</sup>

Uluslararası hukukta tartışmasız olarak kabul edilen kurallardan biri, halefiyet durumlarında önceki devlet vatandaşlarının, ilke olarak sonraki devlet vatandaşlığına doğrudan geçmeleridir. Bir başka deyişle, belli bir arazi üzerindeki egemenliğin değişmesi durumunda genellikle benimsenen uygulama, değişiklikten etkilenen insanların vatandaşlıklarının, arazi üzerinde egemenlik kuran yeni devletin kanunlarıyla belirlenmesidir. Bu noktada, çoğu zaman söz konusu durumdaki insanların o devletin vatandaşı olması sonucu doğmakta ve bu husus, “nüfusun egemenliği izlemesi” olarak adlandırılmaktadır.<sup>53</sup>

Osmanlı Devleti'nin yıkılışı ile yeni Türk devletinin kuruluş sürecinde de bu konuda çeşitli sorunlar ortaya çıkmış; söz konusu genel kuralı doğrudan uygulayan halefiyet örneklerinden birini de Lozan Antlaşması oluşturmuştur.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> 138. madde ile Türkiye’de 1918’den beri işgal eden devletlerin hâkimleri ve mahkemeleri ile Karma Adli Encümen tarafından verilen hükümler, geçerli kabul edilmiştir.

<sup>52</sup> Rona Aybay, “Devletlerin Ardılığı ya da Arazi Değişimi Nedenleriyle Ortaya Çıkan Uyrukluk Sorunları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Vecdi Aral’a Armağan, (2001), 26; Sur, 158, 159.

<sup>53</sup> Pazarıcı, 52; Aybay, 27.

<sup>54</sup> Pazarıcı, 52; Aybay, 29.

Buna göre, Lozan Antlaşması'nın "Siyasi Hükümler" başlıklı Birinci Kısımının "Vatandaşlık" başlıklı İkinci Faslında 30. madde, Türkiye'den ayrılan topraklarda yerleşmiş Türk tebaasının, yerel yasaların öngördüğü şartlarla, söz konusu toprakların bırakıldığı devlet vatandaşı olacaklarını düzenlemiştir.

Bazı özel durumlarda vatandaşlığı seçme hakkı ve zorunlu ahali değişiminin öngörülmesi mümkündür. Nitekim bu iki hususa, Lozan Antlaşması'nda da rastlanmaktadır.<sup>55</sup>

Vatandaşlığı seçme hakkı, 31. maddede düzenlenmiş; 30. madde hükümleri uyarınca Türk vatandaşlığını yitiren ve kendiliğinden yeni bir vatandaşlık kazanan 18 yaşını geçmiş kişiler, Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, iki yıllık süre içinde Türk vatandaşlığı seçme hakkına sahip olmuşlardır.

34. maddede de benzer şekilde bir seçme hakkı düzenlenmiş; Lozan Antlaşması'yla Türkiye'den ayrılan bir yerin yerli halkından 18 yaşını geçmiş olan ve Antlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihte yabancı ülkelerde yerleşik Türk vatandaşları<sup>56</sup>, soyları bakımından bu topraklar halkının çoğunluğuna ilintili olmaları ve o toprakları yöneten hükümetin de izin vermesi koşuluyla, asıl halkından buldukları topraklarda yürürlükte olan vatandaşlığı seçme hakkına sahiptirler.

Sonuç olarak, Antlaşma'nın 30.-36. maddeleri arasında düzenlenen vatandaşlık konusunda, yeni kurulan Türk devletine ait sınırlar içinde kalan önceki devlet vatandaşlarının statüsü ele alınmayıp, vatandaşlık konusu düzenlenmemiş; bu durum, devamlılık tezinin dayanaklarından birini oluşturmuştur. Bu çerçevede nüfusun sayı ve yapı olarak değişikliğe uğramış olmasının, devamlılık açısından bir önemi olmadığı vurgulanmıştır.

---

<sup>55</sup> Sur, 159.

<sup>56</sup> Bu hüküm, Türkiye'den ayrılan ülkeleri yöneten hükümetler ile Yahudilerinin yerleşmiş buldukları ülkelerin hükümetler arasında yapılmasına gerek görülebilecek anlaşmalar saklı tutulmak üzere geçerli kılınmıştır. Ayrıca söz konusu seçme hakkı, Antlaşma'nın yürürlüğe girişinden itibaren iki yıllık süre içinde kullanılmalıdır.

#### D. Devlet Borçları (md. 46-57)

Devlet borçları kavramı, devletlerin halefiyeti konusunda, önceki devletin diğer devletlere, uluslararası örgütlere ve başka uluslararası hukuk kişilerine olan borçlarını ifade etmektedir.<sup>57</sup>

Bir devletin ülkesinden ayrılan toprak parçasında yeni bir devlet kurulmuşsa, ana devletin bu ülke parçasıyla doğrudan ilgili borçlarının yeni devlete geçmesi gerekmektedir. Ancak devlet borçlarından bir bölümünün de, yeni devlete geçmesi konusunda açık ve kesin kurallar görülmektedir. Nitekim Lozan Antlaşması'nın 17. maddesinde Türkiye, Mısır üzerinde bütün haklarından vazgeçerken, 18. maddesinde Mısır'ın Osmanlı devlet borçlarından bir pay almayacağı belirtilmiştir.<sup>58</sup>

Diğer taraftan, uluslararası uygulamada kendine ülke parçası katan devletin, bu ülke parçasını bırakmış devletin bir bölüm borçlarını üstlendiği de görülmektedir. Uygulamadan örnekler arasında Lozan Antlaşması'nın 46. maddesi de vardır. Buna göre, 1912-1913 Balkan Savaşlarından sonra Osmanlı İmparatorluğu'ndan ülke edinmiş devletler ve Asya'da Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılmış topraklarda yeni kurulmuş devletler, Osmanlı İmparatorluğu'nun devlet borçlarının bir bölümünü üstlenmişlerdir.<sup>59</sup>

Görüldüğü üzere, Osmanlı devlet borçlarına ilişkin olan Lozan Antlaşması hükümleri incelendiği zaman, farklı örnekler bulmak mümkün olmaktadır.<sup>60</sup>

Borcun bölüşülmesinde benimsenecek ölçütler arasında, bırakılan ülke parçasının, bırakan devletin genel ülkesine oranı ya da ayrılan nüfusun bırakan devletin genel oranı yazarlarca öne sürülmüşse de; uygulamada pek gerçekleştirilememiştir. Öte yandan, ayrılan toprak parçasının genişliği ya da nüfus, bir devletin gerçek ekonomik gücünü göstermeye yeterli olmayabilir. Bu yüzden borçların bölüşülmesinde, bırakılan ülke parçasının malî gücü, başka bir deyimle, devlet hazinesine sağladığı gelir ilkesi, en iyi ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle XX. yüzyıl uluslararası hukuk uygulamasında daha çok bu ölçüt kabul edilmiştir.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Yücel Acer-İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 390.

<sup>58</sup> Meray, 175.

<sup>59</sup> Meray, 175, 176.

<sup>60</sup> Pazarıcı, 43.

<sup>61</sup> Meray, 177.

Lozan Antlaşması'nın 51. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında Osmanlı devlet borcunun bölüşülmesinde esas itibarıyla vergi ilkesi kabul edilmiştir.<sup>62</sup>

Her ne kadar Osmanlı Devleti'nin borçlarının Türkiye ve halef devletler arasında paylaşılması kabul edilmişse de; Lozan Antlaşması'nın lafzı ve ruhu ile İtilaf Devletlerinin temsilcilerinin Antlaşma'nın akdedilmesi sırasında yaptıkları beyanlar nedeniyle, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti kabul edildiği literatürde ileri sürülmüştür.<sup>63</sup>

Oysa 46. maddede Türkiye ile diğer devletler arasında halefiyet/devamlılık açısından herhangi bir ayırım yapılmamış; devamındaki maddelerde de, Türkiye'nin farklı konumlandırılması ve buna bağlı olarak borcunun değişik şekilde hesaplanması gerektiği yolunda herhangi bir fark ya da açıklamaya rastlanmamıştır. Dolayısıyla Antlaşma'da açık hüküm olduğu halde, Osmanlı Devlet Borcu Kararında hakemin yorum yoluyla ilgili devletleri sınıflandırması, uluslararası hukukun antlaşmaların yorumuna ilişkin kurallarıyla bağdaşmamaktadır.<sup>64</sup>

Diğer taraftan, 46. maddenin 1.fıkrasının son cümlesinde<sup>65</sup>, sorumluluk zincirinin Türkiye bakımından kesintiye uğramış olduğunun belirtilmesi<sup>66</sup>, devamlılık iddialarına karşı büyük önem arz eden bir açıklamadır.

Bu konuyla ilgili son olarak, Lozan Antlaşması'nın bu konuda dikkate alınmamış maddelerinin de bulunduğu dile getirilmelidir.

Bunlardan biri, Antlaşma'nın 55. maddesidir. Bu maddenin başında "*Aralarında Türkiye de bulunmak üzere, 46. maddede belirtilen devletler*" ifadesi yer almakta, 46. maddede, Türkiye'nin esasen zikredilmiş olduğu ise göz ardı edilmektedir. Dolayısıyla 55. maddede, Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılması sonucunda halefiyeti tartışmasız "toprak katılmış devletler" ile birlikte Türkiye'nin yeniden sayılmış olmasının halefiyet tartışması açısından değerlendirilmesi gerekirken, Hakem Borel'in kararında bu noktaya değinilmemiştir.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Meray, 177.

<sup>63</sup> Pirim, 44.

<sup>64</sup> Akçay, 175.

<sup>65</sup> "Türkiye, 53. maddede belirtilen tarihlerden başlayarak öteki devletlere yükletilmiş katılma paylarından sorumlu tutulmayacaktır".

<sup>66</sup> Akçay, 175.

<sup>67</sup> Akçay, 175.

Görüldüğü üzere, Lozan Antlaşması'nın konuyla ilgili açık hükümlerine rağmen, gerek 1925 tarihli tahkim kararında, gerek literatürde yapılan yorumlarla, birbirinden farklı noktalara ağırlık verilerek, halefîyet/devamlılık tartışmaları yürütülmüştür.

### **E. Devlet Malları (md. 58, 60)**

Devlet malları teriminden ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla beraber, genel eğilim, devlet mallarını, yetkilerin el değiştirmesi sırasında önceki devletin iç hukukuna göre bu devlete ait olduğu saptanan mallar olarak tanımlamak yönündedir.<sup>68</sup>

Halef devlete önceki devletin tüm malvarlığının geçmesi, ana ilke olarak benimsenmiş; bu konudaki uluslararası uygulama, özellikle XIX. yüzyıldan itibaren devletin taşınmaz mallarının yeni ya da katılınan devletlerin egemenliğine geçmesi yönünde olmuştur.<sup>69</sup>

Taşınmaz mallar, hangi devletin ülkesinde bulunuyorsa o devlete hiçbir karşılık ödenmeden geçecek; taşınır mallar bakımından ise bir ayırım yapılarak, ülke yönetimine doğrudan bağlı olanlar yeni devlete ait kabul edilecektir. Uygulamada özellikle askeri araç-gereç, silah, gemi ve uçaklar için farklı çözümlere gidilmektedir.<sup>70</sup>

Osmanlı Devleti'nin mallarının diğer devletlere devrinde, taşınır ve taşınmaz mal ayırımı yapılmadan Lozan Barış Antlaşması'nda bazı düzenlemeler yapılmıştır.<sup>71</sup>

Lozan Antlaşması'nın 60. maddesinin 1. fıkrasında da, devletin taşınmaz malları konusunda genel kural doğrulanmıştır<sup>72</sup>: “*Gerek Balkan Savaşları sonucu, gerek işbu Andlaşma ile kendilerine Osmanlı İmparatorluğu'ndan bir toprak parçası ayrılmış veya ayrılan devletler, Osmanlı İmparatorluğu'nun bu toprak parçasında bulunan her türlü taşınır ve taşınmaz mallarını, herhangi bir karşılık ödemeksizin, edinmiş olacaklardır*”.

---

<sup>68</sup> Pazarcı, 37.

<sup>69</sup> Meray, 174; Sur, 155.

<sup>70</sup> Sur, 155.

<sup>71</sup> Pazarcı, 39; Acer-Kaya, 390.

<sup>72</sup> Meray, 174.

Bu çerçevede Osmanlı Devleti ülkesinden mevcut başka devletlere geçen ülke parçaları üzerindeki malların da, devralan ülkeye geçtiği hükme bağlanmıştır.<sup>73</sup>

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da, 58. maddede düzenlenmiştir.

Lozan Antlaşması'nın 58. maddesi, tazminatı ortadan kaldırırken, devletlerin karşılıklı ibrasını düzenlemiştir.<sup>74</sup>

Türkiye, savaş döneminde İtilaf Devletleri'nce el konulan 5 milyon altın liranın kendisine verilmesini istemişse de; Müttefikler bu talebi reddetmişlerdir. Lozan Antlaşması ile Türkiye, bu kapsamdaki her türlü haktan vazgeçmeyi kabul etmiştir. Benzer şekilde, Türkiye, Birinci Dünya Savaşı'ndan önce İngiltere'den sipariş edilen ve bedelleri ödendiği halde el konularak kendisine verilmeyen Sultan Osman ve Reşadiye adlı savaş gemilerinin bedeli olarak 5 milyon İngiliz lirası talep etmiş; ancak İngiltere, kabul etmemiştir. Lozan Antlaşması ile Türkiye, 1914 yılında İngiltere'nin el koyduğu savaş gemileri için ödenmiş olan parayı İngiltere'den ya da İngiliz uyruklu kişilerden istememeyi kabul etmiştir.<sup>75</sup>

Özellikle bu maddeler çerçevesinde, Lozan Antlaşması'nda Birinci Dünya Savaşı'nın başladığı yıl olan 1914 ile Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe gireceği zamana kadar olan süreç içinde -1923 yılına kadar- resmen var olmamasına rağmen, devlet olarak Türkiye'den bahsedilmesi noktasına literatürde devamlılık açısından dikkat çekilmiştir. Ayrıca, Sözleşmeciler Devletlerin, Osmanlı Devleti'nin uğradığı zararlar için Türkiye'ye karşı herhangi bir talepte bulunmaktan vazgeçmelerinin de, iki varlığın hukukî açıdan özdeş kabul edildiğini gösterdiği belirtilmiştir. Benzer şekilde, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nde ortaya çıkan zararlar için diğer devletlerden herhangi bir talepte bulunmaktan vazgeçmesi de, aynı yönde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla Türkiye yeni bir devlet olarak kabul edilmiş olsaydı, söz konusu hüküm, Antlaşma'da yer bulmayacak türden bir hüküm olarak nitelendirilmiştir.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Acer-Kaya, 390.

<sup>74</sup> Detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Lozan'ın Ardından Başlayan Bir Hukuki Mücadele: Karma Hakem Mahkemeleri", *Avrasya İncelemeleri Dergisi*, C: 8, S: 2, (2019), 309-339.

<sup>75</sup> Ali Rıza Özdemir, "Lozan'da Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi (Lozan Antlaşması Özel Sayısı)*, S: 53, 2013, 170, 171.

<sup>76</sup> Dumberry, 257, 258.

## F. Devlet Görevlileri (md. 61)

Halefiyet hukukunda kural olarak sonraki devlet, önceki devlet görevlilerini kendine bağlayarak görevde tutmak yükümlülüğü altında değildir. Şüphesiz ki, sonraki devlet, isterse önceki devlet görevlilerini kendine bağlayarak görevde tutabilir; ancak bu yönde bir yükümlülüğü yoktur.<sup>77</sup>

Bununla beraber, XIX. yüzyılda ve XX. yüzyıl başlarında rastlanan bazı görüşler, bir devletin görevlileri ile hukuksal bağını sözleşme biçiminde değerlendirerek, sonraki devletin de buna uymasını savunmuştur. Ancak bu görüş artık terkedilmiş; sonraki devletin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğu ve önceki devletin görevlilerini, kendi iradesine bağlı olarak, görevde tutup tutmamakta özgür kalacağı kabul edilmiştir.<sup>78</sup>

Toprak parçasında eski memurlar bakımından yeni kurulan devlet kendisini özgür sayabilecektir. Bu konuda görevliler, bir kazanılmış hak öne süremezler. Genel olarak toprak bırakımı ve katma antlaşmalarında kamu görevlilerinden yana birtakım hükümler konulduğu görülmektedir. Bu hükümlerle, görevlilerden bazıları görevlerinde tutulmakta, görevden çıkartılanlara tazminat verilmesi öngörülmektedir.<sup>79</sup>

Diğer taraftan, sonraki devletin önceki devlet görevlilerinin görevine son vermesi durumunda ona herhangi bir emeklilik aylığı ya da tazminat ödemesi gerekip gerekmediği hususunda da çeşitli çözümler öngörülmüştür.<sup>80</sup> Bu çözümlerden birine, Lozan Antlaşması'nda da rastlanmaktadır.

Buna göre, Lozan Antlaşması gereğince Türkiye'den başka bir Devletin vatandaşlığına geçmiş olup, sivil ve askerî emeklilik ve açıkta tutulma, yetim ve dul maaşlarından yararlananlar, maaşları nedeniyle Türkiye Hükümetine karşı hiçbir talepte bulunamayacaklardır (md. 61).

Görüldüğü üzere, yalnızca sonraki devletin vatandaşlığını seçen ve o ülkede yaşamını sürdüren eski devlet görevlileri için sonraki devletin bu ödemeleri yapması yolu benimsenmiştir.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Acer-Kaya, 393.

<sup>78</sup> Pazarıcı, 50.

<sup>79</sup> Meray, 180.

<sup>80</sup> Detaylı bilgi için bkz. Pazarıcı, 50, 51.

<sup>81</sup> Pazarıcı, 51.

### G. Uluslararası Antlaşmalar ve Uluslararası Örgütlere Üyelik (md. 99)

Antlaşmalara halefiyet konusundaki asıl sorun, halefiyet şekillerinden ayrılma yoluyla yeni devletlerin doğması durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim ne doktrinde, ne de devletlerin uygulamalarında, bu konuda oluşturulmuş açık ve kesin kurallar görülmemektedir.<sup>82</sup>

Millî Mücadele'den zaferle çıkmış ve barış görüşmelerine Türk milletinin tek temsilcisi olarak katılmış olan T.B.M.M.Hükümeti'nin önünde çözüm bekleyen sorunlardan birisi de, ülkesi üzerinde kurulduğu Osmanlı Devleti'nin taraf olduğu antlaşmalardan hangileri ile bağlı olacağının belirlenmesidir. Nitekim bu mesele, Lozan Barış Görüşmelerinde de detaylı şekilde ele alınmış<sup>83</sup>; Antlaşma metninde 99. madde olarak düzenlenmiştir.

99. madde, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olması fikrinin en önemli hukuksal dayanağı olan Osmanlı devlet borcuna ilişkin tahkim kararında Hakem Borel'in dayandığı Lozan Antlaşması hükümlerinden biri olmuştur. Söz konusu maddede sayılan çeşitli ekonomik ya da teknik nitelikteki çok taraflı anlaşmalar, sözleşmeler, ve protokoller, Türkiye ile diğer taraf Devletlerden, bunlara taraf olanlar arasında yeniden yürürlüğe girecektir.

Bu doğrultuda, Osmanlı Devleti'nin taraf olduğu antlaşmalar arasında bir ayrıma gidilmiş; ikili antlaşmalar ile çok taraflı antlaşmalardan 99. maddede belirtilmeyenlerin yeni kurulan Türk devletini bağlamayacağı ortaya çıkmıştır.<sup>84</sup>

Tahkim kararına göre, söz konusu madde, ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olması durumunda anlam kazanmakta; aksi takdirde, içeriği anlamsızlaşmaktadır. Bu doğrultuda Hakem Borel'e göre, 99. maddenin varlık sebebi, Lozan'daki Türk Heyeti'nin ifade ettiği sebep olmayıp; hükümlerini ancak düşmanlık döneminde doğuran antlaşmalar dışında, savaşın, savaşan taraflar arasındaki bütün anlaşmaları sona erdirdiği anlayıştır.<sup>85</sup>

Oysa bu anlayış, uluslararası hukuk uygulamasında yeknesak bir kural olmayıp; savaşın çok taraflı antlaşmaları savaşa taraf olanlar arasında askıya

---

<sup>82</sup> Pazarcı, 28.

<sup>83</sup> Acer-Kaya, 387.

<sup>84</sup> Pazarcı, 29; Sur, 155.

<sup>85</sup> Doğan, 88; Akçay, 173.

alacağı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, uluslararası çok taraflı antlaşmaların savaş sebebiyle sona ermeyeceği, gerek uygulama, gerek doktrin tarafından benimsenmiştir. Dolayısıyla Borel'in herhangi bir ayırım yapmadan veya istisna belirtmeksizin, 99. maddenin savaşın taraflar arasındaki bütün antlaşmaları sona erdirdiği kanısıyla konulduğunu ileri sürmesi, literatürde de isabetsiz bulunmuştur.<sup>86</sup>

Diğer taraftan, Hakem Borel'in Türkiye'yi Osmanlı Devleti'nin antlaşmalarıyla bağlı kabul etmesi, bir çelişki yaratmaktadır.

Şöyle ki, aslında Türkiye'nin yeni bir devlet olarak Osmanlı Devleti'nin antlaşmalarından doğan hak ve borçlarla bağlı olmadığı yolundaki görüşün en güçlü gerekçelerinden birisini bu hüküm oluşturmaktadır. Zira Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı kabul edilmesi halinde, söz konusu antlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesi değil; antlaşmalardan doğan hak ve borçların Türkiye'yi bağlamaya devam etmesi gerekmektedir. Devletin uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve borçlarının etkilenmemesi, ancak hükümet değişikliği veya siyasi iktidarın icra şeklinin değişmesi halinde kabul edilen yerleşik bir kuraldır.<sup>87</sup> Dolayısıyla söz konusu maddenin tam anlamı, aslında Türkiye'nin halef devlet konumunda olmasına bağlı olarak ortaya çıkmakta; savaş nedeniyle askıya alınmış olan tüm antlaşmalar, yeniden işlerlik kazanmaktadır.<sup>88</sup>

Öte yandan, Lozan Antlaşması'nın 100. maddesi de, Osmanlı Devleti'nin imzaladığı, ancak henüz onaylamadığı bazı antlaşma ve sözleşmeleri düzenlemiştir. Türkiye'nin söz konusu düzenlemeleri onaylamayı veya taraf olmayı yükümlendiğini gösteren<sup>89</sup> bu maddeye de, Hakem Borel kararında değinmemiştir. Ancak Türkiye'nin hangi antlaşmaları yeniden uygulayacağı ve ileride hangi antlaşmaları onaylayacağı konusundaki iradesini açıkça beyan etmiş olduğu görülmektedir. Türkiye'nin devam eden devlet konumunda olduğu kabul edildiği takdirde, bu tür bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmayacağı açıktır.<sup>90</sup>

Sonuç olarak, uluslararası antlaşmalar ve örgütler açısından bir devletten yeniden üyelik başvurusunda bulunmasının beklenmesi, aslında o devletin halef devlet olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir. Bir devletin

---

<sup>86</sup> Doğan, 90.

<sup>87</sup> Doğan, 87.

<sup>88</sup> Akçay, 174.

<sup>89</sup> Acer-Kaya, 387.

<sup>90</sup> Akçay, 174.

üyeliğinin devam ettiğinin tespiti veya yeniden başvuruda bulunmasının beklenmemesi ise o devletin hukuki kişiliğinin devam ettiği veya devam eden devlet olarak kabul edildiğinin göstergesidir. Zira varlığını devam ettiren bir devletin hak ve yükümlülükleri de devam edeceğinden, yeniden üyelik başvurusunda bulunması istenemez.<sup>91</sup> Oysa Türkiye örneğinde, Cumhuriyet döneminde Lozan Antlaşması'nın 99. maddesinde sayılan uluslararası anlaşma, sözleşme ve uluslararası örgüt üyeliklerine farklı tarihlerde yeniden yürürlüğe giriş ve/veya yeniden üyelik işlemleri gerçekleştirilmiştir.

### **H. İmtiyazlar (Ek-XII numaralı Protokol, md. 9)**

Bir devletin başka bir devlete ülke parçası bırakması, başka bir devletle birleşmesi ya da parçalanarak yeni devletler kurulması durumlarında, söz konusu ülke parçalarında daha önce özel kişilere tanınmış olan hak ya da imtiyazların geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>92</sup>

Lozan Antlaşması'nın XII. eki olan "Osmanlı İmparatorluğu'nda Birtakım İmtiyazlara İlişkin Protokol ve Bildiri"nin 1. maddesine göre, Osmanlı Hükümeti veya herhangi bir yerel idare makamı tarafından Türkiye dışındaki Âkit Devletlerden birinin vatandaşları (şirketler de dâhil olmak üzere) arasında 29 Ekim 1914 tarihinden önce usulüne uygun olarak yapılmış imtiyaz sözleşmeleri ile bunlara ilişkin sonradan yapılmış anlaşmalar, geçerli sayılmıştır. Ancak söz konusu sözleşmelerin yeni ekonomik koşullara uyarlanması da kabul edilmiştir (md. 3).

Bununla birlikte, Antlaşma'nın imzalandığı tarihte henüz uygulanmasına başlanmamış imtiyaz sözleşmeleri açısından söz konusu hüküm geçerli olmayacaksa da; Barış Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden itibaren altı aylık bir süre içinde imtiyaz sahibinin istemesi üzerine sözleşme sona erdirilebilecektir. Bu durumda, imtiyaz sahibinin inceleme çalışmalarının karşılığı olarak, gerekirse hakkaniyete uygun bir tazminat ödenebilecektir (md. 6).

Görüldüğü üzere, söz konusu Protokol, Osmanlı Devleti zamanında akdedilmiş imtiyaz sözleşmelerinin statüsünü herhangi bir devamlılık teorisinin uygulanmasına olanak tanımaksızın ve değişik halefiyet statülerinin özelliklerini de göz önünde bulundurarak, ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Kışla, 17.

<sup>92</sup> Meray, 178.

<sup>93</sup> Akçay, 183.

Diğer taraftan, söz konusu ülke parçasında yeni kurulan hükümetin verilmiş olan imtiyazları sona erdirmek istemesi halinde, haksız fiil veya müsadere niteliği arz etmemesi açısından adil bir tazminat ödemesi gerekecektir.<sup>94</sup> Nitekim Ek Protokol'de geçerli sayılması kabul edilen 29 Ekim 1914 tarihinden önce yapılmış imtiyaz sözleşmelerinden yararlananlar ile Osmanlı hükümeti arasında 30 Ekim 1918 ve 1 Kasım 1922 tarihleri arasında yapılmış anlaşmalar, Türk Hükümeti tarafından onaylanıncaya kadar yürürlükte kalacaklardır. Ancak Türk hükümeti tarafından onaylanmazsa, imtiyaz sahiplerine, gerekirse, maddi zararları açısından tazminat ödenebilecektir (md. 7).

Birçok antlaşmada olduğu gibi, Lozan Antlaşması'nda da kazanılmış haklara saygı gösterileceği açıkça belirtilmiştir.<sup>95</sup> Bu doğrultuda İmtiyazlara İlişkin Ek Protokol'ün 9. maddesi, Barış Antlaşması uyarınca Türkiye'den ayrılan topraklarda halef devlet, 29 Ekim 1914'ten önce yapılmış imtiyaz sözleşmelerinden yararlanan öteki âkit Devlet vatandaşlarına (yabancı sermayeli şirketler dahil) karşı, Türkiye'nin hakları ve yükümlülükleri bakımından tümüyle Türkiye'nin yerine geçmiştir. Balkan Savaşları sonucu olarak Türkiye'den ayrılmış bulunan topraklarda, iş bu toprakların el değiştirme şartlarını belirten antlaşmanın yürürlüğe konulmasından önce yapılmış sözleşmeler konusunda da aynı işlem uygulanacaktır. Türkiye'nin yerine geçme, söz konusu toprak parçasının el değiştirmesi şartlarını belirten antlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden başlayarak geçerli olacaktır; ancak Lozan Antlaşması'yla Türkiye'den ayrılan topraklar, bu hükmün dışında kalacaktır, bu topraklar bakımından Türkiye'nin yerine geçme, 30 Ekim 1918 tarihinden başlayarak yürürlüğe girecektir.

Söz konusu Ek'teki düzenleme, imtiyazlar bakımından dönemin anlayışına uymaktadır. Halef devletler, Türkiye'den ayrılan topraklarda Osmanlı Devleti'nin 1914'ten önce yaptığı imtiyaz sözleşmeleriyle esas itibarıyla bağlı kabul edilmektedir.<sup>96</sup>

İmtiyazlar konusunda henüz Lozan Görüşmelerinin ikinci dönemi devam ederken, imtiyaz sahibi yabancı sermayeli şirketlerin temsilcilerinin Ankara'da yeni Türk devletinin yetkilileri ile görüşmeye başladıkları

---

<sup>94</sup> Meray, 178.

<sup>95</sup> Meray, 178.

<sup>96</sup> Sur, 160.

bilinmektedir.<sup>97</sup> Dolayısıyla Ek Protokol hükümleri henüz şekillendirilmeden önce, sermaye sahibi yatırımcılarla yeni kurulan bağımsız bir devlet olarak görüşmelere başlanmıştır. Söz konusu şirketlerin esas itibarıyla Osmanlı şirketi olmalarına da, bu noktada dikkat çekilmesi gerekirse, her ne kadar imtiyaz sözleşmelerinin geçerliliği kabul edilmişse de, yeni Türk devletinin şartları çerçevesinde görüşmeler sonucunda ülkede varlıklarını sürdürmüşlerdir.

### İ. Devlet Arşivleri (md. 139)

Arşivler özel nitelikleri olan devlet mallarıdır. Bunlardan birçoğunu kendi niteliği itibarıyla bölüşmek zor olsa da, bazıları kolaylıkla çoğaltılabilir ve kopya edilebilirler. Arşivler bir toplumun mirasının mühim bir parçası olup, belgeler, para, fotoğraf ve filmleri ihtiva edebilirler.<sup>98</sup>

Devlet arşivleri terimi ile, devletin iç hukukuna göre, ona ait olan ve onun tarafından saklanan, devletin görevlerini yerine getirmesi sırasında verdiği veya kabul ettiği bütün belgeler kastedilmektedir. Bu tanım gereği devletin yürüttüğü hizmetler sırasında verdiği ya da aldığı belgeler, haritalar, planlar, kişilere ve gayrimenkullere ilişkin belgeler ile daha birçok konuya ilişkin belgeler bu kapsamda bulunmaktadır.<sup>99</sup>

Devlet arşivlerine halef olunması konusunda devletlerin uygulaması, bir kural oluşması bakımından ıskı tutucu nitelikte görünmemektedir. Uzun süre, özellikle ülke kazanılmasının fetih yoluyla hukuken olanaklı olduğu dönemlerde, galiplerin mağlup olan devletlerin arşivlerine de el koydukları ve barış antlaşmaları ile bunu böyle kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, devlet arşivlerinin el değiştiren ya da bağımsızlığını kazanan bir ülkedeki toplumun yaşamını ne kadar çok etkilediğinin anlaşılması ile, XVI.yüzyıldan itibaren özellikle idarî nitelikli arşivlerin sonraki devlete geçmesinin ilke olarak kabul edildiği izlenimi doğmaktadır.<sup>100</sup>

Genel olarak Avrupa devletleri arasında ülke devri ile ilgili antlaşmalar arşivlerin tasfiyesi açısından bir arşiv hükmü içermekteyken, benzer

<sup>97</sup> Lozan Barış Görüşmelerinde imtiyazlar konusunda detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Lozan Barış Görüşmelerinde İmtiyazlar Sorunu", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C: 28, S: 83, (2012), 101 vd.

<sup>98</sup> Malcolm N.Shaw, Uluslararası Hukuk, 8.Baskı, (Ankara: TÜBA Yayını, 2018), 718.

<sup>99</sup> Acer-Kaya, 391.

<sup>100</sup> Pazarıcı, 46.

hükümlere sömürgecilikten kurtulma durumlarında nadiren rastlanmaktadır.<sup>101</sup>

Kural olarak devletin ülkeyi olağan biçimde yönetebilmesi için gerekli arşivler ve söz konusu ülke parçasına ilişkin arşivler, sonraki devlete geçecektir.<sup>102</sup>

Lozan Barış Antlaşması'nın 139.maddesi, devlet arşivleri konusunda düzenlemeler getirmiştir.

Mülkî, adlî ya da malî idarelere ait ya da vakıflar yönetimine ilişkin olup, Türkiye'de bulunmakla birlikte, Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan bir toprağın Hükümetini özellikle ilgilendiren arşivler, sicil defterleri, planlar, senetler ve öteki belgeler ile, buna karşılık olarak, Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan bir toprak üzerinde bulunup Türk Hükümetini özellikle ilgilendiren arşivler, planlar, senetler ve öteki belgeler, karşılıklı olarak, birbirlerine geri verilecektir.

Söz konusu arşivler, sicil defterleri, planlar, senetler ve öteki belgeleri elinde bulunduran Hükümet, kendisini de bunlarla ilgili görüyorsa, ilgili öteki Hükümete, talep üzerine, onların fotokopilerini ya da onaylı örneklerini vermek karşılığında, asıllarını alıyabilecektir.

Gerek Türkiye'den, gerek ayrılan topraklardan alınıp götürülmüş olan arşivler, sicil defterleri, planlar, senetler ve öteki belgeler, özellikle alındıkları topraklara ilişkin ise, bunlar karşılıklı iade olunacaktır.

#### **IV. LOZAN ANTLAŞMASI'NDA DÜZENLENMEYEN HALEFİYET MESELELERİ**

Halefiyet/devamlılık tartışmaları açısından Lozan Antlaşması'nda yer verilmemiş; ancak literatürde incelenen farklı sonuçlar da bulunmaktadır.

Bir devletin ülkesinin tamamı ya da bir kısmı el değiştirdiğinde, kurallara bağlanması gereken bir başka mesele de, el değiştiren ülke parçası üzerinde geçerli olacak kanunların, yeni devletin mi yoksa eski devletin kanunları mı olacağına tespit edilmesidir. Burada kural, egemenliği sona eren devletin siyasal kurumları, anayasası, yasaları, yönetim ve yargı örgütü yerine, yeni kurulan devletinkilerin geçmesidir. Ülke üzerinde devlet egemenliğinin

---

<sup>101</sup> Shaw, 718.

<sup>102</sup> Sur, 157.

niteliği bunu gerektirmektedir. Ancak kişilerin birbirleriyle ya da Devlele olan ilişkilerini düzenleyen kanunlar konusunda, ülke parçasını kendisine katan ya da yeni kurulan devletin yetkili yasama organları yenilerini koymadıkça, ülke parçasını bırakmış ya da dağılmış olan Devletin kanunları yürürlükte sayılmaktadır.<sup>103</sup>

Bununla birlikte, sonraki devletin kendi özgür iradesiyle, geçici olarak, önceki devletin kanunlarını tamamen ya da kısmen yürürlükte bıraktığı gözlenmektedir. Özellikle bağımsızlığa yeni kavuşan devletler, kendi yeni yasama düzenlerine aykırı düşmeyen önceki devlet kanunlarının değiştirilmedikçe yürürlükte kalacağını öngörebilirler.<sup>104</sup> Lozan Antlaşması açısından bu yönde bir hüküm bulunmamakta ve yeni kurulan Türk devletinin de, bu yönde bir adım attığını gösteren açık bir uygulama yoktur. Bunun yanında, Cumhuriyet döneminde uzun yıllar uygulanan Osmanlı dönemine ait kanunların varlığı bilinmektedir.<sup>105</sup>

Yürütme ve idari yetkiler açısından ise genel kural, sonraki devletin yetkilerinin geçerli olmasıdır. Dolayısıyla gerek mevzuat, gerek idare açısından yeni devlet tek yetkili olmakla birlikte, aksinin öngörülmesi de mümkündür. Sonraki devletin bu konularda takdir yetkisi tamdır.<sup>106</sup>

Yargı yetkisi bakımından temel kural, önceki devletin yargı organlarının yetkilerini yeni devletin yargı organlarının devralmasıdır. Kişiler üzerinde yargı yetkisi de, ülke devri gerçekleşikten sonraki bütün olayları kapsayacaktır. Ancak önceki devletin yetkili olduğu dönemlerde ortaya çıkan ve yargı konusu olmuş olaylar, sonraki devletin yargı organlarıncı tamamlanacaktır. Ceza davalarını yürütme konusunda da, sonraki devlet

---

<sup>103</sup> Meray, 179, 180; Acer-Kaya, 392.

<sup>104</sup> Sonraki devletin kanunlarının ülke üzerinde geçerli olacağı temel ilkesinin kabulü konusunda doktrindeki tek tartışma, bir ülke parçasının el değiştirmesi durumunda, bu kanunların doğrudan mı, yoksa sonraki devletin bir iç hukuksal işlemiyle mi yürürlüğe konmasına ilişkindir. Bu konuda herhangi bir işleme gerek olmadığı ileri sürüldüğü gibi, sonraki devletin böyle bir işleminin gerekliliğini savunanlar da bulunmaktadır. Ayrıca kanunlar arasında bir ayırım yapılarak, kamu hukukuna ilişkin kanunların el değiştiren ülke parçası üzerinde doğrudan yürürlüğe gireceğini, özel hukuka ilişkin kanunların ise bir işlem gerektireceği de ileri sürülmüştür. Pazarıcı, 49, 50.

<sup>105</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017).

<sup>106</sup> Sur, 158; Acer-Kaya, 393.

takdir yetkisine sahiptir. Sonraki devletin ilgili savcılık makamı, isterse davayı devam ettirebilir.<sup>107</sup>

Görüldüğü üzere, devletin tüm yetkileri açısından sonraki devletin hakimiyeti esastır. Lozan Antlaşması örneğinde, bu yönde açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, imzalanmasıyla ortaya çıkan sonuç, zaten her türlü yetkinin bağımsız ve tam olarak Ankara'da kurulan yeni Hükümete ait olduğu şeklindedir.

Diğer bir konu ise, haksız fiillere ilişkindir. Uluslararası hukuk uyarınca devlete atfedilebilir olan ve devletin herhangi bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini teşkil eden icrai ve ihmali davranışlar uluslararası haksız fiil olarak tanımlanmaktadır.<sup>108</sup>

Bu çerçevede literatürde de, halefiyet anından önce selef devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı işlenen haksız fiillerin sorumluluğunun ve üçüncü bir devlet tarafından selef devlete karşı işlenen haksız fiillerden doğan tazminat talebinde bulunma hakkının akıbeti ele alınmakta; hukukî sorunu selef devletin işlediği veya maruz kaldığı haksız fiillerden doğan hak ve yükümlülüklerinin halef devlete intikal edip etmeyeceği oluşturmaktadır.<sup>109</sup>

Uluslararası uygulamada bir devletin ülkesinin bir parçasını ya da tümünü kendisine katan ya da bu ülkenin bir parçası üzerinde yeni kurulan bir devletin, ülkesini bırakan devletçe, katmadan önce işlenmiş haksız fiillerden sorumlu tutulmayacağı kabul edilmiştir.<sup>110</sup>

Toprak bırakan devlet, bu bırakıştan sonra varlığını korumaktaysa, kendi haksız fiillerinden, bunlar ülkesinin neresinde işlenmiş olursa olsun, yine kendisinin sorumlu olması gerekir. Haksız fiili işleyen ülke değil, o ülkede egemenliğini kullanan devletin organları ya da görevlileri olduğuna, ülkeyi bırakan devletin uluslararası kişiliği de değişmediğine göre, sorumlunun da değişmemesi gerekir. Bir devletin ülkesi tümüyle bir başka devlete geçse bile, aynı ilkenin uygulanması gerekeceği savunulmaktadır. Böylece uluslararası kişiliği ortadan kalkan devletle birlikte, onun işlenmiş

---

<sup>107</sup> Pazarıcı, 51; Acer-Kaya, 393.

<sup>108</sup> Söz konusu fiiller için kullanılacak terminoloji hakkındaki geniş bilgi için bkz. Pirim, 10-12.

<sup>109</sup> Pirim, 12, 13.

<sup>110</sup> Meray, 181.

olduğu haksız fiillerden doğacak sorumluluk da ortadan kalkar. Ülke üzerinde yetkilerini (egemenliğini) kurmuş olan yeni Devlete bu sorumluluk geçmez.<sup>111</sup>

Bu doğrultuda uygulama, devam eden devletin halefiyet tarihinden önce kendi uluslararası hukuka aykırı fiillerinin işlenmesinden sorumlu olmaya devam ettiğini göstermektedir. Ancak uygulamada uluslararası hukuka aykırı fiillerin işlenmesinden doğan yükümlülükleri halef devletlerin üstlenmesi gerektiğinin tanınmasına yönelik bir eğilim gözlemlemek mümkün olsa da, bu eğilim, bir uluslararası hukuk kuralına dönüşecek ölçüde yeknesaklık göstermemektedir.<sup>112</sup>

Konuyla ilgili ihtimallerin çoğu, halef ve devam eden devletlerin aynı anda var olduğu durumlarda gündeme gelmekte; bu durum ise, halefiyet/devamlılık tartışmalarının karmaşıklığına yol açmaktadır. Böylece halef devletlerin sorumluluğuna ilişkin belirsizlik, devam eden devletlerin sorumluluğuna ilişkin tartışmaları da kaçınılmaz olarak etkilemektedir. Özellikle Osmanlı ülkesinde gerçekleşen 1915 olayları ile ilgili olarak ele alınmak istenen bu konu, hukukî sonuçlarına ilişkin tartışmalardan önce<sup>113</sup>, tarihçilerin ve arşiv belgelerinin objektifliğine muhtaçtır.

## SONUÇ

Devamlılığın iki ucu keskin bir kılıç olarak yorumlandığı<sup>114</sup>, halefiyetin ise belirsiz ve çekişmeli bir yaklaşımla değerlendirildiği uluslararası hukukta, Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasındaki ilişki, Lozan Barış Antlaşması çerçevesinde öngörülemez sonuçlar doğurması mümkün hukukî boşluklar bırakılmayacak şekilde düzenlenmiştir.

Yeni kurulan Türk devletinin dünyaya ilan ettiği ilkeler ve hedefler ışığında yürüttüğü barış görüşmeleri, 100. yılını tamamlayan bir Antlaşmanın imzalanmasıyla sonuçlanmış; 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması, uluslararası hukuk açısından tam bağımsız ve egemen bir devlet olarak Cumhuriyetin ilanına zemin hazırlamıştır. Bütün bu sürecin, yeni bir devlet çatısı altında eşitlik, bağımsızlık ve çağdaşlaşma yolunda yürütüldüğü; Osmanlı siyasî, ekonomik ve hukukî yapısı geride bırakıldığı devletin

---

<sup>111</sup> Meray, 181.

<sup>112</sup> Öktem, 581.

<sup>113</sup> Öktem, 581, 582.

<sup>114</sup> Öktem, 581.

kuruluşunun her aşamasında kurucu kadro tarafından dile getirilmiştir. Bu doğrultuda Antlaşma metnine de yansıyan şekilde, geçmişin herhangi bir olası sorumluluğuna açık kapı bırakılmamıştır.

Uluslararası hukuk çerçevesinde halefiyet konusunun, gerek Lozan Antlaşması'nın imzalandığı dönemde, gerek yüzyıl sonra, tek bir doğrunun bulunmadığı ve mevcut siyasî şartlar ışığında sıklıkla yenilendiği bir kapsama sahip olduğu görülmektedir. Gerçekten, halefiyet ve devamlılık, hukukî sonuçları itibarıyla devletin tüm unsurlarına yansımakla birlikte; tarihsel süreç içinde öngörülebilirlik ve objektiflik açısından tutarlı bir uygulama geçmişini sunmamaktadır. Bu çerçevede yüzyıllık Cumhuriyet dönemini söz konusu tartışmalarla ilişkilendirebilecek herhangi bir hukukî ilişki de, uluslararası hukukun ötesindedir.

**KAYNAKÇA**

- Acer, Yücel-Kaya, İbrahim. Uluslararası Hukuk. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Akçay, Deniz. “Türkiye Cumhuriyeti/Osmanlı Devleti ve Ardıllık/Devamlılık Sorunsalının Görelileşmesi”, *Ermeni Araştırmaları*, 56, 165-210.
- Annual Digest of International Law Cases 1919-1922, Ed.: J.F.Williams-H.Lauterpacht, Cambridge University Press, 1932.
- Aybay, Rona. “Devletlerin Ardıllığı ya da Arazi Değişimi Nedenleriyle Ortaya Çıkan Uyrukluk Sorunları”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Vecdi Aral’a Armağan*, (2001), 26-36.
- Çamyamaç, Anıl. “Bir Uluslararası Hukuk Müessesesi Olarak Uluslararası Örgütler Arasında Ardıllık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 24, S: 1, (2022), 1-37.
- Doğan, İzzettin. *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970.
- Dumberry, Patrick. “Is Turkey the Continuing State of the Ottoman Empire Under International Law?”, *Netherlands International Law Review*, LIX, (2012), 235-262.
- Kışla, Selcen Nur. *Uluslararası Hukukta Devletlerin Andlaşmalara Halefiyeti*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Meray, Seha L. *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977.
- Öktem, Emre. “Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?”, *Leiden Journal of International Law*, 24, (2011), 561-583.
- Örsten Esirgen, Seda. “Lozan Barış Görüşmelerinde İmtiyazlar Sorunu”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C: 28, S: 83, (2012), 87-114.
- Örsten Esirgen, Seda. *Osmanlı Devleti’nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Örsten Esirgen, Seda. “Lozan’ın Ardından Başlayan Bir Hukuki Mücadele: Karma Hakem Mahkemeleri”, *Avrasya İncelemeleri Dergisi*, C: 8, S: 2, (2019), 309-339.
- Özdemir, Ali Rıza. “Lozan’da Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi (Lozan Antlaşması Özel Sayısı)*, S: 53, (2013), 155-200

- Pazarıcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap. 3.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Pirim, Ceren Zeynep. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Shaw, Malcolm N. Uluslararası Hukuk. 8.Baskı, Ankara: TÜBA Yayını, 2018.
- Sur, Melda. Uluslararası Hukukun Esasları, 11.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- Zamuner, Enrico. "Le Rapport entre l'Empire Ottoman et la Republique Turque face au Droit International", *Journal of the History of International Law*, Vol. 6, (2004), 209-231.



# NİTELİKLİ SUÇA TEŞEBBÜS SORUNU

*The Dilemma of Attempt to Qualified Crime*

**Haluk TOROSLU\***

## ÖZ

Suçun nitelikli şekline teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorunu ceza hukukçuları tarafından uzun zamandır tartışılmaktadır. Bu tartışma hiç şüphesiz özellikle kanunilik ilkesi ve fiilin ağırlığıyla orantılı bir ceza belirlenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada söz konusu mesele, suç yolunun geldiği aşama itibarıyla nitelikli halin gerçekleştiği durumlar ile suça etki eden nedenin suç planına dahil olduğu, ancak henüz ortaya çıkmadığı haller arasındaki ayırmadan hareketle irdelenmektedir. Zira teşebbüse ilişkin hükümlerin nitelikli suça ilişkin hükümlerle birlikte uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının temelinde bu ayırım yatmaktadır. Doktrindeki genel eğilim, gerçekleşen suça etki eden nedenlerin varlığı halinde suçun basit şekli tamamlanmamış olsa dahi bunların uygulanabileceği, buna karşın amaca dahil olmakla birlikte henüz ortaya çıkmamış sebeplerin ise teşebbüs hükümleriyle birlikte uygulanamayacağı yönündedir. Ancak teşebbüs kurumunu düzenleyen hükümlerin işlevi ile suça etki eden nedenlerin hukuki niteliği göz önünde bulundurulduğunda, tam olarak ortaya çıkmaya da failin suç planına dahil olan ve icrasına başlanan nitelikli hallerin de teşebbüs hükümleriyle bir arada uygulanması mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Teşebbüs, Nitelikli suç, Suça etki eden neden, Kanunilik ilkesi

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 28.01.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.02.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: htoroslu@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4028-4672.

## ABSTRACT

Criminal lawyers have long been discussing whether it is possible to attempt qualified form of crime. Undoubtedly, this discussion is critical in terms of the principle of legality and the determination of proportional punishment. This article examines the abovementioned issue based on the fundamental distinction between situations in which the qualifying circumstance is realized as of the stage of the *iter criminis*, and those where the circumstance affecting the crime is included in the crime plan but has yet to emerge. The general tendency in the doctrine is to apply the provisions regarding attempt only in cases where the circumstances affecting the crime arise, even if the basic form of the offense still needs to be completed. However, when the function of the provisions regulating attempt and the legal nature of the circumstances are taken into account, it is possible to punish the attempt to qualified form of the particular crime, even if the circumstances are not fully emerged, provided that they are included in the crime plan of the offender and the act of commitment has commenced.

**Key words:** Attempt, Qualified crime, Circumstances of crime, Principle of legality

## I. GENEL OLARAK

Ceza hukukunun temel taşlarından biri olan kanunilik ilkesi uyarınca, bir kimsenin cezalandırılabilmesi, kanunda suç olarak düzenlenen bir fiili işlemiş olmasına bağlıdır. Kanun hükmünde suç olarak tanımlanan bir fiil tüm unsurlarıyla ortaya çıkmadığı sürece kural olarak birey cezalandırılmaz. Bununla birlikte ceza kanunları belirli bir fiilin işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen, ancak failin elinde olmayan sebeplerle sonuca ulaşamayan icra davranışlarını da teşebbüs kapsamında cezalandırmakta ve teşebbüsün cezalandırılmasının kanunilik ilkesiyle çelişmesini ortadan kaldırmak adına özel düzenlemelere yer vermektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde de "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" hükmüne yer verilmiştir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Teşebbüsle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale* (Milano: Giuffrè, 2003), s. 437 vd.; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*

Ceza kanunları belirli fiilleri suç olarak tanımlamakta ve bu fiilleri işleyenlere ceza müeyyidesi uygulanmasını öngörmektedir. Bununla birlikte fiilin belirli ortaya çıkış biçimleri faile daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektirebilir. Suçun kurucu unsurlarının yanında suça etki eden bir nedenin de ortaya çıkması halinde kanun koyucu suçun temel şekli için belirlenmiş olan cezanın artırılmasını veya azaltılmasını öngörebileceği gibi, cezanın ayrıca belirlenen alt üst sınırlar arasında tespit edilmesini de öngörebilir. İşte böyle hallerde suçun nitelikli halinden ya da nitelikli suçtan söz edilir. Suça etki eden nedenin varlığı, suçu nitelikli suça dönüştürür. Suçun basit şekli ile nitelikli şekli arasında ise genel norm-özel norm ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla suçun nitelikli şeklinde basit şeklinin bütün unsurlarının var olması gerekir<sup>2</sup>.

Suçta etki eden nedenler suçu oluşturan davranıştan veya sonuçtan önce var olabileceği gibi, bunlarla hem zaman şekilde ortaya çıkabilir ya da bunları izleyebilir. Bununla birlikte, söz konusu nedenler, suç fiilinin icrasına tamamen yabancı olabileceği gibi, bizzat fail tarafından ya da başkaları tarafından gerçekleştirilen olaylardan ibaret de olabilir. Öte yandan suça etki eden nedenlerin genel ve özel nedenler olarak bir ayrıma tabi tutulması da mümkündür. Belirsiz sayıda suç yönünden uygulanması mümkün olanlar genel, bir suç ya da suç grubu için öngörülmüş nedenler ise özel nedenlerdir<sup>3</sup>.

Bu konuda yapılan “içkin” ve “harici” suça etkin nedenler arasındaki ayırmadan da söz etmek gerekir. Nitekim davranışa veya tipik fiilin diğer unsurlarına ilişkin olanlar içkin suça etki eden nedenler, suçun icrasına ve

---

(Padova: CEDAM, 2013), s. 406 vd.; Haluk Toroslu ve Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), s. 301 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016) s. 305 vd.; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu* (İstanbul: Kazancı Kitap, 1994), s. 26 vd.; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994), s. 45 vd.; Pervin Aksoy, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009); Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 9 vd.; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018).

<sup>2</sup> Antolisei, s. 443; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2019), s. 575 vd.; Suça etki eden nedenlerin cezada değişiklik yapmak haricinde dava zamanışımı süresini uzatmak (TCK md. 66/3), takibi şikayete bağlı suçu resen takip edilebilir hale getirmek (TCK md. 151, 152) gibi sonuçları da olabilir. Bkz Toroslu ve Toroslu, 283 vd.

<sup>3</sup> Mantovani, s. 402; Dönmezer ve Erman, s. 110; Toroslu ve Toroslu, s. 287.

tamamlanmasına yabancı olan, örneğin zararın tazmini gibi suç sonrası olaylara ilişkin olanlar ise harici suça etki eden nedenler olarak adlandırılmaktadır<sup>4</sup>.

Doktrinde bir başka görüş de, bir hususun suça etki eden neden olarak nitelendirilebilmesi için suçu etkilemesi gerektiği, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasına yol açmayan bir sebebin cezada değişikliğe yol açsa bile suça etki eden neden sayılamayacağı yönündedir. Bu doğrultuda suçun sona ermesinin ardından gerçekleşen haller dolayısıyla cezada indirim yapılmasını veya cezanın kaldırılmasını gerektiren sebeplerin suça etki eden neden olarak nazara alınması mümkün değildir. Buna örnek olarak malvarlığına karşı işlenen bazı suçlar bakımından zararın giderilmesine dair TCK md. 168 gösterilebilir<sup>5</sup>.

Belirtmek gerekir ki, teşebbüs aşamasında kalan suç, aynı suçun tamamlanmış şeklinin mantıki ve kronolojik öncülünü oluşturur. Bu nedenle suçun teşebbüs aşamasındaki hali, basit haline nazaran bağımsız bir suç tipi niteliğindedir ve kendine özgü koşulları bulunmaktadır. Bu bağımsızlığın bir sonucu olarak da, teşebbüs aşamasında kalan suçun diğer unsurlarla olan ilişkisinin tartışılması gerekmektedir. Bu kapsamda tartışılan hususlardan biri de, teşebbüs ile suça etki eden nedenler arasındaki ilişki, bir başka ifadeyle suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Suçun nitelikli haline ilişkin hüküm ile teşebbüse ilişkin hükmün bir arada uygulanıp uygulanmayacağı tartışması kapsamında farklı düşünceler mevcut olmakla birlikte, bu konudaki görüş ayrılıkları esasen suçun geldiği aşama itibarıyla suça etki eden nedenin ortaya çıktığı durumlar ile henüz nitelikli hale vücut veren durumun ortaya çıkmadığı haller arasındaki ayrıma ve bu iki durumun hukuken farklı şekilde değerlendirilmesi gereğine dayanmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Mantovani, s. 413.

<sup>5</sup> Dönmezer ve Erman, s. 579.

<sup>6</sup> Adelmo Manna, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffrè, 2021), s. 584; Stefania Tredici, "La Compatibilità Tra Tentativo e Attenuante del Danno di Speciale Tenuità nei Delitti Contro Il Patrimonio", [www.iustiniere.com](http://www.iustiniere.com), (Erişim tarihi: 02.01.2023), s. 1; Teşebbüs halinde kalan suç iki ayrı normun bir araya gelmesinden oluşan bir suç türüdür. Belirli bir suçu yaratan norm asli bir nitelik taşır, teşebbüsü düzenleyen ve ceza sorumluluğunu genişletici işleve sahip norm ise tali bir niteliğe sahiptir. Bu iki norm birlikte yeni ve esas normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen ondan bağımsız bir niteliğe sahip olan bir suçu ortaya koyar. Bkz. Toroslu ve Toroslu, s. 305; Teşebbüsün bağımsız bir tip olduğunu reddeden ve

## II. NİTELİKLİ SUÇA TEŞEBBÜS

Suçun basit şeklinin tamamlanmadığı, ancak nitelikli halin gerçekleştiği durumlarda nitelikli teşebbüsten söz edilmektedir. Bu hallerde suçun geldiği aşama itibarıyla nitelikli hal tamamlanmış, gerçekleşmiştir. İtalyan ceza hukukçuları bu duruma örnek olarak mala zarar vermek suretiyle hırsızlığa teşebbüs etmeyi göstermektedirler. Nitekim bu şekilde bir teşebbüs söz konusu olduğunda henüz hırsızlık suçunun icrası tamamlanmamış olmakla birlikte, mala zarar verilmiş olması mümkündür<sup>7</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ontolojik açıdan bakıldığında bir nitelikli halin varlığı için suçun basit şeklinin tamamlanmasının şart olmadığı, ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebebin fiilin basit şeklinin tamamlanmasından önce meydana geldiği hallerde nitelikli teşebbüs cezalandırılabilir. Bir başka ifadeyle, suça etki eden neden, tipik davranıştan önce var olduğunda, örneğin faili harekete geçiren saik veya davranışın ön şartlarına ilişkin olduğunda ya da basit şeklinin tamamlanmasından bağımsız olarak gerçekleşebilecek nitelikte olduğunda, nitelikli teşebbüs cezalandırılacak, yani teşebbüse ilişkin hükümler nitelikli hali düzenleyen norm ile birlikte uygulanabilecektir. Örneğin bir kimsenin altsoy veya üstsoyunu öldürmesi ya da haksız tahrik durumu bu şekilde ortaya çıkar. Bu hallerde fail teşebbüsten sorumlu tutulacaksa, fiilin gerçekleştiği anda var olan suça etki eden nedenler de ceza üzerinde ağırlaştırıcı ya da hafifletici sonuç doğuracaktır<sup>8</sup>.

---

tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalan suç arasında bir fark görmeyen anlayış açısından bütün suça etki eden nedenlerin teşebbüsle bağdaşır nitelikte olduğu hususunda bkz. Francesco Diamanti, "Sulla Circostanza Che Non C'è. Limiti Teorici e Problemi Pratici Di Un'Invenzione Ermeneutica", L'indice Penale, Nuovissima Serie, Anno I-N. (1-2, 2015), s.79.

<sup>7</sup> Bkz. İCK md. 624, 625; Mantovani: s. 461; Nitelikli teşebbüs halinde nitelikli hal, bir başka ifadeyle buna vücut veren durum teşebbüs aşamasında kalmış fiilin içinde hali hazırda oluşmuştur. Dolayısıyla sonuca yönelik elverişli hareketlerin yapılmış olması nitelikli hali de ortaya çıkarmıştır ki, bu hallerde nitelikli halin uygulanmaması düşünülemez. Bkz. Manna: s. 584; Luigi Delpino e Rocco Pezzano, Diritto Penale Parte Generale (Simone, 2021), s. 257; Arianna Calabria, "Considerazioni Sul Delitto "Tentato Circostanziato", "Circostanziato Tentato", "Circostanziato Tentato Circostanziato", Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, (fasc. 4, 1990), s. 1355, 1356; Sergio Beltrani, Il Delitto Tentato (Padova: Cedam, 2003), s. 91; Soyaslan, s. 183.

<sup>8</sup> Mantovani, s. 461; Örneğin, İCK md. 61/1'de yer alan suçun aşağılık (abietto) bir saikle işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenin öldürmeye teşebbüs suçu açısından

Yargıtay bu doğrultuda maddi konusu “bir paket cips”<sup>9</sup>, “”içinde domates çay şeker, peynir gibi gıda maddelerinin bulunduğu poşet”<sup>10</sup> ve “9 TL değerinde bulaşık deterjanı”<sup>11</sup> olan hırsızlığa teşebbüs fiilleri açısından TCK md.145’te düzenlenen malın değerinin azlığına ilişkin hafifletici nedenin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>12</sup>.

Nitelikli halin davranışın amacına, failin ya da mağdurun belirli bir niteliğine veya içerisinde bulunduğu koşullara ilişkin olduğu hallerde de, fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerden, cürmi davranışın amacının veya hedefinin anlaşılması durumunda yine nitelikli suça teşebbüs söz konusu olur<sup>13</sup>. Örneğin Yargıtay, “sanıkların aşamalarda tevil yollu ikrar içerikli ifadeleri ve tüm dosya kapsamından sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde bahse konu kamyon hakkında çalıntı izlenimini vermek ve bu

---

uygulanması mümkündür. Ayrıca failin sıfatından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler de uygulanabilir. Bkz. Mario Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale* (Milano: Giuffre, 1995), s. 564; Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini e Paolo Pisa, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffre, 2017), s. 496; Enrico Mezetti, *Diritto Penale: Casi e Materiali* (Bologna: Zanichelli, 2020), s. 512; Beltrani: s. 91, 92; Diamanti: s. 78; Bir suç işleyememeden dolayı duyulan infialle öldürmeye teşebbüs hususunda bkz. Y. 1. CD, E. 2018/531, K. 2018/2911, 19.6.2018, (www.lexpera.com).

<sup>9</sup> Y. 13. CD, E. 2015/5886, K. 2016/9557, 3.11.2016, (www.lexpera.com).

<sup>10</sup> Y. 17. CD, E. 2015/18554, K. 2016/11327, 3.11.2016, (www.lexpera.com).

<sup>11</sup> Y. 13. CD, E. 2015/7631, K. 2016/11006, 14.6.2016, (www.lexpera.com).

<sup>12</sup> Yargıtay 15. Ceza Dairesi, “sanığın, mağdurlar ... ve ...'un yaptığı kaçak ve ruhsatsız yapıları önceden tespit ederek, ... Büyükşehir Belediyesi'nde çalıştığı dönemden kalan personel kimlik kartı boynunda asılı olduğu halde, elinde bulunan telsiz ve tutanak evrakları ile birlikte değişik tarihlerde mağdurların yanına gidip, kendisini belediye personeli olarak tanıttığı, kaçak yapılar için cezai işlem yapılıp inşaatın yıkılacağını, ancak hesabına para yatırılması halinde kaçak yapıların yıkılmayacağı yönünde mağdurları ikna edip aldatarak ...'den 1500 TL aldığı, ...'tan ise 250 TL istediği, ancak mağdurun parayı vermediği anlaşılmalı; sanığın mağdur ...'ye yönelik eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 158/1-d maddesinde düzenlenen kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu; mağdur ...'a yönelik eyleminin ise anılan suça teşebbüsü oluşturduğu” şeklindeki yerel mahkeme kararını bu yönüyle hukuka uygun ulmuştur. Bkz. Y. 15. CD, E. 2016/362, K. 2016/3612, 19.4.2016, (www.lexpera.com).

<sup>13</sup> Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun 576. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, öldürme suçunun firar eden tarafından, kaçmak için veya firar durumunda geçimini sağlayacak araçları elde etmek amacıyla işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, gerçekleştirilen davranışların bu amaca yönelik olduğunun anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Beltrani: s. 92.

suretle elverişli hareketlerle sigorta şirketinden bedel almak maksadıyla harekete geçtikleri, ... adli makamlara başvurdukları, ayrıca aracın tescil maliki olan ...'un sigorta şirketi ile irtibata geçtiği, ancak kurgularının ortaya çıkması üzerine eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı ve böylece menfaat teminini gerçekleştiremedikleri olayda” sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir<sup>14</sup>. Buna karşın “sanığın emaneten aldığı ... adına kayıtlı suça konu araç seyir halindeyken tek taraflı kaza yaptığı, aracın kaskosu olmaması ve hasarın da büyük olmaması nedeniyle aracı çekici yardımı ile evlerinin önüne çektirdiği, aracı parça parça hurdacılara sattığı, kazadan sonra aracın kaskosunu 24.06.2010 tarihinde yaptırdığı, 05.02.2010 tarihinde de karakola giderek zilyetliğindeki aracın çalındığı yönünde müracaatta bulunduğu, birkaç saat sonra ise olayın doğruluğunu anlattığı” bir başka olayda ise, sigorta şirketine başvurulmamış olmasından dolayı nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşmadığına hükmedilmiştir<sup>15</sup>.

Öte yandan Yargıtay 1. Ceza Dairesi, “sanığın mağdura maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet ettiği, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanığın mağdura acı vermek için önce kül tablası ile vurma daha sonra da uzun süreye yayılacak şekilde makasla yaralama eylemlerini tekrarlayarak ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmeye çalıştığı, ancak eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı” gerekçesiyle eziyet çektirerek kasten öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması yönünde karar vermiştir<sup>16</sup>.

Doktrinde tipik davranıştan sonra ortaya çıkabilecek unsurlara ilişkin nitelikli hallere teşebbüsün de mümkün olduğu, bu kapsamda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara da teşebbüs edilebileceği, zira bu suçlarda ağır neticenin tamamlanmamış bir davranış sebebiyle de ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin bir kadın, rızası hilafına gerçekleştirilen bir kürtaj operasyonu sırasında korkudan hayatını kaybedebilir. Böyle bir durumda, kanun ikinci sonuç yönünden bunun gerçekleşmesini ve failin bunda en azından taksirli olmasını aradığından, hedef alınan asıl suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile kastedilenden başka bir sonuç da gerçekleştiği için, ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerektiği ve neticesi sebebiyle

<sup>14</sup> Y. 23. CD, E. 2016/1828, K. 2016/962, 8.2.2016, (www.lexpera.com).

<sup>15</sup> Y. 15. CD, E. 2013/23517, K. 2016/2037, 24.2.2016, (www.lexpera.com).

<sup>16</sup> Y. 1. CD, E. 2019/299, K. 2019/1691, 19.3.2019, (www.lexpera.com).

ağırlaşan çocuk düşürtme suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>17</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu değerlendirme çocuğun hayatta kaldığı, ancak annenin yaşamını yitirdiği bir hipotez açısından isabetli olacaktır. Zira anneye birlikte ceninin varlığının da son bulduğu halde çocuk düşürtme suçunun basit halinin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü mümkün değildir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümlerinin, temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak bu teşebbüs nedeniyle ağır sonucun meydana geldiği hallerde uygulanabileceği hususunda Almanya'da *hareketin tehlikeliliği* teorisi ortaya atılmıştır. Söz konusu teoriye göre, ağır sonucun içinde, tipik hareket içinde bulunan tehlike de gerçekleşmiş olduğundan, suçun basit şeklinde öngörülen sonucun gerçekleşmiş olup olmaması önemli değildir. Ayrıca kanun da ağır sonucu tamamlanma ya da teşebbüs aşamasında kalma ayrımı yapmadan cezayı ağırlaştırıcı bir durum olarak tanımlamıştır. Böylece temel suça teşebbüsü ağırlaşmış sonucun temeli olarak yeterli kabul eden bu görüş, kanuni tipe uygun olarak gerçekleştirilen hareketin tehlikeliliğinin ağırlaşan sonucun uygulanmasını haklı gösterdiği sonucuna ulaşmaktadır<sup>18</sup>.

Buna karşın *sonucun tehlikeliliği* teorisine göre ise, sonucu nedeniyle ağırlaşan suç hükümlerinin uygulanabilmesi için temel suçun tamamlanması zorunludur. Bunun sebebi, sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçlarda ağır sonucun, temel suçun tam olarak meydana gelmesiyle ortaya çıkan tehlikeliliğe dayanmasıdır. Temel suça teşebbüste suç tamamlanmadığı için bu ara sonuç eksiktir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Antolisei, s. 512; Romano, s. 563; Carlo Fiore e Stefano Fiore, *Diritto Penale Parte Generale* (Torino: Utet, 2020), s. 541; Toroslu ve Toroslu, s. 321; Hafioğulları ve Özen, s. 324; Koca ve Üzülmez, s. 437; Özocak, s. 210; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara kural olarak teşebbüs mümkündür. Birinci ihtimalde suçun temel şekli teşebbüs aşamasında kalmış, ancak netice sebebiyle ağırlaşmış bir hale de sebebiyet verilmiş olabilir. Örneğin silahla ateş edilen kişi isabet almamış, ancak korkudan ölmüş olabilir. Bu hal doktrinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs olarak adlandırılmaktadır. Aradaki illiyet bağımlı esas alan görüşe göre kasten yaralamaya teşebbüs sonucu ağır neticenin meydana gelmesi halinde failin bu ağır neticeden cezalandırılması gerekir. Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 420.

<sup>18</sup> Alman hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüsle ilgili olarak ortaya atılan sonucun tehlikeliliği teorisi, hareketin tehlikeliliği teorisi ve ayrımcı teori için bkz. Tozman, s. 220 vd.

<sup>19</sup> Bu görüşün hem sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlara ilişkin genel hükme aykırı olmakla, hem de failin ağır sonucun meydana gelmesine rağmen sadece genel taksir

Türk hukukunda da neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili olarak, suçu düzenleyen hükmün lafzından hareketle bir ayırım yapılmış ve bu doğrultuda, ilgili hükümde ağır ya da başka neticenin “temel suç tipi sonucunda” gerçekleşmesinin arandığı haller ile “temel suç tipinin işlenişi sırasında” gerçekleşmesinin arandığı haller açısından farklı sonuçlara varılmıştır. Bu görüş doğrultusunda, birinci halde suçun basit şekli teşebbüs aşamasında kalmış fakat ağır netice gerçekleşmiş olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda failin, kastettiği temel suç tipine teşebbüsten ve gerçekleşen başka netice açısından ise taksiri varsa taskirli suçtan sorumlu tutulması mümkündür. Faile hangi hükümden dolayı ceza verileceği ise fikri içtima kuralları gereğince belirlenecektir. İkinci, yani temel suç tipinin gerçekleştiği sırada ağır neticenin ortaya çıktığı halde ise, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uyarınca cezalandırma yapılacaktır<sup>20</sup>. Dolayısıyla örneğin failin yaralama kastıyla hareket ettiği, ancak henüz icra hareketlerini tamamlayamadan, örneğin kaçmakta olan mağduru yakalayamadan ölümün gerçekleştiği bir olayda, taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması gerekir<sup>21</sup>.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda failin davranışı ile ölüm sonucu arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu sürece failin cezasının TCK md. 87/4 hükmü uyarınca belirlenmesi gerekir. Zira ölüm neticesi zorunlu olarak yaralama suçuna ilişkin neticeyi de içinde barındırdığından, failin ölümüyle sonuçlanan bir olayda, davranış ile sonuç arasında nedensellik bağı varlığını koruduğu sürece suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek mümkün değildir<sup>22</sup>.

---

suçlarından cezalandırılmasına imkan verdiği, bunun da cezalandırma yönünden yetersiz kaldığı, yani failin haksızlığını tam karşılamadığı gerekçesiyle eleştirildiği hususunda bkz. Tozman: 217-219; Suçun basit şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak ağır neticenin gerçekleştiği hallerde, ağır netice davranışla bağlantılı ise teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği; buna karşılık suç tipinin yapısına göre cezanın ağırlaşmasının temel suç tipinin sonucuna dayandığı hallerde ağır suçun faili yüklenemeyeceği ve dolayısıyla failin yalnızca suçun basit şekline teşebbüsten sorumlu olacağı hususunda bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s. 223, 224.

<sup>20</sup> Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), s. 245, Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s. 732.

<sup>21</sup> Doğan, s. 245.

<sup>22</sup> Temel suç teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen TCK md. 87/4 uyarınca hüküm kurulması gerektiği hususunda bkz. Akbulut, s. 733.

Bununla birlikte, netice sebebiyle ağırlaşan suçta, temel suç taksirliyse teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir; teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun temel şeklinin doğrudan kast ile icrasına başlanmış olması gerekir<sup>23</sup>.

Nitelikli hale teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorunu teknik-hukuki açıdan değerlendirildiğinde de, suç yolunun geldiği aşama itibarıyla ortaya çıkmış olan bir suça etki eden nedenin cezayı değiştireceği sonucuna varmak gerekir. Zira hali hazırda ortaya çıkmış olan bir suça etki eden nedenin uygulanmasının kanunilik ilkesini ihlal etmesi söz konusu olmayacağı gibi, teşebbüse ilişkin normun ceza sorumluluğunu genişletici işlevi, aynı zamanda suçun nitelikli halini düzenleyen normla birleşmesi suretiyle de ortaya çıkacaktır<sup>24</sup>. Nitekim suça etki eden nedenler suçun tali unsurlarıdır ve bu durum hiç şüphesiz teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da geçerlidir. Gerçekten de teşebbüsü düzenleyen hüküm yalnızca suçun basit şekline değil, nitelikli şekline de gönderme yapmakta ve bu nedenle tamamlanmış suç açısından öngörölmüş olan nitelikli hallerin teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da uygulanması, kanunilik ilkesiyle çatışmadan ziyade basit bir bağdaşabilirlik sorununa dönüşmektedir<sup>25</sup>.

Ayrıca suçun nitelikli halinde ifadesini bulan gayrimeşru fiilin müeyyidesinin hakkaniyete uygun şekilde bireyselleştirilmesi ihtiyacının yanında, fiilin ihlal ediciliği ile kusurlu sorumluluk ve özellikle eşitlik ilkeleri de suçun basit şekline teşebbüs ile nitelikli şekline teşebbüs arasında verilecek ceza açısından bir ayırım yapmayı zorunlu kılmaktadır<sup>26</sup>.

Her ne kadar genel nitelikteki suça etki eden nedenler ile özel nitelikteki suça etki eden nedenler arasında bir ayırım yapan ve yalnızca genel nitelikli haller açısından teşebbüsün söz konusu olabileceğini savunan

<sup>23</sup> Akbulut, s. 732.; Örneğin TCK md. 89/2’de öngörölen taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri.

<sup>24</sup> Mantovani, s. 461; Bir ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenin tüm unsurlarıyla ortaya çıktığı hallerde nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olacağında tereddüt yoktur. Nitelikli hal gerçekleşmiş olduğu için kanunilik ilkesi bunun da hesaba katılmasını ve cezanın ona göre tespit edilmesini gerektirir. Bkz. Domenico Pulitano, *Diritto Penale* (Torino: Giappichelli Editore, 2021), s. 365.

<sup>25</sup> Beltrani, s. 89; Nitekim TCK’nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinde de işlenmesi kastedilen bir *suçun* elverişli davranışlarla doğrudan doğruya icrasına başlanmasından söz edilmektedir. Anılan maddede yer “suç” ifadesinin, suçun nitelikli şeklini de kapsadığını kabul etmek gerekir.

<sup>26</sup> Mantovani, s. 461.

yazarlar olsa da, böyle bir ayrıma gidilmesi isabetli değildir. Zira özel nedenler diğerlerinden yalnızca belirli suçlar için öngörülmüş olmaları dolayısıyla ayrılırlar ve bunların da teşebbüs aşamasında kalmış halleri hukuk düzeni tarafından tanınır<sup>27</sup>.

Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi, dolandırıcılık suçunun hayali bir tehlikenin yaratacağı endişeden yararlanmak suretiyle veya yetkili merciler tarafından verilen bir talimatın yerine getirildiği hususunda hataya düşürmek suretiyle işlenmesine; yağma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesine; hırsızlık suçunun eşya üzerinde cebir kullanmak suretiyle ve kamu binalarında bulunan; elkonulmuş; zorunluluk, adet ya da kamuya duyulan güven dolayısıyla açıkta bırakılmış; kamu hizmetine veya kamunun kullanımına tahsis edilmiş eşya hakkında işlenmesine; yaralama suçunun birden fazla kişi tarafından ya da silahla işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenlerin teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanabileceğini kabul etmiştir<sup>28</sup>.

### III. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALMIŞ NİTELİKLİ HAL

Failin gerçekleştirdiği fiilin geldiği aşama itibarıyla kanunda düzenlenen suça etki eden nedenin, bir başka ifadeyle suçun nitelikli halinin ortaya çıkmadığı, ancak bu hususun da failin suç planına dahil olduğu ve failin davranışlarının tereddüde yer vermeyecek şekilde suçun nitelikli şekline yönelik olduğu hallerde de teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli suçun, dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalmış bir nitelikli halin söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu duruma örnek gösterilen hallerden biri failin bir başkasının yüzüne kalıcı iz bırakabilecek nitelikte bir kimyasal madde attığı, ancak söz konusu maddenin mağdurun yüzüne isabet etmediği haldir<sup>29</sup>.

Nitelikli halin tamamen gerçekleşmediği, ancak failin amacına dahil olduğu ve o ana kadar yapılan hareketlerin nitelikli hal açısından icra hareketi sayılabildiği hallerde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği esas itibarıyla tartışmalıdır<sup>30</sup>. Nitekim bir kısım yazar nitelikli haller tam olarak

<sup>27</sup> Bkz. Romano, s. 564; Calabria, 1369, 1370; Beltrani, s. 90, Tredici, s. 2.

<sup>28</sup> Kararlar için bkz. Beltrani, s. 90.

<sup>29</sup> Mantovani, s. 462; Beltrani, s. 91.

<sup>30</sup> Delpino e Pezzano, s.258; Francesco Palazzo, Corso di Diritto Penale Parte Generale (Torino : G. Giappichelli Editore, 2021), s. 458; Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda

gerçekleşme dahi, failin amacının kapsamına girdiği ve yapılan hareketin bu nitelikli hal açısından icra hareketi olarak nitelendirilebildiği hallerde teşebbüs ve nitelikli hale ilişkin hükmün bir arada uygulanabileceğini savunmaktadır. Zira teşebbüs aşamasında kalan suçun bağımsız bir kanuni tip oluşturması karşısında failin kısmî davranışının nitelikli halin varlığı sebebiyle kendi içinde daha değersiz olması veya daha az ihlal edici olması halinde bunun müeyyideye yansması gerekir. İhlal edicilik, eşitlik ve cezanın bireyselleştirilmesi ilkeleri cezanın orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır. Orantılı bir ceza da fiilin ağırlığı nazara alınarak tespit edilmeli ve bu yapılırken suçun arızî unsurları da şüphesiz hesaba katılmalıdır. Bu düşünceyi savunan yazarlara göre, değeri az olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden kişi ile değeri çok yüksek olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden kişinin aynı şekilde cezalandırılması anlamsızdır. Sonuç olarak teşebbüse ilişkin hüküm suçun hem nitelikli hem de basit haliyle birleşebileceği için bu durumda kanunilik ilkesinin ihlal edildiği de söylenemez<sup>31</sup>.

Ontolojik açıdan nitelikli halin gerçekleşmediği durumlarda da teşebbüsten bahsedilebilir. Zira bir takım nitelikli haller teşebbüs aşamasında gerçekleşmemiş veya gerçekleşmeyecek olsa bile tamamlanmamış bir suçun parçasını oluşturabilirler ve bunlar açısından da elverişli hareketlerle bir icra başlangıcından söz edilebilir. Yani bunlara teşebbüs de mümkündür. Bu hallerde sadece nitelikli hale değil, icrasına başlanan suçun bir bütün olarak nitelikli haline teşebbüs söz konusudur. Ancak burada yalnızca içkin, yani hedef alınan tamamlanmış tipik fiilin parçası olabilecek nitelikli haller söz konusu olur, zira harici olanlar tipik fiilin parçası olamayacakları için bu açıdan önem arz etmezler<sup>32</sup>.

---

nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki esas tartışmanın bu olduğu hususunda bkz. Diamanti, s. 77.

<sup>31</sup> Delpino e Pezzano, s. 258; Bu konuda daha net bir sonuca varmak için kanuna açık bir düzenleme konulması mümkündür. Ancak bazı suçların nitelikli hallerine ayrıca teşebbüsü düzenlemek şeklinde bu yapılamaz, zira böyle bir düzenleme teşebbüsün geriye kalan suçlar açısından uygulanmamasına yol açar. Bkz. Mantovani, s. 462; Calabria, 1367, Tredici, s. 2.

<sup>32</sup> Calabria, s. 1360; Böyle bir uygulamanın mümkün olduğunu savunanlara göre, ontolojik açıdan, bazı nitelikli hallerin varlığı suçun tamamlanmasını gerektirirken, bazı harici nedenler açısından suçun tamamlanıp tamamlanmadığının bir önemi yoktur; zira bunlar suç oluşturan fiilin dışında kalan sebeplere dayanmaktadır ve bunlar failin hedeflediği tamamlanmış suçun tipik fiiline dahil değildir. Bkz. Mantovani, s. 462.

Belirtmek gerekir ki, suça içkin olan ve maddi konunun veya mağdurun türüne ya da özelliklerine ilişkin nitelikli hallerin gerçekleşmesi için aslında suçun tamamlanması şarttır. Nitekim mağdurun veya maddi konunun özellikleri suçtan önce var olsalar bile, yalnızca bu varlıkların zarar görmesi halinde nitelikli hal gerçekleşmiş olur. Zira bu nitelikli haller davranışın değersizliğinden ziyade, korunan menfaatin ihlaliyle ilgilidir. Dolayısıyla kanun, suçun belirli bir obje üzerinde veya belirli bir mağdura karşı işlenmesini cezanın ağırlaştırılması için bir sebep olarak öngörürken korunan varlığa zarar verilmesini bunun bir ön şartı olarak düzenlemektedir; yoksa sadece bu özelliklere sahip şey üzerinde veya belirli kişiye karşı olarak icra hareketlerine başlanmış olması yeterli değildir. Bunun sonucu olarak da maddi konunun veya mağdurun niteliklerine ilişkin ağırlaştırıcı nedenler yalnızca suçun tamamlanma anında, yani ihlal ortaya çıktığında gerçekleşmiş olur. Teşebbüs aşamasında kalan suçta ise korunan varlık üzerinde zarar meydana gelmediğinden bunlar gerçekleşmiş sayılamazlar. Ancak bu durum, söz konusu nedenlerin, elverişli davranışlarla icrasına başlanan suçun düzenlendiği kanuni tipin bir parçası olmalarını engellemez. Örneğin İCK'da nitelikli hal olarak düzenlenen, kamu güvenine ilişkin eşyanın çalınması, yolcunun valizinin çalınması, ya da kamu görevlisine yönelik öldürme suçuna teşebbüs durumlarında olduğu gibi<sup>33</sup>. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, yukarıda malın değerinin azlığına ilişkin indirimin teşebbüs hükümleriyle birlikte uygulandığı Yargıtay kararlarının da aslında henüz gerçekleşmeyen nitelikli hale teşebbüsün cezalandırılmasına örnek gösterilmesi mümkündür.

Doktrinde bir kısım yazar ise henüz gerçekleşmeyen nitelikli hallere teşebbüse ilişkin bir cezalandırmayı kabul etmemektedir. Zira bu düşünceye göre henüz nitelikli hal gerçekleşmediğinden böyle bir uygulama, nitelikli hallerin yalnızca kanunda açıkça düzenlenen hallerde cezalandırılmasını emreden kanunilik ilkesine aykırıdır. Öte yandan kanunun genel hükümlerinde nitelikli hallere teşebbüsü düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, yalnızca somut olayda bütün unsurlarıyla ortaya çıkmış bir nitelikli hal uygulama alanı bulabilecek, nitelikli hal ortaya çıkmadıysa buna teşebbüs cezalandırılmayacaktır<sup>34</sup>. Bununla birlikte gerçekleşmeyen nitelikli hallere ceza üzerinde bir etki tanınmanın kanunilik ilkesini ihlal

<sup>33</sup> Calabria, s. 1361.

<sup>34</sup> Grosso, Pelissero, Petrini e Pisa, s. 497; Romano, s. 563, 564; Manna, s. 585; Delpino e Pezzano, s. 258.

edeceği, ancak “*favor rei*” ilkesi gereği genel hafifletici sebepler açısından böyle bir uygulamanın mümkün olduğu ileri sürülmüştür<sup>35</sup>.

Bu düşünceyi savunanlara göre, her ne kadar teşebbüse ilişkin düzenlemenin özel kısımdaki normla birleşerek yeni bir kanuni tip yarattığı kabul edilebilirse de, nitelikli suçtan söz edebilmek için suça etki eden nedenin gerçekleşmesi gerekir. Bu birleşmeden, gerçekleşmeyen nitelikli halin cezalandırılmasına imkan veren bir anlam çıkarmak mümkün değildir<sup>36</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda suçun basit şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak ağır neticenin gerçekleştiği hallerde ağır netice davranışla bağlantılı ise teşebbüs kabul edilmekte ve fail ağır neticeden sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık neticenin ağırlaşması suçun basit şeklinin sonucuna dayanıyorsa ağır sonuçtan sorumluluk kabul edilmemekte, suçun teşebbüs aşamasında kalmış basit şeklinden ceza verilmektedir<sup>37</sup>. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara karakterini veren husus ağırlaşan veya kastedilenden başka bir sonucun gerçekleşmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu ikinci veya daha ağır sonuç gerçekleşmezse neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun tartışılması da anlamsızdır. Nitekim Yargıtay da bu tip suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündedir<sup>38</sup>.

İtalya’da, henüz gerçekleşmeyen suça etki eden nedenlerin uygulanmasına, Ceza Kanununun 59. maddesinin 1990 değişikliği öncesindeki hali uyarınca da karşı çıkmıştır. Bu düşünceye göre, söz konusu hüküm nitelikli hallerin objektif olarak uygulanmasını öngördüğünden süjenin bu konudaki psikolojik tutumunun bir önemi yoktur. Dolayısıyla failin amacına dahil olsa bile gerçekleşmeyen nitelikli hallerin uygulanması mümkün değildir. Ancak yapılan değişiklik sonrasında

<sup>35</sup> Grosso, Pelissero, Petrini e Pisa, s. 497; Tredici, s. 2; Soyaslan, s. 184.

<sup>36</sup> Palazzo, s. 458.

<sup>37</sup> Akbulut, s. 732; Öztürk ve Erdem, s. 331.

<sup>38</sup> Y. 5. CD, E. 2006/12682, K. 2007/2807, 12.4.2007; Y. 5. CD, E. 2008/13177, K. 2008/9607, 11.11.2008 bkz. Özocak s. 210; Doğan, s. 236; Y. 14. CD, E. 2019/2336, K. 2019/10382, 26.6.2019 bkz. Hasan Tahsin Gökçan ve Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) s. 1074; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017); Kastın aşılması suretiyle işlenen suç/neticesi sebebiyle ağırlaşan suç ayrımı ve her ikisine de teşebbüsün mümkün olmadığı hususunda bkz. Aksoy, s. 179 vd.

ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler arasında bir ayırım yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; 59. maddenin güncel hali uyarınca fail sadece bildiği/öngördüğü ağırlaştırıcı nedenlerden sorumlu tutulabileceğinden, gerçekleşmeyen nitelikli hallerin de, failin amacına dahil olması ve yapılan hareketlerin nitelikli halin icra başlangıcına vücut vermesi koşuluyla uygulanması mümkündür. Buna karşın hafifletici nedenler failin iradesinden bağımsız olarak objektif şekilde uygulanabilecekleri için, tamamen gerçekleşmemeleri halinde uygulanamazlar<sup>39</sup>.

Bu düşüncelerin tam aksine İtalyan Ceza Kanunun'un teşebbüsü düzenleyen 56. maddesinde genel olarak "suç" kavramının kullanıldığı ve suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla nitelikli suça teşebbüsün kabul edilmemesinin keyfi bir uygulama olacağını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Öte yandan 59. madde yalnızca var sayılan ve teşebbüs dahi edilmeyen nitelikli hallerin uygulanmasını yasakladığından aslında bu hükmün nitelikli suça teşebbüs tartışmasıyla ilgisi yoktur. Dolayısıyla 56. ve 59. maddelerin bir araya gelmesinden teşebbüsün sadece suçun temel şekli açısından öngörülmüş olduğuna dair bir sonuç çıkarılması mümkün değildir<sup>40</sup>.

İtalya'da yargı kararlarında, fiilin tamamlanması halinde suça etki eden nedenin gerçekleşeceği hususunda bir kesinlik söz konusu olduğunda, tam olarak gerçekleşmeyen nitelikli hallerin de nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin yaralama suçlarında kalıcı iz bırakma hipotezinin, fiilin işleniş biçimine ve belirgin ipotetik bir yargıya dayanılarak, cürmi davranışın sonuna kadar götürülmesi halinde daha ağır sonucun da meydana geleceği, ancak yalnızca failin iradesi dışındaki sebepler (mağdurun kendini savunması gibi) yüzünden gerçekleşmediği konusunda kesin bir kanaate ulaşılabılırsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Benzer şekilde malvarlığına karşı

<sup>39</sup> Sonuncuların ancak genel hafifletici nedenler kapsamında uygulanmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Delpino e Pezzano, s. 259; Tredici, s. 2; Teşebbüse ilişkin hükmün soyut olarak basit veya nitelikli tüm suç tipleriyle bir araya gelmesi mümkün ise de, kanun suça etki eden nedenin objektif olarak yüklenmesini öngörmekte ve dolayısıyla uygulanması için var olmasını aramaktadır. O halde sadece suçun tamamlanması halinde var olabilecek bir nitelikli hal söz konusu ise, henüz gerçekleşmeden arzi unsurun objektif olarak yüklenmesi kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bkz. Fiore e Fiore: s. 542.

<sup>40</sup> Tredici, s. 3.

suçlarda zararın miktarına ilişkin nitelikli haller de bu şekilde uygulanmaktadır<sup>41</sup>.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, ilgili madde metninden tamamlanmanın şart olduğu anlaşılmakta ise de, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından mala karşı işlenen suçlarda zararın az olmasına ilişkin hafifletici nedenin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bir kısım yargı kararında ise, zararın ortaya çıkmadığı hallerde davranışın sebep olduğu zarara dayanılarak fiilin daha az ihlal edici olduğundan bahsedilemeyeceği kabul edilmiştir. Zira burada değersizlik hükmünün dayanağını teşkil edecek bir ampirik veri mevcut değildir. Malvarlığı zararına ilişkin bu değerlendirme hipotetik değil gerçeğe ilişkin olmalıdır, zira bu amaca yönelik elverişli hareketlerin varlığı söz konusu olsa bile daha önceki hiçbir anda zarara ilişkin bir tespit yapılması mümkün değildir<sup>42</sup>.

Bu yaklaşımı aşmak adına bazı yargı kararlarında zararın azlığı değerlendirmesi yapabilmek için failin fazla zarar vermemek konusundaki subjektif iradesine öncelik tanınmak istenmiştir. Ancak tamamen psikolojik karakterdeki bir verinin kısmen gerçekleşen bir kanuni tipin objektif ağırlığının değerlendirilmesinde ölçü alınamayacağı açıktır<sup>43</sup>.

Bu nedenle Temyiz Mahkemesi daha sonraki kararlarında araştırmasını objektif nitelikteki unsurlar üzerinde, yani davranışın ihlal ettiği varlık ve davranışın ortaya çıkış biçimi üzerinde yoğunlaştırmıştır. Dolayısıyla belirleyici olan, zarar gören varlığın tespitidir; zira söz konusu varlığın değeri belirlendikten sonra davranış sonuna kadar götürülseydi davranıştan kaynaklanan malvarlığı zararının ne olacağı konusunda bir tespit yapılabilir<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Bkz. Manna, s. 585; Delpino e Pezzano, s.258; Palazzo, s. 458; Pulitano, s. 365; Yargı baskın şekilde nitelikli suça teşebbüsü suça etki eden neden gerçekleşmemiş olsa dahi kabul etmekte ve bu kapsamda ağırlaştırıcı/hafifletici, objektif/subjektif sebepler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bunun için de nitelikli halin icrasına elverişli hareketlere başlanmış olması (minimum bir icrai faaliyet olsa dahi); tamamlanmayan veya neticeyi üretemeyen davranış incelendiğinde, suç yolunun kesinlikle nitelikli halin gerçekleşmesine gittiğinin ortaya konulması gerekir. Bkz. Beltrani, s. 94.

<sup>42</sup> Tredici, s. 4.

<sup>43</sup> Tredici, s. 4.

<sup>44</sup> Tredici, s. 4.

Sonuç olarak Mahkeme, sonradan yapılacak bir araştırmayla elverişli davranışın zarar vericiliği hakkında *ex ante* ve somut bir değerlendirme yapılabileceğini ve bu şekilde eğer suç tamamlansaydı ortaya çıkacak zararın az olup olmayacağını tespit edilebileceğini ortaya koymuştur. Burada uygulayıcı, nitelikli halin failin gerçekleştirdiği davranışla uyumlu olup olmadığını, arizi unsuru ortaya çıkarabilecek nitelikte olup olmadığını tespit açısından değerlendirmelidir. Hiç şüphesiz bu konudaki kabul, hipotetik bir değerlendirmeye dayanacaktır, ancak sırf bu nedenle hakim tarafından bu yönde bir karar verilemeyeceği söylenemez, zira teşebbüse ilişkin sorumluluğun belirlenmesinde zaten her zaman hipotetik bir yargı söz konusudur<sup>45</sup>.

Bu yaklaşım doğrultusunda, davranışın gerçekleşme biçimi ve mevcut deliller itibarıyla tamamlanacak suçun verdiği zararın ağır olacağını anlaşıldığı hallerde zararın büyüklüğüne ilişkin nitelikli halin de, hırsızlığa teşebbüs açısından uygulanabileceğine hükümlenmiştir<sup>46</sup>.

Söz konusu tartışmayla ilgili olarak “malvarlığı zararının teşebbüs aşamasında kalan suçtan kaynaklanmış olduğu hipotez” ile “zararın gerçekleşmediği, ancak failin tamamlamayı hedeflediği suça ilişkin plana dahil olduğu hipotez” arasında bir ayırım yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Her ne kadar zarar suçun tamamlanma aşamasında ortaya çıksa da, birinci hipotezde olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suç ağır veya hafif bir zarara yol açmış ise, zararın miktarına ilişkin nitelikli haller uygulanabilir<sup>47</sup>. Zararın ortaya çıkmadığı, ancak suç planının bir parçası olduğu ikinci hipotez açısından da nitelikli hale teşebbüsten bahsedilebilir,

<sup>45</sup> Tredici, s. 4; Mezzetti, s. 513; Buna karşın Romano'ya göre İCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenen nitelikli haller teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından da geçerlidir, ancak yalnızca bütün kurucu unsurlarıyla var oldukları takdirde uygulanabilirler. Başka bir çözüm kanuni düzenlemeyle mümkün olabilir, ancak mevzuatın şu anki haliyle böyle bir uygulamaya izin verdiği söylenemez. Bu nedenle kısmen gerçekleşen ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını öngören veya gerçekleşmemiş olmasına rağmen tamamlanma halinde gerçekleşeceği kesin olan nitelikli hallerin uygulanmasını öngören kararlar isabetli değildir. Bkz. Romano, s. 565.

<sup>46</sup> Nitelikli halin manevi unsura ilişkin olduğu hallerde de nitelikli hale teşebbüs uygulanmalıdır. Örneğin bir suç işlemek için başka bir suçun işlenmesi söz konusu olduğunda. Bkz. Tredici, s. 4.

<sup>47</sup> Bu, zararın davranışın türüne ilişkin olduğu hallerde mümkündür, örneğin eşya üzerinde kuvvet kullanmanın ağırlaştırıcı sebep sayıldığı hallerde durum böyledir. Bkz. Calabria, s. 1362.

zira gerçekleşmeyen zararın gerçekleşen zararlarla eşit kabul edilemeyeceği tartışmasız olsa da, failin gerçekleştirmeyi amaçladığı zararın büyüklüğü, teşebbüsün özünü oluşturan tehlikenin büyüklüğünü gösterecek nitelikte olduğundan bunun da cezaya etki etmesi gerekir. Ancak, harici sebeplere, örneğin zararın tazminini bir indirim sebebi olarak düzenleyen nitelikli hallerde teşebbüs cezalandırılmaz, zira zararın tazmini suç fiilinden bağımsız olduğu için buna yönelik bir suç işleme planı olamaz<sup>48</sup>.

Öte yandan suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak nitelikli halin gerçekleşmediği hallerde nasıl bir uygulama yapılacağı da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira burada artık tamamlanmış bir suç söz konusu olduğu için, teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tereddütlüdür. Bu konuda doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için, her şeyden önce suça etki eden nedenlerin işlevi ve suça etkisinin ne olduğunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere suça etki eden nedenlerin işlevi bir yandan somut fiillerin değersizliği nazara alınmak suretiyle daha doğru ve hakkaniyete uygun bir ceza verilmesini sağlamakken, öte yandan da hakimnin cezanın belirlenmesi açısından sahip olduğu takdir yetkisini sınırlandırmaktır<sup>49</sup>.

Suç etki eden nedenler, suçun basit şekline eklenmek suretiyle o suç nitelikli hale getirirler. Dolayısıyla nitelikli suç olarak adlandırılan bu suç, yeni ve bağımsız bir suç değil, kanun doğrultusunda arızı unsurun eklendiği suçun farklı bir biçimini oluşturur. Nitekim TCK'nın zincirleme suç düzenleyen 43. maddesinde de “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” hükmüne yer verilmiştir. Ancak bazı hallerde, eklenen unsurun başka bir suçun kurucu unsuru mu yoksa suçun basit şeklini nitelikli şekline dönüştüren arızı bir unsur mu olduğunun tespiti kolay olmayabilir. Bu iki farklı duruma göre farklı uygulamalar söz konusu olacağı için belirlemeyi doğru yapmak gerekir<sup>50</sup>.

Belirtmek gerekir ki; genel suça etki eden nedenler ve harici suça etki eden nedenler açısından bu tespiti yapmak kolaydır; öte yandan kanunun

---

<sup>48</sup> Calabria, s. 1363.

<sup>49</sup> Mantovani, s. 407; Suça etki eden nedenler ve bunların tespitine ilişkin ölçütler için bkz. Vesile Sonay Evik, “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2-2007), s. 119 vd.

<sup>50</sup> Mantovani, s. 409.

cezanın indirilmesi veya artırılmasını öngördüğü hükümlerin de en azından kural olarak suça etki eden nedenleri düzenlediği söylenebilir. Ancak kanun metninin bu konuda bir açıklık içermediği durumlarda başka ölçütlere başvurulması kaçınılmazdır. Genel olarak ayırt edici ölçüt, suça etki eden nedenler ile suçun unsurlarının işlevi arasındaki farka dayanır. Nitekim kurucu unsurlar suç tipini belirlerken, diğerleri suç tipini değiştirmeyip, yalnızca suçun ağırlığını derecelendirirler<sup>51</sup>.

Doktrinde, bir hususun suça etki eden neden sayılması için, suçun basit şeklinde yer alan unsurları özelleştirmesi gerektiği savunulmaktadır. Bir başka ifadeyle, suça etki eden nedenler bu niteliğe sahip olmak için, basit hükümde yer alan benzer kurucu unsurlarla genellik-özellik ilişkisi içerisinde olmalıdır. Bu şekilde suçun bir gerçekleşme biçimi, onu daha ağır ya da hafif hale getiren bir ek unsur söz konusu olur. Örneğin hırsızlık suçunun adet gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi durumunda, böyle bir eşya taşınır mala nazaran daha özel bir durumu ifade ettiğinden suçun nitelikli halinden söz edilir<sup>52</sup>.

Buna karşın bir husus, suçun basit şeklinde yer alan bir başka unsuru özelleştirmek yerine değiştiriyorsa veya suçun unsurlarına ekleniyorsa, burada suça etki eden nedenden bahsedilemeyeceği savunulmaktadır. Eklenen husus, diğer tipte yer alan unsurlarla bağdaşmıyorsa veya onun bütün unsurlarına yabancı ise suça etki eden neden olamaz, zira bu bağdaşmazlık veya yabancılık suçun ağırlığı üzerinde bir etki doğurmaz, ancak başka bir suça vücut verir ve burada iki ayrı bağımsız suç tipi ortaya çıkar<sup>53</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, basit hal ile

---

<sup>51</sup> Mantovani, s. 410.

<sup>52</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, bu özel-genel ilişkisi zorunlu olmakla birlikte sorun çözmek açısından yeterli olmayabilir; zira benzer bir ilişki bağımsız suç tipleri arasında da söz konusu olabilir. Bu nedenle bu konudaki şüpheyi gidermek için *nomen juris* ölçütüne veya *sistematik yorum* yöntemine başvurmak da gerekebilir. Bkz. Mantovani, s. 410.

<sup>53</sup> Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun ağırlaştırıcı sebeplerden söz ediyor olmasına rağmen 583. maddedeki yaralama neticesinde ortaya çıkan ağır lezyonlara ilişkin düzenlemenin 582. maddeyi özelleştirmeyip tamamen farklı bir düzenleme getirdiği için başka bir suça vücut vereceği; yardım yükümlülüğünü ihlal sonucu yaralanma veya ölüm meydana gelirse, yani tehlike suçu zarar suçuna dönüşürse bunun ayrı bir suç olacağı savunulmaktadır. Bkz. Mantovani, s. 411.

nitelikli hal aynı suçun farklı görünüm biçimleri olduğundan, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Öte yandan, eklenen unsur bir başka suçun ortaya çıkmasına sebep oluyorsa artık o yeni suça teşebbüs söz konusu olacağından bir suçun nitelikli haline teşebbüs edilmesi söz konusu değildir<sup>54</sup>.

Bu husus Türk ceza hukuku açısından özellikle cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen biçimine teşebbüsün mümkün olup olmadığı açısından tartışılmıştır. Bu doğrultuda cinsel saldırı suçunda failin, vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal ettiği, ancak organ veya cismi elinde olmayan sebeplerle mağdurun vücuduna sokamadığında nasıl bir uygulama yapılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu konuda bir kısım yazar 102. maddenin ikinci fıkrasının cinsel saldırı suçunun nitelikli halini değil, ayrı bir suç tipini düzenlediğini kabul etmektedir<sup>55</sup>. Bu düşünceye itibar edilecek olursa, yukarıda verilen örnek

---

<sup>54</sup> Doktrinde suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak failin istediği ya da en azından göze aldığı ağır neticenin gerçekleşmediği hallerde, fail ağır neticenin gerçekleşeceğini hesaba katmış ve bunu göze almış, ancak ağır netice gerçekleşmemiş ise teşebbüsün söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Örneğin failin mağdurun yüzüne gözünü kaybedebileceğini göze alarak yumruk attığı, ancak yaralanan mağdurun gözünü kaybetmediği halde olduğu gibi. Bkz. Öztürk ve Erdem: s. 331; Suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda fikri içtima hükümleri doğrultusunda bir uygulama yapılması ve teşebbüs aşamasında kalan nitelikli halin cezası suçun temel şeklienden dolayı verilecek cezadan daha fazla ise nitelikli halden ceza verilmesi gerektiği hususunda bkz. Soner Demirtaş, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3-2021), s. 399.

<sup>55</sup> Bkz. Hafioğulları ve Özen, s. 157; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), s. 374; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, “mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık Orhan'ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadan olay mahallinden uzaklaştığı; şeklinde gerçekleşen ve oluşa uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu” gözetilmeden kurulan hükmü bozmuştur. Bkz. Y. 5. CD, E. 2008/335, K. 2008/3507, 15.4.2008, (www.lexpera.com); TCK md. 102/2 kapsamında ayrı bir suçun düzenlendiği görüşü ve bu suça teşebbüs ile ilgili tartışmalar için bkz. Efser Erden Tütüncü, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak

açısından kişinin ikinci fıkrada düzenlenen bu suça teşebbüsten cezalandırılacağında kuşku bulunmamaktadır. Ancak 102. maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin lafzından hareketle böyle bir sonuca varılması mümkün gözükmemektedir. Zira söz konusu fıkrada yer alan hüküm, her ne kadar suçun cezasında oransal bir artış yerine farklı bir ceza verilmesini öngörse de, bir önceki fıkrada düzenlenen fiilin bir işleniş biçimini cezalandırmaktadır. “Vücuda organ veya cisim sokmak” şeklindeki suça etki eden neden, suçun basit şeklinde yer alan “cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını ihlal etmek” şeklindeki davranışla bağdaşmaz nitelikte olmadığı gibi, o davranışın daha özel bir gerçekleştirilme biçimini ifade etmektedir. Bu itibarla, ikinci fıkrada cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinin düzenlendiği sonucuna varmak gerekmektedir<sup>56</sup>.

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesinin temel koşulu suçun tamamlanmamış olmasıdır. Bu nedenle suçun basit şeklinin tamamlandığı hallerde artık teşebbüs hükümlerinin uygulanmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu itibarla yukarıdaki örnekte eğer suçun basit şekli tamamlanmış, yani cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilmiş ise, bu davranışlar son tahlilde suçun nitelikli haline yönelik olsa dahi fail suçun basit şeklinden cezalandırılacaktır. Tabi ki bu durum, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Buna karşın failin davranışları suçun nitelikli şeklini gerçekleştirmek amacıyla ortaya konulmuş, ancak suçun basit şekli dahi henüz tamamlanmamış ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilebilir. Yeter ki, failin nitelikli hale vücut veren fiili gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinde ve davranışının, geldiği aşama itibarıyla, objektif anlamda cinsel saldırının nitelikli şekline yönelik olduğunda kuşku bulunmasın. Bir başka ifadeyle failin davranışı değerlendirilmek suretiyle nitelikli hal teşkil eden fiilin doğrudan doğruya icrasına başlandığı tespiti yapılabiliyorsa nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulması mümkündür<sup>57</sup>.

---

Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2- 2022), s. 619. vd.

<sup>56</sup> Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (Ankara: Savaş Yayınevi, 2022), s. 64; Anılan düzenlemenin bir nitelikli hal olmasına karşın, isabetli olmadığı ve fiilin bu şekilde işlenen biçiminin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), s. 139.

<sup>57</sup> Yargıtay, basit şekli tamamlanmış olsa dahi cinsel saldırının nitelikli şekline teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekte, ancak failin kastının organ sokmaya

#### IV. DEĞERLENDİRME

Sonuç itibarıyla suçun nitelikli şekline kural olarak teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir. Öncelikle suç yolunun geldiği aşama itibarıyla halihazırda ortaya çıkmış olan suça etki eden nedenlerin cezaya etki edeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Böyle bir durumda suça etki eden nedene dayanılarak cezada değişiklik yapılması kanunilik ilkesiyle çelişmediği gibi, tam aksine söz konusu ilkenin gereğidir, zira kanunda aksi düzenlenmediği takdirde gerçekleşen bir nitelikli halin müeyyidesini olaya uygulamak hakimnin görevidir. Dolayısıyla böyle bir durumda ceza nitelikli hale göre belirlendikten sonra teşebbüs hükümleri dolayısıyla bir indirim yapılarak sonuç cezaya hükmedilmesi gerekir.

Daha tartışmalı olan husus ise, yukarıda aktarıldığı üzere nitelikli halin gerçekleşmediği, ancak failin söz konusu nitelikli hali gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinin anlaşıldığı hallerde, nitelikli hale teşebbüsten ceza verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Belirtmek gerekir ki, TCK md. 35'te yer alan ve teşebbüsü düzenleyen hüküm suçun basit şeklini düzenleyen normla birleşerek yeni bir tip yaratabileceği gibi, suçun nitelikli şeklini düzenleyen normla birleşmek suretiyle başka bir kanuni tipe vücut vermesi de mümkündür. Teşebbüse ilişkin norm genel bir hüküm niteliğinde olduğundan, nitelikli halin özel veya genel olması arasında bu açıdan hiçbir fark bulunmamaktadır. Öte yandan henüz gerçekleşmeyen bir nitelikli hale

---

yönelik olduğunun ortaya konulmadığı ve elverişli hareketlerle nitelikli halin icrasına başlamadığı hallerde nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulamayacağı yönünde karar vermektedir. Bkz. Y. 14. CD, 2015/7457, K. 2019/8247, 14.3.2019; Y. 14. CD, E. 2018/7291, K. 2019/221, 14.1.2019, Gökçan ve Artuç, s. 1075, 1076; Maddenin Yargıtay kararları doğrultusunda uygulanması gerektiği hususunda bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017) s. 328; Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (55-2005), s. 261; Vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleşmesiyle teşebbüs alanına girilmiş olacağı, bu doğrultuda TCK md. 102/2 çerçevesinde icra hareketlerine başlandığından söz edilebilmesi için failin mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranış gerçekleştirmesinin şart olmadığı hususunda bkz. Erden Tütüncü, s. 639; 102. maddenin ikincisi fıkrasında cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği ve yalnızca gerçekleşmesi halinde uygulanabileceği, nitelikli hal tamamlanmamış ise bu durumun temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacağı hususunda bkz. Koca ve Üzülmöz, s. 344.

ilişkin hükmün cezaya etki etmesinde kanunilik ilkesi açısından da bir sakınca bulunmamaktadır, zira teşebbüse ilişkin 35. maddenin işlevi henüz tamamlanmayan tipik fiillerden dolayı faili sorumlu tutabilmek amacıyla ceza sorumluluğunun sınırlarını genişletmektir. Hiç şüphesiz bu işlev suçun nitelikli hali açısından da geçerlidir.

Burada önemli olan nitelikli hale teşebbüs edilip edilmediği tespit edilirken teşebbüsün koşullarının nitelikli hal açısından var olup olmadığına ortaya konulmasıdır. Dolayısıyla “suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına” başlanıp başlanmadığı tespit edilirken, suçun basit şeklinde yer alan fiilin değil, nitelikli halinde yer alan fiilin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu itibarla eğer failin davranışlarının geldiği aşama itibarıyla nitelikli hale yönelik olduğunda kuşku yoksa, fail tarafından gerçekleştirilen davranış nitelikli hali meydana getirmeye elverişli ise, teşebbüsün maddi unsuru gerçekleşmiş demektir. Ayrıca teşebbüs hükümlerinin uygulanması için failin doğrudan kasıtlı hareket etmesi gerekli olduğundan, kastının nitelikli hali kapsamı da şarttır. Aksi takdirde nitelikli hale teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir<sup>58</sup>.

Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi'ne göre bir davranışın suça teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilmesi için bunu oluşturan hareketlerin yönünün objektif olarak değerlendirilmesi ve ulaşacağı sonucun ne olduğunu, hareketin buna elverişli olup olmadığını tespit etmek için hipotetik bir öngörünün formüle edilmesi zorunludur. Eğer bu şekilde öngörülen sonuç kanun tarafından bir ağırlştırıcı ya da hafifletici neden olarak düzenlenmiş ise, failin suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Teşebbüs açısından failin kısmen de olsa icra etmediği harekete ilişkin nitelikli hallerin nazara alınmayacağı konusunda görüş birliği vardır. Örneğin eşya üzerinde şiddet uygulamaya başlamayan kişinin bu şekilde işlenen nitelikli hırsızlıktan sorumlu tutulması düşünülemez. Bkz. Beltrani, s. 91; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, s. 420, 421; Koca ve Üzülmüş, s. 438; Olası kasıtlı teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanamayacağı hususunda bkz. Tuğrul Katoğlu, “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, (Ankara: 2015); s. 620, 621; Türkan Yalçın, Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019); Mustafa, Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), s. 530, 531; olası kasıtlı işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi gerektiği hususunda bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021).

<sup>59</sup> Beltrani, s. 94.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından da benzer şekilde düşünmek gerekmektedir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşan suç, bağımsız bir suç niteliğindeyse, diğer koşulların da varlığıyla birlikte ağır netice ortaya çıkmamış olsa dahi teşebbüsten söz edilebilir. Buna karşın nitelikli halin ağır netice nazara alınmak suretiyle düzenlendiği hallerde ise, suçun nitelikli haline teşebbüs konusundaki prensiplere göre bir uygulama yapılması gerekir. Dolayısıyla örneğin failin yaralamaya teşebbüs niteliğindeki davranışının mağdurun organlarından birinin işlevini yitirmesi amacıyla gerçekleştirildiği tespit edilebiliyor ve geldiği aşama itibarıyla bu sonuca yöneldiğinde kuşku bulunmuyorsa, failin nitelikli yaralamaya teşebbüsten cezalandırılması gerekir<sup>60</sup>.

Benzer şekilde davranışın suçun hafifletilmiş şekline yönelik olduğunda kuşku bulunmuyorsa yine nitelikli hale teşebbüsten ceza verilmelidir. Yani failin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralama suçuna<sup>61</sup> veya sarkıntılık düzeyinde kalan bir cinsel saldırıya teşebbüs etmesi mümkündür<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Akbulut, s. 733; Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan söz edilebilmesi için sonucun doğrudan istenmemiş olması gerektiği, bu nedenle bu tür suçlara teşebbüsün söz konusu olamayacağı, ancak buna imkan veren bir düzenlemenin kanuna konulması gerektiği hususunda bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, “Kasten Yaralama Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan (Ankara: 2015) s. 647, 648; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (İstanbul: Beta 2020), s. 471.; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta, 2019), s. 512; Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda kast+kast kombinasyonu söz konusu olduğunda ağır netice gerçekleşmemiş olsa dahi buna teşebbüsün mümkün olduğu hususunda bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017); Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (21-2016 ), s. 405.

<sup>61</sup> Toroslu ve Toroslu, Özel Kısım, s. 49; Tezcan, Erdem ve Önok: s. 264; “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, sanık Mevlit’in olay sırasında katılana taş attığı, ancak isabet ettiremediği anlaşılınca, eyleminin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle cezasında TCK’nin 35. maddesi gereğince indirim yapılırken, temel cezanın TCK’nin 86/2, 86/3-e maddeleri gereğince belirlenmesi gerektiği gözetilmeden” hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiği hususunda bkz. Y. 3.CD, E. 2017/20600; K. 2018/16307, 31.10.2018. Karar için bkz. Gökçen ve Artuç, s. 1070; Aksi yönde bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 648.

<sup>62</sup> Örneğin failin mağdurun vücuduna dokunmaya çalıştığı esnada, üçüncü kişilerin faili engellemesi ya da mağdurun kaçması nedeniyle mağdura dokunamaması durumunda sarkıntılık teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, s.

Bu noktada, manevi unsur açısından ortaya çıkabilecek farklı durumların göz önünde bulundurulması şarttır. Nitekim TCK'nın 23. maddesi uyarınca sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda, ağır neticeden failin sorumlu tutulması için en azından taksirli olması gerekli ve yeterlidir. Ancak yukarıda ortaya konulduğu üzere teşebbüsün varlığından söz edilebilmesi için, failin ağır neticeyi gerçekleştirme kastıyla hareket etmesi gerekir. Bilindiği üzere bir kısım sonucu nedeniyle ağırlaşan suçta failin sonucu kastetmiş olmasıyla ağır sonuca taksirle sebep olması arasında bir fark yoktur, her iki halde de fail yalnızca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumlu olacaktır. Bir kısım sonucu nedeniyle ağırlaşan suç yönünden ise failin ağır neticeyi gerçekleştirme kastıyla hareket etmemiş olması gerekir. Eğer böyle bir kast söz konusu ise fail neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan değil, işlemeyi kastettiği suçtan sorumlu olacaktır. İşte bu ikinci gruba giren neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira fail ağır sonucu gerçekleştirme kastıyla hareket etmemişse teşebbüsün manevi unsuru gerçekleşmemiştir, neticeyi gerçekleştirme kastının varlığı halinde ise fail başka bir suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır<sup>63</sup>. Dolayısıyla TCK md. 87/4'te düzenlenen ölüm sonuçlu yaralama açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü failin öldürme kastı olduğunda, kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekecek, doğrudan öldürme kastı bulunmayan hallerde ise ağır netice açısından teşebbüsün koşulları gerçekleşmemiş olacaktır<sup>64</sup>.

Suçun nitelikli halinin gerçekleşmiş olmadığı, ancak basit şeklinin tamamlandığı hallerde de, daha önce ifade edildiği üzere teşebbüs hükümlerinin uygulanması, suçun nitelikli haline bağımsız bir suç özelliği atfedilmedikçe mümkün değildir. Dolayısıyla suçun basit şekli tamamlanmış, ancak nitelikli hali teşebbüs aşamasında kalmış ise mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yalnızca suçun basit şeklinden ceza verilmesi gerekecektir. Elbette ki, bu durum temel cezanın belirlenmesinde nazara alınabilir.

---

324; Y. 14. CD 2015/8942, K. 2019/8556, 27.3.2019 bkz. Gökcan ve Artuç, s. 1075. Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olmadığı, zira suçun bu düzeyde kalıp kalmadığının suçun tamamlanmış şeklinde göre belirleneceği hususunda bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 344.

<sup>63</sup> Akbulut, s.734; Aksoy, 182, 183.

<sup>64</sup> Gökçen, Balcı, s. 405.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TCK'nın cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. maddesi de suçun nitelikli halleriyle teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanmasına elverişlidir. Zira anılan maddeye göre sonuç cezaya ulaşmak için hakim önce temel cezayı belirleyecek, sonrasında gerektiği takdirde olası kast ve bilinçli taksir hükümlerini uygulayacak, ardından nitelikli hallere ilişkin artırım ve indirimleri yapıp ortaya çıkan ceza üzerinde teşebbüs hükmü doğrultusunda indirim yapacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Aksoy, Pervin. Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2003.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Beltrani, Sergio. Il delitto Tentato. Padova: Cedam, 2003.
- Calabria, Arianna. “Considerazioni Sul Delitto “Tentato Circostanziato”, “Circostanziato Tentato”, Circostanziato Tentato Circostanziato”, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, XXXIII, (4-1990): 1354-1390.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta, 2020.
- Delpino, Luigi e Rocco Pezzano. Diritto Penale, Parte Generale. Napoli: Simone, 2021.
- Demirtaş Soner, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3-2021): ss. 379-427.
- Diamanti, Francesco. “Sulla Circostanza Che Non C’è. Limiti Teorici e Problemi Pratici Di Un’Invenzione Ermeneutica, L’indice Penale”. Nuovissima Serie, (1-2, 2015): ss. 73-97.
- Doğan, Koray. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Evik, Vesile Sonay. “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. (2-2007): ss. 119-133.
- Erden Tütüncü, Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 24, (2-2022), ss. 619-672.
- Fiore, Carlo e Stefano Fiore. Diritto Penale, Parte Generale. Torino: Utet, 2020.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (21-2016 ): ss. 369-412.

- Gökçan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. Türk Ceza Kanunu Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Grosso, Carlo Federico, Marco Pelissero, Davide Petrini e Paolo Pisa. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2017.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler. Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Katoğlu, Tuğrul. “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan. Ankara: 2015, ss. 611-627.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. “Kasten Yaralama Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara: 2015, ss. 639-987.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Manna, Adelmo. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2021.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale. Padova: Cedam, 2013.
- Mezetti, Enrico. Diritto penale, Casi e Materiali. Bologna: Zanichelli, 2020.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özen, Mustafa. Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özocak, Gürkan. Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Francesco, Palazzo. Corso di Diritto Penale, Parte Generale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.
- Pulitanò, Domenico. Diritto Penale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.

- Romano, Mario. *Commentario Sistematico del Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 1995.
- Yokuş Sevik, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (55-2005): ss. 243-282.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. İstanbul: Kazancı Kitap, 1994.
- Sözuer, Adem. *Suç Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Taner, Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 14. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Tozman, Önder. *Suç Teşebbüs*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Tredici, Stefania. “La Compatibilità Tra Tentativo e Attenuante del Danno di Speciale Tenuità nei Delitti Contro Il Patrimonio”. [www.iustiniere.it](http://www.iustiniere.it). (Erişim tarihi: 02.01.2023).
- Yalçın, Türkan ve Timuçin Köprülü. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.

