



Cilt: 11 | Sayı: 1
Temmuz 2023

*Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE'nin
Anısına Armağan*



Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Rektörlüğü Adına
Rektör Prof. Dr. Hamza AL

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

İletişim Adresi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Esentepe Kampüsü
54187, Serdivan / SAKARYA
Tel: +90 (264) 295 70 54
Faks: +90 (264) 295 70 53
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

Sayfa / Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

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

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Eylül 2023

ISSN

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
yılda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan,
ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan,
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

EDİTÖR KURULU

- Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mariam JIKIA (*Gürcistan Teknik Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sophio DEMETRASHVİLİ (*Gürcistan Teknik Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nana ROSEPASHVİLİ (*Gürcistan Teknik Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ketevan JINCHARADZE (*Gürcü-Amerikan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Larisa VASİLESKA (*St. Kliment Ohridski-Bitola Üniversitesi*)

YAYIN KURULU ÜYELERİ

- Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör ve Etik Editörü*)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör ve İstatistik Editörü*)
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN (*Yabancı Dil Editörü*)
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN (*Türkçe Dil Editörü*)
Arş. Gör. Rümeyza DEMİR (*Türkçe Dil Editörü*)
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU (*Ön Kontrol Editörü*)

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yayın İlkeleri

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulunun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında, bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, ilettiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar "Microsoft Word" programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
8. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %20'nin üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirme yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazımın hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurulur.
10. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

Yazım Kuralları

1. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale başlığı sayfa ortalanarak Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.
3. Dergiye gönderilecek makalelerde Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak “Öz” ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine Sadece İlk Harfleri Büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.
4. Metin içerisinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.
5. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına yer verilmelidir.
6. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri 12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.
7. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır.
I. BİRİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM
A. İKİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM (A, B)
1. Üçüncü Derecede Alt Bölüm (1, 2)
a. Dördüncü Derecede Alt Bölüm (a, b)
aa. Beşinci Derecede Alt Bölüm (aa, bb)
aaa. Altıncı Derecede Alt Bölüm (aaa, bbb)
aaaa. Yedinci Derecede Alt Bölüm (aaaa, bbbb)
8. Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar hâlinde eklenmelidir. Dipnotlar 10 punto kullanılarak, 1 satır aralıklı olarak ve iki yana yaslanmış şekilde yazılmalıdır. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak verilmelidir. Makalelerde yapılan atıflar İSNAD 2. Edisyon atf sistemine uygun olarak yapılmalıdır. Atıf örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon-Dipnotlu Online Kılavuz’a bakılmalıdır. (1 Temmuz 2022 tarihinden sonra gönderilen makaleler için geçerlidir.)
9. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynaklara yer verilmelidir. Kaynakça İSNAD 2. Edisyon’a uygun şekilde oluşturulmalıdır. Kaynakça örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz’una bakılmalıdır. (1 Temmuz 2022 tarihinden sonra gönderilen makaleler için geçerlidir.)
10. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.

Makale Değerlendirme Süreci

Makale Gönderme Aşaması

1. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınlanmak üzere hazırlanan çalışmalar, **DergiPark** üzerinden sisteme yüklenerek dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar **DergiPark** üzerinden yürütülmektedir.
2. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eserin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

Makale Ön İnceleme Aşaması

4. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "iThenticate" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı **en fazla %20** olabilir. İntihal/benzerlik oranı %20'nin üzerinde olan eserler, doğrudan yayın kurulu tarafından reddedilir.
5. İntihal/benzerlik incelemesinden geçen eserler yayın ilkelerinde belirtilen şartlar bakımından yayın kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında tespit edilen eksikliklerin eser sahipleri tarafından **15 gün içinde** tamamlanması gerekir. Aksi takdirde, yayın kurulu eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

6. Dergide yayınlanması talebiyle gönderilen eserler, kör hakemlik sistemiyle belirlenen **iki hakemin olumlu görüşü alınmaksızın** ya da hakemler tarafından önerilen **düzeltilmeler yerine getirilmeksizin** yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.
7. Hakemlere değerlendirme için tanınan süre **30 gün** olup bu süre zorunluluk halinde **15 gün** daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü tarafından yeni bir hakem ataması yapılacaktır.
8. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre **15 gündür**. Eser sahibinin süresi içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, yayın kurulu eseri reddetme hakkına sahiptir.

Telif Hakları Bildirimi

Dergimize makale gönderen yazarlar, dergimizin online sistemine çalışmalarını yüklerken aşağıda belirtilen **teelif hakkı sözleşmesini okurlar ve onaylarlar**. Yazarlar kutucuğu **onayladıklarında** telif hakkı uyarı metnini kabul etmiş sayılırlar.

Telif Hakkı Bildirim Metni

Yazar(lar);

- a) Sunulan makalenin, yazar(lar)ın özgün çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
- b) Tüm yazarların bu çalışmaya bireysel olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
- c) Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
- d) Makalenin başka bir yerde yayınlanmadığını veya yayınlanmak için sunulmadığını,
- e) Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan telif haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.

Yazarlar, CC BY-NC lisansı kapsamında çalışmalarını dergiye göndererek aşağıdaki şartları kabul etmiş sayılırlar:

- 1) Yayımlanan makalenin telif hakları yazarına aittir.
- 2) Yazarlar, bu Dergiye, makaleyi yayınlaması ve kendisini orijinal yayıncı olarak tanımlaması için yetki verir.
- 3) Yazarlar, orijinal yazarları ve alıntı ayrıntıları tanımlandığı sürece, herhangi bir üçüncü kişiye makaleyi özgürce kullanma hakkı verir.
- 4) Bu lisanstaki hiçbir şey, bir yazarın çalışmalarının bütünlüğünü ve sahipliğini koruma hakkını bozmaz veya kısıtlamaz.
- 5) Makale ilgili tüm ticari haklar, yazarlara aittir.

Derginin yayımlanan makaleleri, **Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır.** Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

CC BY-NC 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>

Lisans şartlarını yerine getirdiğiniz sürece, lisans sahibi bu özgürlükleri (belirtilen hakları) iptal edemez.

Yazarlar çalışmaları ile ilgili aşağıdakilerini yapmakta özgürdür.

- 1) Paylaş: Eseri her ortam veya formatta kopyalayabilir ve yeniden dağıtabilirsiniz.
- 2) Uyarla: Karıştır, aktar ve mevcut eserin üzerine inşa et

Aşağıdaki şartlar altında:

- 3) Atıf: Uygun referans vermelidir, lisansa bağlantı sağlamalı ve değişiklik yapıldıysa bilgi vermelisiniz. Bunları uygun bir şekilde yerine getirebilirsiniz fakat bu, lisans sahibinin sizi ve kullanım şeklinizi onayladığını göstermez.
- 4) Gayri Ticari: Bu materyali ticari amaçlarla kullanamazsınız.

Ek sınırlamalar yoktur: Lisansın sağladığı izinlerin kullanımını kanunen kısıtlayacak yasal koşullar ya da teknolojik önlemler uygulayamazsınız.

Bu dergide yayımlanan makaleler LOCKSS'de dijital olarak arşivlenir. LOCKSS sistemi, bu erişim Arşiv Birimi'ni toplama, koruma ve sunma iznine sahiptir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SHD)'nde takip edilen yayın süreçleri, bilginin tarafsız ve saygın bir şekilde gelişimine ve dağıtımına temel teşkil etmektedir. Bu doğrultuda izlenen süreçler, yazarların ve yazarları destekleyen kurumların çalışmalarının kalitesine doğrudan yansımaktadır. Hakemli çalışmalar bilimsel yöntemi somutlaştıran ve destekleyen çalışmalardır. Bu noktada sürecin bütün paydaşlarının (yazarlar, okuyucular, araştırmacılar, yayıncı, hakemler, editörler) etik ilkelere yönelik standartlara uyması önem taşımaktadır.

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SHD) yayın etiği kapsamında tüm paydaşlarından aşağıdaki etik sorumlulukları taşımasını beklemektedir.

Aşağıda yer alan etik görev ve sorumluluklar, açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayınlanan rehberler ve politikalar dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Hakemli dergide bir makalenin yayımlanması uyumlu ve saygı duyulan bilgi ağının gelişmesinde gerekli bir temel yapı taşıdır. Hakemli makaleler bilimsel metotları destekler ve şekillendirir. Bu yüzden beklenen etik davranışların standartlarında anlaşmaya varmak yayımlama ile ilgili tüm taraflar, yazar, dergi editörü, hakem ve yayımcı kuruluşlar için önemlidir.

1. Etik İlkeler
2. Yayın Politikası

başlıklarına “<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd/policy>” adresinden erişim sağlayabilirsiniz.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Adi Yazılı Şeklin Gerçekleşmiş Sayılması İçin Faksın Teyidini Kim ve Hangi Yolla Yapar?

By Whom and How to Approve the Fax for the Simple Written Form to be Complete?

Prof. Dr. Burak ÖZEN 17

Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar

Written Evacuation Promise in Lease Contracts Regarding Residence and Roofed Workplace and the Problems That Could Faced in Practice

Prof. Dr. İpek SAĞLAM..... 29

Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları

Artificial Intelligence in Autonomous Vehicles, Processing of Personal Data and Its Results

Prof. Dr. Şafak NARBAY - Şerife Nur KİRAZLI 49

Yönetim Kurulu Üyelerinin Kusursuz Sorumluluğu

The Strict Liability of the Members of the Board of Directors

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN - Arş. Gör. Rumeysa Betül YILDIRIM 67

İşçinin Ölümü veya Gaipliğinin İş Sözleşmesine Yönelik Sonuçları

Consequences of the Employee's Death or Absence to the Employment Contract

Dr. Öğr. Üyesi Arkin GÜNAY 113

Uluslararası Korumada Çok Vatandaşlık Meselesine Genel Bakış

A General Overview of the Problem of Multiple Nationality in International Protection

Dr. Öğr. Üyesi Belkis VURAL ÇELENK 143

Sosyal Medya Platformları Aracılığıyla Paylaşılan Reklamların İdari Yönden Denetimine Dair Düşünceler

Thoughts on Administrative Control of Advertisements Shared via Social Media Platforms

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR 165

Akıllı Sözleşmelerin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Smart Contracts in terms of General Transaction Conditions

Dr. Öğr. Üyesi Özge BÖLÜKBAŞI 191

Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması

Addressing the Legal Status of Disappeared in the Earthquake in terms of Absence and Presumption of Death

Dr. Öğr. Üyesi Özlem SARI FİDAN 219

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinde Birinin İleri Sürdüğü Zamaşımı Def'inin Diğerine Sirayeti (Karar İncelemesi) <i>Spread of Prescription Plea Asserted by One in the Relationship between Primary Contractor and the Subcontractor (A Review of Judgment)</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR	237
İşletme Toplu İş Sözleşmelerinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar <i>Practice Problems Created by Enterprise Collective Contracts</i>	
Dr. Banu DENİZLİ ÖZTÜRK.....	257
Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması <i>The Deterioration in the Financial Situation of Cooperatives</i>	
Dr. Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM.....	285
Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Görevden Alınması Açısından Haklı Sebep Unsurunun Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri Bakımından Değerlendirilmesi <i>The Evaluation of the Dismissal for Just Cause of a Member of the Board of Directors of Joint Stock Companies Partnership with regard to the Regulations in the Turkish Commercial Code</i>	
Av. Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR	301
Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi <i>Within the Framework of the Principle of Publicity, the Right to Privacy, the Right to Information and the Concept of Personal Data, The Review of Real Person's Records in the Land Registry</i>	
Dr. Tuğçem SEÇER	341
Sözleşmenin Rızaî Devri ile Amaçlanan Sonuçları Elde Etmek için Roma ve İslâm Hukuku'nda Kullanılan Hukukî Müesseseler <i>Legal Instruments Used in Roman and Islamic Law to Achieve the Intended Results of the Voluntary Assignment of the Contract</i>	
Arş. Gör. Emrah GÖKMEN.....	357
Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m.344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler <i>Provisions Applicable to the New Rental Price Determined by the Parties by Exceeding the Limitation in Article 344 of the Turkish Code of Obligations While the Contractual Relationship Continues in the Residential and Commercial Premises Rental Agreement</i>	
Arş. Gör. Murat AKDİ.....	377
Kiralananın Geri Verilmesi Kapsamında Kiraya Verenin Gözden Geçirme ve Kiracıya Bildirme Külfetleri <i>The Duty to Inspect and Notify of the Lessor within the scope of Return of the Leased Property</i>	
Av. Esra DURSUN.....	403

KAMU HUKUKU**Ceza Muhakemesi Kanunu 133. Madde Uyarınca Verilen Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atanmasına Dair Kararın Kaldırılmasına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi**

Evaluation of the Jurisdiction's Decision to Remove the Decision on the Appointment of a Trustee for the Management of the Company According to Article 133 of Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM 445

Kripto Paranın Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu ve 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği Bağlamında Vergilendirilmesi

Cryptocurrency Taxation under the United States Government Internal Revenue Service (IRS) Notice 2014-21 and Revenue Ruling 2019-24

Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM 469

Hukukun Teleolojisi

Legal Teleology

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER 495

Rusya'nın Ukrayna'ya Yönelik Silahlı Saldırıları İçin İleri Sürdüğü Gerekçelerin Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirmesi

Review of the Justifications Put Forward by Russia for Its Armed Attacks on Ukraine in context of International Law

Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR 519

Uluslararası Örgüt Olarak Güney Amerika Ortak Pazarı (MERCOSUR): Ulusüstü Yapıya Dönüşme Düzleminde Avrupa Birliği ile Mukayeseli Bir İnceleme

The Southern Common Market (MERCOSUR) as an International Organization: A Comparative Review with the European Union within the Transformation to the Supranational Organization

Dr. Öğr. Üyesi Sezercan BEKTAŞ - Arş. Gör. Görkem KAYACIK 551

Dolandırıcılık Suçunun Basın ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m.158/1-g)

Committing the Fraud Crime by Benefiting from the Convenience Provided by the Press and Broadcasting Tools (TPC, Art.158/1-g)

Dr. Öğr. Üyesi Zahit YILMAZ 595

Ukrayna ve Hollanda/Rusya Kabul Edilebilirlik Kararı Doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yetki Yaklaşımına İlişkin Analiz

An Analysis of the European Court's Approach to Extraterritorial Application in the light of the European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v. Russia

Arş. Gör. Dr. Ceren KARAGÖZOĞLU 633

Retributive or Restorative?: A Descriptive Research on the Criminal Justice Understandings of Law Enforcements in Istanbul <i>Cezalandırıcı mı yoksa Onarıcı mı?: İstanbul'da Çalışan Hukukçuların Ceza Adaleti Anlayışları Üzerine Betimsel Bir Çalışma</i> Res. Asst. Dr. Gülçin CEBECİOĞLU	653
T.C. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında İdarenin Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluğu <i>Administrative Liability Arising from Neglect of Duty in Decisions on Individual Applications by the Constitutional Court of the Republic of Türkiye</i> Arş. Gör. Cihan YAYLAK - Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM	675
Deepfake Technology: A Criminological Literature Review <i>Deepfake Teknolojisi: Kriminolojik Bir Literatür Taraması</i> Fatih ARSLAN	701
Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğü ve İhlali Halinde İlgililerin Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerine Değerlendirme <i>Evaluations on the Obligation of Reporting Suspicious Transaction and the Criminal Liability of the Related Persons in case of Breach of the Obligation</i> Uğur YAZICI	721

ÖN SÖZ YERİNE

İlk sayısı 2013 yılı Temmuz ayında çıkarılmış olan ve 2022/1 sayısı ile birlikte TR-Dizin Endeksinde taranmaya başlayan ve yılda ikiz kez elektronik ortamda yayımlanarak, her geçen gün büyük bir teveccüh kazanan ulusal hakemli Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergimizin bu sayısını 8 Temmuz 2022 tarihinde ebedi âleme göç ederek aramızdan ayrılan Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Merhum Hocamız Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE Armağanı olarak yayımlama kararı almış ve bütün akademik camiaya bunun duyurusunu yapmıştık. Toplam 28 (yirmi sekiz) makalenin yer aldığı Armağan sayımıza 32 (otuz iki) bilim insanı katkı sundular. Kendilerine bu vesile ile teşekkür ediyorum.

Merhum Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 15.12.2011 tarihinde araştırma görevlisi olarak medeni hukuk anabilim dalında göreve başlamış olup; 16.02.2016 tarihinde Yardımcı Doçent Doktor kadrosuna atanmıştır. 11.05.2017-28.09.2018 tarihleri arasında Dekan Yardımcılığı görevini yürütmüş olan Merhum Hocamız; Fakültemiz bünyesinde birçok kurul ve komisyonda da sorumluluk üstlenmiş ve ayrıca Rektörlük nezdinde de katkılar sunmuştur. Kaleme aldığı bilimsel nitelikli çalışmaları ile alanında bilinen bir öğretim üyesi olarak temayüz etmiş olan Merhum Hocamız 28.08.2019 tarihinde Doçent unvanını elde etmiş ve 04.03.2021 tarihinde de Fakültemizde Medeni Hukuk Anabilim Dalında Doçent kadrosuna atanmıştır.

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine katıldığım 2019 yılının Eylül ayı ortalarında, merhum Hocamızın hastalığı nedeniyle tedavi süreci devam ediyordu. Yaklaşık 1,5 yıl kadar devam eden bu süreçte kendisi ile yüz yüze gelebilme imkânımız olmamıştı. Ancak Dekanlık olarak, tedavisinin olumlu sonuçlanabilmesi adına her türlü yönetsel desteği sunmaya gayret ettik. Nitekim 2021-2022 yılı yaz okulu döneminde fiilen aramıza dönmesi, öğrencileri ile tekrar bir araya gelmesi bizi oldukça mutlu kılmış ve sağlığı adına umudumuzu çok artırmıştı. Ancak hastalığının kısa bir süre sonra yeniden nüksetmesi sonucunda tekrar hastaneye yatmak ve ameliyat olmak durumunda kalan Merhum Hocamız, uzun süre tedavi görmüş, maalesef hastalığı iyileşmemiş ve 8 Temmuz 2022 tarihinde vefat etmiştir. Kendisine bu vesile ile Yüce Allah'tan bir kez daha Rahmet diliyor; geride kalan Eşi ve iki Kızına sağlık, huzur ve sabır diliyorum.

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı olarak Merhum Hocamızın Fakültemize ilk yıllarından hastalığının nüksettiği tarihe kadar geçen sürede verdiği katkılara küçük de olsa bir karşılık vermek; kurumsal hafızada yer edindirmek ve unutturmamak adına 1 Numaralı Amfimize, Üniversitemiz Senatosunun oybirliği ile verdiği destekle Merhum Hocamızın adını verdik. Şimdi de bu Ar-

mağan ile Merhum Hocamızın adının bilim dünyasında da kalıcı hale gelmesine vesile olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Bu sürecin işletilmesinde görev alan, katkı sunan başta Makalelerini gönderen bütün akademisyenlere, Dergimizin Baş Editörlüğünü yürüten Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK'a, Yayın Kurulumuzun değerli üyelerine de ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Hepimizin bir gün bu fani dünyadan göç edeceği gerçeği karşısında, iyiliklerle anılmayı, güzel işlere imza atmayı kendisine ilke edinmiş bir akademisyen olarak yazıma Merhum Aşık Veysel ŞATIROĞLU'nun sözleri ile son verirken, Merhum Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE Hocamızı unutmadığımızı, hatırladığımızı, inşallah hep hatırlayacağımızı ifade etmek istiyorum.

“ ...

Can bedenden ayrılacak
Ütmez baca yanmaz ocak
Selam olsun kucak kucak
Dostlar beni hatırlasın

Gün ikindi akşam olur
Gör ki başa neler gelir
Veysel gider adı kalır
Dostlar beni hatırlasın”.

Prof. Dr. Şafak NARBAY
Esentepe Kampüsü
Serdivan-SAKARYA

ÖZEL HUKUK



Adi Yazılı Şeklin Gerçekleşmiş Sayılması İçin Faksın Teyidini Kim ve Hangi Yolla Yapar?^(*)

By Whom and How to Approve the Fax for the Simple Written Form to be Complete?

Prof. Dr. Burak ÖZEN^(**)

Öz

TBK m. 14 f. 2 adi yazılı şeklin gerçekleşmesi için alternatif yollar önermektedir. Bu yollardan biri de teyit edilmiş faks iletilisidir. Faks iletilerinde teyidin nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır. Bir görüş teyidi faksı alanın yapacağını söylemektedir. Diğer görüş, teyidin faksı gönderen tarafından yapılacağı fikrini benimser. Bu çalışmada teyidin faksı alan tarafından yapılması gerektiği düşüncesi yönünde tavır alınmıştır. Faksı gönderen tarafından yapılan teyidin özel bir yolla gerçekleşmesi gerekliliği üzerinde de ayrıca durulmuştur. Buna göre, beyan sahibi, öncelikle, el yazısıyla imzasını içeren yazılı bir metin oluşturmaktadır. Sonra el yazısıyla imzasını içeren bu orijinal metni faks yoluyla karşı tarafa göndermelidir. Bir sonraki adım olarak, ıslak imzalı orijinal metin faks alıcısına ayrıca gönderilmelidir. Orijinal metnin gönderilmesi önceden faks yoluyla iletilen beyanın teyidi anlamına gelir. Böylelikle faks yoluyla iletilen beyanın gerçekliği ve beyan sahibinin kimliği doğrulanmış olur. Üstelik karşı taraf ispat açısından değer taşıyan bir belge elde etmiş olur.

Anahtar Kelimeler

Adi Yazılı Şekil, El Yazısıyla İmza, Faksın Teyidi, İrade Beyanı, Beyan Sahibi.

Abstract

Article 14/2 of TCO provides alternative ways for the realisation of regular written form. The approved fax message is one of them. There is a controversy on how the approval is made. A point of view states that the approval is made by the party receiving the fax message. Another point of view embraces the idea that the approval should be made by the party sending the fax message. We are in favor of the second opinion. The approval of the party sending the fax message should

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 05.06.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 03.07.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1310158

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): burak.ozen@marmara.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-5558-0135>

be performed in a specific manner. The mentioned party must primarily create a text that includes a hand written signature. Then this text should be transferred to the other party via fax message. Followingly the original text containing the hand written signature must seperatly be delivered to the receiving party. Sending out the original text means it is an approval of the below mentioned fax message. Through this procedure the authenticity of the declaration and the identity of the sender is confirmed. The document reaching to the other party has also a proof value.

Keywords

Ordinary Written Form, Hand Written Signature, Approval of the Fax Message, Declaration of Will, Owner of Declaration.

I. ADİ YAZILI ŞEKLİ GERÇEKLEŞTİREN ALTERNATİF YOLLAR (TBK M. 14 F. 2) VE EL YAZISIYLA İMZA İKAMELERİ (TBK M. 15)

Adi yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından, sözleşmeyle borç altına girenlerin irade beyanları yazılı şekilde yapılmalıdır. Beyan sahibinin yazılı olarak yapacağı beyanını el yazısıyla imzalaması gerekir. Bu gerekliliği belirten TBK m. 14 f. 1'i takiben, aynı hükmün ikinci fıkrası şu ilginç düzenlemeyi getirmektedir: *“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer”* Bu düzenlemede yer verilen hâller (güvenli elektronik imza ile gönderilen metinler bir tarafa) el yazısıyla imza kuralının istisnasını oluşturmazlar. Tam aksine bu kuralın teyidinden ibarettirler.

Adi yazılı şekle uygun olarak kurulacak bir sözleşme söz konusuysa, sözleşmeyle borç altına girenlerin iradelerinin yazılı olarak açıklanması gerektiğini söylemiştik. Ne var ki, tarafların yazılı olarak yapacağı irade açıklamalarının aynı belgede cisimleşmesi aranmaz. Borç altına giren taraflardan her biri tarafından yapılacak yazılı irade açıklamaları ayrı belgelerde yer alabilir. Tipik örnek her bir tarafın yazılı irade açıklamasının diğer tarafa gönderdiği mektupta yer almasıdır. Öte yandan sözleşme metninin iki nüsha olarak hazırlanması, her bir tarafın nüshalardan birini imzalaması ve imzaladığı nüshayı karşı tarafa vermesi, adi yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Yazılı metnin nasıl ve kim tarafından, hangi dilde oluşturulduğu da önemli değildir. Yazılı metin şu veya bu kişi tarafından oluşturulmuş olabileceği gibi, bilgisayar çıktısı olabilir. Yine yazılı metin şu veya bu dil kullanılarak biçimlendirilebilir. Çözülmesi mümkün olan yapay bir dilin veya sembollerin kullanılması bile, adi yazılı şeklin gerçekleşmiş sayılmasına engel oluşturmaz. Ne var ki, belirttiğimiz bütün bu çeşitlilik içerisinde oluşturulabilecek yazılı metnin, beyan sahibinin el yazısıyla imzalanmış olmalıdır (TBK m. 15 f. 1)¹.

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 277-279; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borç-*

El yazısıyla imza kuralının istisnaları, TBK m. 15 f. 1 cümle 2, f. 2 ve f. 3 hükümleriyle gösterilmiştir. Güvenli elektronik imza yolunun kullanılması da el yazısıyla imza kuralının istisnasıdır denilebilir. Böyle olmakla birlikte, TBK m. 15 kapsamında düzenlenmesi gereken ve zaten düzenlenmiş olan bu istisna, gerekmediği hâlde TBK m. 14 f. 2’de de yer almaktadır. TBK m. 14 f. 2, el yazısıyla imza kuralının istisnalarını değil bu kuralın teyidini oluşturan hâlleri düzenleme amacını taşır. Netekim güvenli elektronik imza olasılığı dışında kalan diğer hâller, hep el yazısıyla imza kuralının gerçekleşmesi için yasa tarafından özel olarak değinilen (alternatif) mecralardır. İmzalı bir mektubun gönderilmesini ele alalım. Borç altına girenin yazılı irade açıklamasını içeren bir mektup imzalanarak karşı tarafa gönderildiğinde, karşı tarafın eline adi yazılı şekli gerçekleştirilmeye matuf (el yazısıyla imzanın ikamesini değil ta kendisini içeren) bir metin geçmiş olmaktadır. Bunun gibi, gönderilen bir telgrafın posta idaresinde kalan aslı, adi yazılı şekil gereğine uygun olarak imzalı ve yazılı bir metin oluşturur. Her iki olasılıkta da yazılı ve imzalı metinler, beyan sahibinin tasarruf alanından çıktığına göre, bu bakımdan da aranan önemli bir gereklilik karşılanmış olur. Teyit edilmiş olması kaydıyla faks veya benzeri iletişim araçları yoluyla gönderilen metinler bakımından da el yazısıyla imza kuralının gerçekleşmesini sağlayacak bir diğer mecra yaratılmış olduğunu düşünmek gerekir. O yüzden bu yola başvurulması bir yandan el yazısıyla imzayı içeren bir metnin ortaya çıkmasını sağlamalı diğer yandan bu metin üzerinde beyan sahibinin tasarrufta bulunma olanağı kalkmış olmalıdır. TBK m. 14 f. 2’de güvenli elektronik imzayla gönderilen metinlerden de söz edilmesi isabetli olmamıştır. Güvenli elektronik imzanın yeri, el yazısıyla imza kuralının işletilebileceği alternatif yollara değinen TBK m. 14 f. 2 değildir. Güvenli elektronik imza el yazısıyla imzanın istisnasını oluşturur ve yeri bu istisnaları (el yazısıyla imzanın ikamelerini) düzenleyen TBK m. 15’dir. Netekim zaten ait olduğu yerde de düzenlenmiştir. TBK m. 15 f. 1’de, ilk cümlede “*imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur*” denilip kural belirtildikten sonra, ikinci cümlede “*güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur*” denilerek bu önemli istisnaya değinilmiştir. Güvenli elektronik imza, el yazısıyla imza kuralının başlıca istisnası olarak ait olduğu yerde ele alınmış olduğuna göre, hiç gereği olmadığı hâlde el yazısıyla imza kuralının teyidini içeren alternatif mecraların ele alındığı TBK m. 14 f. 2’de zikredilmesine hiç gerek yoktu. Gerek olmadığı hâlde bu yola gidilmesi üstelik yanıltıcı da olmakta, TBK m. 14 f. 2’nin amacının algılanmasını güçleştirmektedir.

lar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 142; Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil* (Konya: Mimoza, 1994), 56-57; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), 73.

II. FAKSIN TEYİDİNİN GERÇEKLEŞTİRMESİ GEREKEN İKİ UNSUR

TBK m. 14 f. 2’de zikredilen mektup gönderilmesi veya aslı posta idaresinde kalan bir telgraf gönderilmesi gibi hâllerin adi yazılı şekil için aranan gerekleri gerçekleştireceği rahatlıkla anlaşılabilir. Ne var ki, karşı tarafa gönderilen teyit edilmiş faks metinleriyle adi yazılı şeklin nasıl olup da gerçekleşeceği o kadar kolaylıkla anlaşılmaz. Bu yüzden olsa gerek faks metninin teyidinin ne anlama geldiği tartışmaya yol açmıştır. İleri sürülen düşüncelerin vurulacağı ölçü bizce bellidir: Teyidin kim tarafından ve hangi yolla gerçekleştirileceğine ilişkin ileri sürülen bir düşünce, adi yazılı şeklin gerçekleşmesi için varlığı aranan iki unsurun gerçekleşmesini sağlayıp sağlamadığına bakılmalıdır. Bu unsurlardan ilki, sözleşmeyle borç altına giren tarafın el yazısıyla imzasını da içeren yazılı bir beyan mevcut olması; ikincisiyse, söz konusu beyanın, beyan sahibinin tasarrufuna açık olmaktan çıkmasıdır². Teyidin ne anlama geldiğine ilişkin açıklama, zikrettiğimiz bu iki unsuru aynı anda içermiyorsa, isabetli bir düşünce olmaktan uzak olacaktır.

Gerçekten de sözleşmeyle borç altına girenin (veya girenlerin) karşı tarafa gönderdikleri faks metinlerinde yaygın deyimiyile ıslak imza bulunmamakta, sadece imzanın fotokopisi yer almaktadır. İmdi bu durumda “*imzanın borç altına girenlerin el yazısıyla atılması zorunludur*” diyen TBK m. 15 f. 1 c. 1 düzenlenmesiyle öngörülen gereklilik nasıl olup da gerçekleşmiş sayılabilir? El yazısıyla imza kuralının gerçekleşmesini sağlayan alternatif bir yolun değil de söz konusu kuralın istisnası olan bir hâlin dile getirilmiş olduğu kuşkusunun zihinlerde uyanması pek mümkündür. Öyle ki gönderilen faks metninde fotokopi olarak da olsa bir imzanın bulunması gerekmediğini söyleyen yazarlar olmuştur³. Gerçekten de fotokopi niteliğinde bir imzayla yetinmek durumundaysak, böyle bir imza olmasa da olur. Ne de olsa fotokopi niteliğindeki imzanın metnin imza sahibi tarafından benimsendiğini gösteren bir gücü olamaz. Böylesine bir imzanın sahtecilik yoluyla gerçekleşmesi pekâlâ mümkündür. Söz gelimi yazılı bir metinle bir başka yerden alınmış imza ustalıkla birleştirildikten ve yapılan sahteciliğin izleri yine ustalıkla gizlendikten sonra, düzmece metnin faks yoluyla gönderilmesi riski mutlak olarak engellenemez. Bu risk engellenemeyecekse faks yoluyla gönderilen metnin imzayı da içermesi niye aransın?

Anlağı bir an için toparlayıp durum ele alınırsa, durumun böyle olmadığı görülür. Düzenlemede faks metninin yazılı şekli gerçekleştirmesi için teyit edil-

² Dietrich Reinicke - Klaus Tiedtke, *Bürgschaftsrecht*, (Neuwied, Kriftel Berlin: Hermann Luchterhand Verlag, 1995), 32; Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 164-165.

³ Örnek olarak bkz. Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 146; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 538.

mesi zorunluluğundan söz edilmesi, yapılacak değerlendirme için çıkış noktası olacaktır. Söz geçen teyidi kim hangi yolla yapar? Faksı gönderen mi yoksa faksla yapılan iletiyi almış olan karşı taraf mı? Kimi yazarların söylediği gibi teyidi faks iletisini almış olan taraf yapar demek isabetli olur mu? Bu yaklaşımı isabetli görürsek, sözgelimi faks iletisini almış olan karşı tarafın, bu iletiyi göndermiş olana cevabî bir faks göndermesini ve “faksınız ulaşmıştır” demesini yeterli görme noktasına gideriz. İşin ilginç hükmün gerekçesinin teyidin böyle yolda anlaşılması gerektiğini doğruladığını görürüz. Teyidi böyle anlayacak, fotokopiden ibaret bir imza olmasa da olur sonucuna ulaşılmasında yadırganacak bir taraf yoktur. Ne var ki, böylesine bir yaklaşımın, ortada el yazısıyla imza kuralının doğrulanmasını içeren alternatif bir yol bulunduğunu söylemeye olanak vermeyeceği de açıktır. Gerçekten de ne el yazısıyla imza içeren bir metin ortaya çıkmaktadır ne de böyle bir metnin beyan sahibinin tasarrufuna açık olmaktan çıkarıldığı söylenebilir. Adi yazılı şekle ilişkin iki önemli gereklilik devre dışıdır. Söz konusu görüşün öncülleri, el yazısıyla imza kuralının istisnası olan bir hâlde karşı karşıya olduğumuz sonucuna götürür. O zaman da haklı olarak şu soruyu sorarız. El yazısıyla imza kuralının istisnası olan böyle bir durum, ne diye el yazısıyla imza kuralının gerçekleşmesine sağlayan yollarla (mektup gönderilmesi, aslı telgraf idaresinde kalan telgraf gönderilmesi) birlikte düzenlendi? Ne diye el yazısıyla imza kuralının istisnalarına ilişkin olan TBK m. 15’e ayrı bir fıkra olarak eklenmedi? Bu soruya belki de şöyle cevap verilecektir. TBK m. 14 f. 2 zaten el yazısıyla imza kuralının teyidinden ibaret olan hâlleri saymayı amaçlamamaktadır. Netekim güvenli elektronik imza yoluyla gönderilen metinler de TBK m. 14 f. 2’de anılmaktadır. Sonuç itibarıyla TBK m. 14 f. 2, el yazısıyla imza kuralının teyidinden ibaret olan iki hâlin yanına bu kuralın istisnası olan iki hâl eklemiştir. Böyle bir cevap alınırsa, bu sefer bir başka soru sorma noktasına gideriz. İki ayrı hükümden (TBK m. 14 ve 15) biri sadece el yazısıyla imza kuralının istisnalarına ilişkin olduğu hâlde, bu kuralın istisnası olabilecek iki ayrı hâl ne diye adi yazılı şekli genel olarak düzenleyen bir başka hükme ithal edilmiştir? Bu durum kanun yapma tekniğinde bir savruluk değil de nedir?

III. TEYİDİ FAKS METNİNİ ALANIN YAPACAĞI DÜŞÜNÇESİNİN DOGMATİK AÇMAZLARI

Gereğede teyidi faks metnini alanın yapacağından söz edilmesinin⁴ etkişiyle olsa gerek, bu yaklaşımın öğretilde belirli bir ağırlık taşıdığını gözlemek mümkündür. Örnek olarak, Oğuzman/Öz, faksla öneride bulunanın önerisinin muhatap tarafından, muhatapın kabul faksının da öneride bulunan tarafından

⁴ Hükmün gerekçesinde aynen şu ifade yer almaktadır: “Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunların alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır”.

teyit edileceğini belirtmektedirler. Sözleşmenin de kabul beyanı ile değil, kabul beyanının (öneride bulunan tarafından) teyidiyle kurulmuş olacağını ayrıca ifade etmektedirler⁵. Konuyu ele alan Antalya, faksla gönderilen metnin yazılı şekli gerçekleştirilmesi için bir dizi koşul aranacağını söylemekte, bu koşulları şöyle sıralamaktadır: İlk olarak, faks metni karşı tarafa gönderilmelidir. İkinci olarak, karşı taraf faks cihazından kendisinde gönderilen faksın çıktısını almalıdır. Üçüncü olarak, karşı taraf kendisinde gönderilmiş faks metnini teyit etmelidir. Antalya açıklamalarına devamla, teyidin faksın ulaştığı kişi tarafından dürüstlük kuralına göre belirlenecek makul süre içinde yapılması gerektiğini; teyidin tekrar faksla yapılmasının doğru olmadığını; teyit bildiriminde, gönderilen faksın içeriğini tekrarlamaya gerek olmamakla birlikte, faks metninin ulaştığını göstermek amacıyla teyidin yapıldığına dair bir açıklamanın yer almasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Antalya'nın konuya ilişkin açıklamalarına göre, teyit yazısında faks alıcısının ıslak imzasının bulunması da ayrıca aranmalıdır⁶. İmdi bu yaklaşımlarda dogmatik bir sorun bulunmaktadır. Teyide ne için ve kimin açısından ihtiyaç duyulur? Herhalde teyit ihtiyacı faks yoluyla bir beyanda bulunmuş kişi açısından söz konusudur. Faksla yapılmış bir beyan söz konusu olduğunda, bu beyanın gerçekliğine dair bir kuşku vardır ve bu kuşkunun giderilmesi ihtiyacı mevcuttur. Gönderilen faksa bakılarak bir beyanda bulunduğu düşünülen kişinin, gerçekten de bu beyanı yapıp yapmadığının açıklığa kavuşması gereklidir. Düşünülün ki faks metni her türden sahteciliğe açıktır. Metinle imzanın düzmece bir yolla birleştirilmiş olup olmadığını, faksları alan taraf kesin ve güvenilir bir bilgiyle bilemez, bilemeyeceği için de sözünü ettiğimiz belirsizliği gideremez. Mahut belirsizliği gidermeye muktedir olan kişi faksları gönderenden başkası değildir. Gerçekliği kuşkulu bir beyanın yapıldığını ve belirli bir kişiye ait olduğunu, bu kişiden başkası nasıl olup da doğrulayabilir? Faksları gönderene “*senden gelmiş görünen bir beyan var, bu beyanı faksla alan kişi teyidi gerçekleştirdi, artık söz konusu beyanla bağlısın*” denildiğinde, diyalektik entelekte darbe indiren bir oldu bitiyi karşılaşılmayacak mıdır? Aynı kişi “*daha neler, benim olduğu söylenegelen bir beyanı benden başkası hangi cüretle doğrulayabilir*” diyerek isyan ettiğinde ona nasıl cevap verilecektir? Yoksa “*hukukun çözümleri her zaman sağduyuyla örtüşmez, sen de bu durumu sineye çekmek zorundasın, şükret ki her olasılığı önceden tasarlayıp çözüme bağlamış bir hukuk düzeni içerisinde yaşamaktasın*” denilecek ve düzenin selameti adına kendisinden sadır olmayan bir beyanın sonuçlarına katlanması mı istenecektir? Faks bildirimini alanın yapacağı teyit, sadece ve sadece şuna ilişkin olabilir: “*Bir faks metni aldım*”. O, kendisine bir faks metninin ulaşması dışında, ne bu metinde yer alan beyanın gerçekliğini ne de

⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 146.

⁶ Antalya, *Borçlar Genel*, 538.

beyan sahibinin kimliğini doğrulayabilir. İyi de bizim ihtiyaç duyduğumuz bilgi bir faks metninin alınmış olması mıdır? Zaten bu konuda bir kuşku yoktur ki. Öte yandan faksı alan tarafından yapılan ve hiç ihtiyaç duymadığımız bir bilgiye dair olan teyidin, bir de ıslak imzalı olmasını aramak büsbütün yadırgatıcıdır. Bu faksı alanın ıslak imzasını içeren teyidin, adi yazılı şekli gerçekleştirmek için varlığı aranan el yazısıyla imzayı gerçekleştireceği de söylenemez. Öyle ya, adi yazılı şekil söz konusu olduğunda, yazılı bir metinde cisimleşen beyanı el yazısıyla imzalaması gereken kişi bu beyanın sahibidir. Oysa anılan görüş benimsendiği takdirde, faks metninde yer alan beyanın sahibiyle, el yazısıyla imzanın sahibi farklı kişiler olacaktır. Şu hâlde, faksı alan tarafından yapılacak teyidin bir de teyit edenin el yazısıyla imzalanmış olması gerekliliğini, adi yazılı şekil için kural olarak el yazısıyla imzayı arayan TBK m. 15 f. 1'den türetmenin yolu yoktur.

IV. TEYİDİ GÖNDERENİN ÖZEL BİR YOLLA YAPMASI GEREKLİLİĞİ

Gönderilen faks iletisinin teyidinin, bu iletii alan tarafından yapılamayacağı fikrinde olduğumuz yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmalıdır zannediyoruz. Teyidi yapması gerekenin faks iletisini alan olmayıp, bu iletii gönderen olduğu bizce açıktır. Üstelik bu teyit herhangi bir yolla da yapılamayacaktır. İradesini adi yazılı şeklin gereklerine uygun olarak açıklamak isteyen taraf, öncelikle iradesini açıklayan yazılı bir metin oluşturacak ve bu metni el yazısıyla imzalayacaktır. Bir başka deyişle, ortada yaygın deyişle “ıslak imza” içeren yazılı bir metin olacak ve işte bu metin faks yoluyla karşı tarafa iletilecektir. Gönderilen faks metninin teyidi de herhangi bir yolla değil, araya önemli bir zaman fasılası girmeksizin ıslak imzalı orijinal metnin de karşı tarafa gönderilmesi yoluyla olacaktır⁷. ıslak imzalı orijinal metin karşı tarafa ulaştığı anda, daha önce gönderilmiş (orijinal metnin fotokopisinden ibaret olan) faks metni teyit edilmiş sayılacaktır. Gerçi bu noktada şu soru sorulabilir: Madem ıslak imzalı orijinal metni de göndermek gerekiyor, o halde bu metni önceden faks yoluyla iletmek ne işe yaradı? Ne var ki, bu soru yersiz bir sorudur. Evet ıslak imzalı orijinal metni sonradan göndermek gerekmektedir; ancak bu gereklilik yerine getirilmek kaydıyla, adi yazılı şekil gereklerine uygun olarak ortaya çıkan beyan daha önceki bir tarihte, yani faksın karşı tarafa gönderildiği tarihte yapılmış sayılacaktır⁸. Yazılı şeklin hangi anda gerçekleşmiş sayılacağına önem taşıdığı olasılıklarda, ıslak imzalı orijinal metnin ulaştığı anı değil, bu metnin fotokopisini içeren faksın ulaştığı anın esas alınması pratik olarak önemli bir ihtiyacı karşılayabilir. İyisi mi somut bir örnek

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 302; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 281-282; Özen, *Kefalet*, 164, d.pn. 32; K. Berk Kapancı, “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/1 (2012), 421.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 302; Gümüş, *Borçlar Genel*, 282; Kapancı, *Şekil Düzenlemesi*, 421.

üzerinden konuyu ele alıp, yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından ıslak imzalı orijinal metnin ulaştığı andan daha önceki bir tarihte faksın ulaştığı anı esas almanın ne gibi bir önem taşıyacağını bu örnek üzerinden gösterebiliriz. Şöyle bir olay akışını gözünüzün önüne getirin: Bir bankadan yüklü miktarda kredi çekmek isteyen bir kişi, bu kredinin teminatsız olarak kendisine kullanılmayacağını bilincindedir. Bu nedenle bir arkadaşını da bankaya beraberinde götürmek ve bu arkadaşını kullanacağı krediden doğan borç için kefil yapmak arzusunda. Kefil olması istenilen arkadaş da bu isteği kabullenmiş, birlikte bankaya gitmeye razı olmuştur. Gidilen bankada kredinin kullanılmasına ilişkin sözleşme metni hazırlanır. Sıra krediden doğacak borç için kefalet teminatı verilmesine gelir. Banka memuru, kefil olmak isteyen arkadaşın evli olup olmadığını sorar; evli olduğu söylenince de TBK m. 584’te yer alan düzenlemeyi açıp gösterir. Bu düzenlemeye göre, gerçek kişi kefil, eğer evliyse, en geç kefalet sözleşmesinin kurulacağı sırada eşinin yazılı iznini almış olmalıdır. Ne var ki, kefil olacak kişinin eşi, an itibarıyla bankada bulunmayıp gelmesine imkân da bulunmamaktadır. Eşin çalıştığı işyeri, kısa bir süreliğine olsa da çalışmaya ara verilip bankaya gitmesine fırsat vermez. Öte yandan kredinin derhal çekilebilmesi hayati önem taşımaktadır. Banka kefil yoksa kredi de yok demektir. Kefil olacak kişi ortada olsa da bu kişinin en geç kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada yazılı olarak rıza göstermesi gereken eşi ortada yoktur. Kısacası tam bir açmazın yaşandığı bir türlü uyanılamayan bir kâbusa dönmüştür ortalık. TBK m. 14 f. 2 olmasaydı bu kâbustan kaçışın yolu da bulunmayacaktı. Kredi sözleşmesiyle aynı anda yapılması gereken kefalet sözleşmesi, ortalıkta olmayan eşin yazılı rızasındaki eksiklik nedeniyle geçerli olarak kurulamayacak; geçerli bir kefaletin kurulamayacağını anlayan banka da kredi vermeye yanaşmayacaktı. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranan eş rızasının, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra (söz gelimi ertesi gün) verilmesini de TBK m. 584 engellemiş görünmektedir. Bu nedendir ki, rızanın eksikliği, karşımıza çıkan benzer durumların (söz gelimi yasal temsilcinin rızası olmadan sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılmış sözleşmenin) aksine, “noksanlık” yaratmayıp “kesin hükümsüzlük” türünden bir geçersizliğe yol açmaktadır. Bu açmazdan çıkışın yolu TBK m. 14 f. 2’den geçmektedir. Bu hüküm olmasaydı, eşin çalıştığı iş yerinden göndereceği ıslak imza içermeyen bir faks metniyle gönderilen rıza beyanı geçerli sayılmayacak, her nasılsa yapılan kefalet sözleşmesi de geçersizlikten kurtulamayacaktı. Gelgelelim TBK m. 14 f. 2, eşin bankaya gelmesizden çalıştığı iş yerinden faks yoluyla rızasını göndermesini mümkün kılmaktadır. Yeter ki faks yoluyla gönderilen rıza beyanı sonradan yukarıda açıklamış olduğumuz yolla teyit edilmiş olsun. Bu teyit gerçekleştiği andan itibaren, daha faksın gönderildiği an itibarıyla eş rızası için aranan yazılı şekle uyulmuş sayılacaktır. Bankada kefalet sözleşmeleri imzalanmadan önce eşten faks yoluyla rıza beyanını göndermesi istenecek; eş yazılı rıza beyanını imzaladıktan sonra

faks yoluyla gönderecek; daha sonra kefil olacak kişi kefalet sözleşmesini kredi müşterisi de kredi sözleşmesini imzalayacaktır. Eş, imzaladığı ıslak imzalı orijinal metnini araya önemli bir zaman fasılası girmeksizin (söz gelimi ertesi gün işyerine giderken kargoya verip) bankaya göndermişse, daha önce gönderdiği faksı usulünce teyit etmiş olacaktır. Bu teyitle birlikte, daha faks yoluyla iletinin gerçekleştiği anda eş rızası için aranan şekil gerçekleşmiş sayılacağından, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada eşin rızasının mevcut olduğu sonucuna varılacak, bu da kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasının önüne geçecektir. İşte olaya karışan herkesi mutlu eden bir çözüme ulaşılmış oldu ve bunu TBK m. 14 f. 2 ile açılan yola borçlu oldukları açık.

Faks yoluyla gönderilen metinlerin adi yazılı şekli nasıl gerçekleştireceğine ve teyidin kim tarafından yapılacağına ilişkin açıklamalarımızın, faksa benzer iletişim yollarıyla (söz gelimi whats app üzerinden pdf olarak gönderilen) metinler bakımından geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

V. SON SAPTAMALAR

Üzerinde uzun uzun değerlendirmeler yaptığımız bu örneği takiben birkaç saptama yaparak konuyu bitirelim.

Faks yoluyla iletilen bir beyan, kendi başına adi yazılı şeklin gereklerini asla yerine getirmez. Aksi takdirde güvenli olmayan bir belgeye değer atfedilmiş olurdu. Öyle ya yazılı metnin altındaki imzanın bir başka yerden alınarak hileli yoldan metne eklenmiş olması her zaman için mümkündür. Faks yoluyla iletilen beyanın yazılı şeklin gereklerini yerine getirmesi için teyit edilmesi gerekir; bu teyidin yegâne yolu, önceden faks yoluyla gönderilmiş ıslak imzalı orijinal belgenin aslının muhataba ulaştırılmasıdır. Teyidi faksı gönderenin değil faksı alanın herhangi bir yolla yapacağını söylemek, bünyesi gereği sahtecilik riskine açık olan faks iletisini bu riskten arındırmamak anlamına gelir. Öte yandan, faksın teyidinin gönderen tarafından ıslak imzalı orijinal metnin gönderilmesi yoluyla yapılacağını kabul etmek için (adi yazılı şekle ilişkin unsurları gerçekleştirme zorunluluğu dışında) iki ayrı sebep daha gösterebiliriz. İlk olarak, yeri geldikçe değindiğimiz bir ilkeyi hatırlatalım. Buna göre, geçerlilik şeklinin gerçekleştiği kabul edilirse, ispat şeklinin gerçekleştiğini evleviyetle kabul etmek gerekir. Oysa faksın teyidinin orijinal ıslak imzalı metnin gönderilmesi yoluyla gerçekleşeceği kabul edilmezse, geçerlilik şekli gerçekleştiği hâlde ispat şeklinin gerçekleşmediği sonucuna varırız. Öyle ya, faksı alanın elinde sadece fotokopi niteliğinde bir belge olacak, bu belge usul hukuku açısından senet değeri taşımayacaktır. Teyidi faksı alan yapar dersek, faksı alanın eline senetle ispatı gerçekleştirecek ıslak imzalı bir belge geçmemiş, o, olsa olsa yazılı delil başlangıcı olarak kullanabileceği bir belgeye kavuşmuş olacaktır. İkinci olarak, teyit edilmiş faks yoluyla gönderi-

len beyanın yazılı şekli gerçekleştireceğini söyleyen TBK m. 14 f. 2, el yazısıyla imzanın istisnalarını gösteren bir düzenleme değildir. El yazısıyla imza kuralı ve bunun istisnaları TBK m. 14’te değil TBK m. 15’de düzenlenmiştir. Teyidin faksı alan tarafından herhangi bir yolla yapılacağı kabul edilirse, ortada ıslak imzalı bir metin değil, salt fotokopi niteliğinde bir metin bulunacaktı. Fotokopiden ibaret bir metni TBK m. 15 f. 1’de öngördüğü gibi ıslak imzalı bir metin sayamayacağımız için, ana kuralın bir istisnasının bulunduğu sonucuna varmak kaçınılmaz olacaktır. Oysa TBK m. 14, el yazısıyla imzaya ilişkin ana kuralın istisnalarını ele almamaktadır. Bilâkis bu düzenleme (elektronik imzanın el yazısıyla imzanın yerini tutacağı düzenlemesi dışında) ana kuralın açıklımlarını içermektedir. Yine bu sebeple ana kurala bir istisna oluşturan elektronik imza düzenlemesinin yanlış yerde olduğu ve el yazısıyla imza kuralı ve bunun istisnalarına ilişkin TBK m. 15’de bulunması gerektiği (ve zaten bulunduğu için TBK m. 14 f. 2’de ayrıca yer almasına hiç de gerek olmadığı) söylenebilir.

Nihayet son bir noktaya değinelim. TBK m. 14 f. 2’de yer alan teyit edilmiş faks iletisinin yazılı şekli gerçekleştireceğini belirten düzenlemeyi ele alırken, kefalet sözleşmesine eşin yazılı olarak rıza göstermesi örneği üzerinden açıklamalar getirdik. Kefalet sözleşmesine eşin rıza göstermesi bir sözleşme olmayıp, (tıpkı sınırlı ehliyetsizin yaptığı sözleşmeye yasal temsilcinin rıza göstermesi gibi) fiil ehliyeti yönünden getirilen bir sınırlamanın yol açacağı geçersizliği gideren tamamlayıcı bir unsurdur. Öyle ki eşin yazılı rızası inzıam etmedikçe, kefalet sözleşmesi geçerli olmaz (rızanın sonradan onay biçiminde gerçekleşmesi yolu eşin kefalet rıza göstermesi bakımından kapalı olup, bu rıza ancak izin olarak ortaya çıkabilir). Yine eşin fiil ehliyeti eksikliğini gideren rızası tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir. Hâl böyle olunca, sözleşmelere ilişkin geçerlilik şekliyle ilgili bir kuralı, sözleşme olmayan tek taraflı bir işleme uygulamak yerinde midir diye bir soru sorulabilir. Bu sorunun cevabı olumludur. Aynı bir “genel hükümler” kısmından yoksun olan Medeni Hukuk sistemimizde, Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümlerine tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir “genel hükümler” niteliğini atfediyoruz. Bu meyanda Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri arasında yer alan ve sözleşmelerin şekline ilişkin bir hükmü, bünyesine uydurmak kaydıyla tek taraflı hukuki işlemlere de yaygın olarak uygulamayı (sakıncalı görmemek şöyle dursun) kaçınılmaz görmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Altaş, Hüseyin. *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Antalya, Osman Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kapancı, K. Berk. “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/1 (2012), 403-430.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Birinci Cilt*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Bası, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal- Öz, M Turgut. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16. Bası, 2018.
- Özen, Burak. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4. Bası, 2017.
- Reinicke, Dietrich - Tiedtke Klaus. *Bürgschaftsrecht*. Neuwied Kriftel Berlin: Hermann Luchterhand Verlag, 1995.
- Tuğ, Adnan. *Türk Özel Hukukunda Şekil*. Konya: Mimoza, 1994.



Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar^(*)

Written Evacuation Promise in Lease Contracts Regarding Residence and Roofed Workplace and the Problems That Could Faced in Practice

Prof. Dr. İpek SAĞLAM^(**)

Öz

Bu çalışmada günümüz kira hukuku alanında sıklıkla tartışmaya açılan bir konu olan yazılı tahliye taahhüdü kavramı ele alınmıştır. Kira sözleşmesi kurulması sırasında kiracılardan yazılı tahliye taahhüdü alınmakta ve bu tahliye taahhüdü ileride yenilenen kira döneminde yasanın getirdiği oranın çok üzerinde artış yapılmasında baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Kiraya verenler diledikleri artışın yapılmaması üzerine kiracılarını ellerindeki yazılı tahliye taahhüdünü kullanmakla tehdit etmektedirler. Makalemizde güncel bu gelişmelerden hareketle yazılı tahliye taahhüdü kavramı irdelenmiş, karşılaşılan sorunlara değinilmiş ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Kiracı ve kiraya verenler arasında çözümü çok uzun sürecek davalara yol açan yazılı tahliye taahhüdünün geçerlilik şekli olarak nitelikli yazılı şekle tabi tutulması ve yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği hususundaki ispat yükünün kiracının omzundan alınarak kiraya verenin omzuna yüklenmesi bu konuda fayda sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yazılı Tahliye Taahhüdü, Kira Sözleşmesi, Kira Sözleşmesinin Feshi, Beyaza İmza, Kira Artış Oranı.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 23.05.2023 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1301413

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye
E-posta: ipek.saglam@marmara.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3745-9347>

Abstract

The notion of written evacuation promise which is a controversial topic in today's lease law arena is studied in depth throughout this article. A written evacuation promise is taken from a tenant during the formation of the lease contract and it is used as a restraint tool in gaining an overdose rent increase rate to overcome the relative mandatory article providing a lower rent increase rate. The landlords threaten their tenants by stating that they will make use of the written evacuation promise they possess if the increase they demand can not be applied. Based upon the recent developments, the notion of written evacuation promise is examined, the problems to be faced are stated and proposals on probable solutions are submitted in this study. The written evacuation promise that could initiate actions which could last for a long period of time in order to reach to an amicable settlement could be subjected to a qualified written form for validity and also another way out could be the burden of proof to be taken away from the tenant and it could be replaced on the shoulders of the landlord instead.

Keywords

Written Evacuation Promise, Lease Contract, Annulment of the Lease Contract, Blank Signature, Rent Increase Rate.

GİRİŞ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre konut ve çatılı işyeri kiralari kapsamındaki bir kira sözleşmesi iki şekilde sona erdirilebilir. Bildirim yolu ile sona erdirmeye (TBK m. 347 vd.) ve dava yolu ile sona erdirmeye (TBK m. 350 vd.). Kira sözleşmelerinin sona erdirilmesine ilişkin bir diğer tasnif ise kiraya verenden kaynaklanan sebepler ve kiracıdan kaynaklanan sebepler biçiminde yapılır. Yazılı tahliye taahhüdü yolu ile kira sözleşmesinin feshi kiracıdan kaynaklanan sebeplerdendir ve bildirim yolu ile sona erdirmeye hallerine örnek teşkil eder. TBK m. 352/1 uyarınca “*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği halde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başlandırmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir*”.

Yazılı tahliye taahhüdünü güncel hale getiren geçici bir mevzuat değişikliği mevcuttur. Bu değişiklik sebebi ile kira sözleşmelerinde kiraya veren tarafların daha sıklıkla yazılı tahliye taahhüdüne başvurduğunu görmekteyiz. Yenilenen kira dönemlerinde kira artış oranlarının enflasyon karşısında düşük kaldığını gören ve buna engel olmak amacıyla sabık kiracısını mevcut kira sözleşmesini feshederek bir an evvel tahliye etmeye çalışan ev sahipleri (kiraya verenler), yeni bir kiracıyla yepyeni bir kira sözleşmesi yaparak kira bedelini diledikleri gibi belirleyebilme serbestisine kavuşmak istemektedirler. İşte konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıdan yazılı tahliye taahhüdü almak bu amaca ulaşmada kullanılacak en güçlü ve kullanışlı silahlardan biridir.

Gerçekten de bir kira sözleşmesi kurulurken taraflar diledikleri kira bedeli üzerinden anlaşabilirler. Sözleşmeyi kurma aşamasında kiraya veren kiralana-

nın durumunu, konumunu, muhitini, yeniliğini (yaşını), depreme dayanıklılığını ve emsal kiralari dikkate alarak bir kira bedeli belirler. Kira bedelini ve sözleşmenin hükümlerini kendisine uygun bulan bir kişi ile de kira sözleşmesi kurulur. Bahis konusu sözleşme bir kez geçerli biçimde kurulduktan sonra ise, aynı oranda kolaylıkla sona erdirilemeyecektir. Özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarında kira sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini eksiksiz yerine getiren bir kiracıyı kiraya verenin sözleşmeyi feshetmek suretiyle tahliye ettirebilmesi son derece güçtür. Konut ve çatılı işyeri kirası olarak nitelendirilen bir kira sözleşmesinde belirlenen süre sona erdiğinde kira sözleşmesi bir yıl için yenilenmiş sayılacaktır. TBK madde 347/f.1 uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı belirli sürenin tamamlanmasından en az onbeş gün evvel bildirimde bulunmazsa sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılacaktır. Sözleşmede üzerine düşenleri harfiyen yerine getiren bir kiracı karşısında kiraya verenin bir sebep göstermeden kira sözleşmesine son verebilmesi ise yine aynı madde uyarınca ancak kira dönemini izleyen on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunması şartıyla mümkün olacaktır. Bu da kira sözleşmesinin çok uzun süreler geçerli kalacağı, yenilenen birçok kira dönemi ile karşılaşılacağı, yenilenen kira dönemlerinde artış oranlarının çok büyük ihtimalle enflasyon artış oranlarının altında kalacağı anlamına gelmektedir.

Yukarıda bahsettiğimiz geçici mevzuat değişikliği uyarınca 7409 Sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesi ile 6098 Sayılı TBK'ye geçici madde 1 hükmü eklenmiştir. Bu hükme göre: *“Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ile 1.7.2023 (bu tarih dahil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar; bir önceki kira yılına ait kira bedelinin %25'ini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler; fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü 344/II uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”* Bu hüküm 11.06.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yani bahis konusu tarihler arasında artış oranı, TÜFE oranı daha yüksek olsa bile %25 ile sınırlı olacaktır.

Bahis konusu düzenleme yazılı tahliye taahhüdünün önemini bir kat daha artırmıştır. Kiraya verenler bu hükmün yürürlüğe girmesi ile birlikte mevcut kiracılarından kurtulmanın farklı yollarını arar olmuşlar ve bu yolda elverişli bir araç olması açısından önceki dönemlere nazaran çok daha yoğun bir sıklıkla yazılı tahliye taahhüdüne başvurmaya başlamışlardır.

Kiracıdan yazılı tahliye taahhüdü alınması konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından önem taşır. Diğer kira sözleşmesi türleri için (konut ve işyeri kirası sözleşmesi niteliğinde olmayan kira sözleşmeleri ya da ürün kirası sözleşmeleri) uygulama alanı bulmaz. Genel hükümlere tabi kira sözleşmeleri açısından yazılı tahliye taahhüdü, TBK m. 352/f.1 hükmüne bağlı olarak tahliye olanağı sağlamaz.

TBK madde 352/f. 1 uyarınca bir yazılı tahliye taahhüdü ile kiracı kiraya verene karşı kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı, sözleşme kurulduktan ve kiralanan kendisine teslim edildikten sonra yazılı şekle bağlı bir işlemle taahhüt etmektedir. Bu sayede kiraya veren, kanunda sınırlı sayıda sayılmış sebeplere dayanmasına gerek kalmaksızın ve herhangi bir tazminat ödemeksizin kira ilişkisini sonlandırma olanağına kavuşur.

I. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

Yazılı tahliye taahhüdü kira sözleşmesinin sona erdiği tarihe denk düşmekteyse bu durumda tek taraflı bir irade beyanı olup bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de kira döneminin sona erdiği tarihte tahliye taahhüt edilmiş ise, bu taahhüt sonuçlarını kiraya verenin herhangi bir kabulüne ihtiyaç olmaksızın doğurur.

Yazılı tahliye taahhüdünde tahliyenin gerçekleştirileceği tarih kira süresinin sonuna denk düşmüyor, ara bir tarihe tekabül ediyor ise o zaman tahliye taahhüdünün hüküm doğurabilmesi için kiraya veren tarafından da kabul edilmesi zorunlu olacaktır. Tahliye tarihi kira döneminin ortasına denk düşmekteyse bu taahhüdü kiraya veren kabul etmek zorunda değildir. Arzu ederse tahliye taahhüdüne karşı çıkabilmelidir. Burada karşı çıkmakla kast ettiğimiz yazılı tahliye taahhüdündeki tarih gelmesine rağmen kiraya verenin buna dayanarak dava açmaması ya da icra takibine girişmemesi yani kira sözleşmesinin devamı yönünde hareket etmesidir. Bir görüş uyarınca benzeri bir durumda yazılı tahliye taahhüdü, taahhüt edilen tarih geldiğinde kiracıya veya kiraya verene aralarındaki kira sözleşmesini sona erdirmeye amacıyla harekete geçme olanağı veren ve borç doğuran bir sözleşme olarak kabul nitelendirilmektedir¹. Kira sözleşmesinin her iki tarafı da yazılı tahliye taahhüdündeki tarih geldiğinde kira sözleşmesinin feshini gerçekleştirme taahhüdü altına girmektedir.

Bir diğer görüşe göre yazılı tahliye taahhüdü kira sözleşmesine ilişkin bir yan sözleşme niteliğindedir. Bu sebeple de kira sözleşmesinin devri halinde tahliye taahhüdü de yeni kiraya verene geçer². Bu görüş doğrultusunda bir yan sözleşme ni-

¹ Bu görüş için bkz: Haluk Burcuoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, (İstanbul 1993), 323.

² Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (TBK m. 299-356), (Güncellenmiş 2. Basi, İstanbul 2012), 326.

teliginde olan yazılı tahliye taahhüdü, ikale sözleşmesi akdetme borcu doğuran bir sözleşmedir. İ kale sözleşmesi borç ilişkisinin konusuna doğrudan etkide bulunur ve borç ilişkisini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırır. Bu sebeple de tasarrufi bir sözleşmedir. Bu durumda ikale sözleşmesi akdetme borcu doğuran yazılı tahliye taahhüdü, hukuken bir ön sözleşme değil bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Bir diğer görüş uyarınca ise yazılı tahliye taahhüdü kira döneminin sona erdiği tarih dışında bir ara tarih için verildiyse burada yine bir sözleşme niteliği mevcuttur. Ancak bu sözleşme hem kanuni bir şarta hem de vadeye bağlanmış bir ikale sözleşmesidir³.

Yine bir başka görüş uyarınca yazılı tahliye taahhüdünde belirtilen tahliye tarihi kira döneminin sonuna denk düşüyor ise bu kiracının kira sözleşmesini bir yıl daha uzamasını engelleyen tek taraflı bir fesih bildirimidir⁴. Yukarıda bu görüşü paylaştığımızı belirtmiştik.

Kanaatimce yazılı tahliye taahhüdü kira döneminin sonu için verilmiş ise, tek taraflı bir irade beyanıdır ve bozucu yenilik doğuran bir hak niteliği taşır. Kira döneminin ortasındaki bir tarih için verilmiş olan yazılı tahliye taahhüdü ise bir ikale sözleşmesi kurulmasına yönelik öneri niteliğindedir. Yazılı tahliye taahhüdü altında kiracının imzası bulunmaktadır ve ikale sözleşmesi kurmaya yönelik öneride bulunan kiracıdır. Kiraya veren yazılı tahliye taahhüdü olarak nitelendirilen öneriyi kabul ettiğinde aralarında ikale sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Kiraya verenin kabul irade beyanı şekle tabi değildir ve örtülü bir davranış yolu ile de gerçekleştirilebilir. Kiraya veren kiracıya karşı tahliye taahhüdünde belirtilen tarihten itibaren 1 aylık süre içinde icra dairesinde ilamsız tahliye takibi yapabilir ya da aynı süre içinde kira sözleşmesinin feshi amacıyla dava açabilir (TBK m. 352/f.1). İşte bu iki yoldan birini seçen kiraya veren örtülü bir kabul beyanında bulunmuş olmaktadır⁵. Yazılı tahliye taahhüdü vermek bir ikale sözleşmesi kurma yönünde öneri, icra yolu ile takip başlatmak ya da dava açmak ise kabuldür. Kiracının önerisi karşısında kiraya verenin buna uygun bir kabul beyanında bulunması üzerine taraflar arasındaki mevcut kira sözleşmesi ikale sözleşmesi kurulması yolu ile ortadan kaldırılmış olmaktadır. Kiraya verenin elinde kiracının verdiği tahliye taahhüdü bulunmasına rağmen ve taahhüt edilen gün gelmesine ve hatta geçmesine rağmen, bir aylık süre içinde dava açılmaz ya da icra yolu ile ilamsız takip yapılmaz ise kiraya verenin kiracının önerisini kabul etmediği ortaya çıkar. Bu durumda kira sözleşmesi ikale anlaşması yolu ile ortadan kaldırılmamış olur ve mevcut kira ilişkisi devam eder.

³ M. Murat Inceoğlu, *Kira Hukuku*, (Cilt 2, İstanbul 2014), 424.

⁴ Süleyman Yalman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, (Yıl 2005), 10.

⁵ Kiraya verenin ilamsız icra takibi yapması veya dava açması kabul iradesini ortaya koyan delalet edici davranış olarak nitelendirilebilir.

Kira sözleşmesi şekle tabi değildir ancak tahliye taahhüdü yazılı yapılmış olmalıdır. Burada aranan şekil adi yazılı şekildir ve bir geçerlilik şeklidir⁶. İspat şekli değildir. Yazılı tahliye taahhüdü kira sözleşmesinin bir hükmü olabileceği gibi sözleşmeden ayrı bir belgede de hüküm altına alınabilir. Yazılı tahliye taahhüdü tek taraflı bir irade beyanı olarak düzenlenebileceği gibi kiracı ve kiraya veren arasında düzenlenmiş bir sözleşme biçiminde de hazırlanabilir. Yazılı tahliye taahhüdü altında sadece kiracının imzası olsa da şekil açısından eksiklik yaratmaz zira sadece borç altına giren tarafın imzası şekli gerçekleştirmeye yeterlidir. Kiracının imzası el yazılı olmalıdır.

Yazılı tahliye taahhüdü adi yazılı biçimde hazırlanabileceği gibi noter tarafından da düzenlenmiş olabilir. Noterde yapılan bir yazılı tahliye taahhüdü ise ister düzenleme şeklinde ister onaylama şeklinde hazırlanabilecektir. Bir yazılı tahliye taahhüdünün adi yazılı biçimde hazırlanması yerine noterde düzenleme şekli tercih edilirse, kiracı sonradan taahhüt üzerindeki imzasını inkar edemeyecektir⁷. Kiraya veren tahliye sürecinin uzamamasını arzuluyorsa imza inkarına olanak vermemek adına yazılı tahliye taahhüdünü noterde düzenletebilir ya da onaylatabilir.

Kira sözleşmesinin kiracı tarafında birden fazla kişi yer alıyorsa yazılı tahliye taahhüdünün tüm kiracılar tarafından verilmiş olması gerekir. Kiracı bir tüzel kişi ise taahhüdün yetkili organ veya temsilciler tarafından verilmesi gerekli ve yeterlidir. Tahliye taahhüdü düzenlemek için özel yetki gerekmez. Tahliye taahhüdü metninin kim tarafından ve nasıl doldurulduğu önemli değildir ve bu husus şekil açısından bir fark yaratmayacaktır. Tahliye taahhüdünde kiralanan yerin boşaltılacağına ilişkin bir beyan taahhüdün metin kısmı içerisinde yer almalıdır.

II. KIRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİĞİ TARİH

Yazılı tahliye taahhüdünün varlığı halinde kiraya veren icra dairesine başvuru veya dava açmak suretiyle tahliyeyi sağlayabileceğine göre kira sözleşmesinin tahliye günü olarak belirtilen tarihte kendiliğinden sona erip ermeyeceği konusu üzerinde düşünülmelidir.

Bir yazılı tahliye taahhüdünün mevcudiyetine rağmen belirlenen tahliye gününden itibaren bir ay içinde kiraya veren tarafından icra yoluna başvurulmazsa veya tahliye davası açılmazsa taahhüt hukuken değerini yitirecektir. (İcra İflas

⁶ Burcuoğlu, *Kiracının Tahliye Edilmesi*, 96; Cevdet Yavuz vd., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt*, (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2022), 770; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara 2014), 444; Erzan Erzurumluoğlu, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (Ankara 1973), 78.

⁷ Mehmet Akçaal, "Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12 Sayı 2, (Yıl 2022), 955; Burcuoğlu, *Kiracının Tahliye Edilmesi*, 296; Yalman, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 11.

Kanunu madde 272). Eğer tahliye tarihi geldiğinde sözleşme kendiliğinden sona erseydi, bu sürenin gelmesi ve yazılı tahliye taahhüdündeki tahliye tarihinden itibaren bir ay içinde icra takibi yapılmaması ya da dava açılmamasının kendiliğinden ortadan kalkan kira sözleşmesine hiçbir etkisi olmazdı. Dava açılmasa da icra takibi yapılmasa da sadece bu tarihin gelmesi üzerine kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olurdu. Oysa yazılı tahliye taahhüdü sadece kiracı ve kiraya verene bu sözleşmeyi sona erdirmek için harekete geçme olanağı verir. Kiracı ve kiraya veren bu olanağı kullanmazlarsa tahliye taahhüdü hükmünü kendiliğinden yitirir ve taraflar arasındaki sözleşme geçerli kalmaya devam eder. Daha önce de belirttiğimiz üzere yazılı tahliye taahhüdü bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde değildir. Sadece kira sözleşmesini ortadan kaldırma amaçlı bir ikale sözleşmesini kurma önerisidir. Kiraya veren kendisine kiracı tarafından yöneltilen bu ikale sözleşmesi önerisini dava açmak ya da icra takibi yapmak biçiminde bir örtülü kabul beyanı ile kabul etmekte ve kiracı ile kiraya veren arasında kurulan ikale sözleşmesi uyarınca taraflar arasında var olan kira sözleşmesi sona erdirilmektedir.

Yazılı tahliye taahhüdündeki tarihin gelmesi üzerine kira sözleşmesinin kendiliğinden son bulduğunu ileri sürmek 6098 Sayılı Kanun'un ruhuna da terstir. Eğer tahliye tarihi itibarı ile sözleşme kendiliğinden sona ermiş olsaydı daha sonra bir tahliye davası açılması durumunda bu dava sadece bir tespit davası niteliği taşıyacaktı. Yazılı tahliye taahhüdündeki tarihte kiracı kiralananı tahliye etmezse, bu tarihten itibaren bir ay içinde dava açma yoluna başvuran kiraya veren icra takibine başvurması üzerine veya dava açması üzerine kira sözleşmesini sonlandırmış olacaktır. Bu davayı ancak kiraya veren olan malik açabilir. Malik kiraya veren değilse bu davayı açamaz. Kiracı kiraya verene taahhütte bulduktan sonra kiralanan el değiştirirse yeni malik de önceki malike verilen tahliye taahhüdünden yararlanabilecektir.

III. AİLE KONUTU VE YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ

Peki kiracı eş ailesi ile birlikte aile konutu olarak kullandıkları kiralanan için tek başına tahliye taahhüdü düzenleyebilir mi? Bu konuda TMK m. 194 ve TBK m. 349'da düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler doğrultusunda eşlerden birinin (kiracı konumundaki eş), aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshetmesi için diğer eşin (sözleşmede taraf olmayan ve üçüncü kişi konumundaki diğer eşin), açık rızasını alması gereklidir. Rıza bir izin ya da onay olarak verilebilir. Verilecek rıza bir şekle tabi değildir. Zaten kira sözleşmesine taraf olmayan diğer eş kira sözleşmesine taraf da olabilecektir (TBK m. 349/f.3) (TMK m. 194/f. 4)⁸.

⁸ Aile konutu ve aile konutunun kira sözleşmesi yolu ile edinilmiş olması üzerine açıklamalar için bkz: Can Yalçın Armutcuoğlu, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 17, Sayı 1-2, (Yıl 2011), 420-422.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kiralama yolu ile sağlandığında sözleşmeye taraf olmayan diğer eş kiraya verene yapacağı bildirimle kira sözleşmesine taraf olabileceğine göre yazılı tahliye taahhüdünde kiracı konumundaki her iki eşin de imzası aranacak mıdır? Buna olumlu cevap vermek gerekir⁹. Gerçekten de TMK m. 194/f.1¹⁰ uyarınca yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle hakkında takip başlatılan bir kiracı, kira sözleşmesine taraf olmayan eşinin tahliye taahhüdünde rızası yoksa bunu ileri sürerek tahliyeyi etkisizleştirebilir. Aynı zamanda diğer eş rızasının alınmadığını ileri sürüyorsa icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurup aile konutu tespiti davasının bekletici mesele yapılmasını talep edebilir. Açık rızanın varlığını ispat yükü ise kiraya verene aittir. Eğer kira konusu taşınmazın aile konutu olduğu ve diğer eşin açık rızasının olmadığı ortaya çıkarsa tahliye taahhüdü geçersizleşir ve buna dayanan icra takibi iptal edilir.

Kira sözleşmesi ile kiralanan konut kiracı için aynı zamanda aile konutu teşkil ediyorsa, sözleşmeye taraf olmayan diğer eşin yazılı tahliye taahhüdüne mutlaka izin ya da onay vermesi gereklidir¹¹. Diğer eş kiraya verene bildirimde bulunmuş ve kira sözleşmesine taraf olmuşsa zaten yazılı tahliye taahhüdünün altında onun da imzası bulunacaktır.

IV. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ VE BEYAZA İMZA SORUNU

Tahliye taahhüdünün şekline ilişkin bir diğer sorun, kiracının boş bir belge altına imza attığı ve bu belgede yazılı tahliye taahhüdünün düzenlenme gününün ve tahliyenin gerçekleşeceği taahhüt edilen günün belirtilmediği durumlarda karşımıza çıkar. Uygulamada da sıklıkla karşılaştığımız üzere sonradan kiraya veren tarafından bahis konusu belgenin doldurulması durumunda bu yazılı tahliye taahhüdünün akıbeti ne olacaktır? Her şeye rağmen geçerli mi olacaktır yoksa geçersizlik mi meydana gelecektir? İşte bu ve benzeri örneklerde beyaza (açığa) imza sorunu ile yüzleşiriz¹². İrade beyanında bulunmak isteyen bir kişinin karşı tarafa verdiği belgede imzası mevcuttur ancak açıklanmak istenen irade beyanının tamamı ya da bir kısmı aynı belgede bulunmamaktadır. Borçlu boş bir kağıda imzasını atarak bunu alacaklıya ya da üçüncü kişiye teslim etmekte ve imzanın

⁹ Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (17. Baskı, İstanbul 2022), N. 888; Mehmet Erdem, "Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 145-146, (Eylül-Ekim 2016), 485.

¹⁰ Türk Medeni Kanunu (2001), 4721, md. 194/f.1: "Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."

¹¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 424; Erdem, *Tahliye Taahhüdü*, 486.

¹² Beyaza imza konusuna ilişkin kapsamlı makale için bkz: Burak Özen, "Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler", *Makaleler - Tebliğler 2001 - 2020*, (İstanbul 2021), 137 - 162.

üstü alacaklı ya da üçüncü kişi tarafından daha sonra tamamlanmaktadır¹³. Yani belgede irade beyanının yöneldiği hukuki işleme ilişkin objektif esaslı noktalar ya hiç yoktur ya da objektif esaslı noktaların sadece bir kısmı metin içerisinde yer almaktadır. Belgedeki bu eksiklikleri giderip tamamlayacak olan irade beyanının muhatabıdır.

Beyaza (açığa) imza olarak nitelendirilebilecek olan belge kanunun geçerlilik şekline bağlı tuttuğu bir işlemin yapılmasına ilişkin olabilir. Yazılı tahliye taahhüdü de yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere yazılı geçerlilik şekline tabidir. Yazılı tahliye taahhüdünü imzalayıp üstünü doldurmak üzere kiraya verene teslim eden kiracı ile kiraya veren arasında her zaman bir anlaşma mevcuttur. Bu anlaşma uyarınca irade beyanının içeriğinin belirlenmesinde uyulacak sınırlar, ana çerçeve belirlenmiştir. Belgenin teslim edilmiş olması da belgeyi teslim alan kiraya verenin yetkilendirilmesine ilişkin iradeyi ortaya koyan delalet edici bir davranıştır¹⁴.

Geçerlilik şekli olarak adi yazılı şekle bağlanmış bir hukuki işlem olan yazılı tahliye taahhüdü, beyaza imza yolu ile düzenlenmiş olsa da şekil açısından geçerliliğin sağlandığı kanaatindeyiz. Yazılı tahliye taahhüdünü beyaza imza teşkil edecek biçimde hazırlanmış olan bir kiracıdan teslim alan kiraya veren söz konusu belgeyi kiracının yani imza sahibinin iradesine kasten aykırı olacak biçimde doldurursa, beyaza imza atan kiracı ile belgeyi tamamlayan kiraya veren arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulmamış olur. Bu sözleşme yoklukla maluldür¹⁵.

Oysa kiraya veren altı imzalanmış üstü boş bırakılmış bir yazılı tahliye taahhüdünü tamamlarken kiracının iradesine uygun hareket ettiği inancında ise ve bu inanca sahip olma konusunda mazur görülebilirse yani bu iradeyi güven ilkesi doğrultusunda anlaması gerektiği şekilde yazılı tahliye taahhüdü metnine yansıtırsa, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Günümüzde sıklıkla kiraya verenler tarafından kiracılardan beyaza imza atılmış biçimde yazılı tahliye taahhüdü talep edilmekte ve bu taahhüt karşı tarafça daha sonra doldurulmaktadır. Kiracı bu belgenin sonradan kiraya veren tarafından tamamlanacağını bilmektedir. En azından kiracılar bu belgenin ne anlama geldiğini öngörebilir. Üstü boş bırakılmış ama altı imzalanmış bir yazılı tahliye taahhüdünü kiraya verene teslim eden kiracı bu belgenin mevcut kira sözleşmesini sona erdirmeye

¹³ Selahattin Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1988), 154 vd.; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (İstanbul 2020), 157; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, (İstanbul 1968), 36-37; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri*, (Ankara 2021), 127.

¹⁴ Özen, *Beyaza İmza*, 141.

¹⁵ Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Onsekizinci Bası, İstanbul 2021), 125.

amacıyla kullanılacağını, üstelik bu belgeye tahliyenin gerçekleştirileceği bir tarihin yazılacağını ve o tarih itibari ile kiralananı tahliye etmesi gerektiğini; kiraya verenin de sırf bu amaçlarla bahis konusu taahhüdü aldığını hayatın olağan akışına uygun şekilde anlayabilecektir. Bu sebeple verdiği boş tahliye taahhüdünün gerçek iradesine aykırı doldurulduğunu iddia eden kiracı yanılma (hata) hükümlerine dayanarak iptal beyanında bulunabilir. Ancak beyaza imza atan belgenin iradesine aykırı biçimde doldurulduğunu kanıtlayamazsa imzasının sonuçlarına katlanır ve yazılı tahliye taahhüdü kendisi için bağlayıcı kalmaya devam eder. Kısacası yazılı tahliye taahhüdünü beyaza imza şeklinde hazırlayıp kiraya verene teslim eden kiracı bu belgedeki tarihlerin iradesine aykırı biçimde doldurulmuş olduğunu ispatla yükümlüdür ve bunu iddia etmek hayatın olağan akışına uygun olan değil uygun olmayandır.

V. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ KAPSAMINDA YER ALAN TARİHLER VE İSPATA DAİR SORUNLAR

Bir yazılı tahliye taahhüdünde iki farklı tarih yer alır. Bunlardan biri tahliyenin gerçekleştirileceği tarihken diğeri tahliye taahhüdünün düzenlendiği tarihtir. Düzenleme tarihinin taahhütte bulunması bir geçerlilik şartı değildir ancak yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın teslim edilmesinden sonra hazırlanması geçerlilik açısından zorunlu olduğundan düzenleme tarihinin taahhütte belirtilmesi faydalı olacaktır¹⁶. Tahliye tarihi gün ay yıl olarak belirtilebileceği gibi basit bir aritmetik hesapla ya da takvime bakarak tespit edilebilecek bir tarih de yeterlidir. Ayrıca bir görüş doğrultusunda tahliye tarihi sadece bir ay olarak belirtilse de (gösterilse de) kâfi olacaktır zira TBK m. 91/f.2 uyarınca Kanun gereği bu tarih belirtilen ayın son gününe denk düşecektir ve yazılı tahliye taahhüdünde yer alması zorunlu olan tahliye tarihi olarak işlev görecektir¹⁷.

Kanaatimizce TBK madde 352/f.1 hükmü açıkça kiralananın “*belli bir tarihte*” boşaltılmasını gerekli gördüğünden ve bu düzenleme yazılı tahliye taahhüdünü düzenleyen mülga 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun madde 7/a’ dan farklı olduğundan¹⁸ artık yazılı tahliye taahhüdünde tahliye tarihi olarak sadece bir ay ve yılın gösterilmesi yeterli olmaz. Yorum yolu ile tahliyenin gerçekleştirileceği gün olarak ayın son gününü bulmak ve yazılı tahliye taahhüdünü bu şekilde ayakta tutmak TBK. m. 352/f.1 ile getirilen açık düzenleme karşısında

¹⁶ Akçaal, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 960.

¹⁷ Erdem, *Tahliye Taahhüdü*, 487; Burcuoğlu, *Kiracının Tahliye Edilmesi*, 303.

¹⁸ 12/1/2011 tarihli ve 6101 sayılı Kanununun 10’uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun madde 7/a: “*Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen tahliye edilmezse icra dairesine müracaatla tahliye isteyebileceği gibi...*” şeklinde düzenlenmiştir. Yürürlükten kalkan bu düzenlemede tahliye tarihi olarak belirli bir tarih zikredilmemiştir.

mümkün değildir¹⁹. Tahliyenin gerçekleştirileceği tarih ya gün ay ve yıl olarak yazılacak ya da en azından küçük bir hesaplama ile hangi gün olduğu net olarak belirlenebilecek biçimde kurgulanmalıdır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bu hükme ilişkin getirilen değişiklik bilinçli bir değişiklik olup, TBK madde 91/f. 2 uygulamasını boşa çıkartmıştır.

Kiraya veren yazılı tahliye taahhüdüne kira sözleşmesinin düzenlendiği günü ya da kiralananın kiracıya fiilen teslim edildiği tarihten önceki bir günü tarih olarak koyarsa bu yazılı tahliye taahhüdünün geçersiz sayılmasına yol açacaktır²⁰. Yazılı tahliye taahhüdü kiralananın teslim edildiği tarihten sonra düzenlenmiş olmalıdır. Bu durumda hem kira sözleşmesinin düzenlenmesinden önce, hem de kira sözleşmesinin düzenlendiği tarihte veya kira sözleşmesi yürürlüğe girmiş ama taşınmaz teslim edilmeden önceki bir tarihte düzenlemiş yazılı tahliye taahhüdü geçersizdir. Bahis konusu tarihlerde kiracının yazılı tahliye taahhüdünü verirken serbest bir iradeyle hareket etmediği varsayımı devreye girecektir²¹.

Yazılı tahliye taahhüdünün geçersizlik yaratacak tarihlerden birinde alındığını iddia eden kiracı iddiasını ispat etmek zorundadır. Peki bu ispat ne şekilde yapılacaktır? Senede karşı senetle ispat kuralları mı devreye girecektir? (HMK m. 201). Kiracı yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesinin kurulması esnasında kendisinden alınmış olduğunu her türlü delille ispatlayabilmelidir. HMK m. 203 uyarınca irade sakatlığı hallerinin ispatında senetle ispat kuralı aranmaz. Çoğunlukla kira sözleşmesini yapmak ve konut ve çatılı işyerine kavuşabilmek için kendisine dayatılacak her türlü şartı kabul etmeye hazır konumdaki kiracının iradesinin baskı ve zorlama altında olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına uygundur²². Bu şekilde ortaya çıkan bir irade bozukluğunun ispatında tanıklardan ya da takdiri delillerden yararlanılabilir.

Böylesi durumlarda irade sakatlığı hallerinden TBK madde 28 uyarınca aşırı yararlanma (gabin) bulunduğu söylenebilecektir. Yazılı tahliye taahhüdünün geçersizlik yaratacak bir tarihte alındığını iddia eden kiracı için senede karşı senetle ispat kuralını uygulamaya çalışmak onu korumasız bırakmak anlamına gelecektir. Çoğu somut olaylarda kiracı bu hususu yazılı bir delille ispatlayabilmek olanağından mahrum bırakılacaktır. Bu sorunu çözebilmek amacıyla ispat yükünün kiracının

¹⁹ Aynı görüş için bkz: Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, s. 328; Akçaal, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 961; Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Ankara 2021), 677.

²⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (Yargıtay), K. 1944/28 (4.Ekim 1944) kararı uyarınca ilk kira sözleşmesi ile birlikte verilen tahliye taahhüdü serbest iradeye dayanmaz ve bu sebeple geçerli değildir. Bu konuda ayrıca bkz: Yalman, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 13.

²¹ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri*, (Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989), 196.

²² Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 773.

omzundan alınıp, aksinin ispatını kiraya verenin omzuna yüklemek de akla gelebilir. Kiraya veren yazılı tahliye taahhüdünü kira sözleşmesinin akdedilmesinden ve kiralanan taşınmazın tesliminden sonraki bir tarihte almış olduğunu ispatlamakla yükümlü tutulabilir²³. Gerçekten de hayatın olağan akışına göre bir kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi çok rastlanılan bir durum değildir. Kiracı olarak gönlüne göre bir konut ya da işyeri bulan ve bu kira sözleşmesi ile bağlı kalmayı hedefleyen bir kiracının bahis konusu kira sözleşmesini bir kez akdettikten ve o taşınmaza yerleştikten sonra o kira sözleşmesinin feshine yol açmaya muktedir bir yazılı tahliye taahhüdünü kiraya verene vermesi ve bunu yaparken iradesinin tamamen serbest olduğunun iddia edilmesi gerçekçi değildir. Mantıki değildir. Kiracı sözleşmeden kaynaklanan edimlerini düzgün biçimde yerine getirdiği takdirde kira sözleşmesi her yıl yenilenir. Kiraya verenin de kanunda yazılı birkaç sebep dışında kira sözleşmesini feshetmek için yapabileceği hiçbir şey yoktur. İşte bu sebeple de yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi kurulduktan ve kira konusu taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonra hazırlanmış olduğunu ispat yükü kiracıya değil kiraya verene yüklenmelidir. Zira hayatın olağan akışına aykırı olanı iddia eden iddiasını ispatlamalıdır²⁴. Ancak somut olayda kiracının kiralananı tahliye etmeyi planladığı tartışmaya mahal bırakmayacak netlikle anlaşılıyorsa kiracının yazılı tahliye taahhüdünü tamamen irade serbestisi doğrultusunda vermiş olduğu kanaatine ulaşılabilecektir.

Tahliye taahhüdünün irade sakatlığı hallerinden biri sebebi ile geçersiz olduğu iddia edilirse bu konuda genel hükümlere gitmek gerekir ve iradesinin sakatlandığını iddia eden taraf bir yıl içerisinde bu yönde bir iptal beyanında bulunmalıdır²⁵. Unutulmamalıdır ki yazılı tahliye taahhüdünde en mühim şey kiracının serbest iradesi ile bu taahhüdü imzalamış olmasıdır. Yazılı tahliye taahhüdünün irade sakatlığı hallerinden biri sebebiyle geçersizliği yukarıda da belirttiğimiz üzere her türlü delille ileri sürülebilir. Kiracı geçersizlik iradesini, bir yıllık hak düşürücü süre içinde tek taraflı olarak ve kiraya verene ulaşması gereken bir irade açıklaması ile kullanır. İrade açıklaması kiraya verene ulaştığı an itibari ile hukuki yazılı tahliye taahhüdü hükümsüz olur. Bu iradenin açıklanması şekle tabi değildir ve dava açılması gerekmez. Mutlaka bir dava açılacaksa bu dava ancak bir tespit davası niteliğinde olur.

²³ Erdem, *Tahliye Taahhüdü*, 496.

²⁴ Baki Kuru - Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, (7. Baskı, Ankara 2022), 233-234; Yavuz Alangoğa, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", *Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Ankara 2004), 523.

²⁵ Gümüş, *Borçlar Genel*, 370-374; Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 123; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası, İstanbul 2008), 492-498; Andreas Furrer vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2022), 253, 254; Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 610; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1, 1 *Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, (Ankara 2019), 421, 422.

Yargıtay'a göre, tahliye taahhüdünün kiralananın teslimi tarihinden önceki bir tarihte hazırlanıp imzalanmış olduğu iddiası ancak yazılı bir delille ispat edilebilir²⁶. Yine Yargıtay'a göre beyaza imza attığını ileri süren ve tahliye taahhüdündeki tarihlerin sonradan kiraya veren tarafından doldurulduğunu iddia eden kiracı da yine bu iddiasını senetle ispatlamalıdır²⁷. Oysa kiracı bir konut ya da çatılı işyeri bulmak zorunda olduğundan baskı altındadır ve bu baskının mevcut olduğu esnada delil temin etme gücü yoktur. Üstelik burada ispatlanması gereken şey yazılı tahliye taahhüdünün hazırlandığı anda baskının mevcudiyeti olduğuna göre bunun senetle değil her türlü delille ispatı mümkün olmalıdır. Unutulmamalıdır ki senede karşı senetle ispat kuralı hukuki işlemler açısından uygulama alanı bulur. Hukuki işlem dışındaki hukuki fiiller açısından senet ispat için zorunlu olmayıp, tanık beyanı da ispat için kullanılabilir²⁸. İrade sakatlığı halleri örneğin yanı sıra, aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma durumları da senetle ispat kuralının kapsamı dışındadır (HMK m. 203/ç). Gerçekten de aşırı yararlanma gibi bir irade sakatlığına maruz bırakılan kişiden, yazılı tahliye taahhüdünü tarihleri boş olarak kiraya verene teslim ettiği zaman diliminde, durumun bu minvalde olduğunu gösterir, ispatlar nitelikte bir senet istenmesi, kiraya verenin de bunu kiracıya vermesi hayatın olağan akışına ve tarihleri sonradan doldurulacak bir yazılı tahliye taahhüdü almanın *ratio legisine* aykırıdır²⁹. Nispi emredici hükümler ile kiracıyı korumayı hedefleyen konut ve çatılı işyeri hükümlerine rağmen aksi yönde yapılacak bir yorum kiracıyı açık hedef haline getirecek, çaresiz bırakacaktır.

VI. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN HÜKÜMLERİ

Kiraya veren kiracıya karşı tahliye taahhüdünde belirtilen tarihten itibaren 1 aylık süre içinde icra dairesinde ilamsız tahliye takibi yapılabilir. Kiraya veren tahliye tarihinden önce takip talebinde bulunamaz. Takip talebinde kiraya veren takibin bir yazılı tahliye taahhüdüne dayandığını bildirmeli ve bu tahliye taahhüdünün aslını veya kendisi tarafından onaylanmış iki örneğini takip talebi ile birlikte icra dairesine vermelidir. Takip talebinin icra dairesine verilmesi üzerine icra dairesi kiracıya tahliye emri gönderir³⁰. Bu tahliye ve teslim emri onbeş gün içinde gönderilir. Kiracının kira sözleşmesinin yenilenmesine ya da uzatılmasına ilişkin bir itirazı varsa bunu sunması

²⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/475 (24 Ocak 2017).

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/1108 (28 Eylül 2021).

²⁸ Hakan Pekcanitez vd., *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, (10. Baskı, İstanbul 2022), 441.

²⁹ Akçaal, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 969; Merve Kaya, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiracıdan Kaynaklanan Nedenlerle Sona Ermesi*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ocak 2020), 34, Erdem, *Tahliye Taahhüdü*, 497.

³⁰ Burcuoğlu, *Kiracının Tahliye Edilmesi*, 327; Tandoğan, *Borçlar Özel*, 199; Inceoğlu, *Kira Hukuku*, 434; Müslim Tunaboşlu, *Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları*, (2. Baskı, Ankara 2007), 130; Yalman, *Yazılı Tahliye Taahhüdü*, 21.

için yedi günlük süre verilmelidir. Kiracı yedi gün içinde bir itirazda bulunmazsa tahliye takibi kesinleşir ve kiracı tahliye emrinin kendisine tebliğinden itibaren onbeş gün içinde taşınmazı boşaltmazsa icra dairesi tarafından taşınmazdan zorla çıkarılır.

Emre itiraz edilirse takip durur. Kiraya verenin takibin devamını sağlayabilmesi için icra mahkemesinden itirazın tebliğinden itibaren 6 ay içinde itirazın kaldırılmasını istemesi gerekir ya da sulh hukuk mahkemesinde itirazın tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içinde itirazın iptali ve tahliye davası açılabilir. Ancak yazılı tahliye taahhüdündeki imza inkar edildiyse o zaman kiraya veren sulh hukuk mahkemesine başvurarak itirazın iptali ve tahliye davası açabilecektir. Bu ihtimal yazılı tahliye taahhüdü adi yazılı şekilde düzenlendiyse ve Noterde düzenlenmediyse gündeme gelecektir. Bu arada eğer sulh hukuk mahkemesinde dava açılırsa artık mahkemenin 30 günlük bir süreye uyması söz konusu olmaz. Tabi bu durumda yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesini sona erdirebilme ve kiracıyı tahliye edebilme açısından getirmesi umulan süre avantajı ortadan kalkacaktır. Zaman kazanmak isteyen kiracılar bu yönteme sıklıkla başvurabilmektedirler. Hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek biçimde bu yönteme başvurulması ise kiracının yazılı tahliye taahhüdünden kaynaklanan borcuna aykırılık teşkil edecektir ve bu yüzden kiraya verenin uğrayacağı zararı tazmin etme yükümlülüğü de gündeme gelebilir.

Kiraya veren tarafta birden fazla kişi var ise ve ortada paylı mülkiyet varsa, icraya başvurulması veya dava açılması için pay ve paydaş çoğunluğu ile karar almak gerekir. Yazılı tahliye taahhüdü eski malik döneminde verilmiş olmakla beraber kiralanan başkasına devredildiyse, yeni malik de eski malik döneminde verilmiş yazılı tahliye taahhüdünden yararlanabilir. Kiraya veren konumunda olmayan malik bu olanaktan yararlanamaz. Örneğin kiraya veren intifa hakkı sahibi ise yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak kira sözleşmesini sona erdirme hakkı malike değil kira sözleşmesinin tarafı olan intifa hakkı sahibine ait olacaktır³¹.

Yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak icraya başvurulması veya dava açılması için taahhüt tarihinden itibaren bir ay içinde harekete geçmek gerekir. Bu süre niteliği itibari ile hak düşürücü bir süredir ve hakim tarafından resen göz önünde bulundurulur. Kiraya veren bu bir aylık süre içinde kiracıya dava açacağını yazılı olarak bildirdiyse süre bir kira yılı için uzamış sayılır. Yazılı tahliye taahhüdünde bulunan tarihten önce yapılan bir bildirim ise süreyi uzatmak anlamına gelmez.

VII. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ VE CEZA KOŞULU

Tahliye taahhüdünde ceza koşulu kararlaştırılabilir mi? Bir görüşe göre kiralanan tahliye tarihinde boşaltılmazsa, ceza koşulunun ödenmesi istenebilir³². Bu-

³¹ Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, (İstanbul 2008), 57.

³² Yazılı tahliye taahhüdünde ceza koşulu istenebileceği görüşü için bkz: İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 439; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 67; Tandoğan, *Borçlar Özel*, 195.

rada TBK madde 334/f. 2 uyarınca: “*Kiracının sözleşmenin sona ermesi halinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir*” hükmü dikkate alınmalıdır. Bu hükme dayanarak tahliye taahhüdünde belirtilen tarihte kiracının evi tahliye etmemesi ve kira sözleşmesini sonlandırmaması durumu için geçerli biçimde bir ceza koşulu kararlaştırılabileceği söylenebilecek midir? Unutulmamalıdır ki bu hüküm kiracının iade ve kiralananın kullanımı ile ilgili sorumluluğuna ilişkindir. Kiralananın zamanında iade edilip edilmemesi ile ilgili değildir.

Yine TBK m. 346: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*” demektedir. Bu madde ise kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu kararlaştırılamaz demektedir.

Kanaatimizce bu iki maddenin de kapsamına yazılı tahliye taahhütleri girmemektedir. Bu sebeple kanunda özel olarak bir engel bulunmadığından bahisle yazılı tahliye taahhütlerinde bir ceza koşulu belirlenmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Ancak burada da yine yukarıdaki açıklamalarımıza paralel şekilde kiracının kira sözleşmesini yapıp, kiralanan kendisine teslim edildikten sonra bir yazılı tahliye taahhüdü vermesi, üstüne üstlük bir de bunu ceza koşuluna bağlaması hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Olayların olağan seyrine aykırılık durumu dikkate alındığında ise kiracının bu belgeyi baskı altında vermiş olduğu kuvvetle muhtemeldir. Bir kez daha altını çizelim. İspat yükü hayatın olağan akışına uygun olanı değil uygun olmayanı iddia edenin omuzlarında olmalıdır. Yani ispat yükü kiraya verende olmalı, ceza koşulu taşıyan yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi kurulduktan ve kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra hazırlanıp imzalandığını kiraya veren ispat etmelidir.

VIII. KİRACIDAN BİRDEN FAZLA TAHLİYE TAAHHÜDÜ ALINMASI

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiracıdan peş peşe tahliye taahhütleri alındıysa bunlar geçerli olur mu? Biraz da bu sorunun üzerinde durmaya çalışalım. Yukarıda açıkladığımız üzere ilk tahliye taahhüdü kira sözleşmesi yapılırken alındıysa geçersizlikle karşılaşılacaktır. Bu dönemde kiracı kiralananı yerleşmek ve açıkta kalmamak baskısı altındadır ve bu sebeple iradesinin sakatlandığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak kiracı kiralananı yerleştikten sonra yenilenen kira dönemleri için yazılı tahliye taahhüdü veya taahhütleri verdiyse Yargıtay bunların çoğunlukla geçerli olacağı görüşündedir³³. Bu arada ilk taahhüdün geçersiz

³³ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/1143 (22 Şubat 2016; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/9176 (12 Mart 2018); Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/2784 (11 Mart 2008).

sayılması bizi zorunlu olarak diğerlerinin de geçersiz sayılması sonucuna götürmeyecektir.

Gerçekten de sonradan yenilenen kira sözleşmeleri açısından, kiralanan kiracıya teslim edildiğinde kiracının artık başını bir konut ya da çatılı iş yerine sokma telaşesi içinde bulunmaması sebebiyle iradesinin sakat olduğu kolaylıkla ileri sürülemez. Kanaatimce burada da taahhüdün alındığı tarihin sözleşme kurulduktan sonra ve hatta teslimden sonra gelen bir tarih olduğunu ispat yükü kiraya verene ait olmalıdır. Kiraya veren bunu bir kez ispat ettikten sonra ise artık kiracının iradesinin baskı ve aşırı yararlanma etkisi altında olduğu ileri sürülemez.

Kiraya veren bir dava açtığında kiracı bahis konusu yazılı tahliye taahhüdünün kendisinden sözleşme kurulmadan, kurulmayan sözleşme uyarınca kiralanan kendisine teslim edilmeden evvel alındığını ya da kira sözleşmesi kurulmasına rağmen kiralanan kendisine teslim edilmeden alındığını; hatta kira sözleşmesi yapılmasının ön şartı olarak önüne getirildiğini iddia ederse bu yeterli olmalıdır. Aksi iddia edildiğinde yani yazılı tahliye taahhüdünün ya da birden fazla sayıda ise peş peşe alınan taahhütlerin kira sözleşmesi kurulduktan sonra ve kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra alındığı ve bu sebeple geçerli olduğu/oldukları ileri sürülmeğe ise bunu iddia eden kiraya veren ispat yükü altında olmalıdır³⁴.

Uygulamada kiraya verenler tahliye taahhütlerinin geçersizliği ileri sürülmesin diye sıklıkla bunları noterde resmi şekle uygun düzenlettirmektedirler. Kira sözleşmesinin tarihini ise bu tarihten daha önceki bir tarih olarak düzenleyebilmektedirler. Kira sözleşmesi şekle tabi olmadığından sonraki bir tarihte hazırlanmış olsa da çoğunlukla rastladığımız üzere adi yazılı şekilde yapılmakta ve bu sözleşmeye noterde düzenlenmiş yazılı tahliye taahhüdü gününden önceki bir tarih atılarak ileride meydana gelebilecek hukuki uyuşmazlıklar engellenmek istenmektedir.

Bu durumda bir kez daha tekrar edelim. Tahliye taahhüdünün hangi tarihte alındığının ispatı maddi bir olguya ilişkindir. Senede karşı senetle ispat kuralı hukuki işlemler açısından uygulanır. Oysa bu durumda bir tarihin ispatı söz konusu olduğundan her türlü delille ispat mümkün olmalıdır.

SONUÇ

Kira artışı isteyen ancak yasal düzenlemeler doğrultusunda ve süregelen kira ilişkisi çerçevesinde bunu gerçekleştiremeyen kiraya verenler kira artışı konusunda dayatma unsuru olacak şekilde yazılı tahliye taahhüdü kurumundan yararlanmaktadırlar. Bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması yasağı dikkate alın-

³⁴ Aynı görüşü paylaşan yazar için bkz: İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 430, 431.

malıdır. Gerçekten herkes hakkını amacına uygun kullanmak zorundadır. TMK m.2/f. 2 bu tarz davranışları yasaklamaktadır. Ortada bir hak olmasına rağmen açıkça kötüye kullanılıyor, sırf başkasını zor durumda bırakmak için haktan yararlanılıyor, elde edilecek menfaat ile başkasının uğrayacağı zarar arasında aşırı bir oransızlık ortaya çıkıyorsa veya karşı taraf davranışlarıyla güven yaratıp bu davranışı ile çelişki yaratacak şekilde hareket ediyorsa hakkı kötüye kullanmıştır³⁵. İşte ulaşmak istediği sonuç yasanın kiracı aleyhine düzenleme yapmanın yasak olduğu nispi emredici hükümler yolu ile getirdiği yenilenen kira dönemi artış sınırını aşmak olan bir kiraya veren kira bedeline yasanın getirdiği oranın birkaç kat üzerinde artış yapılmasını sağlamak maksadıyla kiracısından tarihsiz tahliye taahhüdü almış olsa üstelik bunu hiç kullanmayacağını belirtse, sonra da buna rağmen yazılı tahliye taahhüdünü kullanıp tahliye davası açsa hakkı kötüye kullanmış olacaktır³⁶. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını ise hukuk düzeni himaye etmez. Böylesi durumlarda açılacak bir dava reddedilmelidir.

Uygulamada en büyük sorunlardan bir diğeri de tarih kısımları boş bir şekilde bırakılan ve buna rağmen kiracı tarafından imzalanan tahliye taahhütlerinin sonradan kiraya veren tarafından doldurulmasıdır. Gerçekten de yazılı tahliye taahhütleri bir geçerlilik şekline tabidir ama adi yazılı şekil sonradan ortaya çıkan sorunları çözmeye yeterli olmamaktadır. Bu bağlamda tıpkı kefalet sözleşmelerinde, el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi yazılı tahliye taahhütlerinin de geçerlilik açısından nitelikli yazılı şekle tabi olmaları yasal bir zorunluluk haline getirilebilir. Yazılı tahliye taahhütlerinde düzenleme tarihi ve tahliye tarihinin kiracı tarafından el yazısı ile yazılması zorunluluğu konusunda düzenleme yapılabilir. Tüm bunların ötesinde yazılı tahliye taahhütlerinin geçerlilik şekli açısından adi yazıllık yerine noterde düzenleme şeklinde hazırlanması beyaza imza ihtimalini, tarihleri sonradan doldurma riskini, imzanın kiracıya ait olup olmadığına ilişkin sonradan ortaya çıkabilecek tartışmaları azaltabilecektir.

Yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi kurulduktan ve kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra alınmış olduğuna ilişkin ispat yükünün de kiracının omzundan alınıp, kiraya verene yüklenmesi gerektiği ve bu yönde bir hüküm konulmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

³⁵ M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (27. Baskı, İstanbul 2021), 247 vd.; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, (İstanbul 2014), 276 vd.; O. Gökhan Antalya- Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, Cilt I*, (4. Baskı, Ankara 2021), 535 vd.

³⁶ Kiracıdan tarihsiz tahliye taahhüdü alınan ve bu tarihleri sonradan doldurmanın hukuki sonuçlarına ilişkin açıklamalar "IV - Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Beyaza İmza Sorunu" başlığı altında yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, M., “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, SDÜHFD, Vol 12, No: 2, Year 2022, (s. 949-s. 979).
- ALANGOYA, Y., “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, (s. 521-531).
- ANTALYA, G. - TOPUZ, M., Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 4. Baskı, Ankara 2021.
- ANTALYA, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Ankara 2019.
- ARMUTCUOĞLU, C. Y., “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2011, Cilt: 17, Sayı 1-2, (s. 413-436).
- AYDOĞDU, M./ KAHVECİ, N., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Ankara 2021.
- BURCUOĞLU, H., Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.
- DURAL, M./ ÖĞÜZ, T./GÜMÜŞ, M. A., Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2022.
- ERDEM, M., “Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145-146, Eylül-Ekim 2016, (s. 481-506).
- EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- ERZURUMLUOĞLU, E., Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1973.
- FURRER, A./MULLER-CHEN, M./ÇETİNER, B., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2022.
- GÜMÜŞ, M. A., “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, (Kira Sözleşmesi).
- GÜMÜŞ, M. A., Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleri, Ankara 2021, (Borçlar Genel).
- İNCEOĞLU, M. M., Kira Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2014.
- KAYA, M., Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiracıdan Kaynaklanan Nedenlerle Sona Ermesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4’üncü Bası, İstanbul 2008.

- KURU, B./AYDIN, B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara 2022.
- NOMER, H. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Onsekizinci Bası, İstanbul 2021.
- OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2020.
- OĞUZMAN, M. K./BARLAS, N., Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 27. Bası, İstanbul 2021.
- ÖZEN, B., “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, Makaleler - Tebliğler (2001 - 2020), İstanbul 2021.
- ÖZEN, B., Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.
- PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M., Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul 2022.
- SEROZAN, R., Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989.
- TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1988.
- TUNABOYLU, M., Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- YALMAN, S., “Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, (s. 7- s. 22).
- YAVUZ, C./ ACAR, F./ ÖZEN, B., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2022.



Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları^(*)

Artificial Intelligence in Autonomous Vehicles, Processing of Personal Data and Its Results

Prof. Dr. Şafak NARBAY^(**)
Şerife Nur KIRAZLI^(***)

Öz

Gelişen teknolojiyle beraber, yapay zekâ günlük hayatımızın birçok alanında karşımıza çıkmaktadır. Cümlelerin devamını tamamlayan mesajlaşma uygulamaları, Siri ve Alexa gibi kişisel asistanlar, sağlık sektöründe kullanılan cerrahi robotlar, dinletilen müzik parçasını bulmayı sağlayan ses tanıma uygulamaları, güvenlik sistemlerinde kullanılan yüz tanımlama sistemleri, kredi puanı hesaplayan bankacılık uygulamaları, evi haritalandırarak temizlik yapan robot süpürgeler ve ulaşım sektöründe kullanılan otonom araçlar yapay zekâ olgusunun örnekleridir. Günlük hayatımızı kolaylaştıran ve yaşam kalitemizi artıran yapay zekâ teknolojileri sağladığı avantajlarla birlikte, pek çok veriye ihtiyaç duyma ve kişisel verilerimizi işleyebilme gibi dezavantajlı durumları da beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ teknolojisi kullanarak bulunduğu çevreyi algılayan ve makine öğrenmesiyle kendini geliştiren otonom araçlar da pek çok veri işleyebilmektedir. Yapay zekânın işlediği verilerin kişisel veri olması mümkün olabileceği gibi, yapay zekânın kişisel olmayan verilerden veya anonimleştirilmiş veri kümelerinden çıkarım yaparak kişisel veri üretmesi de mümkündür. Bu durumda, veri koruma yükümlülüğü devreye girmektedir. Kişisel veriler, Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) mevzuatıyla koruma altına alınmıştır. Ancak yapay zekâ teknolojisinin getirdiği belirsizlikler, yapay zekâya özgü kişisel veri korunması düzenlemelerine olan ihtiyacı göz önüne sermektedir. Otonom araçlarda yapay zekânın ne tür verileri işleyebileceği ve ilgili mevzuat ışığında otonom araçlar özelinde kişisel verilerin korunması bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 15.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 01.08.2023
DOI: 10.56701/shd.1328031

^(**) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Sakarya - Türkiye
E-posta: safaknاربay@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3202-4395>

^(***) Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Sakarya - Türkiye
E-posta: serife.kirazli@ogr.sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1693-2972>

Anahtar Kelimeler

Otonom Araç, Yapay Zekâ, Kişisel Veriler.

Abstract

With the developing technology, artificial intelligence appears in many areas of our daily lives. Messaging applications that complete the rest of the sentence, personal assistants such as Siri and Alexa, surgical robots used in the health sector, voice recognition applications that allow finding the piece of music being played, face recognition systems used in security systems, banking applications that calculate credit score, robot vacuums that clean by mapping the house, and in the transportation sector. The autonomous vehicles used are examples of the phenomenon of artificial intelligence. Artificial intelligence technologies, which facilitate our daily life and increase our quality of life, bring along disadvantages such as needing a lot of data and processing our personal data, along with the advantages it provides. Autonomous vehicles that detect their environment using artificial intelligence technology and develop themselves with machine learning can also process a lot of data. It is possible for the data processed by artificial intelligence to be personal data, and it is also possible for artificial intelligence to produce personal data by inferring from non-personal data or anonymized data sets. In this case, the data protection obligation comes into play. Personal data is protected by the Personal Data Protection Law (PDPL) and the European Union General Data Protection Regulation (GDPR). However, the uncertainties brought by artificial intelligence technology reveal the need for artificial intelligence-specific personal data protection regulations.

Keywords

Autonomous Vehicle, Artificial Intelligence, Personal Data.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz çağda yapay zekâ hayatın her alanında karşımıza çıkan bir olgudur. Arama motorlarında sözcük aratınca mantıklı bir kelime öbeği teklif eden, kişilerin kredi puanını hesaplayan ve mesajlaşırken cümlenin devamını tamamlayan uygulamalar, ameliyatlarda kullanılan cerrahi robotlar, yabancı bir cisim algılayınca kendiliğinden duran otomobiller¹, evin haritasını çıkararak temizleyen robot süpürgeler yapay zekâ olgusunun yansımalarıdır.

Yapay zekâ teknolojilerinin; insanlara kıyasla daha az maliyetle daha hızlı işlem yapabilmesi, bir takım tehlikeli işlerin robotlar tarafından yapılması² ve günlük hayatın kolaylaştırılması gibi avantajlı taraflarının yanı sıra gizliliği tehdit etme, temel hak ve özgürlükleri ihlal etme gibi dezavantajlı tarafları da bulunmaktadır.³ Yapay zekâ teknolojisi ile tasarlanan otonom araçların da benzer şekilde, kaza oranlarını düşürme, trafiği azaltma, yakıt tasarrufu ve kişilere vakit

¹ Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 27.

² Barış Özçelik, "Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi* 1/66 (Mayıs 2022), 89.

³ Zeynep Öğretmen Kotil, *Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zekâ*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 1.

kazandırma gibi avantajları ile beraber siber saldırıya açık olma ve gizliliği tehdit etme gibi dezavantajları bulunmaktadır.⁴

Yapay zekânın büyük miktarlarda veri işleme kapasitesine sahip ve veri ile beslenen bir sistem⁵ olduğu göz önüne alındığında, işlenen veriler içerisinde kişisel verilerin de bulunabileceği açıktır. Bununla beraber yapay zekânın verilerden çıkarım yaparak yeni kişisel veriler elde etmesi de mümkündür.⁶ Otonom araçlar, çeşitli donanım ve sensörlerle çevreyi algılayıp, elde ettiği verilerle karar veren yapay zekâ teknolojisi ile donatılmıştır. Otonom araçlardaki yapay zekâ sisteminin işlediği veriler içerisinde kişisel verilerin olması mümkündür.

Bu çalışmada otonom araçlarda yapay zekânın işlediği kişisel verilerden kısaca bahsedildikten sonra, ilgili mevzuat ışığında otonom araçlar özelinde kişisel verilerin korunması değerlendirilmiştir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekâ kavramı ilk kez 1956 yılında Dartmouth Konferansı'nda John McCarthy tarafından kullanılmıştır. Konferansın sonunda zekâyı taklit edecek bir makinenin prensip olarak yapılabileceği görüşüne varılmıştır.⁷

Yapay zekânın herkes tarafından kabul gören bir tanımı bulunmamakla beraber; yapay zekâ, akıllı varlıklara ilişkin öğrenme, karar alma, muhakeme etme ve alınan kararları uygulama gibi bazı görevleri ifa etme yeteneğine⁸ sahip sistemler olarak tanımlanabilir. Avrupa Komisyonu yapay zekâyı; bir veya daha fazla teknik ve yaklaşımla geliştirilen ve tanımlanan hedefler için, etkileşime girdikleri ortamları etkileyen tahminler, tavsiyeler, kararlar gibi çıktılar üretebilen yazılım⁹ olarak tanımlamıştır.

Yapay zekânın öğrenme yöntemlerine baktığımızda ilk olarak makine öğrenmesi kavramı göze çarpmaktadır. Makine öğrenmesi, yapay zekânın pek çok algoritma örneğini inceleyerek, örneklerin içerdiği örüntüleri tanımlayabilmesi ve bir

⁴ Servet Yetim, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi* 2016/1 (Mart 2016), 139-141.

⁵ Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1.

⁶ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 87.

⁷ Selahaddin Bilal Özgür, "Algoritmalar, Yapay Zekâ, Makine Öğrenmesi, Derin Öğrenme ve Uygulamaları: Beşerî Fayda Üretiminin Yazılımlar Tarafından Karşılanması", *Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 10/1 (Haziran 2021), 14.

⁸ Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 45.

⁹ Avrupa Komisyonu, *European Commission, Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts*, 40 (Erişim 2 Ocak 2023).

öğrenme algoritması oluşturarak bu yolla kendi kendine öğrenebilmesidir. Makine öğrenmesi yöntemiyle yapay zekâ yeni bilgiler öğrenebilmektedir. Makine öğrenmesi, istenmeyen e-postalar içindeki tekrarlayan örüntülerin keşfedilerek, benzer içerikli e- postaları otomatik olarak istenmeyen postalara gönderen yazılımlar gibi bugün kullandığımız pek çok teknolojinin içerisinde yer almaktadır.¹⁰

Makine öğrenmesinin daha gelişmiş bir dalı olan derin öğrenme, bilgisayarların yüksek fonksiyonları gerçekleştirmesi için geliştirilen ve veri arttıkça daha doğru sonuçlar elde etmeye başlayan bir öğrenme tekniğidir.¹¹ 2013 yılında shogi adındaki satranç türevi bir Japon strateji oyununda, “Ponanza” isimli yapay zekâ, bir çok shogi oyuncusunun oyun kayıtları üzerinde derin öğrenme yöntemini kullanarak eğitilmiş ve profesyonel bir oyuncuyu yenmiştir.¹²

Makine öğrenmesi ve derin öğrenme yöntemleriyle sağlanan ilerleme ile günümüz teknolojisinin veri miktarında sebep olduğu artış birlikte değerlendirildiğinde, büyük hacimli verilerin işlenmesi olanaklı hale gelmiştir. Yapay zekâ sayesinde büyük veri setlerinden anlamlı sonuçlar çıkarılabilmekte ve böylece yeni verilere ulaşılabilmektedir. Örneğin, yapay zekâ kişilerin alışveriş alışkanlıklarına dair verilerle eğitilerek, elde edilen verileri yorumlayabilmekte ve kişinin ne zaman yeni ürün satın alabileceği, satın aldığı ürünün yanında başka hangi ürüne ihtiyaç duyabileceği gibi yeni verilere ulaşabilmektedir.¹³

B. OTONOM ARAÇ KAVRAMI

Yapay zekâ kavramında olduğu gibi otonom araç kavramının da herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Otonom araç kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle otonom kelimesine değinmekte fayda vardır. Otonom, kendi kendini idare edebilen, bağımsız ve özerk anlamlarını taşımaktadır.¹⁴ Otonom araç, onu işletecek kişinin aktif katılımı olmaksızın yapay zekâ, sensörler ve GPS konum belirleme sistemini kullanan motorlu araçtır.¹⁵ Diğer bir tanıma göre ise otonom araç, sürüşe ilişkin eylemlerini, sürücünün doğrudan müdahalesi olmadan, kısmen veya tamamen bağımsız şekilde belirleyebilen ve mevcut sürüş koşullarına uyum sağlayabilen araçlardır.¹⁶

¹⁰ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 28-33.

¹¹ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 54.; Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 33.

¹² Yuichi Yoda vd., “A Study of Basis on AI- based Information Systems: The Case of Shogi AI System Ponanza”, 2-3. (Erişim 5 Ocak 2023).

¹³ Özçelik, “Yapay Zekânın Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, 94.

¹⁴ Sema Bayındır, “Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi”, *Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (Aralık 2021), 387.

¹⁵ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8/15 (Haziran 2020), 490.

¹⁶ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 60.

Otonom araç teknolojisi ile, insan biyolojisinden kaynaklanan uykusuzluk, alkollü araç kullanımı, dikkatsizlik gibi riskler ortadan kaldırılarak, insanların duyu organları yerine geçen ve daha az hata yapan radar, sensör, GPS ve yapay zekâ yardımı ile daha güvenli araçların üretilmesi hedeflenmektedir.¹⁷ Otonom araçların kaza oranlarının düşürülmesi, herkesin kullanımına açık araçlarla trafiği azaltma ve çevre dostu olma, akıllı sürüş teknikleriyle daha az yakıt kullanma ve insanların trafikte harcayacağı vakti başka işlerle değerlendirebilmesi gibi avantajlarının yanı sıra; üretim ve servis maliyetlerinin yüksek olması, hava şartları trafiğe elverişli olmadığı zaman barındırdığı riskler, siber saldırıya açık olma¹⁸ ve veri gizliliğini ihlal etme gibi dezavantajları da bulunmaktadır.

Okur'a¹⁹ göre; bir aracın öngörülemeyen ve bilinmeyen durumlarda karar alma yeteneğine sahip olduğu, aracın sürücünün sevk ve idaresinden bağımsızlaştığı her durumda araç otonom kabul edilecektir. Bu bağımsızlaşma süreci ise seviye olarak farklılık göstermektedir. Araçların otonomluk seviyesi arttıkça, insan müdahalesine duyulan ihtiyaç azalmaktadır.²⁰

Otomobil Mühendisleri Topluluğu (SAE) otonom araçları altı seviyede sınıflandırmıştır.²¹

- Seviye 0; herhangi bir otonomiden bahsedilemeyen, aracın sevk ve idaresini tamamen sürücünün gerçekleştirdiği geleneksel araçlara karşılık gelmektedir.
- Seviye 1 (Sürüş Asistanı Sistemi); sürüş asistanı kullanırken, sürücünün araç üzerindeki hakimiyet ve kontrolünü sürekli olarak devam ettirmesi gerektiği seviyeye karşılık gelmektedir. Aracın doğrusal ve yanal yönetimi sürücüdür. Sabit hız kontrolü sistemleri örnek olarak verilebilir.
- Seviye 2 (Kısmi Otonomi); sistem belirli durumlarda ve sınırlı bir sürede aracın yanal ve doğrusal yönetimini üstlenmektedir. Sürücünün araç üzerinde gözetimi devam etmeli ve sürücü her an aracın doğrusal ve yanal kontrolünü tekrar üstlenmeye hazır olmalıdır. Şerit takip asistanları bu seviyeye örnek olarak gösterilebilir.
- Seviye 3 (Yüksek Otonomi); aracın yanal ve doğrusal yönetimini asistanlar üstlenmektedir. Sürücü sürekli gözetim yükümlülüğü altında değildir, aracı sürüş asistanı yönetirken sürücü başka bir aktiviteye yönelebilir. Sürüş asistanının aşamayacağı bir problem oluştuğunda sistem sürücüyü uyarmakta ve belirli bir süre tanıyarak aracın yönetimini üstlenmesini talep etmektedir.

¹⁷ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 61.; Yetim, "Sürücüsüz Araçlar", 130.

¹⁸ Yetim, "Sürücüsüz Araçlar", 139-141.

¹⁹ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 61.

²⁰ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 62.

²¹ Otomobil Mühendisleri Topluluğu (SAE), *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*. (Erişim 2 Ocak 2023).

- Seviye 4 (Tam Otonomi); bütün sürüş aktiviteleri asistan sistem tarafından üstlenilmektedir. Sürücünün gözetim yükümlülüğü tamamen ortadan kalkmaktadır. Araç belirlenen görevi tamamladığında sürücüden aracın yönetimini tekrar üstlenmesini istemekte, eğer sürücü aracın yönetimini üstlenmiyorsa en güvenli yere park etmektedir.
- Seviye 5 (Full Otonom); araç karşılaşılabileceği her durumda kendi sevk ve idaresini üstlenmektedir. Bu seviye için bir sürücüden bahsedilemeyecektir.²²

Günümüzde, tam otonom araçların henüz mevcut olmadığı, ancak otomotiv şirketlerinin bu konuda çalışmaları olduğu bilinmektedir. 2020 yılında tam otonom araçları piyasaya süreceğini vaat eden Tesla şirketi şu an ancak 3. seviyede otonom araç üretebilmiştir.²³ Tesla şirketinin kendi kendine sürüş gibi kavramları araç özellik tanımlarında sıklıkla kullanması üzerine, Alman Bavyera Eyalet Mahkemesi, Tesla'nın otopilot yazılımının kendi kendine gidebileceğine dair yanlış izlenim oluşturduğu ve otopilot özelliğinin insan müdahalesi gerektiren bir sürüş asistanı olduğunu belirterek, Tesla otopilot yazılımı hakkındaki reklam ve açıklamalarının yanıltıcı olduğuna karar vermiştir.²⁴

C. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda²⁵ (KVKK) ve Avrupa Birliği Genel Veri Tüzüğü'nde²⁶ (GDPR) kişisel veri; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde tanımlanmıştır. Bir kişinin kimliğini açıkça ortaya koyan ya da ek bilgilerle kişinin kimliğini ortaya koyulabilir kılan bilgiler kişisel veridir.²⁷

KVKK ve GDPR kapsamında, kişisel veriler hakkında sınırlı sayma ilkesi gözetilmemiş, kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan bütün veriler kişisel veri kapsamına dahil edilmiştir. Teknolojik gelişmelerle birlikte kişiyi belirlenebilir kılacak yöntemlerin de artması karşısında, kişisel veri tanımının belirli sınırlar içerisinde sıkıştırılmaması, kanun koyucunun çağın gerekliliklerine uygun bir yol benimsediğini göstermektedir.²⁸ Bir verinin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için bazı unsurları taşıması gerekmektedir.

²² Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 63-66.; Koray Doğan, "Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Ceza Sorumluluk", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/Özel Sayı (2019), 3231-3232.

²³ Bayındır, "Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk", 392.

²⁴ Jack Ewin, "German Court Says Tesla Self-Driving Claims are Misleading", *The New York Times*, (Erişim: 9 Temmuz 2023).

²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK), *Resmî Gazete* 29677 (7/4/2016), Kanun No. 6698, m. 3.

²⁶ General Data Protection Regulation (GDPR), European Union (2018), m.4/1. (Erişim 5 Ocak 2023).

²⁷ Murat Volkan Dülger, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", *Yaşar Hukuk Dergisi* 1/2 (Temmuz 2019), 87.

²⁸ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 81.

İlk unsur kişinin belirli veya belirlenebilir olmasıdır. Kişiyeye ilişkin veriler, kişinin kimliğini doğrudan veya dolaylı yollarla belirlenebilir kılmalıdır.²⁹ Kişinin belirli veya belirlenebilir olmasından kasıt, kişinin eşkalinin belirlenebilir olmasıdır. Kişiyeye ait bilgi ile o kişinin kim olduğu anlaşılıyor ise kişisel veri olarak değerlendirilir.³⁰ Örneğin, ofiste çalışan dış teli takan ve sarı saçlı insanların maaş miktarına ilişkin bir bilginin, kişiyi dolaylı olarak belirlenebilir kılıp kılmadığı somut olaya göre değerlendirilir. Dış teli takan ve sarı saçlı sadece bir kişi var ise, bilgi dolaylı yoldan kişiyi belirlenebilir kıldığından kişisel veri olarak değerlendirilir.³¹

İkinci unsur gerçek bir kişiyeye ilişkin değildir. Hem GDPR hem KVKK metninden anlaşılacağı üzere kişisel veriler sadece gerçek kişilere ilişkin olabilmektedir. Hukukun kendilerine kişilik atfedilmiş olduğu tüzel kişiler, doğrudan kişisel verilerin korunması hakkının öznesi olamamaktadır. Ancak tüzel kişiyeye ait bir verinin, gerçek bir kişiyi belirli veya belirli kılabilmesi durumunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere konu olması mümkündür.³²

Sonucusu ise bilgi unsurudur. Gerçek kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmektedir. AYM kararında, “*adi, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler*” şeklinde bilgi tanımını geniş bir şekilde yapmıştır.³³

Yapay zekâ teknolojileri ile büyük verilerin işlenebilmesi kişisel veri niteliğinde olmayan verilerden yapılan çıkarımların bir kişisel veriye işaret edebilmesini olanaklı hale getirmiştir.³⁴ Stanford Üniversitesi’nde yapılan bir araştırmada kişilerin fotoğraflarından yüz tanıma yöntemiyle cinsel yönelimlerini tahmin eden bir yapay zekâ algoritmasının, erkeklerin %81’inde ve kadınların %74’ünde eşcinsel veya heteroseksüel yönelimlerini doğru tahmin edebildiği görülmüştür.³⁵ Stanford Üniversitesi’nde yapılan bu çalışma yapay zekânın sadece kişisel

²⁹ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 83.

³⁰ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesi*, 22.

³¹ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 83.

³² Dülger, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”, 94.; Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 82.

³³ Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2014/74, (9 Nisan 2014), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726-15.pdf>, (Erişim 31 Temmuz 2023).

³⁴ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 87.

³⁵ Paul Lewis, “I Was Shocked It Was So Easy’: Meet the Professor Who Says Facial Recognition Can Tell If You’re Gay”, *The Guardian*, (Erişim 10 Mart 2023).

verileri işlemekle sınırlı kalmayıp, yeni kişisel veri çıkarımı da yapabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla konu yapay zekâ olunca, birbiriyle ayrılmaz şekilde bağlantılı veri kümelerinde, küçük bir kısım da olsa kişisel veri mevcutsa, veri koruma yükümlülüğü gereği veri kümesinin tamamının kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.³⁶

II. OTONOM ARAÇLARDA KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

A. OTONOM ARAÇLARDA KİŞİSEL VERİLER

Günümüzde teknoloji ve akıllı sistemlerdeki gelişmeler ekseninde; birçok araç firmasının yanı sıra Google, Uber, Apple, Nvidia ve Huawei gibi uluslararası firmalar da otonom araç teknolojileri kapsamında AR-GE çalışmaları yapmaktadır.³⁷

Otonom araç teknolojisinin temelinde yapay zekânın, makine öğrenmesi ve derin öğrenme yöntemleri kullanarak verileri işleyebilmesi ve tecrübeye dayalı olarak kendi kendini geliştirebilmesi süreci yer almaktadır.³⁸ Bu öğrenme süreci; çevrenin ve diğer araçların ölçülerinin sensörler yardımıyla tespit edilmesi, sensörlerden elde edilen bilgiler ve yapay zekânın sahip olduğu veriler doğrultusunda tam ve isabetli bir çevre resminin oluşturulması, yapay zekânın bu resim çerçevesinde nasıl hareket edileceğine dair karar alması ve alınan kararın uygulanması aşamalarından oluşmaktadır. Otonom araçların test sürüşleri bu derin öğrenme sürecine hizmet etmekte olup, toplanan verilerin trafikte meydana gelebilecek her türlü durumda, otonom araçların kendi kendine tepki verebilmesini amaçlanmaktadır.³⁹ Örnek olarak; 2015 yılında Google firmasına ait otonom araç, sürüş testi sırasında öngörülemeyecek bir olayla karşılaşmış ve araç yolunda terkerekli sandalyede ördük kovalayan bir kadını derin öğrenme yöntemi sayesinde algılamış ve kadına zarar vermeden durmuştur.⁴⁰

Otonom araçlarda sürüş faaliyetleri, aracın iç ve dış sensörler aracılığıyla çevresini algılayabilmesi temeline dayanmaktadır.⁴¹ Otonom araçların çeşitli sensörler ve yazılımlar aracılığıyla topladığı verileri iki ana başlık altında toplayabiliriz.

³⁶ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 87.

³⁷ Ahmet Can Uçarlı vd., "Otonom Araçlarda Çoklu GNSS Uydu Sistemleri Kullanımının Konum Doğruluğuna Etkisinin Araştırılması", *NÖHÜ Mühendislik Bilimleri Dergisi* 11/3 (2022), 672.

³⁸ Bayındır, "Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk", 389.; Fatma Nur Ortataş- Emrah Çetin, "Elektrikli ve Otonom Araçlarda Makine Öğrenmesi Kullanarak Trafik Levhaları Tanıma ve Simülasyon Uygulaması", *El-Cezerî Fen ve Mühendislik Dergisi* 8/3 (2021), 1082.; Mesut Serdar Çekin, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/33 (Ocak 2018), 285.

³⁹ Çekin, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", 285-286.

⁴⁰ Nick Statt, "Google's Self-Driving Car Didn't Hit a Duck-Chasing Granny", *The Verge*, (Erişim 11 Ocak 2023).

⁴¹ Uçarlı vd., "Otonom Araçlarda Çoklu GNSS", 672.; Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 414.

1. Çevre Verileri

Otonom araçların sürüş faaliyetlerini sürdürebilmesi, içinde bulunduğu mevcut durumu doğru biçimde anlayabilmesi ve yorumlayabilmesine bağlıdır. Sistemin etrafını algılayabilmesi öncelikli olarak, araca yerleştirilen insanların görme duyusunu taklit eden ve cisimler arası mesafeyi ölçen stereo kameralarla sağlanacaktır.⁴² Diğer önemli teknik donanım, lazer darbeleri kullanarak bir nesne veya yüzeyin ne kadar uzakta olduğunu anlamaya yarayan LIDAR teknolojisidir. Sistem bu sensörler sayesinde çevresi ile etkileşime geçer ve trafik lambalarını, levhaları, yol çizgilerini, diğer araçları, karşısına çıkan yaya veya canlıları algılayarak analiz eder.⁴³

Bir diğer birleşen ise konum sensörleridir. Otonom aracın güvenli şekilde sürüş faaliyetini devam ettirebilmesi için öncelikle mevcut konumunu, küresel koordinat sisteminde yüksek doğrulukla belirleyebilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Otonom aracın sensörler aracılığıyla elde ettiği diğer bilgiler, coğrafi konumlandırma sistemleri (GPS) ile birleştirilerek güvenli şekilde sürüş faaliyetinin sürdürülmesi amaçlanır. Elde edilen veriler çeşitli teknolojiler aracılığıyla diğer otonom araçlarla paylaşılabilir.⁴⁵

Otonom araçlar ile sürücünün rotasının, sık uğradığı adreslerin, hangi adreste ne kadar kaldığının⁴⁶, trafikte karşılaştığı diğer araçların plaka ve sürücü görüntülerinin⁴⁷ veri olarak depolanması mümkündür. Otonom araçların işlediği bu tarz bilgiler, kişisel verilerin koruma alanına girmektedir.⁴⁸

Yapay zekâ verilerden beslenerek onları anlamlı bir hale getirirken, yeni kişisel veriler de üretebilmektedir.⁴⁹ Örneğin; konum ve kamera gibi sensörler aracılığıyla her gün belirli vakitlerde cami yakınında olduğunu belirleyen ve depolayan bir yapay zekânın kişinin dini inancı hakkında bir çıkarım yapabilmesi mümkündür. Bir veri kişisel veri olarak nitelendirilirken, o verinin doğru veya yanlış olmasının önemli olmadığı göz önüne alındığında⁵⁰, hassas nitelikte kişisel veri sayılan⁵¹ kişinin inancı hakkındaki bu verinin kişisel verilerin koruma alanına girdiği açıktır.

Otonom araçların güvenli sürüş yapabilmesi için kullandığı kameralar, kişisel verilerin sürekli işlenmesi ve otonom şekilde sonuçlar çıkarılmasına

⁴² Uçarlı vd., "Otonom Araçlarda Çoklu GNSS", 672.; Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 414.

⁴³ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 415.; Yetim, "Sürücüsüz Araçlar", 135.

⁴⁴ Uçarlı vd., "Otonom Araçlarda Çoklu GNSS", 672.

⁴⁵ Bayındır, "Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk", 389.; Uçarlı vd., "Otonom Araçlarda Çoklu GNSS", 672.

⁴⁶ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 62.

⁴⁷ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 416.

⁴⁸ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 63.; Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 23.

⁴⁹ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 78.

⁵⁰ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 23-25.

⁵¹ KVKK, m.6.

elverişli diğer bir etkidir.⁵² Defcon Konferansı'nda tanıtılan; Tesla otonom araçların orta konsoluna sığan, gösterge panelindeki USB bağlantı noktasına takılabilen ve otomobilin yerleşik kameralarını, zamanla plakaları ve yüzleri tespit edip izleyen ve depolayan bir sisteme dönüştürebilen 'Gözetim Algılama İzcisi' olarak adlandırılan sistem, kişisel verilerin korunmasının potansiyel olarak nasıl ihlal edilebileceğini gözler önüne sermektedir. Her ne kadar sistem tanıtılırken, tekrar karşılaşılan plaka ve yüzleri algılayıp, trafikte takip edilme riskine karşı sürücüyü bilgilendiren bir güvenlik yazılımı olarak tanımlansa da sistem otonom araçları bir gözetim istasyonuna dönüştürebilecek şekilde, kişilere ait yüz, araç plakası ve hangi konumda kaç kere karşılaştıkları gibi kişisel verileri işleyebilmektedir.⁵³

2. Araç İçi Veriler

Otonom araçların iç donanımında kullanıcıların sürüş deneyimini desteklemek için veri toplayan bazı sistemler bulunmaktadır. Bunlara yüz tanıma sistemleri, sesli komut sistemleri, yol bilgisayarı, koltuk ağırlık sistemleri, doğal dil anlama ve araç içi eğlence sistemleri örnek olarak verilebilir.⁵⁴

Araç içerisindeki eğlenceli sistemlerinde izlenen dizi ve filmler, dinlenen müzikler vb. veriler yapay zekâ tarafından işlenebilmektedir. Yapay zekâ sistemleri kullanıcıların tercihlerini analiz edip, beğenilerini kaydedebilmekte ve yeni tavsiyeler sunabilmektedir.⁵⁵ Yine aynı şekilde otonom araçlarda bulunan, OCS sisteminin, koltuk basıncını yorumlayarak koltukta bir çocuk mu yoksa yetişkin mi oturduğunu algılaması mümkündür.⁵⁶ Yapay zekâ sistemlerinin büyük verileri işleyebildiği göz önüne alındığında, araç koltuklarında oturanın çocuk mu yetişkin mi olduğu, hatta yüz tanımlama sistemleriyle kim olduğu, araç eğlence sistemleri ile hangi tür içeriklere ulaştığı ve başka hangi içeriklerden hoşlanabileceği hakkında profillemeye yapılabilmesi mümkündür.⁵⁷ Amazon firmasının sadece öksürük sesine dayanarak ne zaman hasta olunacağını tahmin edip, ilaç tavsiye

⁵² Gizem Gültekin Varkonyi, "Avrupa Birliği Genel Koruma Tüzüğü Kapsamında Gerçek Kişilerin Kişisel Sosyal Robot Kullanımından Doğabilecek Sorumlulukları", *Kişisel Verilerin Korunması Dergisi* 2/2 (Aralık 2020), 21.; Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 416.

⁵³ Akshay Punhani vd., "Privacy Attack for Open Sourced Autonomous Vehicle Data" (Erişim 5 Ocak 2023), 4-5.; Andy Greenberg, "This Tesla Mod Turns a Model S Into a Mobile Surveillance Station", *Wired*, (Erişim 6 Ocak 2023).

⁵⁴ Adil Karaöz - Erkan Zergeroğlu, "Gömülü Sistemler Üzerinde Araç İçi Eğlence Bilgi Sistemi", *Eleco 2014 Elektrik -Elektronik -Bilgisayar ve Biyomedikal Mühendisliği Sempozyumu* (27 -29 Kasım 2014), 768.; Nazım Kemal Üre, "Otonom Araçlar İçin Yapay Zekâ Teknolojilerinde Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Mahremiyeti" (Video Kaydı). (Erişim 4 Ocak 2023).

⁵⁵ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 64.

⁵⁶ Patrick E. George, "How Occupant Classification Systems Work", *Howstuffworks*. (Erişim 6 Ocak 2023).

⁵⁷ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 38-40.; Üre, "Otonom Araçlar İçin Yapay Zekâ Teknolojilerinde Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Mahremiyeti".

edebilen Alexa uygulaması, yapay zekânın çıkarımlarla kişisel veriler üretebileceğinin güncel örneklerindedir.⁵⁸

Otonom araçlarda bazı durumlarda, araç yönetiminin tekrar sürücü tarafından üstlenilmesi gerekliliği doğabilmektedir. Araç yönetiminin sürücü tarafından üstlenilmesinin talep edilmesi halinde, sürücüye araç yönetimini üstlenebilmesi için makul bir zaman tanımlanmalı ve sürücüye haber verilmesi gerekmektedir.⁵⁹ Sürücünün araç yönetimini devralamayacağı durumda olduğu bir senaryoda (uyuya kalma gibi), yapay zekâ sisteminin bunu algılayıp aracı en güvenli halde park etmesi için, yorgunluk algılama sistemleri⁶⁰ ve yüz algılama sistemleri gibi araç içi verilere ihtiyaç duyması beklenebilir.⁶¹ Yapay zekânın elde ettiği bu verileri, sahip olduğu başka verilerle birleştirerek çıkarım yapması ve yeni kişisel veri üretmesi imkan dahilindedir.⁶² Metruk bir konuma her geldiğinde, sürücüde algıladığı fizyolojik verilerle çıkarım yapan yapay zekânın, kişinin ilgili konumda uyarıcı madde aldığı şeklinde bir çıkarım yapılması ve hassas nitelikte bir kişisel veri üretmesi olanaklıdır.⁶³

B. OTONOM ARAÇLAR ÖZELİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kişisel verilerin işlenmesi; KVKK m.3'te "*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*"⁶⁴ olarak tanımlanmaktadır. Veri işleme usullerinde sayılan "*otomatik*" veya "*manuel*" ibaresi, veri işleyen hem manuel olarak elle işlemesi hem de teknoloji yardımıyla otomatik olarak işlemesi durumunda KVKK'ya tabi olacağını belirtmekte ve yapay zekâ ile işlenen veriler de kanunun koruma alanına dahil etmektedir.⁶⁵ Benzer şekilde GDPR m.4'te kişisel verilerin işlenmesi tanımlanırken kullanılan "*otomatik olsun veya olmasın*"⁶⁶ ibaresi, her iki düzenlemenin de paralel olduğunu göstermektedir.

⁵⁸ Yiliyaer Abudureyimu- Yücel Oğurlu, "Yapay Zekâ Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (Eylül 2021), 772.

⁵⁹ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 423.

⁶⁰ Bkz. <https://tr.e-guide.renault.com/trk/Megane-4/YORGUNLUK-ALGILAMA-UYARISI>, (Erişim 5 Temmuz 2023).

⁶¹ Bkz. <https://deepdrive.berkeley.edu/project/driver-drowsiness-analysis-based-multiple-facial-features>, (Erişim: 5 Temmuz 2023).

⁶² Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesi*, 78.

⁶³ Varkonyi, "Avrupa Birliği Genel Koruma Tüzüğü", 24.

⁶⁴ KVKK, m.3.

⁶⁵ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesi*, 43.

⁶⁶ GDPR, m.4.

Türk hukukunun temel ilkelerinden irade serbestliği ilkesi kişisel veriler hukukunda rızaya tabilik ilkesi şeklinde vücut bulmuştur.⁶⁷ “*Kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*” KVKK m.5 hükmü uyarınca kanunda sayılan istisnai haller haricinde rıza olmadan kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırıdır.⁶⁸

Otonom araçlar özelinde kişisel veri kavramı incelenirken, öncelikle veri işleyen ve veri sorumlusu kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

1. Veri İşleyen ve Veri Sorumlusu

Veri işleyen, veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyen gerçek ya da tüzel kişi, kamu otoritesi, kurum veya diğer bir organdır.⁶⁹ Veri sorumlusu ise, tek başına ya da başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaç ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, kurum ya da diğer organlar olarak tanımlanabilir.⁷⁰ Birden fazla veri sorumlusunun, verilerin işleme amaçları ve yöntemlerine ortak bir şekilde karar verdiği hallerde, ortak veri sorumluluğu doğmaktadır.

Otonom araçlarda, aracı üreten üretici firma ile araçtaki yapay zekâ yazılımını üreten firma farklı olabilmektedir.⁷¹ Böyle bir durumda birden fazla firma bu süreci birlikte yerine getiriyor ise, ortak veri sorumluları olarak nitelendirilecek ve kişisel verilerin korunmasından sorumlu olacaklardır.⁷² ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı) Facebook üzerinde fan sayfaları aracılığıyla eğitim hizmetleri sunan Wirtscharft Akademie şirketinin kişisel veri ihlalinde, hem Wirtscharft Akademie şirketinin hem de Facebook’un ortak veri sorumlusu niteliği taşıdığını ve her iki firmanın da veri sorumlusu olduklarına karar vermiştir.⁷³

2. Yapay Zekâ ile Kişisel Veri İşlenmesinde Temel Prensipler

Yapay zekâ büyük miktarda veriye ihtiyaç duyan sistemler iken, kişisel verilerin korunmasına dair ilkeler, kişisel verilerin işlenmesini istisna olarak görmektedir. Bu durum şeffaflık ve hesap verilebilirlik, veri minimizasyonu ve amaçla sınırlılık ilkesi gibi konularda birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin kişisel verileri işlemekle kalmayıp, verilerden çıkarım yaparak yeni kişisel veriler üretmesi ise bu durumun başka bir boyutudur.⁷⁴

⁶⁷ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesi*, 45.

⁶⁸ KVKK, m.5.

⁶⁹ Dülger, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”, 90.

⁷⁰ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesi*, 53.; Dülger, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”, 90.

⁷¹ Okur, *Otonom Araçlarda Sorumluluk*, 293.

⁷² Dülger, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”, 92.; GDPR, m.26.

⁷³ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), C-210/16, (5 Haziran 2018).

⁷⁴ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 107.

Yapay zekâ teknolojileri bağlamında, kişisel verilerin işlenmesindeki temel prensipler şu şekilde sıralanabilir.

- *Hukuka ve dürüstlük kuralına uygun işleme*; hukuka uygun bir işleme için ya kişinin rızası ya da kanunen öngörülmüş bir uygunluk sebebi bulunmalıdır. Dürüstlük kuralına uygun işleme için, ilgili kişinin menfaatinin korunması, gerekli bilgilendirmenin doğru biçimde yapılması ve ilgili kişinin makul beklentilerinin dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁵
- *Belirli açık ve meşru bir amaç adına veri işleme*; dürüstlük ilkesine uygun, şeffaf ve ölçülü bir veri işlemenin temelini oluşturmaktadır ve ilgili kişi kişisel verilerinin hangi amaçla işlendiğini açıkça bilebilmektedir. Yapay zekâ sistemleri öngörülemez olduğu için, yapay zekânın amaç dışı verileri toplayabilmesi veya verileri amaç dışı işleyebilmesi mümkündür. Bu durum veri ihlaline neden olabilmektedir.⁷⁶
- *Verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü işlenmesi*; verinin işleme amacıyla bağlı ve sınırlı olması, gerekenden fazla veya ilgisiz veri işlenmemesi, yani veri minimizasyonunu ifade etmektedir.⁷⁷
- *Doğru ve güncel olma*; işlenen kişisel verilerin doğru olmaması kişinin zarar görmesine sebep olabilmektedir. Bu sebeple verilerin gerektiğinde güncellenmesi, düzeltilmesi veya silinmesi gerekmektedir. Bu gereklilik ilgili kişilerin gerektiğinde verilerini kontrol edebilmeleri hakkını da sağlamaktadır. Veri sorumlusunun ilgili kişinin verilerini görebileceği ve güncelleyebileceği bir sistem sunma yükümlülüğü altındadır.⁷⁸
- *Verinin gerekli süre kadar saklanması*; bir veri işleme amacıyla bağlantılı olarak amacın gerektirdiği süre kadar muhafaza edilmelidir. İşleme amacının ortadan kalkması, amacın gerçekleşmiş olması gibi hallerde veri sorumlusunun veriyi derhal silmesi anonim hale getirmesi veya yok etmesi gerekmektedir.⁷⁹ Google İspanya kararında, yirmi yıl önce gayrimenkulleri haczedilen İspanyol bir avukatın, ismi Google’da aratıldığında bu haberlere ulaşılması üzerine unutulma hakkını ileri sürmüş ve ABAD, bilgi doğru ve hukuka uygun olarak yayımlanmış olsa bile, üzerinden zaman geçmesiyle bu bilginin yayılması hukuka aykırı hale gelebileceğine hükmetmiştir.⁸⁰

Yapay zekâ teknolojilerinin büyük veri yığınlarından yararlanması göz önüne alındığında verilerin işleme amacının belirlenmesine her zaman imkân olma-

⁷⁵ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 111.; Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 54-55.

⁷⁶ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 55-56.

⁷⁷ Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyı İşlenmesi*, 56.

⁷⁸ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 114-115.

⁷⁹ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 115.

⁸⁰ Bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/gecmise-sunger-cekmek-unutulma-hakki/>, (Erişim 9 Mayıs 2023).

makta ve bu veriler farklı amaçlar için kullanılabilir. Bu durum belirli amaçlar için işleme ilkesiyle çelişki oluşturmakta ve ilkeye uyulmasını zorlaştırmaktadır. Kişisel verilerin işleme amaçlarından farklı amaçlar için kullanılması veya işlenen verilerden başkaca kişisel verilere erişilmesi gibi durumlarda, ilgili kişinin bu işleme faaliyetinden önceden haberdar edilmesi olanaklı değildir. Bu durum öngörülemez bir sonuç oluşturduğundan dürüstlük kuralına uygun bir işlemeden de bahsedilemeyecektir. Yapay zekâ sistemlerinin büyük miktarda veriye gereksinim duyması, amaçla sınırlılık ve veri minimizasyonu ilkelerine uymayı zorlaştırmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, yapay zekâ sistemlerinin veri işleme sürecinde insan denetimine tabi olması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸¹

SONUÇ

Günümüzde yapay zekâ ve otonom araç teknolojisinin gelişmesinin hayatı kolaylaştırmak, tehlikeli işleri yapmak, trafikte kaza riskini azaltmak gibi birçok avantajı bulunmaktadır. Otonom araçların bir nevi beyni olan yapay zekâ, derin öğrenme metoduyla kendisini eğitmek ve karar alırken içerisinde bulunduğu çevreyi algılamak için veriye ihtiyaç duymaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin işlediği bu veriler içerisinde kişisel verilerimizin de olması kaçınılmazdır. Dahası yapay zekâ sistemlerinin kişisel olmayan veya anonimleşmiş büyük veri kümelerinden çıkarım yaparak kişisel veri oluşturabileceği de bilinmektedir.

Kişisel veriler, asıl olarak KVKK ve GDPR mevzuatıyla korunmaktadır. Bu mevzuatların yapay zekâ sistemlerine uygulanabilmesine karşın, amaçla sınırlılık ve veri minimizasyonu ilkelerine uyulmasının pek mümkün olmaması gibi yapay zekâ teknolojisinin getirdiği belirsizlikler, yapay zekâyâ özgü kişisel veri korunması düzenlemelerine olan ihtiyacı göz önüne sermektedir.

Otonom araçlarla, çevreyi algılamak için sensörler yardımıyla elde ettiği verilerle birlikte, araç içerisinde de kullanıcının sürüş deneyimini desteklemek için birtakım veriler işlenmektedir. Bu veriler işlenirken; kişisel verileri işlenen ilgilinin rızasının nasıl alınacağı, ilgilinin hakkında elde edilen verilerin kapsamını nasıl öğreneceği ve hangi metotla verilerin silinmesini talep edebileceği, bu verilerin ne kadar saklanacağı konuları açıklığa kavuşturulmalıdır.

⁸¹ Kotil, *Kişisel Veriler Yapay Zekâ*, 116-123.

KAYNAKÇA

- Abudureyimu, Yiliyaer - Oğurlu, Yücel. “Yapay Zekâ Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (Eylül 2021), 765-782.
- Bayındır, Sema. “Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi “. *Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (Aralık 2021), 383-410.
- Cavuşoğlu, Gökçe Filiz. *Kişisel Verilerin Yapay Zekâyla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Çekin, Mesut Serdar. “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/33 (Ocak 2018), 283-345.
- Doğan, Koray “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/Özel Sayı (2019), 3219-3251.
- Dülger, Murat Volkan. “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”. *Yaşar Hukuk Dergisi* 1/2 (Temmuz 2019), 71-174.
- KVKK, Kişisel Verileri Koruma Kanunu (Kanun No. 6698). *Resmî Gazete* 29677 (7 Nisan 2016). Erişim 3 Ocak 2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf>
- Kotil Öğretmen, Zeynep. *Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zekâ*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Okur, Sinan. *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ortataş, Fatma Nur - Çetin, Emrah. “Elektrikli ve Otonom Araçlarda Makine Öğrenmesi Kullanarak Trafik Levhaları Tanıma ve Simülasyon Uygulaması”, *El-Cezerî Fen ve Mühendislik Dergisi* 8/3 (2021), 1081-1092.
- Özçelik, Ş. Barış. “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”. *Adalet Dergisi* 1/66 (Mayıs 2022), 87-116.
- Özgür, Selahaddin Bilal. “Algoritmalar, Yapay Zekâ, Makine Öğrenmesi, Derin Öğrenme ve Uygulamaları: Beşerî Fayda Üretiminin Yazılımlar Tarafından Karşılanması”. *Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 10/1 (Haziran 2021), 1-29.
- Uçarlı, Ahmet Can vd. “Otonom Araçlarda Çoklu GNSS Uydu Sistemleri Kullanımının Konum Doğruluğuna Etkisinin Araştırılması”. *NÖHÜ Mühendislik Bilimleri Dergisi* 11/3 (2022), 672-680.
- Varkonyi, Gizem Gültekin. “Avrupa Birliği Genel Koruma Tüzüğü Kapsamında Gerçek Kişilerin Kişisel Sosyal Robot Kullanımından Doğabilecek Sorumlulukları”. *Kişisel Verilerin Korunması Dergisi* 2/2 (Aralık 2020), 19-29.
- Yetim, Servet. “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”. *Ankara Barosu Dergisi* 2016/1 (Mart 2016), 127-184.
- Yüksel Bozkurt, Armağan Ebru. “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8/15 (Haziran 2020), 483-538.

Elektronik Kaynaklar

- Avrupa Komisyonu. *European Commission, Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}*. Erişim: 2 Ocak 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>
- Ewin, Jack. “German Court Says Tesla Self-Driving Claims are Misleading”. *The New York Times*. Erişim: 9 Temmuz 2023. <https://www.nytimes.com/2020/07/14/business/tesla-autopilot-germany.html>
- General Data Protection Regulation (GDPR), European Union (2018). Erişim: 5 Ocak 2023. <https://gdpr-info.eu/>
- George, E Patrick. “How Occupant Classification Systems Work”, *Howstuffworks*. Erişim: 6 Ocak 2023. <https://auto.howstuffworks.com/car-driving-safety/safety-regulatory-devices/ocs1.htm>
- Greenberg, Andy. “This Tesla Mod Turns a Model S Into a Mobile Surveillance Station”, *Wired*, Erişim: 6 Ocak 2023. <https://www.wired.com/story/tesla-surveillance-detection-scout/>
- Karaöz, Adil - Zergeroğlu, Erkan. “Gömülü Sistemler Üzerinde Araç İçi Eğlence Bilgi Sistemi”, *Eleco 2014 Elektrik -Elektronik -Bilgisayar ve Biyomedikal Mühendisliği Sempozyumu* (27 -29 Kasım 2014). Erişim: 6 Ocak 2023. https://www.emo.org.tr/ekler/ecbf01d570ca5f_ek.pdf
- Lewis, Paul. “I Was Shocked It Was So Easy’: Meet the Professor Who Says Facial Recognition Can Tell If You’re Gay”. *The Guardian*. Erişim: 10 Mart 2023. <https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/07/artificial-intelligence-can-tell-your-sexuality-politics-surveillance-paul-lewis>
- Otomobil Mühendisleri Topluluğu (SAE), *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*. Erişim: 2 Ocak 2023. https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/
- Punhani, Akshay vd. “Privacy Attack for Open Sourced Autonomous Vehicle Data” Erişim: 5 Ocak 2023, https://www.ischool.berkeley.edu/sites/default/files/project_attachments/omnisciens_report.pdf
- Üre, Nazım Kemal. “Otonom Araçlar İçin Yapay Zekâ Teknolojilerinde Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Mahremiyeti” (Video Kaydı). Erişim: 4 Ocak 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=oc3Zimcfx-w>
- Statt, Nick. “Google’s Self-Driving Car Didn’t Hit a Duck-Chasing Granny”, *The Verge*, Erişim: 11 Ocak 2023. <https://www.theverge.com/2015/9/4/9261757/google-safety-report-august-self-driving-cars-funny-story>
- Yoda, Yuichi vd. “A Study of Basis on AI- based Information Systems: The Case of Shogi AI System Ponanza”. Erişim: 5 Ocak 2023. https://ceur-ws.org/Vol-2448/SSS19_Paper_Upload_219.pdf

<https://tr.e-guide.renault.com/trk/Megane-4/YORGUNLUK-ALGILAMA-UYARISI>. Erişim: 5 Temmuz 2023.

<https://deepdrive.berkeley.edu/project/driver-drowsiness-analysis-based-multiple-facial-features>. Erişim: 5 Temmuz 2023.

<https://blog.lexpera.com.tr/gecmise-sunger-cekmek-unutulma-hakki/>. Erişim: 9 Mayıs 2023.

Mahkeme Kararları

ABAD, Avrupa Birliği Adalet Divanı. C-210/16, (5 Haziran 2018).<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/16>. Erişim: 31 Temmuz 2023.

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2014/74 (9 Nisan 2014). <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726-15.pdf>. Erişim: 31 Temmuz 2023.



Yönetim Kurulu Üyelerinin Kusursuz Sorumluluğu^(*)

The Strict Liability of the Members of the Board of Directors

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN^(**)
Arş. Gör. Rumeysa Betül YILDIRIM^(***)

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu incelendiğinde kural olarak yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun kusur ilkesine dayandığı görülmektedir. Ancak Kanun'un münferit hükümlerinde aralarında yönetim kurulu üyelerinin de bulunduğu yöneticiler için kusursuz sorumluluk halleri öngörülmektedir. TTK m. 549'da öngörülen "Belgelerin ve Beyanların Hukuka Aykırı Olması", TTK m. 550/1'de öngörülen "Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar" ve TTK m. 552'de öngörülen "Halktan Para Toplamak" yönetim kurulu üyeleri için öngörülen kusursuz sorumluluk hallerini oluşturmaktadır.

Çalışmamızda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ve özellikle kusur ilkesine değinildikten sonra kusursuz sorumluluğun genel özelliklerine ve yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluk hallerinin her birinin üzerinde durularak yönetim kurulu üyeleri için kurtuluş kanıtı getirilmesi imkanı tanınıp tanınmadığı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Belgelerin ve Beyanların Hukuka Aykırı Olması, Kusursuz Sorumluluk, Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu.

Abstract

When the Turkish Commercial Code No. 6102 is examined, it is seen that the liability of the members of the board of directors is based on the principle of fault. However, in individual provisions of the Law, strict liability situations are foreseen for the managers, including the members of the board of directors. "Illegality of Documents and Statements" stipulated in TCC art. 549, "False Statements

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 10.07.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 06.08.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1325230

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
[E-posta](#): bfdogan@hacettepe.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-3683-7171>

^(***) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
[E-posta](#): rumesa-yildirim@hacettepe.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-0757-5651>

About Capital” stipulated in TCC art. 550/1 and “Collecting Money from the Public” stipulated in TCC art. 552 constitutes the strict liability conditions foreseen for the members of the board of directors.

In our study, after mentioning the liability of the members of the board of directors and especially the principle of fault, it has been evaluated whether it is possible to bring proof of salvation for the members of the board of directors by emphasizing the general characteristics of strict liability and each of the strict liability situations of the members of the board of directors.

Keywords

Joint Stock Company, Illegality of Documents and Statements, Strict Liability, False Statements About Capital, Liability of Members of the Board of Directors.

GİRİŞ

Yönetim kurulunun, anonim şirketin temsil ve yönetim organı olarak anonim şirketi temsilen yaptığı iş ve işlemler sonucunda anonim şirket ad ve hesabına hak ve borçlar doğmaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulu, gerçek ve tüzel kişilerden oluşmaktadır ve yönetim kurulu üyesi olan bu kişiler anonim şirketi ilgilendiren kararları alıp anonim şirketi temsilen faaliyet yürütmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu olmaları hakkaniyet gereğidir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK), yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumlulukları üzerine düzenlemeler getirmekte ve ilkeler belirlemektedir. Uygulamada büyük öneme sahip bu konu da Türk hukuk öğretisinde birçok esere konu olmuş oldukça tartışılmıştır. Ancak yapılan bu çalışmalar, yönetim kurulu üyelerinin kusur sorumluluğuna yoğunlaşmış olup kusursuz sorumluluğa ya hiç yer vermemiş ya da çok az değinmişlerdir. Bu çalışmanın amacı, 6102 sayılı TTK’da yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluk halleri öngörülüp görülmediğini incelemektir.

Çalışma, üç bölümden oluşmakta olup ilk bölümde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu hakkında genel bilgiler verilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle yönetim kurulunun organ olmasına kısaca değinildikten sonra yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun hukuki niteliği, şartları ve fonksiyonu incelenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şartları incelenirken özellikle zarar ve kusur şartlarına değinilmiştir.

İkinci bölümde kusursuz sorumluluk hakkında bilgi verildikten sonra TTK’da yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun düzenlendiği hükümler incelenmiştir. TTK m. 549’da düzenlenen “*belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması*”, TTK m. 550/1’de düzenlenen “*sermaye hakkında yanlış beyanlar ve*

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 14/02/2011 Sayı: 27846

ödeme yetersizliğinin bilinmesi” ve TTK m. 552’de düzenlenen “*halktan para toplama*”ya ilişkin hükümler bu kapsamda değerlendirilen hükümlerdir. TTK’da öngörülen sorumluluk hallerinin yanı sıra spor anonim şirketlerinde yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğu ve yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin kamu borçlarından sorumluluğu da incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise gerçekten de TTK’da yönetim kurulu üyeleri için kusursuz sorumluluk öngörülüp görülmediği değerlendirildikten sonra kurtuluş kanıtı getirme imkanı olup olmadığı incelenmiştir.

I. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA GENEL BİR BAKIŞ

A. YÖNETİM KURULUNUN ORGAN NİTELİĞİ

Tüzel kişiler, gerekli organlara sahip oldukları takdirde fiil ehliyeti kazanmaktadırlar (TMK m. 49). Türk Medeni Kanunu’nda² (TMK) tüzel kişilerin tamamı için getirilen bu düzenleme, bir tüzel kişi olan anonim şirketler için de geçerlidir. Anonim şirketlerin yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere iki temel organı vardır. Esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya birden çok üyeden oluşan yönetim kurulu, anonim şirketin zorunlu bir organdır (TTK m. 359). Yönetim kurulu en az bir gerçek ya da tüzel kişiden oluşur ve üyelerin görev süresi en çok üç yıldır. Bu süre üç yılı aşamaz, zira TTK m. 362’de düzenlenen bu kural emredici niteliktedir. Anonim şirketlerde kanunen gerekli olan organlardan birinin uzun süreden beri bulunmaması bir fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla yönetim kurulunun, anonim şirket için kanuni ve zorunlu bir organdır³. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında ise bir sözleşme ilişkisi vardır⁴. Yönetim kurulu üyesinin genel kurul tarafından seçilmesi

² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 08/12/2001 Sayı: 24607

³ Ersin Çamoğlu, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010), 33. Yönetim kurulunun yokluğu ve oluşmaması anonim şirketin feshi sebeplerinden birini oluşturur. TTK m. 530, “Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.” diyerek yönetim kurulunun olmaması veya toplanamaması halinde anonim şirketin feshinin söz konusu olacağını düzenlemiştir. Anonim şirketlerde organ hakkında detaylı bilgi için bkz. Beşir Fatih Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2011) 5 vd.

⁴ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010), 276 vd.; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy / Ünal Tekinalp). *Ortaklıklar Hukuku Cilt I* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2019), N. 544; Çamurcu, Emin Çamurcu, *Anonim Ortaklıklarda Farklılaşmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 39 vd. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. İleri sürülen ilk görüş, bir vekalet sözleşmesi olduğu kanısındadır. Bu görüş dayanağını, adi şirkete ilişkin TBK m. 630’dan almaktadır.

öneri niteliğindeki yönetim kurulu üyeliğini kabul niteliğindedir⁵. Organ sıfatı bizzat yönetim kuruluna aittir, yönetim kurulu üyesi organ sıfatını haiz değildir⁶.

Tüzel kişiler, organları aracılığıyla iradelerini açıklar (TMK m. 50/1). Ancak tüzel kişinin organları, tüzel kişiden ayrı ve onu temsil eden bir temsilci değil, bizzat tüzel kişinin bir parçasıdır⁷. Anonim şirketin organlarından biri olan yönetim kurulu, iç ilişkilerde şirketin yönetimini, dış ilişkilerde ise temsil görev ve yetkisini üstlenmektedir (TTK m. 365/1)⁸. Yönetim kurulu, şirketin amacına ve konusuna dahil olan işleri şirket adına yapma yetkisini haizdir⁹. Temsil yetkisinin kullanılarak yapılan işlemlerden doğan hak ve borçlar, yönetim kurulu üyelerine değil, bizzat anonim şirkete ait olur.

Yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketi temsil yetkisini kullanarak gerçekleştirdikleri işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı kişisel sorumlulukları söz

Ticaret şirketlerine ilişkin TTK m. 126'nın adi şirket hükümlerine yaptığı yollama nedeniyle anonim şirketin yönetim kurulu üyesiyle olan ilişkisine de adi şirketin yönetici ortaklarla arasındaki ilişkisinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. İsmail Doğanay, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin "Hukuki" Sorumlulukları" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 17/57 (1994) s. 58; Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 117. Öğretideki diğer bir görüş, bu ilişkinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, şirketle yönetim kurulu arasındaki ilişkinin sürekliliğine dayanmaktadır. Bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 41. Bir diğer görüş, bu sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğunu yönündedir. Bu sözleşme hem vekalet sözleşmesi hem de hizmet sözleşmesi unsurlarını içinde barındıran ancak kendine özgü nitelik taşıyan bir sözleşmedir. Bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 282. Son görüş ise bu sözleşmenin yine kendine özgü bir sözleşme olduğunu savunmakla birlikte şirketler hukuku ile borçlar hukukuna ilişkin unsurları içinde barındıran bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 43.

⁵ Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (İstanbul: Yasa Yayınları, 1989), 227; İsmail Kırcı (Feyzan Hayal Şehirali Çelik / Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013) 453; Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 114; Peter Forstmoser vd. *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli, 1996) Nr. 23.

⁶ Aynı yönde bkz. İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 226 vd. Aksi yönde bkz. Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995), 23 vd.

⁷ Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 34; Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları* (Ankara: Vedat Yayıncılık, 2012), 101; Peter Forstmoser vd. *Personal Liability According to Swiss Corporate Law* (Zürich: Schulthess, 2005), 215.

⁸ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 1179. Yönetim kuruluna tanınan bu yetkilerin bir kısmı devredilebilir niteliktedir ve yönetim kurulu tarafından görevlendirilmiş olan üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun şirket üst yönetimini gerçekleştirmesini sağlamak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun asgari sınırları çizmek ve yönetim kurulunun mutlaka yerine getirmesi gereken görevleri tespit etmek gibi nedenlerle bazı yetkilerin devredilemez olduğu TTK 375'te düzenlenmiştir. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileriyle ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Beşir Fatih Doğan (2012) "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (Aralık 2012).

⁹ Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler Cilt II-III*, (Fakülteler Matbaası, 1960), 87; Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 2; Marc Bauen - Silvio Venturi, *Swiss of Directors Organisation - Powers - Liability - Corporate Governance* (Zürich: Schulthess Verlag, 2009), 3.

konusu olmaz (TTK m. 365, 370/1-2). Yalnızca hukuki işlemlerde değil, yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketi temsilen üçüncü kişiler ile girdikleri ilişkilerdeki haksız fiillerden de yönetim kurulu üyeleri değil, anonim şirketin kendisi sorumlu olur (TTK m. 371/5). Temsil yetkisi kapsamında yönetim kurulu tarafından yapılan işlemlerden ve fiillerinden doğan hak ve borçların anonim şirkete ait olması, yönetim kurulunun TMK m. 48/2 uyarınca anonim şirketin organı olmasından kaynaklanır¹⁰.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Organ olması nedeniyle yönetim kurulunun yaptığı işler ve işlediği haksız fiiller anonim şirketin sorumluluğuna neden olmaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluklarının olmadığı söylenemez. Yönetim kurulunun anonim şirketi temsilen yaptığı işlemlerden anonim şirketin sorumlu olması kuralının sıkı bir şekilde uygulanması ve yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluklarına gidilmesinin hiçbir şekilde mümkün olmaması, anonim şirket için ağır sonuçlar doğurabilir¹¹. Kanun koyucu tarafından bizzat yönetim kurulu üyeleri için sorumluluk öngörülerek yaptırım tehdidi altındaki yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde daha dikkatli davranmaları sağlanmak istenmektedir¹².

Anonim şirketi temsilen yapılan iş ve işlemlerden dolayı doğan zararın aslında yönetim kurulu üyesinin şahsından kaynaklanan bir sebeple doğması mümkündür. Yönetim kurulu üyesi, bu görev için gerekli olan yetenek ve donanımına sahip olmayabilir veya söz konusu iş ve işlemlerin yapılmasına ilişkin gerekli özeni göstermemiş olabilir. Bunun sonucunda şirket ve pay sahipleri zarara uğramış ve hatta şirket sona erme aşamasına gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda bizzat yönetim kurulu üyesinden kaynaklanan nedenlerle doğan zarara yalnızca şirketin katlanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Gerçekten de anonim şirketi sona gelme aşamasına getirmiş yönetim kurulu üyesinin bundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Şirketin ve pay sahiplerinin korunması ancak yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmasıyla sağlanabilecektir.

TTK'da hukuki sorumluluk m. 549 ile m. 561 arasında yer almaktadır. Kanun koyucu, şirketi ve pay sahiplerini korumak amacıyla TTK m. 553'te yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri*

¹⁰ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 150; Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 34; Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 23; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 228.

¹¹ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 238.

¹² Turhan Atan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976), 2.

*takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar*¹³.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin esas düzenleme TTK'da yer almakla birlikte çeşitli kanunlarda da düzenlemelere rastlamak mümkündür. Halka açık anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler barındıran Sermaye Piyasası Kanunu¹⁴ (SPK) m. 20/2, halka açık anonim şirketlerde ara dönem finansal tabloların gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmaması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenlemiştir¹⁵. SPK'nın yanı sıra Bankacılık Kanunu'nda¹⁶ (BankK) banka anonim şirketlerindeki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur¹⁷. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK), 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) düzenlemeler barındırmaktadır. Bu kanunlarda yer alan düzenlemeler özel hüküm olmakla birlikte yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin alternatif düzenleme niteliğinde olup TTK'da yer alan sorumluluk hükümlerini bertaraf edici nitelikte değildir¹⁸. Davacı özel hükümlere başvurarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidebileceği gibi TTK'daki genel düzenlemelere başvurarak da zararının tazminini isteme imkanını haizdir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun niteliğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretideki genel görüş, yönetim kurulu üyelerinin

¹³ Forstmoser, yönetim kurulunun, genel kurul tarafından verilen bir kararı icra etmesi halinde bir zarar oluşursa yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmayacakları görüşündedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmaması için geçerli bir genel kurul kararının olması veya süresi içinde geçersizliği tespit edilmemiş veya iptal edilmemiş bir genel kurul kararı olması gerekir. Bununla birlikte geçersiz bir genel kurul kararına dayanarak hareket edilmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğacaktır. Ancak geçersiz genel kurul kararına dayanılması, hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayacaktır. Bkz. Peter Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: d. Haftung d. mit d. Verwaltung, Geschäftsfuehrung, Kontrolle u. Liquidation e. AG betrauten Personen* (Zurich: Schulthess, 1978), 35.

¹⁴ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 30/12/2012, Sayı: 28513

¹⁵ SPK m. 20/2 - "*Kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde yönetim kurulu üyeleri ve hazırladıkları raporlarla sınırlı olarak bağımsız denetim yapanlar, ara dönem finansal tablolarının gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmamasından veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle dağıtılan kar payı avansının doğru olmamasından doğan zararlar için ortaklığa, pay sahiplerine, ortaklık alacaklılarına ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere kar payı avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği hesap dönemi içinde pay iktisap etmiş bulunan kişilere karşı sorumludurlar. Hukuki sorumluluk doğuran hallerin varlığı halinde, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından kararın ilanından itibaren otuz gün içinde, 18'inci maddenin altıncı fıkrasına göre iptal davası açılabilir.*"

¹⁶ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 01/11/2005, Sayı: 25983 (Mükerrer)

¹⁷ Örneğin BankK m. 110.

¹⁸ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, (İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016), 2.

sorumluluğunun sözleşme kaynaklı olduğunu ifade etmektedir¹⁹. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumlulukları malvarlıkları ile sınırsız bir sorumluluktur²⁰. Hukuki sorumluluklarının doğması halinde yönetim kurulu üyeleri, bütün malvarlıkları ile zararı tazmin borcu altına girerler. Üyelerin sorumluluğu aynı zamanda şahsi sorumluluk esasına dayanmaktadır²¹. Şahsi sorumluluk uyarınca, haksız fiillerden dolayı anonim şirketi veya anonim şirketin organı değil, bizzat yönetim kurulu üyesi sorumludur²².

C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsedebilmek için hukuki sorumluluğu doğuran genel şartların varlığı gerekmektedir. Bu şartlar Türk Borçlar Kanunu²³ (TBK) m. 49/1’de “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” denilerek ifade edilmiştir. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere hukuki sorumluluğun doğması için *hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar* olmak üzere dört şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir. TTK’da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen m. 553’te ise bu kişilerin hukuki sorumluluklarının doğması için *kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar* şartları aranmıştır (TTK m. 553/1, TBK m. 49/1)²⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması için ilk olarak bir hukuka aykırılığın mevcut olması gerekir. TBK m. 49 hukuka aykırılığı, “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille bir başkasına zarar*” verilmesi olarak tanımlamıştır. Bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hallerde kişilerin şahıs ve mal var-

¹⁹ Kirca (Şehirli Çelik / Manavgat), *Anonim Şirketler*, 453; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 276 vd.; Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 433-434; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), *Ortaklıklar I*, N. 591; Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25/1 (Mart 2009) 36; Atan, *İdare Meclisi Azaları*, 14. Alacaklıların yansıma yoluyla uğradıkları zararlardan doğan talepleri sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre ileri sürülüp yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluk olarak karşımıza çıkar. Buna karşılık alacaklıların doğrudan zararları haksız fiil hükümlerine göre talep edilir. Bkz. Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, N. 606-611. Pulaşlı, zararın doğrudan veya dolaylı olduğuna ilişkin bir ayırım yapmaksızın yönetim kurulu üyelerinin sözleşmesel sorumlulukları olduğunu savunur. Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2551-2552. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kanundan kaynaklı bir sorumluluk olduğu da öğretilde ileri sürülmektedir. Bkz. İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 241.

²⁰ Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluk*, 11.

²¹ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 271.

²² Forstmoser - Meier-Hayoz, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 573.

²³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 04/02/2011, Sayı: 27836

²⁴ Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 418; Atan, *İdare Meclisi Azaları*, 17 vd.

liğna ilişkin hakları koruyan emredici hükümlerin ihlal edilmesi halinde hukuka aykırılıktan bahsedilir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğabilmesi için ise “*kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin*” gereği gibi yerine getirilmemesi gerekir (TTK m. 553/1)²⁵. Yalnızca kanuna aykırılık değil, esas sözleşmeye aykırılık da sorumluluğun doğmasına neden olmaktadır. Bununla birlikte yönetim kuruluna iç yönerge ile bir görev yüklenmesi halinde bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda bir açıklık yoktur. İç yönergenin anonim şirketin iç organizasyonuna ilişkin olması ve TTK m. 553’ün lafzından “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin*” ihlali halinde sorumluluk doğacağı noktasında açık olması nedeniyle iç yönerge ile yönetim kurulu üyesine bir yükümlülük yüklenmiş olsa dahi bunun ihlali halinde TTK m. 553 uyarınca değil, anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin ihlalden doğan bir sorumluluğun söz konusu olacağı kanısındayız²⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna sebep olan olay yasaklanan bir eylem veya hukuki işlemin yapılmasının yanı sıra yapılması gereken bir eylem veya işlemin yapılmamasından da kaynaklanabilir²⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması için aranan ikinci şart bir zararın varlığıdır. Tazmin edilecek bir zararın mevcut olması gerekir. Kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanabilecek zarar, sorumluluğun genel şartları arasında yer alır²⁸. Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan söz edebilmek için de anonim şirketin, pay sahiplerinin veya alacaklıların zarara uğraması gerekir. Bu kişilerin zararı müspet zarar olabileceği gibi kardan yoksun kalma şeklinde de ortaya çıkabilir²⁹. Yönetim kurulu üyesinin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde bir zarar meydana gel-

²⁵ Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK 553/1’e kaynaklık eden İsviçre BK m. 754 bu hususta farklı bir düzenleme barındırmaktadır. İsviçre m. BK 754’e göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması için yükümlülük ihlali aranmaktadır, TTK m. 553/1’de olduğu gibi kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık halinin bulunması gerekmez. İsviçre BK m. 754/1 - “*Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.*” İsviçre BK’da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan doğmasına ilişkin bir sınırlama yapılmadığına dayanılarak, iç yönerge ile yönetim kurulu üyelerine yüklenen sorumluluğun ihlali halinde de yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553 uyarınca sorumluluklarının doğmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 62 vd.

²⁶ Aksi yönde bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 63.

²⁷ Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 66.

²⁸ Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 472.

²⁹ Bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 294; Peter V. Kunz, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage* (Stämpfli, 1993), 1267.

memişse, o halde yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna başvurmak mümkün olmayacaktır³⁰.

Yönetim kurulu üyelerinin fiilleri nedeniyle uğranabilecek zarar, doğrudan zarar ve dolaylı zarar başlığı altında incelenmektedir³¹. Zarara uğrayabilecek olanlar anonim şirket, pay sahipleri ve alacaklılar olmakla birlikte anonim şirket yalnızca doğrudan zarara uğrarken pay sahipleri ve alacaklılar doğrudan zararın yanı sıra dolaylı zarara da uğrayabilir. Anonim şirketin zarara uğraması sonucunda pay sahiplerinin paylarının değeri azalarak pay sahipleri, şirketin ödeme gücünün azalması neticesinde de alacaklılar dolaylı zarara uğrayabilirler³². Doğrudan zarar ise doğrudan pay sahipliği veya alacaklı sıfatlarından dolayı uğranılan zarardır³³.

Yönetim kurulu üyelerinin fiilleri neticesinde pay sahiplerinin ve alacaklıların uğradıkları zarar, sözleşme sorumluluğuna dayanmaktadır³⁴. Pay sahiplerine dolaylı zararları nedeniyle dava açma hakkı verilmesinin temelinde anonim şirketin uğradığı zararın yönetim kurulu eliyle olmasa da pay sahipleri eliyle tazmin edilmesini sağlamaktır³⁵. Şirketin malvarlığındaki azalmanın bir sonucu olarak pay sahiplerinin paylarının değeri azalmaktadır ve pay sahipleri de bu nedenle dolaylı zarara uğramaktadır. Pay sahiplerine dolaylı zararlarının tazminini talep hakkı tanınarak anonim şirketin zararının giderilmesi ve dolayısıyla pay sahiplerinin zararının giderilmesi amaçlanmıştır³⁶. Gerçekten de TTK m. 555/1'de tüm pay sahiplerine dolaylı zararlarının tazminini sağlamak için dava açma hakkı ve-

³⁰ Yargıtay, bir kararında yönetim kurulu üyesinin, kendi kusuru ile meydana gelen zararlar sınırlı olarak sorumlu olacağına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, T. 25.06.2012, E. 2011/4985, K. 2012/10826.

³¹ 6362 sayılı TTK m. 309'da açıkça dolaylı zarardan bahsedilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin eTTK m. 340'da da eTTK m. 309'a yapılan ayıf dolayısıyla dolaylı zarar kabul edilmiştir. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'nda doğrudan veya dolaylı zarara ilişkin eTTK m. 309'a benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 553'te doğrudan zarar gören kişilerden ve TTK m. 555'te ise anonim şirketle birlikte zarar gören pay sahiplerinin dava haklarından bahsedilerek örtülü olarak dolaylı zarardan bahsedildiği kabul edilmektedir. TTK m. 556'da ise şirketin iflası halinde dolaylı zarara uğrayan alacaklıların dava açma hakkından bahsedilmiştir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020) N. 85-87.

İsviçre Federal Mahkemesi doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasında ayırım yapabilmek için koruma amaçlı teoriye başvurmaktadır. Zarar, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini doğrudan koruyan bir hükmün ihlalden doğmuşsa doğrudan zarar olarak nitelendirilmektedir. Bu sayede pay sahiplerinin ve alacaklıların uğradıkları zarar bireysel olarak tazmin edilmektedir. İhlal edilen koruyucu norm tespit edilerek pay sahipleri ve alacaklılara daha yüksek koruma sağlanmaktadır. Bkz. Hans Caspar von der Crone vd., *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung Ein funktionaler und systematischer Überblick* (Helbing Lichtenhahn, 2006), 10-11.

³² Bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 440-441.

³³ Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 440-441.

³⁴ Bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 44.

³⁵ Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 440.

³⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerh*, N. 40 vd.

rilmiştir. Ancak dolaylı zarar görmüş pay sahibi, bu sıfatla açtığı davada tazminatın kendisine değil, anonim şirkete ödenmesini talep edebilir (TTK m. 555/1).

Şirket alacaklıları da hem doğrudan hem de dolaylı zararlarını talep edebilirler. Ancak şirket alacaklılarının dolaylı zararlarının tazminini talep etmesi ancak anonim şirketin iflas etmesi halinde mümkündür. Şirketin iflası halinde iflas idaresi tarafından sorumluluk davası açılmazsa tazminatın şirkete tahsis edilmesi şartıyla alacaklılar tarafından sorumluluk davası açılabilir (TTK m. 556). İstem öncelikle iflas dairesi tarafından ileri sürülmesi gerekir. Alacaklının talebi üzerine elde edilen tazminat, öncelikle dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesi için kullanılır (TTK m. 556/2). Kalan bedel, payları oranında davacı pay sahiplerine ve arta kalan miktar da iflas masasına verilir (TTK 556/2).

Pay sahipleri ve şirket alacaklıları, doğrudan uğradıkları zararların tazmini için dava açabilirler. Yönetim kurulu üyelerinin fiilleri neticesinde pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zarara uğramaları halinde yönetim kurulu üyelerinin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir³⁷. Pay sahipliği veya alacaklı sıfatı neticesinde doğmuş olan bu zarara dayanılarak talep edilen tazminat da doğrudan davacıya ödenir.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı eylemleri neticesinde anonim şirketin zarara uğraması; anonim şirket, pay sahipleri ve alacaklılar dışında başka menfaat sahiplerinin menfaatlerini de zedeleyebilir. Borsa şirketleri açısından Sermaye Piyasası Kurumu tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde "menfaat sahipleri" başlığı altında "şirketin hedeflerine ulaşmasında veya faaliyetinde ilgisi olan çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları gibi kişi, kurum ve çıkar grupları" sayılmaktadır (Kurumsal Yönetim İlkeleri 3.1.1). İyiniyet kuralları ve şirket imkanları ölçüsünde korunması öngörülen bu kişiler, şirketin zarara uğraması nedeniyle dolaylı olarak zarara uğramaktadırlar. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda pay sahipleri ve alacaklılara tanınan dolaylı zararlarının tazmini amacıyla dava açma imkanı bu menfaat gruplarına tanınmamıştır. Bu kişiler ancak doğrudan zararlarının tazminini isteyebilirler.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesinin bir diğer şartı ortaya çıkan zarar ve hukuka aykırı eylem arasında uygun illiyet bağının olmasıdır³⁸. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun doğması için de genel

³⁷ Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 703; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 297.

³⁸ Bkz. Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010), 76; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 198; Eren, *Borçlar Hukuku*, 643. Gerek Türk Hukukunda gerek İsviçre Hukukunda doktrinde ve uygulamada "uygun illiyet bağı teorisi" (adäquater Kausalzusammenhang) benimsenmektedir. Uygun illiyet bağı teorisi uyarınca hayat tecrübelerine, olayların normal akışına göre zarara sebep olabilecek hukuka aykırı fiiller, haksız fiil olarak değerlendirilir. Uygun illiyet bağı hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, 643. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, "Bir olay

kurallar geçerli olup arada herhangi bir nedensellik ilişkisinin bulunmaması durumunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan söz edilmesi de mümkün olmayacaktır. Objektif olarak hayatın normal akışına ve hayat tecrübelerine göre yapılan eylemin zararlı sonuca neden olacağına bilinmesi yeterlidir, eylemi yapan kişi tarafından sonucun öngörülmüş olması gerekmez³⁹.

Kusur, sorumluluğun doğması için aranan son şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir kişinin veya bir organın yapması gereken iş ve işlemleri kasıt veya ihmali bir davranışla yapmaması kusura sebebiyet vermektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kural olarak kusurun varlığı aranmaktadır (TTK m. 557)⁴⁰. TTK m. 369/1 uyarınca “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar*”⁴¹. Her ne kadar kural yönetim kurulu üyelerinin kusurlu sorumluluğu olsa da istisnai durumlarda kusursuz sorumluluğun doğması mümkündür.

Kusur, kasıt veya ihmali şeklinde kendini göstermekle birlikte özünde hukuk düzeni tarafından kınanan bir eylemin gerçekleştirilmesidir⁴². Yönetim kurulu üyeleri, kural olarak kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludur⁴³. Gerçekten de TTK m. 553/1, yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zarardan sorumlu tutulabilmeleri için zararı kusurlarıyla vermiş olmalarını aramıştır. Kanun koyucu kusurun dereceleri arasında bir ayırım yapmamıştır, kasıt veya ihmalin varlığı ha-

hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaştırılmış bulunursa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır. Bir olayda uygun illiyet bağının belirlenmesi için öncelikle eylemle zarar arasında tabii illiyet bağının varlığı başka bir deyişle eylemin zararlı sonucun zorunlu şartı veya şartlarından biri olup olmadığı araştırılmalıdır. Tabii illiyet bağının varlığı kabul edildikten sonra eylemin zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığının araştırılması gerekir.” diyerek uygun illiyet bağı teorisini benimsediğini göstermiştir. Bkz. Yargıtay HGK. 508/4 -181 E. 24.6.1964 T.; Yargıtay 4. HD 4147/7408 E., 13.9.1988 T.

³⁹ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 198.

⁴⁰ Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 12; Mimaroglu, *Mes’uliyet*, 27-29; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 244-245; Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 28.

⁴¹ “Tedbirli bir yönetici” kavramı 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda girmiş bir kavramdır. Bu kavram ile ne anlaşılması gerektiği gerekçede “business judgment rule” (iş adamı kararı ilkesi) ile açıklanmaktadır.

⁴² Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 481; Eren, *Borçlar Hukuku*, 653; Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2021), 53; Sait Kemal Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967), 27.

⁴³ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 168; İmregün, *Anonim Şirketler*, 244; Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 431; Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 28-29; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 311; Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 33; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 13; Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1*, (İstanbul: Temel Yayınları, 1988), 948.

linde yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu doğacaktır⁴⁴. Hatta hafif ihmalin varlığı dahi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması için yeterli görülmüştür⁴⁵.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğup doğmadığı araştırılırken ilk olarak kusurun varlığı araştırılır⁴⁶. Kanundan, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanması bir önem taşımaksızın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğabilmesi için kural olarak kusurlarıyla zarara neden olmaları gerekmektedir. Gerçekten de TTK 557/1, sorumluluğun kurucu unsurlarından kusura ve illiyet bağına özel bir önem atfetmiştir. Bunun nedeni ise maddenin gerekçesinde açıklanmaktadır. Gerekçeye göre yönetim kurulu üyeleri aleyhine uygulamada ortaya çıkan olumsuzların giderilmesi amaçlanmıştır⁴⁷. Bu nedenle sorumluluğun genel unsurlarından olan kusur ve illiyet bağına kanun hükmünde özellikle değinilmiştir.

Yönetim kurulunun şirket adına yaptığı iş ve işlemlerde kendi menfaatini değil, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatini incelemesi gerekmektedir⁴⁸. Yönetim kurulu üyesinin kusurunun niteliğine ilişkin olarak objektif kusur ilkesi

⁴⁴ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 78-79; Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 431; Doğanay, *Hukuki Sorumluluk*, 57.

⁴⁵ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 202; Pulaşlı, *Özen Yükümlülüğü*, 33-34. Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına ilişkin bir anlaşmanın geçersiz olup kusurun ağırlık derecesinin yalnızca yönetim kurulu üyeleri arasındaki rücu ilişkisinde önem taşıdığını ifade etmektedir. Bkz. Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 17. Yönetim kurulu üyelerinin hafif ihmalden dahi sorumlu olması, yönetim kurulu üyesi olmaya aday kişilerin, finansal kapasitelerinin çok ötesinde sorumlu tutulma riskini göze alma veya görevi kabul etmeme arasında bir tercihte bulunmaları gerekiyor. Bu durumda sorumluluğunu ciddiye alanların yönetim kurulu üyesi olmaktan vazgeçmeleri söz konusu olabiliyor. Bär'in de ifade ettiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin şahsi malvarlıkları üzerindeki risk, potansiyel faydaya kıyasla çok büyükse, en cesur ve iyiler değil, dar görüşlü ve pervasızların yönetim kurulu üyesi olmaları söz konusu olur. Bkz. Rolf Bär, "Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen" *ZBJV* 106 (1970)57-59. Hafif ihmalin öngörülmesi İsviçre hukukunda başka yazarlar tarafından da eleştirilmektedir. Von der Crone/Bloch, kişilerin öngöremedikleri hukuka aykırılıklardan dolayı sorumluluk riski taşımamaları gerektiğini ifade ettikten sonra hafif ihmal için bir muafiyet olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Hans Caspar von der Crone - Benjamin Bloch, "Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?" *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*. Ed. Weber, Rolf - Isler, Peter. 83-119. Zurich: Schulthess, 2012, 94-95. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, makul riskleri almada özgürlük tanınmalıdır. Bkz. Forstmoser, *Verantwortlichkeit*, 45.

⁴⁶ Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 11.

⁴⁷ Madde gerekçesine bakıldığında "Ancak uygulamaya başka bir anlayış hakim olmuş, müteselsil sorumluluğu "birlikte verilen zarar" kavramının tanımladığı ile tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik olduğu gerçeği geri plana itilmiş ve sorumluların tümü bütün zarardan (bu arada uygun nedensellik kurallarına göre dışarda kalan) sorumlu tutuldukları gibi, BK m. 43 ve 44 hükümleri de müteselsil sorumlulukta sadece iç ilişkide dikkate alınmıştır" ifadesinden uygulamada yönetim kurulu üyeleri aleyhine oluşan olumsuz durumun önlenmesinin amaçlandığı görülmür.

⁴⁸ Mimaroğlu, *Mes'uliyet*, 29.

benimsenmiştir⁴⁹. Yönetim kurulu üyesi, aynı durumdaki bilinçli ve mantıklı bir kişi tarafından gösterilmesi gereken özeni göstermelidir⁵⁰. Her somut olayda kişiden beklenen özen ölçütü tespit edilmeli ve kusurun oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir⁵¹. Belirtmekte fayda var ki objektif özen yükümlülüğü yalnızca sorumluluğun alt sınırını belirler. Bir alanda daha tecrübeli ve daha derin bilgi sahibi olan bir yönetim kurulu üyesinden beklenecek özen yükümlülüğü ile aynı tecrübeye ve bilgiye sahip olmayan yönetim kurulu üyesinden beklenecek özen yükümlülüğü farklılaşmaktadır⁵². Yönetim kurulu üyesine ilişkin subjektif özellikler, kendisinden beklenen özen ölçütünün azalmasına neden olmayacaksa da artmasına neden olabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinden beklenen özenin ölçütünü oluşturan kişi, TTK m. 369/1’de “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındalar*” denilerek “*tedbirli yönetici*” olarak belirlenmiştir. Bu halde yönetim kurulu üyelerinin özeni ölçüsünde dikkate alınarak kişi tedbirli yöneticidir. Aynı türde işleri yapan aynı çap ve büyüklükteki bir şirketin yöneticisinin gösterdiği özen kıyas olarak alınır⁵³. Yönetim kurulu üyesinden beklenen bu özen ölçütü, aynı zamanda yönetim kurulu üyesinin kusurlu olup olmadığının değerlendirmesinde dikkate alınır⁵⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin subjektif özelliklerinin yanı sıra yapılan işin niteliği de aranan özenin ölçüsünü etkilemektedir. Her ne kadar yönetim kurulu üyesinden her alanda bilgi sahibi olması ve yetenekli olması aranmasa da olayın özelliklerine göre gerekli özeni göstermesi beklenmektedir⁵⁵. Yapılan işin zorluğuna ve karmaşıklığına göre yönetim kurulu üyesinden beklenen özen yükümlülüğü de artmaktadır⁵⁶. Bilgi sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin karmaşık ve büyük bir işte karar alırken uzman bir kişiye danışmalı ve bu kişiden edindiği bilgiler sonucunda özen yükümlülüğüne uygun şekilde karar almalıdır⁵⁷.

⁴⁹ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 230 vd.; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 313; Pulaşlı, *Özen Yükümlülüğü*, 34-35; Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 481 vd.; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), *Ortaklıklar I*, N. 590.

⁵⁰ İsviçre hukuk öğretisinde, objektif kusur ilkesi bağlamında yönetim kurulu üyesinin “*normal ve ortalama bir insanın aynı durum ve koşullarda yapacağı davranışı (die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde)*” göstermesi beklenmektedir. Bkz. Forstmoser, Rn. 292.

⁵¹ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 140.

⁵² Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 315; Forstmoser vd., *Actienrecht*, 296; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 1457.

⁵³ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), *Anonim Şirketler*, 657.

⁵⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), *Ortaklıklar I*, N. 590.

⁵⁵ Böckli, SS 13, Rn. 576.

⁵⁶ Forstmoser, *Actienrecht*, 296; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 1457; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 193.

⁵⁷ Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 64; Forstmoser, *Verantwortlichkeit*, Rn. 298 vd.

Yönetim kurulu üyesinin hem görevi kabul ederken hem de bu görevi ifa ederken bulunduğu mevkiye yakışır özeni göstermelidir. Yönetim kurulu üyesinin görevi kabul etme zorunluluğu yoktur, bu nedenle görevi kabul etmeden önce kendi yetkinliğini değerlendirmesi gerekmektedir. Kişisel becerilerinin ve bilgisinin böyle bir görev için yeterli olmadığını bilen veya bilmesi gereken kişi, görevi kabul etmemelidir. Aksi halde görevi kabul etmesinin başlı başına bir sorumluluk nedeni olduğu söylenebilir⁵⁸. Görevini ifa ederken de bulunduğu mevki ile orantılı bir özen göstermelidir⁵⁹.

6102 sayılı TTK, yönetim kurulu üyelerinin kusuruna ilişkin olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan⁶⁰ (eTTK) farklı bir düzenlemeyi barındırmaktadır. TTK m. 553 uyarınca anonim şirket kurucuları, yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve tasfiye memurları, “*yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde*” sorumlu olacaklardır⁶¹. Kanun koyucu, 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki kusur karinesini kaldırarak sorumluluğa ilişkin farklı bir düzenleme getirmiştir⁶². 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “*Mesuliyetten Kurtulma Hali*” başlıklı 338. maddesinde, yönetim kurulu üyelerinin kusurlarının bulunmadığını ispatlamala-

⁵⁸ Helvacı, *Yönetim Kurulu*, 36.

⁵⁹ Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 64.

⁶⁰ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 09/07/1956, Sayı: 9353

⁶¹ Söz konusu hükümde aleyhine sorumluluk davası açılacak kişiler, “*kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları*” olarak belirlenmiştir. TTK m. 553'teki bu düzenleme, sorumluluk davasının yöneltilebileceği kişiler bakımından mehz İsv. BK 754'ten ayrılmaktadır. Mehz kanunda “*Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen*” ifadesi kullanılarak yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişilerin sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Hükmün değişiklik yapılarak Türk Ticaret Kanunu'na alınmasının nedeni gerekçede açıklanmıştır. Buna göre “*Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretimdeki deyimle, “fiili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür*”.

⁶² Adalet Komisyonu Raporu'nda yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde sorumlu olacaklarına ilişkin düzenlemeye ilişkin olarak bu değişiklik ile sorumluluk davalarında ispat külfetinin yer değiştirdiği ifade edilmiştir. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarında ispat yükünün kimde olduğu genel hükümlerce tespit edilecektir. Maddenin ilk halinde yönetim kurulu üyelerinin kusurlarının bulunmadığını ispat etmeleri gerekirken yürürlükteki hüküm uyarınca sorumluluk davasında davacının yönetim kurulu üyesinin kusurunun bulunduğu ispat etmesi gerekir. Ancak ispat yükünün davacıda olması haksız fiil sorumluluğunda geçerlidir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk olması halinde, davalı olan yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Adalet Komisyonu Raporu için bkz. 25.06.2012 tarihli ve 14 sayılı Adalet Komisyonu Raporu, Esas: 1/630, Sıra Sayı 303, s. 10. Ayrıca bkz. Çamurcu, *Yönetim Kurulu*, 39-40.

rı gerektiği düzenlenmiştir⁶³. Öğretide kanun koyucunun 6102 sayılı TTK'daki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu, sorumluluğa ilişkin genel ilkelerle uyumlaştırmayı ve sınırlamayı amaçladığı dile getirilmiştir⁶⁴. Ancak kanun koyucu, sorumluluğun sınırlandırılması hususunda mutlak bir irade ortaya koymamış, kusur sorumluluğunun terk edildiği bazı özel sorumluluk halleri öngörmüştür⁶⁵.

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN FONKSİYONUNA İLİŞKİN ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin farklı görüşler mevcut olup, bu görüşlerden ilki söz konusu sorumluluğun denkleştirici fonksiyona sahip olduğu yönündedir⁶⁶. Münzinger, anonim şirket pay sahiplerinin şahsi sorumluluğu ortadan kaldırılması sonucu oluşan boşluğu doldurmak amacıyla anonim şirketi yöneten ve temsil eden yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulduğunu savunmaktadır⁶⁷. Münzinger, şirket adına işlem yapanların pay sahipleri değil şirketin borçlarından sorumlu olmayan temsilcileri olduğunu vurguladıktan sonra⁶⁸ İsviçre hukukunun pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla temsil yetkisi sınırsız olan yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinden sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁹. Anonim şirketler hukukundaki sorumluluk, tazminat taleplerini haklı kılan diğer normlardan farklı değildir, bir miktar para karşılığında zarar görenlerin zararlarının karşılanması amaçlanmaktadır⁷⁰.

⁶³ 6335 sayılı TTK m. 338 - “Yukarki maddeler gereğince müteselsil mesuliyeti mucibolan muamelelerde bir kusuru olmadığını ispat eden aza mesul olmaz; hususiyle bu muamelelere muhalif rey vermiş olup keyfiyeti müzakere zaptına yazdırmakla beraber murakiplara hemen yazılı olarak bildiren veyahut mazeretine binaen o muamelenin müzakeresinde hazır bulunmayan aza dahi mesul değildir.”

⁶⁴ Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 38; Doğan, *Organizasyon*, 254; Necdet Uzel, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı” *Sorumluluk Hukuku*. (ed) Baysal, Başak. 375-413. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, 383.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Uzel, *Hukuki Sorumluluk*, 383, dn. 10.

⁶⁶ Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 39.

⁶⁷ Walther Münzinger, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes* (Bern: Stämpflische, 1885), 140 vd.

⁶⁸ Münzinger, 120.

⁶⁹ Münzinger, 142-143. Denkleştirici fonksiyon görüşü Kunz tarafından eleştirilmektedir. Kunz'a göre yalnızca yönetim yetkisine sahip olan pay sahipleri için sorumluluğun öngörülmesi denkleştirici fonksiyon görüşünün doğru olmadığını göstermektedir. Pay sahiplerinin sorumluluğu sınırlandırılırken yönetim kurulu üyeleri için sorumluluk öngörülmesi bir denkleştirme amacı olduğunu göstermemektedir. Ancak zarar görenin zararının, zarar veren tarafından tazmin edilmesi durumunda denkleştirici fonksiyondan bahsedilebilir. Bkz. Peter V. Kunz, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, (1993), 101; Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 41.

⁷⁰ von der Crone vd., *Verantwortlichkeit*, 4.

Sermayeyi koruma fonksiyonu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak öğretide savunulan ikinci gerekçe olarak karşımıza çıkar. Bir sermaye şirketi olan anonim şirkete egemen olan en önemli ilkelerden birisi şirketin korunması ilkesidir⁷¹. Aralarında anonim şirketin bizzat kendisinin, alacaklıların ve pay sahiplerinin de bulunduğu menfaat sahipleri ancak bu şekilde korunmaktadır⁷². Bu görüşün destekçilerinden *Bär*; dolaylı zararları nedeniyle alacaklıları ve pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasına imkan tanınmasının bu görüşle açıklanabileceğini savunmaktadır. Dolaylı zararların tazmini için açılan dava sonucunda elde edilen tazminatın anonim şirkete ödenmesi, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile ilgili getirilen hükümlerin aslında pay sahiplerini veya şirket alacaklılarını değil, anonim şirket sermayesini korumayı amaçladığını göstermektedir⁷³. Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesinde de sermayeyi koruma fonksiyonundan bahsedilir. Gerçekten de TTK'nin genel gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “*Son yıllarda, sermayenin korunması ilkesinin Kara Avrupası anonim şirketler hukukundaki itibarlı konumunu sorgulayan görüşlere sıkça rastlanmaktadır. Bu eğilim belirgindir. Görüşün temsilcileri gün geçtikçe fazlalaşmaktadır. Buna karşılık sınırlı sorumluluk sisteminin, söz konusu ilke olmadan ayakta kalamayacağı düşüncesi dile getirilmektedir. Büyük çoğunluk ilkenin hala anonim şirketler hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmektedir.*” Bununla birlikte öğretide, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu öngören hükümlerin kişiyi korumak amacıyla getirildiği de ileri sürülmektedir. Buna göre kişiyi koruma fonksiyonu, şirketin iflası halinde alacaklılara ve pay sahiplerine dava hakkı tanınmasında kendini göstermektedir⁷⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun nedenine ilişkin ileri sürülen bir başka görüş, önleyici fonksiyon görüşüdür. Özellikle şirket tarafından zararın karşılanamadığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluğunun önem taşıdığını savunmaktadır⁷⁵. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler için kişisel sorumluluk öngörerek yönetim kurulunun da içinde bulunduğu şirket organlarının görevlerini gereği gibi ifa etmelerini sağlanmaktadır⁷⁶.

Önleyici fonksiyon görüşüne benzeyen bir diğer görüş ise garanti fonksiyonu görüşüdür. Bu görüş uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevlerini ifa etmek için yeterli bilgi ve donanımına sahip olmalarını sağlamak amacıyla yönetim ku-

⁷¹ Bkz. von der Crone/Bloch, *Verantwortlichkeit*, 86.

⁷² Sermayenin korunması ilkesinin önemi nedeniyle TTK'nın birçok yerinde emredici hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlere örnek olarak bkz. TTK m. 550, 555, 556.

⁷³ *Bär*, *Verantwortlichkeit*, 457-458.

⁷⁴ Kunz, *Rechtsnatur*, 105; Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 42.

⁷⁵ Bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 275.

⁷⁶ von der Crone/Bloch, *Verantwortlichkeit*, 82.

rule üyelerinin sorumluluğu düzenlenmiştir⁷⁷. Bu durumda sorumluluğun çıkış noktasını, yönetim kurulu üyelerinin şirkete zarar verecek noktada görevlerini ihmal etmeleri oluşturur. Sonuç olarak da zarara sebebiyet veren olaydan önceki ve olayın gerçekleşmesinden sonraki maddi durum arasındaki farkın tazmin edilmesi amaçlanır. Yönetim kurulunun görevini gereği gibi ifa etmesi halinde anonim şirketin elde edeceği ekonomik durumun sağlanması gerekir⁷⁸. Bu görüş kişisel sorumluluğun kapsamını fazlasıyla genişlettiği için öğretide eleştirilmektedir⁷⁹.

Bu görüşler arasında farklılık olmakla beraber, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun başta anonim şirket olmak üzere menfaat sahiplerinin çıkarlarını korumak ve menfaatlerinin ihlali halinde bunu tazmin etmek olduğu söylenebilir.

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

A. KUSURSUZ SORUMLULUK

Hukuk düzeni tarafından kınanan davranış biçimine kusur denir⁸⁰. Hukuk, toplumdaki bireylerin, uyum içinde yaşayabilmeleri ve birbirlerine zarar vermeleri için göstermek zorunda oldukları özen ve çabanın oluşturduğu ortalama bir davranış biçimini göstererek hareket etmesini aramıştır⁸¹. Benzer durum ve şartlar altındaki kişilerden beklenen bu ortalama davranış biçimine uymayan, ondan ayrılan ve sapan davranışlar gösteren kişiler, kusurlu davranmış olurlar⁸².

Kusur sorumluluğunun kurucu unsuru kusurdur. Kusur ile Roma hukukundan beri geçerli olan “*casum sentit dominus*” (zarara zarar gören katlanır) ilkesinin sonuçları ortadan kaldırılmakta ve zarara, zarara uğrayandan başka bir kişinin katlanmasının haklı nedeni oluşturulmaktadır⁸³. Ancak kusur sorumluluğunun kurucu şartlarından biri olan kusur, kusursuz sorumluluğun şartları arasında yer almaz. Kusursuz sorumlulukta, haksız fiilin kusur dışındaki şartlarının bulunması aranır. Yani kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için *hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı* unsurları mevcut olmalıdır.

18. yüzyıldan beri devam eden ilerlemelerin bir sonucu olarak kusursuz sorumluluk doğmuştur. Bilimsel ve toplumsal ilerlemeler sonucunda doğan zararların karşılanması noktasında kusur sorumluluğunun eksik kalması, kusursuz

⁷⁷ Bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 275.

⁷⁸ von der Crone/Bloch, *Verantwortlichkeit*, 82.

⁷⁹ Böckli, *Aktienrecht*, Anm. 1620; Bär, *Rechtsnatur*, 57-59; Kunz, *Rechtsnatur*, 108 vd.

⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 653; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 55; Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Sorumluluk Hukuku - Sözleşmeden Doğan Sorumluluk* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003), 159; Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 481.

⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 653.

⁸² Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Genel Cilt V/1,2* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 21; Tandoğan, *Mesuliyet*, 45.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 655; Başak Başsal, *Haksız Fiil Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 188.

sorumluluğun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Kusursuz sorumluluk sayede zarara uğrayanların korunması amaçlanmıştır⁸⁴. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda kişi, gerekli özeni göstermiş olsa veya zararı önleme imkanına sahip olmasa dahi zarardan sorumlu tutulur. Ancak kurtuluş kanıtı tanınmış olan hallerde, bu yola başvurarak sorumluluktan kurtulabilir.

Türk hukukunda kusursuz sorumluluk düzenlenmekle birlikte kusursuz sorumluluğa ilişkin genel bir ölçü ortaya konulmamıştır. TBK’da kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ve özen sorumluluğu başlıkları altında incelenmekle beraber⁸⁵ kusursuz sorumluluk, Türk hukukunda münferit düzenlemelerle belirlenmiştir. Kusursuz sorumluluğun alt başlıklarından biri olan özen sorumluluğu da kendi içinde olağan ve ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁸⁶. Özen sorumluluğu bir taraftan kusur sorumluluğuna benzerken diğer taraftan da kusursuz sorumluluğa benzemektedir. Sorumlu tutulan kişinin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmasına izin veren sorumluluğa olağan özen yükümlülüğü denilmektedir. Ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünde ise sorumluluktan kurtulma imkanı sağlayan kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmıştır.

Özen sorumluluğu, gözetim veya objektif özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmakla birlikte burada bir kusurun var olması aranmamaktadır⁸⁷. Özen yükümlülüğünün tam anlamıyla bir kusursuz sorumluluk hali olup olmadığı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Özen yükümlülüğünün bir kusursuz sorumluluk olmadığına ilişkin görüş, kişinin sorumlu tutulabilmesi için kişiye yüklenen özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasının arandığını ifade etmiştir⁸⁸. Dolayısıyla kişinin özenli davranıp davranmadığının araştırılması gerekmektedir. Özenli davranan kişinin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi nedeniyle doktrinde özen yükümlülüğünden doğan kusursuz sorumluluk için “ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu” ifadesi de kullanılmaktadır⁸⁹.

⁸⁴ Karahasan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, 593; Tandoğan, *Mesuliyet*, 89 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 10; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 171.

⁸⁵ Bkz. Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 287; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 319.

⁸⁶ Başak Başoğlu, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (Temmuz 2015), 38.

⁸⁷ Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 172.

⁸⁸ Bkz. Abdurrahman Savaş, (2022) “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80/8 (Temmuz 2022), 570 vd. Savaş’a göre özen sorumluluğunda kusur karine olarak kabul edilmiştir ve sorumlu kişiye kusursuzluğunu ispatlama hakkı tanınmıştır. Kusursuz sorumluluk halinde kişinin tüm ispat ve özeni göstererek dahi sorumluluktan kurtulamaması gerekir. Bu nedenle kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumluluğu kusur sorumluluğuna daha yakındır.

⁸⁹ Bkz. Kerem Cem Sanlı, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi - Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, (İstanbul: Arkan Yayıncılık, 2007), 479 vd. Bu görüşün aksine, özen yükümlülüğüne ilişkin kanunda öngö-

Yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun, TBK’da düzenlenen özen sorumluluğu ile aynı temele dayandığı söylenebilir. Gerçekten de TBK’da düzenlenen özen sorumluluğu hallerinde sorumluluğun kaynağını, sorumlu kişinin belirli bir kişi veya şey üzerinde haiz olduğu egemenlik oluşturmaktadır⁹⁰. Objektif nitelikteki özen yükümlülüğünde, denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlalden dolayı sorumlu kişinin meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olduğu kabul edilir⁹¹.

B. TÜRK TİCARET KANUNU’NDA DÜZENLENEN KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur ilkesi çerçevesinde şekillenmekte ve kural olarak kusurun varlığı halinde sorumlulukları doğmaktadır. Ancak istisnai hallerde yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Gerçekten de TTK m. 557/1’de şirket yöneticilerinin “*kusurlarından veya durumun gereklerinden*” sorumlu olacakları ifade edilmiştir. “*Durumun gereklerinden*” ibaresi, yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluk hallerini ifade etmektedir⁹².

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk halleri, sorumluluğu doğuran özel durumlar dikkate alınarak Türk Ticaret Kanunu’nda sistematik olarak sayılmıştır⁹³. “*Belgelerin veya beyanların kanuna aykırı olması*” (TTK m. 549), “*sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi*”

rülen sorumluluğun, objektif özen ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk hali olduğuna ilişkin bir görüş de mevcuttur. Bkz. Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayıncılık, 1981), 53; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 251.

⁹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 705.

⁹¹ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 139 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Yayıncılık, 2021), 203 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 247 vd.

⁹² Aynı yönde bkz. Himmet Koç, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (Haziran 2020) 69-70.

⁹³ Sorumluluğa ilişkin hükümlerin ayrı bir bölüm altında toplanmasına ilişkin TTK’de benimsenen sistem aslında İsviçre Borçlar Kanunu tarafından da benimsenmişti. İsv. BK m. 752-760. maddeler arasında sorumluluğa ilişkin hükümlere yer vermiştir. Her ne kadar sorumluluğa ilişkin özel hükümler kanunda yer alsada bütün sorumluluk türlerinin bir arada olması mümkün değildir. Bu nedenle yeri geldikçe Türk Ticaret Kanunu’nda sorumluluğa ilişkin farklı düzenlemeler yer almıştır (Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, 420). Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler yalnızca Türk Ticaret Kanunu’nda yer almamaktadır, bu hususta münferit kanunlarda da hükümler yer almaktadır. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin şirketin kamu borçlarından doğan sorumluluğu 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 10’da ve 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun mükerrer 35. maddede düzenlenmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Şükrü Yıldız, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı* (1999) 771 vd.; Recep Narer, “Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğu” *Yaklaşım Dergisi* 2/17 (Mayıs 1994), 74 vd.; Yaşar Karayalçın, “Vergi Hukuku Bakımından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu” *Yaklaşım Dergisi*, 2/15 (Mart 1995) 6 vd.

(TTK m. 550), “değer biçilmesinde yolsuzluk” (TTK m. 551) ve “halktan para toplamak” (TTK m. 552) Türk Ticaret Kanunu’nda sayılan özel sorumluluk hallerini oluşturmaktadır. Bu dört durumdan üçü aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğuna ilişkindir⁹⁴.

1. Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olması

Yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluk hallerinden birisi TTK m. 549’da düzenlenmiştir. Buna göre “*Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur*”⁹⁵. TTK m. 549’daki bu düzenleme, eTTK m. 305’te de karşımıza çıkarmakta ve kaynağını İsv. BK m. 752’den almaktadır⁹⁶. Bu düzenleme ile anonim şirketin önemli işlerinde kullanılan belgelerin gerçeğe aykırı düzenlenmesinin önüne geçmek ve söz konusu belgelere dayanarak karar alan kişilerin iradelerinin sakatlanması engellemek amaçlanmaktadır. Bu belgeler arasında özellikle genel kurul kararlarının alınması sırasında başvuru belgelerinin gerçeği yansıtması önem taşımaktadır⁹⁷.

Anonim şirketin kuruluşu TTK m. 335’te düzenlenmiştir. Buna göre anonim şirket, kurucuların şirketi kurma iradelerini esas sözleşmede açıklamaları ile kurulmaktadır. Esas sözleşme anonim şirketin kuruluşunda asli öneme sahip olmakla beraber tek kuruluş belgesi değildir. Esas sözleşmenin yanı sıra kurucuların beyanı, değerlendirme raporları, ayın ve işletmenin devralınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere kuruluş ile ilgili sözleşmeler anonim şirketin kuruluş belgelerini oluşturmaktadır (TTK m. 336). Bu belgelerin sicil dosyasına konulması ve beş yıl boyunca saklanması gerekmektedir. Kuruluş belgeleri, özellikle kuruluştan doğan

⁹⁴ Uzel, bu hükümlerden üçünde değil yalnızca TTK m. 549’da düzenlenen “*belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar*” ile TTK m. 550’de düzenlenen “*sermaye taahhüt edilmiş veya karşılığı ödenmiş gibi gösterenler*” hakkında kusursuz sorumluluk halinin öngörüldüğünü savunmaktadır. Bkz. Uzel, *Hukuki Sorumluluk*, 404-405.

⁹⁵ Gerekçedeki açıklamalarda davacı olabilecekler arasında şirketin bulunmamasına ilişkin eleştiri için bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 455 dn. 339.

⁹⁶ TTK m. 549 ve eTTK m. 305 arasındaki farklar için bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 421. TTK m. 549, İsv. BK m. 752’ye göre daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş ve yapısal değişiklikleri de kapsamına dahil etmiştir. İsv. BK, TTK m. 549’dan farklı olarak izahnameden doğan sorumluluğu da düzenlemekte ve daha geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkisi* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2016), 223-224. İsv. BK m. 752 için bkz. Güzin Üçışık / Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 527.

⁹⁷ Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 428.

sorumluluğun tespit edilmesinde önem taşımaktadır⁹⁸. Buna göre belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan sorumlulukta kurucu beyanları⁹⁹, kuruluş belgeleri, sermaye artırımı beyanı ve izahname gibi oldukça geniş yelpazedeki belge ve beyanların hukuka aykırı olmasından doğan sorumluluk düzenlenmektedir¹⁰⁰.

Şirketin kuruluş belgeleri arasındaki en önemli belge esas sözleşme olarak karşımıza çıkar. Anonim şirketlerin kuruluş belgesi olan esas sözleşme adeta anonim şirketin anayasasıdır¹⁰¹. Esas sözleşmenin şekli ve içeriği TTK m. 339’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Esas sözleşmenin yazılı olarak hazırlanması ve pay sahiplerinin imzalarının noterce onaylanması gerekir. Esas sözleşmedeki bilgilerin doğru olması ve bu bilgilerin başka belgelerle desteklenmelidir. Bunun yanı sıra kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan mal ve hakların bedellerinin, kuruculara sağlanan menfaatlerin doğru ve eksiksiz şekilde esas sözleşmede yer alması gerekmektedir. Aksi halde TTK m. 549 anlamında sorumluluk doğması söz konusu olabilecektir¹⁰².

Şirket birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi yapısal değişiklik olarak nitelendirilmektedir. Şirket birleşmeleri için birleşme sözleşmesi¹⁰³ yapılmakta ve birleşme raporu¹⁰⁴ düzenlenmektedir. Birleşmeye benzer şekilde bölünme için de bölünme sözleşmesiyle bölünme planı hazırlanmaktadır¹⁰⁵. Aynı şekilde yönetim

⁹⁸ Bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 184-185. Anonim şirketin kuruluş belgelerindeki eksikliklerin en önemli yaptırımı şirketin feshidir. Gerçekten de anonim şirketin kurulması esnasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilerek pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının veya kamunun menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşürülmesi halinde asliye ticaret mahkemesinden tescilin ilanından itibaren üç ay içerisinde şirketin feshi istenebilir (TTK m. 353).

⁹⁹ 15.07.2016 tarihinde kurucular beyanını düzenleyen TTK m. 349 ilga edilmiştir. Mülga TTK m. 349 uyarınca dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesi uyarınca anonim şirkete sermaye olarak getirilen ayına verilecek karşılığın uygunluğu, bu ayını devralmanın gerekliliğine ve şirkete sağlayacağı yararlarla ilişkin belgeli, kesin ve gerekçeli açıklamalar yapılmaktadır.

¹⁰⁰ Yusufoglu, *Gayri Maddi Haklar*, 326-327; Altay, *Yönetim Yetkilerinin Devri*, 223-224.

¹⁰¹ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 279-280.

¹⁰² Eda Giray, “Anonim Şirketlerde Kuruluştan Doğan Hukuki Sorumluluk” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012), 433.

¹⁰³ Birleşme sözleşmesinin içeriği TTK m. 146’da düzenlenmektedir. Bu hükümden düzenlenen zorunlu unsurları barındıran birleşme sözleşmesi, yazılı şekil şartına tabidir. Bu sözleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin yönetim kurullarınca imzalanması ve genel kurulları tarafından onaylanması gerekir (TTK m. 145).

¹⁰⁴ Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından hazırlanan raporlara birleşme raporu denir (TTK m. 147). Raporunda bulunması gereken hususlar TTK m. 147’de düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK’nin ilk halinde birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun denetlenmesi söz konusu olsa da buna ilişkin hüküm olan TTK m. 148, 26.06.2012 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte ilga edilmiştir.

¹⁰⁵ Şirketin bölünme ile malvarlığına dahil olan unsurların bir kısmını zaten var olan bir şirkete devretmesi durumunda bölünme sözleşmesi, malvarlığı unsurlarını yeni kurulan bir şirkete devretmesi durumunda ise bölünme planı söz konusu olur (TTK m. 166). Bölünme sözleşmesinin ve bölünme planının içeriği TTK m. 167’de düzenlenmiştir.

kurulu tarafından bir bölünme raporu da hazırlanmaktadır¹⁰⁶. Yapısal değişikliklerden tür değişikliğinde ise diğer ikisine benzer şekilde tür değiştirme planıyla tür değiştirme raporu hazırlanmaktadır (TTK m. 185, 186). Yapısal değişikliğin türüne ilişkin hazırlanan bu belgelerin yanı sıra yapısal değişikliğin konusunu oluşturan anonim şirketin toplam malvarlığının hesaplanması için de değerlendirme şirketi tarafından bir ekspertiz raporu hazırlanması mümkündür. Bu ekspertiz raporunun hukuka aykırı olması durumunda da bunu hazırlayan değerlendirme şirketinin sorumluluğunun doğması kaçınılmazdır¹⁰⁷.

Yapısal değişikliklerden doğan sorumluluğa ilişkin TTK m. 193'te özel düzenleme bulunmaktadır. TTK m. 193/1 uyarınca "*Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır*". İki de yapısal değişikliklerden doğan sorumluluğu farklı şekillerde düzenleyen TTK m. 193 ve 549 hükümlerinden hangisinin öncelikli olarak uygulanması gerektiğinin incelenmelidir. İki hüküm arasında kusura ilişkin oluşturulan fark nedeniyle hangi hükmün öncelikli olarak uygulanacağını tespiti önemlidir¹⁰⁸. Öğretide bir görüş hükümlerin amaçlarının farklı olmasından hareketle kuruluş ve kuruluşu ilişkin sermayenin artırılması hallerinde TTK m. 549'un uygulama alanı bulması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁹. Diğer bir görüş ise iki hükmün de uygulama alanına giren bir hususta TTK m. 549'un özel hüküm olması nedeniyle öncelikli olarak uygulanmasını savunmaktadır¹¹⁰. Kanaatimizce kusura ilişkin farklılık nedeniyle iki hükmün birlikte uygulanması mümkündür¹¹¹.

TTK m. 549 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun doğmasına neden olan belgelerden bir diğeri olan izahname, menkul kıymet ihracında kamuyu aydınlatmaya yarayan bir araçtır¹¹². SPK m. 3/j izahnameyi, "*ihraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye*

¹⁰⁶ Bölünme raporu, TTK m. 169'da düzenlendiği üzere birleşme raporuna benzer şekilde, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından hazırlanır.

¹⁰⁷ Özlem Karaman Coşgun/Hanife Doğrusöz Koşut "Hukuki Sorumluluk" *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III*. Ed. Kemal Şenocak, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 3759.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Kendigelen, *Yenilikler*, 455.

¹⁰⁹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 421-422.

¹¹⁰ Aslı Usluel Gürbüz, "Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 1/29 (Mart 2013), 167.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Kendigelen, *Yenilikler*, 455.

¹¹² Gökçen Turan "Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/1 (Ocak 2016) 193; Mustafa İhtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006), 121; Altay, *Yönetim Yetkilerinin Devri*, 223.

piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi” olarak tanımlamıştır. Gerçekten de izahname ile yatırımcıların şirket hakkında doğru bilgi edinmesi sağlanmak istenmektedir. Bu nedenle anonim şirketin ortaklık yapısı, sermayesi, faaliyet alanı, yöneticileri, finansal tablolar, yatırım planları gibi önemli bilgiler izahnamede yer almaktadır¹¹³. Yatırımcının taşıdığı riski ve elde edeceği karı analiz etmesi ancak gerçek ve doğru bilgiye ulaşması ile mümkündür. Yatırımcının korunması için, yatırım kararını etkileyebilecek bilgiler eksiksiz şekilde izahnameye yansıtılmalıdır¹¹⁴. İzahnamenin yatırımcılar bakımından teminat özelliğinin bir sonucu olarak izahnameden sorumlu gerçek kişilerin ad soyadlarının ve görevlerinin, tüzel kişilerin ise ticaret unvanlarının, merkezlerinin ve iletişim bilgilerinin izahnamede yer alması aranır (SPK m. 4/3).

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak karşımıza çıkan TTK m. 549’da izahnameden bahsedilmekle birlikte halka açılmaya ilişkin her türlü belgenin de bu kapsamda olduğu, hükümde sayılan belgelerin sınırlı sayıda değil, örnekleyici nitelikte olduğu hem gerekçede hem de öğretilerde kabul edilmektedir¹¹⁵.

Anonim şirketlere ilişkin olarak TTK m. 549’da yer alan bu düzenlemenin Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi halka açık anonim şirketlerde de uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. İzahnamede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından doğan sorumluluk SPK m. 10’da düzenlenmektedir. Ayrıca kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk da SPK m. 32’de düzenlenmiştir. İki hüküm arasında kusura ilişkin önemli bir farklılık vardır. TTK m. 549’un bir kusursuz sorumluluk öngördüğü öğretilerde genel kabul olarak karşımıza çıkarken SPK ile bir kusur sorumluluğu öngörüldüğü kabul edilmektedir¹¹⁶. Bir kamuyu aydınlatıcı belge niteliğinde olan izahname nedeniyle iki sorumluluk hükmüne başvurulması mümkün olsa da SPK m.10 izahnameden doğan sorumlu-

¹¹³ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan II-5.1 sayılı izahname ve ihraç Belgesi Tebliği m. 7 vd. izahnamede yer alması gereken bilgileri düzenlemektedir.

¹¹⁴ Buket Çatakoğlu, “Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk” *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi* 11 (Ocak 2016) 120. İzahnamede eksik, yanlış veya aldatıcı bilgilere yer verilmesi sorumluluğun doğmasına neden olabileceği gibi izahnamedeki bütün bilgiler doğru olmakla birlikte eksik olmaları durumunda da sorumluluk söz konusu olacaktır. Bkz. Tolga Ayoğlu, “İzahnameden Doğan Sorumluluk” *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 641.

¹¹⁵ Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı*, 260; Serhan Dinç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Halleri” *Ankara Barosu Dergisi* 4 (Temmuz 2016) 165.

¹¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Ayoğlu, *İzahname*, 642.

luğu özel olarak düzenlediği için öncelikli olarak uygulanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir¹¹⁷. Bu noktada TTK m. 549'un bu iki hükmün yanında nerede yer aldığı değerlendirilmelidir. Özel hüküm niteliğinde olmaları nedeniyle SPK m.10 ve m.32'ye öncelik verilmesi gerekmektedir¹¹⁸. Bununla birlikte yatırımcıların tazminat taleplerini TTK m. 549'a dayanarak ileri sürmeleri de mümkündür. Bu durumda TTK m. 549'un uygulanması SPK m. 32/4'ün uygulanmasına engel olacaktır¹¹⁹.

Anonim şirketin kuruluşu, sermaye artırımı/azaltımı, yapısal değişiklikler ve menkul kıymet ihracı nedeniyle bir zarar doğduysa ve bunlara ilişkin belge, beyan, taahhüt ve garantilerde yanlış, hile, sahtecilik veya gerçeğe aykırılık mevcutsa ya da gerçeğin saklanması söz konusuysa veya diğer kanunlara aykırılık varsa bu durumda TTK m. 549 uyarınca sorumluluk doğacaktır¹²⁰. Bu hüküm ile gerçek dışı ve hileli belge ve beyanlara güvenenlerin bundan dolayı uğrayacakları zarar tazmin etmek amaçlanmaktadır¹²¹. Kanun koyucu sermaye piyasası yatırımcılarını korumayı amaçlamakla¹²² birlikte yalnızca sermaye piyasası yatırımcılarını değil, bu belgelere güvenerek işlem yapan herkesin güvenini korumak istemektedir. Bunlar arasında genel kurul toplantılarında bu belgelere güvenerek karar veren pay sahipleri de yer almaktadır.

Sorumluluğun doğması için ilgili işlemin tamamlanması ve geçerlilik şartlarını sağlıyor olması aranmamaktadır. Anonim şirketin kurulmuş olması, sermaye artırımının veya azaltımının tamamlanmış olması, yapısal değişikliklerin yapılmış olması veya menkul kıymet çıkarma işleminin tamamlanmış olması gerekmez. Bu işlemler geçerli bir şekilde tamamlanmamış olsa dahi belgelerin hatalı, hileli, sahte, gerçeğe aykırı veya kanuna aykırı olması durumunda TTK m. 549 uyarınca ilgili kişilerin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır¹²³. Burada belgelerin gerçeğe aykırı olması nedeniyle uğranması muhtemel olan zarar nedeniyle bir koruma tanınmıştır. Yalnızca bu belgelerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olması halinde değil, aynı zamanda hileli veya sahte olması, gerçeğin saklanması ve diğer kanuna aykırılıklar da TTK m. 549 uyarınca sorumluluk doğar. Dolayısıyla bu belgelerdeki bilgiler doğru olsalar bile eksik olmaları, gerçeğin

¹¹⁷ Çağlar Manavgat, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri" *Türk Ticaret Hukuku Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2005) 230.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3753-3754.

¹¹⁹ Bkz. Gökhan Aydoğan, *Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 417.

¹²⁰ Bu ifadelerin aslında aynı anlama geldiğine ilişkin bkz. Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 401.

¹²¹ Üçışık/Çelik, *Anonim Şirketler*, 527.

¹²² Bkz. Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3754.

¹²³ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3757.

tamamını yansıtmamaları halinde gerçeğin saklanması ve sorumluluğun doğması söz konusu olacaktır¹²⁴. Kamuyu yanıltma sadece yanlış veya eksik bilgi vermek yoluyla gerçekleşmeyebilir. Bu belgelerde açıklanmaması gereken bilgilerin yer alması yoluyla üçüncü kişilerin yanıltılması veya açıklanan bilgilerin anlamlarını yitirmesi de söz konusu olabilir¹²⁵. Bu durumların tamamında TTK m. 549 uyarınca sorumluluğun söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Belge ve bilgilerin gerçeği yansıtmaması nedeniyle sorumlu olanlar düzenleyenler, beyanda bulunanlar, taahhüt edenler veya bu fiillere katılanlardır (TTK m. 549). Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere belgeleri düzenleyenlerin ve beyanları yapanların sorumluluklarının doğması için kusur şartı aranmamaktadır¹²⁶. Bu eylemleri yönetim kurulu üyesinin gerçekleştirmiş olması durumunda kusursuz sorumluluk söz konusu olacaktır. Kanuna aykırı, doğru olmayan, gerçeği yansıtmayan beyanlarda bulunulması veya bazı hususların gizlenmiş olması ile bundan zarar doğması ve zarar ile hükümde sayılan eylemler arasında uygun illiyet bağı olması durumunda kusur şartı aranmaksızın sorumluluk doğacaktır. Belgeleri düzenleyenlerin kusurunun aranması hükümün lafzında yer almadığı gibi gerekçede de bu kişiler için kusur şartı aranmamıştır. Hükümde gerçekten de bir kusursuz sorumluluk düzenlenmiştir¹²⁷. Yalnızca bu eylemlere katılanların sorumluluğunun doğması için kusur şartı aranmaktadır¹²⁸.

Hükümde kusursuz sorumluluğun düzenlenmiş olması, kamu yararı ile açıklanabilir. Yöneticiler, defter tutmakla görevlendirdikleri kişileri gözetim ve dene-

¹²⁴ Çatakoğlu, *İzahname*, 121.

¹²⁵ Üçışık/Çelik, *Anonim Şirketler*, 204.

¹²⁶ Çamoğlu, her ne kadar madde metninde kusur şartı açık bir şekilde aranmasa da hükümdeki eylemlerin ağır kusur ve hatta kasıt içeren fiiller olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), *Ortaklıklar I*, N. 593. TTK m. 549'un dayandığı hükümlerden birini ihtiva eden İsv BK m. 752, sorumlular arasında kusur yönünden bir ayrım yapmamıştır.

¹²⁷ Aynı yönde bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 428-429; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 426; Üçışık/Çelik, *Anonim Şirketler*, 527; Erdoğan Moroğlu, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirmeler ve Öneriler*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016), 339; Kendigelen, *Yenilikler*, 455-456. eTTK dönemindeki benzer tartışmalar için bkz. Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 14 vd.; Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 44. Aksi yönde bkz. Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3751; Hamdi Yasaman, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları" *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Temmuz 2013) 102. Yönetim kurulu üyelerinin kusur sorumluluğuna tabi olduğunun kabul edilmesi halinde, TTK m. 553/1 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kusurlarıyla verdikleri zarardan sorumlu oldukları kabul edildiği için yönetim kurulunun kusurlu olduğunu davacının ispatlaması gerekecektir. Özellikle yatırımcının korunması açısından böyle bir ispat yükü önemli sorunlara yol açacaktır. Halka açık anonim şirket yatırımcıları arasında izahnamede açıklanan bilgi ve belgeleri yorumlayıp buna göre aydınlatılmış bir karar verebilecek az yatırımcı olduğu bir gerçektir. İzahnamedeki eksiklik, yanlışlık veya gerçeğe aykırılığın davalıların kişilerin kusuru ile meydana geldiğinin ispatlanmasını beklemek yatırımcıları ağır külfet altına sokan bir düzenleme olurdu. Bkz. Turan, *İzahname*, 218-219.

¹²⁸ Kendigelen, *Yenilikler*, 456; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 426.

timle yükümlü olmakla birlikte kurtuluş kanıtı imkanı getirilmediği için gerekli özen ve denetimi yerine getirdiklerini ispatla sorumluluktan kurtulamayacaklardır¹²⁹.

Gerçek kişi yönetim kurulu üyesinde kusursuz sorumluluk gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin şahsında doğarken tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından ise kusursuz sorumlu olan kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesi mi yoksa onu temsil eden gerçek kişi mi olacağı incelenmelidir. Bu durumda yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi kusursuz sorumlu olacaktır ve tüzel kişinin temsilcisi gerçek kişi eylemlere katılan olarak ancak kusurundan sorumlu olacaktır¹³⁰.

Tazminat talebinde bulunabilecekler, TTK m. 549 uyarınca zarar görenlerdir. Kanunda örnekleyici olarak sayılan belgelere dayanarak işlem yapan ve bu belgelerdeki gerçeğe aykırılık nedeniyle zarar gören herkes, zarar gören olarak değerlendirilir. Bu durumda bizzat şirket, pay sahipleri, şirket alacaklıları, sermaye piyasasında yatırımcılar, bu belgelere güvenerek pay sahibi sıfatını yitirmesine neden olan eylemleri gerçekleştirenler, menkul kıymet satın alanlar ve bu kıymetlerin sonraki müktesipleri zararlarının tazminini isteyebilecek kişilerdir (Gerekçe). Şirket adına yönetim kurulu zararların tazminini isteyebileceği gibi dolaylı zararın mevcut olması durumunda pay sahipleri ve şirketin iflası halinde alacaklılar da bu sıfatla açtıkları tazminat davasında hükmedilen tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilirler.

2. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar

Sermaye, şirketlerin zorunlu unsurları arasında yer almakta ve sermaye olmadan şirket kurulamamaktadır. Tüzel kişiliği olan şirketin ilk malvarlığı olan sermaye, hem ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler arasında yer almakta hem de şirket tiplerinin özellikleri çerçevesinde özel düzenlemelere tabi tutulmaktadır (TTK m. 127-132, 323, 332, 342-347 vd.). Bir ticaret şirketi olan anonim şirketin kurulabilmesi için asgari sermaye taahhüdü zorunludur (TTK m. 124/2, 332). TTK m. 332 uyarınca esas sözleşmede tamamı taahhüt edilmiş olan esas sermaye, en az 50.000 TL olabilir. Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketlerde ise başlangıç sermayesi en az 100.000 olmalıdır (TTK m. 332).

Bir sermaye şirketi olan anonim şirkette, şirket alacaklılarının alacaklarının güvencesi olan sermayenin açık ve belirli olması gerekmektedir. Alacaklılar, yalnızca şirket malvarlığına müracaat edebilecekleri için sermayenin ve bunun karşılığında aktif malvarlığının korunması gerekir. TTK m. 550/1 uyarınca “*Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hü-*

¹²⁹ Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 46 vd.

¹³⁰ Emine Develi, *Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 167.

kümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler”¹³¹. Sermayenin tamamen taahhüt edilmemiş veya taahhüt edilen tutardan kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmesi gereken kısım ödenmemişken sermayenin tamamı taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi sorumluluk nedenidir. Sermayenin taahhüt edilmesi, ödenmesi ve tescil edilmesi süreçlerinden herhangi birinde gerçekleşen hukuka aykırılıklar, TTK m. 550 uyarınca sorumluluk doğmasına neden olacaktır.

Anonim şirketin sermayesi esas sözleşmede yazılıdır. Sermayenin taahhüt edilmesi, pay sahipleri tarafından payların nakit veya ayın olarak bedellerinin tamamının taahhüt edilmesi anlamına gelir¹³². Sermayenin tamamının esas sözleşmede taahhüt edilmiş olması zorunludur (TTK m. 335).

Anonim şirketin kuruluşundan sonra sermayenin artırılması mümkündür. Kuruludan sonra sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılırsa esas sözleşmede değişiklik yapmak suretiyle sermayeden artırılan kısmın taahhüt edilmesi gerekir (TTK m. 459/1). Kayıtlı sermaye sisteminde ise yönetim kurulu kararıyla sermayenin artırılması yoluna gidilir ve sermayedeki artış miktarının taahhüdüne TTK m. 459 kıyasen uygulanır (TTK m. 460/3)¹³³.

Anonim şirkette sermaye artırımı yapıldığı durumlarda yönetim kurulu tarafından beyan hazırlanmaktadır. Beyanda yer alan bilgilerden birisi de sermayenin artırılan kısmının tamamen taahhüt edildiğidir. Bu zorunluluk TTK m. 457/2-a’da nakdi sermaye için açıkça dile getirilmiştir. Aynı sermaye için ise verilecek karşılığın uygun olduğunun, değerlendirme yönteminin isabeti ve haklılığına ilişkin gerekçeli açıklamaların beyanda yer alması gerekir. Dolayısıyla sermaye artırımının aynı veya nakdi olması fark etmeksizin yönetim kurulu tarafından bir beyan hazırlanmalı ve beyanda şirketin sermayesine ilişkin gerçeği yansıtan bilgiler yer almalıdır. Beyanda yer alan bilgiler sebebiyle TTK m. 550 çerçevesinde sorumluluk doğması söz konusu olacaktır.

Sermaye taahhüdünde yaşanan hukuka aykırılıkların yanı sıra taahhüt edilen sermayenin ödenmemesi de bir sorumluluk sebebidir. Anonim şirkete yapılan

¹³¹ TTK m. 550, büyük ölçüde eTTK m. 307 ile benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte ikinci fıkradaki ödeme yetersizliğinin bilinmemesi hükmü yeni bir düzenleme teşkil etmektedir. İkinci fıkra dışında da iki hüküm arasında önemli farklılıklar vardır. eTTK m. 307 uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için hile yapılması gerekmektedir, ancak 6102 sayılı TTK m. 550 uyarınca hile yapılmasına gerek yoktur.

¹³² Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), *Anonim Şirketler*, 306.

¹³³ Her ne kadar TTK m. 459’un kıyasen uygulanacağı ifade edilmişse de sermayenin artırılan kısmının esas sözleşmede taahhüt edilmesi, esas sermaye sistemine özgü bir yöntemdir. Kayıtlı sermaye sisteminde ancak iştirak taahhütnameleleri aracılığıyla sermayenin artırılan kısmı taahhüt edilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Soykan, 487.

nakdi sermaye taahhüdünün en az dörtte birinin anonim şirketin kuruluşundan veya sermaye artırımının ticaret siciline tescilinden önce, geri kalanının ise tescilden itibaren yirmi dört ay içinde şirkete ödenmesi gerekir (TTK m. 344). Esas sermayeye uygun olarak şirket malvarlığının oluşması, şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin menfaatinedir. Şirket alacaklıları alacaklarını elde etmek için anonim şirketin malvarlığına başvuracakları gibi pay sahipleri de payları karşılığında şirket malvarlığından yararlanacaklardır¹³⁴. Dolayısıyla şirket malvarlığının esas sermayeye uygun şekilde oluşmaması ilk olarak şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin, sonrasında ise kamunun menfaatlerini zedeleyecektir. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde TTK m. 550/1 uyarınca sorumluluk doğacaktır. Sorumluluk yalnızca asgari sermaye borcunun ödenmemesi halinde değil, aynı zamanda tescilden sonra ödenmesi gereken sermaye borcunun zamanında ödenmemesi halinde de doğmaktadır. Hem anonim şirketin kuruluş aşamasında hem de kuruluşun sonra yapılan sermaye artırımlarında TTK m. 550/1 uyarınca sorumluluk doğması mümkündür.

Anonim şirketin kuruluşunda ve sermaye artırımında TSY m. 69/1-c ve 73/h uyarınca pay bedellerinin tescilden önce ödenmesi gereken en az miktarının kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını gösteren bir banka mektubunun tescil başvurusu yapılırken sicile teslim edilmesi gerekmektedir. Sicil görevlileri, banka mektubunda ödendiği belirtilen tutarın gerçekten ödenip ödenmediğini her pay tutarının asgari sermaye tutarını ayrı ayrı hesaplayarak incelemekle yükümlüdür. Banka mektubunun gerçeği yansıtmaması durumunda da TTK m. 550/1 uyarınca sorumluluk doğacaktır¹³⁵.

Para dışındaki diğer varlıkların anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça taşınırlar ve her türlü taşınmaz ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilir (TTK m. 127/c). Ancak bu malvarlığı unsurlarının üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir olmaması gerekir, nakden değerlendirilebilir ve devrolunabilir olmalıdır (TTK m. 342). Bu şartları taşıyan fikri mülkiyet hakları ve sanal ortamlar da dahil tüm malvarlığı unsurları anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilebilir. Bir taşınır eşyanın mülkiyetinin aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirketin veya sermaye ar-

¹³⁴ Atan, *İdare Meclisi Azaları*, 101.

¹³⁵ Anonim şirketlerde sermaye artırımının tescili için ticaret sicil müdürlüğüne müracaat edilir ve müracaat esnasında aralarında artırılan sermayeyi oluşturan payların tamamının taahhüt edildiğini gösteren değişik esas sözleşme metni ve sermaye taahhüdünün esas sözleşmede taahhüt edilmesi halinde iştirak taahhütnameleri Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne ibraz edilir (TSY m. 73). Ticaret sicil müdürü, ticaret sicil müdür yardımcısı ve tescile yetkili personel, mevzuatta aranan belgelerin olup olmadığını incelerler (TSY m. 34). Bu yükümlülüğün ihlalinden doğan sorumluluk TTK m. 550 kapsamında değil, TTK m. 25 ve TSY m. 11 kapsamında değerlendirilecektir. Ancak ticaret sicil personelinin bu hükümler uyarınca sorumlu olmaları TTK m. 550 uyarınca kusursuz sorumlulukları doğmasına engel değildir. Bu yönde bkz. Karaman Coşgun/ Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3772.

tırımının tescilinden önce güvenli bir yere tevdi edilmesi gerekir (TTK m. 128/2). Taşınır güvenli bir yere tevdi edilmeden tevdi edilmiş gibi gösterilirse ve şirketin veya sermaye artırımının tescilinden sonra da şirkete teslim edilmezse TTK m. 550/1 uyarınca sorumluluk doğacaktır.

Aynı sermaye olarak anonim şirkete getirilecek değer bir taşınmaz veya işletme olduğunda ise anonim şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişi tarafından değer tespiti yapılması gerekir (TTK m. 343). TTK m. 343, değerlendirme raporunun asgari unsurlarını belirlemiş olup hesap verme ilkesi uyarınca raporda karşılaştırmalı ve gerekçeli bir açıklamanın bulunması zorunludur¹³⁶. Her ne kadar kurucuların ve menfaat sahiplerinin itiraz hakkı söz konusu olsa da esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanından sonra menfaat sahiplerinin değerlendirme raporuna itiraz etmesi mümkün değildir¹³⁷.

Tespit edilen değer tapu siciline kaydedildikten sonra taşınmazın tapu siciline şirket adına tescil edilmesi şerhi konulmakta ve şirketin veya sermaye artırımının tescili ile de taşınmazın şirket adına tescili yapılmaktadır. Şirkete getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek bir değer biçilmesi durumunda da sorumluluk doğacaktır. Anonim şirkete sermaye olarak getirilmek istenen aynı sermayeye olduğundan yüksek değer biçilmesi halinde, bunun fark edilmesiyle birlikte anonim şirketin esas sermayesi bu fazlalık oranında azalacaktır ve bunun sonucunda hem şirket alacaklılarının hem de pay sahiplerinin menfaatleri zarar görecektir. Aynı zamanda kurucular da fazla bedel oranında haksız kazanımda bulunmuş olacaklardır¹³⁸. Ancak bu sorumluluk, TTK m. 550 kapsamında değil, TTK m. 551'de düzenlenen aynı sermayeye değer biçilmesinden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilecektir¹³⁹.

Her ne kadar iki hüküm de anonim şirketlerde sermaye ile ilgili olsa da TTK m. 551, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlendirilmesinden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Bu değerlere yüksek fiyat biçilmesi yolsuzluk olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar hükümde emsaline oranla yüksek fiyat biçilmesi, niteliğinin veya durumunun farklı gösterilmesi sonucunda olduğundan yüksek değer biçilmesi yolsuzluk olarak nitelendirilmiş olsa da ka-

¹³⁶ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik), *Anonim Şirketler*, 353.

¹³⁷ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik), *Anonim Şirketler*, 353. Yusufoglu'na göre bilirkişi raporu bilirkişi açısından bir sorumluluk kaynağı olmakla birlikte kurucuların bu raporu değerlendirmeye tabi tutarak kabul etmesi gerekmektedir. Kurucuların bilirkişi raporunu denetlememeleri sorumluluklarının doğmasına neden olacaktır. Ancak kontrol edilmiş dahi olsa bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olması durumunda kurucuların kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bkz. Yusufoglu, *Gayri Maddi Haklar*, 328-329.

¹³⁸ Atan, *İdare Meclisi Azaları*, 87.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. Karaman Coşgun/ Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3779.

nun koyucu “*başka bir şekilde yolsuzluk*” ifadesini kullanarak hükümde sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığını göstermiştir¹⁴⁰. Sermayenin eksik oluşmasından doğan sorumluluk, asıl olarak pay sahibine aittir. Ancak pay sahibinin bir kusuru olmaksızın kusurlarıyla yanlış değerlendirmeye yol açan kişilerin de sorumluluğu söz konusudur¹⁴¹.

Sermayenin korunması ilkesi ile bağlantılı şekilde getirilmiş olan TTK m. 550, TTK m. 549’un da tamamlayıcısı niteliğindedir¹⁴². Bununla birlikte TTK m. 550’nin yalnızca sermayenin korunmasını amaçladığını düşünmemek gerekir. Sermayeye ilişkin olmasa dahi hükümde örnekleme yoluyla sayılan belgelerin gerçeğe aykırı olmasından doğan zararlar, TTK m. 550 uyarınca sorumluluğun doğmasına neden olur¹⁴³.

TTK m. 550 uyarınca sorumluların kimler olduğu değerlendirildiğinde akla ilk gelenler kurucular ve yönetim kurulu üyeleridir¹⁴⁴. Ancak sorumlular yalnızca bu ikisiyle sınırlı değildir, gerek TTK m. 550/1’in lafzından gerek hükmün gerekçesinden anlaşıldığı üzere düzenleyenlerin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. TTK m. 550’de düzenlenen fiillere iştirak eden herkes sorumlu olacaktır. Bu

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. Fülürya Yusufoglu, Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, 2016, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 322.

¹⁴¹ Yusufoglu, *Gayri Maddi Haklar*, 326.

¹⁴² Gerekçe. TTK m. 550/1 kapsamında düzenlenen sorumluluk hali aynı zamanda TTK m. 549’un kapsamına sokulabilir. Gerçekten de sermayenin tamamının taahhüt edilmemiş veya taahhüt edilmiş olsa bile usulüne uygun şekilde ödenmemiş olması durumunda çoğunlukla belgelerin gerçeğe aykırı olması yoluyla gerçekleşir. TTK m. 550 ve TTK m. 549’un bu yakın ilişkisi nedeniyle aralarındaki sınırın çizilmesi gerekir. Gerekçe de temel düzenleme olarak TTK m. 549 gösterilmiştir. Bununla birlikte TTK m. 549 sadece zarardan doğan sorumluluğu düzenlemekle yetinmiş ve TTK m. 550 gibi sermayenin taahhüt edilmeyen veya ödenmeyen kısmına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. TTK m. 550, TTK m. 549’daki bu boşluğu doldurucu niteliktedir. Her ne kadar iki hükmün uygulama alanları birbirinin içine girse de iki düzenlemedeki sorumlular arasında farklar bulunmaktadır. TTK m. 549’da belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ve katılanların sorumluluğu düzenlenirken TTK m. 550’de sermayenin tamamı taahhüt edilmemiş veya ödenmemişken sermayenin tamamı taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenlerin ve şirket yetkililerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bkz. Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3780 vd.

¹⁴³ Karaman Coşgun/ Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3747-3748.

¹⁴⁴ Bkz. Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı*, 264. TTK m. 388’de, şirketin kendi paylarını taahhüt yasağının ihlal edilmesi halinde kurucular ve yönetim kurulu üyelerinin sorumlu oldukları ifade edilmiştir. Buna göre şirketin kendi paylarının kuruluşta kurucular, sermaye artırımında da yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş sayılması ve taahhüt edilen pay bedellerinin bu kişilerce ödenmesi gerekir. Ancak kusursuz olduğunu ispatlayan kurucuların ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulmaları mümkün olacaktır (TTK m. 388). Anonim şirkete pay taahhüdünde bulunarak esas sözleşmeyi imzalayan ve bu nedenle kurucu olarak isimlendirilen kişiler, işlemi kendi adlarına ancak üçüncü bir kişi hesabına yapmışlarsa hesabına hareket ettikleri kişi de TTK m. 337/2 uyarınca kurucu sayılmaktadır. Yapısal değişiklikler söz konusu olduğunda bir kurucunun olup olmadığı hususunda açıklık yoktur. Pulaşlı, bu durumda kuruluşa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasından yola çıkarak yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile kuruluşa katılan ve etkili olan kişilerin sorumlu olacağını savunmaktadır. Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2550 vd.

durumda yönetim kurulu üyelerinin düzenleyen sıfatıyla sorumlu olmaları için kusur şartı aranmayacaktır.

Her ne kadar sermayenin anonim şirketin kuruluşu aşamasında belirlenmesi ve getirilmesi gerektiği için asli olarak kurucuların sorumluluğu düzenlenmiş gibi gözükse de özellikle sermaye artırımında yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olacaktır. Gerçekten de sermaye artırımına ilişkin belgeler, belirtildiği üzere yönetim kurulu tarafından hazırlanır, hazırlatılır ve imzalanır. Belgeleri düzenleme ve imzalama yetkisi devredilmiş olsa dahi yönetim kurulunun denetim ve gözetim yükümlülüğü söz konusudur¹⁴⁵. Dolayısıyla sermayeyi taahhüt etmiş veya taahhüt edilen sermayenin ödenmesi gereken ancak ödenmemiş kısmını ödenmiş gibi gösterenlerin yanı sıra şirket yetkilileri de TTK m. 550 uyarınca sorumlu olacaktır. Şirket yetkilisi kavramının da kurumları, yönetim kurulu üyelerini ve işlem denetçilerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir (Gerekçe)¹⁴⁶. Şirket yetkilileri kavramı bu kişileri içine alsada bunlarla sınırlı değildir. Özellikle şirketin yönetim organizasyonunu düzenleyen iç yönerge, şirket yetkililerinin kim olduğunun tespitinde önem taşır¹⁴⁷.

TTK m. 550/1’de kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk birlikte öngörülmüştür. Sermaye taahhüdünde veya taahhüt edilen sermayenin ödenmesinde usulsüzlük olması durumunda şirket yetkililerinin kusurlarının bulunması halinde sorumlulukları söz konusu olacağı düzenlenmişken sermaye işlemlerini yürüten kişilerin sorumluluklarının doğması için kusur şartı aranmamıştır¹⁴⁸. *Tekinalp*, şirket yetkilileri dışındakilerin kusursuz sorumlu olduklarını kabul etmektedir. Bununla beraber şirket yetkilileri bakımından kusur sorumluluğu öngörüldüğünü ve yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü nedeniyle böyle bir farkın oluştuğunu düşünmektedir. TTK m. 550 uyarınca sorumluluğun doğmasına neden olan belgelerin yönetim kurulu üyeleri dışındaki başka kişiler tarafından imzalanması durumunda yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü devam ettiği için sorumluluğun niteliğinde farklılaşma olmaktadır¹⁴⁹. Yönetim kurulu üyelerinin kusursuz

¹⁴⁵ Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yükümlülüklerinden birisini üst gözetim yükümlülüğü oluşturmaktadır. TTK m. 375/1-e uyarınca “*Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi*” yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yükümlülükleri arasındadır. Ancak üst gözetim yetkisi, anonim şirketin bütün yöneticileri üzerinde değil, yalnızca yönetim yetkisinin devredildiği üst düzey yöneticiler üzerinde kullanılmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları değerlendirilirken üst gözetim yükümlülüğünün göz önünde bulundurulması şarttır.

¹⁴⁶ Ayhan / Çağlar / Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 429.

¹⁴⁷ Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), *Anonim Şirketler*, 388-389; Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3801; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 367-368.

¹⁴⁸ Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 429; Kendigelen, *Yenilikler*, 456-457; Üçışık/Çelik, *Anonim Şirketler*, 529.

¹⁴⁹ Bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 430.

sorumluluklarının temelinde özen yükümlülüğü yatmaktadır. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluklarının Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk türü olarak karşımıza çıkan özen yükümlülüğü ile aynı temele dayandığını söylemek mümkündür.

3. Halktan Para Toplamak

Türk hukukunda anonim şirketler, aile tipi anonim şirketler ve halka açık anonim şirketler olmak üzere iki grupta düzenlenmektedir. Halka açık anonim şirketler, hisse senetlerini halka arz etmiş olan veya halka arz etmiş sayılan şirketlerdir. SPK m. 16/1 uyarınca pay sahibi sayısı 500'ü aşan anonim şirketler, hisse senetlerini halka arz etmiş sayılır ve halka açık anonim şirket hükümlerine tabi olur.

Halktan para toplama yetkisi sadece lisans almış bankalara ve finans kuruluşlarına tanınmaktadır. Hisse senedi satışı yapabilen anonim şirketler de SPK kapsamında halka açık anonim şirketler olarak karşımıza çıkmaktadır. Lisans almış bankalar ve finansal kuruluşlar dışındaki anonim şirketlerin halktan para toplanması engellenmek istenmiş ve bu amaçla TTK m. 552/1 düzenlenmiştir¹⁵⁰. TTK m. 552/1 uyarınca “*Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vadediyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaktır*”. Bu hükümle halkı aldatmayı engellemeyi amaçlanmış¹⁵¹ ve halktan para toplanması yasağına ilişkin sebepleri örnekleyici olarak sayılmıştır. “*Halk*” ibaresi geniş kitleleri ifade etmek için kullanılmakta olup çok kişiye başvurulmasını, el ilanı ve benzeri araçların dağıtılmasını, ilan verilmesini ve benzeri yöntemleri kapsamaktadır (Gerekçe).

Halktan para toplayan kişinin iyiniyetli olması veya kusurunun bulunmaması TTK m. 552/1 uyarınca sorumluluk doğmasını engellememektedir. Halktan para toplamak için girişimde bulunulması, para toplamaya başlama veya paranın toplanması sorumluluk sebebi oluşturur, henüz halktan para toplanmamış olması TTK m. 552/1 uyarınca sorumlu olanların sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Hükümde bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiştir¹⁵² ve bu kusursuz sorumluluğun temelini kamu yararı oluşturmaktadır.

Yetkisi olmayan anonim şirket tarafından para toplanmaya girişilmesi ve para toplanmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından önlenmesi gerekmektedir. Bu görevi ifa etmek için Kurul, mahkemen tedbir kararı talep ederek hukuksal aykırılık oluşturan fiillerin hemen durdurulmasını talep edebilir, anonim şirket tarafından para toplanmışsa bu paralara mahkeme tarafından el konulmasını ve

¹⁵⁰ Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 430.

¹⁵¹ Gerekçe.

¹⁵² Aynı yönde bkz. Üçışık/Çelik, *Anonim Şirketler*, 531.

somut olayın özelliklerinin gerektirdiği başkaca tedbirlerin alınmasını isteyebilir, para toplayanların Türkiye’deki malvarlıklarına önlem konulmasını talep edebilir ve suç duyurusunda bulunabilir.

C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN DİĞER KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ

1. Spor Anonim Şirketlerinde Yönetim Kurulu Üyelerinin Kusursuz Sorumluluğu

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin TTK’da yer alan düzenlemelerden başkaca kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur. 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu¹⁵³ (SKSFK) ile düzenlenmiş olan spor anonim şirketlerinin yönetim kurulu üyeleri için kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. SKSFK m. 20/13, açık bir şekilde bir kusursuz sorumluluk hali düzenlemektedir. Buna göre zarara sebebiyet verenlerin kanunda düzenlenen ve aşağıda açıklanan bazı durumlarda sorumluluklarının doğması için kasıt veya kusur aranmayacaktır. Kanun koyucu, kasıt veya kusurun aranmayacağını açık bir şekilde ifade ederek bir kusursuz sorumluluk hali düzenlemiştir.

Spor anonim şirketlerde kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü hallerden birisi gelir ve alacakların devredilmesine ilişkin olan SKSFK m. 20/4’tür. Bu hüküm, gelir ve alacakların devredilmesi kararına ilişkin genel kurul toplantı nisapları öngörmüş ve bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu hükmün ihlali nedeniyle bir zarar doğması durumunda zarara neden olanların sorumlu tutulabilmeleri için kusur ve kasıt olması aranmayacaktır.

Spor anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü bir diğer hal SKSFK m. 20/5 olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm spor anonim şirketlerinin borçlanmalarına ilişkin sınırlamalar getirmekte ve spor anonim şirketlerinin borçlanma işlemlerinin nasıl yapılacağına ilişkin usulü belirlemektedir. Borçlanma işlemi ile şirketin zarara uğraması halinde de bir kusursuz sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bir diğer kusursuz sorumluluk hali ise SKSFK m. 20/8’in ihlal edilmesi sonucunda zarar doğması sonucu söz konusu olmaktadır. Hüküm, menfaat çatışmasına ilişkin olup yönetim kurulu üyelerinin ve bunların hısımlarının alacaklarını devretmesine, borç vermesine ve bazı diğer ayni ve şahsi haklar tanınmasına ilişkin sınırlamalar getirmektedir. Bu hükmün ihlali neticesinde de kusursuz sorumluluk doğacaktır.

Son olarak SKSFK m. 20/9 ile spor anonim şirket ad ve hesabına yapılan ödeme ve tahsilatlarda hukuka aykırılık olması neticesinde zarar doğması nedeniyle kusursuz sorumluluk düzenlenmektedir.

¹⁵³ T.C. Resmi Gazete, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu, Tarih: 26.04.2022.

Her ne kadar SKSFK ile kusursuz sorumluluk öngörülmüş olsa da söz konusu sorumluluğun özen yükümlülüğüne dayanması neticesinde kurtuluş kanıtı getirme imkanı da tanınmıştır. SKSFK m. 20/13, “(...) zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmedikçe sorumluluğu devam eder” denilerek, sayılan dört ihlal neticesinde bir zarar doğması halinde kusursuz sorumlu olacak kişilere, gerekli özeni gösterdiklerini ispat ederlerse sorumluluktan kurtulma imkanı getirilmiştir.

2. Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu

Vergi hukuku anlamında yönetim kurulu anonim şirketin yasal temsilcisi ve vergi sorumlusu sayılmaktadır¹⁵⁴. Anonim şirketin kendisi vergi yükümlüiyken yönetim kurulunun şirket adına bazı ödevleri yerine getirme yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak anonim şirket alacaklıları arasında yer alan kamunun da sorumluluk davası açma hakkı mevcuttur¹⁵⁵. Kamu alacakları bakımından yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmemekle birlikte kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin özel hükümler yer almaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 10, yönetim kurulunun kamu borçlarından için öngörülen ödevleri yerine getirmemesi nedeniyle vergi mükelleflerinden veya vergi sorumlularından tamamen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilerden tahsil edileceğini düzenlemiştir.

VUK m. 10/2, yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin kamu borçlarından açıkça sorumlu olacaklarını düzenlememiş, onun yerine kanuni temsilcilerin kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm getirmiştir. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin bu hüküm kapsamında sorumlu olup olamayacaklarının tespiti gerekir. Bunun için ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer özel bir düzenleme ile anonim şirketin kamu borçlarını ödememesinden dolayı yönetim kurulunun sorumlu olmayacağı düzenlenmemişse yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesini engelleyen bir düzenleme getirilmesi mümkündür¹⁵⁶. Yönetim kurulu üyeleri ayrıca görev süreleri içinde meydana gelen kamu borçlarından sorumlu olacaklar, görev sürelerinin öncesinde veya sonrasında meydana gelen kamu

¹⁵⁴ Bkz. Coşkun, *Kamu Borçları*, 1606-1607. Vergi sorumlusu, VUK m. 8/2’de “verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi” olarak tanımlanmıştır.

¹⁵⁵ Şükrü Yıldız, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’nun 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999, 773.

¹⁵⁶ Bkz. Yıldız, *Kamu Borçları*, 782-783; Karayalçın, 6. Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan 390 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliği uyarınca esas sözleşmede temsil yetkisinin murahhas üye veya müdürlere devredilmesi durumunda söz konusu kişilerin de kanuni temsilci sayılarak vergi borçlarından sorumlu olacakları ifade edilmiştir.

borçlarından sorumlu olmayacaklardır¹⁵⁷. Bunun yanı sıra asıl vergi borcunun zamanlaşımına veya affa uğraması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da ortadan kalkacaktır¹⁵⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin kamu borçlarından sorumlu tutulabilmesi için ilk olarak anonim şirketin bu vergi borcu ve ona bağlı alacaklar için takip edilmesi ve bu alacağın kısmen veya tamamen tahsil edilememesi gerekir¹⁵⁹. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin kamu borçlarından sorumluluğu fer'i niteliktedir. Ancak AATUHK m. 75 ve 76'ya göre yapılan takip sonucunda aciz vesikası verilmesinin ardından yönetim kurulu üyelerinin takibi söz konusu olabilir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun (AATUHK) mük. m. 35 de kamu borçları için VUK m. 10'a benzer bir düzenleme getirmektedir. 4108 sayılı Kanun'la 1995 yılında AATUHK'a getirilen bu düzenleme sonucunda yönetim kurulu üyelerinin kamu borçlarından sorumluluğu kusursuz sorumluluk halini almıştır¹⁶⁰. Bu hüküm uyarınca tüzel kişilerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerinin şahsi malvarlığından tahsil edilecektir. Buna göre yönetim kurulu üyeleri, anonim şirketin kamu borçlarından dolayı tüm malvarlıkları ile sorumludur¹⁶¹.

VUK ve AATUHK'teki düzenlemelerin yanı sıra 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) m. 88/20'de de sigorta primlerinin tahsilinden sorumluluğa ilişkin düzenleme yer almaktadır. "*Primlerin Ödenmesi*" başlıklı SSGSSK m. 88/20, "*Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediyeye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur*" demektedir.

Anonim şirketin temsilcisi konumunda olan yönetim kurulunun VUK m. 10/2 kapsamındaki sorumluluğunun kapsamını genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile İl Özel İdareleri ve Belediyelerin resim ve harçları oluşturmaktadır¹⁶².

¹⁵⁷ Yıldız, *Kamu Borçları*, 786; Karayalçın, 7; Çamoğlu, 258. İstifa sonucu yönetim kurulu üyeliği sona eren yönetim kurulu üyesinin, üyeliğin son bulmasından sonraki vergilendirme dönemine ait vergi ve alacaklardan sorumlu olmayacağına ilişkin bkz. Danıştay 7. D. T. 11.10.2000, E. 200/1158, K. 200/2697.

¹⁵⁸ Karayalçın, 6.

¹⁵⁹ Yıldız, *Kamu Borçları*, 780; Narter, *Kamu Borçları*, 76; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, N. 621e.

¹⁶⁰ Bkz. Yıldız, *Kamu Borçları*, 777.

¹⁶¹ Bozkurt, *Vergisel Sorumluluk*, 239 vd.

¹⁶² Yıldız, *Kamu Borçları*, 780; Narter, *Kamu Borçları*, 74.

AATUHK mükerrer m. 35'in temsilciler açısından kusursuz sorumluluk esası benimsediği öğretide benimsenmekle birlikte VUK m. 10/2 hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır¹⁶³. Bir görüş yönetim kurulu üyelerinin kamu borçlarından sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğunu savunmaktadır¹⁶⁴. Bu görüş, kanun metnindeki değişikliğe dayanmaktadır. Gerçekten de VUK m. 10/2'nin önceki halinde temsilcilerin vergi kanunlarından doğan ödevlerini kasıt ve ihmal ile yerine getirmemesi durumunda sorumlu olacakları öngörülmüşken 1988'de yapılan değişiklik ile bu şart kaldırılmıştır. Kanunun metninden sorumluluğun doğabilmesi için kasıt ve ihmal aranmasına ilişkin şartın kaldırılması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu kabul edilmiştir¹⁶⁵. Bununla birlikte öğretide ve uygulamadaki diğer bir görüş bir kusur sorumluluğu hali düzenlenmiş olduğudur¹⁶⁶. Bu görüşe göre kanun koyucu, bir kusursuz sorumluluk hali düzenlemeyi amaçlamak yerine kanuni temsilcilerin vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinde kusurlu olduğunu varsaymaktadır¹⁶⁷. Sorumluluk hukukunda istisnai olarak öngörülen kusursuz sorumluluğun açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar ilgili sorumluluk halinin kusursuz sorumluluk olduğunun açık şekilde ifade edilmesi gerekmemekteyse de kanun metninde yer alan kusur şartının kaldırılmasının tek başına kusursuz sorumluluğa mevcudiyet vermediğinin kabulü gerekir. Bunun yanı sıra kanun koyucunun bu düzenleme ile kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamayı ve bu sayede bireylerin anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçladığı söylenebilir¹⁶⁸. Ancak asıl borçlunun değil de temsilcinin kusuru aranmaksızın kamu alacağından sorumlu tutulması ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶³ Özkan, *Kamu Borçları*, 89 vd.

¹⁶⁴ Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, N. 621d; Yıldız, *Kamu Borçları*, 791; Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 102; Çamoğlu, 260-261; Narter, *Kamu Borçları*, 78. Bu yönde Danıştay kararı için bkz. Danıştay 9. D. T. 01.12.2008, E. 5719, K. 5686.

¹⁶⁵ Aynı yönde bkz. Helvacı, *Hukuki Sorumluluk*, 76-77.

¹⁶⁶ Yıldız, *Kamu Borçları*, 791-792; Karayalçın, 7. Ayrıca bkz. Danıştay 3. Daire, T. 23.09.2011, E. 2009/3078, K. 5097; Danıştay VDDK E. 2004/238, K. 2005/57; Yarg. 9. HD. T. 03.04.2007, E. 13956/5265. Anayasa Mahkemesi (AYM) *Ahmet Uğur Balkaner* kararında istisnai haller dışında eylemi kamu borcunu ödememek olan kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilmesini adalet ve hakkaniyeti zedeleyici bulmuştur.

¹⁶⁷ Nihat Taşdelen, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Vergi Borçlarından Dolayı Sorumluluğu ve Yurtdışına Çıkış Yasağı" *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10-11/12-13-14-15 (Nisan 2009) 10.

¹⁶⁸ Bkz. AATUHK mük. md. 35 gerekçe.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. Gonca Özkan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 91.

III. DEĞERLENDİRME

TTK'da yer alan ve çalışmada incelenen üç düzenlemede yer alan sorumluluk türünün kusursuz sorumluluk olup olmadığı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Yukarıda ele alınan düzenlemelerin aslında bir kusur sorumluluğu oluşturduğunu ileri süren yazarlar, sorumluluk hukukunda kusurun kural, kusursuz sorumluluğun ise istisna olmasına dayanmaktadır¹⁷⁰. Bu görüşe göre ancak kanunda açıkça öngörülen durumlarda kusursuz sorumluluk söz konusu olabilir. Kusur sorumluluğunun kural olduğu düşünüldüğünde hukuki öngörülebilirliğin sağlanabilmesi için kusursuz sorumluluğun açıkça düzenlenmesi gerekmektedir¹⁷¹. Ancak bu kanun metninde muhakkak kusursuz sorumluluk olduğunun belirtilmesini gerektirmez. İlgili kanun hükümleri incelendiğinde, sorumlulardan bir kısmı için kusur şartının açıkça aranması ve diğerleri için aranmaması, hükmün mefhum-u muhalifinden hakkında açıkça kusur şartı aranmayanların kusursuz sorumlu olmaları sonucunu doğurur¹⁷².

Yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun, objektif özen yükümlülüğünden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin özen ve gözetim yükümlülüğünün sorumsuzluğu ortadan kaldıran bir neden olarak ileri sürülemeyeceğini düzenleyen TTK m. 553/3'ün yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunu nasıl etkilediğinin değerlendirilmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğüne ilişkin olan TTK m. 553/3'e göre "*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz. Bu sorumlu olmama durumu, gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz*". Gerek-

¹⁷⁰ Bkz. Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, *Hukuki Sorumluluk*, 3762; Yasaman, *Hukuki Sorumluluk*, 102; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011, 439. Sevi, hükümde açıkça kusur şartının öngörülmemiş olmasının kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğunu düşünmek için yeterli dayanak teşkil etmediğini ve kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin kanun koyucunun amacını aşan bir yorum olacağını dile getirmiştir. Bkz. Sevi, *Sermaye*, 439. Yasaman ise kusur sorumluluğun kural, kusursuz sorumluluğun istisna olduğu görüşünden yola çıkarak yalnızca TTK m. 549'un lafzı nedeniyle kusursuz sorumluluk olduğuna kanaat getirilemeyeceğini dile getirmektedir. Bkz. Yasaman, *Hukuki Sorumluluk*, 102.

¹⁷¹ Yasaman, *Hukuki Sorumluluk*, 102.

¹⁷² Kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilen birçok hükümde açıkça kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü belirtilmemektedir. TBK'da düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri "*Kusursuz Sorumluluk*" başlığı altında düzenlenmekle birlikte başka kanunlarda düzenlenen hükümlerde kusursuz sorumluluk açıkça öngörülmemiştir. Örneğin TMK m. 730'da öngörülen taşınmaz malikinin sorumluluğu, öğretide ve yargı kararlarında kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmekle birlikte metinde buna ilişkin bir ibare yer almamaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda kusursuz sorumluluğun varlığından söz edebilmek için açıkça düzenlenmesi gerekse de kanun metninde kusursuz sorumluluk öngörüldüğüne ilişkin bir ibarenin varlığı aranmamaktadır. Taşınmaz malikinin sorumluluğu ile ilgili bkz. Şaban Kayıhan / Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018), 307 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 390 vd.

çede hükmün, uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takati üzerinde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulduklarının gözlemlendiği ve uygun illiyet bağının veya kusurlarının yokluğu halinde soyut bir gözetim anlayışına dayanılarak yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmalarına engel olmanın amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁷³. Buna göre usulüne uygun yetki devri yapan yönetim kurulu üyelerinin ve diğer üst düzey yöneticilerin sorumluluktan kurtulması mümkündür¹⁷⁴. Hüküm aslında TTK m. 369 ve 375/1-e’de düzenlenen özen ve gözetim yükümlülüğünün sınırını çizmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte hükmün anlamının açığa kavuşturulması gerekir.

Yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü devredilemez yetkileri arasında yer alır (TTK m. 375/1-e). Gereğede, üst gözetimden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin “*üst gözetim ile kastedilen hem kuramsal hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerinin akışının gözetimidir. Yoksa yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır*” denilmektedir. Yönetim kurulunun, TTK m. 367 uyarınca düzenlenecek bir iç yönergeyle yönetimi bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişiye devretmesi halinde yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü doğacaktır¹⁷⁵. Yönetim kurulu ile görevlendirilen ve yetkilendirilen yöneticiler arasında bir güven ilişkisi olması yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır¹⁷⁶.

2001 yılında yirminin üzerinde bankanın kapatılmasıyla ilgili olarak banka yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarına duyulan tepki neticesinde TTK m. 553/3, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun bir parçası olmuş ve yönetim kurulu üyeleri üzerindeki sorumluluğu azaltmayı amaçlamıştır. TTK m. 553/3, üst gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırıcı nitelikte değildir¹⁷⁷, yalnızca sorumluluğu sınırlamayı amaçlamaktadır¹⁷⁸. Bu hüküm, icrai yetkisi olmayıp

¹⁷³ Yönetim kurulunun kontrolü dışında kalan hukuka aykırılıklar ile normal hal ve şartlarda görülmeyen, tahmin edilemeyen ve önlenemeyen hukuka aykırılıklardır (Tekinalp, N. 16-17).

¹⁷⁴ Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 446.

¹⁷⁵ İç yönerge, şirketin organizasyon şemasını içeren, yetki sınırlarını çizen ve yönetimdeki görev ilişkilerini gösteren bir metindir. Yetki devrinin mutlaka iç yönergede yapılması gerekir. Yönetim yetkisinin devri sonucunda yapılan işlemler nedeniyle kimlerin hukuki sorumluluklarının doğduğunu tespit edebilmek için iç yönergenin asgari içeriğinin belirsizlik içermemesi, üçüncü kişilerin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır olması gerekir (Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler*, 606).

¹⁷⁶ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler*, 592. Yönetim kurulu, “*güvenmek iyidir, kontrol etmek daha iyidir (vertrauen ist gut, kontrolle ist besser)*” ilkesi gereğince gözetlemek ve gerekli somut önlemleri almakla yükümlüdür (Pulaşlı, *Özen Yükümlülüğü*, 42).

¹⁷⁷ Aynı yönde bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, 664.

¹⁷⁸ TTK m. 553/3’ün gözetim yükümlülüğü üzerindeki etkisi öğretide tartışmalıdır. Pulaşlı, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer alan gözetim yükümlülüğünün bu hüküm ile işlevsiz

da gözetim yükümlüsü konumuna gelen ve murahhasları gözetlemekle yükümlü olan yönetim kurulu üyelerine ilişkin bir düzenlemedir. Yönetim kurulu üyeleri, kontrolü dışında kalan¹⁷⁹ kanuna veya esas sözleşmeye aykırı işlemler nedeniyle meydana gelen zarardan, kusurlu olmaları ve uygun illiyet bağının bulunması halinde sorumlu olacaktır.

Aslında yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim yükümlülüğü ile ilgili olan bu hükmün, yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü hal-lerde yönetim kurulu üyesine kurtuluş kanıtı getirme imkanı sağlamaktadır. Gerçekten de hükmün lafzından anlaşıldığı üzere yönetim kurulu üyesi ancak kontrolü dahilindeki hukuka aykırılıklardan dolayı sorumlu olacaktır. Bu durumda yönetim kurulu üyesinin, yönetim yetkisini devrettiği kişilerin seçiminde ve bu kişilerin görevlerini ifa ederken onların gözetiminde objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığını kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketin temsil ve yönetim organı olan yönetim kurulu tarafından yapılan işlemler anonim şirketi bağlamakta ve kural olarak yönetim kurulu üyelerinin şahsında borç ve hak doğmamaktadır. Ancak istisnai olarak, anonim şirketi temsilen yapılan iş ve işlemler neticesinde yönetim kurulu üyesinin şahsından kaynaklanan bir zararın olması halinde, bu zarara anonim şirketin değil de bizzat zarar şahsından kaynaklanan yönetim kurulu üyesinin katlanması hakkaniyet gereğidir. Bu nedenle TTK m. 553, yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğuna ilişkin düzenleme getirmiştir.

Kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur şartlarının varlığı halinde yönetim kurulu üyesinin kusur sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kural olarak yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Bununla birlikte TTK’da yer alan sorumluluğa ilişkin üç hükümde yönetim kurulu üyelerinin kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü düşünülmektedir.

İlk olarak TTK m. 549’da düzenlenen “*Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması*”na ilişkin hüküm TTK’da düzenlenen ve yönetim kurulu üyeleri

kılındığını düşünmektedir (Pulaşlı, *Özen Yükümlülüğü*, 41). Benzer bir görüşte olan Akdağ Güney, yönetim kurulu üyelerini korumayı amaçlayan bu hükmün aslında büyük ve karmaşık yapılı anonim şirketlerde hemen her şeyin yönetim kurulunun denetimi dışında kalabilmesi nedeniyle yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü altındaki işleri önemli ölçüde sınırlandıracığını ifade etmiştir (Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 86 vd.). Kırca ise daha farklı bir yaklaşım sergileyerek yönetim kurulunun kontrolü dışında kalan hususlarda zaten gözetim yükümlülüğü olmadığını ve esasa ilişkin bir yenilik getirmediğini savunmaktadır (Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler*, 614).

¹⁷⁹ Burada kontrol dışılık, anonim şirketin olağan işlerinde özensizlik veya hukuka aykırılığın fark edilememesi, tespit edilememesi ve buna karşı bir önlem alınmasının mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 422; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 453.

için de uygulanabilir olan bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu hüküm uyarınca anonim şirketin kuruluşu, anonim şirket sermayesinin artırılması ile yapısal değişiklikler ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin ve beyanların hileli, sahte, gerçeğe aykırı ve kanuna aykırı olması nedeniyle düzenleyenler ve beyanları yapanların kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Hükümde sayılan belgeler sınırlı sayıda olmayıp örnekleyici niteliktedir.

TTK m. 549'da belge ve beyanların gerçeğe aykırı olmasından doğan sorumlulukta katılanlar için kusur şartı aranmakla birlikte düzenleyenler ve beyanda bulunanlar için kusur şartı aranmamaktadır. Bu eylemlerin yönetim kurulu üyesi tarafından gerçekleştirilmesi halinde yönetim kurulu üyesinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hükümde yer alan kusursuz sorumluluk, kamu yararı ile açıklanır.

Belgelerin ve beyanların gerçeğe ve kanuna aykırı olmasını düzenleyen TTK m. 549'un kapsamına giren durumlar, bazı özel sorumluluk hükümlerinin de kapsamına girmektedir. TTK m. 193, yapısal değişikliklerden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. İki hüküm arasında kusur şartına ilişkin farklılık nedeniyle iki hükmün de birlikte uygulanabilir olduğu *kanaatindeyiz*. Yine TTK m. 549 kapsamında yer alan belgelerden izahnamede yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı olması nedeniyle SPK m. 10'da, izahnamenin de aralarında bulunduğu kamuyu aydınlatma belgeleri nedeniyle SPK m. 32'de sorumluluğa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. *Kanaatimizce*, özel hüküm olmaları nedeniyle SPK m. 10 ve 32'ye öncelik verilmesi gerekmele birlikte TTK m. 549'a gidilmesi de mümkündür. Ancak TTK m. 549'a dayanılarak zararın tazmininin talep edilmesi halinde SPK m. 32'ye gidilmesi mümkün olmayacaktır.

Sermaye hakkında yanlış beyanlardan doğan sorumluluğu düzenleyen TTK m. 550/1 ile sermaye şirketi olan anonim şirketin alacaklılarının alacaklarının güvencesi olan sermaye ve bu sayede dolaylı olarak anonim şirket dışındaki menfaat sahipleri korunmak istenmiştir. Anonim şirkete taahhüt edilmiş olması gereken sermayenin tamamının taahhüt edilmemiş olması veya ödenmesi gereken sermaye ödenmemişken sermaye taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler, meydana gelen zarardan kusurları olması aranmaksızın sorumlulardır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda öngörülenler dışındaki anonim şirketlerin halktan para toplamasını yasaklayan TTK m. 552/1, bu hüküm ile halkı aldatmayı engellemeyi amaçlamaktadır. TTK m. 552/1'deki yasağı ihlal ederek halktan para toplayanların kusursuz sorumlu oldukları öğretilmektedir.

Kusursuz sorumluluğu düzenleyen ve yönetim kurulu üyelerinin de bu kapsamda kusurları aranmaksızın sorumlu olması mümkün olan bu üç düzenlemenin aslında bir kusursuz sorumluluk düzenlemediğine ilişkin görüşler mevcuttur. *Kanaatimizce*, Türk Ticaret Kanunu'nun bu hükümleri ile kusursuz sorumluluk

düzenlenmektedir. Her ne kadar kusur sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluk istisna olduğu için kusursuz sorumluluk hallerinin kanunda açıkça öngörölmüş olması gerekse de hükmün mefhum-u muhalifinden kusursuz sorumluluğun çıkarılmasının yeterli olduğu görüşündeyiz.

7405 sayılı SKSFK de spor anonim şirketlerine ilişkin getirdiği düzenlemeler arasında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin de düzenleme getirmiştir. Bu hükümlerden birisi olan SKSFK 20/13 açık bir şekilde kusursuz sorumluluk öngörmektedir. Bununla birlikte “*gerekli özeni kanıtladığını ispat etmedikçe*” denilerek yönetim kurulu üyelerine, gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmeleri halinde sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmıştır.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin değerlendirilen bir diğer husus anonim şirketin kamu borçlarından dolayı yönetim kurulu üyelerinin fer’i sorumluluğu olmuştur. Bu durumda da AATUHK mükerrer m. 35 kusursuz sorumluluk öngörmekle birlikte VUK m. 10/2’ye dair tartışmalar bulunmaktadır. *Kanaatimizce*, VUK m. 10/2’nin metninde değişiklik yapılarak kusur şartının kaldırılması tek başına kusursuz sorumluluk öngöröldüğünün kabulüne neden olmayacaktır. Bu nedenle VUK m. 10/2’nin bir kusur sorumluluğu öngördüğünün kabulü gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2. Baskı, 2010.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Yayıncılık 2. Baskı, 2016.
- Altay, Sıtkı Anlam. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2011.
- Antalya, Osman Gökhan. *Borçlar Genel Cilt V/1,2*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.
- Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler Cilt II-III*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, 1960.
- Atan, Turhan. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükmeler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2016.
- Aydoğan, Gökhan. *Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2022.
- Ayoğlu, Tolga. "İzahnameden Doğan Sorumluluk" *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 16. Baskı, 2022.
- Bär, Rolf. "Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen" *ZBJV* 106 (1970) 457-487.
- Başoğlu, Başak. "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (Temmuz 2015) 29-56.
- Bauen, Marc - Venturi, Silvio. *Swiss of Directors Organisation - Powers - Liability - Corporate Governance*. Zürich: Schulthess Verlag, 2009.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bozkurt, Tamer. "Vergi Yükümlülüğü - Vergi Sorumluluğu Kavramları Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Tek Balına Temsil ve İlzama Yetkili Olanların (Özellikle Murahhas Azaların) Vergisel Sorumluluğu" *BATİDER* 24/4 (2008) 239-260.
- Caspar von der Crone, Hans - Bloch, Benjamin. "Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?" *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*. Ed. Weber, Rolf - Isler, Peter. 83-119. Zurich: Schulthess, 2012.
- Caspar von der Crone, Hans vd. *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung Ein funktionaler und systematischer Überblick*. Helbing Lichtenhahn, 2006.
- Coşkun, Pınar Başak. "Anonim Şirketlerin Kamu Borçlarından Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunun Anayasa Mahkemesi Kararları ve Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi" *Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 3. Baskı, 2010.
- Çamurcu, Emin. *Anonim Ortaklıklarda Farklılaşmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Çatakoğlu, Buket. “Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk” *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi* 11 (Ocak 2016) 118-132.
- Develi, Emine. *Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Diñç, Serhan. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Halleri” *Ankara Barosu Dergisi* 4 (Temmuz 2016) 141-175.
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2. Baskı, 2011.
- Doğan, Beşir Fatih. “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (Aralık 2012) 609-640.
- Doğanay, İsmail. “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin “Hukuki” Sorumlulukları” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 17/57 (1994) 57-72.
- Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt I*. İstanbul: Temel Yayınları, 1988.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Akara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021
- Forstmoser, Peter. *Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: d. Haftung d. mit d. Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle u. Liquidation e. AG betrauten Personen*. Zurich: Schulthess, 1978.
- Forstmoser, Peter vd. *Schweizerisches Aktienrecht*. Stämpfli, 1996.
- Forstmoser, Peter vd. *Personal Liability According to Swiss Corporate Law*. Zürich: Schulthess, 2005.
- Giray, Eda. “Anonim Şirketlerde Kuruluşta Doğan Hukuki Sorumluluk” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012) 431-440.
- Gönül Koşar, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995.
- İhtiyar, Mustafa. *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul, Yasa, 4. Baskı, İstanbul, Yasa, 1989.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku - Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. İstanbul: Beta Yayınları, 6. Baskı, 2003.

- Karaman Coşgun, Özlem - Doğrusöz Koşut, Hanife. "Hukuki Sorumluluk" *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III*. Ed. Şenocak, Kemal. 3749-3938. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Karayalçın, Yaşar. "Vergi Hukuku Bakımından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu" *Yaklaşım Dergisi*, 15 (1994) 5-9.
- Kayihan, Şaban - Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 3. Baskı, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Yayınevi, 25. Baskı, 2021.
- Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Koç, Himmet. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış" *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (Haziran 2020) 62-82.
- Kunz, Peter V. *Rechtsnatur und Einredenordnung der Aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*. Stämpfli, 1993.
- Manavgat, Çağlar. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri" *Türk Ticaret Hukuku Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2005) 523-552.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirmeler ve Öneriler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, 2016.
- Münzinger, Walther. *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes*. Bern: Stämpflische, 1865.
- Narter, Recep. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Vergisel Sorumluluğu" *Yaklaşım Dergisi* 2/17 (Mayıs 1994) 72-82.
- Oğuzman, Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 16. Baskı, 2021.
- Özkan, Gonca. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku Cilt I*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 15. Baskı, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25/1 (Mart 2009) 28-63.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2022.

- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*. Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2022.
- Sanlı, Kerem Cem. *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi - Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007.
- Savaş, Abdurrahman. “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80/8 (Temmuz 2022) 537-582.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.
- Şener, Oruç Hami. *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2022.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Yayıncılık, 1981.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010.
- Taşdelen, Nihat. “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Vergi Borçlarından Dolayı Sorumluluğu ve Yurtdışına Çıkış Yasağı” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10-11/12-13-14-15 (Nisan 2009) 39-85.
- Tekinalp, Ünal. *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*. Ankara: Vedat Yayıncılık, 2. Baskı, 2012.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 5. Baskı, 2020.
- Turan, Gökçen. “Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/1 (Ocak 2016) 191-231.
- Usluel Gürbüz, Aslı. “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 1/29 (Mart 2013) 141-169.
- Uzel, Necdet. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı” *Sorumluluk Hukuku*. (ed) Baysal, Başak. 375-413. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Üçışık, Güzin - Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yasaman, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları” *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Temmuz 2013) 97-112.
- Yıldız, Şükrü. “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’nun 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999, 771-794.
- Yusufoğlu, Fülürya. *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.



İşçinin Ölümü veya Gaipliğinin İş Sözleşmesine Yönelik Sonuçları^(*)

Consequences of the Employee's Death or Absence to the Employment Contract

Dr. Öğr. Üyesi Arkin GÜNAY^(**)

Öz

Ölüm, hukuki açıdan sonuçları olan hem doğal hem de hukuki bir olgudur. Türk Medeni Kanunu kapsamında, fiili ölüm olgusu yanında, bazı kanuni koşullar gerçekleşince de işçi ölmüş sayılır. Örneğin, işçiye ilişkin ölüm karinesi veya gaiplik kararı bulunması halinde de işçi hukuken ölmüş kabul edilir ve doğal olarak iş sözleşmesi sona erer. Ölümün iş sözleşmesine etkisi ölenin işçi veya işveren olmasına göre farklılık gösterir. İşçiye ilişkin ölüm veya gaiplik kararı bulunması halinde işçi, doğal olarak, iş görme borcunu yerine getiremez. Bu durumun sonucu olarak da iş sözleşmesi sona erer.

Anahtar Kelimeler

İşçinin Ölümü, Fiili Ölüm, Ölüm Karinesi, Gaiplik Kararı, İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.

Abstract

Death is both a natural and a legal event that has legal consequences. Within Turkish Civil Code, the worker deemed to have died in addition to the fact of actual death when certain legal conditions are met. For example within presumption of death or declaration of disappearance related to the worker, the worker is legally presumed death and naturally, the labour contract terminates. The effect of death on individual labour law varies depending on whether the deceased is an worker or an employer. In case of the decease of the worker, naturally, the labour contract terminates as the worker cannot fulfill his obligation to work.

Keywords

Decease of Worker, Actual Death, Presumption of Death, Declaration of Disappearance, Termination of Labour Contract.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 22.03.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 08.06.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1269256

^(**) Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Yalova - Türkiye
[E-posta](#): arkgunay@yahoo.com
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-2301-8505>

GİRİŞ

İş sözleşmesi işçi ve işveren olmak üzere iki tarafı içeren ve tam iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Sözleşme kapsamında işçinin ve işverenin sözleşme dolayısıyla bazı hak ve borçları bulunmaktadır. İşçinin iş görme borcu bunlardan biridir ve işçi bu borcu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla iş sözleşmesi işçinin kişiliğine bağlıdır. İşverenin en temel borcu ise işçiye gördüğü hizmetin karşılığı olarak ücret ödemektir. Öte taraftan, iş sözleşmesi işverenin kişiliğine bağlı değildir, bilakis işçinin borcu mal varlığına bağlıdır.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi bağlamında ise çeşitli olasılıklar karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle iş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından derhal veya süreli fesih bildiriyle sona erebilir. İş sözleşmesi eğer belirli bir süreye bağlanmış ise, sürenin sonunda kendiliğinden sona erebilir.

İş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği diğer bir durum ise taraflardan birinin ölümüdür. İşçinin ölümü iş sözleşmesini kesin olarak sona erdirmekte iken, işverenin ölümü iş sözleşmesinin her zaman sona erdirmez. Ancak istisnai biçimde işverenin ölümü de iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Ölüm olgusu, Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)¹ Kanun No. 4721 veya Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)² Kanun No. 6098 tanımlanmamıştır. Kişinin ölümü ile ilgili olarak ise yürürlükteki mevzuatta birtakım yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 30. maddesinde ölüm olayının kural olarak nüfus sicilindeki kayıtlarla, bunlar olmadığı veya doğru olmadığı anlaşıldığı takdirde her türlü delille ispat edilebileceği düzenlenmiştir³. Fiili ölüm olgusu yanında, bazı kanuni koşullar gerçekleşince de kişi ölmüş sayılır. Diğer bir ifadeyle, kişinin ölü olduğunun kesin olarak bilinmemesine rağmen, o kimse için ölüm karanesi bulunması veya gaiplik kararı verilmesi halinde de kişi ölmüş sayılır⁴. İş sözleşmesinde taraflardan birinin ölümüne ilişkin ilgili hükümlerde ölüm ibaresi kullanılır.

¹ *Resmi Gazete* 24607 (08 Aralık 2001)

² *Resmi Gazete* 27836 (04 Şubat 2011)

³ Nüfus Hizmetleri Kanunu'na (NHK) *Resmi Gazete* 26153 (29 Nisan 2006) Kanun No. 5490 göre, ölüm olayının ilgililerce Nüfus Müdürlüğü'ne bildirilmesi ve ölüme ait resmi tutanakların ibraz edilmesi ile veya ölüm bildiri sırasında herhangi bir belge verilmemesi halinde, Genel Müdürlükçe yapılacak tahkikat neticesinde o kimse için nüfus kayıt siciline ölü kaydı düşülür. Bu doğrultuda, kamu görevlileri tarafından tutulan kişisel durum sicili, kişisel durumların, ölüm ve doğum gibi olguların kaydedildiği sicildir (NHK md. 31 vd). Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, resmi siciller aksi ispat edilmedikçe, içeriklerinin doğruluğu hakkındaki karineden faydalandıklarından, kişisel durum sicilindeki bilgiler de bunların aksi ispat edilinceye kadar doğru kabul edilir.

⁴ Ölüm karanesine ilişkin yasal düzenleme uyarınca, ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durum içinde kaybolan kişinin kanun gereği ölmüş sayılmasına karar verilir (TMK md. 31). Gaiplik ise kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması ya da uzun süredir haber alınmaması halinde gündeme gelir ve ilgili hükümdeki sürelerin dolması ile hakları ölüme bağlı olanlarca mahkemeye başvurularak kişi hakkında gaiplik kararı verilir (TMK md. 32)

miş ancak ölüm karinesi ve gaiplik kararına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeden dolayı ölüm karinesi ve gaiplik kararı halinde de ölüme ilişkin sonuçlar doğar (TMK md.31, 32). Bundan dolayı, iş sözleşmesinde ölüme ilişkin getirilmiş olan yasal düzenleme taraflardan biri hakkında ölüm karinesi veya gaiplik kararı verilmesi halinde de uygulanır.

Çalışmamızda öncelikle gerçek kişilerde ölüm, ölüm karinesi ve gaiplik kararı kısaca incelenmiştir. Ardından işçinin ölümünün ve ölüm neticesini doğuran diğer hukuki durumların iş sözleşmesine yönelik sonuçları üzerinde durulmuştur.

I. GERÇEK KİŞİLERDE ÖLÜM VE ÖLÜM İLE AYNI SONUÇLARI DOĞURAN DİĞER DURUMLAR

A. ÖLÜM

1. Hukuki Açıdan Ölüm Olgusu

Yaşamın temel gerçeği ve kaçınılmaz bir durum olarak kabul edilen ölüm olgusu, insanlık tarihinin başlangıcından beri anlaşılmaya ve tanımlanmaya çalışılmış bir olgudur. Bu bağlamda ölüm olgusu, çeşitli bilim dallarının konusuna dâhil olmuştur. Örneğin, teoloji bilimi ile uğraşan kimseler için basitçe ölüm ruh ve beden birbirinden ayrılması olarak görülmüştür. Ölümün tanımı, zaman içerisinde sayısız değişim geçirmiştir⁵.

Ölüm, basit bir tanımla canlı bir varlığın hayatı faaliyetlerinin tam ve kesin olarak sona ermesidir⁶. Öncelikle belirtmek gerekirse, kişinin kesin olarak ölümünün tespitiyle gerçek kişiliği, fiziki ve hukuki varlığı kendiliğinden sona erer⁷. Ölüm ile birlikte söz konusu kişinin yeniden hak kazanması ve borç altına girmesi imkânsız hale gelir ve kural olarak, sahip olduğu devredilemeyen kişisel hak ve değerleri sona erer. Bunun yanı sıra, devredilebilen ve parayla ölçülebilen hakları ise kendiliğinden ölen kimsenin mirasçılara geçer⁸.

⁵ Zira yalnızca tıp bilimi değil; toplumsal algı, teknoloji, inanç durumları da zaman içerisinde toplu bir değişim yaşamıştır. Eski hukuk sistemlerinin bazılarında, örneğin belirli bir suçtan mahkum olma halinde medeni ölüm (bürgerlicher Tod) şeklinde bir ölüm o kimse için söz konusu olabiliyordu, bkz. Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1987), 23; Mustafa Dural - Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 23.

⁶ *Güncel Türkçe Sözlük ve Yazım Kılavuzu*, (Ankara: Türk Dil Kurumu, 2007), 156. Ölüm doğal bir olay olmakla birlikte ortaya çıkardığı hukuki değişiklikler ve sonuçlar nedeniyle ayrıca hukuk bilimini ilgilendiren bir olaydır. Bkz. Çağlar Özel, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51/1 (2002), 44-45.

⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesine göre; "Kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer".

⁸ Piera Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010), 31/39, 40; Andreas Kley - Goran Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK)* (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021),

Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca bir kimsenin ölü olduğunu gösteren belge ile başvurulunca o kimse hakkında ölüm tutanağı tutulur. Eğer herhangi bir belge sunulmaz ise, ölüm beyanının doğruluğunu araştırma görevi nüfus müdürlüğüne verilmiştir ve tahkikat neticesinde en büyük mülkü amirin onayı ile o kimse hakkında ölüm kaydı düşülebilir (NHK md. 33/1). Nüfus sicilinde ölüme ilişkin bir kayıt yoksa yine gerçek durum her türlü delil ile ispat edilebilir (TMK md. 30/2)⁹.

Bir kimsenin ölüm anının belirlenmesi ise tabii bir olay olan ölüm için hukuki açıdan en önemli meseleyi teşkil etmektedir. Gerçekten hukuk sistemimizde ölüm anının belirlenmesi çeşitli hukuk disiplinleri bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, miras hukukunda kimin daha önce öldüğünün tespiti terekenin hukuki geleceği açısından ileride verilecek kararı etkileyecektir. Keza bir kimsenin öldüğünün tespiti ile birlikte, o kimse artık ceset olarak değişik hukuki tasarrufların konusu olabilecektir¹⁰. Medeni Kanun ise ölüm anının tespitine yönelik bilinçli bir biçimde, düzenleme getirmeyerek suskun kalmıştır. Zira bir kimsenin kesin olarak öldüğünün belirlenmesi ise esasen tıp biliminin konusunu teşkil eder¹¹.

2. Tıbbi Açıdan Ölüm Olgusu

Tıbben ölüm “*tüm yaşamsal işlevlerin geri dönüşümsüz kaybı, canlılığın kaybı*” olarak ifade edilebilir. Tıbbi açıdan ölüm olgusu, geri dönüşümsüz olarak

31/7; Peter Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB* (Zürich: Schultless Verlag, 2016), 31/6; Öztan, *Şahsın Hukuku*, 20; Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 22; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 24; Jale Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Basım, 10. Basım, 2013), 247.

⁹ Türk Medeni Kanunu uyarınca bir hakkın kullanılması için bir kimsenin ölü olduğunu ileri süren kimse, iddiasını ispat etmek zorundadır (TMK md. 29). Bu hüküm genel kural niteliğindeki Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğunu düzenleyen Türk Medeni Kanunu 6. maddesinin tekrarıdır. Ayrıca ölüm, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, gerçek durum her türlü delil ile ispat edilebilir (TMK md. 30/2). Örneğin, bulunan cesedin ölüm kaydı düşülen kimseye ait olmadığı herhangi bir kanıtla (doktor raporu vs.) ispat edilebilir ve bu arada tanık ifadesine başvurulabilir. Bkz. Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 33/7; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 38; Ayşe Arat, “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 9/1-2 (2006), 263

¹⁰ Örneğin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) Resmi Gazete 16655 (03 Haziran 1979) Kanun No. 2238 uyarınca ölüden organ naklinin yapılabilmesi için ölüm halinin saptanması gerekmektedir (ODNK md.11).

¹¹ Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 31/31; Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK)*, 31/5; Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*, 31/5; Ümit Gezder, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, *İÜHFMD LXXV/1* (2007), 208; Agah Kürşat Karauz, “Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir”, *İNÜHFD 9/1* (2018), 351.

tüm beyin fonksiyonlarının, spontan solunum fonksiyonunun ve dolaşım fonksiyonunun kaybını içerir¹².

Güncel tıp bilimi çerçevesinde ise, ölümün gerçekleşme anı bakımından iki farklı anlayış ortaya çıkmıştır. “Biyolojik (klinik) ölüm” ve “beyin ölümü” anlayışı olarak adlandırılan bu görüşlerden ilki eski bir görüştür ve günümüzde geçerliliğini bir hayli yitirmiştir. İkinci görüş ise kişinin beyin ölümünü esas alan yaklaşımdır.

İlk görüşe göre biyolojik ölüm (Herztod); dolaşım, solunum ve sinir sisteminin işleyişinin kesilmesi ve bu nedenle bedeni teşkil eden hücrelerin ölmesidir¹³. Bu doğrultuda, kişinin kalp atışı ve nefes almasının durması biyolojik ölümün tespitinde önem arz eder. Zira 20. yüzyıl öncesine kadar, ölüm “herhangi bir nedenden ötürü, kalbin ve akciğerlerin birbirlerini durdurması” şeklinde açıklanmıştı. 20. Yüzyıl başlarında ise, tıp biliminin gelişmesi ile birlikte, solunumun durmasının kesin biçimde bir kimsenin öldüğünün göstergesi olmadığı tıbben ispatlanmıştır¹⁴. Günümüzde kişinin dolaşım ve solunum sistemlerinin makineler aracılığıyla suni olarak faaliyette tutulabilmesi nedeniyle biyolojik ölüm yaklaşımı ölüm anının belirlenmesinde yetersiz hale gelmiştir¹⁵. Keza tıbbi anlamda

¹² Utkan Kocatürk, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü (Ankara: Nobel Tıp Kitabevi, 2000), 215; Newman Dorland, *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (Philedelphia: Saunders, 1988), 178. Yukarıdaki tanımlamalarda geçen “geri dönüşsüz, tam, kesin olarak hayatın sona ermesi, canlılık kaybı” tanımlarının tıbben doğru bir şekilde belirlenmesi, özellikle son zamanlarda hekimlerin ortak sorunu olmuştur. Ayrıca, tıp biliminde sürekli yaşanan gelişmeler nedeniyle, ölüm anının tespitine ilişkin uzun süre uygulanabilecek kurallar getirmek de mümkün olamamaktadır. Bundan dolayı yasa koyucu, bilinçli olarak, ölümün hangi anda gerçekleştiğine dair bir kural getirmekten kaçınmış ve bu konuyu tıp bilimine bırakmıştır. Hayatın tam ve kesin olarak sona ermesi, bir diğer ifadeyle ölümün gerçekleşme anından ne anlaşılması gerektiği tıp biliminin güncel verileri doğrultusunda belirlenir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. Adnan Öztürel, “Ölüm Zamanı Tayininde Kullanılan Bugünkü Metotlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16/1 (1959), 350-359; Adan Öztürel, “Ölüm Teşhisi Hataları”, AÜHF, 13/1 (1956), 343-349; Yeşim Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), 19/1-2 (1999-2000), 115-159; Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 28; Özlem Koçak-Süren, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73 (2007), 174-195; Orçun Çil - Şefik Görkey, “Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi”, Marmara Medical Journal 27 (2014), 69-74; Tuğçe Kara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 4 vd.

¹³ Biyolojik ölümün tespitinde kullanılan yöntemler için bkz. Öztürel, “Ölüm Zamanı Tayininde Kullanılan Bugünkü Metotlar”, 150; Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 31/36; Şahin Akıncı, “Organ Nakli Açısından Ölüm Anının Tespiti”, *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi* 1/7 (Haziran 1996), 4; Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, 123-124; Arat, “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, 259.

¹⁴ Çil - Görkey, “Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi”, 70.

¹⁵ Bu durum ölüm zamanının tayininde zaman içerisinde beyin ölümü kriterlerinin kabulüne yol açmıştır, bkz. Robert Daroff, “The Historical Evolution of Brain Death From Former Definitions of Death: The Harvard Criteria to the Present”, *The Signs of Death, Pontifical Academy of Sciences (Scripta*

Elektroensefalografinin (EEG) bulunması ve nöroloji biliminin hızlı gelişimi gibi tıbbi sebeplerden ötürü, “biyolojik ölüm” tanımından, günümüzde ölüm anının tespitinde egemen olan anlayış olan “beyin ölümü” kavramına bir geçiş olmuş ve bu kavram önem kazanmıştır¹⁶.

Bir kimsenin ölüm anının tespitinde beyin ölümü (Hirntod) anlayışını kabul eden bu görüşe göre, kişinin beyin ölümü neticesinde artık kişinin organizmasının da kaçınılmaz bir biçimde ölüm sürecine girdiği kabul edilmektedir¹⁷. Bir diğer ifadeyle bir kimsenin öldüğünü tıbben kabul edilebilmesi için şahsın tüm beyin faaliyetlerinin (beyin sapı dahil) geri dönüşümsüz biçimde sona ermesi şarttır¹⁸.

Beyin ölümü kriterleri zaman içinde güncellenerek gelişmesini sürdürmektedir. Bu konudaki en güncel gelişme Amerika Nöroloji Akademisi tarafından hazırlanan raporda yer almaktadır. Bu rapor bağlamında, bir kimsenin beyin ölümünün belirlenmesinde en güncel tıbbi gelişmelerden yararlanılmaktadır¹⁹.

Ülkemizdeki ilgili mevzuat bir kimsenin ölüm anının belirlenmesi ile ilgili yasal bir düzenleme içermemektedir. Sadece bir kimsenin ölüm anının tespitininin

Varia 110, 2007), 217; Özel, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, 49; Gezder, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, 209; Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, 123-124; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 6.

¹⁶ Daroff, “The Historical Evolution of Brain Death From Former Definitions of Death: The Harvard Criteria to the Present”, 218-219.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. The Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology, “Practice Parameters for Determining Brain Death in Adults (summary statement)”, *Neurology*, 45/5 (1995), 1012-1014; Daroff, “The Historical Evolution of Brain Death From Former Definitions of Death: The Harvard Criteria to the Present”, 217- 221; Ajay Kumar Goila - Mridula Pawar, “The Diagnosis of Brain Death”, *Indian Journal Critical Care Medical* 13/1 (2009), 7-11; David Greer, “The Determination of Brain Death”, *The New England Journal of Medicine*, 385 (2021), 2554-2561; Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 31/37; Pulat Akın Sabancı vd., “Beyin Ölümü Tanısı”, *Sinir Sistemi Cerrahisi Dergisi* 1/2 (2008), 81-85; Çil - Görkey, “Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi”, 70-74; Koçak-Süren, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, 178-181; Öznur Uludağ, “Beyin Ölümü Tanısının Önemi”, *Adıyaman Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi* 1/1 (2015), 34-38.

¹⁸ Beyin ölümü ile bitkisel hayat kavramları birbirinden farklıdır. Şöyle ki, Bitkisel hayatta kişinin, kendiliğinden hiçbir makine desteği sağlanmadan solunumu ve kan dolaşımı devam etmektedir. Bkz. Koçak-Süren, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, 179. 1959 yılında Mollaret ve Goulon tarafından Beyin ölümü kavramı, içerik olarak ilk kez tanımlanmıştır. Bu yazarlar “yaşamlı ölüm arasında bir sınır” anlamına gelen Fransızca “coma dépassé” terimini kullanmayı tercih etmişlerdir. Yazarlar “coma dépassé” hastalarını; “koma durumunda, hem iç hem dış uyarılara cevap vermeyen, vücut sıcaklıklarını ve kan basınçlarını kontrol edemeyen, kardiyak fonksiyonları da birkaç saat ya da gün içerisinde sonlanan” hastalar olarak açıklamışlardır. Bunun yanı sıra Harvard Tıp Fakültesi ilk kalp naklinden bir yıl sonra 1968 yılında ölümün tıbben tespitinde beyin ölümü kriterlerinin benimsenmesini ilgili komisyon görüşmelerinde kabul etmiştir.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. The Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology, “Evidence-Based Guideline Update: Determining Brain Death in Adults”, *Neurology* 74 (2010), 1911-1918.

nasıl yapılacağını düzenleyen yasal bir hüküm bulunmaktadır. Zira bir kimse-
nin ölümünün tespiti, tıbbi bir tespit olup ülkemizde bu tespit ancak hekimlerce
yapılır²⁰. Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği içerisinde (ONHY) *Resmi Gazete*
32038 (09 Aralık 2022) beyin ölümü kriterleri düzenlenmiştir²¹.

²⁰ 2238 sayılı Kanun'un "Ölüm Anının Tespiti" başlıklı ilgili hükmüne göre ise, ölümün gerçekleştiğine, "biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından, kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak, oy birliği ile karar verilir" (ODNK md.11). İsviçre'de ise bu konuda İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi (SAMW) söz sahibidir. Söz konusu Akademî'nin çıkardığı Yönergeler (RL) hakim için bağlayıcı olmayıp, yardımcı niteliktedir. Akademî'nin 16.05.2017 tarihli tıbbi etik Yönergesi bu açıdan önemlidir. Ölümün Belirlenmesi ve Ölünün Organ Nakline Hazırlanması'na (Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantation und Vorbereitung der Organentnahme) yönelik Yönerge uyarınca, bir kimsenin tüm beyin fonksiyonlarının (beyin sapı dahil) geri dönüşümsüz olarak iflas etmesi halinde o kimse açısından tıbben ölüm gündeme gelecektir. Hiç şüphesiz ölüm anının belirlenmesinde konunun uzmanı hekimlerin kararı belirleyici olacaktır, bkz. Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK)*, 31/5.

²¹ Anılan Yönetmeliği'n Ek-1. maddesine göre; "Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır". Ayrıca, Yönetmelikteki Ek-1. maddesinde beyin ölümü tanısı için aranması gerekli kriterler detayları ile şöyle belirtilmiştir;

"a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
c) Santral vücut ısısı ≥ 32 °C olması,
ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,
d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,
e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

a) Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyarılara motor cevap alınamaması),
b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;

1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),
2) Okülofokal ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
3) Kornea refleks yokluğu,
4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.

c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
b) Yüzeysel reflekslerin alınması,
c) Babinski işaretinin bulunması,
ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,

Bazı yazarlar ilgili Yönetmelikteki mevcut yasal düzenlemenin bir kimsenin fiilen ölümünün tespitinde dikkate alınması gereken tek ve en önemli yasal düzenleme olduğu görüşündedirler²². Kanaatimizce, her ne kadar beyin ölümü kriterleri artık ölüden organ naklinde tıbben geçerli bir tespit yöntemi olarak görüle bile, bir kimsenin ölümünün tespitinde en güncel tıbbi gelişmelerin dikkate alınması ve karar verme sürecinde hekimlerin somut olay bakımından çok dikkatli olmaları gerekmektedir²³. Bunun haricinde, bizce, anılan Yönetmelikteki beyin ölümü kriterleri tıbbi gelişmelere paralel olarak devamlı güncellenmeli ve gözden geçirilmelidir.

d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,

e) Diabetes insipidus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir.

b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir.

c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.”

²² Akıncı, “Organ Nakli Açısından Ölüm Anının Tespiti”, 9; Arat, “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, 262. Öğretide savunulan bizimde katıldığımız baskın görüşe göre ise, ölü bir kimseden organ ve doku nakli için kabul edilen beyin ölümü kriterlerinin kişiliğin sona ermesi açısından uygulanması her zaman mümkün değildir. Bu nedenle ölümünün tespiti açısından somut olayın koşulları dikkate alınarak, tıbben bütün çabalara rağmen kişinin ölüm sürecine kesin geri dönüşümlü olarak girdiği an tespit edilince, artık fiilen o kimsenin ölümünün gerçekleştiği söylenebilir. Bkz. Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 20-22; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 25; Özel, “Medeni Hukuk Açısından Ölümünün Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, 52-53; Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, 123 vd.; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 154. Bu görüş doğrultusunda, Atamer bir kimsenin kesin ölüm sürecinin tespitinde esnek bir yaklaşımı benimsemiş bir yazardır. Ona göre, bir kimsenin tıbbi ölüm sürecinin kesin biçimde dönüşümlü noktaya geldiğinin tespitinde (*point of no return*) olayın koşulları önem arz etmektedir. Örneğin hastane sürecinde kalbi duran bir kimsenin henüz kesin biçimde öldüğünden bahsedilemez. Ancak, hastane dışındaki bir olayda kalbi duran bir kimsenin tıbben kurtarılmasının imkânsız olduğu biliniyorsa, ölüm için geri dönüşümlü an kişinin kalbinin çalışmasının durduğu andır. Böylece, yazar beyin ölümü kriterlerinin, kural olarak, bir kimsenin ölümünün tespiti için temel alınmasını savunmakla beraber, istisnai durumlara da dikkat çekmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, 123 vd.

²³ Örneğin, Ciddi yüz travması, önceden mevcut olan pupiller anormallikler, sedatif, aminoglikozid, trisiklik antidepressanlar, antikolinergik, kemoterapötik, nöromusküler blokerler gibi bazı ilaçların aşırı dozda alınması, kronik CO2 retansiyonuna neden olabilecek obstrüktif apne sendromu veya ciddi pulmoner hastalıklar, bir kimse için beyin ölümü tanısı koyarken dikkat edilmesi gereken ve fiilen ölümünün gerçekleştiğinin tespitinde yanlış sonuca götürebilecek tıbbi olasılıklardır. Bkz. Sabancı vd., “Beyin Ölümü Tanısı”, 83.

B. ÖLÜM KARİNESİ

Bir kimsenin hukuken ölü olarak kabul edilebilmesi için o kişiye ait olduğu belirlenen bir cesedin varlığı şarttır. Ancak bazen olağan hayat tecrübelerine göre bir kimsenin o olaydan sağ kurtulması mümkün olmayan bir olay kapsamında kaybolması söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda ceset bulunamamış olsa dahi o kimse kanuni bir karineyle hukuken ölmüş sayılmaktadır. Gerçekten “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*” (TMK md. 31)²⁴.

Ölüm karinesinde kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması ve cesedinin bulunamaması olgusu, adeta kişinin öldüğü kanısına varmaya benzer. Ancak, gaiplikte ölümün gerçekleştiği yüksek olasılık (höchstwahrscheinlich) içinde değerlendirilirken, ölüm karinesinde ölüm için mutlak bir kesinlik (absolut sicher) aranmaktadır²⁵.

Ölüm karinesine dayanmak isteyenler sadece buna ilişkin olayı ispat etmek durumundadırlar²⁶. Öte yandan bu hususta fazla titizlik gösterip, ölüme ilişkin kesin delil aramak, hakları o kişinin ölümüne bağlı olanlar için bir belirsizliği ve ispat güçlüğü doğurur. Bundan dolayı ölümün, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde gerçekleştiğine yönelik yaklaşık ispat aranması, ölen kimsenin hak sahipleri açısından yasal bir zorunluluk olarak görülmelidir²⁷.

İsviçre Luzern Yerel Mahkemesi'nin 04.10.2005 tarihli kararına konu olayda, 26.11.2004 tarihinde kaldığı otelde o gün meydana gelen depreme bağlı Tsunami

²⁴ Anılan yasal düzenleme göz önünde bulundurulduğunda bir kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanabilmesi için iki şartın aynı anda gerçekleşmiş olması şarttır. Bu şartlardan ilkinde göre, kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak bir olay içinde kaybolması gereklidir yani sadece ölüm tehlikesinin bulunması yeterli değildir. Örneğin, havada infilak eden bir uçağın, yolcularla birlikte parçalanmış olması hâlinde yolcuların kesin olarak öldüğü kabul edilmektedir. Aynı şekilde bir kişinin deprem sırasında yer yarığının içine düşüp kaybolması, batan bir denizaltıda bulunması, maden kazası vs. gibi kazanın olduğu yerlere kesin erişilemeye halinde ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek bir durumda kaybolduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, ilgili hüküm uyarınca söz konusu kişinin cesedinin de bulunamamış olması veya yangın olayında olduğu gibi cesedin teşhis edilememesi somut olay bağlamında aranan bir diğer şarttır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I*, 1-456 ZGB, 34; Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Kommentar (OFK), 34; Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*, 34; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 26-28; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 250-252; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 26-30; Ali Haydar Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2022), 855 vd.

²⁵ Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Kommentar (OFK), 34/2; Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, 852. Yargıtay da ölüm karinesinin uygulanması için ölümün “*muhakkak surette*” olması koşulunu aramaktadır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (YHGK), K. 2007/278 (16 Mayıs 2007).

²⁶ Öztan, *Şahsın Hukuku*, 25.

²⁷ Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, 847.

nedeniyle kaybolan bay C. Hakkında ölüm karinesine hükmedilmiştir. Mahkeme, yıkıcı dalgaların şahsın odasında olduğu bir zamanda kaldıkları oteli yerle bir ettiği ve mevcut arama çalışmalarının sonuçsuz kaldığı gerekçesiyle şahsın Tsunami nedeniyle öldüğünün yasal kesinlikle mevcut olduğuna isabetli biçimde hükmetmiştir²⁸. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1949 yılında verdiği bir kararda ise, 2 Ağustos 1947 yılında Zürih'ten Arjantin'e uçakla yolculuk yapan Harald Pagh adlı bir yolcu için ölüm karinesi gündeme gelmiştir. Karara konu olayda uçak And dağları üzerinde iz bırakmadan kaybolmuştur. Mahkeme tüm yolcuların açık biçimde öldüğünün kesin olmaması nedenine dayanarak o kimse hakkında gaipliğe ilişkin hükümlerinin uygulanmasına hükmetmişti²⁹. Halbuki kazanın oluş biçimi göz önüne alındığında, olayda kaybolanlar için ölüm karinesine hükmedilmesi daha isabetli olurdu³⁰.

Bir kimsenin ölüm karinesi ile ölü kabul edilmesi, hukuken o kişinin ölümü ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Öncelikle o kişinin kişiliği sona ermiş olur (TMK md. 28). Böylelikle, hakkında aile kütüğüne ölüm kaydının düşülmesiyle, karineye konu olan olayın gerçekleştiği andan itibaren (geriye etkili biçimde) o kimse hukuken ölmüş kabul edilir ve ölüme bağlanan bütün hukuki sonuçlar söz konusu kişi hakkında uygulanır³¹.

Ayrıca, bu konuya ilişkin yasal düzenleme şu şekildedir: “*Bir kimse ölüme kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile miracaat edilen yerin mülki idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek ölüm olayı işlenir. Bu madde uyarınca işlem yapılabilmesi için ölüm karinesi bulunan alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmi bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir. Dilekçeye ekli belgeler ve gerektiğinde nüfus müdürlüğüne yaptırılacak soruşturma olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görülürse mülki idare amirinin emri ile ölüm kaydı düşülür.*” (NHK md. 32). Bu şekilde, hakkındaki ölüm karinesinin uygulanması için lüzumlu olan koşulların meydana gelmesi halinde, ayrıca mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın, sadece kişi hakkında ölü kaydının düşülmesi yönünde bir idari işlem yapılması sonucunda, o kimse

²⁸ 04.10.2005, Amtsgericht Luzern, SJZ 102/2006, 235.

²⁹ BGE 75 I 328.

³⁰ Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*, 34/2; Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, 856, dn. 48.

³¹ Nitekim, Kesin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan kişinin kişisel durum sicilindeki künyesine, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle ölüm kaydı düşülmektedir (TMK md. 44/1). Öztan, *Şahsın Hukuku*, 26; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 28; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 27; Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, 864.

kanunen ölmüş olarak kabul edilmektedir³². Ayrıca "her ilgili, kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir." (TMK md. 44/2)³³.

Böyle bir davada o kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir olayın var olup olmadığı, takdir yetkisi kapsamında (TMK md. 4) hâkim tarafından tespit edilir. Zira ölüm karinesi hukuki açıdan adi karine olduğundan, ölüm karinesinin somut olayda mevcut olmadığı kanıtlanabilir. Örneğin, infilak eden bir uçağın yolcusu olduğu iddia edilen bir kimsenin uçağa binmediği ispat edilirse, o kimse hakkındaki ölüm karinesi ortadan kalkar³⁴.

Ölüm karinesi bağlamında aile kütüğüne ölüm kaydı düşülen bir kimsenin eğer sonradan sağ olduğu kanıtlanırsa, bu kimsenin yasal mercilere başvurarak hakkındaki ölüm karinesinin iptalini talep etmesi şarttır³⁵.

Ölüm karinesinin iptaline ilişkin hüküm ise şu şekildedir; "Tescile esas olan bir bildirim doğru olmadığına tespit edilmesi veya kime ait olduğu bilinmeyen cesedin kimliğinin belli olması ya da gaiplik kararının kaldırılması sebepleriyle zorunlu olan değişiklikler, ilgilinin kütükteki kaydının düşünceler sütununa yazılarak yapılır." (TMK md. 46).

C. GAİPLİK

Ölüm karinesinden farklı olarak, bazı durumlarda, bir kimsenin ölü mü yoksa hayatta mı olduğunun somut olay bakımından şüpheli olması söz konusu olabilir. Böyle şüpheli durumlarda, İsviçre-Türk hukuk sistemi kişiliğin hâkim kararıyla yani gaiplik kararı ile sona ermesini tercih etmiştir³⁶. Gerçekten ilgili hüküm

³² Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 251; Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", 860.

³³ Bir kimse hakkında kütüğe ölüm kaydı konulmasına ilişkin talebin en büyük mülki amir tarafından kabul veya reddi halinde ilgililerin mahkemeye başvurma hakkı söz konusudur. Mahkemeye başvuran ilgililer, dava yoluyla, cesedi bulunamamış olan kişinin ölü mü yoksa sağ mı olduğunun veya gerçek ölüm tarihinin tespit edilmesini isteyebilmektedir, Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 27.

³⁴ Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 32/8; Öztan, *Şahsın Hukuku*, 28; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 39; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 250; Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", 263; Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", 843; Kübra Sucu, *Türk Medeni Kanununda Gaiplik* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018), 26.

³⁵ Ölüm kaydının kaldırılması için mahkemeye başvurulmaması hâlinde nasıl hareket edileceğine ilişkin mülga Nüfus Kanunu'nun 40. maddesinde düzenleme yapılmış olmasına rağmen onun yerine çıkarılan Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Bundan dolayı sonradan ortaya çıkan kişinin, ölüm kaydının iptali için mahkemeye başvurması hâlinde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kayıtların düzeltilmesi, maddi hatalar ve iptale ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır, bkz. Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 27.

³⁶ Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*, 35; Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Kommentar (OFK), 35; Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*, 35; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 30. Bir

uyarınca, ölümüne kuvvetle muhtemel bir gözle bakılan bir durumda kaybolmuş olan veya kendisinden uzun süre haber alınamayan bir kimse hakkında, hakları o kimsenin ölümüne bağlı olan kişilerin talebiyle hâkim tarafından gaiplik kararı verilebileceği düzenlenmiştir (TMK md. 32/1).

Gaiplik kararı verilebilmesi için bir kimsenin, ilgili hükümde belirtilen asgari sürelerle ortadan kaybolmuş olması veya ölümünün kuvvetli şekilde muhtemel görülmesi ve ayrıca ilgili kişiler tarafından o kimse hakkında hakimden gaipliğine karar verilmesi yönünde talepte bulunulması koşullarının birlikte gerçekleşmesi şarttır (TMK md. 32, 33).

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda, o kimsenin ölüm ihtimali yaşam ihtimalinden yüksek nitelikte olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, o kimsenin mevcut durumdaki ölüm tehlikesi büyük nitelikte (große Todesgefahr) olmalıdır. Bir kimsenin deniz kazasında, dağ gezisinde veya ıssız bir ormanda kaybolması vs. gibi durumlar, büyük bir ölüm tehlikesine örnek teşkil eder³⁷. Eğer o kimsenin mevcut durumda ölümüne kesin gözüyle bakılabiliyorsa, artık gaiplik kararı değil; ölüm karinesi gündeme gelir³⁸. Ölüm tehlikesinin varlığı, büyüklüğü ve kişinin ölümü hakkında kuvvetli şüphe oluşturup oluşturmadığı somut olayın oluş şekline göre hâkim tarafından belirlenecektir³⁹.

kimseye yönelik gaiplik kararı alınmasına ilişkin çeşitli hukuki sistemler için bkz. Hüseyin Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 45-52; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 251-252; Yıldız Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/2 (2005), 154-159; Sucu, *Türk Medeni Kanununda Gaiplik*, 11-16.

³⁷ Beretta vd., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I*, 1-456 ZGB, 33/4; Kley - Seferovic, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Kommentar (OFK), 35/2; Breitschmid, *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*, 34/2; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 30; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 31; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 159; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 255; Cumhur Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61/4 (2012), 1372. "... Hakkında gaiplik kararı istenen kişinin 1979 doğumlu olup 1995 yılından beri kendisinden haber alınmadığı toplanan delillerden ölümü hakkında kuvvetli olasılığın bulunduğu, mahkemece yapılan ilanların da semeresiz kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda isteğin kabulü gerekirken reddi doğru bulunmamıştır.." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2010/8546 (29 Nisan 2010).

³⁸ Öztan, *Şahsın Hukuku*, 27; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 159. İsviçre Federal Mahkemesinin 12.12.1930 tarihli bir kararında gemide bulunduğu kabinden uzunca bir süre çıkmaması üzerine yapılan incelemede şahsın pencereden atlamış olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine ilgililerin mahkemeye başvurusunda o kimse hakkında kütüğe, ölüm kaydı yerine gaiplik kaydı düşülmüştür. Buna neden olarak ise, kaybolan kimsenin bir başka bir gemi tarafından kurtarılmasının veya bir adaya yüzererek çıkmasının olası olduğu ve bundan dolayı ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek bir durumda olmadığı değerlendirilmiştir. BGE 56 I 546.

³⁹ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 29; Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", 266; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 160; Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", 1372. Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 68.

İkinci durum olan, o kimseden uzun zamandan beri haber alınamama halinde ise, o kimsenin nerede olduğu ve yaşayıp yaşamadığı bilinmemekte, yaşadığına dair en ufak bir iz bulunamamaktadır. O kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için uzun süredir haber alınamama halinin, kişinin ölümünü kuvvetli olasılık olarak göstermesi, somut olayın özelliğine göre kişinin kayıp olma halinin onun yaşadığından çok, öldüğü ihtimalini doğuracak nitelikte olması gerekmektedir⁴⁰.

Ayrıca bir kimsenin yalnızca nerede bulunduğu belirlenememesi, o kimse hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için yeterli bir durum teşkil etmez. O kimse hakkında bir haber alınamaması hali açıklanabiliyor ve öldüğü ihtimaline neden olmuyor ise, o kimse için gaiplik kararı verilemez⁴¹. Örneğin, yabancı bir ülkeye giden ve düzenli iletişim kurma alışkanlığı olmayan bir kimseden haber alınmaması gaiplik kararı için yeterli görülmez. Ancak, gittiği ülkede düzenli iletişim kurulan bir kimseyle iletişim kesilirse bu durum gaiplik kararı için dayanak oluşturabilir⁴².

İlgili hüküm uyarınca, bir kimse hakkında hâkimden gaiplik kararının istenilebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az 1 yıl veya son haber alma tarihinin üzerinden ise en az 5 yıl geçmiş olması zorunludur (TMK md. 33/1). Görüldüğü üzere, gaiplik kararı istenilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde, tehlikenin var olduğu tarihten itibaren en az bir yıl beklenmesi gerekmektedir. Eğer ölüm tehlikesi birden gerçekleşmemiş, belirli bir süreç içerisinde devam etmişse söz konusu bir yıllık süre, tehlikeli durumun bitmesi gerekli olan tarihten itibaren başlar⁴³.

Uzun zamandır haber alınamama halinde ise, gaipliği istenilen kişinin sağ olduğuna dair alınan en son haberden sonra en az beş yıl geçmiş olması zorunludur. Gaipliği istenilen kimseye ilişkin haberin kişinin kendisinden veya başka bir kimseden öğrenilmesi mümkündür⁴⁴. Bunun haricinde gaip olduğu sanılan kimseye ilişkin haberin gönderildiği zaman ile ilgililere vardığı zaman farklı olabilir.

⁴⁰ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 29.

⁴¹ Öztan, *Şahsın Hukuku*, 27; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 160.

⁴² Dolayısıyla o kimsenin içinde bulunduğu şartlar gereği kendisinden haber alınmaması, öldüğü ihtimalini kuvvetli kılıyorsa, ancak o zaman gaiplikten söz edilebilir. Keza o kimse hakkında, kendisi tarafından veya bir başkası tarafından, hayatta olduğuna dair verilen haber, gaiplik kararı alınmasına engeldir. Günümüzde kişinin gaip olmadığını ileri sürmeye yönelik üçüncü kişilerin gösterebileceği deliller bir hayli fazladır. Örneğin, gaip sanılan kişi, kredi kartı, bankamatik, e-mail adresi vs. kullanıyorsa, o kimsenin işlemleri dünyanın her yerinden izlenebilir ve aslında gaip olup olmadığı anlaşılabilir. Bkz. Öztan, *Şahsın Hukuku*, 29-30; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 31; Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", 268; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 159; Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", 1373.

⁴³ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 30; Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", 1373; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 64.

⁴⁴ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 29; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 65.

Böyle bir durumda ise, söz konusu sürenin hesaplanmasında haberin gönderildiği zaman baz alınmalıdır. Eğer haberin gönderildiği tarih belirlenemiyorsa, sürenin başlangıcı olarak haberin ilgililere vardığı zaman baz alınmalıdır⁴⁵.

İsviçre Luzern Yerel Mahkemesi 19.01.2000 tarihinde verdiği karara konu olayda, 04.210.1997 yılından beri kayıp olan Yugoslav kökenli bir kimse için yakınları gaiplik isteminde bulunmuştur. Söz konusu kimsenin kaybolduğu günde, bilinmeyen kimselerle bir toplantısı olduğu bilgisine ulaşılmıştır. Buna rağmen, öldüğüne ilişkin somut deliller bulunamamış ve ölüm tehlikesi mevcut görülmemiştir. Ancak yaşayıp yaşamadığı da bilinmemektedir. Bundan dolayı, o kimse- den uzun zamandan beri haber alınamama haline dayanarak gaipliğine hükme- dilmesi için gerekli sürenin dolmadığı da göz önünde bulundurularak, talep ret edilmiştir⁴⁶.

Bir kimse hakkında hâkimden gaiplik kararı almaya hukuken yetkili kılınan kimseler ise ilgili hükümde “*hakları ölüme bağlı olanlar*” olarak ifade edilmiştir (TMK md. 32/1). Bu kimseler, gaipliği istenen kimsenin ölmüş sayılması halinde, o kimseye ait bazı hakların öznesi olacak veya yasal bir mükellefiyetten kurtulacak kimselerdir⁴⁷.

Gaiplik kararı vermeye görevli mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) *Resmi Gazete* 27836 (04 Şubat 2011) Kanun No. 6100 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir (HMK md. 2)⁴⁸. Bir kimse hakkında mahkemece gaiplik kararı verilebilmesi için ilgili hükümde özel bir ilan koşulu getirilmiştir. Buna göre

⁴⁵ Rüzgaresen, “Gaip Borçlunun İflası”, 1373; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 66.

⁴⁶ 19.01.2000, Amtsgericht Luzern, SJZ 97/2001, 232.

⁴⁷ Bu kapsama özellikle yasal ve atanmış mirasçılar, lehine vasiyet yapılanlar, gaibin eşi, kendi eşyası üzerinde gaip lehine sınırlı aynı hak kurulan kişiler girer. Gaiplik kararı, durumu bilinmeyen kişinin sağ olması ihtimalinde o kimsenin hak ve menfaatlerine önemli ölçüde zarar verebileceğinden, ilgili hükümdeki “*hakları ölüme bağlı olanlar*” ifadesinin kapsam olarak kanaatimizce dar yorumlanması gerekmektedir. Bkz. Kley - Seferovic, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK), 34/4; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 31; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 32; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 256; Abik, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi”, 161; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 12. “... *Davacı kurum, kuruma bağlı “Çorum Huzurevi ve Rehabilitasyon Merkezinde” bakım ve koruma altında bulunan zihinsel özürü 1977 doğumlu Ö.K.’in, 26.10.2004 tarihinde kuruluşu terk ettiğini, o tarihten beri kendisinden haber alınmadığını ileri sürerek, bu kişi hakkında gaiplik kararı verilmesini istemiştir. Buna göre istek, Türk Medeni Kanunu’nun 32. maddesine dayanmaktadır. Hukuki yarar, dava şartıdır. Yargılamanın her aşamasında res’en gözetilir. Gaiplik kararı, ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmasını sağlar (TMK md. 35/1). Bu itibarla bu kararın verilmesini, hakları bu kişinin ölümüne bağlı olanlar isteyebilir (TMK md. 32/1). Davacı kurumun ilgili hakkında gaiplik kararı istemesinde korunmaya değer ne gibi bir hukuki yararının bulunduğu tespit edilmeden hüküm kurulması da doğru bulunmamıştır.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2012/6212 (19 Mart 2012).

⁴⁸ Gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme ise, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (TMK md. 32/2).

mahkemenin, gaipliğine karar verilmesi istenen kişiyle ilgili olarak bilgisi bulunanları, bilgi vermek üzere usulüne uygun ilanla çağırması zorunludur (TMK md. 33/2). Söz konusu ilan, ayrıca, kayıp olduğu iddia edilen kişiye de ilan süresi zarfında yetkili mercilere müracaat etmemesi halinde, kendisine yönelik gaiplik kararına hükmedileceğini bildirmeye yöneliktir⁴⁹. İlan, aleni olarak kamuya yönelik yapılır ve resmi ilan niteliğindedir⁵⁰. İlanın nasıl yapılacağına dair açık bir hüküm yoktur. Hâkim ilanın yöntemini kendi belirler. Örneğin, söz konusu ilanı Resmi Gazete veya diğer gazeteler aracılığı ile yapabilir⁵¹.

İlan yapıldıktan sonra ilk ilânın yapıldığı günden itibaren en az altı aylık bir bekleme süresi ilgili hükümde öngörülmüştür (TMK md. 33/3)⁵². Hâkim ilan süresini takdir yetkisine dayanarak ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek uzatabilir ve ikiden fazla ilan yapabilir⁵³. Gaipliğine hükmedilecek bir kimse, ilân süresi bitmeden gelir veya kendisinden bir bilgi alınır veya öldüğü kesin olarak belirlenirse, hakkındaki gaiplik isteği ortadan kalkar (TMK md. 34). Eğer mahkeme tarafından yapılan resmi ilandan sonuç alınamazsa, o kimsenin gaipliğine hükmedilir⁵⁴. Gaiplik kararı, yenilik doğuran (inşai) bir hüküm niteliğindedir. Zira gaiplik kararı sonucunda o kimse hakkında bazı hukuki sonuçlar meydana gelir⁵⁵.

⁴⁹ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 32; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 85; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 14.

⁵⁰ Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 258.

⁵¹ Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 87.

⁵² Böylece, Yargıtay ve bizim de katıldığımız öğreti görüşüne göre, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilmenden önce o kimseye yönelik en az iki kere resmi ilan yapılması gerekmektedir. "... Mahkemeye, Türk Medeni Kanununun 3. Maddesinde öngörülen ikinci bir ilanın yapılmaması ve son haber alma tarihinden itibaren en az beş yıl geçmeden adı geçenin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasa aykırıdır." Yargıtay, K. 2009/3258. Aynı görüşte, bkz. Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 33; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 258; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 84. Bu konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 32, dn. 87 de belirtilen yazarlar.

⁵³ Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 87.

⁵⁴ Kişi bu andan itibaren gaip kişisel durumunu alır ve hak sahipleri tarafından o kimsenin ölümüne bağlı hakları, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmaya başlanır (TMK md. 35). "... alınmış olan gaiplik kararı evlilik haricinde aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi hakları ölümüne bağlı olanlara bu hakları kullanma imkanı verir." Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/6883 (22 Şubat 2012).

⁵⁵ Gaiplik kararı, mahkemeye on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca ölüm kütüğüne tescil edilir (NHK md. 34- TMK md. 45). Yapılan tescil, sadece açıklayıcı niteliktedir. İnşai nitelikte olan bir gaiplik kararı, mahkemeye o kimse hakkında gaiplik kararının verildiği gün itibarıyla değil, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden veya kişi hakkında en son haber alındığı gün itibarıyla geçmişe etkili (makale şamil) olarak hüküm doğurur. Bu bakımdan, o kimsenin yasal mirasçıları belirlenirken gaiplik kararının verildiği tarih değil, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya kendisinden en son haber alınan tarih esas alınır. Bkz. Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 263; Dural - Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 34; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 33; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 92-93; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 163; Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, 33; Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", 1376-

Hakkında verilmiş olan bir gaiplik kararı, o kimsenin öldüğünü kesin olarak kanıtlamaz, yalnızca öldüğüne dair yasal bir belirti (karine) meydana getirir. Gaiplik kararı için yetkili mercilere talepte bulunan bir kimse, sadece karinenin temelini oluşturan olayları ispatla yükümlüdür (HMK md. 190/2). Gaiplik karinesi aksi ispatlanabilir (adi) bir kanuni karine olduğundan, ispat yükünü tersine çevirir. Böylece, hakkında gaiplik kararı verilen bir kimsenin yaşadığı iddiası, ilgiler tarafından her türlü kanıtla ve her zaman ispatlanabilir⁵⁶.

Gaip sonradan ortaya çıkarsa, o kimse hakkındaki gaiplik kararı hükümsüzleşir⁵⁷. Bu durumda, sonradan ortaya çıkan gaip veya diğer ilgililer gaiplik kararının kaldırılması davası açarak nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesini talep ederler (NHK md. 36/1 a)⁵⁸. Kanunen gaip sayılan bir kimsenin, sonradan gerçekten ölümünün tespit edilmesi halinde de o kimse hakkındaki gaiplik kararı hükümsüzleşir⁵⁹. Bu nedene dayanarak, her ilgili nüfus sicilindeki kaydın düzeltilmesine yönelik dava açabilir ve o kimsenin ölü olduğunun tespitini isteyebilir (NHK md. 36/1 a). Gaipliği istenen kimsenin, gerçek kişiliğinin sona erme tarihi bakımından ise, artık o kimsenin tıbben öldüğü tarih dikkate alınmalıdır. Bir diğer ifadeyle, o kimseye yönelik ölüme bağlı sonuçlar için söz konusu kimsenin ölüm tarihi esas alınacaktır⁶⁰.

1377. "... Gaiplik kararı geçmişe etkili sonuç doğurmaktadır. Davacı İstanbul Defterdarı, TMK. 427/1 ve 3561 sayılı Kanun gereğince Kayyım olarak atanmış olup, gaip olan kişilerin haklarını geçmişe dönük olarak korumak ve kullanmakla da yükümlüdür. O nedenle, gaiplik kararına ilişkin dava dosyası incelenerek gaip Sümbül'ün gaip olduğu tarih saptanmalı ve bu tarihten itibaren gaibin ve Hazine'nin haklarını korumakla yükümlü olduğu gözetilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır." Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/1852 (12 Şubat 2008).

⁵⁶ Bir tarafın kanuni bir karineye dayanması durumunda, ispat yükü karşı tarafa düşer ve bu taraf kanunikarinenin aksini ispatlayabilir (HMK md. 190/2). Bkz. Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 259; Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", 270; Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi", 158; Rüzgaresen, "Gaip Borçlunun İflası", 1376; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 89-90. Ayrıca, gaiplik kararı, kişinin kesin olarak öldüğünü göstermediğinden, hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişilerin, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya bizzat gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence gösterme mecburiyetleri vardır (TMK md. 584).

⁵⁷ Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 271.

⁵⁸ Ayrıca, Gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler (TMK md. 585/1). İyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tâbidir (TMK md. 585/2). Gaip olduğu sanılan kimsenin sonradan geri dönüşünün, gaiplik kararı verilmesini gerektiren olaylardan veya gaiplik kararının verilmesinden itibaren uzunca bir süre sonra gerçekleşmiş olması da önemli değildir. Dolayısıyla, mirasçıların geri verme borcu, aradan uzunca bir süre geçmiş olmasından etkilenmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 263 vd.; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*, 265; Sucu, *Türk Medeni Kanununda Gaiplik*, 81.

⁵⁹ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 36; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 271.

⁶⁰ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 36; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 271.

II. İŞÇİNİN ÖLÜMÜNÜN VE ÖLÜM İLE AYNI SONUÇLARI DOĞURAN DİĞER DURUMLARIN TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT İŞ SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK SONUÇLARI

A. İŞÇİNİN ÖLÜMÜNÜN TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT İŞ SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK SONUÇLARI

19. yüzyıldan itibaren, o zamanın iş ilişkilerinde hakim olan liberal iktisadi görüş çerçevesinde, iş sözleşmesinin işçinin belirli bir işi (hizmeti) yapmayı, işverenin ise bu iş karşılığında belirli bir ücreti ödemeyi yükümlendikleri malvarlıksal nitelikte bir sözleşme olduğu görüşü hakimdi. Bunun neticesinde ise, bu tür borç doğurucu sözleşmelerde, tarafların kişisel özellikleri sınırlı derecede önemli olmaktaydı. 20. yüzyıl ile birlikte ortaya çıkan modern iş hukuku yaklaşımı sayesinde, iş sözleşmesinin malvarlıksal nitelikte olduğu görüşü yerine, iş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel bir ilişki kuran ve dolayısıyla işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olduğu görüşüne geçilmiştir⁶¹. Gerçekten bir iş ilişkisinde özellikle işçinin iş görme borcunu işverenin yönetimi altında geçirmesi ve çoğu zaman ekonomik açıdan bağımlı olmasının yanında, işveren bakımından da işçinin kişiliği ve nitelikleri önem arz etmektedir⁶².

İş sözleşmesinin işçinin kişiliği ve özellikleri göz önünde tutularak kurulmasına ve işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gereken bir sözleşme olması na bağlı olarak, işçinin ölümüne ilişkin şöyle bir hüküm bulunmaktadır: “*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.*” (TBK md. 440)⁶³.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin Intuitus Personae Niteliği”, *Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996), 167-195; Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 177; Kenan Tunçomağ - Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları Dersleri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 10; Ünal Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 167-173; Hamdi Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2021), 86; Öner Eyrenci vd., *Bireysel İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 59; Ercan Güven - Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (Eskişehir: Nisan Yayınevi, 2017), 8;

⁶² İş sözleşmesinin kişisel özelliklerinin en önemli sonucu olarak ise işçi, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, iş sözleşme ile üstlendiği borcunu bizzat ifa etmek zorundadır (TBK. md. 395).

⁶³ Ayrıca, iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ereceği açıkça yasal olarak düzenlenmeseydi bile, işçinin ölümü neticesinde, iş sözleşmesini kendiliğinden sona ereceğinin kabulü hayatın olağan akışı çerçevesinde yine gerekecektir. Bkz. Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 233; Güven - Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 153; Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I*, 334; Banu Ülkü Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020), 13; Sevede Bulun Tokkaş, “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, *SÜHFD*, 29/1 (2021), 185; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 32.

İşçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin kanunen sona ermesi için işçinin yasal mirasçılarının veya işverenin fesih iradesini açıklamasına gerek yoktur. İşçinin ölümü hali bizzat ilgili hükümde düzenlenmiş olan ve sözleşmeyi “kendiliğinden” sona erdiren hukuki bir nedendir⁶⁴. Ayrıca, söz konusu yasal hüküm gereğince iş sözleşmesinin ölüm nedeniyle sona ermesi için işçinin ölüm nedeninin ne olduğunun da bir önemi yoktur. İşçinin ölümünün, mevcut bir iş sözleşmesini hukuken kendiliğinden ve kesin olarak sona erdirdiğinin kabulü açısından iş sözleşmesinin türünün, süresinin ve niteliğinin de bir önemi yoktur. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin azami veya asgari süreli, şarta bağlı veya deneme süreli, mevsimlik veya kısmi süreli olmasının, sözleşmeyi sona erdirmeye bakımından bir farkı bulunmamaktadır⁶⁵. İşçinin çalışma saatleri içinde veya dışında ölmesi de, sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi bakımından, farklı bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak, işçinin özellikle mesai saatleri dışında ölmesi halinde bazı sorunlar gündeme gelebilecektir⁶⁶.

İşverenin bildirimli (süreli) fesih yolu (TBK md. 432/ İş Kanunu (İK) *Resmi Gazete* 25134 (10 Haziran 2003) Kanun No. 4857 md. 17) ile iş sözleşmesini sona erdirmek istemesi durumunda, işçinin bildirim müddeti bitmeden önce veya sonra ölmesi farklı hukuki sonuçlar meydana getirir. Eğer işveren fesih bildiriminde bulunmuş ve işçi bildirim müddeti zarfında ölmüş ise iş sözleşmesi ölümle sona erer. Zira bildirim müddeti zarfında iş sözleşmesi kesintisiz devam eder ve işverenin fesih bildirimini ancak bildirim müddeti bitince hüküm doğurur (TBK md. 432/ İK md. 17). İşçinin bildirim müddeti bittikten sonra ölmesi halinde ise zaten mevcut iş sözleşmesi sona erdiğinden dolayı işçinin ölümünün mevcut iş sözleşmesine herhangi bir hukuki bir etkisi olmaz. İşveren tarafından bildirimsiz derhal fesih yapılması halinde ise fesih bildirimini işçiye vardığı anda⁶⁷ iş sözleş-

⁶⁴ Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 447; Güven - Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 153; Ercan Akyığıt, “Ölüm ve İş İlişkindeki Yeni Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* 22 (Haziran 2011), 34; Polat Soyer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 22 (Haziran 2011), 18; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 283; Esra Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 104 (2013), 57; İpek Kocagil, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/1 (2014), 430-431; Şükran Ertürk - Betül Erkanlı, “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri”, *Terazi Hukuk Dergisi* 9/91 (2014), 47-48; Bulun Tokaş, “İş İlişkinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, 185; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 8; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 32.

⁶⁵ Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 33.

⁶⁶ Örneğin, işveren, işçinin öldüğünden haberi olmayabilir. Haliyle böyle bir durumda işveren iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğinin de farkında olmayacaktır. Bu durumda, işverenin iş sözleşmesini bildirimli veya derhal feshetmesi halinde öncelikle sözleşmenin hangi sebeple sona erdiği tespit edilmelidir. Bkz. Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 8.

⁶⁷ Bizce İş Kanunu madde 17 de yer alan “bildirim diğer tarafa yapılması” sözü çerçevesinde sözleşmenin sona erdiği anın tespitinde önemli olan fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı, yani onun egemenlik alanına girdiği andır (ayrıca bkz. Türk Borçlar Kanunu, md. 11/2 ve md. 432/2). İşçinin

mesi sona erer. Dolayısıyla, böyle bir olasılıkta işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an ile işçinin ölüm anı mukayese edilerek, hangisi daha önce meydana gelmiş ise, iş sözleşmesinin önce gerçekleşmiş olan nedene (işverenin feshi veya işçinin ölümü) dayanarak sona erdiği kabul edilmelidir⁶⁸.

İş sözleşmesi işçinin kişiliğine bağlı olup, işçi kendi kişiliğini sözleşme ile taahhüt altına sokar. Bu bakımdan, sözleşmeden doğan şahsa bağlı iş görme edimi, doğrudan ölen işçinin mirasçılara geçmez. Bir diğer ifadeyle, ölen işçi yerine onların çalışma yükümü altına girmeleri veya ölen işçinin yerine başka birini bulmaları söz konusu değildir⁶⁹. Ayrıca işveren mirasçılardan işçinin ölümü nedeniyle doğan zararın tazminini de isteyemez⁷⁰.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesinin taraflar arasında özellikle işçi bakımından kişisel ilişki kurması ve işçinin şahsi borç yükümlülüğüne (hizmet görme borcu) dayanması nedeniyle işçinin ölümü halinde iş ilişkisinin mirasçılara geçmesi mümkün değildir. Zira borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesi uyarınca, mevcut bir iş sözleşmesine üçüncü kişi konumunda olan mirasçıların, taraf olmadıkları bir sözleşmeyle borç altına girmeleri mümkün değildir. Bu hususa ilişkin bir diğer tartışılmalı konu ise mirasçıların işçinin ölümü halinde çalışmaya onun yerine devam etmelerine yönelik sözleşmesel kayıtlardır. Öğretide bir görüşe göre, ilgili hükümde yer alan “sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça” (TBK md. 395) hükmü, emredici değil yedek hukuk kuralı niteliğine haizdir. Bundan dolayı, taraflar işçinin iş görme borcunu bizzat yani şahsen yerine getirmesi ilkesine aykırı nitelikte bir anlaşma da yapabilirler. Ayrıca, halin gereği de bunu gerektirebilir. Örneğin, taraflar işçinin ölümünden sonra mevcut iş sözleşmesinin ölen işçinin bir yakınıyla veya mirasçısıyla devam edeceği yönünde bir anlaşma yapabilirler ve bu durumda mevcut iş sözleşmesi önceden kararlaştırılan kimse ile (onun onayı dâhilinde) devam eder⁷¹.

fesih bildirimini daha sonra öğrenmiş olması bu açıdan bir önem arz etmez, bkz. Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 459; Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I*, 358; Tunçomağ - Centel, *İş Hukukunun Esasları Dersleri*, 197; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 240; Eyrenci vd., *Bireysel İş Hukuku*, 170-171.

⁶⁸ Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 8.

⁶⁹ Tunçomağ - Centel, *İş Hukukunun Esasları Dersleri*, 191; Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I*, 334; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 234; Eyrenci vd., *Bireysel İş Hukuku*, 168; Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 155; Ertürk - Erkanlı, “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri”, 48; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 33; Kocagil, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, 431; Bulun Toktaş, “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, 185.

⁷⁰ Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I*, 334.

⁷¹ Tunçomağ - Centel, *İş Hukukunun Esasları Dersleri*, 191; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977), 81-82.

Bizimde katıldığımız diğer görüşe göre ise, mevcut bir iş sözleşmesinde taraflarının önceden aralarında yaptıkları bir sözleşme ile iş sözleşmesinin işçinin ölümü halinde, işçinin mirasçısıyla mevcut iş sözleşmesinin devam etmesine yönelik anlaşmaları hukuken geçerli görülemez. Zira iş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı olması (*intuitus personae* niteliği) buna engel olur⁷². Bizce, işçinin ölümü sonrası işverenin onayıyla mirasçının ölen işçi yerine iş görmeyi üstlenmesi durumunda ise, ölen işçinin mirasçı ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olur⁷³.

B. İŞÇİNİN ÖLÜM KARİNESİ İLE ÖLÜ KABUL EDİLMESİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT İŞ SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK SONUÇLARI

Gerekli yasal koşullarının gerçekleşmesi nedeniyle ölüm karinesi çerçevesinde, işçi hakkında ölüm kaydının nüfus kütüğüne işlenmesi durumunda o kimse hakkındaki ölüme bağlı tüm hukuki sonuçlar kendiliğinden meydana gelir. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesi de kendiliğinden sonlanacaktır⁷⁴.

Bu müddet çerçevesinde, işveren tarafından bir fesih bildiriminde bulunulmuş ise, iş sözleşmesinin hangi nedenden dolayı sona erdiğinin tespiti gündeme gelecektir. İşveren tarafından, işçinin kaybolmasından önce iş sözleşmesinin haklı nedene dayanılarak feshedilmesi (TBK md. 435/ İK md. 25) halinde iş sözleşmesi derhal sona erecektir. Eğer iş sözleşmesi işçinin ölümüne sebep olduğu düşünülen olayın gerçekleştiği tarihin öncesinde işveren tarafından kanunen haklı bir nedene dayanılarak sona erdirilmiş ise, işçi hakkında verilecek bir ölüm karinesinin sözleşmeye sonradan bir etkisi olmaz ve öncesinde haklı nedene dayalı feshetme ilişkin sonuçlar doğar⁷⁵.

⁷² Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 796; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 31.

⁷³ Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 796; Narmanlıoğlu, *Ferdî İş İlişkileri I*, 334, dn. 4; Akyiğit, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", 34; Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 156; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı", 58-59; Kocagil, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", 431-432; Bulun Toktaş, "İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi", 186. Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 31.

⁷⁴ Sadece ölüm karinesi halinde işçinin cesedinin bulunamamış olması bakımından, normal bir ölüm olayına göre farklılık arz edecek sorunlar sonradan ortaya çıkabilecektir. Gerçekten işçinin ölümüne kesin gözle bakılan bir durum içinde kaybolması nedeniyle nüfus kütüğüne ölü kaydının düşülmesi durumunda, o kimse kaydının yapıldığı tarihte değil, ölümüne sebep olduğu düşünülen olayın gerçekleştiği tarihte ölmüş olarak kabul edilecektir. Bkz. Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 132; Akyiğit, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", 34; Kocagil, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", 432; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı", 57-58; Bulun Toktaş, "İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi", 186; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 33; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 13.

⁷⁵ Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 13.

Bildirimli (sürelî) fesih durumunda (TBK md.432/ İK md. 17) ise, iş sözleşmesi bildirim süresi sonunda sona ereceğinden dolayı, eğer ölümüne sebep olduğu düşünülen olay bildirim süresinde veya öncesinde olmuş ise, işçinin ölümüne neden olduğu varsayılan olayın olduğu zamanda öldüğü kabul edilecektir⁷⁶. Bunun haricinde işçi ve işveren için birlikte ölüm karinesi de gündeme gelebilir. Bu olasılıkta ise, iş sözleşmesi tarafların ölümüne sebep olduğu düşünülen olayın gerçekleştiği tarihte yine kendiliğinden sona erer ve ilgili hüküm uyarınca; “*Bir- den fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsi aynı anda ölmüş sayılır.*” (TMK md. 29).

C. İŞÇİNİN GAIPLIĞININ TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT İŞ SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK SONUÇLARI

Türk Medeni Kanunu’nun 35. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur.*” (TMK md. 35/2)⁷⁷. İşçi hakkında verilen bir gaiplik kararının iş sözleşmesinin sona ermesine yönelik etkisi bakımından, ölüm karinesinden veya o işçinin gerçek ölümünden bir farkı bulunmamaktadır ve kural olarak gaiplik kararı da o işçi hakkında, diğerlerinde olduğu üzere, aynı hukuki sonuçları doğurur⁷⁸. Bundan dolayı, işçi hakkında yetkili mercilerden gaiplik kararı alınması halinde, iş sözleşmesi işçinin kaybolduğu veya işçiden en son bilgi alınan tarihte makale şamil (geriye etkili) biçimde kendiliğinden sona erer⁷⁹.

İş sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle işveren, bir yıl süreyle kendisinden haber alınamayan, dolayısıyla işe gelmeyen bir işçi ile iş ilişkisini sürdürmek istemeyecektir. Bunun haricinde bir haklı nedene da-

⁷⁶ Dolayısıyla, işçi ölüm tehlikesi içinde kaybolduktan sonra henüz sicile ölüm kaydı işlenilmeden, bu durumdan haberi olmayan işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, bu fesih hukuki bir sonuç meydana getirmez. Bkz. Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 13.

⁷⁷ Hükümden de anlaşılacağı üzere, gaiplik kararı, mahkemece verildiği andan itibaren değil, kararın verilmesini gerektiren nedenlerin gerçekleştiği günden itibaren hukuki sonuçlar doğurmaya başlar. Diğer bir ifadeyle, gaiplik kararı, geçmişe etkilidir. Böylelikle, hakkında gaiplik kararı verilen bir kimse, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya kendisinden son haberin alındığı günden itibaren hukuken “gaiplik” sayılacaktır.

⁷⁸ Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 158; Akyiğit, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, 34; Kocagil, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, 432; Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, 57-58; Bulun Tokkaş, “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, 186; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 14.

⁷⁹ Kocagil, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, 432; Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, 57-58; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 14.

yanarak da işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmesi gündeme gelebilir. Ayrıca, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde işveren süreli fesih yoluna da başvurabilir ve işçinin iş sözleşmesini feshedebilir. Bu gibi olasılıklarda, işçinin gaipliğinin bu duruma etkisinin ayrıca açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Öncelikle, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” (İK md. 25/2 g) haklı nedenle derhal fesih sebebi sayılmıştır. Her ne kadar anılan hüküm içerisinde işçinin devamsızlığı bir fesih nedeni olarak düzenlense bile, bu durum iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. İş sözleşmesinin sonlandırılabilmesi için işverenin işçiye yönelik bir irade beyanında bulunması ayrıca gerekmektedir.

İşverenin, işçinin devamsızlığı nedeniyle veya başka bir sebeple iş sözleşmesini derhal feshi halinde, bozucu yenilik doğurucu bir hak olan derhal feshin sonuçları uygulanır ve iş sözleşmesi derhal sona erer. Ancak iş sözleşmesi feshedilen işçi hakkında, fesih tarihinden sonra gaiplik kararı verilirse, işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin geçerliliği yeniden değerlendirilmelidir. Eğer işveren işçinin kaybolduğu veya işçiden en son bilgi alınan tarihten sonra fesih beyanında bulunmuş ise, öncesinde işçinin hukuken gaip sayılması neticesinde sona eren bir iş sözleşmesi sonradan feshedilemeyeceğinden feshin sonuçları ortadan kalkar. Zira işçi hakkındaki gaiplik kararı geçmişe etkili hüküm doğurur (TMK md. 35) ve gaiplik kararıyla birlikte ölüme ilişkin sonuçlar aynen uygulanır⁸⁰.

Eğer işveren, işçi hakkında gaiplik kararı verilmesi müddetinde, fesih hakkını kullanmaz ise, o zaman iş sözleşmesi askıda devam eder. Ayrıca mevcut iş sözleşmesi yetkili mercilerin işçi hakkında gaiplik kararı almasıyla kendiliğinden makale şamil (geriye etkili) biçimde sona erer⁸¹.

İşverenin bildirim sürelerine uyarak belirsiz süreli bir iş sözleşmesini feshetmiş ise, o zaman kanunen geçerli bildirim süresi sonunda iş sözleşmesi kendili-

⁸⁰ Gaiplik kararı işçi hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya ondan son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağından dolayı iş sözleşmesinin sona erme tarihi olarak bu ikisinden biri, mevcut olaya göre, esas alınacaktır (TMK md. 35/2). Bkz. Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*, 233; Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, 57-58; Bulun Toktaş, “İş İlişkinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, 186; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 32; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 14.

⁸¹ Diğer taraftan, iş sözleşmesi işveren tarafından, işçinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya işçiden en son haber alınan tarihten önceki bir tarihte herhangi bir haklı nedene dayanılarak derhal feshedilmişse, bu durumda işçi hakkındaki gaiplik kararının sonuç doğurduğu tarihten önce iş sözleşmesi fesih ile derhal sona ermiş olacağından işçinin sonradan gaip sayılması, yapılan fesih bildiriminin geçerliliğini etkilemez ve geçerli bir feshin sonuçları aynen uygulanır. Bkz. Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 14.

ğinden⁸² sona erer. Dolayısıyla, bildirim süresi içinde iş sözleşmesi taraflar arasında kesintisiz devam eder. Böyle bir durumda ise, işçinin hukuken gaip sayılması bu bildirim süreleri esas alınarak belirlenecektir⁸³.

D. SONRADAN İŞÇİNİN YAŞADIĞININ ANLAŞILMASININ TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT İŞ SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK SONUÇLARI

Hukuken iki olasılıkta bir işçinin sonradan yaşadığının anlaşılması gündeme gelebilir. Birinci olasılıkta o işçi ölüm karinesi ile hukuken ölü kabul edilmiş ise, sonradan o kimsenin ölmediğinin tespiti gündeme gelebilecektir. Önemle belirtmek gerekirse, ölüm karinesinin kabul edilebilmesi için kanunen kesinlik şartı getirilmiştir ve dolayısıyla kolaylıkla her olayda uygulanmaz. Zira “Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.” (TMK md. 31)⁸⁴.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemece gaiplik kararı ile veya ölüm karinesine bağlı biçimde işçinin hukuken ölü kabul edilmesi, o kimsenin kesin biçimde öldüğü anlamına gelmez. İşçi hakkında verilmiş olan gaiplik kararı veya ölüm karinesi, aksi iddia ve ispat edilebilen birer adi karine niteliğindedirler. Dolayısıyla, hakkında gaiplik kararı bulunan veya ölüm karinesi çerçevesinde nüfus kütüğünde ölüm kaydı düşülen işçinin yaşadığının belirlenmesi durumunda, gaiplik kararı veya ölüm karinesi hukuken hükümsüz hale gelir ve her ilgili nüfus

⁸² Türk Borçlar Kanunu uyarınca; “Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüştür olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüştür işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüştür işçi için altı hafta sonra sona erer” (TBK md. 432/2). İş Kanunu ise bildirim sürelerini biraz farklı düzenlemiştir. Şöyle ki; “İş sözleşmeleri; a) işi altı aydan az sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) işi üç yıldan fazla sürmüştür işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.” (İş Kanunu, md. 17/2)

⁸³ Buna göre, eğer işçinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya işçiden en son haber alınan tarihten önceki bir tarihte, işveren tarafından yapılan bildirimli feshe ilişkin yasal bildirim süresi dolmuş ise (TBK md. 432/2-İK md. 17/2), o zaman taraflar arasındaki iş sözleşmesi zaten sona ermiş olacağından işçinin sonradan gaip sayılması, yapılan fesih bildiriminin geçerliliğini etkilemez ve geçerli bir fesih sonuçları aynen uygulanır. Aksi halde ise, yani bildirimli feshe ilişkin yasal süre dolmadan önce işçi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş veya işçiden en son haber alınan tarih bildirim süresi içinde/öncesinde ise, işçi hakkında mahkemece sonradan verilecek bir gaiplik kararı geçmişe etkili hüküm doğuracağından (TMK md. 35), bildirimli fesih geçerli sayılmayacaktır.

⁸⁴ Bir kimse hakkında kütüğe ölüm kaydı konulmasına ilişkin talebin en büyük mülki amir tarafından kabul veya reddi halinde ilgililerin mahkemeye başvurma hakkı söz konusudur. Mahkemeye başvuran ilgililer, dava yoluyla, cesedi bulunamamış olan kişinin ölü mü yoksa sağ mı olduğunun veya gerçek ölüm tarihinin tespit edilmesini isteyebilmektedir. Zira “her ilgili, kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemeye tespitini dava edebilir.” (TMK md. 44/2). Bunun haricinde, bir işçi hakkında, hakları o kimsenin ölümüne bağlı olan kişilerin talebiyle hâkim tarafından gaiplik kararı verilebilir (TMK md. 32/1) ve sonradan aslında o işçinin yaşadığı anlaşılabilir.

kütüğündeki kaydın düzeltilmesini talep edebilir (NHK md. 36/1a)⁸⁵. “*Tescile esas olan bir bildirim doğru olmadığı tespit edilmesi veya kime ait olduğu bilinmeyen cesedin kimliğinin belli olması ya da gaiplik kararının kaldırılması sebepleriyle zorunlu olan değişiklikler, ilgilinin kütükteki kaydının düşünceler sütununa yazılarak yapılır.*” (TMK md. 46).

İşçinin aslında ölmediği, yani hayatta olduğunun anlaşılması halinde, bunun taraflar arasında sona erdiği düşünülen iş sözleşmesine olan etkisinin hukuken açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Bu durumun sürekli bir borç ilişkisine dayanan iş ilişkisi bakımından önemli hukuki sonuçları olacağı muhakkaktır. Bu bağlamda, bu hususa dair iki farklı öğreti görüşü bulunmaktadır. Öğretideki birinci görüşe göre, iş sözleşmesi, herhalde öncesinde işçi hakkında verilmiş olan gaiplik kararı veya ölüm karinesi ile sona ermiştir. Bundan dolayı, işçinin sonradan ortaya çıkması sonucunda ve işverenin de kabulüyle aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde bile eski iş sözleşmesi artık devam etmeyecektir. Bu durumda, ancak, aralarında tamamen yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilebilir⁸⁶. Kanaatimizce bu görüşün kabulü mevcut iş sözleşmesinin, işçi hayatta olmasına rağmen gerçekleşmemiş bir ölüm olayı ile önceden sona ermesinin kabulüne yol açar ve bu durum hukuken geçerli görülemez.

Bizim de katıldığımız diğer öğreti görüşü ise, bu hususa ilişkin farklı bir hukuki çözümü benimsemiştir⁸⁷. Bu görüşe göre, işçinin sonradan yaşadığının tespiti, iş sözleşmesinin, işçi hakkındaki gaiplik kararı veya ölüm karinesi ile sona erme durumunu da geriye etkili ortadan kaldırır⁸⁸. Zira artık gaiplik kararı veya ölüm karinesi hükümsüz hale gelmiştir. Ancak aradan geçen uzun süreden sonra işçinin bir anda çıkıp gelmesi durumunda, işvereni bu işçiyle çalışmaya mecbur bırakmak da hukuken pek uygun görülmeyecektir. Bu durumda kanaatimizce işveren, yaşadığı anlaşılan ve bu nedenle iş sözleşmesinin sona erme durumu ortadan kalkan işçinin sözleşmesini, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi nedeniyle (İK md. 25/2 (g) -TBK md. 435) derhal feshedebilir⁸⁹. Bu durumda, eğer işçi işe gelememesine yönelik haklı bir neden ileri

⁸⁵ “Gaiplik kararının verilmesinden sonra gaibin hayatta olduğuna dair bilgi sahibi olunması ya da ölmüş olduğunun belirlenmesi halinde, bu kararın bir hükmünün kalmadığı ve ilgililerince iptalinin istenebileceği kuşkusuzdur...” YHGK, K. 2007/278, Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 36; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 15; Kara, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, 16.

⁸⁶ Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 158; Bulun Toktaş, “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, 186-187.

⁸⁷ Akyiğit, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, 34; Kocagil, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, 432; Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 15.

⁸⁸ Akyiğit, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, 34.

⁸⁹ Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 15.

sürebilirse (İK md. 25/2 (g), bu hükme dayanarak işveren tarafından haklı nedene dayanan fesih gündeme gelemeyecektir. İş Kanunu'nun ilgili hükmünde ahlaka ve iyi niyete aykırı davranışların gerçekleştiğinin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin meydana gelmesinden başlayarak bir yıl sonra derhal fesih hakkının taraflarca kullanılamayacağı belirtilmiştir (İK md. 26/1)⁹⁰.

Kanaatimizce, işçinin gaipliği veya ölü kabul edilmesi durumunda iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, işçinin mirasçısının işveren yanında işe başlaması ve bir süre sonra işçinin ölmediğinin anlaşılması halinde, mirasçılarla yapılan yeni iş sözleşmesi bu durumdan etkilenmemelidir. Zira bizce mirasçılarla yapılan sözleşme ölü olduğu sanılan işçinin iş sözleşmesinden bağımsız yeni bir iş sözleşmesidir. Bu bakımdan hem mirasçı ile yapılmış olan hem de öldüğü sanılan işçi ile yapılmış olan iş sözleşmesi ayrı ayrı biçimde devam etmelidir⁹¹.

SONUÇ

İş sözleşmesi işçi ve işveren tarafından tek taraflı (fesih) veya ortak yapacakları irade beyanlarıyla (ikale) sonlandırılabilceği gibi bazı durumlarda kendiliğinden de sona erebilmektedir. Taraflardan birinin ölümü halinde söz konusu bu durum ortaya çıkabilir. Ancak, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin ölümü için her zaman aynı hukuki sonuçlar doğmayabilir. Kural olarak işçinin ölümü halinde iş sözleşmesi kesinlikle ve kendiliğinden son bulur. Aynı şekilde işçi hakkında verilmiş bulunan ölüm karinesi veya gaiplik kararının varlığı halinde de ölüme bağlı sonuçlar ortaya çıkar ve iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ölüm karinesi halinde bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın mülki amirin emri ile kişi hakkında nüfus kütüğüne ölüm kaydı düşülür. Gaiplik kararı ise, yenilik doğuran (inşai) bir hüküm niteliğindedir. İşçinin gaipliği halinde ise yasal sürelerin dolmasıyla hakları ölüme bağlı olanlar mahkemeye başvurarak o kimse için gaiplik kararı aldırırlar. Gaiplik kararı, mahkemece o işçi hakkında gaiplik kararının verildiği gün itibariyle değil, işçinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden

⁹⁰ Altı günlük ve bir yıllık süre, hak düşürücü süre olarak düzenlenmiş olup bu süreler geçtikten sonra iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde haksız feshe ilişkin hükümler uygulanır. Oysaki Borçlar Kanunu uyarınca taraflara haklı nedene dayanan fesih için bir süre getirilmemiş, sadece Taraflardan her birinin, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebileceği hüküm altına alınmıştır (TBK md. 435/2). Anılan hükümler gereğince iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinin ardından işçinin yaşadığının anlaşılması ve işçinin işe başlaması halinde, işveren için altı günlük hak düşürücü süre, işçinin işe başlama tarihi itibariyle hesaplanır. Zira işçinin devamsızlığı işçinin işe başlama tarihi itibariyle kesilir. Bu tarihten sonra işveren iş sözleşmesini en geç altı işgünü içinde feshetmelidir Eğer işveren derhal fesih hakkını kullanmayıp iş sözleşmesinin devam etmesine karar verir ise, iş sözleşmesinin sona erme durumu ortadan kalkar ve bu neden ile işverence işçinin hak sahiplerine karşı yapılan ödemelerin de kendisine iadesi gündeme gelir. Bkz. Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 15.

⁹¹ Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*, 31.

veya işçi hakkında en son haber alındığı gün itibariyle geçmişe etkili (makalede şamil) olarak hüküm doğurur. İşverenin ölümü ise kural olarak iş sözleşmesini ve buna bağlı olan iş ilişkisini sona erdirmez bu halde işverenin mirasçıları sözleşmenin tarafı olurlar ve bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar artık onlar üzerinde doğar. Bu kuralın istisnası olarak, iş sözleşmesi eğer işverenin kişiliğinin önemli olduğu bir durumda kurulmuş ise, işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden son bulur.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “Gaipliğin Nişanlılık Üzerinde Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/2 (2005), 153-181.
- Akıncı, Şahin. “Organ Nakli Açısından Ölüm Anının Tespiti”, *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi* 1/7 (Haziran 1996), 3-13.
- Akipek, Jale vd. *Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Basım, 10. Basım, 2013.
- Akkanat, Halil. *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1. Basım, 2004.
- Akyiğit, Ercan. “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* 22 (Haziran 2011), 32-45.
- Arat, Ayşe. “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 9/1-2 (2006), 257-275.
- Atamer, Yeşim. “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)* 19/1-2 (1999-2000), 115-159.
- Başkan, Esra. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 104 (2013), 55-72.
- Beretta, Piera vd. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Ausgabe, 2010.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Basım, 2012.
- Breitschmid, Peter. *CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB*. Zürich: Schultless Verlag, 3. Auflage, 2016.
- Bulun Tokkaş, Sevde. “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”. *SÜHFD* 29/1 (2021), 179-217.
- Çelik, Nuri vd., *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 32. Basım, 2019.
- Çil, Orçun - Görkey, Şefik. “Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi”. *Marmara Medical Journal* 27 (2014), 69-74.
- Daroff, Robert. “The Historical Evolution of Brain Death From Former Definitions of Death: The Harvard Criteria to the Present”, *The Signs of Death. Pontifical Academy of Sciences* 217-221, Scripta Varia 110, 2007.
- Dorland, Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*. Philadelphia: Saunders, 27. Edition, 1988.
- Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 22. Basım, 2021.
- Ertürk, Şükran - Erkanlı, Betül. “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri”. *Terazi Hukuk Dergisi* 9/91 (2014), 45-58.

- Eyrenci, Öner vd. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 4. Basım, 2016.
- Gezder, Ümit. “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”. *İÜHFMLXV/1* (2007), 207-222.
- Greer, David. “The Determination of Brain Death”, *The New England Journal of Medicine*, 385 (2021), 2554-2561.
- Güncel Türkçe Sözlük ve Yazım Kılavuzu*, Ankara: Türk Dil Kurumu, 2007.
- Güven, Ercan - Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*. Eskişehir: Nisan Yayınevi, 5. Basım, 2017.
- Güzel, Ali. “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin Intuitus Personae Niteliği”, *Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996.
- Kara, Tuğçe, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm*, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kararmaz, Banu Ülkü. *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Karauz, Agah Kürşat. “Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir”. *İNÜHFD 9/1* (2018).
- Kley, Andreas - Seferovic, Goran. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK)*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 3. Aufgabe, 2021.
- Kocagil, İpek. “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20/1* (2014), 429-458.
- Kocatürk, Utkan. *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Nobel Tıp Kitabevi, 9. Basım, 2000.
- Koçak-Süren, Özlem. “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açından İncelenmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73* (2007), 174-195.
- Kumar Goila, Ajay - Pawar, Mridula. “The Diagnosis of Brain Death”. *Indian Journal Critical Care Medical 13/1* (2009), 7-11.
- Mollamahmutoglu, Hamdi vd. *İş Hukuku Ders Kitabı: Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 5. Basım, 2021.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul: Beta Yayınevi, 5. Basım, 2014.
- Oğuzman, Kemal vd. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 14. Basım, 2014.
- Özel, Çağlar. “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51/1* (2002), 43-77.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Basım, 1987.
- Öztürel, Adan. “Ölüm Teşhisi Hataları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1* (1956), 343-349.

- Öztürel, Adnan. “Ölüm Zamanı Tayininde Kullanılan Bugünkü Metotlar”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/1 (1959), 350-359.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet. “Gaip Borçlunun İflası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61/4 (2012), 1369-1405.
- Sabancı, Pulat Akın vd. “Beyin Ölümü Tanısı”. *Sinir Sistemi Cerrahisi Dergisi* 1/2 (2008), 81-85.
- Seliçi, Özer. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1. Basım, 1977.
- Soyer, Polat. “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi* 22 (Haziran 2011), 4-51.
- Sucu, Kübra. *Türk Medeni Kanununda Gaiplik*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- The Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology. “Practice Parameters for Determining Brain Death in Adults (summary statement)”. *Neurology*, 45/5 (1995), 1012-1014.
- The Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology. “Evidence-Based Guideline Update: Determining Brain Death in Adults”. *Neurology* 74 (2010), 1911-1918.
- Tokat, Hüseyin. *Türk Hukukunda Gaiplik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2018.
- Tunçomağ, Kenan - Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 7. Basım, 2015.
- Uludağ, Öznur. “Beyin Ölümü Tanısının Önemi”. *Adıyaman Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi* 1/1 (2015), 34-38.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar. “Ölüm Karinesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2022), 833-882.
- Yürekli, Sabahattin. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, 2016.

Mevzuat

- HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu. *Resmi Gazete* 27836 (04 Şubat 2011).
- İK, İş Kanunu. *Resmi Gazete* 25134 (10 Haziran 2003).
- NHK, Nüfus Hizmetleri Kanunu. *Resmi Gazete* 26153 (29 Nisan 2006).
- ODNK, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun. *Resmi Gazete* 16655 (03 Haziran 1979).
- ONHY, Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği. *Resmi Gazete* 32038 (09 Aralık 2022).
- TBK, Türk Borçlar Kanunu. *Resmi Gazete* 27836 (04 Şubat 2011).
- TMK, Türk Medeni Kanunu. *Resmi Gazete* 24607 (08 Aralık 2001).

Mahkeme Kararları

- YHGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2007/278 (16 Mayıs 2007). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. K. 2010/8546 (29 Nisan 2010). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. K. 2012/6212 (19 Mart 2012). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. K. 2009/3258 (02 Mart 2009). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. K. 2012/6212 (19 Mart 2012). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 2012/6883 (22 Şubat 2012). (www.kazancı.com)
- Yargıtay, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 2008/1852 (12 Şubat 2008). (www.kazancı.com)



Uluslararası Korumada Çok Vatandaşlık Meselesine Genel Bakış^(*)

A General Overview of the Problem of Multiple Nationality in International Protection

Dr. Öğr. Üyesi Belkis VURAL ÇELENK^(**)

Öz

Prensip olarak bir kişi vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkenin sağladığı ulusal korumadan yararlanır. Eğer bu ulusal koruma kişiye sağlanmaz ise bu korumayı ikame edecek uluslararası koruma statüsü gündeme gelmektedir. Özellikle uluslararası korumanın amacına bakıldığında, birden çok vatandaşlığa sahip kişiler için uygulanır bir koruma olmadığı düşünülebilir. Birden çok vatandaşlığın varlığında, somut olayda fiili durumlar dikkate alınmaksızın, uluslararası koruma otomatik olarak reddolunmamalıdır. Sahip olunan vatandaşlığın etkili bir vatandaşlık olup olmadığı, uluslararası koruma başvurusu değerlendirirken, ulusal korumayı ikame edecek uluslararası korumaya ihtiyaç olup olmadığı açısından ayrıntılı şekilde incelenmelidir. Bu çalışmada öncelikle çok vatandaşlık kavramı ele alınacak olup, uluslararası koruma başvurusu yapılması halinde çok vatandaşlık meselesine ilişkin genel bir değerlendirmede bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Çok Vatandaşlık, Uluslararası Koruma, Etkili Vatandaşlık, 1951 Tarihli Sözleşme, BMMYK.

Abstract

In principle, a person enjoys the national protection of the state where s/he is bound by citizenship. If this national protection is not provided, international protection may replace the national protection. Considering the purpose of international protection, it can be thought that it is not applicable for persons having more than one citizenship. However, in case of multiple citizenship, international protection should not be refused regardless of the factual situations in the concrete case. In situations where the citizenship held does not effectively provide a citizenship status, evaluation of international protection applications should include the examination whether that

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 27.03.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 10.08.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1271606

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
[E-posta](#): vuralbelkis@gmail.com
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-0376-0147>

citizenship provides the applicant with national protection and there is a need for international protection that would substitute national protection. In this study, firstly an introduction will be made on the subject of multiple citizenship, and then a general overview will be provided about the problem of multiple citizenship in case of an international protection application.

Keywords

Multiple Nationality, International Protection, Effective Citizenship, The 1951 Convention, UNHCR.

GİRİŞ

Günümüzde milletlerarası ilişkilerin artmasıyla çok vatandaşlık halleri yaygınlaşmıştır. Çok vatandaşlık halinde bireyin kural olarak birden fazla devletle arasında vatandaşlık bağı vardır¹. Bu bağı sonucunda birey vatandaşı olduğu ülkelerin ulusal korumalarından yararlanır. Uluslararası koruma kavramı² bir kimsenin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ya da yaşadığı ülkenin ulusal korumasından belirli sebeplere dayalı olarak yoksun kalması halinde temel insan haklarını korumaya yönelik uluslararası hukukun gerektirdiği eylemlerin uluslararası toplumca alınmasını karşılayan bir mekanizmadır³.

Çok vatandaşlık hallerine uluslararası koruma başvurularında nadiren de olsa rastlanması imkân dahilindedir. Uluslararası koruma arayışında olan bir kimse- nin, zulme uğrama kaygısıyla terk ettiği, hayatının neredeyse tamamını geçirdiği vatandaşlık ülkesinin dışında bir başka devletin vatandaşlığını taşıyor olması mümkündür. Böyle bir durumda söz konusu kişinin vatandaşı olduğu diğer ülkenin ulusal korumasından yararlanması beklenir. Ancak bazı haller olabilir ki diğer devletin vatandaşlığı kişiye ulusal koruma sağlayacak kadar etkili bir vatandaşlık olmayabilir. Uluslararası koruma statüsüne başvuru halinde bu kişi özelinde etkili vatandaşlık tartışmasının yapılmasını gerektirebilir. Uluslararası koruma hukuku açısından etkili ya da etkili olmayan vatandaşlık tartışmaları özellikle sahip olunan diğer vatandaşlığın-kişiye sağlayacağı koruma üzerinde yoğunlaşmaktadır.

¹ Doktrinde çok vatandaşlık hallerini ifade etmek üzere çifte vatandaşlık kavramı da kullanılmaktadır. Erdoğan Göğler, "Çifte Vatandaşlık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, 44/1-4, (1995), 129. Rona Aybay, "Çifte Uyruluk Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, 15 (1993), 104.

² Uluslararası koruma kavramı çalışmada Türk yabancılar hukukunda yer alan uluslararası koruma türlerini karşılayacak şekilde kullanılmış olup, "sığınma" ve "mülteci" ifadelerine ise çalışmada kullanıldığı yere uygun düştüğü bilinci ile yer verilmiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. Sibel Özel, "Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi" *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 37/2 (2018) 256 vd.

³ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından hazırlanan temel kavramlar sözlüğünde (*Master Glossary of Terms*) verilen tanıma göre, "uluslararası toplumun, menşe ülkeleri dışında bulunan ve ulusal korumadan yoksun olan belirli bir kategori içerisindeki kişilerin temel haklarının, uluslararası hukuk esas alınarak korunması amacıyla gerçekleştirdiği faaliyetler" bkz. UNHCR (BMMYK), *Master Glossary of Terms*, "International Protection" (Erişim 21.02.2023).

Çok vatandaşlığın uluslararası koruma statüsünün verilmesi esnasında tartışıldığı durumlara ise zaman zaman uygulamada rastlanılmıştır. Endonezya'nın Doğu Timor'u ilhaki esnasında, Doğu Timor vatandaşlarının Avustralya'ya yaptığı sığınma başvurularında çok vatandaşlık konusu tartışılmıştır⁴. Doğu Timor'da yaşanan olaylardan kaçarak Avustralya'ya sığınma başvurusunda bulunun Doğu Timor vatandaşlarının Portekiz vatandaşı olmaları başvuruları etkilemiştir⁵. Yine, Sovyet Yahudilerinin Sovyet rejiminden kaçarak ABD'de uluslararası koruma arayışları, bu kimselerin İsrail'e dönüş yasası kapsamında İsrail vatandaşı kabul edilmeleri gerekçesiyle doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmış ve yargı kararlarına konu olmuştur⁶.

Dikkat edilmelidir ki, her somut olayda uluslararası koruma ihtiyacında olan bireyin sahip olduğu ikinci vatandaşlığı kendisine sağladığı koruma farklı olabilir. Yakın zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nda ön karar usulüne konu olmuş bir uluslararası koruma başvurusunda etkili koruma değerlendirmesine rastlanılmaktadır⁷. Karara konu olayda, babasıyla birlikte uluslararası koruma başvurusunda bulunan çocuk, aynı zamanda babasından ayrı olarak ulusal korumasından faydalanabileceği üçüncü bir ülke vatandaşlığına sahip olduğu gerekçesiyle, babasının kazandığı uluslararası koruma statüsünden yararlandırılmamıştır. ABAD, karara konu olayı uluslararası korumada etkili vatandaşlık konusu özelinde değerlendirmemiştir. Ancak ABAD kararının içeriğinden, devlet makamları ve mahkemelerinin çocuk olan başvuruçunun etkili korumasından yararlanabileceği bir ülkenin vatandaşı olmasını uluslararası koruma başvurusunun kabul edilmesine engel olacak şekilde dikkate aldıkları anlaşılmaktadır⁸.

⁴ Doğu Timor'dan kaçan başvuruçuların pratik açıdan uluslararası koruma arayışında olduğu ülke, komşu ülke Avustralya olmuştur. Ancak Doğu Timorlu başvuruçuların ülkelerinden binlerce kilometre uzakta olan Portekiz'in vatandaşlığını taşıyor olmalarına dair bir kısım sorular Avustralya mahkemeleri nezdinde gündeme gelmiştir. Özellikle Portekiz'in Doğu Timor vatandaşlarına ulusal koruma sağlayacak kadar etkili bir vatandaşlık olup olmadığı hususunun mahkemelerce değerlendirilmesi gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Değerlendirme için bkz. *Jong Kim Koe v Minister for Immigration; Multicultural Affairs*, 306 FCA, Australia: Federal Court, 2 May 1997, https://www.refworld.org/cases, AUS_FC,3ae6b6eb4.html (Erişim 20.06.2023)

⁵ Konu hakkında kapsamlı değerlendirme için bkz. Piotrowicz Ryszard, "Refugee Status and Multiple Nationality in the Indonesian Archipelago: Is There a Timor Gap", *International Journal of Refugee Law*, 8/3 (1996), 320. Başvurularda Portekiz vatandaşlığının etkisine dair değerlendirme *Lay Kon Tji v Minister for Immigration & Ethnic Affairs* [1998] 1380 FCA, 1380 FCA, Australia: Federal Court, 30 October 1998, https://www.refworld.org/cases, AUS_FC,3ae6b76014.html (Erişim: 20.06.2023).

⁶ Bkz. Jon Bauer, "Multiple Nationality and Refugees", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 47 (2014), 906.

⁷ *LW v. Bundesrepublik Deutschland*, C- 91/20, 9 November 2021, ECLI:EU:C:2021:898.

⁸ *LW v. Bundesrepublik Deutschland* kararının 34. paragrafında esas davadaki Alman mahkemesinin etkili vatandaşlık hususuna ilişkin vurgusu şu şekildedir: "Ön karar talep eden mahkeme, başvuruçunun annesi aracılığıyla vatandaşı olduğu üçüncü bir ülke olan Tunus'ta etkili korumadan yararlanabileceğine işaret etmiştir. Bu bağlamda, söz konusu mahkeme, esas davadaki başvuruçuya, zulme

Uluslararası koruma arayışındaki bir kimsenin halihazırda ulusal korumasından faydalanabileceği bir vatandaşlığı bulunduğu gerekçesiyle uluslararası koruma ihtiyacında olmadığı sonucuna otomatik olarak varılabilir. Ancak vatandaşlığın kişiye etkili ulusal koruma sunmadığı hallere de rastlanılabilir. Bu halde uluslararası koruma değerlendirmesinin bunlar dikkate alınarak yapılması gereklidir.

Çalışmada ilk olarak çok vatandaşlık hallerine ilişkin genel bir değerlendirme yapılacak, ardından çok vatandaşlığa sahip olma halinin uluslararası koruma statüsü talebi üzerindeki etkisi değerlendirilecektir.

I. ÇOK VATANDAŞLIK KAVRAMI

Devletler, vatandaşlık hukukunda özellikle vatandaşlığın kazanılmasında kendi menfaatlerini gözeterek düzenleme yapmakta serbesttir. Ancak bu serbestinin sınırlarını uluslararası hukukta kabul edilen prensipler belirlemektedir⁹. En yaygın vatandaşlık kazanma hali bir devletin vatandaşlığının doğum yoluyla kazanılması olarak kabul edilen asli kazanmadır¹⁰. Doğumla kazanmada soybağı veya doğum yerine bağlı olarak vatandaşlık kazanılır. Bir kişi anne ya da baba arasında mevcut bulunan soybağı neticesinde soybağı esasına (*ius sanguinis*) dayalı olarak vatandaşlık kazanabilir. Bu halde hukuken geçerli bir soybağının varlığı önemli olup, doğumun nerede gerçekleştiği dikkate alınmaz¹¹. Doğum yeri esasını ise doğumun nerede gerçekleştiğine hukuki sonuç bağlar ve bu esas aynı zamanda toprak esasını (*ius soli*) olarak da anılır. Doğum yeri esasında doğum hangi ülkede gerçekleşmişse kişi o ülkede vatandaşlık kazanmaktadır¹². Bugün, devletlerin çoğunun yaklaşımı her iki esasını da bir arada uygulamak yönündedir¹³. Şüphesiz vatandaşlık bağının kurulmasında hangi esasın kabul edileceği her devlet için siyasi bir tercih olup, göç, toprak büyüklüğü, nüfus yoğunluğu gibi sebeplerle devletten devlete değişkenlik göstermektedir. Örneğin Türk vatandaşlık sisteminde karma esas özellikle vatansızlığın önlenmesi amacıyla hizmet edecek şekilde kabul edilmiştir¹⁴. Türk hukukunda kabul edilen mevcut düzenleme ile soybağına öncelik verilmekte ancak

uğramaya ve Alman makamlarının mülteci statüsü verdiği babasının menşe ülkesi olan Suriye'ye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilmeye karşı gerekli korumayı Tunus Cumhuriyeti'nin sağlayamadığını veya sağlamaya isteksiz olduğunu düşündürecek hiçbir şey olmadığını belirtmektedir." Alıntılanan paragraf için bkz. Belkis Vural Çelenk, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Kasım 2021 Tarihli LW ve Almanya Federal Cumhuriyeti Kararı Çevirisi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'ın Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 2 (2022), 1802.

⁹ Doğan Vahit vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2022), 55.

¹⁰ Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 55.

¹¹ Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 29.

¹² Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 29.

¹³ Bauer, "Multiple Nationality", 914.

¹⁴ Rona Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019), 101.

soybağı ile vatandaşlık kazanılamaması üzerine doğum yeri esasının sınırlı şartların varlığı halinde söz konusu olduğu görülmektedir¹⁵. Türk hukukunda doğum yeri esası soybağı esasının aksine Anayasa’da düzenlenmemiştir. Buna karşın, her iki esasa dair kanunda düzenleme yapılmış olması dikkate alınarak, doğum yeri esası soybağı esasına göre istisnai bir esastır demek de isabetli değildir¹⁶.

Kişilerin sınır aşan aile ilişkilerine sahip olması, özellikle bu ilişkilerden doğan çocukların soybağı ilişkileri ya da doğum yeri esasına dayalı olarak vatandaşlık kazanılan bir ülkede dünyaya gelmeleri günümüzde çok vatandaşlık hallerinin de artışına yol açmaktadır¹⁷. Ayrıca kişi, doğumla kazandığı vatandaşlığını kaybetmeden, başka bir ülkenin vatandaşlığını mükteseben kazanabilir. Müktesep vatandaşlık kavramı doğum olayından başka bir sebebe dayanılan vatandaşlığı ifade eder¹⁸. Vatandaşlığın mükteseben kazanılması pek çok devletin hukukunda kabul edilmektedir. Bu halde evlenme, evlat edinilme veya ilgili ülkede belirli bir süre ikamet etme gibi sebeplerle vatandaşlık kazanımı söz konusu olmaktadır¹⁹.

Çok vatandaşlık hallerini ortaya çıkaran olgular ise doğum ya da mükteseben kazanma halleri ile sınırlı değildir²⁰. Tarihte siyasi tercihlerin sonucu olarak da devletlerin milli bağları dikkate alarak toprakları dışındaki bireyleri vatandaş ilan etmiş olduklarına rastlanmaktadır. Örneğin, komünist yönetimden kaçan Alman soyundan kimseler Almanya toprağına ayak basmaları ile Anayasaya dayalı olarak otomatik vatandaş sayılmıştır.²¹ Benzer bir düzenleme Kuzey Kore yönetimi altındaki kişiler için geçerlidir. Güney Kore Anayasası tüm Kore’yi bir ülke olarak tanımlamakta ve Kuzey Kore vatandaşlarının aynı zamanda Güney Kore vatandaşları olduğunu kabul etmektedir²². Kolonyal sebeplerle de çok vatandaşlık meselesi doğmaktadır. Doğu Timor vatandaşlarının, Doğu Timor’un 16. yüzyıldan 1975 yılına kadar²³ Portekiz kolonisi olmasına dayanarak, Portekiz vatandaşlığına sahip olmaları da örnekler arasındadır²⁴.

¹⁵ 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu “Doğum yeri” başlıklı 8/1. maddesi şu şekildedir: “Türkiye’de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşdır.”

¹⁶ Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 70 vd.

¹⁷ Bauer, “Multiple Nationality”, 914.

¹⁸ Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2022), 116.

¹⁹ Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 75 vd.

²⁰ Erdoğan Göğçer doğum yoluyla ve mükteseben vatandaşlık kazanma hallerine düzenli çifte vatandaşlığı ortaya çıkaran olgular olarak işaret etmiştir. Bkz. Göğçer, “Çifte Vatandaşlık”, 149.

²¹ Bauer, “Multiple Nationality”, 962, dn. 264.

²² Bauer, “Multiple Nationality”, 908; Andrew Wolman, “North Korean Asylum Seekers and Dual Nationality”, *International Journal of Refugee Law*, 24/4 (2012), 798.

²³ 1975 yılında Endonezya’nın Doğu Timor’u ilhakı ile adadaki Portekiz yönetimi sona ermiştir. Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 321.

²⁴ Doğu Timorluların Portekiz tarafından Portekiz vatandaşı kabul edilmeleri hakkında bkz. Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 323-324.

Her ne kadar burada bahsedilen örneklerde olduğu gibi ilk bakışta birden çok vatandaşlık durumu görünmekte olsa da özellikle siyasi saiklerle bireylere tanıyan bu tür vatandaşlık statülerinin olağan vatandaşlık statüsünden ayrılarak etkili vatandaşlık statüsü sağlamadığı durumlar oluşabilir. Bu hallerin aşağıda bahsedeceğimiz, ülkeye giriş ve ikamet hakkı vermediği ve bu nedenle etkili ulusal koruma sağlamadığı durumlarda, uluslararası korumanın ikame koruma olarak değerlendirilmesi ihtimali gündeme gelecektir.

A. ULUSLARARASI HUKUKTA ÇOK VATANDAŞLIK

Vatandaşlığın kazanılması ve kaybı, uluslararası hukukta yeknesak kurallar getiren çok taraflı sözleşmelerle düzenlenmemektedir. Bilindiği üzere, uluslararası hukukta bir egemen devlet kime, nasıl vatandaşlık kazandıracağı hususunda kural olarak serbesttir²⁵. Ancak bu serbestinin sınırsız olmadığı uluslararası metinlerde yerini almıştır. Örneğin, 1930 tarihli *Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesi*²⁶ 1. maddesi, her ülkenin kendi hukukuna göre kimin vatandaşı olacağını belirleyeceğini düzenleme altına almıştır. Maddenin devamında ise bu vatandaşlığın uluslararası sözleşmeler, uluslararası teamül hukuku ve hukukun genel ilkeleri ile uyumlu olduğunda tanınır bir vatandaşlık olacağını vurgulamıştır²⁷. Aynı yönde, 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin²⁸ 3. maddesi de vatandaşlığın hem

²⁵ Bilgin Tiryakioğlu, "Multiple Citizenship and Its Consequences in Turkish Law", *Ankara Law Review*, 3/1 (2006), 7. Ayrıca uluslararası hukukta devletlerin vatandaşlığını belirleme yetkisi için bkz. Gülce Gümüşlü Tunçağıl, "Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları", *Public and Private International Law Bulletin*, 41/1 (Haziran 2021), 104.

²⁶ Sözleşmenin İngilizce metni ve erişim adresi için bkz. *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law* <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html> (Erişim 21.02.2023).

²⁷ 1930 Lahey Sözleşmesi 1.maddesinin İngilizce orijinal hali şu şekildedir. "It is for each state to determine its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality."

Madde 1 Kimlerin kendisinin vatandaşları olacağını kendi kanunlarına göre belirlemek her bir devletin hakkıdır. Bu kanun, milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamüle ve vatandaşlıkla ilgili olarak genellikle kabul edilmiş ilkelere uygun olduğu ölçüde diğer devletler tarafından tanınacaktır.

Madde 2 Bir kimsenin belirli bir devletin vatandaşı olup olmadığı sorunu o devletin kanununa göre saptanacaktır.

Madde 3 Bu sözleşmenin hükümleri saklı kalmak üzere, iki veya daha fazla vatandaşlığı olan bir kimse vatandaşlığına sahip olduğu bu devletlerin her biri tarafından kendi vatandaşı olarak telakki edilebilir.

*Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 Tarihli Lahey Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk* (Ankara: Savaş, 2021) 447.*

²⁸ European Convention on Nationality, Strazburg, 6.XI.1997, European Convention Series No. 166, Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://rm.coe.int/168007f2c8> (Erişim 25.06.2023). Ayrıca Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. Alper Can Aykaç, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Strazburg, 6.XI.1997", *TBB Dergisi*, 77 (Temmuz-Ağustos 2008), 359-383. Türkiye Sözleşmeye taraf değildir.

devletlerin egemenlik alanında bir husus olduğunu vurgulamış²⁹ hem de vatandaşlık statüsünün devletlerce uygulanmasının milletlerarası sözleşmelere, uluslararası teamül kurallarına ve hukukun temel ilkelerine uygun olması gerektiğini düzenlemiştir³⁰.

Devletlere vatandaşlık hukukuna dair uygulamalarda yol gösterecek bir kısım direktif ilkeler mevcuttur. Söz konusu ilkelere Milletlerarası Hukuk Enstitüsü tarafından 1895 yılında yayınlanan tavsiye kararında ve ayrıca Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde yer verilmesi vesilesiyle de doktrinde vatandaşlığın klasik ilkeleri olarak işaret olunmaktadır³¹. Bunlar, ortaya konuldukları dönemde uluslararası hukukta ideal prensipler olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte, günümüzde pratikteki sonuçları açısından etkinlikleri tartışılır hale gelmiştir³². İlk ilke: “Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır”³³ İkinci ilke: “Herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır.” Üçüncü ilke ise “Herkes vatandaşlığını değiştirme hakkına sahip olmalıdır”³⁴ şeklindedir.

Bu ilkelere konumuzla irtibatı yoğun olan ikinci ilkeye değinilecektir. Bir kimsenin tek bir devlet ile arasında vatandaşlık bağı olabileceği gibi birden fazla devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olması da mümkündür³⁵. Ancak “Herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi bir kişinin birden çok vatandaşlığa sahip olmasının çeşitli sorunlar yaratacağı düşüncesine dayalı bir ilkedir³⁶. Devletler çağdaş gelişmeler karşısında menfaatlerinin gereği olarak bu ilkeyi daha esnek

²⁹ Güngör Gülin, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” *MHB*, 17-18/1-2 (1997-1998), 229-250, s. 231.

³⁰ Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” 233; Gümüüüü Tunçağıı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları”, 104.

³¹ Güngör, *Tabiiyet*, 21 vd.

³² Aybay, “Çifte Uyruluk Sorunu”, 102-103.

³³ Bu ilke vatansızlığın önlenmesi özellikle de vatansızlığın yarattığı hukuki ve fiili durumların bertaraf edilmesini amaçlar. Güngör ise bu ilkeyi “*vatandaşlığı bulunmayan kimse olmamalıdır*” şeklinde ifade etmektedir. Güngör, *Tabiiyet*, 22 vd.

³⁴ “*Herkes vatandaşlığını değiştirme hakkına sahip olmalıdır*” ilkesi, kişilere özellikle iradi vatandaşlığın kaybı hallerinde devletlerin engeller çıkarmaması açısından önemli bir ilkedir. Bkz. Güngör, *Tabiiyet*, 35; Aybay, uygulamada bu ilkenin tam olarak kabul edilmesinin herkesin istediğı devletin vatandaş olabileceği anlamına geleceğini ve gerçekleşmesi zor bir ilke olduğunu vurgular. Aybay, “Çifte Uyruluk Sorunu”, 106; Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 27.

³⁵ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi çok vatandaşlık haline ilişkin bir tanıma sahiptir. Sözleşmenin 2(b) maddesine göre “*çok vatandaşlık*” bir kişinin eş zamanlı olarak iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olması şeklinde ifade olunmuştur.

³⁶ Aybay, “Çifte Uyruluk Sorunu”, 103. Vatandaşlık hukuku alanında özellikle Avrupa’da 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyıl başlarında geleneksel yaklaşım, çok vatandaşlık hallerinin duygusal ve psikolojik gerekçelerle hukuka aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Bkz. Olivier Vonk, *Dual Nationality in the European Union, A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States* (Brill, Nijhoff: Brill, 2012), 58-59. Ayrıca Fransız hukukçuların konuya yaklaşımı hakkında bkz. Raymond Boulbes, *La question de la double allégeance -Évolution à cet égard du droit français de la nationalité* (Paris: Dalloz, 1958), 67 vd.

uygulamaktadır³⁷. Ayrıca uluslararası hukukta da bir kimsenin birden çok vatandaşlık sahibi olmasına engel olan kurallar mevcut değildir³⁸. Bugün uluslararası hukuk düzenlemelerinin birden çok vatandaşlık halinde ortaya çıkması muhtemel sorunlara da kayıtsız kaldığı söylenemez³⁹.

Çok vatandaşlık halinde, birden çok devletin vatandaşlık bağına dayalı olarak sağlamakta olduğu hak ve yetkiler aynı kişide toplanmaktadır ve bu durum özellikle askerlik, diplomatik himaye hakkı⁴⁰ ile kanunlar ihtilafı kurallarının vatandaşlık bağlama noktasının kullanıldığı olumlu vatandaşlık ihtilafı⁴¹ şeklinde çeşitli meseleler ortaya çıkarmaktadır⁴².

Günümüzde, çeşitli milletlerarası sözleşmeler bu sorunlar için çözümler sunmaktadır. Örneğin yukarıda kısaca değinilen *1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesi* bunlardan biri olarak gösterilir⁴³. Bunun yanında *1963 tarihli Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Hallerinde Askerlik Yükümlülüğü Konusunda Avrupa Sözleşmesi*⁴⁴ de bu bağlamda önemlidir. Bu sözleşmenin 5: (1) maddesine göre, birden fazla devletin vatandaşları sadece bir devlette askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır⁴⁵. Bu sözleşme beklenen ilgiyi görmemiş ve çok vatandaşlığın yaratacağı sorunları çözmek yerine çok vatandaşlığı engellemek istemesi nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir⁴⁶. 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de çok vatandaşlık durumunda askeri yükümlülüklerin tamamlanması başlıklı 21. maddesinde, kural olarak kişinin vatandaşı olduğu taraf devletlerden yalnızca birinde askeri yükümlülüklerini tamamlamasını öngörmektedir. Sözleşme madde

³⁷ Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 177. Aybay, "Çifte Uyrukluk Sorunu", 103.

³⁸ Tiryakioğlu, "Multiple Citizenship", 7.

³⁹ Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 177. Aybay, "Çifte Uyrukluk Sorunu", 103.

⁴⁰ Uluslararası teamül hukukunda bir ülke kendi vatandaşını bir başka ülkede hukuki yollara başvurarak koruma hakkını haizdir. Bir yabancı bir başka ülkedeyken bulunduğu ülkenin uluslararası hukuktan doğan bir sorumluluğuna yol açacak bir eylem ya da ihmal nedeniyle zarara uğrarsa bu koruma hakkı diğer ifadesiyle diplomatik himaye hakkı gündeme gelecektir. Nomer, doktrinde diplomatik himaye hakkını "*Vatandaşı yabancı ülkede haksızlığa uğramış bulunan bir devletin, bundan dolayı yabancı devletle doğan anlaşmazlığının hukuki yollarla çözümlenmesini temin için başvurduğu milletlerarası bir usul*" olarak ifade etmektedir. Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021) 24.

⁴¹ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2015), 112 vd.

⁴² Güngör, *Tabiiyet*, 28.

⁴³ Göğ, "Çifte Vatandaşlık", 154.

⁴⁴ Sözleşmeye Türkiye taraf değildir.

⁴⁵ Sözleşme ve ilgili maddeleri için bkz. Nihal Uluocak, "Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler", *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*, 7/ 2, (1987), 182.

⁴⁶ Göğ, "Çifte Vatandaşlık", 154.

21/3(a)'ya göre kişiye 19 yaşına girmeden önce bir seçim hakkı tanınmaktadır. Kişinin isteğine bağlı olarak mutaden sakin bulunduğu vatandaşlık devletinin askerlik görevi için aradığı süreye en azından eşit süre ile diğer vatandaşlık ülkesinde gönüllü askerlik yapmayı seçebilir. Kişi bu seçim hakkını kullanmaz ise mutaden hangi taraf devlette oturmakta ise bu devlette askerlik görevini yerine getirmelidir. Bu sayede sözleşmeye taraf diğer vatandaşı olduğu devletlerin de askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır⁴⁷.

Devletlerin çok vatandaşlık hallerine ilişkin yaklaşımları, vatandaşlık alanında sahip oldukları egemen anlayışın yansımaları olarak çeşitlilik göstermektedir. Bir devlet, çok vatandaşlık hallerini yasaklayabilir, sınırlandırabilir⁴⁸ yahut özgür bırakabilir⁴⁹. Vatandaşları ülkesi dışına çalışmaya giden devletler, çok vatandaşlık hallerine olumlu yaklaşmakta, diğer taraftan göç alan devletlerin ise, çok vatandaşlık hallerine karşı daha sınırlayıcı bir yaklaşım sergiledikleri görülmektedir⁵⁰. Bugün özellikle endüstri toplumlarının gerektirdiği sınır aşan insan gücünün varlığı karşısında, çok vatandaşlık hallerinin tamamen yasaklanabilmesinin fiilen mümkün olmadığı ortadadır⁵¹. Çok vatandaşlık hallerinin çeşitli hallerde sınırlandırılması da yine devletlerin vatandaşlık hukuku alanında sahip olduğu münhasır yetkinin bir uzantısıdır⁵². Buna göre devletler, vatandaşlık alanında sahip oldukları egemen yetkileri yine bu yetkinin sınırlarını dikkate alarak çok vatandaşlık hallerinin düzenlenmesinde kullanabilir.

Kişinin birden fazla devlet ile vatandaşlık bağının bulunması halinde, uluslararası hukukta teminat altına alınan, vatandaşın sınırdışı edilmezliği ilkesinden yararlanacağından şüphe yoktur. Bu durumda devletin kendi vatandaşlığına öncelik vererek ilgili kişiyi sınır dışı edemeyeceği kabul edilmektedir⁵³.

⁴⁷ Işıl Özkan- Uğur Tütüncübaşı, "Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", *AÜHFD*, 57/3 (2008), 623.

⁴⁸ Örneğin Avusturya Anayasası 44. maddesine göre çifte vatandaşlık sahibi Avusturya vatandaşları Federal Parlamentoda Parlamenter olarak seçilmelerini kısıtlamaktadır. İlgili maddenin orijinali şu şekildedir. "Section 44 "Any person who -(i.)[i]s under any acknowledgement of allegiance, obedience, or adherence to a foreign power, or is a subject or a citizen or entitled to the rights or privileges of a subject or citizen of a foreign power: [...] shall be incapable of being chosen or of sitting as a senator or a member of the House of Representatives."

⁴⁹ Council of Europe (COE), *Report on Multiple Nationality*, (Strasbourg 2000), 12; Tiryakioğlu, "Multiple Citizenship", 7.

⁵⁰ Aybay, "Çifte Uyruklu Sorunu", 103. Örneğin Alman hukukunda sınırlı hallerde çok vatandaşlığa izin verilmesi ve detaylar hakkında bkz. Özkan-Tütüncübaşı, "Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", 623.

⁵¹ Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku*, 74.

⁵² Özkan-Tütüncübaşı, "Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", 621-622.

⁵³ Rona Aybay, "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2003), 144.

B. TÜRK HUKUKUNUN ÇOK VATANDAŞLIK MESELESİNE YAKLAŞIMI

Türk vatandaşlık hukukunda 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁵⁴, 27 Kasım 2007 Tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁵⁵ ve 29 Mayıs 2009 Tarih ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK)⁵⁶'nundaki düzenlemeler dikkate alındığında çok vatandaşlık kabul edilmiştir.⁵⁷ 1982 Anayasası “*Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları*” başlıklı 62. madde ile Türk vatandaşlarının Türkiye ile bağlılıklarını özellikle de bu bağlılığın sürekliliğini sağlamak için devletin gereken önlemleri alacağını temin etmektedir. Doktrinde Göğer, bu maddenin Türk hukukunda çok vatandaşlığı destekleyen bir madde olduğunu ve bu maddenin yalnızca çalışmak için yurt dışında bulunanların değil, yabancı ülkede oturan tüm Türk vatandaşlarını kapsar şekilde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸. Bunun yanında, “*Çok Vatandaşlık*” başlığını taşıyan TVK 44. maddesi de hangi sebeple ve usulle kazanıldığına dair bir ayırım yapmaksızın, yabancı devlet vatandaşlığı kazanmış Türk vatandaşlarının, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri üzerine yapılacak inceleme sonucunda, ilgili kimselerin aynı kişi olduğunun idarece tespiti halinde, nüfus kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair bir açıklamada bulunulacağını düzenleme altına almıştır⁵⁹.

Türk vatandaşlık hukukunda çok vatandaşlığa sebep olan haller çeşitlidir. Örneğin, vatandaşlığın kazanılmasında soybağı esasının kabul edilmesine, çok vatandaşlık hallerinin sıklıkla görülmesine sebep olarak işaret olunmaktadır⁶⁰. Ayrıca 5901 sayılı TVK’da kabul edilen yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanma hallerinde kişinin doğumla sahip olduğu vatandaşlığı

⁵⁴ Resmi Gazete, 17844 (20 Ekim 1982).

⁵⁵ Resmi Gazete, 26728 (12 Aralık 2007). 27 Kasım 2007 Tarihli 5718 sayılı MÖHUK 4. maddesinde yetkili yabancı hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşları hakkında, Türk hukukunun dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme Türk vatandaşlık hukukunda çok vatandaşlık halinin kabul edildiğinin bir diğer göstergesidir.

⁵⁶ Resmi Gazete, 27256 (12 Haziran 2009). 5901 Sayılı TVK madde3(1-b)’ye göre “*çok vatandaşlık, bir Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olması*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁷ Ergin Nomer, “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık, *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*, 14/ 1-2 (1994), 56; Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku*, 74.

⁵⁸ Göğer, “Çifte Vatandaşlık”, 131; aynı yönde bkz. Özkan-Tütüncübaşı, “Çifte Vatandaşlığa” İlişkin Gelişmeler”, 607.

⁵⁹ Konu sınırlamasını dikkate alarak Türk hukukunda çifte vatandaşlık hususunda 5901 Sayılı TVK öncesi durum açısından tartışmalara yer verilmemiştir. Bu tartışmalara ilişkin olarak özellikle 11.02.1964 tarihli ve 403 Sayılı TVK’da konuya ilişkin olarak 1981 tarihinde yapılan değişiklikler hakkında Ebru Karademir, “Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/1 (2018), 244.

⁶⁰ Nomer, doktrinde bu esasın çifte vatandaşlık hallerine yol açmasına rağmen devletlerce ekseriyetle tercih edilen bir prensip olduğu vurgulanmaktadır. Nomer, “Çifte Vatandaşlık”, 56.

ğının terki aranmadığından⁶¹, çok vatandaşlık halleri ile karşılaşılması olağandır.

II. ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURUSU HALİNDE ÇOK VATANDAŞLIK SORUNU

Devletin vatandaşını ülkesine kabulü, uluslararası hukukta getirilmiş bir yükümlülüktür⁶². Bu yükümlülük mutlak nitelikte olup, devletin her durum ve zamanda vatandaşını ülkesine kabul zorunluluğu vardır⁶³. Bunun bireyler açısından görünümü “*yurda girme hakkıdır*”⁶⁴. Bu hak yalnızca devletin ülkesinde doğmuş, orada ikamet etmiş ve sonradan yurt dışına çıkıp tekrar ülke toprağına gelmek isteyen bir vatandaşla sınırlı olarak öngörülmemiştir. Bunun yanı sıra, bir ülke vatandaşı, ülke dışında doğmuş olup ülkesinde hayatı boyunca hiç yaşamamış olsa dahi devletin vatandaşını kabul yükümlülüğü kural olarak söz konusudur⁶⁵.

Ancak uluslararası hukuk düzenlemelerinde⁶⁶ kural bu olsa da devlet uygulamalarında bazı ayrıksı durumlar, diğer bir anlatımıyla istisnai hallere rastlanabilir. Vatandaşlık Kanunları kişiye vatandaşlık hakkı sağlıyor olabilir ancak kişinin bu vatandaşlık ülkesinin ulusal korumasından mahrum bırakılması söz konusu olabilir. Hukuk kurallarına göre vatandaş kabul edilen bir kimse, fiilen vatandaşlık statüsünün sağladığı hak ve yükümlülüklerle sahip olmayabilir. “*Etkisiz vatandaşlık*” olarak ifade olunan bu tür vatandaşlık halinde de uluslararası koruma arayışındaki bir kimse çok vatandaşlık engeli ile karşılaşacak mıdır sorusu akla gelmekte olup aşağıda bu soru değerlendirme konusu yapılacaktır.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Nomer, “Çifte Vatandaşlık”, 56. 5901 sayılı TVK’nın yürürlükteki 11. maddesi Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancının hali hazırda taşıdığı yabancı devlet vatandaşlığından çıkma şartı aramamaktadır. Ancak 5901 sayılı TVK mülga madde 11(2) şu şekildedir: “*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.*” Bu madde, 7039 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 34. Maddesi ile yürürlükten kalkmıştır.

⁶² Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku*, 42. Devletin vatandaşını toprağına kabul etmek yükümlülüğü, özellikle devletin kimleri sınır dışı edebileceği ile yakından ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4. Protokol 3’üncü maddenin birinci bendine göre hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemeyecektir. Bu maddeye göre “*Kimse uyrukluğunda bulunduğu devletin ülkesinden bireysel düzeydeki ya da toplu (kollektif) bir işlem yoluyla kovulamaz (sınır dışı edilemez)*”. Bu hususta bkz. Aybay, “Sınırdışı”, 144.

⁶³ Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku*, 42, 46.

⁶⁴ Aybay vd., *Vatandaşlık Hukuku*, 42.

⁶⁵ Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, 42.

⁶⁶ Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 13(2). Maddesine göre “*Herkes, kendi ülkesi dahil herhangi bir ülkeden ayrılma ya da kendi ülkesine yeniden dönme hakkına sahiptir.*” Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 12(4). maddesi de “*Hiç kimsenin kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağını*” düzenlemiştir.

A. ULUSLARARASI KORUMA KAVRAMI VE AMACI

Devletler ile bireyler arasındaki vatandaşlık bağı, bireye devlete karşı yerine getirmesi gereken çeşitli ödevler yükler iken, devlete de bireyi koruma sorumluluğu yüklemektedir. Bu korumanın devletçe yerine getirilmediği ya da reddedildiği hallerde ise koruma ihtiyacının başka mekanizmalarla ikame edilmesi kaçınılmazdır⁶⁷.

Devletin vatandaşını koruma yükümlülüğü ile vatandaş ile devlet arasında var olan ilişki arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bu bağlantı sayesinde kişiler vatandaşları oldukları devletlerce korunur⁶⁸. Uluslararası koruma arayışında bulunan kimse ile vatandaş olduğu devlet arasındaki bağ, kişinin bu devlette yeterli korumaya ulaşamaması ya da devletin zulmün kendisine sebebiyet vermesi sonucunda zayıflar⁶⁹, bu durum ise bireyi vatansız benzeri bir duruma iter⁷⁰. Bu bağı zayıflamasıyla vatandaş olduğu devletin birey üzerindeki egemenlik yetkisi kaybolmakta ve uluslararası koruma aradığı bir başka devletin egemenlik alanının bu kimsenin üzerinde güçlenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁷¹.

Uluslararası koruma statüsünün bir başka devletçe sağlanması bu bahsettiğimiz yoksun kalınan ulusal koruma, ikame edilmesinden ibarettir⁷². Dolayısıyla ulusal korumayı ikame niteliği taşıyan uluslararası koruma istisnaidir. Asıl olan vatandaşlık bağına dayalı korumadır. Asıl korumanın sağlandığı hallerde uluslararası korumaya ihtiyaç ya yoktur ya da uluslararası koruma statüsü mevcutsa bu koruma sona erecektir⁷³. Bugün uluslararası hukukta uluslararası korumaya dair en önemli düzenleme Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesi⁷⁴ ve Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Protokolüdür⁷⁵.

⁶⁷ Uluslararası korumanın insan hakları ile ilişkisi için bkz. Neva Övünç Öztürk, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2012) 196.

⁶⁸ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 70.

⁶⁹ Neva Övünç Öztürk, "1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, 65/2 (2016), 398. dn. 50-52.

⁷⁰ Öztürk, "Sona Erme", 398.

⁷¹ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 66.

⁷² Neva Övünç Öztürk Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi (Ankara: Yetkin 2015), 27. Öztürk, "Sona Erme", 398.

⁷³ Öztürk, "Sona Erme", 398.

⁷⁴ Sözleşmenin Uygun Bulma Kanunu ve Tam Metni (Kanun No: 359 Kabul Tarihi: 29/8/1961) Resmi Gazete 10898 (5 Eylül 1961). 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu ve Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 New York Protokolü hakkında bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (İstanbul: Beta, 2018), 144, 147.

⁷⁵ Türkiye'nin 1967 Protokolü'nü onaylaması 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile gerçekleşmiştir. Protokol metni için bkz. Resmi Gazete 12968 (5 Ağustos 1968).

1951 tarihli Sözleşmede “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar”a uygulanmasına imkan veren bir tarih kısıtlaması ile taraf devletlerin Sözleşmeye katılabilecekleri kabul edilmiştir. Benzer şekilde Sözleşmenin “Avrupa’da meydana gelen olaylar”a uygulanmasına imkan veren bir coğrafi kısıtlama ile taraf devletlerce uygulanması mümkündür⁷⁶. 1967 Protokolü Sözleşme açısından tarih kısıtlamasını tamamen kaldırmış ancak Sözleşmeyi coğrafi sınırlama ile uygulama tercihinde bulunan devletlerin bu tercihleri ile bağlı kalmalarına olanak vermiştir⁷⁷. Türkiye, 1951 tarihli Sözleşmeye hem tarih hem de coğrafi sınırlamayı tatbik etmek suretiyle taraf olmuştur. Daha sonra 1967 Protokolüne taraf olunurken tarihi sınırlama etkisini yitirmişse de coğrafi sınırlamayı korumuştur⁷⁸. Türk hukukundaki uluslararası koruma türleri ise 1967 Protokolünde Türkiye’nin kabul ettiği coğrafi sınırlama doğrultusunda şekillenmiştir⁷⁹. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)⁸⁰ “Tanımlar” başlıklı 3(r). maddesi uluslararası koruma türlerini mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü olarak düzenlemektedir⁸¹.

Çalışmanın ana konusunu oluşturan uluslararası korumada çok vatandaşlık meselesine dair YUKK’da açık bir düzenleme mevcut değildir. 1951 tarihli Sözleşmede açıkça düzenleme altına alındığını dikkate alarak, bu husus yalnızca 1951 tarihli Sözleşme kapsamında ele alınacaktır.

B. 1951 MÜLTECİNİN HUKUKİ DURUMUNA DAİR SÖZLEŞMEDE ÇOK VATANDAŞLIK MESELESİ

1951 tarihli Sözleşme madde 1. A. 2.’nin ilk paragrafında “mülteci”, “ırkı, dini, tabiiyeti, muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrıyacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan ve işbu memleketin himayesinden istifade edemiyen veya mezkûr korkuya binaen istifade etmek istemiyen, yahut tâbiyeti yoksa ve bahis konusu hâdiseler neticesinde evvelce mütaden ikamet ettiği memleket dışında bulunuyorsa, oraya dönemiyen veya mezkûr korkuya binaen dönmek istemiyen

⁷⁶ Nasih Sarp Ergüven- Beyza Özturanlı, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye” *AÜHF* 64/4 (2013), 1017

⁷⁷ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 84.

⁷⁸ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 353.

⁷⁹ Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma*, 51.

⁸⁰ Resmi Gazete, 28615 (11 Nisan 2013).

⁸¹ Türk hukukunda uluslararası koruma türleri için bkz. Aysel Çelikelvd., *Yabancılar Hukuku*, (İstanbul: Beta 2022) 19 vd. Sema Çörtoğlu, “Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler” *MHB*, 42/2 (2022) 879 vd. Geçici koruma statüsü ise YUKK kapsamında uluslararası koruma türlerinin yanında ayrıca kabul edilen bir tedbir olarak işaret olunur. Uluslararası korumadan farkı kitlesel ve geçici olmasıdır. Çelikel vd. *Yabancılar Hukuku*, 169. Ayrıca kitlesel halde yer değiştiren kişilerin durumunda ise bireysel olarak uluslararası korumanın sağlanmasının zorluğu nedeniyle geçici koruma kavramı geliştirildiği hakkında bkz. Sibel Özel, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *YÜHF* XVII/2 (2020) 710.

şahıs” olarak tanımlanmıştır. “Mülteci” tanımının hemen ardından birden fazla vatandaşlığı olan kimselerin durumuna ilişkin açık bir düzenleme getirilmiştir. “Birden fazla tâbiyeti olan bir şahıs hakkındaki «Vatandaşı olduğu memleket» tâbiri tâbiyetini haiz olduğu memleketlerden her birini kasteder. Haklı bir korkuya müstenit muteber bir sebep olmaksızın, vatandaşı olduğu memleketlerden birinin himayesinden istifade etmiyen şahıs, vatandaşı olduğu memleketin himayesinden mahrum sayılmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

1951 tarihli Sözleşme 1. A. 2. maddesine göre çok vatandaşlık halinde uluslararası koruma arayışında olan kimse, vatandaşı olduğu ülkelerin korumasından faydalanamamalı ve vatandaşı olduğu bu ülkelerde zulme uğrayacağı yolunda haklı bir korkuya sahip olmalıdır⁸². Sözleşme’nin çok vatandaşlık halinde uluslararası korumaya ilişkin lafzen sınırlandırıcı bir düzenleme getiren bu maddesi, mültecilere karşı sorumluluklarını sınırlı tutmak isteyen devletlerin isteklerinin 1951 tarihli Sözleşme’ye tezahürü olarak kabul edilmektedir.⁸³

1951 tarihli Sözleşme 1. A. 2. maddesi ile birden çok vatandaşlığı olan bir kimseyi kabul etme yükümlülüğü reddedilerek, uluslararası koruma sağlayan ya da sağlayacak olan devletler üzerindeki yükün azaltılması hedeflenmektedir⁸⁴. Buna göre, bir kimsenin vatandaşlığına sahip olduğu bir devlette zulüm göreceği hususunda haklı nedenlere dayalı bir korkusu olsa bile, haklı bir sebebe dayalı zulüm korkusunun olmadığı ve kendisini kabul edecek bir ülkesi olduğu sürece, Sözleşme’ye taraf devletler uluslararası koruma statüsü sağlamak yükümlülüğü altında değildir⁸⁵. Ancak vatandaşı olduğu her iki ülkede de zulme uğramaktan haklı nedenle bir korkusu varsa bu husus uluslararası koruma başvurusunun değerlendirme sürecinde ayrıntılı şekilde ele alınmalıdır. Çalışmamız kapsamında, vatandaşı olduğu ikinci ülkede zulüm korkusu olmamakla birlikte, sahip olunan ikinci vatandaşlığın etkili olmaması sebebiyle o ülkenin ulusal korumasından faydalanamayan kimselerin durumunun incelendiği gözden kaçmamalıdır. Bir kimsenin zulüm korkusu duymadığı diğer vatandaşlık ülkesinin ulusal korumasından faydalanmadığı yerde, uluslararası korumaya duyacağı ihtiyaç devam edecektir. Bu maddenin bir başka varlık sebebi şüphesiz her nerde olursa olsun ulusal korumanın uluslararası korumadan öncelikli olmasıdır⁸⁶. Zira ulusal korumanın sağ-

⁸² Nazlı Töre, *Millîlerarası Hukukta Mülteci Verilerinin Korunması* (Ankara: Turhan, 2021), 165; Bauer, “Multiple Nationality”, 920.

⁸³ Bauer, “Multiple Nationality”, 922.

⁸⁴ Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 320.

⁸⁵ Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 320.

⁸⁶ BMMYK Mülteci Statüsü Belirlenmesinde Kriterler ve Usul Hakkında El Kitabında açıklanmıştır. Bkz. UNHCR (BMMYK), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (Geneva 1992). Bauer, “Multiple Nationality”, 921; Töre, *Mülteci Verilerinin Korunması*, 165.

lanması halinde uluslararası korumaya ihtiyaç olmayacaktır. Ancak sahip olunan ikinci bir vatandaşlığın uluslararası hukukta kabul edilen vatandaşlık kavramının sonuçlarını haiz olmadığı hallerde uluslararası koruma başvurusuna engel olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. 1951 tarihli Sözleşme’ye taraf ülkelerde uluslararası koruma açısından birden çok vatandaşlık halinin değerlendirilmesinde uygulamaların farklılaştığı görülmektedir. Bazı ülkelerin çok vatandaşlığa sahip olanların sığınma statüsüne sahip olabilecek kimselerden olmadığını varsayarak başvuruları reddettiği,⁸⁷ diğer ülkelerin ise karşılaştıkları somut olaylara göre değerlendirme yaptıkları görülmektedir⁸⁸.

1951 tarihli Sözleşme’ye taraf devletlerde iç hukuk düzenlemeleri çeşitlilik arz etse de uluslararası koruma statüsü belirlenmesinin, 1951 tarihli Sözleşme ve 1967 Ek Protokolü’nün belirlediği çerçeveye göre yürütüldüğü bilinmektedir⁸⁹.

1951 tarihli Sözleşmesi’nin yaptığı “*mülteci*” tanımından hareketle, özellikle çok vatandaşlık halinde uluslararası koruma başvurusuna ilişkin iki önemli husus öne çıkmaktadır. İlk olarak, başvuru sahibinin ikinci bir ülke vatandaşı olup olmadığı hususu statü değerlendirmesi sürecinde bir ispat sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu sorunun cevaplanmasında uluslararası koruma başvurularında başvuru sahibinin hangi ülke vatandaşı olduğunun belirlenmesinde izlenen yol izlenmektedir. Uluslararası koruma başvuruları, ekseriyetle ilgililerin taşıdıkları belge veya pasaportlara veya kendi beyanlarına⁹⁰ göre değerlendirilmektedir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)’nın “*Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı*”nın 93. paragrafında, pasaportun içinde aksine bir ibare bulunmadığı müddetçe, bir devlet pasaportunu taşımanın o devletin vatandaşlığına sahip olunduğuna dair karine teşkil edeceği ifade olunmuştur⁹¹. Buna karşın doktrinde bir görüş ise pasaportun vatandaşlığı ispatı işlevini hukuken yerine getirmesi için pasaportta

⁸⁷ Örneğin yukarıda bahsettiğimiz *LW v. Bundesrepublik Deutschland* kararının 34. paragrafında Alman makamlarının konu hakkındaki tutumu anlaşılmaktadır. Bkz. yukarıda dn. 8.

⁸⁸ Örneğin Doğu Timor’un Endonezya tarafından ilhaki üzerine Avusturalya’da yapılan uluslararası koruma başvurularında bu sorun tartışılmaktadır. Portekiz’in kolonyal yönetimi altındaki Doğu Timorlulara tanıdığı vatandaşlık hakları Avusturalya’da yapılan uluslararası koruma başvurularında etkili vatandaşlık açısından değerlendirilmiştir. Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 345. Ayrıca Kuzey Korelilerin uluslararası koruma başvurularında Güney Kore vatandaşlığının etkili bir vatandaşlık olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Andrew Wolman, “Refugee Status for North Korean Dual Nationals: A Study of Recent Cases from New Zealand”, *The Korean Journal of International and Comparative Law*, 10 (2022), 417 vd.

⁸⁹ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 508.

⁹⁰ Örneğin, YUKK “*Kayıt ve Kontrol*” başlık 69(3). maddesi son cümlesi başvuru sahibinin kimlik tespit araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde edilememesi hâlinde, başvuranın beyanı esas alınacağını düzenlemektedir.

⁹¹ BMMYK, Handbook, para. 93

açıkça vatandaşlık bilgisinin yer alması gerektiğini vurgulamaktadır⁹². Kanaatimizce uluslararası koruma başvurusunda vatandaşlık tespiti yapılırken pasaport hamili olmanın, her zaman pasaportu düzenleyen devletin vatandaşlığına sahip olduğu anlamını taşımadığı akılda tutulmalıdır⁹³. İkinci olarak, BMMYK El Kitabı'nda birden fazla vatandaşlık sahibi kişilerin uluslararası koruma başvuruları incelenirken, hukuki anlamda bir ülkenin vatandaşı olmak ile ilgili ülkenin gerçekte bu kimseye sağladığı bir korumanın mevcut olup olmadığı ayırımının yapılması gerekliliğine dikkat çekilmiştir⁹⁴. Daha açık ifadeyle, bir ülkenin vatandaşlığına hukuken sahip olmak ile o ülkeden pratikte koruma talep edebilmek her zaman birbiri ile örtüşmemektedir. Bazı durumlar olabilir ki uluslararası koruma başvuru sahibi vatandaşı olduğu bu ülkeye yönelik zulüm görme korkusu taşımayabilir ancak başvuru sahibinin bu vatandaşlığı taşıyor olması da yeterli korumanın kendisine bu ülke tarafından sağlanmasını temin etmiyor olabilir. Bu gibi hallerde ikinci bir vatandaşlığa sahip olmanın uluslararası koruma başvurusunda bulunmakla her zaman çelişmekte olduğu söylenemez⁹⁵. Burada uluslararası koruma başvurusu özelinde etkili vatandaşlık değerlendirmesi ele alınmalıdır.

C. ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURUSU ÖZELİNDE “ETKİLİ VATANDAŞLIK SORUNU”

Uluslararası koruma hukuku değerlendirmelerinde karşılaşılabileceğimiz vatandaşlık ihtilafı için “*etkili vatandaşlık*” sorunu kavramını kullanmamız, özellikle yatırım hukukundaki “*etkin/gerçek vatandaşlık*” kavramı ile ayırt etmek amacıyla bilinçli bir tercihtir. Uluslararası hukukta “*etkin/gerçek vatandaşlık*” bağına ilişkin tartışmaların özellikle devletin uluslararası yatırım hukukunda vatandaşını koruma hakkı ile yakından ilişkili diplomatik himaye hakkı yer almaktadır. Ulus-

⁹² Doğan vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 190.

⁹³ Örneğin “*Yabancılar mahsus damgalı pasaportlar*”: Başlıklı 18. Maddesi “*Tabiiyetsiz bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam bulunmaması hasebiyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen tabiiyetsizlere tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabında mezkûr Bakanlığın alacağı kararla “yabancılar mahsus” damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından her hangi bir manayı veya hamili lehine her hangi bir hak iktisabını tazammun etmeyen bir pasaport verilir.*” denilmek suretiyle Türk vatandaşı olmayan kimselerin de Türkiye Cumhuriyeti pasaportu alabileceklerini ancak bunun Türk vatandaşlığını gösterir bir hukuki sonucu olmadığını düzenleme altına almıştır. Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* 292.

⁹⁴ BMMYK, *Handbook*, para. 107. Konu hakkında Bkz. Töre, *Mülteci Verilerinin Korunması*, 165; Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, 299.

⁹⁵ Örneğin, 2004 yılı öncesi başvurularda Amerika Birleşik Devletleri, özellikle ülkeye giriş ve ikamet hakkı tanımadığı iddia olunan Güney Kore vatandaşlığını gerekçe göstererek Kuzey Kore'den kaçan Amerika Birleşik Devletleri'nde sığınma arayışında bulunan kimselerin başvurularını reddetmiştir. 2004 yılı sonrasında sadece Kuzey Korelilere yönelik bir hukuki düzenleme ile mülteci başvuruları özelinde Amerikan hukukunda Kuzey Kore vatandaşlarının, Güney Kore vatandaşlığına sahip olduğunun kabul edilmeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Wolman, “North Korean Asylum Seekers”, 798 vd.

lararası Adalet Divanı'nın *Liechtenstein v. Guatemala* kararında (*Nottebohm davası*) uluslararası hukuk anlamında vatandaşlığın tanınması için birey ile devlet arasında gerçek ve etkili bir bağın var olması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁹⁶. Söz konusu kararda, özellikle uluslararası yatırım hukukunda benimsenen etkin vatandaşlık kriterinin tespitinde, lehine diplomatik koruma sağlanan gerçek kişinin vatandaşı olduğu devletle gerçek ve yakın bir ilişkinin varlığı araştırılmaktadır⁹⁷.

Uluslararası koruma başvurularında etkili vatandaşlık değerlendirmesinin temelinde kanaatimuzce kişi ile vatandaşlık ülkesi arasında gerçek bir bağlantının mevcut olduğu varsayımı vardır⁹⁸. Ancak uluslararası koruma başvurularında karşımıza çıkan “*etkili vatandaşlık*” meselesi uluslararası hukukta özellikle uluslararası yatırım hukuku alanında cereyan eden “*etkin/gerçek vatandaşlık*” tartışmasından hukuki sonuçları açısından farklılaşmaktadır⁹⁹.

Bir uluslararası koruma başvurusunda başvurucunun bir başka ülkenin vatandaşlığına sahip olması sebebiyle uluslararası koruma statüsünden faydalanamayacağı iddiası gündeme gelebilir. Uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi sırasında, üçüncü bir devlet ile başvurucu arasında vatandaşlık bağı mevcutsa, başvurucunun bir başka devletin hali hazırda ulusal korumasından yararlanabilecek olduğu bu halde, prensip olarak, uluslararası koruma statüsüne duyulan ihtiyaç ortadan kalkmaktadır. Ancak etkili vatandaşlığın söz konusu olmadığı hallerde, sözde/biçimsel bir vatandaşlık tam anlamıyla uluslararası koruma ihtiyacını bertaraf etmez. Bu sebeple ulusal koruma sağlayacak etkili bir vatandaşlığın somut olayda tespiti önem arz eder.

İngiliz Yüksek Mahkemesi Göç ve Sığınma Dairesi (*Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber*) önünde görülen bir temyiz başvurusunda, özellikle Kuzey Kore'den kaçarak İngiltere'ye sığınan ancak aynı zamanda Güney Kore vatandaşı oldukları iddia olunan kimselerin sahip oldukları bu vatandaşlık değer-

⁹⁶ *Nottebohm Case Judgment of April 6th 1955*, ICJ Reports 1955, 4-27, <<http://www.icj.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=-1&y=1955>> (E.T.: 12.08.2015). Nottebohm kararının uluslararası hukuktaki etkilerine dair ayrıca bkz. Berk Demirkol, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı” Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (2015) 161 vd.

⁹⁷ Demirkol, “Etkin Vatandaşlık”, 165.

⁹⁸ Gerçek bağlantı kistasının özellikle uluslararası koruma başvuru sahibi ile vatandaşı olduğu iddia olunan/ihtimali olan devlet arasındaki bağlantının tespiti için mahkemelerce kullanıldığına rastlanılmaktadır. Wolman, “North Korean Asylum Seekers”, 811.

⁹⁹ Uluslararası yatırım tahkiminde yatırımcının vatandaşlığının tespiti uluslararası korumada ikinci bir vatandaşlığın tespitinden şu açıdan farklıdır. Yatırımcı iki ya da çok taraflı uluslararası yatırım antlaşmalarında sağlanan korumalardan yararlanabilmek ve bu antlaşmaların ihlali halinde tahkim yargılamasına başvurabilmek için “yabancı” olmalıdır. Yatırımcının aynı zamanda yatırım yaptığı ülkenin vatandaşlığını taşıması halinde tahkim sürecinin başlayıp başlayacağına ilişkin olarak hakem heyetince bu ikinci vatandaşlık değerlendirilebilir. Konu hakkında bkz. Aysun Bolaca, “Uluslararası Yatırım Tahkiminde Vatandaşlık Meselesine (Yeniden) Bakış Serafin Garcia Armas v Venezuela” YBHD 8/1 (2022), 232.

lendirme konusu yapılmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından başvuru sahipleri hakkında yapılan değerlendirmede, özellikle 1951 tarihli Sözleşme madde 1. A. 2 kapsamında ikinci bir vatandaşlığın analizinde

“(i) *Başvurucu halihazırda vatandaştır mı?*”¹⁰⁰

(ii) *Başvurucu vatandaş değil ise vatandaşlığı kazanmaya hakkı var mıdır? (entitled to acquire)*

(iii) *Vatandaş değildir ancak vatandaşlığı kazanabilir mi? (able to acquire)*”

sorularının birbirinden ayrı ele alınmasının gerekliliği vurgulamıştır¹⁰¹.

Birleşik Krallık mahkemesi 1951 tarihli Sözleşme kapsamında ikinci bir vatandaşlığın varlığının kabulü için ya halihazırda vatandaşlık bağı olmasının ya da bu vatandaşlık için hak sahipliği olmasının (*entitled to acquire*) yapılan değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini, başvuru sahibinin halihazırda bir vatandaşlığının olması halinde dahi bu vatandaşlığın etkili vatandaşlık (*effective nationality*) olup olmadığı üzerine de ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini BMMYK'nın El Kitabı'nın 107. paragrafına atıfta bulunarak vurgulamıştır.¹⁰²

Dünya genelinde mahkemelerin uluslararası koruma başvurularını reddetmeden önce sahip olunan ikinci vatandaşlığın etkili vatandaşlık olup olmadığı hususunda detaylı bir analiz yaptıklarına ne yazık ki sık rastlanılmamaktadır¹⁰³.

Son olarak uluslararası koruma statüsünün, ikame bir koruma sağlıyor olması nedeniyle yeniden kazanılan bir vatandaşlık bu korumayı sona erdirmektedir¹⁰⁴. 1951 tarihli Sözleşme madde 1. C. 3'e göre mülteci statüsü menşe devlet dışında bir başka devletin vatandaşlığının kazanılması ile sona erecektir. Ancak yukarıda birden fazla vatandaşlığa sahip olunması halinde uluslararası korumadan faydalanmanın mümkün olup olmadığına ilişkin yaptığımız değerlendirmede bahsettiğimiz gibi uluslararası

¹⁰⁰ Mahkeme uluslararası koruma başvuru sahibinin yabancı bir ülkenin vatandaşı olup olmadığına ilişkin çözülecek sorunların yine o ülke hukukuna göre belirlenmesi gerekliliğini 1930 Lahey Konvansiyonu madde 1-madde 2'ye dayanarak vurgulamıştır. Bkz. KK and others (Nationality: North Korea) Korea CG [2011] UKUT 92 (IAC) para. 59.

¹⁰¹ Bkz. KK and ors (Nationality: North Korea) Korea CG [2011] UKUT 92 (IAC) para 90.

¹⁰² Bkz. KK and ors (Nationality: North Korea) Korea CG [2011] UKUT 92 (IAC) para. 64.

¹⁰³ Türkiye'den uluslararası koruma statüsü talep edilen bir başvurunun ikinci bir vatandaşlık sebebiyle reddi halinin mahkemeler önünde değerlendirildiğine henüz rastlanılmamıştır. Doğu Timor vatandaşlarının aynı zamanda Portekiz vatandaşı olmaları nedeniyle Avustralya mahkemeleri 1990larda Portekiz vatandaşlığının şekli bir vatandaşlık mı yoksa etkili bir vatandaşlık mı olduğu hususunda değerlendirmelerde bulunmuştur. Özellikle Portekiz'in Doğu Timor vatandaşlarına ülkesinde ikamet imkânı vermiyor olması nedeniyle etkili vatandaşlık sağlamadığı kararlarda vurgulanmıştır. Bkz. Wolman, “North Korean Asylum Seekers”, 810. Konu hakkında ayrıca bkz. Piotrowicz, “Refugee Status and Multiple Nationality”, 324 vd.

¹⁰⁴ Özellikle uluslararası korumayı sona erdirecek nitelikte yeniden bir başka vatandaşlığın kazanılmasının mümkün olduğu ve burada ulusal korumayı sağlayacak devlet ile birey arasında etkili vatandaşlık bağının olması gerektiği hakkında bkz. Öztürk, “Sona Erme”, 417.

koruma statüsü sahibi bir kimsenin sonradan şeklen/görünürde bir vatandaşlık kazanması, uluslararası koruma statüsünün sona ermesi için yeterli değildir¹⁰⁵. Bu kazanılmış vatandaşlığın etkili olması (*effective*), özellikle vatandaş ile devlet arasındaki bağın gerçekte mevcut olmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁶.

SONUÇ

Günümüzde “*herkesin yalnızca bir vatandaşlığı olmalıdır*” prensibinin oldukça sınırlı şekilde uygulandığı, gelişen ve yakınlaşan dünyada bireylerin yalnızca bir ülke ile vatandaşlık bağı ile bağlı olmak zorunda kalmasının realiteye uygun düşmeyeceği açıktır. Pek çok farklı sebebe dayalı olarak ortaya çıkabilecek çok vatandaşlık halleri bugün uluslararası hukukta kabul görmektedir. Çok vatandaşlık hali de vatandaşlığa bağlı hukuki sonuçlar özellikle haklar ve yükümlülükler açısından çeşitli ihtilafları beraberinde getirebilmektedir. Çalışma özelinde genel olarak çok vatandaşlık hallerinden bahsedilmiş ve olası çok vatandaşlık halinin uluslararası koruma başvurusuna etkisinin anlatılması amaçlanmıştır.

1951 tarihli Sözleşme çerçevesinde etkili bir vatandaşlığa rağmen taraf devletlere uluslararası koruma arayışında bulunan herkese koruma yükümlülüğü getirecek şekilde Sözleşmenin yorumlanamayacağı açıktır. Ancak vatandaşlığın etkili olup olmadığının mahkemelerce değerlendirilmesi 1951 tarihli Sözleşme sistematığında yer alan ulusal korumanın uluslararası korumadan öncelikli sonucunu destekler nitelikte olacaktır.

Uluslararası koruma başvurusunda başvuru sahibinin korumasından yararlanabileceği bir ülkenin vatandaşı olduğuna yönelik değerlendirmenin iki ayağı olmalıdır. Uluslararası koruma başvurusu şartlarından olan, vatandaşı olduğu ülkede zulme uğrama korkusunun somut olayda söz konusu ülke için gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yanında, ilgili ülke vatandaşlığının başvuru için etkili bir vatandaşlık statüsü sağlayıp sağlamadığı da değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bu husus, BMMYK'nın uluslararası koruma statüsünün tespitinde kullanılacak usullere ilişkin hazırlanmış olduğu el kitabında da hukuki anlamda bir ülkenin vatandaşı olmak ile ilgili ülkenin gerçekte bu kimseye sağladığı bir korumanın mevcut olup olmadığı ayrımının yapılması gerektiği hatırlatılmak suretiyle vurgulanmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında, çok yönlü bir bireysel değerlendirme süreci yürütülmesinin, uluslararası korumadan gerçekten faydalanma ihtiyacı olan başvuru sahipleri için son derece önemli olduğu göz önünde tutulmalıdır. Her somut olayda vatandaşlığın ulusal koruma sağlayabilecek etkinlikte bir vatandaşlık statüsü sağlayıp sağlamadığı, uluslararası korumanın amacı özellikle ulusal korumaya ikame olma işlevi dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

¹⁰⁵ Öztürk, “Sona Erme”, 416-417.

¹⁰⁶ UNHCR (BMMYK), *Note on Cessation Clauses*, para. 17.

KAYNAKÇA

- Aykaç, Alper Can. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Strazburg, 6.XI.1997”. *TBB Dergisi*, 77 (Temmuz-Ağustos 2008), 359-383.
- Aybay, Rona, “Çifte Uyruklu Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 15 (1993), 101-108.
- Aybay, Rona. “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2003), 141-172.
- Aybay, Rona vd. *Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- Bauer, Jon. “Multiple Nationality and Refugees”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 47 (2014), 905-1001.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. “Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2015) 111-150.
- Bolaca, Aysun. “Uluslararası Yatırım Tahkiminde Vatandaşlık Meselesine (Yeniden) Bakış Serafin Garcia Armas v Venezuela” *YBHD* 8/1 (2022), 223-241.
- Boulbes, Raymond. *La question de la double allégeance -Évolution à cet égard du droit français de la nationalité*. Paris: Dalloz, 1958.
- COE, Council of Europe, *Report on Multiple Nationality*. Strasburg, 2000. <https://rm.coe.int/16807004f3>
- Çelikel, Aysel vd. *Yabancılar Hukuku*, İstanbul: Beta, 27. Basım, 2022.
- Çörtoğlu Koca, Sema. “Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler” *MHB*, 42/2 (2022) 873-912.
- Demirkol Berk, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı” *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2015) 159-193.
- Doğan, Vahit vd. *Türk Vatandaşlık Hukuku* Ankara: Savaş Kitabevi, 18. Basım, 2022
- Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*. İstanbul: Beta, 5. Basım, 2018.
- Erdem, Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul: Beta, 2022.
- Ergüven, Nasıh Sarp - Özturanlı, Beyza Özturanlı. “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye” *AÜHFD* 64/4 (2013) 1007-1061.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*. Ankara: Savaş, 11. Basım, 2021
- Güngör, Gülin. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” *MHB*, 17-18/1-2 (1997-1998), 229-250
- Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin, 9. Basım, 2021.
- Göğer, Erdoğan. “Çifte Vatandaşlık”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44/1-4 (1995), 127-181.
- Gümüşlü Tunçağıl, Gülce. “Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları”. *Public and Private International Law Bulletin* 41/1 (Haziran 2021), 99-127. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.815537>
- Karademir, Ebru. “Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/1 (2018), 239-264.

- Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 29. Basım, 2021.
- Nomer, Ergin. “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık, *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*, 14/ 1-2 (1994), 55-62.
- Özel, Sibel. “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi” *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 37/2 (2018), 249-295.
- Özel, Sibel. “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *YÜHFD XVII/2* (2020) 709-734.
- Özkan, Işıl - Tütüncübaşı, Uğur. “Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler”. *AÜHFD*, 57/3 (2008), 599-634.
- Öztürk, Neva Övünç. “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2012) 187-229.
- Öztürk, Neva Övünç. *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Öztürk, Neva Övünç. “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD* 65/2 (2016) 393-448. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001816
- Öztürk, Neva Övünç. *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Piotrowicz, Ryszard. “Refugee Status and Multiple Nationality in the Indonesian Archipelago: Is There a Timor Gap”. *International Journal of Refugee Law* 8/3 (1996) 319-346.
- Tiryakioğlu, Bilgin. “Multiple Citizenship and Its Consequences in Turkish Law”. *Ankara Law Review*, 3/1 (2006) 1-16.
- Töre, Nazlı. *Milletlerarası Hukukta Mülteci Verilerinin Korunması*. Ankara: Turhan, 2021.
- Uluocak, Nihal. “Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler”. *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni* 7/ 2, (1987), 181-186.
- UNHCR (BMMYK), Note on Cessation Clauses. Erişim 02 Şubat 2023. <https://www.unhcr.org/3ae68cf610.html>
- UNHCR (BMMYK), *Master Glossary of Terms*. Erişim 21 Şubat 2023. <https://www.unhcr.org/glossary/>
- UNHCR (BMMYK), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (Geneva 1992).
- Vonk, Olivier. *Dual Nationality in the European Union, A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*. Brill, Nijhoff: Brill, 2012.
- Vural Çelenk, Belkıs. “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 9 Kasım 2021 Tarihli LW ve Almanya Federal Cumhuriyeti Kararı Çevirisi”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 2 (2022), 1787-1812. <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.1138357>

Wolman, Andrew. “North Korean Asylum Seekers and Dual Nationality”. *International Journal of Refugee Law* 24/4 (2012), 793-814.

Wolman, Andrew. “Refugee Status for North Korean Dual Nationals: A Study of Recent Cases from New Zealand”. *The Korean Journal of International and Comparative Law* 10 (2022), 66-80. <https://doi.org/10.1163/22134484-12340165>



Sosyal Medya Platformları Aracılığıyla Paylaşılan Reklamların İdari Yönden Denetimine Dair Düşünceler^(*)

Thoughts on Administrative Control of Advertisements Shared via Social Media Platforms

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR^(**)

Öz

İnternet ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile birlikte tüketicilerin satın alma alışkanlıkları değişmiştir. Bu bağlamda geleneksel pazarlama ve reklam faaliyetleri de esaslı değişime uğramış ve yeni satış tekniklerinin gelişmesine neden olmuştur. Nitekim günümüzde reklam verenler ve işletmeler reklamcılık faaliyetlerini çoğunlukla kendi sosyal medya hesaplarından veya sosyal medya etkileyicisi üzerinden yürütmeye başlamıştır. Sosyal medya üzerinden yapılan reklamlar tüketiciler açısından bazı faydalar sağlamakla beraber çoğu zaman sorun yaratmakta ve tüketicinin mağduriyetine yol açmaktadır. Özellikle viral reklamlar, sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan tanıtım faaliyetleri, kişiselleştirilmiş reklam ve örtülü reklam gibi yöntemlerle paylaşılan içeriklerin reklam hukuku kurallarına uygun olup olmadığının denetlenmesi tüketici mağduriyetlerinin asgari düzeye indirilmesi konusunda önem arz etmektedir. Bu çalışma kapsamında sosyal medya platformları üzerinden paylaşılan reklam içerikli iletilerin idari yönden denetlenmesine dair hukuki sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sosyal Medya, Reklam, Reklam Kurulu, Hatırlı Pazarlama, Tüketici.

Abstract

With the growth in the rate of internet and social media usage, the purchasing habits of consumers have changed. For this reason, traditional marketing and advertising activities have also changed and new sales techniques have been developed. Today, advertisers and companies have started to do

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 11.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 02.08.2023
DOI: 10.56701/shd.1281321

^(**) Harran Üniversitesi, İ.İ.B.F., İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Şanlıurfa - Türkiye
E-posta: mdogar@harran.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0730-7366>

their advertising activities from their own social media accounts or through social media influencers. Advertising on social media provides some benefits for consumers but this advertisements often creates problems for consumers. Especially, it is important for the protection of the consumer to check whether the shared content such as viral advertisements, influencer marketing activities, personalized advertising and covert advertising comply with the rules of advertising law. In this study, legal problems and solution proposals regarding the administrative control of the advertising content shared by social media influencers on social media platforms will be emphasized.

Keywords

Social Media, Advertisement, Advertisement Council, Influencer Marketing, Consumer.

GİRİŞ

Günümüzde tüketiciler en hayati ve acil ihtiyaçlarını dahi internet üzerinden sipariş vermek suretiyle karşılamaktadır. Bunun en önemli sebeplerinden biri, tüketicilerin satın almak istedikleri ürün veya hizmetlere dair özellikleri inceleyerek fiyat karşılaştırma imkânı bulabilmesidir. İnternetin yaygınlaşması ve özellikle sosyal medya kullanımının artmasıyla birlikte e-ticaret siteleri aracılığıyla yapılan satış oranlarında büyük artışlar yaşanmıştır. Bilhassa Covid-19 salgının etkisiyle bu artış oranının daha da yükseldiği rahatlıkla söylenebilir. Teknoloji alanında yaşanan hızlı gelişmelere bağlı olarak reklamcılık, tanıtım ve pazarlama faaliyetleri de değişikliğe uğramıştır. Tüketiciler geleneksel mecralardaki (televizyon, radyo, gazete vb.) reklamlar yerine sahip oldukları sosyal medya hesaplarından, beğendikleri veya ilgi duydukları marka ya da işletmelerin sosyal medya hesaplarını takibe almakta ya da “fenomen”, “blogger”, veya “sosyal medya etkileyicisi” olarak adlandırılan kişilerin yapmış oldukları tanıtımları takip etmektedir. Sosyal medya kullanımının ciddi oranlarda artması ve tüketicilerin sosyal medya platformlarında gösterilen reklamları daha inandırıcı bularak kolay satın alma kararı verebilmeleri karşısında reklam verenler (üretici, satıcı veya aracilar) tüketicilerin dikkatini çekebilmek, satış miktarını yükseltmek ve/veya marka tanınırlığını arttırmak amacıyla reklam ve tanıtım faaliyetlerini artık geleneksel medya yerine sosyal medya platformları (mecraları) üzerinden yürütmektedirler. Sosyal medya reklamcılığının düşük maliyetli olması da reklam verenlerin bu platformu tercih etmelerinin diğer bir nedenidir.

Reklamlar, hangi platformda yayımlandığına bakılmaksızın, hukuka uygun, tüketici yanıltılmayacak şekilde doğru ve dürüst içeriğe sahip olmalıdır. Geleneksel medya platformlarında olduğu gibi sosyal medya reklamlarının da denetlenmesindeki ana gaye tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesidir. Ancak reklamların idari yönden denetimi yapılırken hukuki ihlallerin tespiti ve yaptırımların uygulanması hususunda bazı sorunların yaşandığı görülmektedir. Bu çalışmayla uygulamada karşılaşılan bazı sorunlara örnek kararlar ile değinilecek ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. REKLAM KAVRAMI

A. REKLAMIN TANIMI

En genel ifadeyle reklam, bir mal veya hizmetin tanıtımı ve sürümüne yönelik her çeşit tanıtıcı iletiler şeklinde tanımlanmaktadır¹. Geniş anlamda reklam, kullanılan mecraya bakılmaksızın, ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerindeki tanıtıcı bilgiler de dahil olmak üzere mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her çeşit iletilerdir. Dar anlamda reklam ise, bir ticari iş, meslek veya sanatla ilgili olarak, taşınmazlar, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların ve hizmetlerin sürümünü artırma amacına yönelik herhangi bir şekilde yapılan tanıtıcı ve bilgilendirici iletilerdir². Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetin üstün niteliklerinin belirlenmesi şeklinde yapılabileceği gibi rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin yahut mal veya hizmetlerinin rakibinden daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde de yapılabilir³. Reklam kavramı, gösterilen mecra fark etmeksizin etiket, ambalaj ve satış yerindeki malzemeler üzerindeki reklam mesajları da dahil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her türlü reklamı kapsar⁴.

¹ Ergun Özsunay ve Murat Özsunay, "E. Özsunay & M. Özsunay Şerhi" Milli Şerh, (Editör: Hakan Tokbaş/ Özlem Tüzüner), (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016), 968; Savaş Bozbel, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), 28 vd.; Adem Aslan, Türk Reklam Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2021), 9 vd.; Abdurrahim Altun, Reklam Yapım Sözleşmesi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 24. Ayrıca bkz. 2006/114/EC sayılı AB Direktifi m. 2/a. <https://www.legislation.gov.uk/eu/2006/114/article/2>. Erişim Tarihi: 1 Şubat 2023.

² Özsunay ve Özsunay, 969; Celal Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983), 34-37 vd; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 81. Bir mal ya da hizmetin satış oranlarını artırma amacı gütmeyen manevi menfaat sağlamak, bir düşünceyi, inancı yaymak ya da bir hayır kuruluşuna yarar sağlamak gibi amaçlarla yapılan reklamlar, "ticari reklam" tanımına dahil değildir. Bkz. Emrehan İnal ve Başak Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2008), 6; Şebnem Akipek Öcal ve İlhan Kara, Tüketici Hukuku Dersleri, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 179.

³ Tanımlar için bkz. Zülal Katı, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2017), 8 vd.; Mehmet Doğan, "Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Yasağı Üzerine Düşünceler", İletişim Çalışmaları ve Yeni Medya 1 (Editör: Hasan Çiftçi), (Ankara: İksad Yayınevi, 2021), 115. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RG: T. 3/3/2011 S. 27863) m. 3/ş'de ise reklamlar; taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını olarak tanımlanmıştır. Bkz. Yakup Güzel, Reklam Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 13; Altun, 32-33. Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016), 5-8. Tüketiciler bakımından önem taşıyan reklam türü ticari reklamlardır. Ticari reklam aynı zamanda bir pazarlama türüdür. Bkz. Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Bası, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 950.

⁴ Emrehan İnal, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 12 vd. Ayrıca bkz. Semih Sırrı Özdemir ve M. Zahid Doğanay, "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7/13, (2019), 297-298.

Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliği⁵ m. 3/f'ye göre reklam, bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı tanıtımı olarak ifade edilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 61'e göre ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır⁶. 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkilane Dair Kanun⁷ m. 40/2'de "satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar, reklam sayılır" denilerek reklamın farklı bir tanımı verilmektedir.

Reklamlar, bir ürünün kitlelere tanıtılmasını amaçlamakla birlikte, tüketiciyi bilgilendirme, ciroyu artırma ve rekabeti destekleme gibi işlevlere sahiptir⁸. Reklamlar aracılığıyla üreticiler kendi ürün ve/veya hizmetlerini tüketicilere tanıtmaya fırsatı bulmakta ve tüketici ile aralarında bir bağ kurulmaktadır⁹. Ancak reklamlarla asıl hedeflenen, tanıtımı yapılan markaya yönelik olumlu izlenim yaratma ve satın alma yönünde tüketicileri harekete geçirmektir¹⁰. Nitekim gösterilen reklamlarla tüketicilerin dikkati çekilir ve reklamı yapılan ürün/hizmetin satın alınması sağlanır¹¹.

B. REKLAMIN UNSURLARI

Reklamın unsurları incelendiğinde, öncelikle bir mal, hizmet, marka veya firmanın tüketicilere tanıtılması veya bilgilendirilmesi amacıyla tanıtıcı mesaj vermesi gerektiği görülmektedir¹². Bu nedenle reklam öncelikle tüketicilere bir mal veya hizmeti tanıtmayı hedeflemeli ve tanıtımı yapılan ürün veya hizmete dair en azından bir mesaj bulunması gerekmektedir. Reklam içeriğindeki mesaj

⁵ RG. T. 26.08.2009, S. 27331.

⁶ TKHK'da ticari reklam kavramının tanımı yapılmakla birlikte reklamlar, "ticari" reklamlar ve "ticari olmayan" reklamlar olarak ikiye ayrılmıştır. Ticari olmayan reklamlara siyasi parti reklamları örnek gösterilebilir. Bkz. Güzel, 13. Tanım için ayrıca bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY) m. 4/1-n.

⁷ RG. T. 09.01.1961, S. 10702.

⁸ Aslan, 32-38; Reklamın işlevleri hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Ahmet Koçyiğit, Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2017), 53-56.

⁹ Rekabetin yoğun yaşandığı sektörlerde işletmeler rakip ürünlerin önüne geçme veya pazar paylarını artırma ya da mevcut pazar paylarını koruma adına reklam faaliyetlerini yürütürler.

¹⁰ Emrehan İnal, "Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2008, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2009), 88.

¹¹ Aydoğdu, 82.

¹² Aslan, 20 vd.; Altun, 26 vd.; İnal ve Baysal, 7; Katı, 11; Özdemir ve Doğanay, 298.

vasıtasıyla hem tüketici ikna edilmeye çalışılır hem de ürün veya hizmetin niteliklerine dair tüketicilere bilgi verilmiş olur. Reklamla asıl amaçlanan tüketiciyi ikna edip onu satın almaya yönlendirmek olduğuna göre, reklam içeriklerinin bir mesaj içermesi (tanıtıcı olması) reklamlarda aranması gereken ilk unsurdur¹³. Nitekim Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY) m. 4/n’de ticari bir reklamın hedef kitleyi bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Reklam ve diğer tanıtım faaliyetleri esasen bir mal veya hizmetin tüketici tarafından satın alınmasını sağlamak ve dolayısıyla ticari bir kazanç sağlamak amacıyla yapılmalıdır. Ticari amaç taşımayacak şekilde bir düşünceyi yaymak, siyasi parti reklamı yapmak, yardım amaçlı gösterilen reklamlar, çevre bilinci veya hayvanların korunmasına dair tanıtımlar ya da kamuyu bilgilendirici içerikler maddi bir menfaat amacı gütmedikleri sürece reklam olarak kabul edilmemelidir¹⁴.

Bir reklamda, reklam veren işletme veya reklam veren kişi/fırmanın kim olduğu bilinmeli ya da en azından reklamı izleyenler bunu anlıyor olmalıdır. Reklamverenin kimliği, tanıtımı yapılan ürün veya hizmetten anlaşılabilirse marka veya ticari işletmenin ayrıca zikredilmesi gerekmez. Hukuki ve idari denetim ile tüketici şikayetlerinin değerlendirilmesi açısından önem arz eden reklamverenin kimliği, reklamlarda belirtilmesi gereken zorunlu unsurların üçüncüsüdür¹⁵.

Sosyal medya reklamcılığında kullanılan çeşitli reklam yöntemlerinde (viral reklamlar, ürün yerleştirme, doğal reklamcılık, hatırlı pazarlama, gizli marka temsilciliği vb.) tüketiciler çoğu zaman reklam verenin kimliğini anlayamamakta ve hatta bir reklam faaliyetinde bulunduğu dahi farkına varamamaktadır. Özellikle örtülü ve viral (yayılmacı) reklamlarda, bir ürün, hizmet veya markadan söz edilirken bunun reklam amaçlı olduğundan bahsedilmemekte ve dolayısıyla tüketiciler aslında bir reklam faaliyeti ile karşı karşıya olduklarını algılayamamaktadır. Bu nedenle, sosyal medya platformlarından paylaşılan ticari ileti ve içeriklerde reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biri “reklam”, “işbirliği”, “sponsor” vb. ifadelerle birlikte belirtilmek zorundadır¹⁶.

¹³ Altun, 10; Arzu Erol, Türk Hukukunda Örtülü Reklam, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2018), 29; Tekelioğlu, 12 vd.; Katı, 11; Gökçe Naz Tandoğu, Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2019), 23 vd.; Aslan, 23; Semih Sırrı Özdemir, Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 44 vd.; İnal ve Baysal, 7. Bir marka, firma ya da meslek erbabını tanıtan tabelaların reklam olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. Altun, 26.

¹⁴ İnal, 2000, 14; Erol, 28 vd.; Aslan, 20 vd.; Tekelioğlu, 14; Özdemir, 46; Katı, 12; Göle, 38.

¹⁵ Çabri, 959; Özdemir, 47 vd.; Aslan, 23 vd.; Göle, 36. Ayrıca bkz. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz (Kılavuz) m. 5/1: Sosyal medya etkileyicisi aracılığıyla yapılan reklamların, açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmesi ve ayırt edilebilir olması zorunludur.

¹⁶ Özsunay ve Özsunay, 981. Ayrıca bkz. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 7, 8, 9, 10. TRHTUY m. 6/1: Biçimi ve yayımlandığı

Reklamlarda bulunması gereken son unsur, reklamın bir mecra vasıtasıyla yayınlanması gerekliliğidir. Zira sınırlı bütçeye sahip olan reklam gösterimlerinin yanlış platformlarda yayınlanması reklam vereni maddi zarara uğratabileceği gibi olumsuz bir etki yaratabilir¹⁷. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, reklamın bir mecra da yayınlanıp yayınlanmamasının önemi yoktur. Zira reklamın vasıtalı veya vasitasız şekilde yapılabilmesi mümkündür¹⁸. İlgili görüş paralelinde, kanaatimizce de gelişen teknoloji ve sürekli değişen pazarlama yöntemleri karşısında reklam platformlarının tahdidi olarak sayılması doğru gözükmemekte ve bu nedenle vasıtalı veya vasitasız olmasından bağımsız olarak reklam ile amaçlanan tanıtım ve pazarlama faaliyetleri için kullanılan tüm araçlar mecra olarak kabul edilmelidir.

II. YENİ MEDYA VE SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞI KAVRAMI

A. SOSYAL MEDYA KAVRAMI

Sosyal medya, Web 2.0 teknolojisi üzerine kurulan, içeriklerin kullanıcılar tarafından oluşturulduğu, insanların birbirleriyle kolayca iletişime geçebildiği, interaktif özellikleri bulunan, video, fotoğraf, yorum, düşünce, fikir, metin paylaşılabilen ve çoklu iletişime imkân sağlayan platform olarak tanımlanmaktadır^{19,20}.

mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğu açıkça anlaşılmalıdır. (2) Çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak veya yapılarını izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz. (3) Reklamlar, editoryal içerikten görsel ve işitsel olarak açık bir şekilde ayırt edilebilir olmalıdır. (4) Herhangi bir mecra da yayınlanan yazı, yayın ve program ile özdeşleşmiş bir başlık, logo, set veya müziğin bir reklamda kullanılması halinde, söz konusu mesajın reklam olduğu tüketiciler tarafından kolaylıkla fark edilebilir olmalıdır. (5) Haber bültenleriyle veya kamu hizmeti duyurularıyla özdeşleşmiş bir görüntü veya ses efektinin reklamda kullanılması halinde, söz konusu mesajın reklam olduğu tüketiciler tarafından kolaylıkla fark edilebilir olmalıdır.

¹⁷ TRHTUY m. 4/1-ı düzenlemesine göre mecra reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarıdır. İlgili düzenlemeden, reklamı hedef kitle ile buluşturan platformların hemen tümü (gazete, dergi, radyo, televizyon, tele-alışveriş, mobil reklamcılık, el ilanları, eşantiyon, e-posta, sinema, ambalaj, etiket, açık hava reklam panoları, elektronik reklam panoları, kapalı alan afiş ve ilanları, broşür, katalog vb.) mecra (platform) olarak kabul edilmektedir.

¹⁸ İnal ve Baysal, 7; İnal, 2000, 12. Karş. Bahadır Demir, Reklam Sözleşmeleri, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 62 vd.; Erol, 31 vd.; Özdemir, 49; Tekelioğlu, 14 vd. Aksi görüşte, Göle, 38. Yazara göre bir faaliyetin reklam olarak değerlendirilebilmesi için o faaliyetin mutlaka umuma ve/veya hedef kitleye yöneltilmesi ve bunun da bir vasita aracılığıyla yapılması gerekir.

¹⁹ Bkz. Koçyiğit, 80 vd.; Tandoğu, 13; Özdemir ve Doğanay, 296 vd.; Hayriye Dilara Abbasoğlu, Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 25; Merve Özel, Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 29. Ayrıca bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-codeint.pdf>, 30. Erişim Tarihi: 24 Şubat 2022.

²⁰ Türkiye’de sosyal medya ve dolayısıyla sosyal ağ sağlayıcısına dair tanım, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi

Reklamlar vasıtasıyla hedef kitle üzerinde olumlu bir iz bırakmak, bilgi vermek ve tüketicileri satın almaya yönlendirmek amaçlandığına göre reklamı yapılan ürün ya da hizmetin tüketiciye hangi mecrada (platformda) sunulacağı önem arz eder. Reklam veren, hedef kitlesini belirledikten sonra reklamın hangi mecra veya mecralarda yayınlanacağına bilhassa özen göstermelidir²¹.

Geleneksel medya araçları (televizyon, radyo, gazete, dergi vb.), olayları ve dolayısıyla reklamları tek taraflı olarak iletmede, diğer bir anlatımla tek yönlü iletişim sağlanmaktadır. Bu nedenle bireyler iletişim sürecine doğrudan katılım sağlayamazlar ve kitlesel bir propaganda aracı olan geleneksel medya platformlarının pasif bir süjesi haline gelmektedirler²². Geleneksel medya reklamlarında kullanılan süjeler (*örneğin* ünlüler) tüketicilerin ilgisini çekmezken, sosyal medya mecralarında yapılan paylaşımlar tüketiciler açısından eğlenceli bulunmaktadır. Tüketiciler bu platformlarda, satın aldıkları ürün veya hizmetin niteliğine dair özgürce yorum yapabilmekte, karşılıklı fikir beyan edebilmekte ve beğeni ya da isteklerini ifade edebilmektedir. Bununla birlikte, geleneksel medya araçları ile yapılan reklamcılık faaliyetleri ciddi manada maliyetli olmakta ve sınırlı bütçeye sahip olan reklam gösterimlerinin yanlış platformlarda veya yanlış zamanda yayınlanması reklam vereni maddi zarara uğratabileceği gibi olumsuz bir etki de yaratabilmektedir²³.

Günümüzde internet kullanımının yaygınlaşması ve sosyal medya platformlarının çoğalması ile birlikte sosyal medya platformları da birer reklam mecrası haline gelmiştir²⁴. Nitekim reklam verenler, tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin büyük çoğunluğunu artık internet ve dolayısıyla sosyal medya üzerinden yap-

Hakkında Kanun m. 2/s'de düzenlenmiştir. Buna göre, sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü ve ses gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler "*sosyal ağ sağlayıcı*" olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım, Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m.4/a hükmünde de yer almaktadır. 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDK) m. 2/1-c ise ticari elektronik ileti kavramına yer vermiş ve "*telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler*" denilerek, "*reklam*" tanımı yapılmıştır.

²¹ Ayrıca bkz. İnal ve Baysal, 7; Erol, 31 vd.; Özdemir, 49.

²² Metin Aykurt, Geleneksel Medyaya Karşı Alternatif Medya Platformu Olarak Youtube: Youtube Haber Kanalları Üzerine Bir İnceleme, Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kastamonu: 2022), 5-7 vd.

²³ Yusuf Tekke, Geleneksel Medyadan Sosyal Ağlara, İçeriğin Dönüşümü: Cüneyt Özdemir Youtube Kanalını Örneği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2021), 6-20.

²⁴ Sosyal medya platformları; sosyal ağlar, bloglar, mikro bloglar, internet forumları, podcastler, vikiler, sanal dünya mecraları olarak sınıflandırılabilir. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Abbasoğlu, 27-30; Gordon Glenister, Influencer Marketing Strategy, How to Create Successful Influencer Marketing, (London: Kogan Page, 2021), 74.

maktadır. Doktrinde “yeni medya”, “sosyal medya reklamcılığı” veya “dijital reklamcılık” olarak da adlandırılan yeni nesil dijital reklamcılık, internet tabanlı yazılımların etkisi ve (geleneksel medya platformlarından farklı olarak) kullanıcılar arasında geri bildirim imkân tanınması nedeniyle hızlı gelişme kaydetmiştir²⁵. Özellikle e-ticaretin Covid-19 pandemi döneminde gösterdiği muazzam büyüme oranlarına paralel olarak reklam faaliyetlerinin de geleneksel reklam mecralarından çevrimiçi dijital reklamcılığa doğru hızlı geçiş yaptığı görülmektedir. Web 2.0 temeline dayanan ve kullanıcıların²⁶ içerik oluşturmaya ve bunu değiştirmesine imkân sağlayan uygulamalar sayesinde kişiler, herkese açık veya sınırlı erişime sahip bir sosyal medya hesabı (profili) oluşturmada ve bu hesap vasıtasıyla diğer sosyal medya kullanıcıları ile iletişimde bulunmaktadır²⁷. Klasik kitle iletişim araçları veya geleneksel medyadaki reklam faaliyetlerinden farklı olarak sosyal medya reklamcılığında tüketiciler, ilgili platformlarda beğeni ve yorumlarını aktif olarak ortaya koyabilmekte ve bu durum yeni medyanın “etki-leşim” özelliği olarak tanımlanmaktadır²⁸.

B. SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞI

İnternet kullanıcılarının sosyal medyaya göstermiş olduğu yoğun ilgi işletmeler tarafından da fark edilmiş ve bu nedenle reklamlar ağırlıklı olarak sosyal medyada gösterilmeye başlamıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, geleneksel reklam platformlarından farklı olarak tüketicilerin aktif olduğu, kendilerini ifade edebildiği, yorum, düşünce ve duygularını serbestçe paylaşabildiği sosyal medya mecraları artık geleneksel reklam platformlarının yerini almıştır²⁹. Sosyal medya hesaplarının kullanıcılar tarafından aktif ve yoğun bir şekilde kullanılması sosyal medya reklamlarını en yaygın kullanılan internet reklam türü haline getirmiştir³⁰.

Sosyal medya reklamcılığının süratle büyümesinin nedenlerinden biri ucuz maliyetle, istenilen hedef kitleye ulaşılabilmesidir. Reklam verenler, sosyal medya platformlarının sağlamış olduğu kişisel verilere dayanarak daha isabetli ve et-

²⁵ Dijital medya hakkında diğer tanımlar için bkz. Aykurt, 16 vd. Yeni medya tanımlamasının geleneksel medya kavramından ayrı olup olmadığı hakkında açıklama ve tartışmalar için bkz. Özel, 28 vd.

²⁶ Günümüzde yeni medya kavramı ile birlikte izleyici, dinleyici veya okuyucu kavramları yerini “kullanıcı” terimine bırakmıştır. Bkz. Özel, 28.

²⁷ Sosyal ağların türleri ve sosyal medya platformları hakkında geniş bilgi için bkz. Abbasoğlu, 27-30; Tandoğu 13-20; Özdemir ve Doğanay, 303 vd.

²⁸ Tekke, 35 vd.

²⁹ Özdemir ve Doğanay, 296 vd.; Özel, 30.

³⁰ Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) 26.08.2022 tarihinde yayınlamış olduğu “Hane Halkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması 2022” sonuçlarına göre Türkiye’de internete erişim imkânı olan hane oranı %94.1, internet kullanan bireylerin oranı ise %85 olarak tespit edilmiştir. Bkz. [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587&dil=1](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587&dil=1) Erişim Tarihi: 25 Şubat 2023.

kili şekilde istenilen hedef kitleye reklam gösterildiğinden, sosyal medya reklamcılığını özellikle tercih etmektedir. Bununla beraber kullanıcılara yeni pazarlama yöntemleri kullanılarak ilgi çekici reklamlar gösterilmesi kullanıcı ve reklam verenlerin sosyal medya platformlarına yönelmesinin diğer sebebidir³¹.

İnternet vasıtasıyla yapılan reklam faaliyetleri genel olarak, sosyal medya reklamları, internet sitesi reklamları, görüntülenmeye dayalı reklamlar (banner-frame), reklam bağlantıları (link), pop-up reklamlar, arama motoru (anahtar sözcük) reklamları, oyun reklamları ve e-posta (özellikle spam) reklamları olarak sınıflandırılabilir³². Sosyal medya reklamları ise (sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte), kişiselleştirilmiş reklamlar, viral reklamlar, ürün yerleştirme, doğal reklamcılık, gizli marka temsilciliği ve etkileyici (ünlü-fenomen) vasıtasıyla yapılan reklamlardır³³. Sosyal medya platformlarında en sık rastlanan hukuka aykırı reklam türleri ise örtülü reklam, aldatıcı reklam ve yayılmacı reklamlardır.

Aldatıcı reklamlara dair TKHK’da bir tanım olmamakla beraber, “Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar”a ilişkin 12.12.2006 tarih ve 2006/114/EC sayılı AB Yönergesi m. 2/b’de aldatıcı reklam “*sunumu da dahil olmak üzere, herhangi bir şekilde iletildiği ya da ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltma olasılığı bulunan ve yanıltıcı niteliğiyle de onların ekonomik davranışlarını etkileyen veya bir rakibe zarar veren ya da zarar verme olasılığı olan reklamlar*” şeklinde tanımlanmıştır³⁴. TKHK m. 61/3 ise aldatıcı reklam yapılamayacağını hüküm altına almıştır. TRHTUY m.7/1 ise reklamların doğru ve dürüst olmasını düzenlemektedir. Aynı Yönetmeliğin 7/5 maddesine göre reklamlar tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüler içeremez³⁵. Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde üç kriter dikkate alınmaktadır. Bunlardan ilki reklamın eksik bilgiler içermesi, yanlış ve yanıltıcı olmasıdır³⁶. İkinci husus, reklamın hitap

³¹ Bkz. Abbasoğlu, 33-34; Özdemir ve Doğanay, 303.

³² Altun, 31 vd.; Aslan, 26-29; Güzel, 14. Burcu Budak, İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2021), 34; Koçyiğit, 102-115; Abbasoğlu, 23-25. Diğer sınıflandırmalar hakkında ayrıca bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY), RG: T. 10.01.2015, S. 29232.

³³ Özdemir ve Doğanay, 307; Abbasoğlu, 30-33; Tandoğu, 15 vd.

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0114&from=EN> Erişim Tarihi: Mart 15, 2023. Ayrıca bkz. Akipek Öcal ve Kara, 180 vd.

³⁵ TRHTUY m. 29/1: Yanlış bilgi içeren veya verilen bilgiler esasen doğru olsa bile sunuluşuna dair bütün koşullar değerlendirildiğinde, ortalama tüketiciyi aldatan ya da aldatmaya elverişli olan ve bu suretle tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar aldatıcı olarak kabul edilir. Ayrıca bkz. TTK m.55/1. Aldatıcı reklamların günümüzde sıklıkla kötüleme, saldırgan satış yöntemleri ve karşılaştırma yasağına aykırılık şeklinde ortaya çıktığı görüşü hakkında bkz. Budak, 179.

³⁶ Aldatıcı reklam ile yanıltıcı reklam terimi birbirleriyle aynı anlama gelmekte ve aldatıcı reklam, yanıltıcı reklamı da kapsayan üst bir kavram olarak ifade edilmektedir. Bkz. İnal, 2000, 36; Akipek Öcal ve Kara, 181 vd.

ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma olasılığının bulunmasıdır. Son olarak, reklamdaki aldatıcılık “*ortalama tüketici*”nin satın alma kararını etkilemiş olmalıdır³⁷. Bir reklamın aldatıcı nitelikte olmadığı ve bunun doğruluğunu ispat etme yükü reklam verene aittir (TKHK m. 61/6). İlgili düzenleme ile ispat yükünün yer değiştirmesi tüketicinin korunması ve hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Reklam Kurulu (RK) ise, reklamdaki somut bilgilerin doğruluğunun reklam veren tarafından ispat edilememesi durumunda, bu bilgilerin aldatıcı olduklarının ispatı aranmaksızın yaptırım uygulamaktadır³⁸.

Sosyal medya platformlarında hukuka aykırı gösterilen diğer reklam türü örtülü reklamlardır. TKHK m. 61/4 ve TRHTUY m. 4/k’ya göre, “*reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak*” kabul edilmektedir³⁹. Her türlü iletişim aracında olduğu gibi sosyal medya platformlarında da sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır (Kılavuz m. 5/1). Örtülü reklamların yasaklanması

³⁷ Göle, 169; Özsunay ve Özsunay, 991-992; İnal ve Baysal, 25; Tekelioğlu, 72-79. Hedef kitlesi çocuk ve küçükler olan tanıtımlar için aldatıcılık unsuru TRHTUY m. 24 ve 24/A’da özel olarak düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, çocukların; fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz yönde etkileyebilecek hiçbir ifade ya da görüntü içeremez (m.24/1-a). Mesafeli sözleşmelere ilişkin reklamlar, doğrudan çocukları hedef alan satın alma daveti içeremez (m.24/2). İlgili hüküm, sosyal medya etkileyicisinin yapmış olduğu paylaşımlar için de geçerli olmalıdır. Çocuklara yönelik reklamlar hakkında geniş açıklamalar için bkz. Güzel, 67-81.

³⁸ Bozbel, 117; Özsunay ve Özsunay, 992; İnal ve Baysal, 34; Akipek ve Öcal, 183. Aldatıcı reklamlara uygulanan yaptırımlar için bkz. TKHK m. 77/12. Ayrıca bkz. Reklam Kurulu, 09.08.2022 tarihli 324 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/671; 05.07.2022 tarihli 323 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/1915; 14.06.2022 tarihli 322 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/483. 17.05.2022 tarih ve 321 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı 2022/1546 numaralı kararında tüketicilerin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir işleme taraf olmasına yol açan aldatıcı bir ihtimalden bahsedilmekte ve bu ihtimali doğurması gerekçesiyle ilgili reklam haksız ticari uygulama niteliğinde değerlendirilmektedir. <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> Erişim Tarihi: 15 Mart 2023.

³⁹ Örtülü reklamların en yaygın görülme şekli bilinçaltına yönelik (sübliminal) reklamlar ile ürün yerleştirme ve haber gibi görünen reklamlardır. Tüketiciler haber, eğlence veya spor programı izlediğini zannederken aslında farkında olmadan reklam faaliyetine maruz kalmakta ve satın alma tercihleri etkilenmektedir. Aynı durum, etkileyicilerin sosyal medya hesaplarından yapmış oldukları paylaşımlar için de geçerlidir. Bkz. TKHK m. 61 gerekçesi. Erol, 120 vd.; İnal, 2000, 79; Güzel, 47-48; Özsunay ve Özsunay, 998. Reklam Kurulu vermiş olduğu kararlarında etkileyicinin takipçilerini etkilemek için yaptığı paylaşımlarda muhtelif ürün isimlerine yer verdiği ve takipçilerin bu ürünleri satın alması için ilgili siteye yönlendirmede bulunduğu tespit etmiştir. Etkileyici ile reklam veren işletme arasında reklam anlaşması bulunduğu halde, etkileyicinin “işbirliği” yapıldığına dair bilgilendirmede bulunmaması veya bunun bir reklam faaliyeti olduğuna dair ibare olmaması nedeniyle Reklam Kurulu yaptırım uygulamıştır. Bkz. 17.05.2022 tarihli 321 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/1883, 1759, 1762, 1763, 1766, 1767, 1883. Etkileyicinin paylaşmış olduğu içerikte kullanması gereken ifadeler Kılavuzun 7-8-9 ve 10. maddelerinde tek tek sayılmıştır. Bkz. Kılavuz m. 5/2.

daki amaç, hedef kitledeki tüketicilerin örtülü reklamlar karşısında hazırlıksız yakalanarak rahatça etki alanına alınabilmesini engellemektir⁴⁰. Reklamın temel unsurlarından biri, yapılan faaliyetin tüketici tarafından reklam olduğunun anlaşılması olduğundan tüketici hangi mecrayı takip ederse etsin reklam veya tanıtım faaliyetine maruz kaldığını anlamalıdır⁴¹.

Nitekim günümüzde tüketicilerin büyük bir çoğunluğu geleneksel reklam mecralarında yayınlanan reklamları dikkate almamakta ve bu mecralardaki reklamları görmeyi tercih etmemektedir. Bu durumun farkında olan marka ve işletmeler, tüketicinin dikkatini çekmek, onları etkileyebilmek adına sosyal medya üzerinden örtülü reklam yoluna başvurmakta ve bunu yaparken de genellikle sosyal medya etkileyicilerini kullanmaktadır. Tüketicilerin (kullanıcı-takipçi) takip ettikleri bir sosyal medya etkileyicisinin kendi sosyal medya hesabında paylaştığı içeriklerde reklam etiketi kullanmadan yaptığı tanıtımlar, ürün veya hizmete dair görüşlerinin gerçek tecrübe ve samimi düşüncelere dayandığına dair algı oluşturmaları örtülü reklam olarak kabul edilmektedir. Örtülü reklamın en karakteristik özelliği, yapılan tanıtım faaliyetinin reklam olduğu konusunda tüketiciye herhangi bir bilgilendirme yapılmaması veya uyarıda bulunulmamasıdır⁴².

Sosyal medyada sıkça rastlanan diğer bir reklam türü olan ve yayılcı reklam olarak da adlandırılan viral reklamlar çoğunlukla şiddet, korku ve cinsellik gibi geleneksel reklamlarda bulunmayan içerikleri barındırması nedeniyle ilgi çekmektedir. Viral reklamlar tüketicilerin merhamet, yardımseverlik, sorumluluk, vatanseverlik veya dini duygularını da istismar edebilmektedir. Bununla birlikte, bu tür reklamlar tüketicilerde şok etkisi yaratarak onlarda öfke, acıma ve kınama gibi duyguları harekete geçirerek reklamı yapılan ürün veya hizmeti haksız biçimde öne çıkarmaktadır⁴³.

Tüm bunlarla birlikte kişiselleştirilmiş pazarlama faaliyetleri kapsamında sosyal medya üzerinden kullanıcıların kişisel verileri çoğunlukla rızaları dışında toplanarak hukuka aykırı biçimde işlenmekte ve bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması başlı başına hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum aynı zamanda haksız ticari uygulama olarak ifade edilmektedir⁴⁴. Özetlemek gerekirse, sosyal medya, reklam hukuku bakımından, mevzuat hükümlerinin en fazla ihlal edildiği ve günümüzde en sıkı denetime tabi tutulması gereken alan olarak değerlendirilmelidir.

⁴⁰ Güzel, 48; Erol, 120 vd.

⁴¹ Tandoğu, 87; Abbasoğlu, 78 vd.; Özdemir ve Doğanay, 311.

⁴² Erol, 54.

⁴³ İlgili tanım ve diğer açıklamalar için bkz. Abbasoğlu, 94-95.

⁴⁴ Abbasoğlu, 93 vd.; Özdemir ve Doğanay, 322 vd.

C. SOSYAL MEDYA PLATFORMLARININ REKLAM MECRASI OLMA NİTELİĞİ

Günümüzde artan mobil cihaz kullanımına bağlı olarak birçok internet kullanıcısı aynı zamanda artık bir sosyal medya kullanıcısı haline gelmiştir. İnternet kullanıcılarının sosyal medyaya göstermiş olduğu bu yoğun ilgi işletmeler tarafından da fark edilmiş ve bu nedenle yukarıda da ifade edildiği üzere reklamlar ağırlıklı olarak sosyal medyada gösterilmeye başlanmıştır⁴⁵. Kişiye özel reklamlar gösteren ve karşılıklı etkileşimde bulunabilme imkânı veren sosyal medya hesaplarının Türkiye’deki kullanıcılar tarafından aktif kullanılması ve bu mecralarda yayınlanan içeriklere güvenilmesi ile reklam etkinliğinin doğruya yakın ölçülebilmesi, sosyal medya reklamlarını, en yaygın kullanılan internet reklam türü haline getirmiştir⁴⁶.

Sosyal medya ağlarının hukuken birer reklam mecrası sayılıp sayılmayacağı hususu cevaplanması gereken önemli bir sorudur. TRHTUY m. 4/1-i, mecra kuruluşunun tanımını vermekte ve mecra kuruluşunu “reklamın yayımlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecranın sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlamaktadır. 5651 sayılı Kanun m. 2/1-s düzenlemesine göre, sosyal ağ sağlayıcısı; sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşmalarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak ifade edilmiştir⁴⁷.

Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz’un 7, 8, 9 ve 10. madde başlıkları incelendiğinde, isim zikredilerek belirtilen sosyal medya ağlarının kanun koyucu tarafından birer reklam mecrası olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim, Kılavuz m. 12/1 düzenlemesi, “reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşu olarak sosyal medya etkileyicilerinin her biri, bu Kılavuz maddelerine uyum konusunda ayrı ayrı sorumludur” hükmü ile hem sosyal medya platformlarının hem de sosyal medya etkileyicilerinin sahibi olduğu sosyal medya hesaplarının birer

⁴⁵ Özdemir ve Doğanay, 296 vd.; Özel, 30.

⁴⁶ Nitekim klasik internet reklamcılığı (pop-up, banner vs.) her ne kadar istatistikî bir veri sağlıyor olsa da reklamın etkinliğini ölçmede yetersiz kalmaktadır. Halbuki sosyal medya reklamcılığında tüketiciler etkileşimde bulunarak (yorum-geri bildirim vb.) reklamların daha özgül ve etkili hale getirilmesine katkıda bulunur. Böylece reklam verenler kişiselleştirilmiş reklamlar gösterebilmekte ve hedeflenen kitleye ulaşabilmektedir. Paylaşılan bir iletinin kaç kişi ve kimler tarafından görüldüğünün de tespit edilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte sosyal medya reklamcılığının ucuz maliyetli ve kullanıcıların istediği zaman ve istediği yerden (zaman ve mekândan bağımsız olarak) bu platformlara erişebilmesi işletmelere muazzam avantajlar sağlamaktadır. Birçok marka ve işletme kullanıcılardan gelen geri bildirimler sayesinde pazarlama stratejilerini belirlemekte ve ulaşamadığı kitlelere bu yolla ulaşma şansı yakalamaktadır. Bkz. Abbasoğlu 33-34; Özdemir ve Doğanay, 303.

⁴⁷ 5651 Sayılı Kanun m. 2/1-m’ye göre hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler yer sağlayıcı olarak açıklanmıştır.

mecra kuruluşu olarak kabul edilmesinin önünü açmaktadır. İlgili düzenlemelerden hareketle, sosyal medya platformlarının reklam mecrası olarak kabulünün önünde herhangi bir engel kalmadığı rahatlıkla söylenebilir⁴⁸. Bu bağlamda Instagram, Facebook, Twitter, TikTok ve YouTube gibi sosyal medya platformlarını reklam mecrası olarak kabul etmek gerekir⁴⁹.

III. REKLAMLARDA DENETİM

A. GENEL OLARAK

Sosyal medya, reklamcılık alanında çeşitli yenilik ve avantajlar sağlamakla birlikte hukuki perspektiften bakıldığında bazı tehlikeleri de barındırmaktadır. Sosyal medya platformlarında gösterilen tanıtım ve reklam amaçlı içerikler yoluyla çoğu zaman fikri mülkiyet hakları veya kişisel verilerin korunması gibi bazı ilkeler ihlal edilmekte, özellikle ticari alanda haksız rekabet hükümlerine aykırı pazarlama faaliyetleri görülmektedir⁵⁰. Bunun yanında tüketicilerin satın alma kararını etkilemek adına onları yanıltan ve/veya aldatan reklamların çok fazla sayıda olması sosyal medya reklamlarının denetlenmesini gerektirmektedir. Ancak reklamlar denetlenirken dengeli ve hakkaniyetli bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira katı olarak uygulanan yasağcı ve cezai bir zihniyet veya tam tersi bir yaklaşım tüketicilerle birlikte piyasaya da zarar verecektir⁵¹. Ticari reklamların denetimi, özdenetim, idari denetim ve adli (cezai-hukuki) denetim olarak üç kısma ayrılmaktadır. Çalışma konusu reklamların idari denetimi olduğundan reklamların adli yönden denetimi çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁴⁸ Özel, 30; Abbasoğlu, 24-25 vd.; Özdemir ve Doğanay, 326. Karş. Tandoğu, 36. Reklam Kurulu, vermiş olduğu kararlarda reklamın yayınlandığı mecraı “internet” şeklinde belirtmekte, şikâyet edilen sosyal medya platformunun ismini ise “tespitler” veya “şikâyet edilen reklam” başlığı altında zikretmektedir.

⁴⁹ Meltem Karatepe Kaya, “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklam-lara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, 70/3 (2021), 708.

⁵⁰ Özdemir ve Doğanay, 302 vd.; Akipek Öcal ve Kara, 181. TBK m. 57: Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir. TTK m. 54/2: Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. TTK’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin ticari nitelikte olsun veya olmasın tüm haksız rekabet hallerini kapsadığı ve genel bir hüküm olduğu belirtilmekte ve bu hükümlerin uygulanabilmesi için tarafların tacir olmasına gerek bulunmadığı veya eylemin ticari iş niteliğinde olmasının aranmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Abbasoğlu, 90-93 vd.

⁵¹ Emrehan İnal, “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi” Yeni Tüketicici Hukuku Konferansı, (Editör: M. Murat İnceoğlu), (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2015), 123-125.

B. REKLAMLARDA ÖZDENETİM

Reklamlar yayınlanmadan önce reklam sektöründeki meslek mensupları tarafından denetlenmesi özdenetim olarak ifade edilmektedir. Farklı bir anlatımla, reklamlar yayınlanmadan evvel reklamı üreten kişilerin kendilerini denetlemesi reklam özdenetimi olarak tanımlanır⁵². Reklamlarda özdenetim yapılması sektörün kendini kontrol ederek hukuka ve mevzuata uygun içerikler hazırlanmasına vesile olur. Özdenetimde amaç, reklam ajansı, reklam veren ve reklam mecralarının tüketiciye karşı sorumluluk kapsamında reklamlardaki hukuka aykırılığın düzeltilmesinin sağlanmasıdır⁵³. Türkiye’de reklamların özdenetimi Reklam Özdenetim Kurumu⁵⁴ ve İstanbul Ticaret Odası tarafından yapılmaktadır⁵⁵.

Günümüzde reklamların özdenetimini yapan en önemli kurum Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK)’dur. Kurul, tüketiciler ve diğer reklam verenlerden gelen şikayetleri incelemek bazı durumlarda bu incelemeyi re’sen yapmaktadır. Kurulun reklamlar hakkında herhangi bir idari veya cezai yaptırım uygulaması bulunmayıp sadece tavsiye niteliğinde görüş sunmaktadır. Tavsiye niteliğindeki bu kararlar sektörün kendi içerisindeki kişiler tarafından verildiği için taraflar hem etik değer hem de ticari teamüller gereği bu kararları dikkate almaktadır. Ancak Kurulun kuruluş ve işleyişi için yasal bir dayanak bulunmadığından yeterli derecede etkin olamadığı söylenebilir⁵⁶.

⁵² Özdemir, 117; Güzel, 180; Katı, 90; Tandoğu, 54. Reklamlarda özdenetimin faydaları hakkında bkz. Erol, 140.

⁵³ Reklamda özdenetimin misyonu; reklamın ilgili tarafları olarak reklam veren- reklam ajansı- mecraya üçlünün tüketiciye karşı toplumsal sorumluluğu bulunduğu ve tüketiciyi koruma kavramına sahip çıkılmasının uzun vadede bu üçlünün çıkarına olduğu bilinciyle düzeltilmesidir. Pazarlama iletişiminin, evrensel hale gelmiş uluslararası kaynaklara dayanan kurallara göre yürütülmesi ve bunun sürekliliğinin sağlanması, özdenetim bilincinin yerleştirilmesi, kurallara aykırı reklamların reklam veren - reklam ajansı - mecraya üçlünün özdenetimi ile durdurulması ve /veya düzeltilmesidir. Bkz. <https://www.rok.org.tr/misyon-ve-vizyon/> Erişim Tarihi: 12 Mart 2023.

⁵⁴ Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK), Reklamverenler Derneği, Reklamcılar Derneği ve mecraya kuruluşlarının katılımıyla oluşan bir etik hizmet platformudur ve tüzel kişiliği yoktur. RÖK, reklamların hukuki, ahlaki, kamu düzenine uyan ve dürüst biçimde üretilmesi için faaliyet gösteren bir örgüttür. RÖK, yanıltıcı reklamlarla ilgili tüketici şikayetleri, reklam verenler veya reklam ajanslarının ticari iletişim ve tanıtım faaliyetleri dolayısıyla birbirleri hakkındaki şikayetleri hakkında tavsiye niteliğinde görüş bildirmektedir. Bkz. <https://www.rok.org.tr/ictuzuk/> Erişim Tarihi: 12 Mart 2023.

⁵⁵ Mesleki birliklerin özdenetimi hakkında bkz. Özdemir, 120 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. Reklam Konseyi Yönetmeliği. İlgili yönetmelik m. 4/1 gereği, reklam politikalarının oluşturulması ve uygulanması ile ilgili olarak; çağdaş iletişim uygulamalarını takip etmek, reklam sektörünün ve reklam denetim işlevinin geliştirilmesine yönelik araştırma ve çalışmalar yapmak, bu alanda görüş ve önerilerde bulunmak ve bu görüş ve önerileri ilgili mercilere iletme amacıyla Reklam Konseyi oluşturulmaktadır. Konseyin görevi, reklam ve pazarlama iletişimi alanlarına ilişkin çağdaş ve uluslararası gelişmeleri ve yargı kararlarını izleyerek, bu alanlarda düzenleme ve denetim işlevinin geliştirilmesi ile ilgili görüş ve önerilerde bulunmaktır. (m.7/1-a.).

⁵⁶ Erol, 142 vd.

Özdenetim mekanizmasının doğru uygulanması hukuka aykırı reklamların yayınlanmadan düzeltilmesini sağlamakla birlikte, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından mahkemeler ve idari kurumların yükünü hafifleteceği de aşıkardır⁵⁷. Nitekim reklam özdenetimi yapan kuruluşların temel gayesi, reklamlarla ilgili mecralara özdenetim anlayışını, herhangi bir şikâyetin ortaya çıkmasını engelleyecek biçimde kendi iradeleri ile uygulama alışkanlığı kazandırmaktadır⁵⁸.

C. REKLAMLARDA İDARİ DENETİM

Türk hukukunda reklamların denetimi asli olarak idari denetim mekanizması yoluyla yapılmaktadır⁵⁹. Türkiye’de ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeler yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetleme, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbirden durdurma cezası verme yetkisini kullanmak üzere Reklam Kurulu ihdas edilmiştir (TKHK m. 63/1). Kurul, Ticaret Bakanlığı’na bağlı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet göstermektedir. Reklam Kurulu, TKHK m. 61 ve m. 62’de belirtilen esaslara uygun olarak ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak ve ticari reklam ve haksız ticari uygulamaları, belirlenen ilkeler çerçevesinde incelemek ve gerektiğinde denetim yapmakla görevlidir⁶⁰. Tüketiciler, hukuka aykırılık teşkil eden bir reklamı Reklam Kurulu’na şikâyet ederek TKHK m. 63’te belirtilen yaptırımların uygulanmasını talep edebilmektedir. Kurul, yapılan başvuruları incelemeye tabi tutarak, gerekiyorsa kanunda öngörülen ceza ve/veya tedbirleri uygulamaktadır⁶¹. Kurul’un vermiş olduğu kararlar Ticaret Bakanlığı tarafından yerine getirilir. Kurul, tüketicilerin mali, güvenlik ve sağlık gibi konularda menfaatinin korunmasını sağlama göreviyle birlikte son yıllarda büyük artış gösteren internet ve sosyal medya üzerinde yayınlanan reklamları da denetlemeye başlamıştır.

Reklam Kurulu’nun sosyal medyada paylaşılan reklamları denetlemek suretiyle TKHK m. 77’ye dayanarak uyguladığı idari yaptırımlar birer “birel işlem” niteliğindedir. Birel işlem, idarenin yürürlükteki mevzuat kapsamında ve buna aykırı

⁵⁷ İnal ve Baysal, 101 vd.; Tandoğu, 55.

⁵⁸ Bkz. <https://www.rok.org.tr/ictuzuk/> Erişim Tarihi: 12 Mart 2023.

⁵⁹ İnal, 2015, 125.

⁶⁰ Bkz. Reklam Kurulu Yönetmeliği (RKY) (RG: T. 03.07.2014, S. 29049), m. 7/1-a, b.

⁶¹ Çabri, 1121; Tekelioğlu, 151 vd.; Güzel, 182. Kurulun uyguladığı idari yaptırımlar sadece tüketicinin menfaatinin koruyucu değil, aynı zamanda ticaretin gelişmesine, rekabete ve reklam sektörüne zarar vermeyecek nitelikte olmalıdır. Bkz. İnal, 2015, 128 vd.; Özdemir, 111-114. Kurulun idari ve cezai bir yaptırımı aynı anda uygulaması hakkındaki tartışmalar için bkz. Erol, 145-147; Tandoğu, 57-59; Karatepe Kaya, 706.

olmamak üzere genel, soyut ve sürekli prensipler oluşturma gayesiyle kural koyucu nitelikteki idari işlemlerdir. Farklı bir anlatımla, birel işlemler, idarenin kamu gücünü kullanarak, tek taraflı irade açıklamalarıyla yaptığı özel, somut ve bir defa uygulanmakla tükenen, belirli kişilere ilişkin hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır⁶². Reklam Kurulu'nun idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı (TKHK m. 78/2 gereği) 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. İdare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz⁶³.

D. SOSYAL MEDYA ARACILIĞIYLA PAYLAŞILAN REKLAMLARIN İDARİ DENETİMİ

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türkiye'de bir reklamın hukuka uygun olup olmadığına idari denetimi Reklam Kuruluna aittir. Kurul, TKHK m. 61 ve 62'de belirtilen esaslara uygun olarak ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmaya ve bu kapsamda inceleme ve denetim yapmaya, inceleme ve denetimler sonucuna göre idari yaptırımında bulunmakla yetkilidir. Bu bağlamda sosyal medya üzerinden yapılan reklamlar da Reklam Kurulu'nun denetimine tabidir⁶⁴. İnternet ve dolayısıyla sosyal medyada yayınlanan reklamların denetlenmesi görevi 02.02.2018 tarih, 553 sıra numaralı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı m.73 ile RTÜK'e devredilmek istenmiş ancak Komisyon görüşmelerinde bu düzenlemeden vazgeçilmiştir⁶⁵.

⁶² Bkz. Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 34, 51; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 21. Baskı, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 575; Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin/ Nur Kaman/ Eyüp Özdemir/ Gül Üstün/ Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 7. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019), 338; Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017), 101; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 144. Birel işlemler hakkında mahkemelerin vermiş olduğu iptal kararının etkisi hususunda bkz. Harun Yılmaz, Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019), 246 vd.

⁶³ İdare mahkemesinin verdiği kararlara karşı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 45 ve m. 46 gereği bir üst mahkemeye itiraz edilebilir. Aynı Kanun'un "Kanun Yararına Temyiz" başlıklı 51. maddesine göre, ilgili bakanlıkların göreceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı da İdare Mahkemesi'nin kararını kanun yararına temyiz edebilir. Bir kısım örnek kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, Esas No: 2021/467, Karar No: 2021/842; Esas No: 2019/5278, Karar No: 2021/1640; Esas No: 2019/5290, Karar No: 2021/869 (<https://karararama.danistay.gov.tr>). Erişim Tarihi: 4 Haziran 2023.

⁶⁴ Özdemir ve Doğanay, 324; Karatepe Kaya, 706.

⁶⁵ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RG: T. 3/3/2011, S. 27863) incelendiğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na da (RTÜK) bazı hususlarda denetleme yetkisi verildiği görülmektedir. İlgili Kanun m.1 incelendiğinde Kanunun amacının radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi gibi bir takım görev ve yetkileri kapsadığı görülmektedir. Aynı kanunun ikinci maddesinde ilgili kanun hükümlerinin, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsayacağı düzenlenmektedir. Kanunun 29/A hükmüne göre; Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan

Öncelikle belirtmek gerekir ki sosyal medya platformlarında kim tarafından paylaşılırsa paylaşılсын ticari reklamların tümü belirlenen mevzuat çerçevesinde genel ilkelere, ahlaka, kamu düzeni ile kişilik haklarına aykırılık içermemelidir. Bununla birlikte yapılan paylaşımlar tüketicileri aldatıcı nitelikte olmamalı⁶⁶ ve dürüst davranılmalıdır⁶⁷. Kurul öncelikli olarak bu ilkelerin uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle görevlidir⁶⁸.

medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bu hak ve lisansları ile yayınlarını bu Kanun ve 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak internet ortamından da sunabilirler. Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini sadece internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar Üst Kuruldan yayın lisansı, bu yayınları internet ortamından iletmek isteyen platform işletmecileri de Üst Kuruldan yayın iletim yetkisi almak zorundadır. Farklı bir anlatımla, radyo ve televizyonlara internet üzerinden yayın yapma hakkı tanıyan bu düzenleme sosyal medya üzerinden yapılan yayın ve reklamları da kapsayacak şekilde yanlış anlaşılmaya müsaittir. Ancak, ilgili düzenlemede bahsi geçen "internet ortamı üzerinden yayın" ile kastedilen, çoğunlukla ücretli karşılığla abonelik sistemiyle çevrimiçi yayın yapan televizyonlardır. Bu nedenle, internet ve sosyal medya üzerinden yapılan reklam ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin şikayetler RTÜK denetim yetkisinin kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca bkz. Tandoğu, 60 vd.; Karatepe Kaya, 706.

⁶⁶ "... inceleme konusu propolis ürünlerine ilişkin olarak yer verilen; "...bağışıklık sistemimin güçlenmesine destek oluyorum... bağışıklığa doğal desteğim ... Propolis ... antiviral özelliği ile virüslere karşıda koruma sağlıyor... Bağışıklığa doğal destek..." ifadelerinin birer sağlık beyanı olduğu, bu tür beyanlarla takviye edici bir gıda niteliğinde olan söz konusu ürünün, bağışıklık sistemine olumlu etkisi bulunduğu mesajının verildiği, söz konusu ürünün sanki bir ilaç veya bir beşeri tıbbi ürün gibi tanıtıldığı, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre takviye edici gıdalar için bu tür sağlık beyanlarının kullanılmasının mevzuata aykırı olduğu, bir ürüne ilişkin olarak her hangi bir sağlık beyanında bulunabilmesi için ilgili idari otorite olan Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan izin alınması gerektiği, kullanılan bu beyanlar için gerekli izinlerin alınmadığından söz konusu beyanların doğruluğunun bilimsel olarak ispat edilmiş sayılamayacağı, dolayısıyla doğruluğu bilimsel olarak ispat edilmiş bu beyanlarla tüketicilerin yanıltıldığı değerlendirilmiş olup..." RK, 08.03.2022 tarihli 319 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2021/446.

⁶⁷ "... <https://www.youtube.com/channel/UC1tNe18m9ms044qNkrUGVyw> adresli internet sitesinin 13.05.2022 tarihli görünümünde yer alan; "Deniz Kadayıfı Nedir? Mucize Bitki!!!" başlıklı tanıtım videosunda; ... Hocam ara ara gıcık şeklinde öksürüğüm geliyor. (...) bu senin boğazında bir rahatlatma meydana getiriyor ve doğal antibiyotik özellikli zerdeçallarla zencefillerle senin boğazındaki enfeksiyonu gideriyor. Sinüzite bağlı sıkıntılar varsa onları rahatlatıp ... şeklinde ifadeler ile birlikte alt yazı metninde "Deniz Kadayıfı: Öksürük ve balgama karşı, sigaranın etkilerine karşı nefesinizi açar ve bağışıklık sisteminizi destekler." ifadelerine ve "Deniz Kadayıfı İçeren Bitkisel Karışımli Macun" isimli ürün görsellerine yer verildiği, alt yazı metninde "Aksöğüt Ağrı Kremi: Eklem ağrıları, romatizma, kas, diz, bel, migren, fıtık ve bölgesel ağrıları rahatlatmaya yardımcı olur" şeklinde ifadelere ve "Aksöğüt Ekstratlı Masaj Kremi Plus" isimli ürün görsellerine yer verildiği tespit edilmiştir. Değerlendirme/Karar: Yapılan incelemeler sonucunda; inceleme konusu tanıtımlarda endikasyon belirten ve bilimsel olarak ispata muhtaç ifadeler kullanılarak mevzuatta izin verilen sağlık beyanlarının dışına çıkan tüketicileri yanıltıcı sağlık beyanlarına yer verildiği, bir ürüne ilişkin herhangi bir sağlık beyanında bulunulabilmesi için ilgili idari otoriteden (Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) izin alınması gerektiği, bu doğrultuda söz konusu ürünlerin sağlık sorunlarının tedavisinde müspet etkilerinin olduğu izlenimi oluşturulmasının tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı nitelik teşkil ettiği, Diğer taraftan, Kozmetik Mevzuatına tabi bulunan tüm kozmetik ürünlerin, insan vücudunun dış kısımlarına uygulanan ve etkileri geçici olan ürünler olması gerektiği; bu bağlamda inceleme konusu tanıtımlarda yer alan tedaviye yönelik ve

Reklam verenler, kendi sosyal medya hesaplarından ürün veya hizmetlerinin reklamını yapabildikleri gibi⁶⁹ yüksek takipçi sayısına sahip sosyal medya etkileyicisi (influencer) ya da ünlüler⁷⁰ aracılığıyla da ürün veya hizmetlerinin tanıtımını yaptırabilirler. Hatırlı pazarlama veya influencer marketing olarak da adlandırılan bu

endikasyon belirten ifadelerin ilgili mevzuatta belirtilen kozmetik ürün tanımını aşan ve yanıltıcı nitelikte değerlendirildiği; ayrıca şayet anılan ürünler söz konusu reklamlarda belirtilen iddiaları kanıtlayabilir nitelikte ise, bu durumda “kozmetik ürün” veya “gıda takviyesi” kapsamında değil, “beşeri tıbbi ürün” veya “ilaç” kapsamında ruhsatlandırılması gerektiği, “beşeri tıbbi ürün” veya “ilaç” kapsamında değerlendirilmesi gereken ürünlerin reklamının yapılmasının ise mevzuata uygun olmadığı değerlendirilmiş olup, Dolayısıyla inceleme konusu tanıtımların; Kozmetik Yönetmeliği’nin 4 ve 10’uncu maddeleri, Sağlık Beyanı ile Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik’in 4/c, 5/1-a, 5/1-b, 5/1-c, 5/1-ç, 5/1-d, 5/1-i ve 7/1 maddeleri, Türk Gıda Kodeksi Gıda Etiketleme ve Tüketicileri Bilgilendirme Yönetmeliği’nin 7’nci maddesi, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun 23/2 ve 24/3 maddeleri, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 16/3 ve 26’ncı maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61’inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna; reklam veren Abdülkadir Feridun Kunak hakkında, 6502 sayılı Kanun’un 63’üncü ve 77/12’nci maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir”. 11.10.2022 tarihli 326 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/4218.

⁶⁸ Ticari reklam ilkelerini Reklam Kurulu’nun belirlediği görüşü hakkında bkz. Akipek Öcal ve Kara, 180 vd.

⁶⁹ İşletmeler kendi internet siteleri veya sosyal medya hesaplarından yapmış oldukları paylaşımlar bakımından da reklam hukuku ilkelerine uymalıdır. “... Yapılan incelemeler sonucunda, firmaya ait internet sitesi üzerinden 03.11.2021 tarihi itibarıyla tanıtım yapılan “Kırıkaya Tam Yağlı Ezine Beyaz Peynir” isimli ürünün, 05.08.2006 tarih ve 86 sayılı tescil altına alınan Ezine Peyniri coğrafi işaret tesciline uygun nitelikte üretildiğine ilişkin olarak firmaca Bakanlığa ispatlayıcı bilgi ve belge sunulmadığı, bu çerçevede ürün isminde “Ezine Peyniri” ifadesinin bulunmasının tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olduğu...” RK., 08.03.2022 tarih, 319 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2020/6402.

⁷⁰ “... <https://www.facebook.com/107472160887786/posts/108798330755169/> URL adresli Facebook sayfasının 17.08.2021 tarihli görünümünde yer alan ve Buse Tektaş adlı ünlünün oynadığı tanıtım videosunda; “Arkadaşlar, Corona virüsünden korunmak için hepimiz bağışıklık sistemimizi güçlü tutmak adına bir sürü şey deniyoruz. Ben de Nondo’nun beta glukagonunu kullanmaya başladım. Bunun içerisinde çörek otu var, zencefil var, sardunya var, siyah arpa var... Sizler de deneyin, bağışıklığınızı güçlensin, bir an önce de bu virüsten kurtulalım” şeklinde ifadelerle yer verildiği tespit edilmiştir. Yapılan incelemeler sonucunda, bahsi geçen sosyal medya hesabının 17.08.2021 tarihli görünümünde paylaşılan ve Buse Tektaş adlı ünlünün yer aldığı tanıtım videosunda yer alan ve yukarıda belirtilen beyanların birer sağlık beyanı olduğu, bu tür beyanlarla takviye edici bir gıda niteliğinde olan söz konusu ürünün, Covid-19 gibi virüs kaynaklı hastalıklara karşı iyi geldiği veya bu hastalıkların bu ürünle tedavi edildiği veya tedavisine yardımcı olduğu mesajının verildiği, böylece söz konusu ürünlerin sanki bir ilaç veya bir beşeri tıbbi ürün gibi tanıtıldığı, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre takviye edici gıdalar için bu tür sağlık beyanlarının kullanılmasının kesinlikle yasak olduğu, bir ürüne ilişkin olarak her hangi bir sağlık beyanında bulunabilmesi için ilgili idari otoriteden (Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) izin alınması gerektiği, kullanılan bu beyanlar için ilgili otoriteden izin alınmadığından söz konusu beyanların doğruluğunun bilimsel olarak ispat edilmiş sayılamayacağı, dolayısıyla doğruluğu bilimsel olarak ispat edilmemiş bu beyanlarla tüketicilerin aldatılıp yanıltıldığı, diğer taraftan, inceleme konusu reklamlarda; Buse Tektaş’ın bu ürünün gerçekten kullandığı ve iddia edilen etkinliğini ve faydasını bizzat yaşayarak deneyimlediği şeklinde bir algı oluşturulduğu, bu durumun gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla söz konusu reklamların bu açıdan da aldatıcı-yanıltıcı ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin “tanıklı reklamlar” a ilişkin hükümlerine aykırı olduğu değerlendirilmiş olup... idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir”. RK. 11.01.2022 tarih ve 317 sayılı toplantısı, Dosya No: 2022/54.

yöntemle etkileyici, kendisini takip eden sosyal medya kullanıcılarına (takipçilerine), genellikle reklam verenin isteği doğrultusunda, ilgili ürün veya hizmetle alakalı yaşadığı tecrübeyi aktarmakta ve çoğu zaman tavsiyelerde bulunarak ürün veya hizmetin daha fazla satışının yapılmasını sağlamaktadır⁷¹. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki Reklam Kurulu tarafından incelenen şikayetlerin büyük çoğunluğu sosyal medya hesaplarından yapılan paylaşımlardan kaynaklanmaktadır. Bu paylaşımların bir kısmı marka ve işletmelerin kendi sosyal medya hesaplarında yayınlanırken diğer kısmı etkileyici veya ünlülerin sosyal medya hesapları tarafından paylaşılmaktadır⁷².

Reklam Kurulu, sosyal medya üzerinden yapılan ürün yerleştirme⁷³ stratejisine dayalı reklamcılık faaliyetlerini denetleme konusunda son derece yetersizdir⁷⁴.

⁷¹ Özel, 31 vd.; Abbasoğlu, 51 vd. Reklam Kurulu, vermiş olduğu kararlarında etkileyicinin takipçilerini etkilemek için yaptığı paylaşımlarda muhtelif ürün isimlerine yer verdiği ve takipçilerin bu ürünleri satın alması için ilgili siteye yönlendirmede bulunduğunu tespit etmiştir. Etkileyici ile reklam veren işletme arasında reklam anlaşması bulunduğu halde, etkileyicinin “işbirliği” yapıldığına dair bilgilendirmede bulunmaması veya bunun bir reklam faaliyeti olduğuna dair ibare olmaması nedeniyle Reklam Kurulu yaptırım uygulamıştır. Bkz. 17.05.2022 tarihli 321 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı, Dosya No: 2022/1883, 1759, 1762, 1763, 1766, 1767, 1883.

⁷² ... Yapılan incelemeler sonucunda; Instagram uygulamasında “vodafone” isimli hesap üzerinden sponsorlu reklam olarak kullanıcılara sunulan “Sınırlı bir süre için geçerli indirimli fiyatlarla hemen Vodafone’ya geç!” başlıklı tanıtımlarda büyük puntolarla 3 ay için geçerli olan fiyatların belirtildiği, fakat tarifeler için gerekli taahhüt süresinin daha uzun olduğu ve kalan aylar için geçerli olacak daha yüksek fiyatların küçük puntolarla yazıldığı, dolayısıyla, anılan reklamlar aracılığıyla sunulan vaadin gerçeği yansıtmadığı, ana vaadin sağladığı avantajları tamamıyla ya da büyük ölçüde ortadan kaldıracak nitelikte olduğu, tüketici mağduriyetine yol açtığı ve dürüst rekabet ilkelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiş olup, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-ç, 13/1, 13/2, 14/1, 18/1, 18/2, 18/5, 18/6, 18/7, 28/1, 28/2, 28/4, 29/1, 29/2-c ve 30/1’inci maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61 ve 62’nci maddeleri, hükümlerine aykırı olduğuna... RK. 14.02.2023 tarih ve 330 sayılı toplantısı, Dosya No: 2022/4837. Ayrıca bkz. Dosya No: 2022/4984, 2022/5489, 2022/5490.

Yapılan incelemeler sonucunda, şahsa ait “ecevahapoglu” isimli Instagram hesabından muhtelif tarihlerde yapılan ve detaylarına yer verilen paylaşımlarda anılan markalara ait sosyal medya hesaplarının etiketlenerek etiketleri tıklayan tüketicilerin yukarıda anılan mal veya hizmetlerin tanıtım ve pazarlaması yapılan kurumsal sosyal medya hesaplarına yönlendirildiği, ancak paylaşımlarda herhangi bir reklam, işbirliği ibaresine yer verilmediği bu suretle anılan ürün ve markalara yönlendirme yapmak suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup; inceleme konusu tanıtımların; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 6/1, 6/3, 6/4, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 22/1, 22/2, 23/1-a, 23/1-b, 23/1-c ve 32’nci maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61’inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna... RK. 14.02.2023 tarih ve 330 sayılı toplantısı, Dosya No: 2022/5740. Ayrıca bkz. Dosya No: 2022/5739

⁷³ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m.3/z-cc göre, bir ürün, hizmet veya ticarî markanın, ücret veya benzeri bir karşılıkla program içine dahil edilerek veya bunlara atf yapılarak, program içinde gösterildiği her tür ticarî iletişim, ürün yerleştirme olarak tanımlanmıştır. Ürün yerleştirme stratejisinde amaç, o ürünlerin kullanıldığı anlarda ya da kullanıldığı ortamlarda tüketicilere gösterilmesi ve tüketicilerin o ürünü tanınmasını sağlamaktır. Ürün yerleştirmede markalı ürün reklam olduğu belirtilmeden bir içeriğin içerisinde gösterilmektedir. “... www.youtube.com/watch?v=15D5s3ryCOU uzantılı URL adresinde yayınlanan video incelemeleri sonucunda, inceleme konusu videolarda ürün yerleştirme şeklinde Tuborg Gold markalı alkollü içece-

Bunun yanında ürün yerleştirme uygulamasının yasal bir dayanağa kavuşması adına gerekli çalışmalar yapılmamaktadır⁷⁵. İdari denetim organı olan Kurul'un ürün yerleştirme yasağını katı biçimde uygulamasına rağmen ihlaller engellenememektedir. Halbuki öğretilerde getirilen eleştiriler dikkate alınarak ürün yerleştirme faaliyeti belirlenen kıstaslara göre kontrollü biçimde serbest bırakılabilir ve bu durumdan ekonomik fayda sağlanabilir⁷⁶.

Sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımların reklam niteliğinde olup olmadığı ve bu paylaşımların reklam hukuku kurallarına aykırılık taşıyıp taşımadığının tespit edilip idari incelemeye tabi tutulması ortaya çıkan önemli sorunlardan biridir. Bu sorun, sosyal medya üzerinden yapılan reklamların yeterince denetlenmediği sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Reklam Kurulu'nun yıllardan beri süregelen örtülü reklam yasağı nedeniyle işletme ve markaların birçoğu pazarlama ve reklamcılık faaliyetlerini denetimlerin daha az olduğu sosyal medya mecralarına kaydırmakta, böylece kısmen de olsa reklam yasakları aşılmaktadır⁷⁷. Nitekim herhangi bir içerikte bir ürün veya bir markanın görünmesini dahi örtülü reklam kabul ederek idari yaptırım uygulayan Kurul'un bu bakış açısı nedeniyle hukuk dışı uygulamalar artış göstermektedir⁷⁸.

Reklam Kurulu, mevzuatta düzenleme yapılmış olmasına rağmen yıllardır anlaşılabilir şekilde karşılaştırmalı reklamlara da müsaade etmemektedir. TKHK

ğin reklamının yapıldığı, videoların ev dekorasyonu olan kompozisyonu ile ilgili ve bağlantısı olmayan biçimde adı geçen alkollü içeceğin videoda yer alan kişi tarafından müzik eşliğinde taşındığı ve tüketildiği, videolardaki kişilerin koltukta ve cam kenarında oturup anılan alkollü içeceği içtiği sahnelerin; ev dekorasyonu tanıtımı formatı içerisinde tesadüfi olamayacak şekilde ve yavaş çekim yapmak suretiyle bilinçli bir pazarlama iletişimi mahiyetinde olduğu ve ilgili sahnelerde mezkûr içecek şişesinin ön yüzünün ve logosunun kameraya dönük olduğu, bu itibarla talep yaratıcı görüntü ve imalar kullanılarak mevzuat gereği yasak olmasına rağmen alkollü içecek ürünlerinin reklamının yapıldığı ve söz konusu reklam faaliyetinin örtülü bir biçimde gerçekleştirildiği, dolayısıyla bahse konu videoların mevzuatla tüketicilere yönelik her türlü reklamı yasaklanmış olan alkollü içkilerin reklamını dolaylı yoldan yaptığı ve insan sağlığına zararlı ve bağımlılık yapıcı alkollü içki tüketiminin özendirilerek teşvik edildiği değerlendirilmiş olup..." RK. 10.01.2023 tarih ve 329 sayılı toplantısı, Dosya No: 2022/5046.

⁷⁴ Bkz. İnal, 2015, 123 vd.

⁷⁵ Bu konuda ayrıca bkz. Kılavuz m. 5/1.

⁷⁶ Özellikle sosyal medya üzerinden yapılan pazarlama faaliyetlerinde sıklıkla rastlanan ürün yerleştirme gibi uygulamaların denetimi konusunda aciz kalındığı ve bu tip uygulamalara bazı kıstaslar getirilerek serbest bırakılması yönünde acilen yeni bir hukuki düzenleme getirilmesi görüşünde, bkz. İnal, 2015, 129-130 vd.

⁷⁷ İnal, 2015, 129-131 vd.; Özdemir ve Doğanay, 328; Karatepe Kaya, 709. "... Yapılan incelemeler sonucunda, şahsa ait "rachelaraz" isimli Instagram hesabından muhtelif tarihlerde yapılan ve detaylarına yer verilen paylaşımlarda anılan markalara ait sosyal medya hesaplarının etiketlenerek etiketleri tıklayan tüketicilerin yukarıda anılan mal veya hizmetlerin tanıtım ve pazarlaması yapılan kurumsal sosyal medya hesaplarına yönlendirildiği, ancak paylaşımlarda herhangi bir reklam, işbirliği ibaresine yer verilmediği bu suretle anılan ürün ve markalara yönlendirme yapmak suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup..." RK. 14.02.2023 tarih ve 330 sayılı toplantısı, Dosya No: 2022/5738.

⁷⁸ İnal, 2015, 130-132; Abbasoğlu, 136.

m. 61/5 hükmüne göre, aynı ihtiyaçları karşılayan veya aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılması caizdir⁷⁹. İlgili düzenlemeye rağmen Reklam Kurulu herhangi bir gerekçe göstermeden, tüketicilerin ürün ve hizmetler hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmesini sağlayacak bu uygulamayı yasaklamış ve rekabetçi bir piyasanın oluşmasına engel olmuştur⁸⁰. Bu nedenle, yukarıda ifade edildiği üzere, reklam verenler pazarlama faaliyetlerini bilinçli olarak sosyal medya üzerinden devam ettirmeyi tercih etmektedir.

Sosyal medya reklamlarının bir türü olan yayılcı (viral) reklamlarda ise reklamın ticari bir amaç taşıyıp taşımadığı veya reklam yapma iradesinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi teknik ve hukuki açıdan oldukça zordur. Nitekim bu tür reklamlar reklam veren veya onun adına hareket eden tarafından bir kez yayımlandıktan sonra süratle yayılmakta ve birçok farklı mecralardaki kullanıcılar tarafından da paylaşılmaktadır. Bu durum hukuka aykırı reklamın denetlenmesi ve müeyyide uygulanmasını neredeyse imkansızlaştırmaktadır. Yayılcı reklamdaki hukuka aykırılıklar tespit edilip yaptırım uygulansa dahi söz konusu reklam farklı mecralarda çok fazla sayıda kullanıcı tarafından paylaşıldığı için uygulanan yaptırımın anlamı kalmamaktadır. Nitekim reklamın durdurulmasına karar verilse bile viral reklam farklı kullanıcılar tarafından defalarca paylaşıldığı için sosyal medyada bunu tamamen kaldırmak mümkün değildir⁸¹.

Tüketiciler sosyal medyada paylaşılan hukuka aykırı reklamlardan dolayı mahkemelere başvurmak yerine Reklam Kurulu'na şikâyetle bulunmayı tercih etmektedir. Bu nedenle Kurul hukuka aykırı reklamların denetlenmesi bakımından kritik bir role sahiptir⁸². Kurul, şikâyet edilen reklamlarda ihlal tespit etti-

⁷⁹ Karşılaştırmalı reklamlar TKHK ve Reklam Yönetmeliğindeki kurallara uygun olmalıdır. Bu ilkeler hakkında açıklamalar için bkz. Akipek Öcal ve Kara, 182. Ayrıca bkz. ve karşı. TRHTUY m. 8.

⁸⁰ İnal, karşılaştırmalı reklam yasağının tüketicilere ve rekabete zarar verdiğini, ürün yerleştirme, örtülü reklam uygulamaları gibi ihlallere karşı denetimlerin etkisiz kaldığını özellikle vurgulamaktadır. İnal, 2015, 129. Karşılaştırmalı reklamlarda öne sürülen iddialar mantıklı, sayısal verilere dayalı, nesnel ve ölçülebilir olması gerekir. Bu iddialar yeri geldiğinde resmî belge, bilimsel test veya raporlarla ispat edilebilir olmalıdır. Bkz. Akipek Öcal ve Kara, 182.

⁸¹ Kurulun vermiş olduğu durdurma cezalarına rağmen bazı içeriklerin kaldırılmadığı da bilinmektedir. Geniş açıklamalar ve örnekler için bkz. Abbasoğlu, 137.

⁸² Özdemir ve Doğanay, 324; Karatepe Kaya, 708. Tüketiciler hukuka aykırı reklamlarla birlikte paylaşım yapıldığı sosyal medya platformu ve reklam vereni de şikâyet edilebilir. Kurula başvurular yazılı olarak veya elektronik ortamda yapılır ve ticari reklama ilişkin başvurularda şikâyet edilen reklamın yayınlandığı mecrâ, tarih, şikâyetin konusu gibi belirleyici hususlara; haksız ticari uygulamaya ilişkin başvurularda ise şikâyetle ilgili bilgi ve belgelere yer verilir (RKY m.8/1-2). İnternet ortamında gerçekleştirilen reklamlarda, şikâyet edilen internet adresi uzantısı (URL ve benzeri şeklinde) ve tarih bilgisinin yer aldığı reklam örnekleri dilekçeye eklenir (RKY m. 8/3). Sosyal medya platformlarında gerçek adını kullanmadan rumuz vb. isimlerle paylaşım yapan hesaplara karşı doğrudan husumet yöneltilmesi mümkündür. Ancak bu durumda Reklam Kurulu ilgili sosyal medya platformundan hesabın gerçek sahibine dair bilgileri talep etmelidir. Bkz. Karatepe Kaya, 708; Özdemir ve Doğanay, 323.

ğinde ilgili reklamın durdurulması, reklamın düzeltilmesi ya da idari para cezası vermekle birlikte hangi ihlallere hangi cezaların uygulanacağı konusunda mevzuatta açık hükümler bulunmadığından Kurul'un soyut ve genel bir takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmektedir⁸³. İnal'ın haklı olarak eleştirdiği üzere, Kurula bahşedilen bu takdir yetkisi uygulamada çelişkili ve tutarsız kararlara yol açmaktadır⁸⁴. Reklam Kurulunun vermiş olduğu kararlarda ayrıntılı gerekçelere yer verilmemesi de ayrıca eleştirilmektedir⁸⁵. Verilen kararlarda hukuka aykırılığa dair genel yaptırım ilkelerine ve emsal kararlara atıf yapılmaması da tenkit edilmekte, tüm bu olumsuzluklar reklam verenler açısından belirsizlik yaratarak, hangi ihlale nasıl müeyyide uygulanacağına dair tereddütler oluşturmaktadır⁸⁶.

5651 sy. Kanun incelendiğinde, yer sağlayıcısı olarak kabul edilen sosyal medya platformlarının paylaşılan içeriklerdeki hukuka aykırılığı kontrol etme veya denetleme gibi bir sorumluluklarının olmadığı görülmektedir. Nitekim kullanıcı sayısının fazlalığı, çok sayıda içerik üretilmesi ve içeriklerin istenildiği zaman değiştirilip kaldırılabilmesi, bu denetlemenin günümüzde yapılmasını neredeyse imkânsız kılmaktadır. Özellikle örtülü reklamların sıklıkla gösterildiği sosyal medya platformlarının günümüz teknolojik alt yapısı ile denetlenebilmesi zordur. Ancak yer sağlayıcı olarak nitelendirilen sosyal medya platformları, hukuka aykırı bir içerik nedeniyle kendilerine yapılan bildirimden ardından bu içeriği yayından kaldırmak zorundadır (5651 sy K. m. 5/2)⁸⁷.

SONUÇ

Mobil internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte sosyal medyanın kullanılma oranları da ciddi biçimde artmış, e-ticaret sitelerinin büyüme oranlarına paralel biçimde büyüyen sosyal medya reklamcılığı ise olağanüstü gelişim kaydetmiştir. Geleneksel medya platformlarına nazaran sosyal medyada hukuka aykırılığın zor tespit edilmesi ve denetimlerin zayıf olması, marka ve işletme-

⁸³ Bkz. Erol, 153 vd.; Aynı yönde, Abbasoğlu, 135. Reklam Kurulu, idari para cezası veya gereken durumlarda üç aya kadar tedbiren reklamları durdurma cezası verebilmektedir. Kurul, inceleme veya denetim sonuçlarına göre TKHK m. 61 ve 62'de belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında TKHK m. 77/12-13'de belirtilen idari yaptırımları uygulamakla da yetkilidir. Bkz. Reklam Kurulu Yönetmeliği (RKY) m. 7/1-c. Önemle belirtmek gerekir ki Reklam Kurulunun tüketicilerin uğradıkları maddi veya manevi zararın tazminine ilişkin karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

⁸⁴ İnal, 2015, 126-127.

⁸⁵ İnal ve Baysal, 84. Ancak Kurul yeni kararlarında daha ayrıntılı gerekçelere yer vermektedir. Tekelioğlu, 161.

⁸⁶ Özdemir, 111 vd.; Erol, 153 vd.; Abbasoğlu, 135.

⁸⁷ Yargıtay, yer sağlayıcıya yapılan bildirimle birlikte paylaşılan içeriğin hukuka aykırı olduğunun ispat edilmesini aramaktadır. İlgili karar için bkz. Özdemir ve Doğanay, 327, dn. 154. Yargıtay HGK, paylaşılan bir gönderinin hukuka aykırı olduğu kendisine tebliğ edildiği halde o içeriği kaldırmayan yer sağlayıcıyı da asıl sorumlu ile birlikte sorumlu tutmaktadır. İlgili karar için bkz. Karatepe Kaya, 709.

leri sosyal medya reklamcılığına yöneltmiştir. Ancak bir kısım reklam verenlerin sosyal medyada yürüttükleri pazarlama teknikleri mevzuata aykırı biçimde devam etmektedir. Nitekim sosyal medya vasıtasıyla paylaşılan reklamların büyük çoğunluğunda tüketiciler paylaşılan içeriklerin reklam olduğunu dahi fark edememekte ve farkında olmadan örtülü, yanıltıcı ya da yayılmacı reklamlara maruz kalmaktadır. Tam bu noktada tüketicilerin sosyal medya üzerinden yürütülen çeşitli pazarlama ve reklamcılık faaliyetlerine karşı korunma ihtiyacı ortaya çıkmakta, sosyal medya platformlarında paylaşılan içeriklerin büyük kitleler tarafından ilgiyle takip edilmesi de bu alanda denetim yapılmasının önemini ortaya koymaktadır.

Sosyal medyada yayınlanan bitkisel ürün, kozmetik ve sağlık ürünleri ile kolay kazanç sağlamayı vadeden bazı sosyal medya hesaplarının yeteri kadar denetlenmesi Kurulun bugünkü yapısı ile kolay değildir. Reklam Kurulu, tüketicilerin korunması adına önemli bir görevi ifa etmekle birlikte, kurulu oluşturan üyelerin uzmanlardan oluşmadığı, kararların gerekçesiz alındığı, birbirleriyle çelişen kararlar ve aynı konularda farklı müeyyideler uygulanmasına öğretilen ciddi eleştiriler getirilmektedir⁸⁸.

Sosyal medyada paylaşılan içeriklerin reklam hukuku, tüketici hukuku, vergi hukuku, haksız rekabet, kişisel verilerin korunması ve sorumluluk hukuku gibi birçok hukuk dalını ihlal edebilir nitelikte olması, idari denetim ve yaptırımların eksiksiz uygulanmasını gerektirmektedir. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un yayınlanmasıyla birlikte bu alanda getirilen düzenlemeler olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Bunun nedeni, idarenin hukuka aykırılık teşkil eden reklamları hızlı şekilde tespit etmesine yönelik teknolojik altyapının bulunmamasıdır. Zira sosyal medyada paylaşılan içeriklerin kısa sürede değiştirilebilmesi veya kaldırılması mümkündür. Buna bir de Kurul'un fiziki kapasitesinin üzerindeki iş yükü eklendiği de düşünülürse denetimlerin zayıf kaldığı daha iyi anlaşılacaktır. Bu bağlamda öncelikle idari denetim mekanizmasının teknolojik altyapısı güçlendirilmeli ve konusunda uzman kişiler görev yapmalıdır. Sosyal medya reklamcılığında idari denetim görevini üstlenen Reklam Kurulu'nun alanında yetkin kişiler tarafından oluşturulması ve teknik altyapının güçlendirilmesiyle birlikte anlık müdahale bugünün koşullarıyla tam olarak mümkün olmasa da en azından daha hızlı ve etkin

⁸⁸ İnal, 2015, 126-127. Nitekim yazar, kurulun "cezaya dayalı terbiye etme" düşünce yapısı ile yasaçkı ve cezacı anlayışına sert eleştiriler getirmektedir. Karş. İnal ve Baysal, 80-82. Yazarlar Reklam Kurulunun üye sayısının fazla olmasını eleştirmekte, Kurulun kendisine üye gönderen kuruluşlardan görüş alabilmesi mümkünken bu kuruluşların üye olarak temsil edilmesine karşı çıkmaktadırlar. İnal ise Kurul üye sayısının en azından onbir üyeye indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İnal, 2015, 126, dn. 5. Reklam Kurulu'nun kuruluş ve yapısı, karar alma süreçleri, istatistikler ve uygulanan yaptırımlar hakkında bkz. Özdemir, 107-114; Kati, 95-105; Güzel, 182-196.

bir değerlendirme süreci ile birlikte caydırıcılık oluşturulacaktır. Bununla birlikte (mevzuata ilişkin hükümlerin dağınık olması sebebiyle) sosyal medya reklamcılığını da içine alan internet reklamlarına dair ilkelerin belirlendiği düzenlemeler tek bir kanun çatısı altında toplanmalıdır⁸⁹.

Reklam Kurulu'nun uzun yıllardan beri uyguladığı açık karşılaştırma- lı reklam yasağı ile son derece katı biçimde uygulanan ürün yerleştirme yasağı karşısında tüketiciler ve ekonomi zarar görmektedir. Bu durum tüketicilerin detaylı bilgi almasını ve karşılaştırma yapabildiğini engellemektedir. Reklam Kurulu'nun yasakçı uygulamaları nedeniyle reklam verenler hukuka aykırı reklam vermeye yönelmektedir⁹⁰. Nitekim birçok sosyal medya reklamları kısa süreli hikâye (story) şeklinde paylaşılmakta ve yayınlandıktan bir süre sonra kendiliğinden kaybolmaktadır. Kısa süreliğine paylaşılan bir içeriğin reklam olup olmadığı veya reklam ise hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığının tespiti ise şikayetçilerin başvurusu bulunmadığı sürece tespit edilememekte ve uygulamaya yönelik yeni yasal düzenlemeler gerekmektedir. Yeni düzenlemeler, hukuka aykırı reklamların büyük bir bölümünün kontrol edilebilir hale gelmesi için teknik altyapı desteğini içermeli ve Reklam Kurulu'nun uygulamış olduğu bazı yasakları tekrar düzenleyerek ekonomik fayda (vergi vs.) sağlanması amaçlanmalıdır. Zira sosyal medya reklamlarının denetlenmesi, ziyadesiyle dikkat gerektiren ve şikayetlerin hızlı şekilde sonuçlandırılması beklenen bir alandır.

Sosyal medya platformlarında paylaşılan hukuka aykırı reklamların durdurulması yaptırımından ziyade idari para cezası uygulaması konusunda somut olayın durumuna göre esneklik sağlanması gerekir. Farklı bir anlatımla, idari para cezalarında idareye cezaların arttırılması veya indirilmesi hususunda takdir yetkisi verilmelidir⁹¹. Kanaatimizce tüm bu yaptırımların yanında bir işletme veya sosyal medya etkileyicisinin (ünlü-fenomen) yapmış olduğu paylaşımlarda hukuka aykırılığın devamı halinde ilgili sosyal medya hesabının geçici süreli askıya alınması ve/veya tekrarında sosyal medya hesabının tamamen kapatılmasına yönelik yaptırımın uygulanabilmesi için yeni hükümler getirilmelidir.

⁸⁹ Karatepe Kaya, 710; Abbasoğlu, 139. Bu konuda ayrıca bkz. İngiliz Reklam Kurulu (ASA) sosyal medya etkileyicileri için yayın ilkeleri. <https://www.asa.org.uk/static/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf> Erişim Tarihi: 2 Nisan 2023.

⁹⁰ Bkz. İnal, 2015, 129 vd.; İnal ve Baysal, 51-56 vd.

⁹¹ İlgili görüş için bkz. Özdemir ve Doğanay, 329 vd.

KAYNAKÇA

- Abbasoğlu, Hayriye Dilara. *Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Akipek Öcal, Şebnem/ Kara İlhan. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Altun, Abdurrahim. *Reklam Yapım Sözleşmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aslan, Adem. *Türk Reklam Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2021.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Aykurt, Metin. *Geleneksel Medyaya Karşı Alternatif Medya Platformu Olarak Youtube: Youtube Haber Kanalları Üzerine Bir İnceleme*, Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kastamonu: 2022).
- Bozbel, Savaş. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.
- Budak, Burcu. *İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2021).
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Demir, Bahadır. *Reklam Sözleşmeleri*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022.
- Erol, Arzu. *Türk Hukukunda Örtülü Reklam*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2018.
- Glenister, Gordon. *Influencer Marketing Strategy, How to Create Successful Influencer Marketing*, London: Kogan Page, 2021.
- Göle, Celal. *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1983.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Dersleri*, 21. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017.
- Güzel, Yakup. *Reklam Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- İnal, Emrehan. *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- İnal, Emrehan. “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi” Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Edt. İnceoğlu, M. Murat) İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2015, 123-134.
- İnal, Emrehan. “Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2008, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2009, 87-104.
- İnal, Emrehan/ Baysal, Başak. *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2008.

- Karatepe Kaya, Meltem. “*Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, AÜHFD, 70 (3) 2021: 667-719.
- Katı, Zülal. *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2017).
- Koçyiğit, Ahmet. *Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2017).
- Tandoğu, Gökçe Naz. *Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniy-le Doğan Zararlardan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2019).
- Tekelioğlu, Numan. *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016.
- Tekke, Yusuf. *Geleneksel Medyadan Sosyal Ağlara, İçeriğin Dönüşümü: Cüneyt Özdemir Youtube Kanalı Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2021).
- Özdemir, Semih Sırrı. *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Özdemir, Semih Sırrı/ Doğanay, M. Zahid. “*Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, 295-337.
- Özel, Merve. *Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özsunay, Ergun/ Özsunay, Murat. “*E.Özsunay& M.Ösunay Şerhi*” Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016, 958-1027.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, Eyüp/ Üstün, Gül/ Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019.
- Yılmaz, Harun. *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019.



Akıllı Sözleşmelerin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Smart Contracts in terms of General Transaction Conditions

Dr. Öğr. Üyesi Özge BÖLÜKBAŞI^(**)

Öz

Akıllı sözleşmeler, blok zincirle oluşturulan, aracı kurum ya da kuruluşlara ihtiyaç olmaksızın kendi kendini yürütebilen, gelecek için potansiyeli yüksek bir bilgisayar programıdır. Akıllı sözleşmelerin kendiliğinden gerçekleşmesi, şeffaf ve güvenilir olması gibi özellikleri sayesinde, önceden ve defalarca kullanılmak üzere programlandığı görülmektedir. Böylece sözleşmeler, bir kez programlanmasına rağmen, geniş kitlelere ulaşmakta ve standartlaşmaya önemli bir katkı sağlamaktadır. Standart sözleşme ilişkilerine ise, çoğunlukla “genel işlem koşulları” eşlik eder. Bu durumda, “akıllı sözleşmelerde kodlanan hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi mümkün müdür, eğer bu mümkünse, akıllı sözleşmelerde genel işlem koşulları nasıl denetlenebilir” gibi sorular akla gelmektedir. Akıllı sözleşme kavramı ve sözleşmenin hukuki niteliği çok sayıda makaleye konu olduğundan; çalışmamızda ağırlıklı olarak bu soruların cevapları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Akıllı Sözleşme, Genel İşlem Koşulları, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yürürlük Denetimi, Yorum Denetimi, İçerik Denetimi.

Abstract

Smart contracts are a self-executing computer program with high potential for the future, created with the blockchain, without the need for intermediary institutions or organizations. It is seen that smart contracts are programmed to be used repeatedly and in advance, thanks to their features such as automatic realization, transparency and reliability. Although the contracts are programmed once, they reach large masses and make an important contribution to standardization. Standard contractual relationships, on the other hand, are often accompanied by “general transaction

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 06.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 01.06.2023
DOI: 10.56701/shd.1278275

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Erzincan - Türkiye
E-posta: obolukbasi@erzincan.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-6382-1437>

conditions". In this case, questions such as "Is it possible to qualify the provisions encoded in smart contracts as general transaction conditions, if so, how can the general transaction conditions in smart contracts be audited" should be considered. Since the concept of smart contract and the legal nature of the contract are analyzed in many articles; our study, aims to answer abovementioned questions.

Keywords

Smart Contract, General Transaction Conditions, Control of General Transaction Conditions, Validity Check, Comment Moderation, Content Control.

GİRİŞ

Dünya, pandeminin de etkisiyle hızlı bir şekilde dijitalleşmektedir. Ödeme yapmak, bilgi almak, tatil rezervasyonu veya alışveriş yapmak gibi birçok günlük etkinlik, analogdan internet ağına aktarılmıştır. Akıllı telefonların da varlığı dijital dünyayla iletişimi oldukça kolaylaştırmaktadır. Böylece hayatımıza yeni kavramlar dahil olmaya başlamıştır. Bu kavramlar arasında hukukçuların en çok dikkatini çekenler, Bitcoin, Ethereum ve akıllı sözleşme gibi kavramlar olmuştur¹. Esasen akıllı sözleşmeler ilk kez, 1990'ların ortalarında Nick Szabo'nun yayınladığı bir çalışma ile insanlığa duyurulmuştur². Ancak yaygınlaşması ve popülerliğinin artması, blok zincir teknolojisinin gelişmesini takiben, Bitcoin ve Ethereum'un ortaya çıkışı ile sağlanmıştır³. Akıllı sözleşmeler, çoğunlukla Ethereum blokzincirinden yararlanmaktadır⁴. Çünkü Bitcoin blokzincirinde kurulan akıllı sözleşmeler, sadece para transferi açısından banka gibi araçları ortadan kaldırmaktadır. Ethereum blokzinciri üzerinde kurulan akıllı sözleşmeler ise, aracısız⁵ ifanın yanı sıra, ifanın hiç ya da gereği gibi gerçekleşmeme riskini orta-

¹ Lupu Ruxandra, "Zulässigkeit, Handhabung und rechtliche Grenzen bei der Gestaltung von Smart Contracts", *Inter* (2020), 3; Damla Beril Çubukçu, *Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler*, (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD. Yüksek Lisans Tezi 2020), 5.

² Nick Szabo, "Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", *First Monday*, (9/1997), 1; Mirjam Eggen, "Smart Contracts und allgemeine Geschäftsbedingungen. In: Emmenegger", *Bern: Stämpfli* (2018), 155; Enku Woldemaryam, "Smart Contracts in Turkish Law", (Konya: Selçuk University Social Sciences Institute Private Law Department, Master Thesis, 2021), 18; Argun Karamanlıoğlu, "Concept of Smart Contracts - A Legal Perspective", *KOSBED/35*, (Temmuz 2018), 31; Pascal Favrod-Coune- Kévin Belet, "La convention d'arbitrage dans un smart contract", *Aktuelle Juristische Praxis* (2018), 1107.

³ Stephen D. Meyer- Benedict Schuppli, "«Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht" *Recht* (2017/3), s. 204; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 5; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 26; Karamanlıoğlu, Concept of Smart Contracts, 31; Mete Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD* 12/1, (Haziran 2021), 194.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mürkerrem Onur Başar, "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80/4, (Mart 2022), 1073; Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 194.

⁵ Akıllı sözleşmelerin aracısız olma özelliği, "Akıllı Sözleşme Kavramı" başlığı altında kısaca tartışılacaktır.

dan kaldırarak güven ilişkisi sağlamaktadır. Yani Ethereum blokzinciri ile if-then prensibi ile kendiliğinden gerçekleşebilen ve içerisinde ifa endişesi taşımayan daha nitelikli akıllı sözleşmeler kurulabilmektedir⁶.

Akıllı bir sözleşme ile blozinciri veri tabanı sayesinde daha çok kullanıcıya ulaşmak mümkün ve klasik sözleşmelere nazaran daha basittir. Bu nedenle, akıllı sözleşmeler, önceden ve birçok kişi ile yapılmak üzere düzenlenebilir. Böyle akıllı sözleşmelerde, genel işlem koşulu niteliğinde hükümlere ihtiyaç vardır. Bu kapsamda, öncelikle genel işlem koşulları ve akıllı sözleşme kavramları incelemeye gerek vardır. Arasındaki ilişki ortaya koyulmalıdır. Ardından “*genel işlem koşullarının akıllı sözleşmelerde kullanılabilirliği*” ve “*denetlenebilirliği*” sorunları üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK AKILLI SÖZLEŞME VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

A. AKILLI SÖZLEŞME KAVRAMI

Dünyada “*Smart Contracts (akıllı sözleşme)*” olarak bilinen otonom programlar, koşulları önceden tanımlayarak koda dönüştüren ve bu kodları *-kural olarak-* değiştirilemez⁷ bir biçimde blok zincirde saklayan programlardır⁸. Burada klasik anlamda bir sözleşme ilişkisine göre belirgin avantaj, artık sözleşmenin taraflarının karşılıklı yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini kontrol etmesine gerek olmamasıdır⁹. Böylece birbirine güvenmeyen taraflar dahi birbiriyle sözleşme yapabilmekte, hem de bunun için herhangi bir aracıya (middle man) ih-

⁶ Bununla beraber, taraflar arasında kurulan akıllı bir sözleşmede, programlanan kodların kendiliğinden yürütülebilmesi mümkün hükümleri içermesi gerekir. Bu nedenle akıllı sözleşmelerde ancak; koşullar, sonuç ve yaptırımlar gibi hükümler düzenlenebilir. Sesing- Bauman, bu tür hükümlerden sayılmayan yargı yetkisi veya hukuk seçimi gibi maddelerin, bağımsız ve ek bir yazılımın yardımıyla sözleşmeye dahil olabileceğini ifade etmektedir. Andreas Sesing- Jonas S. Baumann, “Automatisierung von Vertragsbeziehungen in der Industrie 4.0”, *Inter*, (2020), 235; Favrod Coune- Belet, La convention d’arbitrage dans, 1110; Florian Möslin, “Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht”, *ZHR* 183/2-3, (2019), 283.

⁷ Blokzincirde kayıtlı verilerin değişmezliği teknik olarak zor olduğundan, bu ağlara kayıtlı verilerin kural olarak değiştirilemediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira ağda yer alan bir kaydın değiştirilebilmesi, bu değişikliğin ağa katılanların tamamı veya bazı durumlarda salt çoğunluğunun kabulüyle mümkün olabilmektedir. Bu çoğunlukta bir kabulün gerçekleşmesi neredeyse imkansızdır. Söz konusu zorluk, veri tabanı üzerinde kodlanan akıllı sözleşmeler bakımından da olasıdır. Detaylı bilgi için, Başar, Akıllı Sözleşmeler, 1073; Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 195; Merve Aysegül Kulular İbrahim, *Robo Danışmanların Hukukun Değerlendirilmesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 100.

⁸ Andreas Furrer, “Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht” *Anwaltsrevue, de L’avocat* (2018), 103; Francesco A. Schurr, “Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich”, *ZVglRWiss* (2019), 257. Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 27; Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 204; Karamanlioğlu, *Concept of Smart Contracts*, 31; Favrod-Coune-Belet, *La convention d’arbitrage dans*, 1108.

⁹ Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 205; Schurr, *Smart Contracts*, 257.

tiyaç duymamaktadır¹⁰. Ancak son zamanlarda akıllı sözleşmelerin aracısız olma özelliği tartışılmaktadır. Özellikle, dışarıdan veri tedariki ihtiyacı olduğu hallerde, verilerin temin edildiği yazılımların¹¹ ya da bizzat akıllı sözleşme kodlarının saklandığı blokzincir teknolojisinin bir aracı olarak kabul edilebileceği¹² yönünde görüşler mevcuttur. Buna rağmen akıllı sözleşmelerin, hukuk dili yerine program kodlarını; resmi kurum ya da kuruluşlar yerine teknik ve otomatik icrayı kullanan yeni nesil bir teknoloji olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹³.

Akıllı sözleşmeler, hukuki perspektiften bakıldığında bir sözleşmeyi ifade ediyor gibi görünmektedir¹⁴. Burada çalışan kod parçacıklarına “*Smart Contracts (akıllı sözleşme)*” adını veren ilk kişi, Ethereum’un mucidi Vitalik Buterin’dir. Ancak Buterin, “*sözleşme*” ifadesi sebebiyle hukuken eleştirilere maruz kalmıştır. Bunun üzerine 2018 yılında bir tweet atarak; “*Smart Contracts*” ifadesini kullanmakta yaşadığı pişmanlığı paylaşmış ve onun yerine söz konusu özellikteki program için “*kalıcı kodlar*” şeklinde çevrilen “*Persistent Scripts*” ifadesinin daha uygun olduğunu beyan etmiştir¹⁵.

Gerçekten akıllı sözleşme terimi talihsiz bir seçimdir. Zira hukuki anlamda akıllı sözleşme ne bir sözleşmedir ne de akıllıdır. Akıllı sözleşmenin kendisi hukuki bir işlem ya da ilişkinin adı olmayıp, işlem ya da ilişkinin kurulmasına ve ifasına yardımcı bir bilgisayar programıdır¹⁶. Nick Szabo da akıllı sözleşmeler için; bir tanımında “*sözleşmenin şartlarını yerine getiren yazılım*” ifadelerini¹⁷, başka bir tanımında ise, “*dijital bir dizi vaat*” ifadelerini kullanmıştır¹⁸. Tanımları

¹⁰ Başar, Akıllı Sözleşmeler, 1071; Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 194; Çubukçu, Akıllı Sözleşmeler, 30; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 205; Karamanlioğlu, Concept of Smart Contracts, 31; Favrod-Coune- Belet, La convention d’arbitrage dans, 1109.

¹¹ Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 203 (dnp. 63).

¹² Kulular İbrahim, Robo Danışmanlar, 104.

¹³ Möslin, Smart Contracts, 255; Eggen, allgemeine Geschäftsbedingungen, 155; Schurr, Smart Contracts, 261.

¹⁴ Ruxandra, Smart Contracts, 2.

¹⁵ Möslin, Smart Contracts, 260; Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 202; Favrod-Coune- Belet, La convention d’arbitrage dans, 1107. Ayrıca bkz. 13.10.2018 tarihli tweet, (<https://twitter.com/>)

¹⁶ Christoph Müller, “Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, (155/2019), 331; Sesing- Baumann, Automatisierung, 234; Ruxandra, Smart Contracts, 2; Karamanlioğlu, Concept of Smart Contracts, 32; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 20, 21.

¹⁷ Fikriye Ceren Sadioğlu, “Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri ve İşlevlerin Yerine Getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/4, (Ekim 2021), 173; Habil Arda Kel, “Milletlerarası Ticarete Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2/2020), (Eylül 2021), 654, 655.

¹⁸ Szabo, Public Networks, 2; Ayrıca bkz. Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77/1, (Haziran 2019), 323; Eyüp Kun, “Is Insisting on Spe-

arasında en çok benimseneni ise, “bir sözleşmede yer alan kuralların programlanmış bir görüntüsü” tanımıdır¹⁹. Szabo’nun hiçbir tanımında akıllı sözleşmelerden “yeni bir sözleşme türü” olarak bahsettiği görülmektedir.

Akıllı sözleşme kavramı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da ele alınmıştır. Buna göre akıllı sözleşme; “önceden kodlanmış bilgilerle iki veya daha çok taraf arasındaki sözleşmelerin otomatik olarak yerine getirilmesini sağlayan, çoğunlukla merkezi olmayan bir blok zinciri sistemine dayanan bir bilgisayar protokolü”dür²⁰. O halde yapılan tanımlardan, akıllı sözleşmelerin hukuki olarak ayrı ve yeni bir sözleşme olmadığı, sadece var olan geleneksel sözleşmeleri kodlara indirgediği söylenebilir²¹. Bu programın, yapılan sözleşmenin niteliğini ya da türünü etkilemeyeceği açıktır²². Şu halde akıllı sözleşmelerle, sözleşmelerin yapılış şekline yeni bir alternatif oluşturulmuştur: *kodlama*. Kodun kendisi sözleşmenin bir şeklini oluşturmaktadır²³. Aksoy da akıllı sözleşmeleri, sözleşme yapma metodu olarak nitelendirmektedir²⁴. Başar ise, akıllı sözleşmeler için “dijital formdaki sözleşmeler” ifadelerini kullanarak, onun sözleşmenin bir şekli olduğu çıkarımını desteklemektedir²⁵.

Tipik ve atipik sözleşmelerin, tartışılarak, taraflarca doğrudan akıllı bir sözleşme şeklinde düzenlenmesi mümkündür²⁶. Bununla beraber, geçerliliği resmi şekle bağlanmış sözleşmelerin akıllı sözleşme olarak kurulamayacağı malumdur²⁷. Yine de gerekli şekil zincir dışında geleneksel olarak tamamlanıp, sözleşmenin yürütülmesi akıllı bir sözleşmeye bağlanabilir²⁸. Böylece taraflar arasında-

cific Performance under Smart Contracts Desirable under English Contract Law? Inflexibilities of Smart Contracts and Potential Solutions”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 3/1, (Haziran 2021), 142; Möslin, Smart Contracts, 262; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 20; Karamanlioğlu, Concept of Smart Contracts, 32; Favrod Coune- Belet, La convention d’arbitrage dans, 1107, Kel, Milletlerarası Ticaret, 655.

¹⁹ Florian, 261; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 4; Eggen, allgemeine Geschäftsbedingungen, 155; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 20; Kel, Milletlerarası Ticaret, 655.

²⁰ Möslin, Smart Contracts, 262.

²¹ Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 217; Furrer, schweizerische Privatrecht, 103; Schurr, Smart Contracts, 267.

²² Ruxandra, Smart Contracts, 3; Eggen, allgemeine Geschäftsbedingungen, 155.

²³ Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 68; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 21; Çekin, Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler, 328; Kel, Milletlerarası Ticaret, 659.

²⁴ Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık 2021), 2. Basım, 63.

²⁵ Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1073.

²⁶ Sesing- Bauman, Automatisierung, 235; Ruxandra, Smart Contracts, 3; Möslin, Smart Contracts, 291.

²⁷ Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Sesing- Bauman, Automatisierung, 235; Ruxandra, Smart Contracts, 3; Furrer, schweizerische Privatrecht, 105; Çekin, Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler, 328.

²⁸ Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 208. Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41. Sesing- Bauman, Automatisierung, 235; Ruxandra, Smart Contracts, 3; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 217; Eggen, allge-

ki sözleşme kod şeklinde kaydedilmiş olur²⁹. Kod ile belirlenen yükümlerin yerine getirilmesi teknik açıdan ve sistematik bir şekilde, ifa bakımından karşılıklı güvene ihtiyaç duyulmaksızın, garanti altına alınmış olmaktadır³⁰. Esasen bu sözleşmelerin “akıllı sözleşme” olarak isimlendirilmesine sebep olan da kodlanarak kaydedilen sözleşmelerin kendiliğinden ifası olmaktadır³¹.

Akıllı sözleşmelerin kodunda “eğer.....o hâlde” (*wenn ... dann/if... then*) koşuluna bağlı olarak kaydedilmiş hükümler yer almaktadır³². Program, “eğer bedel ödenmezse, oda kilitlenir” gibi basit koşullara bağlanır. Bu kodlama ile akıllı bir sözleşme yapmanın iki yolu vardır. Taraflar zincir dışında (*off-chain contract*) geleneksel bir sözleşme yaparak, sözleşmenin yürütülmesini akıllı bir sözleşmeye bağlayabilir ya da geleneksel sözleşmenin doğrudan zincir üzerinde (*on-chain contract*) bir akıllı sözleşme ile kurularak yürütülmesini sağlayabilirler³³.

Günümüzde akıllı sözleşmelerin güvenli elektronik satışlar ve araba kiralama gibi birçok alanda uygulandığı görülmektedir³⁴. Müşteriler, akıllı bir sözleşme vasıtasıyla bir ürün sipariş edebilir, satın alma bedelini yatırabilir ve program “eğer teslimat gerçekleşirse, tutar satıcıya aktarılabilir” şeklinde kodlanabilir³⁵. Aynı durum araç ya da oda kiralaları için de geçerlidir. Bu takdirde bir internet bağlantısıyla aracın veya odanın kilitleri belirli koşullar oluştuğunda açılacak şekilde

meine Geschäftsbedingungen, 155; Çekin, Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler, 328; Favrod Coune- Belet, La convention d'arbitrage dans, 1109.

²⁹ Sesing- Bauman, Automatisierung, 235; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Müller, Die Smart Contracts, 347; Ruxandra, Smart Contracts, 3; Furrer, schweizerische Privatrecht, 105; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 217.

³⁰ Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 181, 182; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 217; Kun, Smart Contracts and Potential Solutions, 143; Karamanlioğlu, Concept of Smart Contracts, 37; Favrod Coune- Belet, La convention d'arbitrage dans, 1109; Kel, Milletlerarası Ticaret, 655.

³¹ Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 204; Favrod Coune- Belet, La convention d'arbitrage dans, 1109; Başar, Akıllı Sözleşmeler, 1073.

³² Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 174; Favrod Coune- Belet, La convention d'arbitrage dans, 1107; Kel, Milletlerarası Ticaret, 660.

³³ Müller, Die Smart Contracts, 341; Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 181, 182; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 35. Bu sözleşmelerde, blokzincir merkezi bir sunucuya bağlı olmadığından sözleşmede yer alan verilerin manipüle edilmesi zordur. Bununla beraber sistemin hacklenmesi imkansız değildir. Nitekim “DAO-hack” bunun en meşhur örneğidir. 2016 yılında gerçekleşen bu olay ile yaklaşık 50 milyon değerinde etherin başka bir hesaba aktarıldığı bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Sesing- Bauman, Automatisierung, 237; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 210; Woldemaryam, *Smart Contracts in Turkish Law*, 21; Schurr, Smart Contracts, 257; Favrod Coune- Belet, La convention d'arbitrage dans, 1109.

³⁴ Bunun dışında taşıma, sigorta, bankacılık gibi daha birçok alanda akıllı sözleşmelere örnek göstermek mümkündür. Taşımacılık için bkz. <https://shipchain.io/> (Erişim Tarihi: 03.11.2022); sigorta için bkz. <https://etherisc.com> (Erişim Tarihi: 03.11.2022); bankacılık için bkz. <https://www.capgemini.com> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

³⁵ Ruxandra, Smart Contracts, 3; Schurr, Smart Contracts, 263.

programlama yapılabilir. Örneğin, dijital şifreyle kilitli bir oda kirası söz konusu olsun ve “*eğer hesabıma 2100 euro gönderilirse, kiracının x odasının anahtarına 7 gün süreyle erişimine izin verilir*”, şeklinde akıllı bir sözleşme kodlansın. Bu tip kodlama, doğrudan zincir üzerinde gerçekleşmektedir. Bundan sonra, tarafların oda anahtarını teslim almak ya da ödemeyi gerçekleştirmek için bir araya gelmelerine gerek kalmamaktadır. Oda kiralalarının haftalık ya da aylık gibi belirli periyotlarla alındığı durumlarda ise, ödenmeyen kira bedelleri söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalde, akıllı sözleşme, yapılan bir kodlama ile ödeme gerçekleşene kadar kiracının dijital anahtarını askıya alabilir veya odanın kilitlerini etkinleştirmeyebilir³⁶. Hatta kiracı bir ihtarla bilgilendirilerek ödemenin yapılması sağlanabilir. Burada akıllı sözleşme marifetiyle gönderilen ihtar, hukuki işlem benzeri bir fiilin gerçekleştirilmesidir³⁷. Böylece akıllı sözleşmelerin konusunu sadece hukuki işlemler değil, hukuki işlem benzeri fiiller de oluşturabilir³⁸.

Akıllı sözleşmelerin uygulama alanı önümüzdeki yıllarda daha da artacak gibi görünmektedir. Zira akıllı sözleşmelerin uygulanmasıyla fiziki olarak belgeye bağımlılık azalmakta, idari maliyetler düşmekte ve kontrol ya da veri izleme gibi çabalar azalmaktadır. Teknoloji tabanlı güvenilir bir sistem kurularak ifada geleneksel araç ve araçlara ihtiyaç kalmamaktadır³⁹. Ancak akıllı sözleşmeler, belirgin avantajlarının yanı sıra, hukuken birçok soruna yol açacağı endişesiyle eleştirilmektedir. Örneğin, akıllı sözleşmelerde yer alan verilerin -kural olarak- değiştirilemez niteliği ve sözleşmenin kendiliğinden icra özelliği nedeniyle, fesih, dönme, sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmenin irade fesadı hallerine dayalı iptali gibi durumların, ne şekilde gerçekleşeceği hakkında endişeler bulunmaktadır⁴⁰. Bu endişeler beraberinde, ödemenin iadesi için bir kodlama mümkün mü ya da bu durum sebepsiz zenginleşmeye konu olabilir mi, gibi başkaca sorunları da gündeme getirmektedir⁴¹. Belirtilmelidir ki, “*eğer.....o halde*” yazılına uygun olarak, örneğin “*uçuş iptal olursa ücretin iadesi*” şeklinde kodlama yapılarak, ücretin geri ödenmesi mümkün olabilir⁴². Ücret iadesi için bir dava açmak gerekirse, açılacak davanın niteliği ise - *iade konusu çoğunlukla kripto bir*

³⁶ Szabo, Public Networks, 3; Furrer, schweizerische Privatrecht, 103; Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 176; Ruxandra, Smart Contracts, 3; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 208; Schurr, Smart Contracts, 263; Kel, Milletlerarası Ticaret, 660.

³⁷ Furrer, schweizerische Privatrecht, 103.

³⁸ Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 176.

³⁹ Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 197, 198; Mölslein, Smart Contracts, 263; Favrod-Counebelet, La convention d'arbitrage dans, 1109.

⁴⁰ Sesing- Bauman, Automatisierung, 235; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 218; Çekin, Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler, 327.

⁴¹ Sesing- Bauman, Automatisierung, 236; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 220.

⁴² Müller, Die Smart Contracts, 336.

*varlığın iadesi olduğundan*⁴³- kripto varlıkların eşya ya da para olarak değerlendirilmesine göre değişecektir. İsviçre Federal Konseyi'nin 14 Aralık 2018 tarihli raporunda, kripto para birimlerinin maddi olmayan varlıklar olarak nitelendirildiği, ancak para kavramı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁴⁴. Londra Ticaret Mahkemesinin bir kararında ise, kripto varlıkların, üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilecek türden bir eşya niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Konumunun dağılmaması sebebiyle bütün tartışmalara giremesek de Federal Konsey'in değerlendirmelerine katıldığımızı söyleyebiliriz⁴⁶. Bu takdirde, kripto varlıkların para gibi değerlendirildiğinde, taşınır bir mal olarak kabul edilmesi mümkündür. O halde, taşınırın kazanılmasında soyutluk görüşü benimsenirse *-mülkiyetin devrini hukuki geçerlilikten bağımsız tutarak-* iadenin sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edilmesi gerekecektir. Ancak sebebe bağlılık görüşü benimsenirse, mülkiyet hukuki sebep olmaksızın kazanılamayacağından zenginleşme de söz konusu olmayacak ve bu durum geri alım davasına konu olacaktır⁴⁷. Biz bu durumda soyutluk görüşü gereği, kendiliğinden aktarılan kripto varlıkların iadesi için, hukuki geçerlilikten bağımsız olarak bir tarafın varlığında çoğalmaya, diğer tarafın varlığında ise eksilmeye neden olacağından, sebepsiz zenginleşme davası açılması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁸. Son olarak, geri ödeme talebinin sözleşmeye dayalı olduğu hallerde ise, sözleşmeden doğan iade davalarının ileri sürülmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

Son dönemlerde yaşanan sosyo-ekonomik gelişmeler sebebiyle, firmalar, standart üretimin ve hizmetin gereği olarak, birbirine benzeyen çok sayıda sözleşme yapmak zorunda kalmaktadırlar. Bu sözleşmeler, bireysel sözleşmelerden

⁴³ Belirtilmelidir ki, akıllı sözleşmelerde ülkemiz açısından ödemenin kripto para dışında bir ödeme aracı ile gerçekleştirilmesi gerekir. Zira 2021 yılında yayınlanan "*Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik*" ile kripto varlıkların ödemelerde doğrudan ya da dolaylı bir biçimde kullanılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. (Bkz. R.G. 31456, 30 Nisan 2021; Sadioglu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 188).

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Müller, Die Smart Contracts, 349, 350; Sasing- Bauman, Automatisierung, 236; Möslin, 2 Smart Contracts, 85.

⁴⁵ Karar için bkz. Kulular İbrahim, Robo Danışmanlar, 104, 105.

⁴⁶ Benzer görüş ve kripto varlıkların eşya niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gençer Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *SDÜHFD*, 11/1, 2021, 297 vd.

⁴⁷ Gökhan Antalya, "İstihkak Davası", *YÜHFD*, 18/2, (Ekim 2021), 501; Başar, Akıllı Sözleşmeler, 1087, 1088.

⁴⁸ Söz konusu iadenin ise, aynen kripto varlık olarak kullanıcının hesabına aktarılması uygun olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, sebepsiz zenginleşmenin yapısı gereği zenginleşilen miktarın aynı olarak geri ödenmesi gerekir. (Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 133 III 153, 157.) Bununla beraber, kripto varlıklardaki dalgalanmaların ciddi oranda değişiklik arz ettiği de düşünüldüğünde, iadenin aynen gerçekleşmesi daha adil görünmektedir.

farklı olarak, onu kullanan tarafça önceden ve genellikle diğer tarafla pazarlık vb. tartışmalar olmaksızın hazırlanmaktadır⁴⁹. Bir sözleşmenin bu şekilde hazırlanması söz konusu olduğunda, çoğunlukla genel işlem koşulları kullanılır. Günümüzde bankacılık, sigorta ve seyahat gibi birçok sektörde genel işlem koşullarını içeren belirsiz sayıda sözleşme ilişkisi kurulduğu görülmektedir.

Genel işlem koşulları, taraflardan birinin, benzer birçok sözleşmede kullanılmak üzere, önceden hazırlayarak sunduğu sözleşme hükümleri biçiminde tanımlanabilir⁵⁰. Ülkemizde ilk kez, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile düzenlenen genel işlem koşulları, Kanun'un 20/1 hükmünde de *"bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri"* olarak ifade edilmektedir. Avrupa'daki çoğu kanunda ve doktrinde de genel işlem koşulları benzer şekillerde tanımlanmaktadır⁵¹. Yapılan tanımların tamamında,

⁴⁹ Ezgi Kutluay, "Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşulları", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan (19/2017), 1371, 1372; Oğuz Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1, (Mayıs 2017), 72; Başak Görgeç, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", *MÜHF-HAD*, 19/1, (Haziran 2013), 404; İsmail Atamulu, "Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü", *ERÜHFD*, 13/ 1, (Mayıs 2018), 106.

⁵⁰ Fahri Erdem KAŞAK, "Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/3, (Temmuz 2019), 199; Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1372; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 161; Nehir Arabacı, Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, (Ankara: Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2018), 26; Mehmet Akçaal, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/1, (2014), 53; Merve Acar Bilmüş, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 7; Ersöz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, 72; Görgeç, Kişilik Hakkı, 406.

⁵¹ Örneğin, Hatemi- Gökyayla genel işlem koşullarını, bir tarafın önceden hazırladığı ve sözleşmenin kurulması için diğer tarafa imzalanmak üzere sunduğu kurallar olarak tanımlamaktadır (Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 3. Basım, 63. Havutçu ise genel işlem koşulları kavramını, *"gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil edilmesini istediği sözleşme koşulları"* olarak tanımlar (Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, (İzmir: Güncel Yayınevi, 2003), 74). Doktrinde Bahtiyar, *"bir tarafın üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı türden ve çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden saptayıp, hazırladığı ve sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa sunduğu, genellikle basılı ve yazılı olan kayıtlar"* biçiminde bir tanımlama yapmaktadır. (Mehmet Bahtiyar, "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması", *Yargıtay Dergisi*, (1996/1- 2) 79. Ayrıca bkz. Yeşim Atamer, *"Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar"*, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004), 325; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 219; Cannur Çitaklayım, "Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi ve Alman Federal Mahkemesi Kararı, (Bgh, Az. Iv Zr 422/12 V. 26.3.2014) Işığında Şeffaflık İlkesinin Sigorta Sözleşmelerindeki Sınırları", *YBHD*, 3/1 (Ocak 2017), s. 137; Ersöz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, 73; Görgeç, Kişilik Hakkı, 410.

genel işlem koşullarında üç önemli unsurun varlığı dikkat çekmektedir: “önce-den”, “tek taraflı” ve “ileride çok sayıda kişiyle akdedilmek üzere hazırlanma” unsurları⁵². Bunlar, genel işlem koşullarının zaruri unsurlarıdır. Sözleşmede yer alan bir hükmün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi bu unsurların varlığına bağlıdır. Böylece hazırlanan tek bir sözleşme metni ile birçok mal ya da hizmetin çoğunluğa ulaşması sağlanmaktadır⁵³.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler, genellikle standart sözleşme kavramı ile açıklanır⁵⁴. Standart sözleşmeler, kamu hizmeti görmeyen kişi ya da kuruluşlar tarafından hazırlanan ve çoğunluğunu genel işlem koşullarının oluşturduğu sözleşmelerdir⁵⁵. TBK'nın 20. maddesinin son fıkrasında genel işlem koşullarıyla ilgili kanun hükümlerinin; sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı ifade edilmektedir⁵⁶. Böylece

⁵² Umur Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *TBB, Dergisi*, (107/2013), 78; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 20. Basım, 130-132; Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2, (Aralık 2011), (Basım Yılı: 2013), 13; Havutçu, *İçerik Denetimi*, 79; Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1385; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 219; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 411; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 9; Doğa Ekrem Doğanç, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 17.

⁵³ Şeyhmus Işık, *Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri*, (Erzincan: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2013), 43, 44; Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1385; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 219; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 411; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 78; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 9.

⁵⁴ Andreas Furrer- Markus Muller Chen- Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 133, 134; Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 59; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 17; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 126.

⁵⁵ Aydoğdu, *Şerh*, 59, 60; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 134; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 24; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 65; Ersöz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, 72.

⁵⁶ Genel işlem koşullarının hukuki niteliğinden de kısaca bahsederek, bu bakımdan üç farklı görüşün olduğu söylenebilir: *sözleşme, norm ve teamül görüşleri*. *Norm görüşü*, genel işlem koşullarının soyut ve genel nitelikte olması nedeniyle ortaya atılmış, bir dönem Alman Yüksek Mahkemesi tarafından dahi benimsenmiştir. Bu görüşü savunanlar, genel işlem koşullarını bir kanun maddesi gibi değerlendirmiş ve onun herkes için bağlayıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Teamül görüşünde ise, genel işlem koşullarının çok defa ve aynı şekilde kullanılması nedeniyle örf ve adet kuralları gibi bir bağlayıcılık oluşturduğu düşünülmüştür. Her iki görüş de çoğunluğa ulaşamamış, doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim genel işlem koşullarının, ne kanun koyucunun hazırladığı hukuk normları kadar bağlayıcı olduğu ne de örf ve adet kuralları gibi sürekli ve genel nitelikte olduğu kabul görmüştür. Zira, genel işlem koşulları, her ne kadar genel ve soyut hükümler içerse de sözleşmeye dahil olabilmeleri için diğer tarafça kabul edilmelidir. Ancak bu takdirde hükümlerin bağlayıcılığından bahsedilebilir. Aksi halde koşulların bağlayıcılığından söz edilemeyecektir. Ayrıca bu bağlayıcılığın diğer kişi ya da sözleşmelere de herhangi bir etkisi olmazken; yalnızca sözleşmenin iki tarafı bakımından geçerlidir. Bu sebeple, doktrinde çoğunlukla savunulan ve bizim de katıldığımız görüş, genel işlem koşullarının hukuken sözleşme niteliğine sahip olduğu görüşüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eggen, *allgemeine*

uygulama alanı bakımından, genel işlem koşulu içeren sözleşmenin türü veya nasıl isimlendirildiği önem arz etmemektedir⁵⁷. Başka bir deyişle, genel işlem koşulları, kira veya satış sözleşmesi gibi isimli bir sözleşmede ya da zorunlu unsurlarını taşımak kaydıyla, kanunda yer almayan franchise, paket tur veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimsiz bir sözleşmede de uygulanabilmektedir⁵⁸. Hatta TBK'nın 20. maddesinin son fıkrası gereği, kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk kapsamında yer alan işlemlerinde kullanılan standart hükümler dahi genel işlem koşulu olarak kabul edilmekte ve koşullara ilişkin düzenlemelere tabi tutulmaktadır⁵⁹.

II. AKILLI SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

A. AKILLI SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KULLANILABİLİRLİĞİ

Geleneksel sözleşmelerde olduğu gibi, akıllı sözleşmeler de önceden, tek taraflı ve birçok kişiyle akdedilmek üzere hazırlanabilir. Dünyanın her yanından sözleşenleri dahi bir araya getirebileceği düşünüldüğünde, akıllı sözleşmeler standardizasyonun amaçlarına çok uygundur. Bu nedenle gerek amaçları olsun gerekse de standart olma özelliği olsun, akıllı sözleşmeler ve genel işlem koşulları arasında sıkı bir ilişki vardır. Ancak işlevselliği yönünden farklı olduklarını belirtmek gerekir. Zira, genel işlem koşulları yükümlülük içerirken, akıllı sözleşmeler o yükümlülüğün yerine getirilmesi veya hakkın kullandırılması ile ilgilidir⁶⁰. O halde genel işlem koşullarının, akıllı bir sözleşmeye dahil edilip edilemeyeceği incelenmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde, koşulların sözleşme metninde ya da ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türü ve şeklinin, genel işlem koşu-

Geschäftsbedingungen, 161; Aydoğdu, *Şerh*, 30, 31; Bahtiyar, *Tüketicilerin Korunması*, 110, 111; Ersöz, *Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*, 76; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 412; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 27; Doğancı, *Saydamlık Denetimi*, 235, 236; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 32.

⁵⁷ Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), s. 9; Aydoğdu, *GİK*, 8; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 25; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 133; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 411; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 107; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 81; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 10; Doğancı, *Saydamlık Denetimi*, 106.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arabacı, *Yargısal Denetim*, 27-31; Aydoğdu, *GİK*, 8; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 411; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 9; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 107; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 81; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 10; Doğancı, *Saydamlık Denetimi*, 106.

⁵⁹ Bu hüküm olmasaydı dahi Yargıtay'ın "iltihaki sözleşme" nitelendirmesi ile kamu kurum ve kuruluşlarının tekelindeki özel hukuk işlemleri bakımından kamu düzenine aykırı hükümlerin tüketiciyi bağlamayacağı veya tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartların ileri süremeyeceği gerekçesi ile tüketicinin korunması bakımından kararlar verdiği bilinmektedir. Bkz. Yargıtay 13, HD, 18.03.1996, 1996/1734 E., 1996/2494 K.; Yargıtay 4, HD, 6.12.1974, 1973/6285 E., 1974/16590 K.

⁶⁰ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 161.

lu olarak nitelendirilmesinde önemli olmadığı ifade edilmektedir. Bu durumda, genel işlem koşulları yazılım diline aktarıldığında da onun hukuki niteliğinin etkilenmeyeceği açıktır⁶¹. Ancak yazılımdaki genel işlem koşullarının doğru kodlanması gerekir⁶². Zira kodlamanın dili, konuşma diline göre çok farklıdır. Bunun dışında, genel işlem koşullarının akıllı bir sözleşmeye dahil edilmesine teknik olarak bir engel bulunmadığı söylenebilir. Yani, sözleşmenin taraflarından biri, genel işlem koşullarını bir programlama diliyle akıllı bir sözleşmeye yazabilir veya yazdırabilir. Bunlar sözleşmede kodlar halinde görünecektir. Böylece yazılımı yapan ya da yaptıran taraf, bu akıllı sözleşmeyi defalarca kullanabilecektir. Önemli olan koşulların tek taraflı olarak, önceden ve birden fazla kez kullanılmak üzere kodlanmasıdır⁶³. Tarafların birlikte hazırladıkları akıllı sözleşmelerde ise, genel işlem koşullarının varlığından bahsedilemez⁶⁴. Aksi bir düzenleme, genel işlem koşullarının niteliğine aykırıdır.

Akıllı sözleşmeler ve içerisine dahil edilecek genel işlem koşulları bakımından, akıllı sözleşmelerin, sözleşmeler hukukuna hakim genel ilkelere ve hükümlere tabi olduğu söylenebilir⁶⁵. Nitekim sözleşmelerin bir veri tabanında kodlar halinde bulunması, onun sözleşmeler hukukuna tabi olmasını engellemez⁶⁶. Dolayısıyla, TBK m. 20 vd. yer alan hükümler, özellikle denetim kuralları, akıllı sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları için de uygulanabilir. Yeter ki, genel işlem koşulları, tarafların mutabakatı ile desteklensin⁶⁷. Yoksa genel işlem koşullarının varlığından ya da akıllı sözleşmenin bir parçası olduğundan bahsedilemeyecektir⁶⁸.

B. AKILLI SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

1. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin hukuki düzenlemeler yapılırken, bu koşulları içeren sözleşmelerde güçsüz konumda olan tarafı, kendisine zorla dayatılan genel hükümlere karşı korumak amaçlanmaktadır. Gerçekten bir-

⁶¹ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 162; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 220.

⁶² Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 218; Ruxandra, *Smart Contracts*, 5; Schurr, *Smart Contracts*, 265.

⁶³ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 162; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 223, 224; Yeniocak, *Yarışal Denetim*, 78; Aydoğdu, *GİK*, 13; Havutçu, *İçerik Denetimi*, 79; Kutluay, *Genel İşlem Koşulları*, 1385; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 411; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 9; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 17.

⁶⁴ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 162; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 225, 226.

⁶⁵ Tevetoğlu, *Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler*, 204.

⁶⁶ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 92, 93; Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1078.

⁶⁷ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 162; Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 200; Furrer, *schweizerische Privatrecht*, 114; Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1085.

⁶⁸ Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 200.

birinden farklı tüketicilere standart ve benzer hükümlerin empoze edilmesi, onların aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle önceleri sadece, “*Sözleşmede Haksız Şartlar*” başlığıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinde yer alan koruyucu hükümler düzenlenmişti. Ancak bu hükümlerden yalnızca tüketicilerin yararlanabilmesi sebebiyle, tüketici sayılmayan kişilerin de genel işlem koşullarına karşı korunması ihtiyacı doğdu⁶⁹. Bunun üzerine 2012 yılında, 6098 sayılı TBK ile 21 vd. yer alan maddelerde, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin özel düzenlemeler kabul edildi. Böylece günümüzde genel işlem koşullarının, düzenlenen bu kurallar marifetiyle, uyumsuzluk halinde hakim tarafından denetlenmesi sağlanmış oldu.

Esasen genel işlem koşullarında denetim iki şekilde gerçekleştirilmektedir: İdari ve yargısal denetim. İdari denetimde, genel işlem koşulları, ilgili yönetim organı ya da birimi tarafından önceden (ex ante-Kontrolle) incelenip onaylanarak sözleşmelere dahil edilmektedir⁷⁰. Özellikle bankacılık veya sigortacılık gibi alanlarda haksız koşulların uygulamaya girmeden evvel, idari denetimle önüne geçilebilmektedir⁷¹. Ancak, TBK’da idari denetime ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemektedir. Kanunda yalnızca yargısal denetim yolu düzenlenmektedir. Bu denetim ise yürürlük, yorum ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamalı gerçekleşir. Denetimde sözleşmenin türü herhangi bir önem arz etmez. Ancak belirtilmelidir ki, genel işlem koşullarının denetimi bakımından sözleşmenin hak ve borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olması gerekir⁷². Bunun dışında, sözleşmenin akıllı sözleşme ya da klasik sözleşme olması, TBK’da yer alan denetim yollarının uygulanması açısından farklılık oluşturmayacaktır. Akıllı sözleşmeler de genel işlem koşulları bakımından yargısal denetime tabi olacaktır.

2. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi, TBK’nın 21. maddesinde düzenlenmektedir⁷³. Buna göre, sözleşme içeriğine dahil edilmiş genel işlem ko-

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman- Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 14. Basım, s. 160, 161; Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 196; Kutluay, *Genel İşlem Koşulları*, 1372; Akçaal, *Genel İşlem Koşulları*, 51, 52; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 408, 409; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 105; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 77; Kılıçoğlu, *1 Borçlar Hukuku*, 23 vd.

⁷⁰ Aydoğdu, *Şerh*, 128; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 39.

⁷¹ Demir, 223; Aydoğdu, *Şerh*, 129, 130; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 40.

⁷² Aydoğdu, *GİK*, 8.

⁷³ Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi TBK’nın 21. maddesinde; “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” şeklinde düzenlenmektedir.

şullarının yürürlük kazanabilmesi için, o koşulların varlığı hakkında karşı taraf açıkça bilgilendirilmiş, içeriğinin ne olduğunu öğrenme imkanı kendisine sunulmuş ve bunun üzerine de karşı taraf bu koşulları kabul etmiş olmalıdır⁷⁴. Aksi halde ilgili hükümde, bu koşulların yazılmamış sayılacağı düzenlenmektedir. Aynı şekilde sözleşmenin niteliğine yabancı olan koşullar da sözleşmede yazılmamış sayılmaktadır⁷⁵.

Bu noktada genel işlem koşullarının yürürlük kazanabilmesi için, bu koşulların sözleşmede yer aldığı hususunun karşı tarafa açıkça bildirilmesi ve koşulların içeriğini öğrenme imkanının verilmesi (global/genel kabul) çoğunluk tarafından yeterli görülmekte; içeriğinin madde madde anlatılarak ya da karşı tarafça okunması suretiyle tamamen anlaşılması veya öğrenilmesi (tam (bilinçli) kabul) şartı aranmamaktadır⁷⁶.

Kabul edildiği günden bugüne kadar, TBK'nın 21. maddesinde yer alan “yazılmamış sayılır” ifadesi hukukçuların dikkatini çekmektedir. Bu ifadeye benzer ifadelerin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) ilgili maddelerinde ve Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305 c maddesinde de yer aldığı görülmektedir⁷⁷. “Yazıl-

⁷⁴ Esra Kaşak, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1, (2012), 416; Yeşim, M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Basım, (İstanbul: Beta Basım, 2001), 102, Havutçu, *İçerik Denetimi*, 111-112; Aydoğdu, *GİK*, 20; Möslin, *Smart Contracts*, 280; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 43; Akçaal, *Genel İşlem Koşulları*, 56; Ersöz, *Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*, 72; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 415; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 109; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 82; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 27; Işık, *Tüketici Hukuku*, 60; Doğanca, *Saydamlık Denetimi*, 118, 119; Hatemi- Gökayla, *Borçlar Hukuku*, 65; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 164; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 133; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 135, 136; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 37.

⁷⁵ Sözleşmenin türünü değiştiren ya da kanunda veya uygulamada var olan içeriğine uzak kalan hükümler sözleşmenin niteliğine yabancı olan koşullar olarak nitelendirilir. Bu hükümler asli edim yükümünü genişleten, sınırlandıran ya da beklenmedik bir şekilde kaldıran hükümler olabilir. Bunlara “şaşırtıcı kurallar” da denilmektedir (BGB m. 305 c). Bkz. Hayrunnisa Özdemir, “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK. m. 21/II”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan)*, 22/3, (Aralık 2016), 2351; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 166; Aydoğdu, *Şerh*, 129; Kaşak, *Genel İşlem Koşulları*, 420-423. Kutluay, *Genel İşlem Koşulları*, 1401; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 53; Ersöz, *Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*, 77; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 417; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 110; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 86, 87; Hatemi- Gökayla, *Borçlar Hukuku*, 64; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 138, 139; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 38; Işık, *Tüketici Hukuku*, 57; Doğanca, *Saydamlık Denetimi*, 176; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 133; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 41, 42.

⁷⁶ Aydoğdu, *GİK*, 25; Kaşak, *Genel İşlem Koşulları*, 418; Kutluay, *Genel İşlem Koşulları*, 1398; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 51 vd.; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 416.; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 83; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 39; Işık, *Tüketici Hukuku*, 64, 65; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 137; Doğanca, *Saydamlık Denetimi*, 144, 145.

⁷⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nda yazılmamış sayılma anlamına gelen “als nicht geschrieben” ifadesinin, Alman Medeni Kanunu'nda ise sözleşme içeriğinden kabul edilmemesi ya da sözleşme içeriğine dahil olmaması gibi anlamlara gelen “werden nicht Vertragsbestandteil” ifadesinin kullanılmıştır. Ayrıntılı

mamış sayılma” esasen borçlar hukukunda benimsenen yaptırım türlerinden biri değildir. Bu nedenle hüküm, özellikle kabul edildiği ilk yıllarda çokça tartışılmış ve çoğunluk görüşü ile onun “*kısmi yokluk*” yaptırımı gibi değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁷⁸. Nitekim, BGB’nin 305 c madde gerekçesinde sözleşmenin niteliğine yabancı olan koşulların “*sözleşme içeriğinden kabul edilmemesi*”, diğer bir ifadeyle “*sözleşme içeriğine dahil olmaması*” gerektiğinin belirtilmesi, hükümsüzlükten çok bu koşulların yokluğuna işaret etmektedir⁷⁹. Ayrıca TBK’nın 21.⁸⁰ ve 22.⁸¹ madde gerekçeleri de onun bu niteliğini desteklemektedir.

Akıllı sözleşmelerde de genel işlem koşullarının yürürlük denetimi TBK’nın 21. maddesine göre yapılmalıdır. Şu halde, genel işlem koşullarının, akıllı sözleşmelere dahil edilebilmesi, karşı tarafın bilgisine ve açık onayına sunulmasına bağlıdır⁸². Diğer tarafça içeriğini öğrenme imkanı sağlanmayan genel işlem koşulları, akıllı sözleşmelerde de “*yazılmamış sayılma*” yaptırımı ile karşı karşıya kalmalıdır⁸³. Bu nedenle, blok zincire kaydedilen sözleşmeye ait genel ve soyut hükümlerin, çeşitli bildirim şekilleriyle karşı tarafa gönderilmesi mümkündür. Yalnızca karşı tarafın bilgisine sunulan sözleşme metninin, eksiksiz, hatasız ve doğru bir biçimde kodlara aktarılması gerekir⁸⁴. Zira sözleşme metinleri manu-

bilgi için bkz. Dinç, 81; Aydoğdu, *Şerh*, 139; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 164; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 420, 421; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 85; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 33; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 101; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 124.

⁷⁸ Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1407; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 165; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 60, 61; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 56, 57; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 424; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 110; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 85; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 35; Işık, *Tüketici Hukuku*, 78; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 132. Hatemi- Gökyayla, yazılmamış sayılma yaptırımını yokluk değil, kısmi hükümsüzlük olarak değerlendirir. Bkz. Hatemi- Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 65, 66; ayrıca bkz. Havuçtu, *İçerik Denetimi*, 144, 145.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, 93 vd.; Özdemir, *Beklenmedik Şartlar*, 2355, 2356; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 61; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 58; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 85.

⁸⁰ TBK’nın 21. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “.. Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şartırcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir”.

⁸¹ TBK’nın 22. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Tasarının tek fıkradan oluşan 22’nci maddesinde, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmektedir. Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim, aynı konuyu düzenleyen Alman Medenî Kanununun (BGB) 306’ncı maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir”.

⁸² Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 229; Furrer, *Schweizerische Privatrecht*, 111; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 163; Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1086.

⁸³ Aksi görüş için bkz. Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1086. Başar, akıllı sözleşmelere kodlanan genel işlem koşullarının içeriğine müdahalede bulunmanın teknik olarak imkansızlığı sebebiyle, yazılmamış sayılma yaptırımının akıllı sözleşmeler bakımından uygulanamayacağını ileri sürmektedir.

⁸⁴ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 234, 235; Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 224; Eggen, 163.

el olarak, yazılımcılar tarafından kodlanmaktadır⁸⁵. Bu nedenle, her iki taraf da kodların sözleşme metnine ve iradelerine uygun olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür⁸⁶. Kodların denetimi, akıllı bir sözleşmenin çalışmaya başladıktan sonra kural olarak kodların bir daha değiştirilemez olması nedeniyle oldukça önemlidir⁸⁷. Şüphesiz bu denetim, belirli bir uzmanlığı gerektirmektedir⁸⁸.

Yukarıda genel işlem koşullarının, sözleşmeye dahil olması için karşı tarafın kabulüne ihtiyacı olduğunu söylemiştik. Akıllı sözleşmelerde bu kabul, sağlayıcı tarafından onay kutucukları düzenlenerek blok zincire kaydedilme şeklinde gerçekleştirilebilir⁸⁹. Bu duruma örnek olarak, uygulamada sıklıkla karşılaştığımız “sözleşmeyi okudum” şeklindeki onay kutucuğu ile alınan rızalar gösterilebilir. Bu halde dahi karşı tarafa, sözleşme metnine ulaşma, onu okuma ve anlama imkanının verilmesi şarttır. Örneğin, on chain sözleşmeler bakımından koşulların zincire kaydedilmiş olması ve bu kodlara anahtar sahiplerince ulaşılması gerekir. Kodların anlaşılmadığı durumlarda akıllı sözleşmeye ek belgelere, çoğunlukla uygulama ve platform sözleşmelerine ya da akıllı sözleşmenin beraberinde yer alan betimlemelere bakılabilir. Aksi halde sözleşme kodlarının, karşı tarafın anlayacağı bir dile çevrilmesi gerekir⁹⁰. Off chain sözleşmeler bakımından ise, zincir dışında kurulan sözleşmedeki koşulların, karşı tarafın anlayacağı bir dilde, mail vb. yollarla iletilerek karşı tarafa okuma ve öğrenme imkanının verilmesi yeterlidir. Buna rağmen, karşı tarafın bilgisine sunulan metin ya da kodlama çok uzun olması veya zaman darlığı gibi nedenlerle, yeterince okunmadan ve anlaşılmadan onay kutucuğu ile onaylanabilir. Bu durumda genel işlem koşullarını okuyabilmesine rağmen bunu yapmayan kişinin genel işlem koşullarını kabul ettiği varsayılmalıdır⁹¹. Geleneksel sözleşmelerde yeterli görülen global kabulde olduğu gibi, akıllı sözleşmelerde de bu şekilde onaylanan genel işlem koşullarının global kabul sayılarak, yürürlük denetimini aşması mümkündür. Ancak yürürlük deneti-

⁸⁵ Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 163.

⁸⁶ Müller, *Die Smart Contracts*, 338.

⁸⁷ Sadioğlu, *Akıllı Sözleşmenin İşlevleri*, 186; Müller, *Die Smart Contracts*, 338; Sesing- Bauman, *Automatisierung*, 236; Favrod Coune- Belet, *La convention d'arbitrage dans*, 1109; Kel, *Milletlerarası Ticaret*, 660.

⁸⁸ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 235; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Başar, *Akıllı Sözleşmeler*, 1086.

⁸⁹ Ayrıca, genel işlem koşulları karşı tarafın bilgisine sunulup, ona bu koşulları öğrenme imkanı verildiği takdirde, ilgili kişinin akıllı sözleşmede belirtilen ödemeyi aktarması, sözleşmeyi koşullarıyla birlikte kabul ettiği sonucuna varılacak bir iradeyi temsil edecektir. Global kabul olarak isimlendireceğimiz bu kabul ile ortaya konan koşullar yasal sözleşmenin bir parçası haline gelecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Müller, *Die Smart Contracts*, 343; Ruxandra, *Smart Contracts*, 4; Furrer, *schweizerische Privatrecht*, 107; Çekin, *Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler*, 326. Aksi görüş için bkz. Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 169.

⁹⁰ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 237.

⁹¹ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 232.

minden geçen bu koşulların, içerik denetimine tabi olduğu da unutulmamalıdır⁹². Bununla beraber, karşı tarafın genel işlem koşullarından haberdar olmaması ya da bu koşullara muvafakatinin olmaması veyahut sözleşmede puntoların çok küçük olması ve bu nedenle okumayı zorlaştırması gibi durumlarda *-diğer denetim aşamalarına geçmeksizin-* sözleşme, söz konusu koşullar olmadan⁹³ tamamlanmış sayılacaktır⁹⁴.

Diğer taraftan, yazılımlı yapılan sözleşme türüne yabancı genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşı karşıya kalacağı söylenmelidir⁹⁵. Örneğin, bir kira sözleşmesinde sağlayıcının anahtar sahiplerine ait kişisel bilgileri dilediği gibi kullanabileceğine ilişkin bir koşul, sözleşmenin niteliğine tamamen yabancı bir koşuldur⁹⁶. Bu takdirde, yabancı koşul olmadan sözleşme akdedilmiş kabul edilecektir.

3. Yorum Denetimi

Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesine göre, genel işlem koşullarının yorumlanması, var olan hükmün açıkça anlaşılmadığı ya da birden çok anlamı ihtiva ettiği durumlar için söz konusu olmaktadır⁹⁷. Bu durumda kanun koyucu, sözleşmenin tarafları arasında denge kurmayı amaçlamış ve söz konusu hükmün

⁹² Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 232, 233.

⁹³ Sözleşmenin yazılmamış sayılan kısımları ile ilgili boşluklar oluşmaktadır. Bu boşlukların öncelikli olarak, kanunun yedek hukuk kurallarına göre doldurulması gerekir. TBK'nın 22. maddesinin gerekçesinde de bu hususu belirtilir. Yargıtay da bir kararında, yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 11, HD, 26.6.2018, 2016/10425 E., 2018/4812 K.). Yargıtay başka bir kararında, *"davalı bankanın davacıdan ne tür ücret masraf komisyon tahsil ettiğinin belirlenmesi sözleşmenin ilgili maddesinin genel işlem koşulu mahiyetinde yazılmamış sayıldığı takdirde oluşan boşluğun tebliğ ve gerekirse emsal banka uygulamaları gözetilerek doldurulması ve ona göre karar verilmesi gerektiğini"* belirtmiştir (Yargıtay 11, HD, 4.12.2019, 2019/4678 E., 2019/7837 K.) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.03.2023). Ayrıca bkz. Arabacı, *Yargısal Denetim*, 82; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 58; Görgeç, Kişilik Hakkı, 420; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 398, 399.

⁹⁴ Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1392; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 136; Aydoğdu, *GİK*, 26; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 162; Atamulu, Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü, 110; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 169, 170.

⁹⁵ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 239.

⁹⁶ Benzer örnekler için bkz. Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1402; Kaşak, Genel İşlem Koşulları, 423.

⁹⁷ Kaşak, Koşulların Yorumlanması, 202; Aydoğdu, *Şerh*, 230; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 142; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 133; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 65; Çitaklayım, Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi, 144; Görgeç, Kişilik Hakkı, 424; Atamulu, Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü, 111; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 90; Işık, *Tüketici Hukuku*, 55. Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesine göre, *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenlenenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır"*.

düzenleyen aleyhine, karşı tarafın ise lehine olacak şekilde yorumlanmasını emretmiştir. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu kural, Roma Hukundan gelen “*in dubio contra stipulatorem*” (*Sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır*) genel ilkesi ile aynı hukuki kaderi paylaşır. Bu ilke ve TBK’nın 23. maddesi, sözleşmede yer alan hükümleri serbestçe düzenleme yetkisine sahip olan kimsenin, hükmün anlaşılmadığı durumlarda kendi aleyhine yorumlanmasına tahammül etmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır⁹⁸.

Gerekçede açıkça, karşı tarafın aleyhine yorumlama yapılabilmesi için o sözleşme bakımından uzman olmasının gerekmediği belirtilmektedir. Genel işlem koşullarının nasıl yorumlanması gerektiği hakkında ise, doktrinde iki görüş benimsenir. Bunlardan ilki, Alman hukukunda benimsenen, objektif görüştür. Bu görüşü savunanlara göre yorum, karşı tarafın zayıflığından ya da statüsünden bağımsız bir şekilde, makul ve ortalama bir müşterinin algılama yetisi dikkate alınarak yapılmalıdır⁹⁹. Diğer görüş ise, subjektif görüştür. Burada objektif görüşün aksine, sözleşme taraflarının müşterek beklentileri ve somut olayın koşulları dikkate alınarak yorum yapılır¹⁰⁰. İsviçre hukukunda subjektif görüşün benimsendiği görülmektedir¹⁰¹. Bizce de sözleşme hükümlerinin taraflarca nasıl algılandığı, sözleşmeler hukukunun amacına daha uygundur¹⁰².

Yorum denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin muhtevasına dahil olduğu, yani yürürlük denetimi sonrası söz konusu olabilir¹⁰³. Zira yazılmamış kabul edilen genel işlem koşullarının yorumlanması mümkün değildir¹⁰⁴. Yürürlük dene-

⁹⁸ TBK’nın 23. madde gerekçesi için bkz. (Lexpera Erişim Tarihi: 07.11.2022). Ayrıca bkz. Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 240, 241; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 68, 69; Çitaklayım, Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi, 146, 147; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 59, 60; s. 425; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 90; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 55; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 133, 134.

⁹⁹ Furrer- Chen- Çetiner’e göre yorum, beyanda bulunanın ne anladığına göre değil, aynı sektörde yapılacak tipik sözleşme tarafının vermek zorunda anlama göre yapılmalıdır. Bkz. Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 141. Objektif Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 202- 203; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 70; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 45.

¹⁰⁰ Subjektif Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 202- 203; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 71; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 90; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 45; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 252.

¹⁰¹ Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 202- 203; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 45; Işık, *Tüketici Hukuku*, 54.

¹⁰² Nitekim, Türk Borçlar Kanunu’nun “Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler” başlıklı 19. maddesinde de “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır” ifadelerine yer verilmektedir. Aksini görüş için bkz. Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 242, 243.

¹⁰³ Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 196, 197; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 167; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 240; Atamulu, Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü, 111; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 48; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 226, 227.

¹⁰⁴ Kaşak, *Koşulların Yorumlanması*, 202- 203, *Koşulların Yorumlanması*, 196, 197.

timi sonrası sözleşmenin kapsamına dahil olduğu kabul edilen bir hükmün, çoklu anlama gelmesi ya da açık ve anlaşılır olmaması hallerinde yorum denetimine başvurulabilir. Şu hâlde yorum denetimi, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin, hüküm ifade ettiği noktada şüphe kalmadığı durumlar için geçerlidir¹⁰⁵.

Akıllı sözleşmelerde yorum denetimi, genel işlem koşullarının yorumlanmasına ilişkin hükümlere tabidir¹⁰⁶. Burada da sözleşmelerin içeriğine dahil edilen koşullar, taraflar arasında adil bir denge kurulabilmesi sebebiyle, TBK m. 23'e göre yorumlanmalıdır. Başka bir ifadeyle, genel işlem koşulları için geçerli olan yorum denetimi kuralına göre, belirsiz ibareler şüphe halinde sağlayıcının (sözleşmeyi bizzat kullanacak olan tarafın) aleyhine anlaşılmalıdır¹⁰⁷. Ancak, akıllı sözleşmelerde yorumlama, tam olarak klasik sözleşmelerdeki gibi olamaz. Program kodları pek de yoruma açık değildir¹⁰⁸. Ancak bu durum, içeriğinde kodlanan genel işlem koşullarının, yorumlanamayan koşul olarak kabul edilmesini gerektirmez. Burada teknik okuma yapılarak, koşulların hukuki anlamı esas alınmalıdır. Yazılımdaki içeriğin anlaşılması halinde ise, geleneksel dilde düzenlenen sözleşmeye ait diğer belgelerle bir karşılaştırma yapılabilir. Bunun için yalnızca zincir üzerinde değil, zincir dışındaki belgelere de başvurmak gerekir¹⁰⁹. Özellikle on chain olarak yani blokzincir üzerinde kurulan akıllı sözleşmelerde yoruma esas geleneksel bir sözleşme bulunmamaktadır¹¹⁰. Böyle akıllı sözleşmelerde taraf iradelerinin yorumu için sadece platform ve uygulama sözleşmelerine ya da varsa sözleşmedeki kodlara eşlik eden açıklamalara bakılabilir. Uygulama sözleşmesi yazılımcı ve akıllı sözleşmenin tarafları arasında; platform sözleşmesi ise, kullanıcı ile uygulamanın yazıldığı platformu sağlayan kişi arasında kurulan sözleşmedir¹¹¹. Akıllı sözleşme ve diğer belgeler arasında tutarsızlık olduğu takdirde, diğer belgelerdeki beyanlar esas alınmalı, bu belgeler de anlaşılır ve açık değilse, sözleşmeyi bizzat kullanacak olan tarafın aleyhine karşı tarafın lehine yorum kuralı uygulanmalıdır¹¹². Bu noktada on chain olarak kurulan akıllı sözleş-

¹⁰⁵ Kaşak, Koşulların Yorumlanması, 196, 197; Çitaklayım, Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi, 139; Görgeç, Kişilik Hakkı, 424; Atamulu, Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü, 111; Yeniocak, Yargısal Denetim, 90; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, s. 48 vd.

¹⁰⁶ Furrer, *schweizerische Privatrecht*, 107; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166.

¹⁰⁷ Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 205; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 240; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166.

¹⁰⁸ Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 67; Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 205; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 242; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166.

¹⁰⁹ Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 205; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 242; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 68; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166; Favrod Coune- Belet, *La convention d'arbitrage dans*, 1109.

¹¹⁰ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 243.

¹¹¹ Furrer, *schweizerische Privatrecht*, 105; Sadioğlu, Akıllı Sözleşmenin İşlevleri, 206.

¹¹² Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 243; Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166; Işık, *Tüketici Hukuku*, 58.

melerde aleyhe yorum metodu ile bir çözüme ulaşmanın zor olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla akıllı sözleşmelerde yorum denetimi, problem ortaya çıktık-tan sonra yargısal yorum esnasında gerçekleştirilebilir¹¹³.

Akıllı sözleşmelerde, yorum denetimi bakımından özel bir durumun daha belirtilmesi gerekir. O da on chain sözleşmelerde tarafların belirsizliği durumudur. Akıllı sözleşmeler tamamlanırken anahtar sahipleri olan kullanıcıların gerçek dünyadaki kimliklerinin tespiti neredeyse imkansızdır¹¹⁴. Böyle bir sözleşme, tarafların gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmasını zorlaştırır¹¹⁵. Bu halde, karşı tarafın tüketici kimliğini tespit etmek de kolay değildir. Sadioğlu, karşı tarafın tüketici olup olmadığı hakkında şüphe bulunması halinde, düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine olan yorum kuralı gereği, onun tüketici olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶. Kanaatimizce, akıllı sözleşmelerin tacirler arasında da düzenlenebileceği düşünüldüğünde, aleyhe yorum kuralı uygulanmadan evvel, karşı tarafın kimliği somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir. Zira, uyuşmazlık konusu akıllı sözleşmede, korunmaya muhtaç tarafın kimliği, sözleşme konusu işlemin amacına göre değişir. TKHK bakımından, ticari ve mesleki bir amaç gütmeksizin hukuki işlem yapan her tacir (gerçek/tüzel kişi tacir ayrımı yapılmaksızın) tüketici olarak kabul edilmektedir (TKHK m. 3/k). O halde ticari ve mesleki bir amaç ile hareket edilen sözleşmelerde tacirin tüketici kimliğinden söz edilemez¹¹⁷. Ancak karşı tarafın kimliğinin tüketici ya da tacir olması, TBK kapsamında genel işlem koşullarının denetimine tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Yargıtay'ın, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, kişi bakımından hem tacirlere hem de tüketicilere uygulanabileceği yönünde birçok kararı mevcuttur¹¹⁸. Dolayısıyla, akıllı sözleşmelerde tarafın tüketici ya da tacir kimliği, TBK'daki 20 vd. yer alan hükümlere tabi olması bakımından bir farklılık arz etmeyecektir. Bununla beraber tarafın esnaf, tacir ya da tüketici olmaları, denetim esnasında, örneğin içerik denetiminde koşulun aleyhe sonuç doğurması bakımından farklı değerlendirilebilir. Bazı koşullar, basiretli kabul edilen tacir bakımından dengesizliğe yol açmazken; tacire nazaran bilgi,

¹¹³ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 243, 244.

¹¹⁴ Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 220, 221; Möslin, *Smart Contracts*, 280; Sasing- Bauman, *Automatisierung*, 239; Müller, *Die Smart Contracts*, s. 344; Çubukçu, *Akıllı Sözleşmeler*, 41; Çekin, *Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler*, 331; Favrod Coune- Belet, *La convention d'arbitrage dans*, 1110.

¹¹⁵ Sasing- Bauman, *Automatisierung*, 236; Müller, *Die Smart Contracts*, 344; Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 220, 221; Möslin, *Smart Contracts*, 280; Çekin, *Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler*, 331; Favrod Coune- Belet, *La convention d'arbitrage dans*, 1110.

¹¹⁶ Sadioğlu, *Akıllı Sözleşmenin İşlevleri*, 192.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yakup Bal, "Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu", *TAAD*, 13/50 (Nisan 2022), 368 vd.

¹¹⁸ Yargıtay 11, HD, 29.05.2017, 2016/4676 E. 2017/3160 K.; Yargıtay 19, HD, 02.06.2014, 2014/5865 E. 2014/10353 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 25.05.2023).

tecrübe ve ekonomik açıdan daha zayıf olan tüketici bakımından onun aleyhine sonuçlar doğurabilir¹¹⁹. O halde, Yargıtay’ın da ifade ettiği üzere, her ne kadar 6098 sayılı TBK’nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri tacirleri kapsasa da TTK’nın 18/2. maddesi gereği tacirlerin basiretli iş adamı vasfı sebebiyle, genel işlem koşullarının uygulanması her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli ve karar verirken tacirler bakımından daha dikkatli davranılmalıdır¹²⁰. Tüm bu nedenlerle, karşı tarafın kimliği tespit edilirken, hukuki işlemin amacının ticari olup olmadığı yönünde şüphe varsa, “düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine yorum kuralı” gereği, akıllı sözleşmede koruma talep eden tarafın, tüketici olarak değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

İçerik denetimine geçmeden evvel, genel işlem koşullarındaki değiştirme yasağının da akıllı sözleşmeler bakımından değerlendirilmesi faydalı olacaktır. TBK m. 24’e göre, düzenleyene tek taraflı olarak ve karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümler yazılmamış sayılmaktadır¹²¹. Akıllı sözleşmelerin ise, en tipik özelliği programlanan kodların değiştirilmesinin çok zor olmasıdır¹²². Bu durumda kodlanarak kaydedilen veriler için kural olarak değiştirilemez demekte bir sakınca yoktur. Dolayısıyla akıllı bir sözleşmenin içerisinde, düzenleyene, yani sözleşmeyi kullanacak olan tarafa, tek taraflı ve karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisi veren bir hüküm olsa dahi, bu durum teknik olarak zordur. Ancak akıllı sözleşmede yer alan değiştirme yetkisi kullanılarak, akıllı sözleşmedeki bir hükmün, zincir üzerinde ya da dışında yapılacak yeni bir akıllı sözleşmeyle, karşı tarafın aleyhine sonuç doğuracak şekilde değiştirilmesi mümkündür. Bu nedenle düzenleyenin, karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisini saklı tuttuğu hükümlerin, TBK m. 24’e göre yazılmamış sayılması gerekir.

4. İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarındaki son denetim şekli dürüstlük kuralı ile bağlantılıdır. TBK’nın 25. maddesinde yer alan hükümde, genel işlem koşullarının, dürüstlük kurallarına aykırı ve diğer tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte olamayacağı düzenlenmektedir. Aksi halde dürüstlük kurallarına aykırı olan genel işlem koşulları geçersiz sayılacaktır. Hangi hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğu kanunda

¹¹⁹ Aydoğdu, *Şerh*, 277.

¹²⁰ Yargıtay 19, HD, 19.2.201, 2016/15462 E. 2018/713 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 25.05.2023).

¹²¹ Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 91; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 168; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 135; Aydoğdu, *Şerh*, 248; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 426; Bilmış, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 38; Işık, *Tüketici Hukuku*, 82; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 48, 49.

¹²² Favrod Coune- Belet, *La convention d’arbitrage dans*, 1108; Meyer- Schuppli, *Smart Contracts*, 204; Karamanlioğlu, *Concept of Smart Contracts*, 31.

düzenlenmediğinden, Yargıtay, bu durumun her somut olayda ayrı ayrı incelenmesi ve mahkemece değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹²³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde de yürürlük denetimi bakımından, "karşı tarafın menfaatine aykırı" ifadesi dikkati çekmektedir. Bu ifade ile aleyhe hükümlerin daha yürürlük denetimi yapılırken tespit edilmesi gerektiği düşünülebilir. Bu nedenle, 21. maddede yer alan ifade yorumlanmalı ve 25. madde ile arasındaki fark ortaya koyulmalıdır. Yürürlük denetiminde, karşı tarafın menfaatine aykırı olsa dahi hükümler bilgisine sunulmuş, karşı taraf bu hükümlerden haberdar edilmişse, yürürlük denetimi tamamlanmış ve mevcut hükümlerle sözleşme kurulmuş kabul edilecektir¹²⁴. Bununla beraber, genel işlem koşulu kabul edilen bu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede aleyhe olduğu iddia edildiği takdirde, hükümlere içerik denetimi yapılacak ve sonucuna göre bir karara varılacaktır¹²⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde yapılan düzenlemeyle, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların, genel işlem koşulları bakımından önlenmesi amaçlanmaktadır¹²⁶. Söz konusu düzenlemenin, TMK m. 2'deki dürüst davranma borcunun bir yansıması olduğu söylenebilir¹²⁷. Hükümde dürüstlük kuralının ayrıca belirtilmesi önemlidir. Bu sayede dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede aleyhe olmayan hükümler geçerliliğini korurken, aksi hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır¹²⁸. TBK'nın 25. maddesinde herhangi bir yaptırıma yer verilmemiştir, ancak, madde gerekçesinde bu tür hükümlerin yaptırımı kesin hükümsüzlük olarak açıklanmış ve devamında TBK m. 27/2 hükmünün ikinci cümlesinin bu kapsamda uygulan-

¹²³ Yargıtay 11, HD, 26.6.2018, 2016/10425 E., 2018/4812 K., (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 07.11.2022).

¹²⁴ Aydoğdu, *GİK*, 21; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 167; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 72; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 112; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 28.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu, *GİK*, s. 24; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 167; Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1407; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 72; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 62; Ersöz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, 77; Görgeç, Kişilik Hakkı, 426, 427; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 112; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 93, 94; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 28; Işık, *Tüketici Hukuku*, 67; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 300, 301.

¹²⁶ Dinç, 85; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 42; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 62; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 143; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 94; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 300, 301; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 136; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 166.

¹²⁷ Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 166; Furrer- Chen- Çetiner, *Borçlar Hukuku*, 143; Aydoğdu, *Şerh*, 272; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 136; Hatemi- Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 65; Arabacı, *Yargısal Denetim*, 75; Çitaklayım, *Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi*, 139; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 62; Görgeç, Kişilik Hakkı, 428; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, 112; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 94; Bilmiş, *Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*, 47; Işık, *Tüketici Hukuku*, 67 vd.

¹²⁸ Arabacı, *Yargısal Denetim*, 75; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku*, 167; Hatemi/ Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 65; Çitaklayım, *Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi*, 140; Akçaal, Genel İşlem Koşulları, 62; Işık, *Tüketici Hukuku*, 78; Doğanç, *Saydamlık Denetimi*, 392.

mayacağı belirtilmiştir¹²⁹. Amaç, sözleşmeyi hazırlayan tarafın, kesin hükümsüz sayılan genel işlem koşulları olmaksızın sözleşmeyi yapmak istemediğini ileri sürmesinin engellenmesidir. Zira bu durumda sözleşmenin tamamı kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır¹³⁰.

Esasen, “yazılmamış sayılır” ifadesi veya gerekçede açıkça “27/2’nin uygulanamayacağı” kuralı var olsun ya da olmasın, aksinin kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, TBK m.27/2 hükmünün uygulanması, kanunun amacına aykırı olacaktır. Zaten sözleşmeyi tek taraflı hazırlama olanağını elinde tutan tarafa, bir de sözleşmeyi hükümsüz kılarak yapmaktan kaçınma imkanının verilmesi, onu daha da güçlü kılacak, karşı tarafı ise, sözleşmeyi o şekliyle kabul etmek zorunda bırakacaktır. Neyse ki kanun koyucu, hakkaniyete aykırı bu durumu daha başından ve açıkça engellemiştir.

İçerik denetimi bakımından akıllı sözleşmelerle, klasik sözleşmeler arasında herhangi bir fark yoktur. Klasik sözleşmelerde olduğu gibi, içeriklerin sınırı genel hükümler çerçevesinde ölçülür¹³¹. Buna göre üzerinde anlaşmaya varılan konu, hukuka veya ahlaka aykırı olmadığı sürece, taraflar sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttir.

Akıllı sözleşmede, genel işlem koşullarının varlığından haberdar edilme ve karşı tarafın açık bilgisine sunulma şartı yerine getirildiğinde, yürürlük denetimi bakımından sakınca kalmamaktadır. Ancak bu koşullardan haberdar olma hükümlerin kabulü için yeterli değildir. Karşı tarafın aleyhine sonuçlar doğurabilecek hükümler içerik denetimine takılabilir¹³². O halde, yürürlük denetiminden geçmesine rağmen, dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede karşı tarafın aleyhine sonuç doğuracak hükümler, kesin hükümsüz sayılmalıdır. Örneğin havayolu şirketi, akıllı sözleşme ile gerçekleştirdiği bilet satışlarında, maile iletilen biletin içeriğine ulaşılmaması ya da mailin kaybedilmesi veyahut silinmesi gibi durumlarda, kullanıcının uçuşa katılamayacağına ilişkin bir koşula yer verdiği takdirde, düzenlenen bu koşulun, dürüstlük kuralına aykırı olması sebebiyle, geçersiz olduğu sonucuna varılabilir.

¹²⁹ “Bu tür hükümlerin yaptırımı, 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21’inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir” (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim Tarihi: 09.03.2023).

¹³⁰ Kutluay, Genel İşlem Koşulları, 1407; Arabacı, *Yargısal Denetim*, s. 78, 79; Aydoğdu, *Şerh*, 265; Görgeç, *Kişilik Hakkı*, 427; Atamulu, *Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yüğü*, 113; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 137; Yeniocak, *Yargısal Denetim*, 94; Işık, *Tüketici Hukuku*, 78.

¹³¹ Eggen, *allgemeine Geschäftsbedingungen*, 166; Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 246.

¹³² Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 246.

Konuyu tamamlamadan evvel, içerik denetimi bakımından, akıllı sözleşmelerin karşı tarafın aleyhine sonuçlar doğurabilecek bir özelliğinden bahsedilmesi gerekir: *kendiliğinden icra edilme*¹³³.

Kendiliğinden icra edilme, akıllı sözleşmelerin en temel özelliğidir. Ancak bu özellik, bazı hallerde karşı tarafın durumunu ağırlaştırabilir. Örneğin; zincirdeki cüzdana yüklenen nakit, kendiliğinden düzenleyen tarafa aktarılmakta ve nakillerin hukuka aykırı olarak gerçekleştiğinin anlaşılması halinde iadesi, çoğunlukla kullanıcı tarafından ileri sürülmek zorunda kalmaktadır¹³⁴. O halde, iddiasını ispatlamak zorunda olan kullanıcıdır ve bu zorunluluk onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte kabul edilebilir. Ancak, aleyhe sonuç doğuran bu durumun, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Esasen akıllı sözleşmelerin cazibesi, otomatik ifayı sağlamasından gelir. Hatta sözleşmelerin akıllı olarak isimlendirilmesinin en önemli nedeni de kendiliğinden icra edilme özelliğidir. Dolayısıyla, akıllı sözleşmelerde kullanıcı bu riski bilerek sözleşmeyi imzaladığından, böyle durumların dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi ve kanaatimizce içerik denetimine tabi olması uygun değildir¹³⁵. Aksine, karşı tarafın, akıllı sözleşmenin kendiliğinden icra edilme özelliğini keskin hükümsüz sayma girişimi, koşulları varsa, hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir.

SONUÇ

Akıllı sözleşmeler, doğasında hızlı uygulanma ve daha çok kullanıcıya ulaşma fikrini barındırır. Bu nedenle, düzenleyenin önceden ve birden çok sözleşmede kullanmak üzere hazırlayacağı maddelere ihtiyacı vardır ki, böyle maddeler tam olarak genel işlem koşullarını tanımlamaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulları ve akıllı sözleşmeler, birbirine müthiş derecede uyumlu ve standardizasyonu destekleyen iki ayrı kurumdur. Koşulların, teknik olarak akıllı sözleşmelere kodlanmasına bir engel bulunmadığı da düşünüldüğünde, genel işlem koşullarının akıllı sözleşmelerde kullanılabilirliği mümkündür. Ancak bunların denetlenmesi başlı başına birtakım sorunları içerebilir. Belirtilmelidir ki, genel işlem koşullarının denetimine uygulanacak hükümler bakımından akıllı sözleşmelerle, klasik sözleşmeler arasında herhangi bir fark yoktur. Sadece, akıllı sözleşmelerin teknik olarak farklı bir yapıya sahip olması, denetimde kendine özgü sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunlardan bazıları ve çözümleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

¹³³ Ruxandra, Smart Contracts, 2, 3; Meyer- Schuppli, Smart Contracts, 210; Eggen, allgemeine Geschäftsbedingungen, 166.

¹³⁴ Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 246, 247.

¹³⁵ Benzer görüş için bkz. Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, 246, 247.

- Akıllı sözleşmelerde genel işlem koşullarının denetimi bakımından en büyük sorun, yorum denetimi yapılırken oluşabilir. Zira kodların yorumlanması çok da kolay değildir. Bu halde varsa ilişik diğer belgelerin kodlarla ve klozlarla karşılaştırılması, denetimi kolaylaştırabilir. Aralarında tutarsızlık olduğu takdirde, diğer belgelerdeki beyanlar esas alınmalı, bu belgeler de anlaşılır ve açık değilse, hükümler, düzenleyenin yani akıllı sözleşmelerde sözleşmeyi bizzat kullanacak olan tarafın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanmalıdır. Zincir üzerinde kurulan akıllı sözleşmeler bakımından ise, aleyhe yorum metodu ile bir çözüme ulaşmanın zor olduğunu belirtmek gerekir. Zira bir yazılım kodunun hukuki olarak yorumlanması faaliyeti kolay olmayacaktır. Dolayısıyla, on chain sözleşmelerde yorum denetimi ancak problem ortaya çıktıktan sonra yargısal yorum esnasında gerçekleştirilebilir.
- Genel işlem koşullarında sözleşmeyi tek taraflı olarak aleyhe değiştirme yasağı uygulanmaktadır. Akıllı sözleşmeler bakımından bu yasağın kısmen uygulanabileceği söylenebilir. Zira akıllı sözleşmelerin en tipik özelliklerinden birisi içerisinde yer alan verilerin değiştirilmesinin çok zor olmasıdır. Bu durumda verilerin kural olarak değiştirilemeyeceğini söylemek bizce hatalı değildir. Dolayısıyla akıllı bir sözleşmenin içerisinde, karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisi veren bir hüküm olsa dahi, bu durum teknik olarak zordur. Ancak akıllı sözleşmede yer alan değiştirme yetkisi kullanılarak, yeni bir sözleşmeyle, zincir üzerinde ya da dışında, akıllı sözleşmedeki bir hükmün karşı tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi mümkündür. Bu yetkiyi düzenleyen hükümlerin TBK m. 24'e göre yazılmamış sayılması gerekir.
- Akıllı sözleşmelerin başka bir özelliği de kendiliğinden icra edilmeleridir. Bu özellik, bazı hallerde karşı tarafın durumunu aleyhine olacak şekilde ağırlaştırabilir. Örneğin, zincirdeki cüzdana yüklenen nakit, kendiliğinden karşı tarafa aktarılmakta ve hukuka aykırı nakillerin iadesi söz konusu olduğunda, itiraz ve talepler karşı tarafça ileri sürülmek zorunda kalmaktadır. Bu zorunluluk, tüketicinin aleyhine ve durumunu ağırlaştırıcı nitelikte gibi görünmektedir. Ancak, bu durumun dürüstlük kuralına da aykırı olması şarttır. Akıllı sözleşmelerde kullanıcı bu riski bilerek sözleşmeyi imzaladığından, böyle durumların, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi ve içerik denetimine tabi olması bizce uygun değildir. Aksine, karşı tarafın, kendiliğinden icra edilme özelliğini kesin hükümsüz sayma girişimi, koşulları varsa, hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Zira kendiliğinden icra edilme özelliği, akıllı sözleşmelerin vazgeçilemez bir parçasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, akıllı sözleşmelerde yer alan hükümlerin, şartları varsa, genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesine hukuken bir engel bulunmadığı; bu koşulların denetiminin ise, teknik olarak farklı olsa da TBK'da yer alan denetim hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/1 (2014), 49-69.
- Aksoy, Pınar Çağlayan. *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2021.
- Antalya, Gökhan. “İstihkak Davası”. *YÜHFD* 18/2 (Ekim 2021), 499-514.
- Arabacı, Nehir. *Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*. İstanbul: Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Atamer, Yeşim. “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”. *Necip Kocayusufoğlu için Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004.
- Atamer, Yeşim, M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Basım, 2001.
- Atamulu, İsmail. “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”. *ERÜHFD* 13/1 (Mayıs 2018), 101-147.
- Aydoğdu, Murat. *Genel İşlem Koşulları Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydoğdu, Murat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/ 2 (Aralık 2011), 1-50.
- Bahtiyar, Mehmet. “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”. *Yargıtay Dergisi* 1/2 (1996), 101-148.
- Bal, Yakup. “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”. *TAA.*, 13/50 (Nisan 2022), 365-384.
- Bilmiş, Merve Acar. *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Çekin, Mesut Serdar. “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 77/1 (Haziran 2019), 315-341.
- Çitaklayım, Cannur. “Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi ve Alman Federal Mahkemesi Kararı, (Bgh, Az. Iv Zr 422/12 V. 26.3.2014) Işığında Şeffaflık İlkesinin Sigorta Sözleşmelerindeki Sınırları”. *YBHD* 3/1 (Ocak 2017), 133-166.
- Çubukçu, Damla Beril. *Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD., Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Doğancı, Doğa Ekrem. *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Eggen, Mirjam. “Smart Contracts und allgemeine Geschäftsbedingungen”. *Bern: Stämpfli* (2018), 155-175.
- Ersöz, Oğuz. “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (Mayıs 2017), 69-104.

- Favrod-Coune, Pascal/ Belet, Kévin. “La convention d’arbitrage dans un smart contract”. *Aktuelle Juristische Praxis* (2018), 1105-1117.
- Furrer, Andreas. “Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht”. *Anwaltsrevue de L’avocat* (2018), 103-115.
- Furrer, Andreas vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Görgeç, Başak. “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”. *MÜHF- HAD* 19/1 (Haziran 2013), 403-440.
- Hatemi, Hüseyin- Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Basım, 2015.
- Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel Yayınevi, 2003.
- Işık, Şeyhmus. *Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri*. Erzincan: Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Karamanlioğlu, Argun. “Concept of Smart Contracts- A Legal Perspective”. *KOSBED/* 35 (Temmuz 2018), 29 - 42.
- Kaşak, Esra. “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (2012) (Yayın Tarihi: Temmuz 2016), 415-430. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.239951>
- Kaşak, Fahri Erdem. “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/3 (Temmuz 2019), 195-222. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.609053>
- Kel, Habil Arda. “Milletlerarası Ticarete Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020/2 (Eylül 2021), 653-669.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 20. Basım, 2016.
- Kulular İbrahim, Merve Aysegül. *Robo Danışmanların Hukuken Değerlendirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Kun, Eyüp. “Is Insisting on Specific Performance under Smart Contracts Desirable under English Contract Law? Inflexibilities of Smart Contracts and Potential Solutions”. *Bilişim Hukuku Dergisi* 3/1 (Haziran 2021), 39-175.
- Kutluay, Ezgi. “Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşulları”. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan* (19/2017), 1369-1422.
- Meyer, Stephen D.- Schuppli, Benedict. “«Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”. *Recht* (2017), 204-224.
- Möslein, Florian. “Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht”. *ZHR* 183/2-3 (2019), 254-293.
- Müller, Christoph. “Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts”. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 155/2019, 330-352.

- Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 1. Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Basım, 2016.
- Onur Başar, Mükerrerem. “Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80/4, (Mart 2022), 1067-1103.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK. m. 21/II”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan* 22/3 (Aralık 2016), 2349-2360.
- Özdemir, Gençer. “Kripto Paraların Eşya Niteliği”. *SDÜHFD*, 11/1, 2021, 289-306.
- Ruxandra, Lupu. “Zulässigkeit, Handhabung und rechtliche Grenzen bei der Gestaltung von Smart Contracts”. *Inter* (2020), 2-6
- Sadioglu, Fikriye Ceren. “Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri ve İşlevlerin Yerine getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/4 (Ekim 2021), 171-216. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018674>
- Schurr, Francesco A. “Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich”. *ZVglRWiss* (2019), 257-284.
- Sesing, Andreas- Baumann, Jonas S. “Automatisierung von Vertragsbeziehungen in der Industrie 4.0”. *Inter* (2020), 233-240.
- Szabo, Nick. “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”. *First Monday* (9/1997), 1-21.
- Şeker, Muzaffer. *Yazılmamış Sayılma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tevetoğlu, Mete. “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)* 12/1 (Haziran 2021), 193-208. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.852860>
- Woldemaryam, Enku. *Smart Contracts in Turkish Law*. Konya: Selçuk University, Social Sciences Institute, Private Law Department, Master Thesis, 2021.
- Yeniocak, Umut. “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”. *TBB Dergisi* (107/2013), 75-95.



Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması^(*)

Addressing the Legal Status of Disappeared in the Earthquake in terms of Absence and Presumption of Death

Dr. Öğr. Üyesi Özlem SARI FİDAN^(**)

Depremde yitirdiklerimizin anısına sonsuz saygıyla...

Öz

06.02.2023 tarihinde ülkemizde yaşanan Kahramanmaraş merkezli olup çok sayıda ili etkisi altına alan iki büyük deprem felaketi neticesinde binlerce vatandaşımız hayatını kaybetmiş ve maddi ve manevi büyük zararlar ortaya çıkmıştır. Yaşanan bu felakette pek çok kimsenin göçük altından kurtarıldığı ya da cesedine ulaşıldığı görülsede de deprem anında bu bölgede olduğu bilinmesine rağmen sağ ya da ölü olarak bulunamayan da çok fazla kişi olmuştur. Bunun yanı sıra depremden sonra görülen ancak daha sonra kendisinden hiçbir haber alınmayan kişilerin sayısı da azımsanamayacak kadar fazladır. Yaşanan bu olaylar, söz konusu kişilerin hukuki durumlarının tespit edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Nitekim bu kişiler hakkında verilecek kararlar, özellikle yasal mirasçıları çeşitli açılardan etkileyebilecek niteliktedir. Öyle ki mirasın açılması neticesinde hakların ve borçların mirasçılara geçmesi, sağ kalan eşe ve çocuklara ölüm aylığının bağlanması, mevcut evliliğin sona erdirilmesi, söz konusu kişinin sigortalı olduğu bir hayat sigortası varsa bunun işleme konulması gibi hususlar hep ölüm olayına bağlıdır. Bu çalışma ile depremden sonra kendilerinden haber alınamayan kişilerin durumları çeşitli açılardan ele alınıp, bu kişiler hakkında ölüm karinesi ve gaiplik kararından hangisinin uygulanması gerektiğine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Deprem, Ölüm Karinesi, Gaiplik Kararı, Ölüm Tehlikesi, Ölüm.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 21.04.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 29.05.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1285470

^(**) Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Kütahya - Türkiye
[E-posta](#): ozlem.sari@dpu.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-9101-6096>

Abstract

As a result of two major earthquake disasters, centered in Kahramanmaraş, which took place in our country on 06.02.2023 and affected many provinces, thousands of our citizens died and great material and moral damages occurred. Even though it was seen that many people were rescued from the rubble or their dead bodies were found in this disaster, although it was known that they were in this region at the time of the earthquake, there were many people who could not be found alive or dead. In addition, the number of people who were seen after the earthquake but could not be heard from afterwards is too high to be underestimated. These events led to the need to determine the legal status of the persons in question. As a matter of fact, the decisions to be made about these persons are of such a nature that they may affect especially their statutory heirs in various aspects. Such that, the opening of the succession, the transfer of rights and debts to the heirs, the payment of the widows and orphans pensions, the termination of the current marriage and the execution of a life insurance in which the person in question is insured depends on the death event. With this study, the situations of people who could not be heard from after the earthquake will be discussed from various perspectives, and a comprehensive assessment will be made about which of these people should be applied from presumption of death or declaration of absence.

Keywords

Earthquake, Presumption of Death, Declaration of Absence, Danger of Death, Death.

GİRİŞ

Ülkemizde yaşanan ve asrın felaketi olarak nitelendirilen 06.02.2023 tarihli iki büyük deprem sebebiyle telafisi mümkün olmayan maddi ve manevi büyük kayıplar verilmiştir. Yaşanan bu felaket, ülkemizde yaşayan herkesi derinden yaralamış ve hepimizi doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu elim olay sonrasında Türk Medeni Kanunu'nda yer alan gaiplik kararı ve ölüm karinesi yeniden gündeme gelmiştir. Nitekim deprem bölgesinde yaşayan pek çok vatandaşımız sevdiklerinin yanında tüm birikimlerini de kaybetmiş ve maddi olarak da büyük bir yıkım ile karşı karşıya kalmıştır. Geride kalanların acılarını azaltmıyacak olsa da en azından maddi olarak bir destek olması adına, deprem sonrasında sağ veya ölü olarak bulunamayan yakınları hakkında verilecek karar neticesinde, onların hukuken öldüklerinin varsayılması ve bu doğrultuda ölüm sebebiyle ortaya çıkabilecek birtakım hakların elde edilmesi hususu önem kazanmıştır.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde gaiplik kararı ile ölüm karineleri ele alınacaktır; ikinci bölümde ise deprem sonrasında kendilerinden haber almayan kişilerin durumları, çeşitli ihtimaller de göz önünde bulundurularak, bu iki hukuki kurum yönünden değerlendirilecektir.

I. GAIPLIK KARARI VE ÖLÜM KARİNESİ

Kişilik ilke olarak ölümle sona erer ve ölümün ispatı kişisel durum kütüklerindeki kayıtlar ile olur. Ancak belirli şartların varlığı hâlinde, cesedi bulunamamakla birlikte, hayatta olmadığı düşünülen kimseler için de gaiplik kararı ve

ölüm karinesi olarak kanunda özel kurallar öngörülmüş ve bu yollarla da kişiliğin sona erebileceği kabul edilmiştir.

A. GAIPLİK KARARI

1. Genel Olarak

Bazı hâllerde bir kişinin içinde bulunduğu durum, ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir hâl olmamakla birlikte, onun yaşayıp yaşamadığına ilişkin önemli şüpheler oluşturur. Böyle şüpheli bir durumun uzun süre devam etmesi, özellikle malvarlığı hakları yönünden sakıncalar yaratabilir. Bu nedenle pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da bu belirsizliği ortadan kaldırmak ve sakıncaları gidermek adına, söz konusu kişi hakkında gaiplik kararı verilerek kişiliğinin sona erdirilmesine imkân tanınmıştır¹. Nitekim TMK m. 32’de yer alan düzenleme ile ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan bir kişinin ölümü çok muhtemel ise hâkim tarafından verilecek bir gaiplik kararı ile kişiliğinin sona ereceği kabul edilmiştir.

2. Gaiplik Kararının Şartları

Bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için “ölüm tehlikesi içinde kaybolma²” veya “uzun süreden beri haber alınmama³” şartlarından birinin bu-

¹ Mustafa Dural - Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 30; İhsan Erdoğan - Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 327-328. Gaiplik kurumunun hem kaybolanın hem de geride kalanların çıkarlarını korumak amaçlı getirilmiş bir kurum olduğu yönünde bkz. Heinrich Honsell vd., *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2010), Art. 35, N. 1; Jale Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 254; Sinan Sami Akkurt vd., *Medenî Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 195. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2017/8842, K. 2019/2901, T. 19.03.2019: “Gaiplik, kanunda tahdidi olarak sayılan belli durumlarda, sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişi ile bu durumdan hakları etkilenenleri koruma amacı ile kanun tarafından öngörülen şüphe ve belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ölüm olayına karine teşkil eden ve sonucu itibari ile ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılması sonucunu doğuran bir müessesedir”.

² Bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için o kişinin içinde bulunduğu durum sebebiyle ölmüş olmasının kuvvetle muhtemel olması; diğer bir ifadeyle ölümüne olası gözle bakılacak bir tehlike içinde kaybolması gerekir. Mehz Kanun’da (ZGB Art 35/I) bu durum büyük ölüm tehlikesi (große Todesgefahr) olarak ifade edilmiştir. Bizdeki düzenlemede bu ifade yer almamakla birlikte, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında gaipliğe karar verilebilmesi için, benzer şekilde “ölümün kuvvetle muhtemel olması” ya da “ölüm hakkında kuvvetli bir olasılığın varlığı” gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, 1979), 225; Dural - Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 31; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 328; M. Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 31-32; Akipek vd., *Medenî Hukuk*, 201; Zafer Zeytin - Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 112; Mehmet Ayan - Nursen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 180; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku*, 257; Süleyman Yılmaz - Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk-I Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 112; Rona Serozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 429; Hüseyin

lunması ve belirli sürelerin geçmesi gerekir⁴. Bu şartların mevcut olması hâlinde ilgililer, gaiplik kararı verilmesi için hâkime başvurabilirler⁵. Başvuru üzerine mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimselerin,

Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 55. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/2-276, K. 2007/278, T. 16.05.2007: “Bir kimse ölümüne mutlak nazarı ile bakılacak durumda olmamakla beraber ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa ve a kendisinden uzun zamandır haber alınamıyorsa ve böyle bir kimsenin ölmüş olması ihtimali kuvvetli ise Kanun, o şahsın gaipliğine karar verilmesi ve böylece kişiliği sona ermesine bağlanan sonuçların aynen olmasa bile uygulanması imkânını kabul etmiştir.” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET. 19.04.2023).

³ Bir kişiden uzun süreden beri haber alınmaması sebebiyle gaiplik kararı verilebilmesi için bu haber alınmamanın söz konusu kişinin yaşayıp yaşamadığını kuşkulu hale getirmesi gerekir. Zira bir kişinin yalnızca nerede olduğunun bilinmemesi gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Ayrıca haber alınmamanın kesintisiz olması gerekir; kişiden ara sıra haber alınmış ise gaiplik söz konusu olmaz. Haberin muhakkak kişinin kendisinden alınması da gerekmez. Onunla ilgili olarak başkalarından alınan haberler de gaipliğe hükmedilmesini engeller. Bkz. Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 31; Şaban Kayıhan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 26; Andreas Kley - Goran Seferovic, *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), Art. 35, N. 3; August Egger, *Zürcher Kommentar*, Bd. I, Art 1-89 ZGB, Personenrecht (Zürich: Schulthess Verlag, 1930), Art. 35, N. 3; Özsunay, *Gerçek Kişiler*, 227; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 31; Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 180; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 58, Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku, Hakikî Şahıslar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1994), 31; Hüseyin Tokat, “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2017), 531; Elvan Akdoganer Arslan, *Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 54 vd.

⁴ Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli olan süre, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde bir yıl; uzun süredir haber alınmama hâlinde ise beş yıldır. Bir yıllık süre, somut olaya göre tehlikeyi yaratan olayın gerçekleşmesinden veya tehlikeli durumun sona ermesinden itibaren hesaplanır. Beş yıllık sürenin başlangıç anı ise son haber tarihidir. Bkz. Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 32; Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 180.

⁵ TMK m. 32/1'e göre “hakları ölüme bağlı kişiler” gaiplik kararı için mahkemeye başvurmaya yetkilidir. Kaybolan kişinin öldüğü tespit edilince, bu ölüm sebebiyle çeşitli haklar kazanacak veya haklarını ileri sürebilecek ya da bir yükümlülüğün kurtulacak olan kişiler, hakları ölüme bağlı olan kişiler sayılır. Hakları ölüme bağlı kişilerin başında gaiplik kararı verilecek kimsenin eşi ve diğer yasal ve atanmış mirasçıları ile lehlerine vasiyet yapılmış kimseleri gelir. Hakları ölüme bağlı kişilerin yanında TMK m. 588'de belirli şartlar altında Hazineye de gaiplik kararı için mahkemeye başvurma yetkisi tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku*, 258; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 33; Kayıhan, *Kişiler Hukuku*, 27; Akkurt vd., *Medeni Hukuk*, 201; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 32; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 329; Özsunay, *Gerçek Kişiler*, 228; Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 180; Peter Breitschmid, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 35, N. 4; Kley - Seferovic, *OFK ZGB Kommentar*, Art. 35, N. 3; Öztan, *Şahsın Hukuku*, 32. Yargıtay bir kararında huzurevi ve rehabilitasyon merkezinde bakım ve koruma altında bulunan zihinsel özürü bir kişinin kuruluşu terk etmesi ve o tarihten beri kendisinin haber alınmaması sebebiyle ilgili kurumun yaptığı gaiplik başvurusunu hukuki yarar yokluğundan reddetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2012/2302, K. 2012/6212, T. 19.03.2012. Başka bir kararında ise gaiplik için hakları ölüme bağlı olanların başvurabileceğine; Nüfus Müdürlüğünün gaiplik davası açma hak ve yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2011/12019, K. 2012/26031, T. 05.11.2012 Hazine'nin bu yöndeki taleplerine örnek olarak bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2010/9129, K. 2011/12295, T. 14.07.2011; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2010/5599, K. 2010/8918, T. 04.05.2010 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET. 19.04.2023).

belirli bir sürede bilgi vermeleri için uygun bir süre belirleyerek en az iki ilan yapar. İlane rağmen gaipten bir haber alınmazsa, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracak şekilde gaipliğe karar verilir.

3. Gaiplik Kararının Sonuçları

Türk Medeni Kanunu m. 35/I'de “ölüme bağlı hakların aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağı” ifade edilerek, bir anlamda gaiplik kararı ile birlikte gaibin kişiliğinin sona ereceği ve ölüme ilişkin hukuki neticeler ortaya çıkacağı kabul edilmiştir. Fakat bu karar hukuken bağlayıcı bir ölüm tarihi saptamaz; bunun yerine miras ve aile hukuklarına ilişkin sui generis sonuçlar ortaya çıkarır. Zira bu sonuçlar ölümün ortaya çıkardığı hukuki sonuçlara benzetmekle birlikte tamamen aynı değildir⁶.

Gaiplik kararı, gaipliğine hükmedilen kişinin öldüğüne ilişkin bir adi karine ortaya çıkarır⁷. Bu sebeple gaiplik kararı ile birlikte gaibin kişiliğinin sona ereceği ve malvarlığının mirasçılara intikal edeceği kabul edilmekle birlikte, gaibin bir gün çıkıp gelme ihtimali göz önünde bulundurularak, gaibin mirasının geçişi özel olarak düzenlenmiştir. Nitekim TMK m. 584'te gaibin mirasçılarının ve miras üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerin, tereke mallarını teslim almadan önce, bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence sağlamaları gerektiği kabul edilmiştir⁸.

Hukukumuzda eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesinin, evlilik birliğini kendiliğinden sona erdirmeyeceği kabul edilmiştir⁹. Gaibin eşi evliliğin de sona ermesini istiyorsa, bunun için gaiplik davası ile birlikte ya da ayrıca mah-

⁶ Dural - Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 34; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 30; Breitschmid, *CHK Personen- und Familienrecht*, Art. 38, N. 1.

⁷ Dural ve Ögüz'ün ifadesiyle “Gaipliğine karar verilen kişi ne ölüdür ne de hayattadır.” Bkz. Dural - Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 34.

⁸ Güvence ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma hâlinde beş yıl; uzun zamandan beri haber alınamama durumunda ise on beş yıl süre için verilir. Her iki durumda da gösterilecek güvencenin azami süresi gaibin yüz yaşına varmasıdır. Gaibin mirası açıldıktan sonra gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler (TMK m. 585). Gaipliğin miras hukukuna ilişkin sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemale Leyla Aslan Bingöl, “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 48 (2021), 325 vd.; Ali Naim İnan vd., *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları 2022), 464 vd.; Rona Serozan - Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 441 vd.; Gökhan Antalya - İpek Sağlam, *Miras Hukuku Cilt III* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 388-389.

⁹ Oysa İsviçre hukukunda 1 Ocak 2000 tarihinde yapılan değişiklikle mahkemenin gaipliğe karar vermesi hâlinde, gaibin mevcut evliliğinin kendiliğinden sona ereceği ve ayrıca bir fesih kararı aranmaksızın gaibin eşinin tekrardan evlenebileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kley - Seferovic, *OFK ZGB Kommentar*, Art. 38, N. 3; Breitschmid, *CHK Personen- und Familienrecht*, Art. 38, N. 3.

kemedan talepte bulunmalıdır¹⁰. Gaibin eşinin evliliğin feshini talep etmemesi hâlinde, doğacak çocuklar ile gaip koca arasında soybağının kurulup kurulmayacağı öğretide tartışılmıştır. Kanaatimizce gaiplik kararı alınmış ise evlilik feshe dilmemiş olsa dahi, babalık karanesi açısından üç yüz günlük süre ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır¹¹.

Ölüme bağlanan sonuçlardan biri de ölen kişinin yakınlarının, ölüm sigortası yardımlarından; özellikle de “*dul ve yetim aylığı*” olarak da bilinen “*ölüm aylığı*” ndan faydalanabilmeleridir¹². Mahkemece verilen gaiplik kararı geriye etkili olarak, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurduğu için, Sosyal Güvenlik Kurumu hak sahiplerine, ölüm aylığı (dul ve yetim aylığı), ölüm toptan ödemesi yapılması, aylık almakta iken evlenen kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi yardımlarını bu tarihi esas alarak yapmaktadır¹³. Ancak cenaze masrafı yapmadıkları gerekçesiyle hak sahiplerine cenaze masrafı ödememektedir.

¹⁰ Gaibin eşinin evliliğin feshini talep etmesi hâlinde, mahkemenin vereceği fesih kararı ile birlikte evlilik sona erer. Gaiplik kararı geçmişe etkili olmasına karşın evliliğin feshi kararı geçmişe etkili değildir ve kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder. Gaibin tekrar ortaya çıkması durumunda eş ile aralarındaki evliliğin devam edip etmeyeceği gaibin eşinin evliliği feshettirip feshettirmedigine göre değişmektedir. Ancak gaibin geride kalan eşi, evliliğin feshini talep etmiş olup olmamasından bağımsız olarak diğer mirasçılarla birlikte gaibin mirasçısı olur. Bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) C. I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 126; İnan, *Miras Hukuku*, 133. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise sağ kalan eş evliliğin feshini dava etmedikçe mirasçı olamaz. Bkz. Antalya - Sağlık, *Miras Hukuku Cilt III*, 138-139.

¹¹ Aynı yönde bkz. Şirin Aydınçık Midyat, “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası 80/2* (2022), 464, dn. 36; Özlem Sarı Fidan, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karanesi”, *Adalet Dergisi 2023-1/70* (2023), 128, dn. 20. Aksi yönde bkz. Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 256-257.

¹² Sigortalının yakınlarının ölüm sigortası kapsamında yer alan yardımlara hak kazanabilmeleri için, sigortalının kaybolduğu tarih itibarı ile Kanunda öngörülen sigortalılık şartlarını sağlamış olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehtap Yücel Bodur, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 19; Mehmet Zülfi Camkurt, *Ölüm Karanesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması*, *Mali Çözüm Dergisi 104* (2011), 239-244; Halûk Hâdi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 242; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 415. M. Fatih Uşan - Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 406 vd.

¹³ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 118/V’te ölüm aylığına ve diğer kazanımlara ilişkin zamanasını ve hak düşürücü sürelerin gaipliğe ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla gaipliğe ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde SGK’ya ölüm aylığı için müracaat edilmesi durumunda gaiplik tarihinden (ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden) itibaren; beş yıldan sonra müracaat edilmesi hâlinde ise müracaat tarihinden geriye doğru beş yıllık ölüm aylıkları ödenmektedir. Bu durum özellikle kaybolma tarihi ile gaipliğe ilişkin mahkemenin karar tarihi arasında uzun süre olan olaylar açısından önem arz etmektedir. Yücel Bodur, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası*, 38; Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 245 vd.; Akdoğan Arslan, *Gaiplik*, 223; Camkurt, “*Ölüm Karanesi ve Gaiplik Durumunda Ölüm Sigortası*”, 246.

Bankadan kredi kullanan ve ölüm ihtimaline karşı hayatı sigortalanan bir kişinin gaipliğine karar verilmesi hâlinde uygulamanın nasıl olacağı hususunda hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴. Dolayısıyla ödenmeyen kredi tutarı için bankanın, hakkında gaiplik kararı verilen kişi hakkında icra takibi mi yapması gerektiği, yoksa sigorta bedeline mi hak kazanacağı konusu belirsizdir. Kanaatimizce TMK m. 35/I'de “ölüme bağlı hakların aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağı” ifade edildiği için, gaiplik kararı kesinleştikten sonra bankanın geriye dönük ödemelerini sigorta şirketinden talep etmesi gerekir¹⁵.

B. ÖLÜM KARİNESİ

1. Genel Olarak

Esas olarak bir kimsenin öldüğü sonucuna varılabilmesi ve ölüm belgesi düzenlenebilmesi için cesedinin bulunması ve yapılan hekim incelemesi sonucunda cesedin söz konusu kişiye ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda, kişinin öldüğüne kesin gözüyle (muhakkak nazariyle) bakılmasına rağmen; başka bir ifadeyle kişinin öldüğüne ilişkin en ufak bir şüphe duyulmamasına rağmen cesedi bulunmayabilir. Bu tür durumlarda ölüm karinesinin uygulanması söz konusu olmaktadır.

2. Ölüm Karinesinin Şartları

Ölüm karinesinin uygulanabilmesi için TMK m. 31 gereğince, kişinin olağan hayat tecrübelerine göre ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir durumda kaybolması ve cesedin bulunamamış olması şartlarının mevcut olması gerekir. Şartların varlığı hâlinde TMK m. 44 uyarınca ilgililerin talebi üzerine, müracaat edilen yerin en büyük mülkî amirinin emriyle ilgili şahsın kişisel durum sicilindeki (nüfus kütüğündeki) künyesine ölüm kaydı düşürülür¹⁶.

¹⁴ Uygulamada bankaların müşterilerine, kredi kullandırırken sigorta süresi, kredi vadesiyle paralel olacak şekilde hayat sigortası yaptırdıkları görülmektedir. Böylelikle bankalar, kredi kullanan kişinin kredi taksitleri ödenmeden önce ölmesi hâlinde, ödenmeyen meblağı tahsil edememesi riskine karşılık, kredi çekenden hayat sigortası yaptırmasını ve kendisini lehtar atamasını sağlamaktadır. Hayat sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Barış Günay, *Sigorta Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 249; Mehmet Özdamar - Burak Doğan, *Sigorta Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 149.

¹⁵ Breitshmid ve Kley - Seferovic, eserlerinde hayat sigortası lehtarının da gaiplik talebinde bulunabilecek ilgililer olduğunu ifade etmişlerdir. Bu durum dolaylı olarak gaibin sigortalı olduğu bir hayat sigortası varsa gaiplik hâlinde lehtarın sigorta tazminatından faydalanabileceği görüşünde olduklarını gösterir. Breitshmid, *CHK Personen- und Familienrecht*, Art. 35, N. 4; Kley - Seferovic, *OFK ZGB Kommentar*, Art. 35, N. 3. Bkz. aynı yönde Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, 215; Akdoğan Arslan, *Gaiplik*, 214.

¹⁶ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 32/II'ye göre başvuruda bulunabilecek olan kişiler, hakkında ölüm karinesine göre işlem yapılacak olan kişinin altsoyu, üstsoyu ve kardeşleri; bunlar yoksa mirasçılardır. Bu kişinin mirasçılarının bulunmaması durumunda ise başvuru yetkili makamlarca yapılır.

3. Ölüm Karanesinin Sonuçları

Hakkında ölüm karanesi uygulanarak, kişisel durum siciline ölüm kaydı dü-
şürülen kişi, olayın meydana geldiği andan itibaren gerçekten ölmüş kabul edilir
ve ölümün tüm sonuçları ortaya çıkar. Ölüm karanesi, ölümle aynı sonuçları do-
ğurduğundan hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin mirası açılır ve herhan-
gi bir teminat göstermelerine gerek bulunmaksızın mirasçılara geçer ve kişiye
bağlı hak ve borçları sona erer. Hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin evli
olması hâlinde, evlilik kendiliğinden sona erer¹⁷.

Hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin gerekli sigortalılık şartlarını sağ-
laması hâlinde, 5510 sayılı Kanun'da belirtilen yakınları, gerekli başvuruları ya-
parak ölüm sigortası yardımlarından yararlanabilirler¹⁸. Ölüm karanesi hâlinde de
kanaatimizce hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin bir hayat sigortası varsa,
ölüm olayı gerçekleşmiş gibi banka, sigorta şirketine başvurabilir ve alacağına
tahsilini isteyebilir. Bu durumda ödenmeyen kredi tutarı için hakkında ölüm kre-
disi uygulanan kişinin mirasçılara başvurulamazdır.

II. DEPREMDE KAYBOLANLAR HAKKINDA GAİPLİK VE ÖLÜM KARİNESİ HÜKÜMLERİNDEN HANGİSİNİN UYGULANACAĞI SORUNU

A. HÜKÜM VE SONUÇLARI AÇISINDAN GAİPLİK VE ÖLÜM KARİNESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Gaiplik ve ölüm karanesi, hakkında karar verilecek olan kişinin cesedinin bu-
lunamaması yönüyle benzerlik göstermektedir. Özellikle gaipliğe sebebiyet ve-
ren ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu ile ölüm karanesine sebebiyet veren
ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolma hâli birbiri
ile karıştırılabilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın ve diğer yüksek mahkemelerin çe-
şitli içtihatlarında gaiplik ve ölüm karanesi arasındaki farkın net bir şekilde ortaya
koyulmadığı ve bu iki kavramın birbirinin yerine veya birlikte kullanıldığı görül-
mektedir¹⁹. Fakat iki kurum arasında hem şartları hem de sonuçları bakımından
önemli farklılıklar bulunmaktadır.

¹⁷ Hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin sağ olduğunun ortaya çıkması hâlinde, mirasçılardan kendi-
lerine geçmiş olan malvarlığı değerlerinin geri verilmesinin istenmesi mümkündür. Fakat eşinin yapmış
olduğu yeni evliliğin akıbeti tartışmalıdır. Baskın görüş, evliliğin ölüm karanesi ile değil de ölümle sona
ereceğinden hareketle, burada da ölüm bulunmadığından ikinci evliliğin mutlak butlanla sakat olacağını
kabul etmektedir. Bkz. Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 27-28; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 30; Erdoğan
- Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 327. Aksi yönde görüşler için bkz. Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 175; Ali
Haydar Yağcıoğlu, "Ölüm Karanesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2022), 871-872.

¹⁸ Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 232; Yücel Bodur, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası*, 28;
Uşan - Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 404.

¹⁹ TMK m. 32'deki gaipliği açıkladıktan sonra bunun ölüm karanesini düzenlediği hakkında bkz. Yargıtay
8. Hukuk Dairesi, E. 2017/8842, K. 2019/2901, T. 19.03.2019. Denize düşen kimsenin cesedinin bu-

Şartları açısından ele alındığında iki kurum arasındaki en temel farklılık, ölüm karinesinde bir kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması gerekirken; gaiplikte ise kişinin, kesin olmamakla birlikte kuvvetle muhtemel öldüğünü düşündürecek belirli durumların gerçekleşmesi aranmaktadır²⁰. Bu durumlar ise söz konusu kişinin kendisinden uzun zamandır haber alınamayacak şekilde veya büyük ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş bulunmasıdır. Bu anlamda gaiplikteki büyük ölüm tehlikesi veya yüksek ölüm olasılığı unsuru, ölüm karinesi çerçevesinde kişi hakkında ölü kaydı düşülmesi için yeterli sayılmamaktadır²¹. Buna göre ölüm karinesindeki kesin gözle bakılan ölüm, sicil hukuku ve maddi koşullar açısından geniş ölçüde normal bir ölüm olayına denk tutulmaktadır²². Zira kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasından, olayın vahametinden, söz konusu kişinin ölümden kurtulma imkânının hiç bulunmadığının düşünülmesi anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ölüm karinesinin uygulandığı hâllerde kişinin öldüğüne dair hiç şüphe yoktur; fakat cesedi bulunamamıştır²³. Örneğin havada parçalanarak denize düşen bir araçta bulunan bir kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılabilirse de fırtınalı bir havada avlanmaya çıkıp geri dönmeyen balıkçının ölümüne kesin gözle bakılmaz; onun kuvvetle muhtemel öldüğü düşünülebilir²⁴.

Gaiplik ve ölüm karinesinin şartları arasındaki diğer önemli fark ise ölüm karinesinin uygulandığı durumlarda, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolan kişinin ölüm sayılabilmesi için herhangi bir süre beklenilmesine ve mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır. Müracaat edilen yerin en büyük mülkî amirinin emriyle ilgili şahsın kişisel durum sicilindeki (nüfus

lunamamış olmasının ölümüne karine teşkil ettiği, 743 sayılı MK m. 31 veya 42'ye göre ölü veya gaip olduğuna karar verilmesi hakkında bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, E. 2000/426, K. 2000/611, T. 11.10.2000. Terör eylemi sonucu şehit düşen davacının babasının hakkında gaiplik kararı ve ölüm karinesi bulunan ifadesiyle bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 2007/282, K. 2011/295, T. 28.04.2011: Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", 849, dn. 33.

²⁰ "Gaiplik ölüm karinesini doğuran ölüm olasılığından bir kerte düşük bir olasılığa ilişkindir". Bkz. Se-rozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 429. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/2-276, K. 2007/278, T. 16.05.2007 "(Gaiplik için söz konusu olan) Ölüm tehlikesinin, kişinin muhakkak surette ölü olduğu anlamına gelmediği; eğer ölüm muhakkak surette ise gaiplik kararına değil ölüm karinesine dayanılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır".

²¹ Gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesinin bu tehlike içinde kaybolan kimsenin ölümünü "kesin değil fakat kuvvetle muhtemel" kılması gerekir. Zira bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir tehlike içinde kaybolması hâlinde, ölüm karinesi geçerli olur. Oysa gaiplik hâlinde kişinin yaşıyor olması da ihtimal dâhilindedir. Bkz. Kley - Seferovic, *OFK ZGB Kommentar*, Art. 35, N. 1; Roman Poseck, *BeckOK BGB* (München: C.H. Beck Verlag, 2023), § 1, N. 22, 23; Akipek vd., *Türk Medeni Hukuku*, 257; Akkurt vd., *Medenî Hukuk*, 199; Ali Haydar Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2022), 847.

²² Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", 847.

²³ Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 326.

²⁴ Yılmaz - Yıldırım, *Medeni Hukuk-I*, 112-113.

kütüğündeki) künyesine ölüm kaydı düşürülmektedir. Oysa gaiplikte uzun ve zahmetli bir yargılama sürecinden geçilmektedir. Zira hem gaiplik başvurusu için kanunda ifade edilen olayların üzerinden belirli sürelerin geçmesi aranmakta hem de altı ay süre ile en az iki ilanın yapılması gerekmektedir. Bu anlamda ölüm karinesinde bir tespit söz konusu iken; gaiplikte yenilik doğurucu bir yargısal karar söz konusu olur²⁵. Ayrıca talepte bulunabilecek ilgililer açısından değerlendirildiğinde, ölüm karinesi talebinde bulunabilecek kişilerin kapsamı, gaiplik kararı için dava açabilecek kişilere göre daha sınırlıdır. Zira ölüm karinesi için başvuruda bulunabilecek olan kişiler, NHK m. 32/II gereğince hakkında ölüm karinesine göre işlem yapılacak olan kişinin altsoyu, üstsoyu ve kardeşleri; bunlar yoksa diğer mirasçılardır. Oysa gaiplikte dava açabilecek kişilere ilişkin olarak, daha geniş bir şekilde “*hakları ölüme bağlı kişiler*” ifadesi kullanılmıştır.

Sonuçları açısından ele alındığında ise hakkında ölüm karinesi uygulanan ve sicile ölü olarak kaydedilen kişinin durumu, aksini ispat konusu bir tarafa bırakılacak olursa, normal ölüm gibi değerlendirilmektedir. Bu anlamda ölüm karinesi, ölümün doğurduğu hukuki sonuçlardan pratik bir farklılık taşımamaktadır²⁶. Oysa gaiplik kararı sonucunda gaibin kişiliğinin sona ereceği ve ölüme ilişkin hukuki neticeler ortaya çıkacağı kabul edilse de ortaya çıkan sonuçlar ölümün ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar ile tamamen aynı değildir²⁷. Zira gaiplik kararının sonuçları başlığında ifade edildiği üzere gaibin mevcut evliliğinin durumu, mirasın mirasçılara geçmesi gibi hususların gaibin bir gün çıkıp geleceği ihtimali göz önünde bulundurularak kanunda özel olarak düzenlendiği görülmektedir.

Tüm yönleriyle değerlendirildiğinde belirli bir tehlike içerisinde kaybolan kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanması ilgilinin yakınlarının yararınadır. Zira ölüm karinesi ölüm ile aynı sonuçları doğurduğu için, hakkında ölüm karinesi uygulanan kişinin mirasçıları herhangi bir teminat sağlamak zorunda kalmaksızın mirası paylaşabilirler ve ölüm sigortasından yararlanabilmeleri de daha çabuk olur. Ayrıca hakkında ölüm karinesi uygulanan kişinin evli olması hâlinde evlilik de ölüm kaydının düşülmesi ile sona ereceği için, eşin evliliğin iptali için herhangi bir başvuruda bulunması gerekmez. Oysa gaiplik hâlinde, yukarıda açıklandığı üzere hak sahiplerinin gaibin mirasından ve ölüm sigortasından faydalanabilmeleri hem uzun bir süreçten sonra olabilmektedir hem de mirastan faydalanılabilmesi için teminat gerekmektedir. Gaibin mevcut evliliği de gaiplik kararı ile sona ermemekte, evliliği sona erdirmek isteyen diğer eşin, dava yoluyla evliliğin iptalini talep etmesi gerekmektedir.

²⁵ Serozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 429.

²⁶ Yağcıoğlu, “*Ölüm Karinesi*”, 848.

²⁷ Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 34; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 30; Breitschmid, *CHK Personen- und Familienrecht*, Art. 38, N. 1.

Belirli bir tehlike içerisinde kaybolan kişi hakkında gaiplik prosedürünün uygulanması ise ilgili kişinin menfaatinidir. Öyle ki mirasçılar gaibin mirasını ancak teminat karşılığında alabildikleri için, gaip teminat süresinde ortaya çıkarsa malvarlığına bir hanel gelmeden mirasçılardan iade talep edebilmektedir. Ayrıca gaiplik kararı mevcut evliliği de sona erdirmeyeceği için, gaibin eşi evliliğin feshini sağlamamışsa, gaip geri döndüğünde evlilik geçerliliğini korumakta ve eşlerin yeniden evlenmeleri gerekmemektedir.

Doktrinde genel olarak belirli bir tehlike içerisinde kaybolması sebebiyle hakkında gaiplik ya da ölüm karinesi uygulanacak kişinin menfaatinin ön planda tutulması gerektiği ve şüphe hâlinde gaipliğin tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁸.

B. DEPREMDE KAYBOLANLARIN HUKUKİ DURUMLARININ GAIPLİK VE ÖLÜM KARİNESİ YÖNÜNDEN ELE ALINMASI

06.02.2023 tarihinde ülkemizde yaşanan, Kahramanmaraş merkezli olup, çok sayıda ili etkisi altına alan iki büyük deprem felaketi neticesinde sayısız bina yıkılmış ve on binlerce vatandaşımız göçük altında kalmıştır. Yapılan çalışmalar sonucunda pek çok kişi sağ ya da ölü olarak enkaz altından çıkarılmıştır. Ayrıca deprem sonrasında yapılan DNA analizleri neticesinde de enkazdan çıkarılan, fakat kimliği belirsiz olan cesetlerden bazılarının kimlikleri tespit edilmiştir. Ancak yine de deprem sonrasında kendisine ulaşılamayan ve kendilerinden herhangi bir haber de alınamayan oldukça fazla sayıda vatandaşımız da olmuştur.

Deprem sırasında deprem bölgesinde buldukları bilinmesine rağmen daha sonra kendilerinden hiçbir haber alınamayan kişilerin yanı sıra depremden sonra görülen, fakat sonrasında kendisinden haber alınamayan diğer bir ifadeyle kaybolan kişiler de olmuştur. Dolayısıyla bu iki durum, iki ayrı başlık altında ele alınmıştır.

1. Depremden Sonra Hiçbir Haber Alınamayanların Durumu

Depremi yaşadığı gece depremde yıkılan binalardan birinde bulunduğu kesin olarak bilinen kişilerden deprem sonrası hiçbir haber alınamaması ve bu kişilerin cesetlerine de ulaşılamaması durumunda, bu kişilerin ölüm tehlikesi içinde kayboldukları muhakkaktır. Fakat bu tehlikenin söz konusu kişilerin ölümüne kesin gözle mi yoksa olası gözle mi bakılmayı gerektirecek bir tehlike olduğu şüphelidir. Bu soruya verilecek cevap ilgili kişiler hakkında uygulanacak hükümlerin farklılaşmasına sebep olacaktır. Öyle ki bu tehlikenin, kesin ölüm tehlikesi

²⁸ “Ölüm karinesi ile gaiplik arasındaki kritik sınırı çizmek her zaman bir sorun oluşturur. Kuşku durumunda mecazi anlamda ‘kişiyi ancak yargıç kararıyla öldüren’ gaiplik tercih edilmelidir”. Bkz. Serozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 429. Aynı yönde bkz. Yağcıoğlu, “Ölüm Karinesi”, 846.

olarak nitelendirilmesi hâlinde ölüm karinesi; olası bir ölüm tehlikesi olarak nitelendirilmesi hâlinde ise gaiplik kararı uygulanacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki deprem sonrasında cesetleri bulunamayan ve kendilerinden haber alınamayan kişiler hakkında, diğer bir ifadeyle depremde kaybolanların tümü hakkında genel bir değerlendirme yapılamaz. Her somut olayın özel olarak değerlendirilmesi gerekir²⁹. Örneğin ilgili kişinin bulunduğu binanın enkazından başka kurtulanların bulunması, o kişinin de kurtulmuş olabileceği ihtimalini akıllara getirir. Bu durum ise somut olayda gaiplik prosedürünün işletilmesinin daha uygun olacağını gösterir.

Kanaatimizce ilgili kişinin bulunduğu binadan kurtulan kimsenin bulunmaması durumunda dahi temkinli yaklaşmak ve mümkün mertebe ölüm karinesini değil, gaipliği tercih etmek gerekir. Bu husustaki düşüncemiz, ölüm karinesinin işletilebilmesi için deprem olayı tek başına yeterli olmadığı yönündedir. Bu doğrultuda bir kişiden deprem sonrasında haber alınamaması ve o kişinin cesedine de ulaşılamaması sebebiyle doğrudan ölüm karinesi uygulanmamalıdır. Depreme ek olarak o binada sel, yangın gibi bir felaket daha gerçekleşmişse ancak o hâlde ve her somut olayda özel olarak değerlendirilerek ölüm karinesi düşünülebilir. Zira sağ olarak kurtulunabilmesi en imkânsız görülen enkazlardan bile günler sonra kurtulan kişilerin olduğu görülmüştür. Bu anlamda kişiliğin devam ettirilmesi asıl olmalı ve kişinin geri çıkabilmesine ilişkin en ufak bir ihtimal/şüphe varsa ölüm karinesine hükmedilmemelidir. Bu hususta Serozan tarafından ifade edilen şu görüş oldukça dikkate değerdir: “*Ölüm karinesi ile gaiplik arasındaki kritik sınırı çizmek her zaman bir sorun oluşturur. Kuşku durumunda mecazi anlamda ‘kişiyi ancak yargıç kararıyla öldüren’ gaiplik tercih edilmelidir*”³⁰. Nitekim gaiplik için bir yıl bekleme süresi ve altı ay arayla iki ilan gerektiği için kendisinden haber alınamayan kişinin durumunun netlik kazanabilmesi için en az bir buçuk yıl beklenilmektedir³¹. Böylece hakkında gaiplik kararı verilecek kimselerin yaşadığına ilişkin ihtimal zamanla azalmaktadır.

Her ne kadar belirli bir ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanması, ilgililerin ve özellikle de mirasçıların menfaatine daha uygun olsa da burada hakkında karar verilecek kişinin menfaatlerine öncelik tanınmalıdır. Nitekim verilecek karar neticesinde ilgilinin kişilik hakkı derhâl veya belirli sürelerin sonunda sona ereceği için, onun menfaatlerinin ön planda tutulması ve kişiliğinin olabildiğince süre korunabilmesi adına gaiplik prosedürünün

²⁹ Breitschmid, *CHK Personen- und Familienrecht*, Art. 34, N. 2; Serozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 429.

³⁰ Serozan vd., *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 429.

³¹ İkinci ilandan sonra yeniden bekleme gerekmezsiniz gaipliğe karar verilebildiğinden, ölüm tehlikesi içinde kaybolanlar hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için en az bir buçuk yıl geçmesi gerekir.

tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Aksi takdirde hakkında ölüm karinesi uygulanan kişi bir gün çıkıp gelirse özellikle mirasın geçmesi, evliliğin sona ermesi gibi konularda önemli sorunlar ve mağduriyetler yaşanabilir.

Ülkemizde daha önceki yıllarda gerçekleşen depremler sonrasında yaşanan süreç ve 2011 yılında ülkemiz ile benzer bir felaket yaşayan Japonya’da kaybolan kişiler hakkında gerçekleştirilen uygulama da deprem sonrasında kendilerinden haber alınamayan kişiler hakkında kural olarak gaipliğin uygulanması hususundaki görüşümüzü destekler niteliktedir. Öyle ki nüfus müdürlüklerinden ve çok sayıda mülki amirden alınan bilgiler doğrultusunda, deprem ülkesi olarak nitelendirilen ve geçmişinde de büyük depremler ve can kayıpları yaşanan ülkemizde, ölüm karinesinin pek tercih edilmediği görülmektedir³². Bu anlamda uygulamada ölüm karinesine oldukça temkinli yaklaşıldığı, bir anlamda ölüm karinesinin gerçek anlamda ölüm ile eşdeğer tutulduğu görülmektedir.

Son olarak bahsedilmesinde fayda görülen bir husus ise dünyadaki en büyük depremlerin yaşandığı ülkelerden biri olan Japonya devletinin bu konuya olan yaklaşımıdır. Nitekim Japonya’da da yakın zamanda binlerce kişinin öldüğü ve Japonya tarihinin en büyük depremi olarak nitelendirilen bir felaket yaşanmıştır. 2011 yılında merkez üssü Japonya’nın Tōhoku bölgesi olması sebebiyle Tōhoku depremi olarak da anılan ve Japonya hükümetince resmi olarak “*Büyük Doğu Japonya Depremi*” olarak ifade edilen deprem ve sonrasında bazı bölgeleri etkileyen tsunami neticesinde yirmi bine yakın kişi hayatını kaybetmiş, binlerce kişi yaralanmış ve iki bin beş yüzden fazla kişi kaybolmuştur. Ayrıca söz konusu afet ülkede çok büyük maddi zararların ortaya çıkmasına da yol açmıştır³³. Deprem sebebiyle çok sayıda kişinin kaybolması sebebiyle Japonya Yüksek Aile Mahkemesi bir genelge yayınlamış ve kaybolan ve öldüğü düşünülen kişiler hakkında, bu kişilerin yakınlarının gaiplik başvurusunda bulunabileceği ifade edilmiştir³⁴. Söz konusu genelgeden, Japon hukukundaki gaiplik uygulamasının da hukukumuza benzer olduğu görülmüştür³⁵.

³² Ülkemizde daha önceki yıllarda yaşanan depremlerde kaybolan kişiler hakkında ölüm karinesi ya da gaiplik uygulanması hususunda Yargıtay tarafından yapılmış herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır. Bu durum, ilk derece mahkemelerince verilen gaiplik kararlarına itiraz edilmediği için kararların kesinleştiğini düşündürmektedir.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/2011_T%C5%8Dhoku_depremi_ve_tsunamis

³⁴ https://www.courts.go.jp/links/saigai/higasinihon/sinsai_kasai_osirase/index.html

³⁵ Söz konusu düzenlemeden, bir kişinin kendisinden uzun zamandır haber alınamaması ya da ölüm tehlikesi içinde kaybolması hâlinde gaipliğe başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Gaiplik başvurusunda bulunulabilmesi için kendisinden uzun süreden beri haber alınamama hâlinde yedi yılın geçmesi, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde ise bir yıl geçmesinin gerektiği kabul edilmekte ve yine bizim hukukumuzdaki gibi ilân prosedürüne başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Gaiplik başvurusunda bulunabilecek kişiler, gaibin eşi, mirasçılar, lehtarları gibi gaiplik beyanında bulunma konusunda yasal olarak çıkarı bulunan kişilerdir. Gaiplik kararı neticesinde ise gaibin ölmüş sayılacağı ve mirasının

2. Depremden Kurtulup Sonrasında Kaybolanların Durumu

Bu hususta değerlendirilmesi gereken bir konu da depremden sonra sağ çıktığı düşünülen, fakat daha sonra kendilerinden haber alınamayan kişilerin durumudur. Zira deprem sonrasında sağ olarak görünüp daha sonra kendisinden herhangi bir şekilde haber alınamayan kişilerin sayısı da azımsanamayacak kadar çoktur. Örneğin basına yansıyan birkaç olayda, deprem sırasında bulunduğu binadan kurtulanların da olmasına rağmen enkaz altından sağ ya da ölü olarak çıkarılmayan bazı kişilerin, komşu illerin hastane kayıtlarında deprem sonrasında ayaktan tedavi olduğu bilgileri ortaya çıkmış; ancak kendileri bulunamamıştır.

Söz konusu kişiler hakkında, başkaca bir tehlike durumu söz konusu değilse ölüm karinesinin uygulanmayacağı açık ve kesindir. Zira kesin ölüm tehlikesi mi yoksa olası ölüm tehlikesi mi olarak nitelendirileceği tartışmalı olan deprem zaten atlatılmıştır.

Bu kişiler hakkında tartışılabilir olan husus gaiplik sebeplerinden hangisinin işletileceğidir. Zira bu durumun ölüm tehlikesi içinde kaybolma olarak mı yoksa kendisinden uzun zamandır haber alınamama olarak mı nitelendirmesinin gerektiği belirsizdir. Kanaatimizce bu durumda da genel bir değerlendirme yapmak yerine her somut olayı özel olarak değerlendirmek gerekir. Değerlendirme yapılırken, depremden sonra görülen kişinin enkazdan ağır yaralı olarak mı çıkarıldığı, hayati öneme sahip bir yarasının bulunup bulunmadığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Enkazdan ağır yaralı olarak çıkarılıp daha sonra kendisinden haber alınamayan kişinin, ölümüne olası gözle bakılabilecek bir durumda kaybolduğu düşünülebilir. Fakat deprem sonrasında hayati öneme sahip/ciddi bir yarası bulunmadığı görülen kişiden daha sonra haber alınamaması hâlinde, bu kişinin durumu ölümüne olası gözle bakılacak bir durumda kaybolma olarak nitelendirilemez. Söz konusu kimse, yaşadığı deprem olayı neticesinde ağır bir üzüntü/depresyon geçirmiş ve bir süre uzaklaşmak istemiş olabilir ya da akıl sağlığı bozulmuş olabilir. Nitekim basına yansıyan olaylarda bu tür örneklerle rastlandığı görülmüştür. Örneğin bir olayda depremden kurtarılan fakat daha sonra kaybolan bir kişinin başına aldığı darbe sebebiyle şoka girdiği görülmüştür. Benzer durumdaki bir kişinin ise üçüncü kişilerce, deprem sonrasında bilincini ve akıl

paylaşılabileceği ve ayrıca gaip evli ise evliliğin de ölüm gerekçesi ile kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir. Bkz. https://www.courts.go.jp/saiban/syurui/syurui_kazi/kazi_06_06/index.html. Bazı eyaletlerinde büyük depremlerin yaşandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde (ve Anglosakson hukukunun geçerli olduğu diğer ülkelerde) ise ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan hakkında gaiplik kararının işletilmesi, söz konusu kişiler hakkında genel bir duruma sebebiyet vermemektedir. Öyle ki her olay özü itibarıyla kendi içinde nitelendirilmekte, genel geçer hükümler bulunmamakta, gaipliğe hangi konuda karar verilmiş ise, sadece o konuda karine kabul edilmektedir. Bkz. D. St. L. Kelly and J. Varsanyi, "Declarations of Death: Reappearance and Status", *The International and Comparative Law Quarterly* 20/3 (1971), 535 vd; Hikmet Belbez, "Devletler Hususi Hukukunda Medenî Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (1949), 74; Akdoğan Arslan, 29.

sağlığını kaybetmiş bir şekilde görüldüğü iddia edilmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumdaki bir kişinin ölmüş olduğunun düşünülebilmesi için daha uzun bir sürenin geçmesine ihtiyaç vardır. Sonuç olarak böyle durumlarda kendisinden haber alınamama sebebiyle gaiplik prosedürünün işletilmesi ve son haber tarihinden itibaren beş yıl beklenilmesi daha uygun görünmektedir.

SONUÇ

06.02.2023 tarihinde ülkemizde yaşanan iki büyük depremden çok sayıda vatandaşımız doğrudan, neredeyse tüm vatandaşlarımız ise dolaylı olarak etkilenecektir. Nitekim Nisan ayı itibarıyla açıklanan resmî rakamlara göre, bu iki deprem sonucunda “*elli bin*” den fazla kişi hayatını kaybetmiştir. Fakat bu sayı cesetlerine ulaşılabilen kişileri kapsamaktadır. Ne yazık ki bir de deprem sonrasında cesetlerine ulaşılamayan ve sağ ya da ölü olduklarına ilişkin herhangi bir haber alınamayan da pek çok kişi olmuştur. Bu durum ise geride kalanlar açısından hem bir umut hem de belirsizlik sebebi olmuştur. Ayrıca bu kişilerin yanı sıra depremden sonra sağ olarak görülen, fakat sonrasında kaybolan, kendisinden hiçbir haber alınamayan kişiler de olmuştur. Her iki durumdaki kimselerin hukuki durumlarına ilişkin belirsizlikler, TMK’da yer alan ölüm karinesi ve gaiplik kurumlarının yeniden gündeme gelmesine sebep olmuştur.

Gaiplik ve ölüm karinesi kurumları ayrıntılı bir şekilde değerlendirildiğinde, her ne kadar ikisinde de ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunun mevcut olduğu görülse de ölüm karinesindeki tehlikenin, gerçek bir ölüme eşdeğer nitelikteki bir ölüm tehlikesi olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle ilgili kişinin cesedine ulaşılamasa da onun öldüğünden şüphe duyulmayacak/ölümüne kesin gözle bakılacak hâllerde ancak ölüm karinesinin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Gaiplikte ise yine bir ölüm tehlikesi söz konusudur, fakat bu tehlike, ölüm karinesindeki kadar kesin bir tehlike değildir. Öyle ki gaiplikteki ölüm tehlikesi, kaybolan kimsenin ölümünü “*kesin değil fakat kuvvetle muhtemel*” kılmaktadır.

Ölüm karinesi ve gaiplik arasındaki temel farklılık söz konusu ölüm tehlikesinin ciddiyetine ilişkin olduğu için, bu iki kurumun şartları ve sonuçları da buna göre farklılaştırılmıştır. Nitekim ölüm karinesi için herhangi bir bekleme süresi ya da mahkeme kararı gerekmezken; gaiplik için hem bir yıllık bekleme süresi+ ilan süresi öngörülmüş hem de gaipliğin mahkeme kararı ile olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca ölüm karinesinde, ilgili kişinin durumu ölüme eşdeğer tutulduğundan, sonuçlarının da ölüm ile aynı olduğu kabul edilmiştir. Gaiplikte ise gaibin her ne kadar kuvvetle muhtemel olarak öldüğü düşünülse de ölmeme ihtimali de göz önünde tutularak kanunî düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle miras hukukuna ve aile hukukuna ilişkin düzenlemelere bakıldığında gaibin bir gün çıkıp gelme ihtimaline göre hareket edildiği görülmektedir.

Öncelikle depremde yıkılan binalardan birinde bulunduğu kesin olarak bilinen kişilerden deprem sonrası hiçbir haber alınmaması ve bu kişilerin cesetlerine de ulaşılamaması durumunda, bu kişiler hakkında uygulanacak hükümlerin tespitinde genel bir değerlendirme yapmaktan kaçınılmalı, her ilgilinin durumu özel olarak değerlendirilmelidir. Fakat bu hususta genel olarak düşüncemiz, deprem olayı kural olarak ölüm karinesinin uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. İlgili kişinin bulunduğu binada depreme ek olarak gerçekleşen sel, yangın gibi başka durumlar varsa ancak bunlar birlikte değerlendirilerek ölüm karinesinin uygulanması söz konusu olabilir³⁶. Aksi takdirde ise ilgili kişiler açısından gaiplik kararı uygulanmalıdır, bu hakkında karar verilecek kişinin menfaatlerine de daha uygundur. Ayrıca kurtulunması en imkânsız görülen enkazlardan bile günler sonra kurtulan kişilerin bulunduğu da göz önünde bulundurulduğunda, depremden sonra kendilerine ulaşılamayan kişiler hakkında genel olarak gaipliği tercih etmek uygun olacaktır. Nitekim atalarımızın da söylediği gibi “*çıkmadık candan umut kesilmez*”.

Depremden sonra sağ olarak görülen, fakat daha sonrasında kendisinden haber alınmayan kişilerin hukuki durumları hakkında ölüm karinesinin uygulanmayacağı açık bir şekilde ifade edilebilir. Zira bu kişiler, kesin bir ölüm tehlikesi mi yoksa olası bir ölüm tehlikesi mi olduğu tartışmalı olan deprem tehlikesini atlattımlardır. Bu kişiler hakkında gerekli şartlar sağlandıktan sonra ilgililerin talebi üzerine mahkmeden gaiplik kararı alınması söz konusu olabilir. Fakat bu kişilerin durumlarının da özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Özellikle söz konusu kişinin görüldüğü sıradaki sağlık durumu, hakkında uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu kişiler hakkında her ne kadar gaiplik prosedürünün uygulanacağı kabul edilse de gaiplik sebeplerinden ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın mı yoksa kendisinden uzun zamandır haber alınmamanın mı uygulanacağı kişilerin son görüldüklerindeki durumlarına göre belirlenecektir.

³⁶ Benzer yöndeki örnekler için bkz. Yağcıoğlu, “*Ölüm Karinesi*”, 855.

KAYNAKÇA

- Akdoganer Arslan, Elvan. *Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Akipek, Jale vd. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*. İstanbul: Beta Yayınları, 15. Basım, 2019.
- Akkurt, Sinan Sami vd. *Medenî Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Basım, 2022.
- Antalya, Gökhan - Sağlam, İpek. *Miras Hukuku Cilt III*. Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Basım, 2021.
- Arıcı, Kadir. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2. Basım, 2022.
- Aslan Bingöl, Kemale Leyla. "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 48 (2021), 313-334.
- Ayan, Mehmet - Ayan Nurşen. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Basım, 2016.
- Aydıncık Midyat, Şirin. "Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80/2 (2022), 455-506.
- Belbez, Hikmet. "Devletler Hususi Hukukunda Medenî Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (1949), 70-79.
- Breitschmid, Peter. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016.
- Camkurt, Mehmet Zülfi. "Ölüm Karinesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması". *Mali Çözüm Dergisi* 104 (2011), 235-248.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) C. I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2018.
- Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 17. Basım, 2016.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 11. Basım, 2016.
- Egger, August. *Zürcher Kommentar, Bd. I, Art 1-89 ZGB, Personenrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2. Auflage, 1930.
- Erdoğan, İhsan - Keskin, Dilşad. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*. Ankara: Gazi Kitabevi, 3. Basım, 2020.
- Günay, M. Barış. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 4. Basım, 2022.
- Honsell, Heinrich vd. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, 2010.
- İnan, Ali Naim vd. *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 11. Basım, 2022.
- Kayıhan, Şaban. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2022.

- Kelly D. St. L. - Varsanyi J. “Declarations of Death: Reappearance and Status”. *The International and Comparative Law Quarterly* 20/3 (1971), 535-546.
- Kley Andreas -Seferovic, Goran. *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, ZGB *Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. Auflage, 2021.
- Oğuzman M. Kemal vd. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 16. Basım, 2016.
- Özdamar Mehmet - Doğan, Burak. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Basım, 2020.
- Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, 4. Basım, 1979.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku, Hakikî Şahıslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Basım, 1994.
- Poseck, Roman. *BeckOK BGB*. München: C.H.Beck Verlag, 65. Edition, 2023.
- Sarı Fidan, Özlem. “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”. *Adalet Dergisi* 2023-1/70 (2023), 121-143.
- Serozan, Rona vd. *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9. Basım, 2022.
- Serozan, Rona - Engin, Baki İlkey. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 8. Basım, 2022.
- Sümer, Halûk Hâdi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Basım, 2022.
- Tokat, Hüseyin. “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2017), 523-575.
- Tokat, Hüseyin. *Türk Hukukunda Gaiplik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Uşan, M. Fatih - Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Basım, 2022.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar. “Ölüm Karinesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2022), 833-885.
- Yılmaz, Süleyman - Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk-I Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Basım, 2022.
- Yücel Bodur, Mehtap. *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Basım, 2021.
- Zeytin, Zafer - Ergün, Ömer. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Basım, 2022.
- Zevkliler Aydın vd., *Zevkliler Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Basım, 1999.



Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinde Birinin İleri Sürdüğü Zamanaşımı Def'inin Diğerine Sirayeti (Karar İncelemesi)^(*)

Spread of Prescription Plea Asserted by One in the Relationship between Primary Contractor and the Subcontractor (A Review of Judgment)

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR^(**)

Öz

İş Kanunu uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Birlikte sorumluluk ifadesi ile müteselsil sorumluluğun kastedildiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Müteselsil sorumlulukta alacaklı tarafın alacağına kavuşma olasılığı artırılmaktadır. Bununla birlikte müteselsil borçlular alacaklıya karşı savunmasız kalmazlar. Şöyle ki müteselsil borçlulardan biri, alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkiden veya müteselsil borcun kaynağından doğan ortak def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilir. Çalışma konumuzu oluşturan Yargıtay kararı da ortak def'i olan zamanaşımı def'inin müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülüp diğeri tarafından ileri sürülmemesi durumunda, ileri sürmeyen tarafın ifadan kaçınıp kaçınamayacağı ile ilgilidir. Doktrinde tartışmalı olan bu konu ile ilgili Yargıtay kararlarında da farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020 yılından itibaren, asıl işveren alt işveren ilişkisini asıl borçlu - kefil ilişkisine benzetmektedir. Buna göre asıl işverenin zamanaşımı def'i ileri sürmesi halinde bundan sadece asıl işverenin yararlanacağı, diğer yandan alt işverenin zamanaşımı def'i ileri sürmesi halinde ise bunun asıl işverene sirayet edeceği yönünde hüküm tesis etmektedir. Çalışmamızda sonucu ve hukuki gerekçesi bakımından isabetli bulmadığımız Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı, müteselsil borçluluğa ve konu ile ilgili doktrin görüşlerine yer verildikten sonra irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Asıl işveren, Alt işveren, Müteselsil borç, Zamanaşımı, Def'i.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 10.07.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 19.07.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1325232

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](#): ybasmanav@sakarya.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-9334-5232>

Abstract

In accordance with Labor Law, the primary contractor is responsible together with the subcontractor for its obligations to the workers of the subcontractor arising from the Law, employment contract, or collective bargaining agreement to which the subcontractor is a party in relation to that workplace. The Supreme Court's decision is related to whether the non-claiming party can avoid performance in the event that the prescription plea, which is a joint plea, is asserted by one of the solidary debtors and not by the other. Different conclusions have been reached regarding this issue, which is controversial in doctrine, in the Supreme Court decisions. As of 2020, the 9th Civil Chamber of the Supreme Court likens the primary contractor-subcontractor relationship to the principal debtor-guarantor relationship and establishes a provision that only the primary contractor will benefit from the prescription plea asserted by the primary contractor, and the prescription plea asserted by the subcontractor will spread to the primary contractor. In our study, the decision of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court, which we did not find appropriate in terms of its result and legal justification, will be examined after mentioning solidary indebtedness and the relevant doctrinal views.

Keywords

Primary Contractor, Subcontractor, Solidary Debt, Prescription, Plea.

YARGITAY**9. HUKUK DAİRESİ**

Esas Numarası: 2021/942

Karar Numarası: 2021/5306

Karar Tarihi: 02.03.2021

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalılardan ... vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1-Dosyadaki bilgi ve belgelere, delillerin taktirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı ... vekilinin aşağıdaki bendin dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Hükmü temyiz eden davalı ... asıl işveren olup sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlıdır.

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide birlikte (müşterek müteselsil) borçluluk kabul görse de, aralarındaki ilişki bir anlamda Türk Borçlar Kanunu 155. maddesiyle düzenlenen asıl borçlu / kefil ilişkisine benzemektedir. Alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defî asıl işverene sirayet eder. Bu nedenle alt işveren Yayçe Şirketinin ileri sürdüğü zamanaşımı

definden asıl işverenin de yaralanması gerekirken davalı Belediyenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğunu aşacak şekilde belirlenmesi hatalı olmuştur.

Kabul edilen ve reddedilen miktar yönünden vekalet ücreti harç ve yargılama giderlerine ilişkin yeniden düzenleme yapılması da gerekmiştir.

Ne var ki bu yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438/7. maddesi uyarınca hükmün aşağıda belirtilen şekilde düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.

Sonuç:

Hüküm fıkrasının 4., 5., 7., 9., 10. ve 11. bentlerinin çıkarılarak yerlerine;

“4- 7.591,60 TL brüt fazla mesai alacağının 100,00 TL'sinin dava tarihi olan 25/11/2014 tarihinden, kalan 7.491.60 TL'sinin ıslah tarihi olan 12/11/2015 tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya dair istemin reddine,

5- 879,21 TL brüt ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının 100,00 TL'sinin dava tarihi olan 25/11/2014 tarihinden, kalan 779.21 TL'sinin ıslah tarihi olan 12/11/2015 tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine,

7- Dava değeri üzerinden hesaplanan 1.019.15 TL nin bozmadan önce davalılardan tahsil edildiği anlaşılmaqla fazla yatırılan 429.99 TL nin karar kesinleştiğinde ve talep halinde davalılara iadesine,

9- Davalılar kendilerini bir vekille temsil ettirmiş olduklarından karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğine hesaplanan 3.400.00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalılara verilmesine,

10- Davacı tarafından bu dosya için yapılan tebligat ve bilirkişi ücretleri toplamı 262,00 TL yargılama giderinden kabul edilen kısım üzerinden hesaplanan 175.54 TL nin davalılardan alınarak davacı tarafa ödenmesine, geri kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

11- Davalı ... tarafından yapılan 100,00 TL yargılama giderinden red edilen kısım üzerinden hesaplanan 33,00 TL nin davacıdan alınarak davalı tarafa ödenmesine, geri kalan kısmın davalı üzerine bırakılmasına,” yazılmasına, hükmün bu şekilde DÜZELTİLEREK ONANMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 02.03.2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I. UYUŞMAZLIK VE ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

İnceleme konusu Yargıtay kararında davanın ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kısmı ile ilgili detaylı bilgi bulunmamakta olup, davanın asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Karar, davalı asıl işveren tarafından temyiz edilmiştir. Özel Daire, asıl işveren ve alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluğu vurguladıktan sonra aralarındaki ilişkiyi, asıl borçlu/kefil ilişkisine benzetmiş ve bu itibarla, asıl işveren tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin yalnızca asıl işveren bakımından hüküm ve sonuç doğurabileceğine, alt işveren tarafından ileri sürülen zamanaşımını def'inin ise asıl işverene sirayet edeceğine hükmetmiştir.

Bir borç ilişkisinde genel olarak borçlu ve alacaklıdan oluşan iki taraf bulunmakla birlikte alacaklı ve borçlunun tek kişi olması zorunluluğu yoktur. Bazı durumlarda alacaklı ve borçlu tarafları birden fazla kişiden teşekkül edebilir. Müteselsil borçluluk, alacaklı taraf karşısında birden fazla borçlunun mevcut olduğu bir borç ilişkisinde, her bir borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumlu olduğu borç ilişkisidir¹. İş Hukukunun önem arz eden konularından olan alt işverenlik ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda², alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili İş Kanunu'ndan, hizmet sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenin, alt işveren ile müteselsil sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Müteselsil borçluluğun hüküm ve sonuçlarından biri de müteselsil borçluların, müteselsil borçtan kaynaklanan ortak def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınabilmelelidir. Ancak somut bir olayda ortak def'i olarak ortaya çıkmış olan zamanaşımı def'inin, müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülmesi durumunda, bu def'iyi ileri sürmeyen diğer müteselsil borçluların söz konusu def'iden yararlanmak suretiyle ifadan kaçınıp kaçınamayacakları ile ilgili doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Yargıtay, müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden diğer müteselsil borçluların yararlanamayacağı yönünde karar vermektedir iken³, 22. Hukuk Dairesi asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu ile ilgili kararlarında, asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden alt işve-

¹ Selahattin S. Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 285; Ayşe Arat, "Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26/2 (2018), 326; Aynı yönde Faruk Acar, "Borçlar Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış", *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* 60 (Şubat 2007) (Erişim 08.08.2022), parç. 1.; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 23; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 315.

² Resmi Gazete 25134 (22 Mayıs 2003).

³ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K. 2014/1535 (11 Şubat 2014), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, K. 2015/12208 (18 Haziran 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

renin yararlanmayacağı ve fakat alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin asıl işverene sirayet edeceği şeklinde hüküm tesis etmiştir⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise genellikle müteselsil sorumlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden diğer müteselsil borçluların yararlanabileceği yönünde karar vermiştir⁵. Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasının ardından 9. Hukuk Dairesi'nin “*İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi*” başlıklı Eylül 2020 tarihli kararında⁶, “Asıl işveren alt işveren ilişkisinde birinin ileri sürdüğü zamanaşımı definin diğerine sirayeti” başlığı altında çalışma konumuz ile ilgili de ilke karar yer almıştır. Buna göre “*Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide birlikte (müşterek müteselsil) borçluluk kabul görse de, aralarındaki ilişki bir anlamda TBK 155. düzenlenen asıl borçlu / kefil ilişkisine benzemektedir. Alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defini asıl işverene sirayet eder. Bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmamış olur*”. Nitekim bu doğrultuda Özel Daire tarafından 2021 yılında, aynı gerekçeye sahip ve inceleme konumuzu oluşturan karar verilmiştir. Çalışmamızda öncelikle müteselsil borçluluk hakkında bilgi verilecek olup, belirtilen konu ile ilgili doktrindeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına yer verildikten sonra, 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verilen 02.03.2021 tarihli ve 2021/942 Esas, 2021/5306 Karar sayılı kararı⁷ incelenecektir.

II. MÜTESELSİL BORÇLULUK

A. GENEL OLARAK

Borç ilişkilerinde esas olan alacaklının karşısında bir borçlunun bulunması iken bazen birden fazla borçlu da bulunabilir. Bu durumda alacaklı, borcun tamamının ifa edilmesini istediği borçludan talep edebiliyor ise müteselsil borç ilişkisi bulunmaktadır⁸. Daha açık deyişle birden çok borçlunun bulunduğu borç ilişkisinde borçluların her birinin borcun tamamından şahsen sorumlu olduğu ve aralarından birinin veya birkaçının borcun tamamını veya bir kısmını ifa etmesiy-

⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2018/7209 (20 Mart 2018), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2018/4826 (26 Şubat 2018), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2015/31527 (09 Kasım 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2016/4088 (25.02.2016), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁶ Kararın tam metni için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, 94/6 (2020), 487 vd.

⁷ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2020/7544 (14 Eylül 2020), www.lexpera.com.tr

⁸ M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 2/464; Talat Canbolat, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992), 71.

le diğerlerinin de ifa edilen miktarda borçtan kurtulduğu borç ilişkisi müteselsil borçluluk olarak adlandırılmaktadır⁹.

Müteselsil borç ilişkisinde borç sonlanıncaya kadar alacaklı, borçlulardan sadece birine, birkaçına veya tamamına, başka bir deyişle borçlulardan istediğine başvurma hakkına sahiptir¹⁰. Bununla birlikte her bir borçlu, borcun tamamından şahsen sorumludur ve kısmen ifada bulunanlar da dahil olmak üzere bu sorumluluk, borç tamamen ifa edilinceye kadar devam eder¹¹.

Müteselsil borç ilişkisi kanundan ya da hukuki işlemde (sözleşmeden) doğabilir¹². Söz konusu hususun belirtildiği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹³ (TBK) m. 162'ye göre "Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar". Sözleşmenin kurulması esnasında borçluların müteselsil sorumlu olacaklarının kararlaştırılması halinde sözleşmeden doğan müteselsil borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Müteselsil borç ilişkisine ilişkin irade açıkça ifade edilebileceği gibi söz konusu irade, sözleşmenin yorumundan da anlaşılabilir¹⁴. Müteselsil borçluluğun bir diğer kaynağı olan kanunun gösterdiği hâllerde sözleşme ile müteselsil borçluluk kararlaştırılmamakta ve fakat yasa koyucu birden çok kişinin müteselsil sorumlu olduklarını kabul etmektedir¹⁵. Kanundan doğan müteselsil sorumluluğun mevzuatımızda pek çok örneği bulunmakla birlikte çalışma konumuzu oluşturan asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu İş Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır.

⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 1332; Oğuzman - Öz, 467; Levent Akın, "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/4 (2011), 737; Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 24; Müteselsil borçluluğun tanımı hakkında bkz. Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), 32 vd.

¹⁰ Oğuzman - Öz, 469; Akıntürk, 38; Murat Canyürek, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003), 13; Dalcı Özdoğan, 48; Kapancı, 54; Arat, 327; Ünlütepe, 316; "Müteselsil borçluluğun en belirgin özelliği; alacaklıya karşı borçlulardan her birinin; edimin tamamından sorumlu olması, başka bir ifade ile, alacaklının borçlulardan hepsini birden takip ya da dava edebileceği gibi bunların içinden dilediği birini veya birkaçını dava ya da takip edebilmesi ise de; ...", Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, K. 2015/1932 (10 Şubat 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

¹¹ Oğuzman - Öz, 469; Eren, *Genel*, 1334; Tekinay vd., 285; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 484-485; Canyürek, 13; Franz Jürgen Säcker vd., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (München: C.H. Beck, 2021), 3/§ 421, Rn. 1.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 938; Eren, *Genel*, 1335; Oğuzman - Öz, 470; Tekinay vd., 291; Nomer, 486; Canyürek, 16; Arat, 327; Ünlütepe, 316; Franz Jürgen Säcker vd., *Münchener Kommentar*, § 421, Rn. 18.

¹³ Resmi Gazete 27836 (4 Şubat 2011).

¹⁴ Oğuzman - Öz, 470-471; Eren, *Genel*, 1335; Tekinay vd., 293; Akıntürk, 151; Akın, 738.

¹⁵ Kılıçoğlu, 940; Eren, *Genel*, 1336-1337.

B. MÜTESELSİL BORÇLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Müteselsil borcun ortaya çıkardığı hüküm ve sonuçlardan ilki yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının borcun tamamı veya bir kısmı için dilediği borçluya başvurma hakkına sahip olması (TBK m. 163/1) ve bu başvurunun, borçlulara karşı aynı anda yahut art arda yapılabilmesidir¹⁶. Borcun tamamı ödeninceye kadar borçluların sorumluluğu devam eder (TBK m. 163/2). Öte yandan alacaklının, borçlulardan sadece birine veya birkaçına borcun ifası için başvurması diğer bir borçlunun veya borçluların, borcu ifa etmesine mani olmamaktadır¹⁷. Belirtilen bu husus şüphesiz borçluların alacaklı karşısında savunmasız kalmaları anlamına gelmemektedir. TBK m. 164/1 uyarınca alacaklının ifa talebiyle karşı karşıya gelen borçlulardan her biri kişisel ya da ortak def'i ve itirazları ileri sürebileceklerdir¹⁸.

İrade sakatlığı, daha önce ifade bulunmuş olma, alacaklının kendisini ibra etmesi, kendisine ilişkin zamanaşımı süresinin dolması¹⁹ örneklerinde olduğu üzere müteselsil borçlulardan her biri kendi şahsından doğan savunma sebeplerini ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınabilir²⁰. Şüphesiz müteselsil borçlu, diğer borçlulara ait kişisel def'ileri ve itirazları ileri süremez²¹. Müteselsil bir borcun sebep veya konusundan kaynaklanan ve borçlulardan her birine tanınmış olan ortak def'ilere zamanaşımı def'i, ödemelik def'i; ortak itirazlara ise alacaklının fiil ehliyetine sahip olmaması, sözleşmenin içeriğinin imkansız ya da hukuka veya ahlaka aykırı olması, kanuni temsilcinin hukuki işleme izin veya onay vermemesi örnek olarak verilebilir²². TBK m. 164/2 uyarınca müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmek zorundadır; aksi halde diğerlerine karşı sorumlu olur, daha açık deyişle diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybeder²³.

¹⁶ Eren, *Genel*, 1339; Aynı yönde Arat, 329-331; Franz Jürgen Säcker vd., *Münchener Kommentar*, § 421, Rn. 1; Reiner Schulze (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2022), § 421, Rn. 5; TBK m. 163/1'de düzenlenen alacaklının istediği müteselsil borçluya başvurabilmesi emredici nitelikte bir kural olmadığı için alacaklı ile müteselsil borçluların bu kuralı sınırlandırma yönünde anlaşmaları mümkündür, Arat, 332.

¹⁷ Oğuzman - Öz, 476; Akıntürk, 39.

¹⁸ Kılıçoğlu, 944; Eren, *Genel*, 1338-1339; Nomer, 488; Canyürek, 27.

¹⁹ Müteselsil borçlulukta birden çok dar anlamda borç ilişkisi bulunduğu için zamanaşımı süreleri de farklılık gösterebilir. Örneğin borçlular, birbirinden farklı edimleri borçlanmış olabilirler ve bu durumda işleyecek zamanaşımı süreleri de değişiklik arz edebilecek ve söz konusu zamanaşımı süreleri, kişisel def'i olarak ileri sürülebileceklerdir, Kapancı, 262-263.

²⁰ Oğuzman - Öz, 477; Eren, *Genel*, 1340; Ünlütepe, 318.

²¹ Eren, *Genel*, 1340; Akıntürk, 169; Arat, 355; Kapancı, 174.

²² Eren, *Genel*, 1339; Aynı yönde Akıntürk, 165-166; Kılıçoğlu, 945; Arat, 343, 346; Bkz. Canyürek, 62-63.

²³ Eren, *Genel*, 1339; Akıntürk, 166; Kılıçoğlu, 945; Tekinay vd., 301; Arat, 351-352; Bkz. Oğuzman - Öz, 480-481; Nomer, 488-489; Kapancı, 58; Arat, 342; Ünlütepe, 318-319.

Müteselsil borç ilişkisinde her ne kadar borçlular alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumlu olsa da müteselsil borçluların borçları, diğer borçluların borçlarından bağımsızdır ve bu durumun sonucu olarak kanun veya taraflar arasında kurulan sözleşme ile aksi belirlenmediği sürece, borçlulardan herhangi biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırılamaz. (TBK m. 165)²⁴. Örneğin borçlulardan biri alacaklı ile anlaşmak suretiyle borcun faiz oranını artırırsa bu anlaşma, diğer borçluların durumunu ağırlaştıracağından onları bağlamayacaktır²⁵. Belirtilen kuralın tek istisnası TBK m. 155/1’de hükme bağlanmıştır. Buna göre “Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur²⁶”.

Borçlular arasındaki iç ilişkide borçluların, borçtan sorumluluk oranları ile ilgili paylaşımlarının alacaklıya karşı herhangi bir etkisi bulunmamaktadır²⁷. İç ilişki ile ilgili olarak TBK m. 167’de ifade edildiği üzere²⁸ iç ilişkide müteselsil borç ilişkisi bulunmadığı için kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, diğer borçlulara payları oranında rücu edebileceğini vurgulamakta fayda görmekteyiz²⁹. Belirtilen duruma ek olarak, kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan müteselsil borçlunun durumunu kuvvetlendirmek için kendi payından

²⁴ “Davacının söz konusu davranışları fesih için geçerli neden teşkil etmekte ise de davacının gerçek işvereni olan davalı şirketin feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararını temyiz etmemesi karşısında bu husus inceleme dışı kalmıştır. Ne var ki, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, İş Kanunundan, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden doğan haklar bakımındandır. Somut olayda alt işverenin mahkeme kararını temyiz etmemesinden doğan bir hak söz konusu olup, bu durumda kararı temyiz eden asıl işverenin sorumluluğundan söz edilemez. Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 144. maddesine göre “Hilafına mukavele olmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların vaziyetlerini ağırlaştırılamaz”. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 165. maddesi de aynı hükmü ihtiva etmektedir. Şu halde mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin mahkemece verilen kararın mali sonuçlarından davalı asıl işveren sorumlu tutulamayacağından, karar bu nedenle bozulmalıdır.”, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2013/12006 (23.05.2013), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁵ Eren, *Genel*, 1340; Nomer, 486; Ünlütepe, 319.

²⁶ Doktrinde Dalcı Özdoğan’a göre belirtilen düzenlemeye, müteselsil sorumluluk hükümlerinin revize edildiği TBK’de de yer verilmiş olması son derece isabetsizdir. Bkz Dalcı Özdoğan, 42.

²⁷ Oğuzman - Öz, 469; “Davalılar arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamenin 6. ve 7. maddelerinde her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya ait olacağı kararlaştırılmış ise de bu hükümler davacıyı bağlamaz. Ancak, davalılar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Esasen İş Kanunu’nun az önce anılan hükmü kamu düzenine ilişkin olup, işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 517, K. 3080 (18 Mart 1988), Ercan Akyiğit, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Öğreti ve Uygulama)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 78, dn. 96.

²⁸ TBK m. 167 “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludur. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.”

²⁹ Eren, *Genel*, 1342, 1344-1345; Oğuzman - Öz, 494; Akıntürk, 159; Kılıçoğlu, 950; Canyürek, 108; Kapanıcı, 60-61; Acar, parg. 65; Akin, 737; Ünlütepe, 319.

fazla yaptığı ödeme kadar alacaklının haklarına halef olması TBK m. 168/1'de kural altına alınmıştır³⁰. Buna göre “Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur”. Böylece borç için verilen rehin yahut kefalet veya işlemekte olan faiz kendiliğinden rücu hakkı sahibi borçluya geçecektir³¹.

TBK m. 166/1'e göre müteselsil borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. Müteselsil borç, ifa ve takasta alacaklının tatmin edilmesiyle suretiyle sona ermekte iken bunlar dışındaki sona erme halleri, alacaklının tatmin edilmediği sona erme halleridir. İfa ve takas dışındaki borcun sona erme halleri kusursuz sonraki imkansızlık, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, zamanlaşımı gibi hallerdir³². Belirtilen hallerde, borcun sona ermesinin diğer borçlulara etkisi her bir sona erme nedeninin özelliklerine göre tespit edilecektir³³. Söz konusu tespitte borcun sadece alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide mi sona erdiği yahut alacaklı ve diğer borçlular arasındaki ilişkide de sona erip ermediği irdelenmelidir³⁴. Nitekim TBK m. 166/2'ye göre borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. İbra ile borcun sona ermesi ile ilgili olarak ise TBK m.166/3³⁵ düzenlenmiştir.

Teselsülün “tam teselsül” ve “eksik teselsül” şeklinde ikili ayrımı bulunmakta olup; müteselsil borçluluğun aynı sebepten doğması halinde tam teselsül, aynı sebepten doğması halinde eksik teselsül söz konusu olmaktadır³⁶. 818 sayılı Borçlar Kanunu³⁷ (BK) döneminde mevcut olan bu ayrım TBK ile terk edilmiş olup; tam teselsülden bahsedebilmek için zararın, zarar verenlerin ortak kusurlarından ortaya çıkmış olması gerekli iken eksik teselsülde bu yönde bir kusur gerekmemektedir. Eksik teselsülde sorumluluğu doğuran farklı sebepler sözleşme, kanun veya haksız fiil olabilir ve söz konusu sebepler arasında bir yarışma mevcuttur³⁸.

³⁰ Oğuzman - Öz, 496; Akıntürk, 222; Eren, *Genel*, 1344; Tekinay vd., 320; Nomer, 490; Canyürek, 33; Acar, parg. 74; Akın, 767.

³¹ Oğuzman - Öz, 496; Eren, *Genel*, 1345; Nomer, 486, 490; Acar, parg. 74; Ünlütepe, 320.

³² Eren, *Genel*, 1346-1347; Kılıçoğlu, 948; Ünlütepe, 317; İfa ve takasın müteselsil borçluları borçtan kurtarıcı etkisinin olması, müteselsil borçluluğun alacaklı için bir teminat oluşturması ve alacaklının tatmin edildiği kadarıyla teminat gereksiniminin ortadan kalkmasıyla izah edilebilir, Dalcı Özdoğan, 44.

³³ Oğuzman - Öz, 483; Bkz. Oğuzman - Öz, 483-485; Eren, *Genel*, 1347-1348; Ünlütepe, 317.

³⁴ Dalcı Özdoğan, 45.

³⁵ TBK m. 166/3'e göre alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.

³⁶ Eren, *Genel*, 1348; Dalcı Özdoğan, 75; Akın, 739.

³⁷ Resmi Gazete 359 (29 Nisan 1926).

³⁸ Akın, 739, 761; Dalcı Özdoğan, 75; Aynı yönde Kapancı, 32-33.

818 sayılı BK döneminde borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğer borçlulara karşı da kesilmiş olması, alacaklıya ifada bulunan borçluya tanınan halefiyet ve borçlulardan birinin ifa veya takas dışında bir sebeple borçtan kurtulması durumunda diğer borçluların bundan borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanması yalnız tam teselsül halleri için söz konusuydu³⁹. Belirtilen farklılıklara rağmen her iki teselsül türünde de müteselsil borçluların her biri borcun tamamından şahsen sorumluydu ve müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa etmesi durumunda, diğer borçlularda ifa edilen kısım kadar borçtan kurtulmaktaydı⁴⁰.

III. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE BİRİNİN İLERİ SÜRDÜĞÜ ZAMANAŞIMI DEF'İNİN DİĞERİNE SİRAYET EDİP ETMEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışma konumuzu oluşturan Yargıtay kararının esaslı noktalarından ilki müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen ve ortak def'i olan zamanaşımı def'inden diğer borçluların yararlanıp yararlanamayacağı meselesidir⁴¹. Doktrinde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre belirtilen konu, TBK m. 166/2'ye tekabül eden 818 sayılı BK m. 145/2 ile ilgilidir. Zamanaşımı def'ini ileri sürerek borçtan kurtulan müteselsil borçlunun ve aynı savunmayı yapmayan diğer müteselsil borçluların bulunduğu bir somut olayda diğer borçlular, TBK m. 166/2 uyarınca ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde borçtan kurtulmadan yararlanırlar. Yine aynı görüşe göre bu yararlanma, zamanaşımı def'ini ileri süren borçlunun borçtan payına düşen oran kadar olacaktır⁴². Doktrinde Arat ise zamanaşımının def'i olması ve def'ilerin sadece ileri süren borçlu bakımından sonuç doğurması sebebiyle müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden diğer müteselsil borçluların yararlanamayacağı neticesine ulaşmaktadır. Aynı görüşe göre zamanaşımı def'i onu ileri sürmeyen borçlular açısından bir sonuç doğurmaz, söz konusu def'inin ileri sürülmesi sadece rücu

³⁹ Tekinay vd., 326; Bkz. Kapanıcı, 34-35.

⁴⁰ Akın, 744; 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde asıl işveren alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluğu Yargıtay, aksi yönde kararlar olmakla birlikte, eksik teselsül olarak nitelendirmekteydi; "Davacıya karşı müteselsil sorumlu olanlardan, dava dışı alt işverenin sorumluluğu akitten, davalı asıl işverenin sorumluluğu kanundan kaynaklandığından; diğer bir ifade ile, asıl ve alt işveren işçilik alacakları yönünden işçiye karşı farklı hukuki sebepler nedeniyle sorumlu olduklarından; davacı ile davalılar arasındaki ilişki, dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, eksik teselsül ilişkisine dayanmaktadır.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2013/1461 (9 Ekim 2013), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2013/32768 (11 Aralık 2013), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aksi yönde kararlar için bkz. Akın, 746 vd.

⁴¹ Ortak savunma itiraz niteliğini haiz ise müteselsil borçlulardan biri söz konusu itirazı ileri sürdüğünde bunun sonuçlarından diğer bütün müteselsil borçlular faydalanırlar, Arat, 348.

⁴² Tekinay vd., 308; Aynı yönde Akıntürk, 168; Canyürek, 63-64.

ilişkisi açısından ehemmiyet arz etmektedir⁴³. Dalcı Özdoğan'a göre, müteselsil borçlulukta zamanaşımı def'i kişisel bir def'idir ve sadece ilgili alacağın takibini engeller. Bu sebeple dış ilişkide her bir borçlu, diğer borçlunun ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden yararlanamaz⁴⁴. Kapancı'ya göre belirtilen durumu çeşitli olasılıklara göre irdelemek gerekmektedir. İlk olarak, alacaklının dava dışında ifa talebinde bulunması durumunda, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımı def'inde bulunması, diğer borçluları etkilemeyecektir. İkinci olarak dava içinde müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımı def'ini ileri sürmesi ile ilgili ise alacaklı tarafından açılan herhangi bir davada, müteselsil borçlular ihtiyari dava arkadaşı oldukları için davanın kesin hükmünün, diğerleri bakımından herhangi bir sonuç ortaya çıkarmayacağı söylenmelidir. Müteselsil borçlulara karşı tek dava açıldığında da belirtilen husus geçerlidir, zira bu durumda birlikte görülen ayrı davalar mevcuttur ve bunlardan birinin sonucu diğerine etki etmemektedir. Belirtilen durum, müteselsil borçlulardan her birinin ortak def'i olan zamanaşımı def'ini bizzat ileri sürmesi ve müteselsil borçlulardan birine karşı açılan davanın, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi nedeniyle reddedilmesi halinde bunun sadece o borçlu lehine sonuç doğuracağı neticelerine ulaştırmaktadır⁴⁵.

Belirtilen tartışmalı durum ile ilgili Yargıtay kararları irdelendiğinde, Yargıtay 10. ve 17. Hukuk⁴⁶ Dairelerinin müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden diğer müteselsil borçluların yararlanamayacağı yönünde karar verdiği anlaşılmaktadır⁴⁷.

⁴³ Arat, 350.

⁴⁴ Dalcı Özdoğan, 212, 229.

⁴⁵ Kapancı, 265-266.

⁴⁶ "Dava trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, davalıların desteklerinin ölümüne neden olan aracın işleteni, sürücüsü ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olup zarar görenlere karşı müşterek ve müteselsil sorumludurlar. TBK.nun 155 (BK. 134/1.) maddesi gereğince müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerleri yönünden de kesilmiş olur, ancak zamanaşımı def'i müteselsil sorumlular için ortak savunma değildir. Zamanaşımı definden yalnızca defi ileri süren yararlanır. Bu nedenle davalı Y. Y.'nin zamanaşımı definde bulunması diğer davalıların da bu savunmadan yararlandırılmasını gerektirmez. Davalılar Ş. S. ve Güven Sigorta A.Ş.'nin zamanaşımı savunması yokken bu davalılar hakkındaki davanın da zamanaşımı sebebi ile reddi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K. 2014/1535 (11 Şubat 2014), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yarg. 17. Hukuk Dairesi, K. 2020/3386 (11 Haziran 2020), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁴⁷ "Zamanaşımı defi davanın esası hakkında her türlü muameleye manidir. Bu sorun halledilmeden davanın esası incelenemez. (11.1.1940 tarihli 15/70 sayılı içt. Bir. Kararı) Borcu ortadan kaldırmakla birlikte, yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren zamanaşımı defi, ancak, bunu ileri süren taraf yönünden sonuç doğurmakta, ... Müteselsil borçluluğun en belirgin özelliği; alacaklıya karşı borçlulardan her birinin; edimin tamamından sorumlu olması, başka bir ifade ile, alacaklının borçlulardan hepsini birden takip ya da dava edebileceği gibi bunların içinden dilediği birini veya birkaçını dava ya da takip edebilmesi ise de; bu özellik, müteselsil borçluların nispi bağımsızlığını ortadan kaldırır nitelik taşımamaktadır. Müteselsil borçluların nispi bağımsızlığı ilkesinin zamanaşımı yönünden

Müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin, söz konusu hakkını kullanmayan diğer borçlulara sirayet edip etmeyeceğini asıl - alt işveren ilişkisi özelinde irdelediğimiz zaman öncelikle, İş Kanunu'nun 2. maddesinde alt işverenin işçilerinin alacaklarından asıl işveren de birlikte sorumlu tutulmuş olup, "birlikte sorumluluk" ifadesi ile müteselsil sorumluluğun kastedildiğini ifade etmek gerekir⁴⁸. Kanun koyucu asıl - alt işveren ilişkisinde işçinin yararını ön plana almış ve özellikle az sermayeli alt işverenlerin ücret ödeyemeyecek hale gelmeleri durumunda, bunların yanında istihdam edilen işçilerin ücret ve sair alacaklarını alamama riskini bertaraf etmek için, işçinin iş görme ediminden fayda elde eden asıl işvereni de sorumlu kılmak suretiyle işçileri koruma amacını gütmüştür⁴⁹. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı olan ve Kanundan doğan müteselsil sorumluluğunun kapsamına, o işyeri ile ilgili olarak kanunlardan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri girmektedir⁵⁰. Doktrinde Canbolat'a göre asıl - alt işveren ilişkisinde borcun kaynağından doğan itiraz ve def'ileri her iki işveren de ileri sürebilecektir. Örneğin işçi tarafından asıl işverenin de sorumlu olduğu ve zamanaşımına uğramış bir alacağın asıl işverenden talep edilmesi halinde asıl işveren de zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir. Bununla birlikte söz konusu alacağın her iki işverenden de istenmesi durumunda birinin

sonuçları ise; müteselsil borçlulukta, zamanaşımının borçlulardan biri bakımından durmasının diğer borçlulara sirayet etmemesi; müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu ileri sürmemiş olanların yararlanmalarının mümkün bulunmamasıdır. Zamanaşımı def'i, borcu ortadan kaldırmayıp bunu ileri sürene borcu yerine getirmekten kaçınma yetkisi verdiği için, teselsül hükümlerine dayalı olarak açılmış olan eldeki davada, zamanaşımı def'inin ancak bunu ileri süren müteselsil borçlu hakkında hüküm doğurur, diğer borçlular yönünden hüküm ifade etmez". Yarg. 10. Hukuk Dairesi, K. 2015/12208 (18 Haziran 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yarg. 10. Hukuk Dairesi, K. 2017/3782 (26 Nisan 2017), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁴⁸ Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 115; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 172; Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum* 1 (2004), 55; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022), 93; Şükran Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022), 76-77; Akın, 743; Canbolat, 71; Ömer Ekmekçi - Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 163; Hande Bahar Aykaç, *İş Hukukunda Alt İşveren* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), 283; Mustafa Halit Korkusuz, "Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72/2 (2014), 227; "Anılan madde uyarınca asıl işveren alt işverenin işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan ve hizmet sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle beraber birlikte sorumlu olur. Kanunda geçen "birlikte" kavramının sorumluluk hukukunda düzenlenen kanundan doğan müteselsil sorumluluk olduğu doktrinde kabul edilmektedir", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2013/1461 (9 Ekim 2013), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁴⁹ Çelik vd., 114.

⁵⁰ Konu hakkında bkz. Çelik vd., 115 vd; Süzek, 172 vd; Güzel, 52 vd; Canbolat, 72 vd; Akyiğit, 69 vd; Senyen Kaplan, 93-94; Ertürk, 76-78; Ekmekçi - Yiğit, 162 vd; Şahin Çil, "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi - İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum - 04 Nisan 2009*, ed. Ali Güzel, Deniz Ugan (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2009), 28 vd; Aykaç, 303 vd; Korkusuz, 218 vd.

belirtilen özellikteki bir def'iyi ileri sürmesinden diğeri yararlanamayacaktır. Bu durumda def'iyi ileri sürmeyen işveren anılan alacağı ödemekle yükümlü olacak, def'iyi ileri süren işverenin ödeme yükümlülüğü olmayacaktır. Belirtilen savunmanın itiraz niteliğinde olması durumunda ise sonuç farklı olacak, daha açık deyişle asıl - alt işveren ilişkisinde işverenlerden birinin ileri sürdüğü itirazın kabul edilmesi durumundan diğeri işveren de faydalanacaktır⁵¹.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin işçilerinin o işyerinde çalıştığı süreyle ve alt işverenin bu işçiler karşısındaki sorumluluğuyla sınırlı olması gerektiğinden asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden alt işverenin yararlanmayacağı ve fakat alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin asıl işverene sirayet edeceği şeklinde hüküm kurmuştur⁵².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki kararları çelişkiliydi. 2015 yılında verilen bir kararında⁵³, asıl - alt işveren ilişkisinin eksik teselsül niteliğinde olması sebebiyle zamanaşımı def'inin sadece ileri süren müteselsil borçlu açısından hüküm süreceği kararı verilmiş iken 2015 yılında verilen bir başka kararında⁵⁴, TBK'de eksik teselsül kabul edilmediğinden asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden alt işverenin de yararlanması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁵.

⁵¹ Canbolat, 72-73; Aynı yönde Aykaç, 294; Korkusuz, 225; Doğrudan zamanaşımı def'inin ileri sürülmesine ilişkin olmamakla birlikte asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluğun kapsamı ile ilgili olarak doktrinde Ekmekçi -Yiğit'e göre İş Kanunu m. 2/6 gereği asıl işveren, "müteselsil borçlu" değil, "müteselsil sorumlu" olmaktadır. Asıl işveren, alt işveren ile işçi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan borçlardan Kanun gereği sorumlu kılınmaktadır. Bu sebeple asıl işverenin borcun nihai sorumlu olması olası değildir, Ekmekçi - Yiğit, 167.

⁵² Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2018/7209 (20 Mart 2018), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2018/4826 (26 Şubat 2018), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2017/9210 (24 Nisan 2017), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2017/4594 (06.03.2017), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Bununla birlikte Özel Daire'nin "zamanaşımı def'i, borcu ortadan kaldırmayıp bunu ileri sürene borcu yerine getirmekten kaçınma yetkisi verdiği ve davalılar arasındaki müteselsil borçluluk ilişkisi uyarınca müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu ileri sürmemiş olanların yararlanmayacağı, bu nedenle davalı asıl işveren Belediyenin davaya karşı, davalı alt işveren şirketin islah karşı yapmış olduğu zamanaşımı savunmalarının birbirlerine sirayet etmesinin mümkün olmadığı" şeklinde kararı da mevcuttur, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, K. 2018/23273 (25 Ekim 2018), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2015/26666 (29 Eylül 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵⁴ Yarg. 9. Hukuk Dairesi, K. 2015/31527 (9 Kasım 2015), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı sonuç ulaşılan bir diğeri karara göre "Somut uyumsuzlukta, zamanaşımına konu alacak miktarları, 818 sayılı Yasa döneminde muaccel olmuş ise de zamanaşımının kesilmesi ve def'i hakkının alt işverence kullanılması tarihinde 6098 sayılı Yasanın 154 ve 155. maddesi yürürlüktedir. Bu sebeple, 6098 sayılı Yasanın 155. maddesinde eksik teselsül kabul edilmediğinden, 4857 sayılı Yasanın 2. maddesi ve 6098 sayılı Yasanın 155. maddesi gözetilerek davalı alt işveren şirketin zamanaşımı def'inden, müteselsil sorumlu diğeri davalı asıl işveren Belediye'nin de yararlanması gereklidir.", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2016/4088 (25 Şubat 2016), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵⁵ Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, 42-43.

Özel Daire'nin bir süre, asıl işverenin veya alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin diğerine sirayet edeceği yönündeki içtihadını devam ettirdiği görülmekte iken⁵⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasının ardından, 9. Hukuk Dairesi tarafından yayımlanan "İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi" başlıklı kararda, konu ile ilgili görüş değiştirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim inceleme konumuzu oluşturan Yargıtay kararında da ilke kararındaki gerekçe aynı şekilde tekrarlanmıştır.

Asıl işveren veya alt işverenin biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin bu hakkını kullanmayan diğerine sirayet edip etmeyeceği ile ilgili kanaatimizce, konunun özünü oluşturan müteselsil borçluluk doğrultusunda değerlendirme yapmak gerekmektedir. Her ne kadar aksi yönde görüşler olsa da doktrinde çoğunluk tarafından savunulan görüşe katılmakta ve müteselsil borçlulukta, müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden diğer borçluların yararlanamayacağı sonucuna ulaşmaktayız. Zira müteselsil borçluluğun temel özelliklerinden birisi, alacaklının borcun tamamına ilişkin ve her bir borçluya karşı diğer borçludan bağımsız bir alacağının bulunmasıdır⁵⁷. Bir başka deyişle alacaklı taraf ile her bir müteselsil borçlu arasında birbirinden bağımsız bir borç ilişkisi mevcuttur. Öte yandan def'inin "hak sahibine, bu hakkını kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli bir oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma fırsatı veren bir haktır⁵⁸" şeklindeki tanımından da anlaşılacağı üzere def'i, sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir bir hak olma özelliğini taşımaktadır⁵⁹. Müteselsil borç ilişkisindeki bağımsızlık ve def'inin sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilirlik özelliği birlikte gözetildiğinde belirttiğimiz sonuca ulaşmak gerektiği kanaatindeyiz. İnceleme konumuzdaki zamanaşımı def'i, ortak bir def'i olduğu için asıl işveren de alt işveren de zamanaşımı def'i bakımından hak sahibidir ve fakat bu def'inin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için ileri sürülmesi gerekmektedir. Def'ilerin ileri sürmeyen hak sahibine sirayet etme gibi bir özelliği bulunmamaktadır. Def'iler sadece ileri süren hak sahibi bakımından etkilidirler; def'ilerin ileri sürmeyen hak sahibine de etki edeceği sonucuna

⁵⁶ "Davalılardan asıl işveren konumundaki ... vekili tarafından süresi içinde usulüne uygun zamanaşımı def'i ileri sürülmüş, alt işveren tarafından zamanaşımı def'i ileri sürülmemiştir. Davalılar arasında İş Kanununun 2/6 maddesi kapsamında müşterek ve müteselsil sorumluluk hükümleri mevcut olup zamanaşımı def'i ortak def'i kapsamında olmakla asıl işverenin sözü edilen savunması alt işverene sirayet edeceğinden her iki işverenin sorumluluğunun zamanaşımına göre belirlenmesi gerekir.", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2020/6588 (29 Haziran 2020), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Bu içtihadın mevzuata uygun olduğu görüşü için bkz. Çil, *Kararlar*, 43.

⁵⁷ Dalcı Özdoğan, 692.

⁵⁸ Ferhat Canbolat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (2008), 256.

⁵⁹ Canbolat F., 261.

varılması, def'ilere itiraz özelliğini yüklemek sonucunu doğuracaktır⁶⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, asıl işverenin veya alt işverenin biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin diğerine sirayet edebileceği ile ilgili olumlu karar verdiği dönemde gerekçesinde, TBK m. 155/1'deki zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olacağına ilişkin düzenlemeye de yer vermekteydi. Fakat söz konusu düzenlemenin, müteselsil borçluluktaki bağımsızlık özelliğinin istisnasını teşkil eden bir kural olduğu göz ardı edilmemelidir.

İşçinin, asıl işverenden alınan bir işte çalışmasından ortaya çıkan ve zamanaşımına uğramış bir alacağını talep etmesi örneğinde olduğu üzere inceleme konumuzu oluşturan zamanaşımı def'inin, ortak bir def'i olması ve TBK m. 164/2'de düzenlenen müteselsil borçlulardan birinin ortak def'iyi ileri sürmemesi durumunda, diğer borçlulara karşı sorumlu olması kuralı birlikte düşünüldüğünde asıl - alt işveren ilişkisinde birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin diğerine sirayet etmesi gerektiği kanaati elde edilebilir. Ancak belirtilen düzenleme, ortak def'inin ileri sürülmesi gereği ve ileri sürülmemesi durumunda diğer müteselsil borçlulara karşı sorumlu olma ile ilgili bir düzenleme olup, ileri sürülmemesi durumunda diğer müteselsil borçlunun ileri sürülmesinden faydalanılacağına ilişkin bir içeriğe sahip değildir. Müteselsil borcun sona ermesinde diğer müteselsil borçluların bundan yararlanıp yararlanamayacağı ile ilgili düzenleme TBK m. 166'dır ve bu düzenlemeden de konu ile ilgili net bir sonuca ulaşılamamaktadır. Şöyle ki zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi suretiyle borçtan kurtulma, alacaklının tatmin edilmediği borcun sona erme hallerindedir ve TBK m. 166/2 gereği, böyle bir durumda diğer müteselsil borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. Doktrinde bu düzenleme doğrultusunda ortaya çıkan ve zamanaşımı def'ini ileri sürmeyen diğer müteselsil borçluların, zamanaşımı def'ini ileri süren borçlunun borçtan payına düşen oran kadar yararlanacağını beyan eden görüşe katılmamaktayız. Aksi yöndeki görüşün de ifade ettiği üzere⁶¹, def'ilerin ileri sürmeyen hak sahibine sirayet etme gibi bir özelliğinin bulunmaması, belirtilen sonuca ulaşılmasını engellemektedir.

İncelediğimiz Yargıtay kararının ve 9. Hukuk Dairesi tarafından yayımlanan ilke kararının kanaatimizce en dikkat çekici kısmı, asıl - alt işveren ilişkisinin kefalet ilişkisine benzetilmesidir. Anılan kararlara göre alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla, asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden sadece asıl işveren yararlanır ve alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'i, asıl işverene sirayet eder. Müteselsil sorumluluk ile kefalet müesseselerinin birbirlerine oldukça benzer yanları

⁶⁰ Arat, 348.

⁶¹ Arat, 350.

olmasına rağmen her iki müessesenin birbirlerinden tamamen ayrı olduklarına dair şüphe bulunmamaktadır. Söz konusu benzerlik özellikle müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet⁶² arasında daha fazladır⁶³. Her iki kurum arasındaki farklılıklara değinilecek olur ise öncelikle kefalet hükümlerinin büyük bir kısmının kefil koruma, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin ise alacaklıyı koruma gayesini güttüğünü belirtmek gerekir⁶⁴. Bir diğer önemli nokta ise adi kefalette kefilin borcunun fer'iliğine karşılık, müteselsil borçlunun borcunun asli borç olmasıdır⁶⁵. Zira müteselsil borçlulukta borçlular, borcun tamamından kanun veya sözleşme gereği sorumlu olmak suretiyle bağımsız ve asli bir borcun borçlusu olurlar⁶⁶. Öte yandan kefilin borcunun kaynağı, alacağı teminat altına alma amacını haiz kefalet sözleşmesi iken müteselsil borç, hem kanundan hem sözleşmeden ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Asıl - alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluğun yasa koyucu tarafından kesin bir şekilde düzenlenmesine rağmen söz konusu düzenlemenin, alt işverenin işçilerini koruma gayesinden yola çıkılarak ve asıl - alt işveren ilişkisini kefalet ilişkisine benzetmek suretiyle müteselsil borçluluğun temel özelliklerinden sapmak, kanaatimizce amaçsal yoruma ve hukuk tekniğine uygun düşmemektedir. Alt işvereni asıl borçlu ve asıl işvereni kefil gibi düşünerek, müteselsil borçluluğun bağımsız ve asli bir borcun kaynağı olma özelliğini geri plana itmemek gerekir. Ayrıca müteselsil borçluluğun ortaya çıkardığı sonuçlardan ilki, müteselsil borçluların borcun tamamından sorumlu olmalarıdır. Asıl işvereni, alacaklıya karşı garanti yükümlülüğünü vurgulayarak kefil gibi konumlandırmak müteselsil borçluluğun belirtilen sonucunu dikkate almamak anlamına gelecektir.

⁶² “Müteselsil kefalet” kavramının kullanılmış olması, müteselsil kefalette müteselsil borçluluğun geçerli olacağı izlenimini uyandırsa da müteselsil kefil ile asıl borçlu arasından müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Müteselsil kefalette alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir, Fulya Erlüle, “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2003), 629-630.

⁶³ Akıntürk, 83; “Davacı bankanın tek taraflı olarak düzenlediği matbu kredi sözleşmesine yazılmış olan “müşterek ve müteselsil borçlu” sözcükleri davalının “müteselsil kefil” iradesini ortadan kaldırmayacağı gibi onun BK.nun 141’inci maddesinde yer alan anlamda “müteselsil borçlu” sayılmasını da gerektirmez.”, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, K. 2003/1197 (18 Şubat 2003), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁶⁴ Akıntürk, 83-84; Erlüle, 631; Ayrıca bkz. Franz Jürgen Säcker vd., *Münchener Kommentar*, § 421, Rn. 34.

⁶⁵ Akıntürk, 84; Oğuzman - Öz, 465; Eren, *Genel*, 1332; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, 778; Erlüle, 632; Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğu birbirinden ayırmada kullanılan kıstaslardan biri olan menfaat kıstasına göre yükümlülük altına giren kişinin sözleşmenin ifasında şahsen menfaati var ise müteselsil borçluluktan, kişisel menfaat yerine alacaklıya daha iyi bir teminat temin etmek ve dolayısıyla borçlunun kredisini güçlendirme amacı var ise müteselsil kefaletten bahsedilir, Akıntürk, 89; Erlüle, 633.

⁶⁶ Eren, *Özel*, 778.

⁶⁷ Eren, *Özel*, 769, 778.

Asıl - alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluk düzenlemesinin alacaklı taraf olan işçilerin korunması amacı karşısında, kefalet hükümlerinin büyük oranda kefil koruma ve müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin ise alacaklıyı koruma amacını taşıdığını unutmamak ve bu doğrultuda, müteselsil sorumluluğun amaç ve özelliklerinden sapmamak gerekir.

Müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin diğer müteselsil borçlulara sirayet etmesi gerektiği görüşünün isabetli olduğunu varsaydığımızda; 22. Hukuk Dairesi ve inceleme konumuzu oluşturan kararda belirtildiği gibi, alt işveren tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden asıl işverenin yararlanmasına ve fakat asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden, alt işverenin yararlanmamasına hükmedilmesine katılmamaktayız. Hem asıl işverenin hem de alt işverenin müteselsil borçlu olmaları durumu karşısında bir hukuki sonuçtan, her ikisinin de faydalanması icap eder. 22. Hukuk Dairesi'nin anılan kararlarının gerekçesinde, asıl işverenin sorumluluğunun, alt işverenin işçilerinin o işyerinde çalışılan süreyle ve alt işverenin bu işçilere karşı sorumluluğuyla sınırlı olması gereği yer almaktadır⁶⁸. Şüphesiz İş Kanunu m. 2/6 gereği asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı olan müteselsil sorumluluğunun kapsamına, o işyeriyle alakalı olan ve alt işveren ilişkisinin kurulduğu dönemde ortaya çıkan yükümlülükler girmektedir. Müteselsil borçluluğun hüküm ve sonuçlarından biri de her bir borçlunun, borç tamamen ifa edilene dek borcun tamamından sorumluluğunun devam etmesidir. Dolayısıyla asıl işveren, alt işverenin yasal bir hakkını kullanması ve asıl işverenin aynı hakkı kullanmaması nedeniyle müteselsil borçluluğun hüküm ve sonuçlarından kurtulmamalı ve alt işverenin işçilerinin o işyerinde çalıştığı süreden ve alt işveren ilişkisinin kurulduğu dönemde ortaya çıkan yükümlülüklerden sorumlu olmaya devam etmelidir.

SONUÇ

İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay kararının vardığı sonuç ve hukuki gerekçesi bakımından isabetli olmadığı görüşünü taşımaktayız. Kanaatimizce müteselsil borçluluk ve def'inin ileri sürülmesi ile ilgili özelliklerin uygulanması ve asıl - alt işveren ilişkisinde birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin, diğerine sirayet etmemesi yönünde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir. Nitekim 9. Hukuk Dairesinin belirtilen sonuca vardığı kararları da bulunmaktadır. Her ne kadar o kararların gerekçesi, 818 sayılı BK döneminde geçerli olan eksik teselsüle dayandırılmış olsa ve 6098 sayılı TBK'de eksik teselsül - tam teselsül ayırımı kalkmış olsa da müteselsil borçluluğun bağımsız borç doğurma özelliği ve

⁶⁸ 9. Hukuk Dairesi'nin "İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi" başlıklı Eylül 2020 tarihli kararında da "Bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmamış olur." şeklinde aynı içerikte gerekçeye yer verilmiştir.

def'ilerin hak sahibi tarafından ileri sürülmesi gereği karşısında, asıl - alt işveren ilişkisinde birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin diğerine sirayet etmemesi yönünde karar verilmesi, genel hükümlerin içeriğinin değiştirilmemesi açısından isabetli olacaktır. 10. Hukuk Dairesi'nin gerekçesinde de müteselsil borçların nispi bağımsızlığı ilkesine vurgu yapılmış ve söz konusu ilkenin zamanaşımı yönünden sonuçlarının, zamanaşımının borçlulardan biri bakımından durmasının diğer borçlulara sirayet etmemesi ve müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu ileri sürmemiş olanların yararlanmalarının mümkün bulunmaması olduğu ifade edilmiştir. 10. Hukuk Dairesi'nin katıldığımız gerekçesi doğrultusunda karar verilmesi, hem hukuk tekniği hem de Yargıtay daireleri arasındaki görüş farklılığının ortadan kaldırılması açısından isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. "Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Mütessesil Borçluluğa Toplu Bakış". *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* 60 (Şubat 2007). Erişim 08.08.2022. <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar-1.htm>
- Akın, Levent. "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Mütessesil Sorumluluğunun Niteliği". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/4 (2012), 733-774.
- Akıntürk, Turgut. *Mütessesil Borçluluk*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.
- Akyiğit, Ercan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Öğreti ve Uygulama)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Arat, Ayşe. "Mütessesil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26/2 (2018), 325-366.
- Aykaç, Hande Bahar. *İş Hukukunda Alt İşveren*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.
- Canbolat, Ferhat. "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/1 (2008), 255-270.
- Canbolat, Talat. *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992.
- Canyürek, Murat. *Mütessesil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Çelik, Nuri vd. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 35. Bası, 2022.
- Çil, Şahin. "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi - İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum - 04 Nisan 2009*. ed. Ali Güzel, Deniz Ugan. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2009, 4-60. (Asıl İşveren Alt İşveren)
- Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020. (Kararlar)
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. *Mütessesil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Ekmekçi, Ömer - Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 4. Baskı, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı, 2020. (Genel)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2020. (Özel)
- Erlüle, Fulya. "Mütessesil Kefalet ve Mütessesil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması". *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1 (2003), 629-644.
- Ertürk, Şükran. *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Güzel, Ali. "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları". *Çalışma ve Toplum* 1 (2004), 31-65.
- Kapancı, Kadir Berk. *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, 2011.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, 2020.
- Korkusuz, Mustafa Halit. “Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72/2 (2014), 209-231.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 17. Bası, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, 2020.
- Säcker, Franz Jürgen vd. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 3. Cilt. München: C.H. Beck, 9. Bası, 2021. (Münchener Kommentar)
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş - Güncelleştirilmiş 12. Baskı, 2022.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021.
- Schulze, Reiner (ed.). *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 11. Bası, 2022.
- Tekinay, Selahattin S. vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, İstanbul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, 1993.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları). *İstanbul Barosu Dergisi* 94/6 (2020) 487-501.

<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
www.lexpera.com.tr, Lexpera Hukuk Veritabanı.



İşletme Toplu İş Sözleşmelerinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar^(*)

Practice Problems Created by Enterprise Collective Contracts

Dr. Banu DENİZLİ ÖZTÜRK^(**)

Öz

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre toplu iş sözleşmeleri işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri şeklinde üç tür yapılabilmektedir. Bunlardan işletme toplu iş sözleşmeleri "işletme" ibaresinin kullanımı nedeniyle birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Nitekim 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ikinci fıkrasında bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması halinde işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabileceği bir zorunluluk olarak hükme bağlanmaktadır. Oysa kanuni tanımdaki işletme kavramı bildiğimiz anlamda bir işletme unsuruna işaret etmemekte, aslında aynı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması halinde bütün bu işyerlerini kapsamına almak için kullanılmaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda hem işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğunun gündeme geldiği işletme niteliğinin belirlenmesi hem de ilgili sözleşme türünün uygulamada yarattığı sorunlar irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, İşletme Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Toplu İş Hukuku.

Abstract

According to the Code on Unions and Collective Employment Contract Law No 6356, three types of collective employment contract can be made as business, enterprise and group collective employment contracts. Among them, the enterprise collective employment contracts bring along some problems due to the use of the phrase "enterprise". As a matter of fact, in the second paragraph of Article 34 of the Law No. 6356, it is regulated as a necessity to conclude a collective

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 29.05.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 12.07.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1306049

^(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Öğretim Görevlisi, Sivas - Türkiye
[E-posta](#): bozturk@cumhuriyet.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-4429-4605>

employment contract at the enterprise level if there is more than one workplace in the same business line. However, the concept of job in the legal definition does not express a job element as we know it, in fact, it is used to cover all these workplaces in case the same employer has more than one workplace in the same business line. In this framework, in our study, both the determination of the nature of the enterprise, where the obligation to make a collective employment contract is on the agenda, and the problems created by the relevant contract type in practice will be examined.

Keywords

The Code on Unions and Collective Employment Contract Law, Collective Employment Contract, Enterprise Collective Contract, System of Collective Employment Contract, Collective Labor Law.

GİRİŞ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun¹ 2. maddesinde tanımlanan toplu iş sözleşmesi, “iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ihtiva etmektedir². Hukuk sistemimizde toplu iş sözleşmelerinin işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmesi türleri³ kapsamında yapılması mümkün olup, çalışmamızın esas konusu işletme toplu iş sözleşmeleridir.

¹ 28460 sayılı ve 07.11.2012 tarihli RG.

² Doktrinde yapılan tanımlamalar için bkz. Turhan Esener, *İş Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 390; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta, 2022), 937; Can Tuncay/ Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2019), 190 vd.; Ünal Narmanlioğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, (İstanbul: Beta, 2016), 312 vd.; Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Beta, 2016), 332; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*, (İstanbul: Beta, 2016), 389; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2016), 658; Murat Demircioğlu / Tankut Centel, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2016), 284 vd.; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 169 vd.; Faruk Andaç, *İş Hukuku*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2016), 199.

³ 6356 sayılı Kanun ile mevzuata dahil edilen çerçeve sözleşme, her ne kadar bir toplu iş sözleşmesi türü olsa da doktrinde haklı bir şekilde gerçek anlamıyla bir toplu iş sözleşmesi olarak kabul görmemektedir. Şöyle ki, Kanunun 2. maddesinde “*Ekonomik ve Sosyal Konsey’de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme*” olarak tanımlanan çerçeve sözleşme, 33. madde gereğince mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler içerebileceğinden, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin düzenlemeler içeren toplu iş sözleşmesinin niteliği ile örtüşmemektedir. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 946; Öner Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Polat Soyser’e Armağan, 15, (2014), 120; Talat Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, (İstanbul: Beta, 2013), 154 - 155; Talat Canbolat, “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, (İstanbul: 2014), 522 vd.; Talat Canbolat, “6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3*, (İstanbul: 2013), 64; İbrahim Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, (2014), 610; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 15, (2016), 553 vd.

İşletme toplu iş sözleşmesi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda⁴ ve 6356 sayılı Kanunda aranan nitelikleri taşıyan işyerlerinin bulunması halinde bir zorunluluk olarak düzenlenmekle birlikte ilk tespit edilmesi gereken Kanunun işaret ettiği bir işletme yapısının mevcut olup olmadığıdır. Aynı şekilde yetki tespiti açısından da ilgili birimlerin işletme mi yoksa işyeri mi olarak değerlendirileceği önemlidir. Şöyle ki 6356 sayılı Kanun toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki tespitinde işyeri ve işletme açısından farklı oranlar öngörmektedir. Kanununun 41. maddesinin 1. fıkrası gereğince toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek olan işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının ilgili işçi sendikasının üyesi bulunması gerekmekte iken, anılan maddenin 2. fıkrası gereğince işletme açısından bu sayı işletmede çalışan işçilerin yüzde kırkıdır. 2822 sayılı Kanundan farklı olarak işletme toplu iş sözleşmesi için farklı bir şekilde düzenlenen bu oran işletme toplu iş sözleşmesinin ve dolayısıyla işletme kavramının önemini daha da artırmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin tanımlamalara yer verilecek, sonrasında toplu iş sözleşmesinin yapılmasına dair esaslar ele alınacaktır. Devamında işletme kavramı irdelenecek ve işletme toplu iş sözleşmesinin yapılma koşulları ile zorunlu olma niteliği üzerinde durulacaktır. Son kısımda ise işletme toplu iş sözleşmelerinin uygulamada yarattığı başlıca sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

İşletme toplu iş sözleşmesi 6356 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinde bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında ise bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği hüküm altına alınarak madde metnindeki koşulların oluşması halinde işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasının zorunluluğu düzenlenmektedir. Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesiyle 6356 sayılı Kanun'da, bir önceki 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yer alan esaslara uygun bir tanımlama getirildiği görülmektedir⁵.

2822 sayılı Kanun'daki tanımlamaya baktığımızda ise 3. maddede "*Bir tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı*

⁴ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 121.

⁵ 275 sayılı Kanunda ise işletme toplu iş sözleşmesine yer verilmemiştir. Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 121.

olduğu hallerde bu işyerlerinin tümü için ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir.” şeklindeydi. Anılan bu düzenleme ile her ne kadar bankalar gibi aynı işkolunda birden fazla işyerine sahip işverenlerin işyerlerinde farklı sendikaların örgütlenmesiyle birlikte ortaya çıkması muhtemel çalışma koşullarına ilişkin farklılıkları önleme ve bu işyerlerinde tek düzen sağlama amacı güdülmüşse de maddede yer alan “*bir işletmede işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği gereği olması*” ifadesi özellikle nakil hususunun belirlenmesi adına uygulamada güçlükler yaratmakta⁶, buna ilaveten gerçek kişilerin işletme toplu iş sözleşmesi yapmalarına da engel teşkil etmekteydi. 1986 yılında 3299 sayılı Kanunla⁷, ilgili madde değiştirilerek “*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır.*” halini almış ve uygulamadaki sorunların giderilmesi amaçlanmıştır. Bu değişikle, işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi adına işçilerin işletmede bir işyerinden diğerine naklini arama şartı kaldırılmış, ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerleri için istisna getirilmek suretiyle işyerlerinin ayrı tüzel kişiliklere sahip olmaları halinde de işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceği hüküm altına alınmıştır⁸. 6356 sayılı Kanun’da ise bu istisnaya yer verilmemiş, kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır.

İşletme toplu iş sözleşmesinin kanundaki düzenlemesinden hareketle doktrinde yapılan tanımlamaları ise, bir işveren ya da bir işveren gibi sayılan kamu kuruluşlarının aynı işkolunda kurulu bulunan birden fazla işyerlerini kapsamak üzere akdedilen sözleşme⁹, aynı işkolunda ve aynı işverene ait olan birden fazla işyerini kapsamak için yapılan toplu iş sözleşmesi¹⁰ şeklindedir.

B. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

İşletme toplu iş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için tespit edilmesi gereken temel nokta “işletme”dir. Nitekim 2822 sayılı Kanun döneminde de

⁶ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 121 - 122; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 332.

⁷ 18139 sayılı ve 19.06.1986 tarihli RG.

⁸ Mülga Kanundaki hüküm o dönemde Yargıtay tarafından geniş bir şekilde yorumlanmış, kamu kurum ve kuruluşlarına mali, ekonomik ve organizasyon yönünden bağlılığı ve bütünlüğü bulunduğu anlaşılan ortaklıkların, müesseseler ve teşekküllerle birlikte işletme toplu iş sözleşmesi içinde yer almasının Kanunun amacına uygun olduğu yönünde kararlar verilmiştir: Tuncay/ Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 226.

⁹ Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 333.

¹⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 553 vd.

işletme kavramı tartışmaların odak noktalarından biri olmuştur. Anılan nedenle öncelikli olarak işletme kavramını ele almakta, devamında ise ehliyet ve yetki konularına da değinmek suretiyle işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin koşulları irdelemekte yarar görüyoruz.

1. İşletme Kavramı

İşletme, İş Hukuku kapsamında sıklıkla karşımıza çıkan bir kavram olmasına karşın ne 4857 sayılı İş Kanunu'nda¹¹ ne de 6356 sayılı Kanunda tanımlanmıştır. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmeliğin¹² “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde “*Yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiye ait olup bir ekonomik faaliyette bulunan birimleri ve girişimleri*” kapsadığı belirtilen işletme kavramı, İş Hukuku açısından ise, iktisadi bir amacın gerçekleştirilebilmesi adına bir işverene ait bir ya da birden fazla işyerinin örgütlenmesiyle oluşan bir bütün olarak tanımlanmaktadır¹³. İş Kanunu kapsamında işletmeyi, mal ve hizmet üretimi şeklinde teknik bir amaca yönelik işyerinden farklı değerlendirmek, kural olarak iktisadi ve mali bir amaç doğrultusunda bir araya gelen bir bütün olarak kabul etmek mümkündür¹⁴.

İşletme kavramı daha çok Ticaret Hukukunu ilgilendirmekle birlikte, işletmede çalışan işçilerin hukuki anlamda durumlarıyla ilgilenen İş Hukuku bakımından da irdelenmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, İş Hukuku açısından bir yerin işletme olarak sayılabilmesi adına, öncelikli olarak, burada işverene iş sözleşmesiyle bağımlı olarak çalışan işçilerin bulunması gerekir¹⁵. Devamında, maddi ve gayri maddi unsurların bir araya gelmesiyle örgütlenmiş ve bu organizasyonda çalışan işçilere emir ve talimat verme yetkisine sahip olan bir işverenin de mevcudiyeti aranacaktır¹⁶. İlaveten, işletmenin tek bir işyerinden oluşması mümkün olmakla birlikte birden

¹¹ 25134 sayılı ve 10.06.2003 tarihli RG.

¹² 25997 sayılı ve 18.11.2005 tarihli RG.

¹³ Esener, 87; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 148; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, (İstanbul: Legal, 2007), 32; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2022), 205; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 125; İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, (Ankara: Demiryol-İş, 2001), 66; Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 133.

¹⁴ Esener, *İş Hukuku*, 83 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 148; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 35; Kamu hizmetinin görülmesi şeklinde bir amaç gündeme geldiğinde, işletmenin, iktisadi bir amaç unsuru taşımasının söz konusu olmayabileceği yönünde bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 206.

¹⁵ Mustafa Alp / Betül Erkanlı, “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”, *Legal İHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan*, (2016), 73.

¹⁶ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 36; Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 67.

fazla işyerini içermesi de imkan dahilindedir¹⁷. Tek işyerinden ibaret işletmelerde işyeri ve işletme ayrımının bir önem arz etmediği, ancak aynı işverenin birden fazla işyeri bulunması durumunda bu işyerlerinin bir işletme olarak değerlendirilebilmesinin, örgütsel bütünlüğün sağlanması ve aynı amaç çerçevesinde bir araya gelmesine bağlı olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁸.

Toplu iş hukuku bakımından işletme kavramına gelecek olursak, 2822 sayılı Kanun'un 3299 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde tanımlanan işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin hükmün gerekçesinde "işletme" kelimesinin gerçek anlamında kullanılmadığı, aynı işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerini ifade etmek üzere tercih edildiği belirtilmekteydi. 6356 sayılı Kanun kapsamında aynı sonuca ulaşılmamasının mümkün olduğu yani mevcut düzenlemede de işletme kavramının gerçek anlamında kullanılmadığı görülmektedir¹⁹. Dolayısıyla burada amaçlanan, bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması halinde bu işyerleri için işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak olmasıdır²⁰.

6356 sayılı Kanun'daki işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeye getirilen bir diğer eleştiri ise 2822 sayılı Kanun'dan farklı olarak "işletme düzeyi" deyiminin kullanılmış olmasıdır²¹. Nitekim işletme toplu iş sözleşmeleri de esasında işyeri düzeyinde yapılan sözleşmeler olup, bir işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerlerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak gündeme gelmektedir²².

2. İşletme Toplu İş Sözleşmesinde Ehliyet ve Yetki

Toplu iş sözleşmesi yapmaya ilişkin olarak ehliyet ve yetki kavramlarına genel anlamda değinmek gerekirse, 2822 sayılı Kanun'da olduğu gibi 6356 sayılı Kanunu'nda da ehliyet ve yetki ayrımının açık bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir²³. Ancak yetki hususunu tespit etmeden önce incelenmesi gereken, ta-

¹⁷ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 36

¹⁸ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 36.

¹⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 950; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 126 - 127.

²⁰ Yargıtay'a göre de "...Öte yandan yargılama safhasında, tespitte konu fabrika işyeri ile merkez ofis işyeri arasında yönetim birliğinin olup olmadığı, bu saptamada özellikle davacı işverenliğe ait başka işyerlerinin olup olmadığı (merkez ofis işyerinin faaliyetlerinin tespitte konu fabrika işyerine özgülenip özgülenmediği), merkez ve ofis işyerlerindeki işin niteliği yönünden bağlılık olup olmadığı (aynı teknik amacı veya farklı üretim aşamalarını gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, yardımcı iş olup olmadığı vs.) hususları da denetime elverişli olarak açıklığa kavuşturulmadığı görülmüştür. Yukarıda saptanan maddi ve hukukî olgular ile yargılamanın geldiği bu safhaya göre; İlk Derece Mahkemesince yapılması gereken iş, farklı işkolunda olduğu anlaşılan işyerlerinde çoğunluk tespitinin işletme düzeyinde yapılamayacağı..." 9. HD., T. 04.03.2020, E. 2020/49, K. 2020/3613.

²¹ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 127.

²² Narmanlioğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 335; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 127; Alp/Erkanlı, "İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki", 73 - 74.

²³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 957.

rafların toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olup olmadığıdır. Her ne kadar 6356 sayılı Kanun'da bu durum açıkça vurgulanmamış olsa da, ehliyeti bir ön koşul olarak değerlendirmek gerektiği açıktır²⁴. Dolayısıyla kurulu olduğu işkolunda yetki almak isteyen işçi sendikasının ehliyete sahip olması gerekecektir. Ehliyetten anlaşılması gereken de toplu iş sözleşmesine taraf olabilmektir²⁵. İşveren açısından ise toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan taraf 41. maddenin IV. fıkrası gereğince işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverendir. İşletme toplu iş sözleşmesinde ise, ehliyet konusunda, işçi tarafında işletme kapsamında yetkisi tespit edilecek işçi sendikası, işveren tarafında da işletme sahibi gerçek ya da tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde işveren veya işveren sendikası gündeme gelecektir.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi ise toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan taraflardan birinin, toplu iş sözleşmesi yapmak amacıyla diğer tarafı görüşmeye çağırabilme durumunu ifade etmektedir²⁶. Bu kapsamda her iki tarafın da yetkili olması gerekmektedir, sözleşmenin işveren tarafı için Kanun, sendika üyesi olmayan işveren ya da işveren sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabileceğini belirtmekte, başkaca bir ek şart getirmemektedir. Buna karşın işçi tarafı olarak bir işçi sendikasının yetki alabilmesi adına Kanun'da yer alan iki koşulu sağlaması gerekmektedir. Bu kapsamda 6356 sayılı Kanun'daki yetkiye ilişkin hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(2) İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır.

(3) İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(4) Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”(m.41)

²⁴ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 958.

²⁵ Fatih Uşan, “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Kamu - İş*, C. 3, S. 4, (Temmuz: 1994), 4; Devrim Ulucan, “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu”, *MÜHFHAD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan*, 20/1, (2014), 581 vd.

²⁶ Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 337; Alp/Erkanlı, “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”, 77.

Kanundaki bu düzenleme gereğince işçi sendikası için ilk aranan baraj şartıdır. İlgili şarta göre sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin kendi üyesi bulunması gerekmektedir. Bunun tespiti için aynı madde gereğince Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınmakta, söz konusu istatistiklerde her bir işkolunda çalışan toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer almaktadır.

İşçi sendikası için aranan ikinci şart ise çoğunluk şartı olup, bu şarta göre toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlası, işletmede ise en az yüzde kırkı yetki almak isteyen işçi sendikasının üyesi olmalıdır. Görüldüğü üzere işletme toplu iş sözleşmeleri açısından çoğunluk şartı farklı bir oranla hükme bağlanmıştır. 2822 sayılı Kanun'da, mevcut Kanundan farklı olarak, böyle bir ayrıma gidilmeksizin her iki toplu iş sözleşmesi açısından da yarısından fazla çoğunluk aramaktaydı. Daha önce de bahsettiğimiz üzere işletme toplu iş sözleşmelerinin yapılmasını kolaylaştırmak adına 6356 sayılı Kanunda oranın yüzde kırka indirildiğini belirtmek mümkündür.

3. İşletme Toplu İş Sözleşmesi İçin Aranan Koşullar

İşletme toplu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi için, bir gerçek veya tüzel kişi ya da kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması gerekmektedir. Yapılan bu tanımlama aslında içeriğinde üç şartı barındırmakta olup, her birini ayrı başlıklar altında ele almakta fayda görüyoruz.

a. İşletmenin Bir Gerçek veya Tüzel Kişiye ya da Bir Kamu Kurum ve Kuruluşuna Ait Olması

Aynı işverene ait olma²⁷ olarak da ifade edebileceğimiz bu şart, bir gerçek veya tüzel kişi ya da kamu kurum veya kuruluşu olarak aslında işvereni kastetmektedir²⁸. Nitekim 6356 sayılı Kanun gereğince işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi adına aynı işverene, yani gerçek veya tüzel kişiye yahut kamu kurum veya kuruluşuna ait birden fazla işyerini kapsayan bir işletmenin bulunması gerekmektedir. 3299 sayılı Kanunla değişik 2822 sayılı mülga Kanun'un ilk halinde sadece tüzel kişilerin ya da kamu kurum ve kuruluşlarının bu sözleşmeyi yapabilmesi hüküm altına alınmışken, ilgili değişikliklerle gerçek kişiler de kapsama alınmış, 6356 sayılı Kanun da bu doğrultuda gerçek kişilere de işletme toplu iş sözleşmesi yapma imkanı tanımıştır.

2822 sayılı Kanun'da yer alan “*Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır*” şeklindeki düzenleme 6356 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Eski kanun döneminde kamu kurumları için

²⁷ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 127.

²⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 553 vd.

getirilen bu istisna ile özel hukuka tabi işyerlerinden farklı bir esas benimsenmiş, ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi kamu kurumlarına işletme toplu iş sözleşmesi yapma olanağı tanınmıştı. İlgili Kanun döneminde hükmün geniş yorumlanması ya da kıyas yapılması suretiyle özel hukuk tüzel kişilerine uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde görüş benimsenmişti²⁹. 6356 sayılı Kanun'da kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ayrım kaldırılarak her ikisi için de aynı işkolundaki birden fazla işyerlerinin ancak aynı tüzel kişinin organizasyonu kapsamında yer alması halinde işletme toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi imkanı getirilmiştir. Ancak doktrinde özellikle kamu kurum ve kuruluşları açısından farklı tüzel kişilere ait aynı işkolundaki işyerleri için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapıp yapılmayacağına karar vermek adına “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” şartlarının mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁰.

6356 sayılı Kanun'da işveren kavramı tanımlanmamakta ancak Kanun'un 2. maddesinde 4857 sayılı Kanuna atıf yapılarak işveren tanımının ilgili Kanundaki gibi olduğu hüküm altına alınmaktadır. 4857 sayılı Kanun'a göre ise işveren, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuru-

²⁹ Buna göre bir şirketler topluluğu ya da holdingin yönettiği ancak ayrı tüzel kişiliklere sahip olan şirketler holding ya da şirketler topluluğunun bir işyeri olarak kabul edilemeyecektir: Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta, 2004), s. 466; Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 134; Yargıtay'a göre de “... Ayrı tüzel kişi kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin 2822 sayılı Kanun anlamında işletme kapsam ve kavramı içinde kabul edileceği hususu, sadece kamu kurum ve kuruluşları için geçerlidir. Kamu kurum ve kuruluşları için geçerli olan kuralın özel hukuk tüzel kişileri için de uygulanması kıyas yolu ile dahi olsa kabul edilemez.” Yargıtay 9. HD., T. 09.02.1990, E. 1990/719, K. 1990/1242, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası; Karşı görüş için bkz. İbrahim Aydınlı, “Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü”, *Çimento İşveren Dergisi*, 13/4, (1999), 10.

³⁰ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi uzun zamandır uygulanan bir ilke olmakla birlikte, tarafların tüzel kişilik kavramının arkasına adeta gizlenmek suretiyle alacaklılarını zarara uğratmaları ya da sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeleri gibi maksatlarla sergiledikleri davranışların önüne geçilmekte ve perdenin kaldırılmasıyla tarafların elde etmek istedikleri amaçlar engellenmeye çalışılmaktadır. Doktrinde özellikle öz kaynak yetersizliği, organik bağ ya da malvarlıklarının ve faaliyet alanlarının birbirine karışması hallerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği ifade edilmektedir. Yargıtay da bireysel iş hukuku kapsamında işçinin haklarını korumak adına uyguladığı bu ilkeyi 2822 sayılı Kanun döneminde 3299 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce işletme toplu iş sözleşmelerinde de uygulamış, ilke karar olarak nitelendirilen 13.06.1986 tarihli kararında bir kamu kurum ve kuruluşunda ayrı tüzel kişilikleri bulunsalar da bu tüzel kişilere ait işyerlerinin tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapabileceği hükmünü kurarken ‘ekonomik birlik’, ‘faaliyet birliği’, ‘yönetimde birlik’ ve ‘coğrafi birlik’ şeklinde tüzel kişilik perdesinin aralanması halleri için öngörülen ölçütlerinden yola çıkmıştır. Aynı şekilde özel hukuk tüzel kişilerinin de sendikanın yetkisini düşürmek adına aynı işkolunda faaliyette bulunan ayrı bir tüzel kişilikler kurarak işletmedeki işyerlerinin bir kısmını yeni tüzel kişiye devretmesi durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi doğrultusunda her iki tüzel kişiye ait işyerlerinin tek bir işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul edilmesinin uygun olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 135 vd.

luşlardır. Dolayısıyla holding ya da şirketler topluluğu açısından bünyelerindeki şirketlerin her birinin ayrı tüzel kişiler ve dolayısıyla ayrı işverenler olduğu düşünüldüğünde birden fazla işyeri için işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün olamayacaktır³¹.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi bakımından işletme toplu iş sözleşmesini ele alacak olursak, asıl işveren ile alt işverenin birbirinden bağımsız işverenler olması sebebiyle hem işkolu tespitinde hem de toplu iş sözleşmesine ilişkin sonraki süreçlerde her bir işverenin işyerinin ayrı değerlendirilmesi gerekecektir³². Anılan sebeple kanuna uygun olarak kurulmuş bir alt işveren ilişkisi çerçevesinde asıl işveren ile alt işverenin işyerlerinin farklı işverenler nezdinde örgütlenen birimler olması işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında ele alınmalarına imkan tanımamaktadır³³.

b. Birden Çok İşyerinin Olması

6356 sayılı Kanun işyerinin tanımını yapmamakta, bu konuda 4857 sayılı Kanun'a atıf yapmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğince, "(2) İşverenin ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. (3) İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür". Kanunda yapılan düzenlemeden hareketle işyeri, işveren tarafından mal ve hizmet üretimi amacıyla maddi olan ve maddi olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmaktadır³⁴.

İşletme toplu iş sözleşmesinin yapılması adına işyerine bağlı yerlerin nasıl değerlendirileceği hususu önemlidir. 4857 sayılı Kanun işverenin ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerleri bağlı yer olarak düzenlemektedir. Gerek Yargıtay kararlarında gerek doktrinde dikkat çekildiği üzere farklı birimlerin bağlı yer kapsamında ele alınabilmesi için aynı işverene ait olması, aynı teknik amaca hizmet etmesi ve aynı yönetim altında örgütlenmesi gerekmektedir³⁵. İşletme toplu iş sözleşmesi için ise bir birimin bağlı yer mi yoksa ayrı bir işyeri mi olduğunu tespit etmek ge-

³¹ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 341.

³² Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Topluluğu Sözleşmesi", 563.

³³ Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Topluluğu Sözleşmesi", 553.

³⁴ Esener, *İş Hukuku*, 83; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, s. 136; Süzek, *İş Hukuku*, 201 vd.; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 17 vd.

³⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, s. 136 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 203; Yargıtay 9. HD., T. 08.04.2021, E. 2021/2972, K. 2021/7793; T. 24.12.2020, E. 2020/8038, K. 2020/19974, Legalbank.

rekecektir. Şöyle ki, bir işyeri ile o işyerine bağlı yerler söz konusu olduğunda işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilecekken, bağımsız işyerlerinin aynı işkolunda ve aynı işverene ait olması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir³⁶.

c. İşletme Kapsamındaki İşyerlerinin Aynı İşkolunda Olması

İşletme toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için aranan bir diğer koşul da işyerlerinin aynı işkolunda bulunmasıdır. Aksi takdirde diğer iki koşul gerçekleşmiş olsa da işyerleri farklı işkollarında ise işletme toplu iş sözleşmesi yapılamayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın verdiği kararlarda da bu husus vurgulanmaktadır: *"...6356 sayılı Kanunun m. 34/2 uyarınca ... farklı işkollarında yer alan işyerlerinin birlikte işletme sayılması mümkün değildir. Somut uyumsuzlukta, işverene ait işyerlerinin faaliyet kodlarının işveren tarafından bildirildiği, işverenin bu beyanı doğrultusunda işkollarının belirlendiği, buna göre yetki tespitine konu olan 2 işyerinin '11 no.lu işkolunda' bulunduğu, işverene ait diğer işyerlerinin ise farklı işkollarında yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle işverene ait tüm işyerlerinin, farklı işkollarında yer alan işyerlerini de kapsayacak şekilde işletme olarak nitelendirilmesi ve işletme merkezinin de İstanbul olduğu kabul edilerek İstanbul İş Mahkemelerine yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır. Mahkemece yapılacak iş, yetki tespitine konu olan ve Kocaeli ve Tarsus'ta bulunan iki işyerinin birlikte işletme oluşturduğunun kabulüyle, bu işletmenin merkezinin neresi olduğunun araştırılması, sonucuna göre 6356 sayılı Kanunun m. 2/c bendi gereğince yetki hususunun değerlendirilmesidir."*³⁷.

Konuya ilişkin doktrinde entegre tesislerin farklı değerlendirilmesi yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre³⁸, 6356 sayılı Kanun m. 5 gereğince işkolu tespitinde işyerinin dikkate alınmasına ilişkin kural, birden fazla işyerinden oluşan işletmeler açısından sorun yaratacak niteliktedir. Pazarlayacakları nihai ürüne ulaşmak için, üretimin çeşitli aşamalardan geçilmesi suretiyle yapıldığı işletmelerde, bu süreçlerin farklı işyerlerine dağıtılması gündeme gelmektedir. Bu durumda her bir işyeri üretimin bir kısmını yerine getirmekte ve haliyle faaliyet alanları farklılaşmakta, toplu iş hukuku açısından da farklı işkollarına dahil edilmeleri suretiyle farklı sendikaların yetki alanına girmeleri şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun da işçilerin pazarlık gücünü zayıflatmakta olduğu ve sendikalaşmanın genel amacına aykırı bir durum teşkil ettiği ileri sürülmektedir³⁹.

³⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi", 553 vd.

³⁷ Yargıtay 9. HD., T. 07.06.2016, E. 2016/17318, K. 2016/13604, *Legal İSGHD*, C. 14, S. 53, 2017, s. 297 - 299.

³⁸ Levent Akın, "İşkolu Tespitinde İşyeri ve İşletme", *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası*, 27/1, (2013), 47; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi", 553 vd.

³⁹ Levent Akın, "İşkolu Tespitinde İşyeri ve İşletme", *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası*, 27/1, (2013), 47; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi", 553 vd.

Kanaatimizce konunun bu denli geniş yorumlanması ve değerlendirilmesi isabetli değildir. Nitekim 6356 sayılı Kanun'daki hükümler birlikte değerlendirildiğinde işkolu tespitinin işyerine göre yapılacağı, işletme toplu iş sözleşmesi açısından da bir işverenin aynı işkoluna giren işyerleri bulunması halinde işletme toplu iş sözleşmesinin gündeme gelebileceği açıktır.

4. İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu

Bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması durumunda bu işyerlerinin tamamını içine alacak şekilde tek bir toplu iş sözleşmesi yapılması gerekmektedir⁴⁰. Yani burada taraflara bir seçim hakkı tanınmamakta, 6356 sayılı Kanun'daki hükmün kamu düzenine ilişkin ve emredici olduğu kabul edilmektedir (m.34/II)⁴¹.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı kanunla belirlenmiş olup, bu hususun kamu düzenine ilişkin olması karşısında tarafların aksini kararlaştırmaları da mümkün değildir⁴². Anılan sebeple, işletme kapsamına giren işyerlerinden bir kısmının dışarıda bırakılması ve bu yerler için ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁴³.

İşletme niteliği bulunmasına karşın işyerlerinden biri için yetki alınması suretiyle toplu iş sözleşmesi yapılması durumunda doktrinde isabetli bir şekilde belirtildiği üzere işbu sözleşme ileriye etkili bir şekilde geçersiz olarak nitelendirilecektir⁴⁴. Bu şekilde alınan bir yetkiye itiraz olması durumunda da hakimin, işletmenin niteliğini ve işletme kapsamında aynı işkolunda başka işyerlerinin mevcut olup olmadığını re'sen araştırmakla yükümlü olduğu ve aynı şekilde geçersizliğin de herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebileceği kabul edilmelidir⁴⁵. Konuya ilişkin bir diğer görüşe göre⁴⁶ ise genel hükümler çerçevesinde

⁴⁰ Narmanlioğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 333; Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", 138; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 127.

⁴¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 950; Narmanlioğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 333; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 127; Tuncay/Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 203; Yargıtay 22. HD, T. 18.04.2016, E. 2016/8542, K. 2016/11125, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁴² Canbolat, Talat, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: 1998), 35.

⁴³ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 128.

⁴⁴ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 128; Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", 139; Gülsevil Alpagut, "Karar İnceleme Köşesi", *Çimento İşveren Dergisi*, 3/15, (2001), 43.

⁴⁵ Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", 139; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 128; Alpagut, "Karar İnceleme Köşesi", 43; Alp/Erkanlı, "İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki", 77.

⁴⁶ Ufuk Aydın, "Toplu İş Sözleşmesi Kapsamındaki Bir İşyerinde Daha Önce Bağıtlanmış Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması Halinde Diğer İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Bağıtlanması", *Karar İnceleme, TÜHİS*, (2001), 42 vd.

olmaksızın, ancak Kanunda öngörülen usulle işyeri düzeyinde yapılan sözleşmenin iptali mümkün olabilecektir. Süre geçtikten sonra toplu iş sözleşmesinin iptali söz konusu olamayacağı için de işbu sözleşmenin korunmasıyla, işletme kapsamındaki diğer işyerlerinin de bu sözleşmeden yararlandırılması biçiminde bir çözüm getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

II. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI

A. İŞLETME NİTELİĞİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

6356 sayılı Kanun gereğince işletme niteliğine sahip olan işyerlerinde, işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunludur (m.34/II). Bu sebeple işletme kavramından bahsederken de değindiğimiz üzere işyerlerinin işletme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit etmek önem taşımaktadır. Buna ilişkin olarak Kanun'un 34. maddesinin 4. fırfasında “*İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. (Değişik cümle: 12/10/2017-7036/32 m.) Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi on beş gün içinde kesin olarak karar verir.*” hükmü yer almaktadır. İşletme toplu iş sözleşmesi açısından çıkabilecek uyuşmazlıklar ise işyerlerinin aynı işverene ait olup olmadığı, işyerlerinin aynı işkolunda yer alıp almadığı ve işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunup bulunmadığı konularında toplanmaktadır.

1. “İşyeri” - “Bağlı Yer” Tespitine İlişkin Uyuşmazlıklar

İşletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için işbu sözleşmenin ünitesi olarak nitelendirilen bir işletmenin mevcut bulunması gerekmektedir. İşyerlerinin işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi olabilmeleri ise aynı işverene ait olmaları ve aynı işkolunda yer almaları şartlarına bağlıdır. Burada öncelikle tespit edilmesi gereken nokta bu işyerlerinin birbirinden bağımsız işyerleri mi yoksa asıl işyerine bağlı yerler mi olduğudur. Doktrinde belirtildiği üzere farklı birimlerin bağlı yer kapsamında ele alınabilmesi için aynı işverene ait olması, aynı teknik amaca hizmet etmesi ve aynı yönetim altında örgütlenmesi gerekmektedir⁴⁷. Yine Yargıtay kararlarına baktığımızda öncelikli olarak netleştirilmesi gereken husus “bağlı yer” olup olmadığıdır. Buna ilişkin bir kararda “6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fırfasında işyeri kavramı yönünden 4857 sayılı Kanun'a atıf yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde, işyeri, teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olarak belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında işyerine bağlı yerler ile eklentilerve araçların bir birim kapsamında oldukları

⁴⁷ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/ Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 140; Süzek, *İş Hukuku*, 203.

belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda amaçta birlik, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile yönetimde birlik, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartlarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, teknolojik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda, bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunum hususlarının çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi sebebiyle, bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu yerin dışına taşmış, özellikle iş organizasyonu içerisinde, işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek ihtiyacı duyulmuştur. Bu bağlamda 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde 'İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.' hükmü düzenlenmiştir.

Bütün bu açıklamalar karşısında, mahkemece, davacıya ait birimler yönünden gerekli araştırma yapılmalı, Ç.. B..ndan tescil tarihinden itibaren tüm kayıt ve belgeler getirilmeli, mahallinde yöntemince keşif ve uzman bilirkişi incelemesi gerçekleştirilmeli, yapılacak incelemede Bakanlık tespitine esas alınan birimlerde yapılan faaliyetin niteliği belirlenmeli, bu suretle davacıya ait birimlerin iş organizasyonu kapsamında tek bir işyeri niteliğinde bulunup bulunmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."⁴⁸. Aynı şekilde bir başka kararda da "... Davacı şirkete ait İstanbul'daki işyerinin hukuki durumu tartışılıp, söz konusu yerin işyerine bağlı yer mi yoksa ayrı bir işyeri mi olduğu ortaya konulmalıdır. Bu son halde İstanbul'daki işyerinin Bursa'daki işyeri ile aynı işkolunda yer alıp almadığı ve işletme oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır. Bundan sonra yetkili mahkeme olunup olunmadığı dikkate alınmalıdır"⁴⁹.

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olmalarının sonucu olarak bir işletme mi yoksa her biri ayrı ayrı birer işveren mi sorusu da uzun süre tartışma konusu olmuştur. Yargıtay'ın dairelerinin de konuyu farklı şekillerde değerlendirmeleri içtihadı birleştirme kararı ile bir netliğe varılması ihtiyacını doğurmuştur. 09.06.2017 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre⁵⁰ "Bu çerçevede 3294 sayılı Kanun ile il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine

⁴⁸ Yargıtay 22. HD, T. 18.04.2016, E. 2016/8542, K. 2016/11125, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

⁴⁹ Yargıtay 22. HD., T. 23.01.2013, E. 2013/982, K. 2013/427, Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası.

⁵⁰ Yargıtay İBK, T. 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4, RG. T. 21.07.2017, S. 30130.

sahip olup ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, Bakanlığın denetim yetkisi nedeniyle işveren sıfatının Bakanlığa ait olduğunun ileri sürülemeyeceği, anılan vakıfların ayrı tüzel kişiliğe sahip işyerleri olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde bağlanabileceği, işletme düzeyinde bağlanmasının mümkün olmadığı..” belirtilerek her bir birimin ayrı bir işyeri sayılacağı yönünde değerlendirme yapılmıştır. İçtihadı birleştirme kararı sonrasında konu bu sefer kanuni bir düzenlemeye konu olarak 7144 sayılı Kanun’un⁵¹ 7. maddesi ile 3294 sayılı Kanun’un 7. maddesine “*Vakıflar, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 34. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne imzalanacak işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleridir.*” cümlesi eklenerek içtihadı birleştirme kararındaki ilgili vakıfların işyeri sayılacakları tespiti bertaraf edilmiş, vakıfların yapacakları toplu iş sözleşmelerinin işletme düzeyinde yapılabileceği netleşmiştir.

Görüldüğü üzere işletme toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için ilk olarak tespiti gereken nokta işverenin sahip olduğu birimlerin ayrı işyerleri mi yoksa bağlı yerler mi olduğudur. Bu ayrıma ilişkin olarak da neticede karşımıza farklı ihtimaller çıkması muhtemeldir. Şöyle ki, eğer işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa (bir banka ve şubeleri gibi) bu durumda bütün işyerlerinde çalışanların sayısı toplanacak ve çoğunluk tespiti buna göre yapılacaktır. İkinci ihtimal bu birimlerin işyerine bağlı yerler olması hali olup, bu ihtimalde ise ünitenin tek bir işyeri olduğu sonucuna varmamız ve artık işyeri toplu iş sözleşmesinden bahsetmemiz söz konusu olacaktır. Üçüncü bir ihtimal de işverenin işyerlerinin farklı işkollarında olmasıdır. Uygulamada işletme niteliğine ilişkin uyumsuzluklara baktığımızda çoğunlukla bu sorunun karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu sebeple ayrı bir başlık altında işkolu sorununu değerlendirmekte yarar olduğu kanaatindeyiz.

2. İşkolu Tespitine İlişkin Uyuşmazlıklar

6356 sayılı Kanun’un 5. maddesinde bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti şu şekilde düzenlenmiştir: “*(1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete’de yayımlar. Bu tespiti karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. (Ek cümle: 12/10/2017-7036/29 m.) Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi iki ay içinde kararını verir. (Değişik cümle: 12/10/2017-7036/29 m.) Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. (2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu*

⁵¹ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. T. 25.05.2018, S. 30431.

değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz. (3) İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez.” İşkolu tespit süreci 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile paralel bir düzenleme içermesine karşın yetki başvurusu sonrası yapılacak işkolu değişikliğinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı, işkolu tespitine ilişkin davaların yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı ve iş bu davaların yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği hükümleri önceki Kanunda yer almayan düzenlemelerdir.

İşletme toplu iş sözleşmesi açısından hükmü değerlendirecek olursak, eski Kanun döneminde gerek doktrinde gerek de Yargıtay kararlarında, işletme niteliğine ilişkin bir itiraz bulunması durumunda önce bu sorunun çözülmesi gerektiği ileri sürülmekteydi⁵². 6356 sayılı Kanun’da ise getirilen yeni düzenlemelerle konu ayrı bir tartışma konusu yaratmıştır. Şöyle ki işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin bir yetki itirazında, işyerlerinin aynı işkolunda bulunmadığı yönünde bir itirazla karşılaşan hakimın nasıl bir yöntem izleyeceği, işletme niteliğine yönelik bu itirazı bekletici mesele yapıp yapmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre⁵³, işletme niteliğine ilişkin bir uyuşmazlık bulunması durumunda konunun bekletici mesele yapılması gerekmekte olup, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin kuralın emredici niteliği ve kamu düzeninden oluşu da değerlendirildiğinde, eski Kanun döneminde uygulanan bu çözümün yeni Kanun’da açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle kabul edilmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarına baktığımızda da konunun aynı şekilde değerlendirildiğini görmekteyiz: “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümünü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun’da gerekse mülga 2822 sayılı Kanun’da işletme kapsamına ilişkin

⁵² Fevzi Şahlanan, “İşletmeye Dahil Bir İşyeri İçin Yetki Tespiti”, Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren Dergisi*, (2007), 3; Uşan, “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, 147; Yargıtay 9. HD., T. 17.04.2007, E. 2007/11670, K. 2007/11148, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası; Bir diğer görüşe göre ise, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzeninden olması sebebiyle böyle bir itiraz bulunması halinde konunun yetki itirazını inceleyen hakim tarafından incelenmesi gerekmekte olup, bu sayede işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlığın bekletici mesele yapılması yerine hakimce çözümlenmesiyle daha pratik bir çözüm sağlanacaktır. Bkz. Ufuk Aydın, “Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 1/1, (2002), 447.

⁵³ Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 336; Tuncay/Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 227 - 228; Alp/Erkanlı, “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”, 90; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 553 vd.

uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanunu'nun uygulandığı olaylarda söz konusu Kanunu'nun 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanunu'nun uygulandığı olaylarda ise anılan Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir.”⁵⁴.

6356 sayılı Kanun'da getirilen “Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar; yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.”(m.5/II) düzenleme karşısında işkolu itirazının bekletici mesele olarak sayılamayacağını savunan görüş⁵⁵ ise yeni Kanunla getirilen bu düzenlemenin amacının isabetli bir şekilde yetki itirazına ilişkin davalarda ileri sürülen işkolu itirazları sebebiyle yetki belgesi verilmesi ve toplu görüşmelere başlanması süreçlerinin uzamasına yönelik kötü niyetli yaklaşımları önleyici nitelikte olduğu yönündedir. Bizim de kanaatimiz 5. maddede yer alan iş bu düzenleme gereğince işkolu itirazının bekletici mesele yapılamayacağıdır. Eski Kanun'da yer almayan bu hükümlerin getirilmesindeki amaç uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere işverenler tarafından yapılan itirazlar neticesinde yetki prosedürünün uzamasının önüne geçmektir. 34. maddede işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğunun yanı sıra, ilgili maddenin 4. fıkrasında işyerlerinin aranan niteliklere sahip olup olmadıklarına dair uyuşmazlıkların işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemece on beş gün içinde karara bağlanacağı hükmü yer almaktadır. Bu hükümle aslında 5. maddedeki işkolu itirazlarının bekletici mesele yapılamayacağı düzenlemesi karşısında, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılmasına gerek kalmaksızın süratli bir şekilde çözüme kavuşturulmasının amaçlandığını belirtmek mümkündür. Uygulamaya baktığımızda ise mevcut yargı sistemimizde, on beş günlük bir süre içerisinde işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların karara bağlanması son derece güçtür. Özellikle de işkolu itirazlarının değerlendirilmesinde, hakimin mesleki

⁵⁴ Yargıtay 22. HD., T. 06.12.2013, E. 2013/33468, K. 2013/28331; Aynı yönde Yargıtay 9. HD. E. 2016/27028, K. 2016/16914, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı; Konuya ilişkin Türkiye Adalet Akademisi tarafından yayınlanan ders notlarında da ilgili kararlarda geçen gerekçeler vurgulanmakta, işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık bulunması durumunda konunun bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Bulut, Ali, *Sendika Davaları*, Meslek İçi ve Hizmet İçi Eğitim Dokümanları.

⁵⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 953; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 140 - 141.

bilgisinin sorunu çözebilmek adına yetersiz kaldığı hallerin ortaya çıkması muhtemeldir. Şöyle ki, işyerindeki işin niteliğini tespit etmek noktasında çoğu zaman teknik bilirkişilerden oluşan heyetlerin yargılama sürecine dahil edilmesi ve yine çoğunlukla keşif yapmak suretiyle bilirkişi raporlarının hazırlanması gündeme geldiğinde dosyanın her bir bilirkişide bulunacağı süre ve hakim in yapacağı incelemeler dikkate alındığında on beş günlük bir süre içerisinde karara varılması beklenemeyecektir. Kanımızca Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bekletici mesele yapılması yönünde görüş geliştirmesinin altında yatan sebep budur ve uygulamaya bu şekilde yön verilmeye çalışılmaktadır. Aksi takdirde, işkolu değişikliğinin yetki sürecindeki ya da yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği düzenlemesini düşündüğümüzde, ehliyeti olmayan sendikalarca yapılan birçok toplu iş sözleşmesiyle karşılaşılması şeklinde bir tehlike de ortaya çıkabilecektir. Ancak olması gereken hukuk açısından baktığımızda yukarıda yer alan gerekçelerle Yargıtay'ın kararlarının isabetli olmadığı kanısındayız.

3. İşletme Merkezinin Tespitine İlişkin Uyuşmazlıklar

6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası gereğince işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemece on beş gün içinde karara bağlanacaktır. Kanımızca bu düzenleme de eleştiriye açıktır. Şöyle ki önceki bölümlerde de açıklandığı üzere işletme toplu iş sözleşmesi açısından "işletme" kavramı gerçek anlamını taşımamaktadır. Bir işverenin aynı işkolunda bulunan birden fazla işyerini ifade etmek üzere aslında bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işletme ibaresi kullanılmaktadır. Hal böyle olunca Kanunda yetkili mahkeme olarak işletme merkezindeki mahkemenin tayin edilmiş olmasının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Nitekim doktrinde de, 6356 sayılı Kanun anlamında işletmenin teknik ve ekonomik anlamda işletme olmadığı, bu sebeple de kastedilenin işverenin gerçek kişi olması durumunda ikametgahı, tüzel kişi olması durumunda da ticaret siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesi olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

Yargıtay kararlarına baktığımızda ise, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazlarında yetkili mahkemenin tespiti noktasında belirleyici olanın işletme merkezi olduğu, öncelikle şirketin ticaret sicili kayıtları ile işletme merkezini belirlemeye yarayacak belgelerin dosyaya dahil edilmesi gerektiği ve işletmenin gerçekte idare edildiği yerin neresi olduğunun belirlenmesi gerekliliği vurgulanmaktadır. Gerçek anlamda işletme niteliği taşıyan bir organizasyon söz konusu olduğu takdirde bu aşamaların izlenmesiyle sonuca ulaşılması mümkündür. Ancak işverenin aynı işkolunda kurduğu birden fazla işyeri arasında merkez - şube ilişkisi yoksa ya da işyerlerinden birinin baskın olarak yönetimi sağladığı söyle-

⁵⁶ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 142.

nemiyorsa yetki tespitinin nasıl yapılacağı açık değildir. Bir görüşe göre işyerlerinin tamamının aynı yerden yönetilmediği hallerde en çok çalışanın bulunduğu yer şeklinde işletme merkezinin tespiti uygun olacaktır⁵⁷. Bu konuya ilişkin çeşitli ihtimallerin akıllara gelmesi ve ilk kurulan işyeri, en çok işçinin bulunduğu işyeri, en büyük üretim kapasitesine sahip olan işyeri şeklinde farklı çözüm tarzları geliştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla kanımızca Kanunda kendi içinde çelişki yaratmayan, daha açık bir kavram tercih edilmesi yerinde olurdu.

B. İŞLETME KAPSAMINDAKİ BAZI İŞYERLERİNDE GREV VE LOKAVT YASAĞI BULUNMASI

İşletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin süreçte taraflar arasındaki uyumsuzluğun arabuluculuk aşamasından sonra da devam etmesi halinde alınan grev kararının işletme kapsamındaki tüm işyerleri açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. 2822 sayılı Kanun döneminde konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması gerekliliği⁵⁸ vurgulanmış olmasına karşın 6356 sayılı Kanun'da da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre⁵⁹, grevin tüm işyerlerini kapsamı gerekmekte, karşı görüşe göre⁶⁰ ise işletme kapsamındaki tüm işyerleri için grevin uygulanması gerekmektedir. Kanaatimizce de işletme toplu iş sözleşmesine esas alınacak tüm işyerlerini bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle grevin tüm işyerlerini kapsayacağı şeklinde bir sonuca varmak isabetlidir.

Grev ve lokavt yasağı kapsamında bulunan işyerlerinin devreye girmesi halinde ne olacağı sorusuna gelecek olursak, 6356 sayılı Kanun'un 62. maddesinde "(1) *Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarmanın Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarının yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz. (2) Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir. (3) Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz.*" şeklinde grev ve lokavt yasakları sayılmıştır.

⁵⁷ Akyiğit, *İş Hukuku*, 684.

⁵⁸ Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", 146.

⁵⁹ Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 246.

⁶⁰ Aydın, "Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları", 449; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi", 553 vd.

Diğer yandan Kanun'un 62. maddesinde grev oylaması düzenlemekte, 51. maddenin ilk fıkrası da oylama sonucunun grevin yapılmaması yönünde olması halinde kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikasının Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabileceğini hüküm altına almaktadır. Grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda da uyuşmazlık tutanağının tebliğ tarihinden itibaren, grev ve lokavtın ertelenmesi durumunda da sürenin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri yine Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilecek olup aksi takdirde işçi sendikasının yetkisinin düşmesi söz konusu olacaktır. Tüm bu düzenlemeler doğrultusunda işverenin aynı işkolundaki işyerleri açısından işletme toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre⁶¹, işçi sendikasının işletmeye dahil işyerlerinden yasak bulunmayan işyerleri açısından grev kararı alabilmesi, işverenin de yasak bulunmayan bu işyerleri için lokavt kararı alması mümkündür. Ancak grevin yasak olduğu yerlerdeki uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru yapılması durumunda kurulca yapılan sözleşmenin tüm işyerleri için geçerli olacağı ve yasak olmayan işyerlerinde alınan grev ve lokavt kararlarının da sona ereceği ileri sürülmektedir⁶². İş bu çözüm yolu, grev ve lokavt haklarının kullanılması suretiyle uyuşmazlıkların çözümlenmesinin asıl olması ve anılan yöntemin Anayasa'ya, Kanun'a ve toplu sözleşme özerkliğine aykırılığı düşünceleriyle eleştirilmektedir⁶³.

Bir diğer görüşe göre⁶⁴, grev ve lokavt yasağı olan işyerlerinde Yüksek Hakem Kurulu'nca, yasak bulunmayan işyerlerinde ise grev ve lokavt yoluna başvuru olarak ayrı toplu iş sözleşmeleri bağtlanacaktır. İşletme toplu iş sözleşmesinin bütünlüğü düşüncesiyle bu görüş de eleştiriye açıktır.

Üçüncü bir görüş⁶⁵ ise grev ve lokavt yasağı olan işyerleri ile yasak olmayan işyerlerindeki işçi sayılarının tespiti ile hangi grupta daha çok işçi var ise uyuşmazlığın o yol doğrultusunda çözümlenmesi gerektiği yönündedir. İşçilerin grev haklarının sayısal bir tespitle kısıtlanması gündeme geleceğinden bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

6356 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre “... *Bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir. ... Serbest*

⁶¹ Seza Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, (Ankara: 1986), 277 - 278.

⁶² Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, 278.

⁶³ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 467 - 468.

⁶⁴ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 348 - 349.

⁶⁵ Can Tuncay, “Karar İncelemesi”, *Çimento İşveren*, 2/5, (1988), 19 vd.

toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir. ... Öteden beri Türk iş hukukunda devletin fazla müdahale ettiği ve denetim altında tuttuğu grev ve lokavt alanı yeniden düzenlenmiştir. Kanunî grev ve lokavt 2010 Anayasa değişikliği paralelinde tanımlanarak, grev yasaklarının alanı daraltılmıştır. Grev ve lokavt yasakları hayatî nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır. ... ”. Gerekeçeden anlaşılan Kanun’da benimsenen esasın serbest toplu pazarlık ve grev hakkı olduğudur. Konuya ilişkin olarak doktrinde, grev yasağının bir istisna olduğu ve dar yorumlanması gerektiği düşüncesiyle sendikanın işletmeye dahil işyerlerinden grev yasağı kapsamında bulunmayanlarda grev kararı olarak yürürlüğe koyabilmesinin ve grev sonucu yapılacak toplu iş sözleşmesinin tüm işletme çapında uygulanmasının yerinde olacağına vurgu yapılmaktadır⁶⁶.

Yargıtay uygulamalarına baktığımızda ise 1990 yılında verilen bir kararda işçi sendikasının isterse grev yasağına giren işyerleri için Yüksek Hakem Kurulu’na gidebileceği, isterse de grev yasağı olmayan işyerleri için greve gidilerek toplu iş sözleşmesi bağtlanabileceği yönünde hüküm kurulmuştur⁶⁷. 22. Hukuk Dairesi’nin 2014 tarihli bir kararı ise “... *İnceleme konusu davada, yukarıda açıklandığı üzere, bir kısmı grev yasağı kapsamında olan bir kısmı ise grev yasağı kapsamında bulunmayan davalı ... A.Ş.’ye ait işletmede, Yüksek Hakem Kurulu, işverenin başvurusu üzerine işletmenin bütünü yönünden toplu iş sözleşmesini bağtılamış ve sendikanın almış olduğu grev kararı uygulanamaz hale gelmiştir. Mevcut durumun, grev yasağı kapsamında olmayan işyerleri yönünden, grev hakkını ortadan kaldırdığı tartışmasızdır. Oysa ki zorunlu tahkim, ancak kanun ile belirtilen sınırlı durumlarda ve sadece grev yasağının söz konusu olduğu hallerde başvurulması gereken bir yoldur. İşletme toplu iş sözleşmesinin bölünemez niteliği ve yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere grev hakkının vazgeçilmez ve korunması gereken bir hak olduğu nazara alındığında, işyerlerinin bir kısmında grev yasağının bulunduğu ve bir kısmında ise grev yasağının bulunmadığı işletmelerde, Yüksek Hakem Kurulu’nun görevi ve yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir (Şahlanan, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992, sh. 42). Şu halde, somut olayda, Yüksek Hakem Kurulu tarafından, işverenin, toplu iş sözleşmesinin oluşturulması konusundaki başvurusunun reddi gerekirken, toplu iş sözleşmesinin oluşturulması ve grev hakkının engellenmesi doğru olmamıştır. Bu noktada, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının niteliği üzerinde durmakta da yarar vardır. Anayasa’nın 54. Maddesi ile 6356 Sayılı Kanun’un 51. Maddesi’nde yer alan düzenlemeye göre “Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.” Yüksek Hakem Kurulu kararları-*

⁶⁶ Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 146.

⁶⁷ Yargıtay 9. HD., T. 13.07.1990, E. 1990/7963, K. 1990/3221.

nın kesin olması, usulünce yürütülen toplu görüşme süreci sonucunda Yüksek Hakem Kurulu tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesine karşı herhangi bir itiraz merciinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Anayasa ve 6356 Sayılı Kanun'da, kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu ifade edilerek, toplu görüşme sürecine dair kesinlikten bahsedilmiş ve sürecin bu karar ile son bulduğu belirtilmiştir. Ancak, kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olması için önkoşul, Yüksek Hakem Kurulu'nun görevli ve yetkili olduğu konularda karar alması zorunluluğudur. Aksi halde ve kurulun görev ve yetkisinin bulunmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağitlaması, taraflarca yargı yoluna başvurmayı engellemeyeceği gibi, bu durum, kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel değildir. Nitekim öğretide de, görevi ve yetkisi olmadığı konularda Yüksek Hakem Kurulu'nun oluşturacağı toplu iş sözleşmesinin, mahkemece geçersizliğine hükmedilebileceği ifade edilmiştir (Narmanlıoğlu, a.g.e, sh. 469 - Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara, 2006, sh. 299). Şu halde, somut olayda, Yüksek Hakem Kurulu'nun, görevi ve yetkisi bulunmayan bir konuda oluşturduğu toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu, toplu görüşme sürecinin tüm işletme yönünden de devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Buna göre, sendikanın almış olduğu grev kararı, yine sadece grev yasağına tabi olmayan işyerleri bakımından uygulanabilecek, yasak bulunan işyerleri yönünden grev uygulaması yapılmayacak, ancak grev ve lokavt yasağı bulunmayan işyerlerinde varılan anlaşma sonucunda bağitlanacak toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesi niteliği kazanarak tüm işyerlerinde uygulanacaktır. Mahkemece, tüm işletme yönünden toplu iş sözleşmesinin geçersiz bulunduğu tespitini ile toplu görüşme sürecinin devam ettiğinin kabulüne ve fazlaya dair istemin reddine karar verilmesi gerekirken, işletmenin bölünerek, ikili toplu iş sözleşmesi düzenine yol açacak surette ve yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsizdir." yönündedir⁶⁸. Kanaatimizce karar isabetli olup, konuya ilişkin bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Son olarak grev oylaması açısından da işletme toplu iş sözleşmesini değerlendirecek olursak, 6356 sayılı Kanun'un 61. maddesi gereğince "(4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması talebi, işletmenin her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşip ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu görevli makamda toplanır ve toplu sonuç orada belirlenir." Görüldüğü üzere grev oylaması açısından da işletme bir bütün olarak ele alınmaktadır.

⁶⁸ Fevzi Şahlanan, "İşletmeye Dahil İşyerlerinden Bazılarında Grev Yasağı Bulunması Halinde Yüksek Hakem Kurulu'nun Yaptığı Toplu İş Sözleşmesinin İptali", Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren*, (Ocak 2015), 2 vd.

C. İŞYERİ DEVRİNİN İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İşyeri devrinin işletme toplu iş sözleşmesine olan etkisi 2822 sayılı Kanun'da yer almamasına karşın 6356 sayılı Kanun 38. maddesinde konuya yönelik düzenlemeler içermektedir. İlgili maddeye göre, “(1) İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. (2) Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer.” Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere işyeri devrine ilişkin üç farklı durum karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi imzalamış olan bir işveren tarafından devralınması halinde, toplu iş sözleşmesi olmayan işyeri de işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına alınacaktır. Burada, doktrinde de isabetli bir şekilde ileri sürüldüğü üzere, aynı işkolunda toplu iş sözleşmesi olan bir işverence işyerinin devralınması şeklinde hükmü yorumlamak gerekmektedir⁶⁹. Devralan işverenin tek bir işyeri ve bu işyeri için uygulanan bir toplu iş sözleşmesi olduğunda, yeni bir işyerinin devralınmasıyla da bu yerlerin 6356 sayılı Kanun kapsamında işletme niteliğini kazanması gündeme gelecektir⁷⁰.

İkinci ihtimal, devralınan işyerinde de devralan işyerinde de yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerinin bulunmasıdır. Bu durumda Kanun'daki açık hüküm gereğince devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi olarak varlığını devam ettirecektir⁷¹. İlgili düzenleme, toplu iş sözleşmesinin hem normatif hem de borç doğurucu hükümlerinin devam edeceği şeklinde bir anlam çıkarması sebebiyle eleştirilmekte ve toplu iş sözleşmesinin “iş sözleşmesi hükmü” olarak devam edeceği ibaresinin borç doğurucu hükümlerin sona ereceği şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷². Esasen toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin sadece taraflar arasında hüküm ifade ettiğini düşündüğümüzde isabetli bir yaklaşım olduğu kanısındayız.

⁶⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/ Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 955 vd.; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 195.

⁷⁰ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 195.

⁷¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 586.

⁷² Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 194; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 586.

İkinci ihtimal çerçevesinde sorun teşkil edebilecek bir diğer nokta ise devralınan işyerinde çalışan işçilerin devralan işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden faydalanıp faydalanamayacaklarıdır. Maddenin ikinci fıkrasında devrolunan işyerinde toplu iş sözleşmesi bulunmayıp da devralan işyerinde işletme toplu iş sözleşmesi bulunması halinde işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına gireceği açıkça düzenlenmiş olmasına karşın burada anılan düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucunun, her iki işyerinde de toplu iş sözleşmesi bulunması durumunda devralınan işyerinin, devralan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmeyeceği ve toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesi halinde bütün işyerlerini kapsayacak yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılabileceği şeklinde bir amaçla düzenlemeyi getirdiği görülmektedir⁷³.

Devralınan işyerinde devirden sonra çalışmaya başlayacak olan işçiler açısından toplu iş sözleşmesi hükümleri iş sözleşmesi olarak uygulanamayacaktır. Aynı şekilde devirden önce çalışmalarına karşın toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin sona ermiş olması sebebiyle devirden sonra taraf sendikaya üye olmak ya da dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma ihtimali olmadığından anılan düzenleme işyerinde çalışan işçiler arasında ayırım yaratacak niteliktedir⁷⁴. Tüm bu sebeplerle devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin devralan işverenin işyerinde mevcut olan toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi bitinceye kadar uygulanacağına dair bir düzenlemenin daha isabetli olacağını söylemek mümkündür⁷⁵.

Üçüncü bir ihtimal ise devralınan imzaladığı bir toplu iş sözleşmesi bulunmamasına karşın, devralınan işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması halidir. Bu durumda Kanunda devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği hüküm altına alınmaktadır. Doktrinde haklı olarak maddedeki “*yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar*” ibaresi eleştirilmektedir. Anılan ibarenin, “*toplu iş sözleşmesinin süresi bitinceye kadar*” şeklinde uygulanması gerektiği ve bu tarihten sonra da iş sözleşmesi hükmü olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶. Bir diğer görüşe ise devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, devralana ait işletme için işletme top-

⁷³ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 191 - 192; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 955-956; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, (2014), 189.

⁷⁴ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 193 - 194.

⁷⁵ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 194.

⁷⁶ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/ Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 956-957; Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 199; Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, 623.

lu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanacağı yönündedir⁷⁷. Kanaatimizce toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi bitinceye kadar toplu iş sözleşmesi hükmü taşıyacağı, sürenin bitiminden sonra ise iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği biçiminde bir çözüm tarzı daha makul bir yaklaşım olacaktır. Nitekim devralanın işletme kapsamında uzun bir süre zarfında toplu iş sözleşmesi imzalamaması halinde süresi sona ermesine karşın toplu iş sözleşmesinin yıllarca uygulanmaya devam etmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

SONUÇ

İşletme toplu iş sözleşmesi, işletme niteliğine sahip olan işyerleri bakımından Kanun'da bir zorunluluk olarak öngörülmesi sebebiyle önem arz etmektedir. 2822 sayılı Kanun döneminde uygulamada yaşanan sıkıntıların yer yer yeni kanunla giderilmeye çalışıldığını ifade edebiliyor olsak da hala sorun teşkil edebilecek birçok açık nokta kaldığını görmekteyiz. İlk olarak işletme toplu iş sözleşmesi açısından işletme kavramının gerçek anlamının dışında kullanılmış olması işletme niteliğinin tespiti açısından sorun yaratmaktadır. Kanaatimizce Kanun'da işletme tanımına yer verilmesi isabetli olacaktır.

Ayrı işyerlerinin işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul edilebilmeleri adına bakılması gereken diğer nokta aynı işkolunda olup olmadıklarıdır. Uygulamada yaşanan uyuşmazlıkların da en çok bu sebeple ortaya çıktığını görmekteyiz. Kanun'un 5. maddesinde işkolu itirazlarının bekletici mesele yapılamayacağı hükmü bulunmasına karşın iş bu düzenlemenin işletme toplu iş sözleşmeleri bakımından uygulanmadığını ve Yargıtay kararlarında da bekletici mesele yapılması yönünde görüş geliştirildiğini görmekteyiz. Kanaatimizce mevcut yargı sistemimiz düşünüldüğünde uygulamaya yön vermek adına böyle bir çözüm yolu tercih edilmektedir.

6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası gereğince işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemece on beş gün içinde karara bağlanacaktır. İşletme toplu iş sözleşmesi açısından "işletme" kavramı gerçek anlamını taşımamaktadır. Hal böyle olunca Kanun'da yetkili mahkeme olarak işletme merkezindeki mahkemenin tayin edilmesi isabetli olmamıştır. Şöyle ki işverenin aynı işkolunda kurduğu birden fazla işyeri arasında merkez - şube ilişkisi yoksa ya da işyerlerinden birinin baskın olarak yönetimi sağladığı söylenemiyorsa yetki tespitinin nasıl yapılacağı açık değildir. Ayrıntılı düzenlemelerle tartışmalı hususların giderilmesi gerektiği görüşündeyiz.

İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerlerinin bir kısmında grev ve lokavt yasağı bulunması hali de sorun teşkil eder niteliktedir. Kanaatimizce grev hakkının esas, grev yasağının ise istisna teşkil ettiği dikkate alındığında, sendikanın

⁷⁷ Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", 144.

işletmeye dahil işyerlerinden grev yasağı bulunmayan işyerlerinde grev kararı olarak uygulayabilmesi yönündeki doktrin görüşleri isabetlidir. Aynı doğrultuda grev sonucu yapılacak toplu iş sözleşmesinin tüm işletme çapında uygulanması yerinde olacaktır. Konuya ilişkin olarak kanun koyucunun, bu sorunu netleştirmek adına bir düzenleme yapmasına ihtiyaç olduğu açıktır.

Son olarak işyeri devrinde işletme toplu iş sözleşmesinin nasıl uygulanacağı yine tartışma yaratacak durumdadır. Her ne kadar Kanun'da eski düzenlemede yer almayan hususların bir kısmına açıklık getirilmiş olsa da, aynı işyerinde çalışan işçilerin farklı çalışma koşullarına maruz kalmasının işyerinde çalışma barışını zedeleyeceği ihtimali düşünüldüğünde, konunun kanuni düzenlemelerle netleştirilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. “İşkolu Tespitinde İşyeri ve İşletme”, *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası*, 27/1, (2013).
- Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Alp, Mustafa ve Betül Erkanlı. “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”. *Legal İHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan*, (2016).
- Alpagut, Gülsevil. “Karar İnceleme Köşesi”, *Çimento İşveren Dergisi*, 3/15, (2001)
- Andaç, Faruk. *İş Hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2016.
- Aydın, Ufuk. “Toplu İş Sözleşmesi Kapsamındaki Bir İşyerinde Daha Önce Bağıtlanmış Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması Halinde Diğer İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Bağıtlanması”, *Karar İnceleme, TÜHİS*, (2001).
- Aydın, Ufuk. “Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, 1/1, (2002).
- Aydınlı, İbrahim. *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*. Ankara: Demiryol-İş, 2001.
- Aydınlı, İbrahim. “Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü”, *Çimento İşveren Dergisi*, 13/4, (1999).
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*. 15, (2016).
- Canbolat, Talat, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı*, Yayınlamamış Doktora Tezi, (İstanbul: 1998).
- Canbolat, Talat. “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan*. İstanbul: 2014.
- Canbolat, Talat. “6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3*. İstanbul: 2013.
- Canbolat, Talat. *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*. İstanbul: Beta, 2013.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2022.
- Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2004.
- Demircioğlu, Murat ve Tankut Centel. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2016.
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme*. İstanbul: Legal, 2007.
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Esener, Turhan. *İş Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

- Eyrenci, Öner. “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan*. 15, (2014).
- Güzel, Ali ve Deniz Ugan Çatalkaya. “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, (2014).
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*. İstanbul: Beta, 2016.
- Reisoğlu, Seza. *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*. Ankara: 1986.
- Subaşı, İbrahim. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan*. (2014).
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2022.
- Şahlanan, Fevzi. “İşletmeye Dahil Bir İşyeri İçin Yetki Tespiti”, Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren Dergisi*, (2007).
- Şahlanan, Fevzi. “İşletmeye Dahil İşyerlerinden Bazılarında Grev Yasağı Bulunması Halinde Yüksek Hakem Kurulu’nun Yaptığı Toplu İş Sözleşmesinin İptali”, Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren*, (Ocak 2015).
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Beta, 2016.
- Tuncay, Can ve Burcu Savaş Kutsal. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2019.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta, 2016.
- Ulucan, Devrim. “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu”, *MÜHFHAD. Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan*, 20/1, (2014).
- Uşan, Fatih. “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Kamu - İş*. C. 3, S. 4, (Temmuz: 1994).



Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması^(*)

The Deterioration in the Financial Situation of Cooperatives

Dr. Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM^(**)

Öz

Kooperatiflerin mali durumlarında ortaya çıkabilecek bozulmalar farklı sebeplere dayanabilir. KoopK m. 63'te ise mali durumda bozulmanın iki türü düzenlenmiştir. Bunlar; kooperatiflerin varlıklarının yarısının kaybı ile kooperatifin borca batık durumda olmasıdır. Çalışmamızda, KoopK m. 63 ekseninde bu iki türe göre durumun nasıl tespit edileceği ve sonuçları üzerinde durulmuş; hükmün iyileştirilmesi için gerekli görülen öneriler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kooperatif, Borca Batıklık, İflas, Kooperatif Sermayesi, Mali Durumun İyileştirilmesi.

Abstract

The deterioration in the financial situation of cooperatives can be based on various reasons. The two types of financial deterioration were regulated with Cooperatives Code article 63. These are the loss of half of the properties of the cooperatives and the overindebtedness of the cooperatives. In this study, how to identify these two situations and their consequences are emphasized in the scope of Cooperatives Code article 63. Also, the recommendations to make article 63 better that were found necessary of this study explained.

Keywords

Cooperatives, Overindebtedness, Bankruptcy, Capital of Cooperatives, Improvement of the Financial Situation.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 11.05.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 08.08.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1295913

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](#): gizemcosgun@sakarya.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-5745-0016>

GİRİŞ

Bir kooperatifin mali durumunun ne şekilde bozulabileceği ve bu halde yapılması gerekenler 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu¹ (KoopK) m. 63'te düzenlenmiştir. Bunun dışında, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu² (İİK) m. 179'da sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflası bahsi birlikte ele alınmış, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edildiğinde, önceden takibe gerek kalmaksızın iflâslarına karar verilebileceği öngörülmüştür. Kooperatifler ve sermaye şirketlerinde borca batıklık üzerine iflas, İİK m. 179'da birlikte kaleme alınmış olsa da bir sermaye şirketi olarak anonim şirket ve limited şirketin mali durumunun bozulmasına dair kanuni düzenleme, özellikle kullanılan terimler ve izlenecek süreç bakımından, farklılık arz etmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³ (TTK) m. 376'da anonim şirkette mali durumun bozulması, sermaye kaybı ile borca batıklık kavramları çerçevesinde düzenlenmiştir. TTK m. 376'ya göre, mali durumda ortaya çıkabilecek bozulma şiddetine göre üç aşamalıdır. Birinci ve ikinci aşamalar, hükmün ilk iki fıkrasında öngörülmüş olup; sermaye kaybı kavramını karşılamaktadır. Şirketin sermaye kaybı yaşayıp yaşamadığı, sermaye ve kanuni yedek akçelerin toplamı ile bilançoda tespit edilen zarar arasında yapılacak oransal karşılaştırma neticesinde belirlenecektir. Üçüncü fıkrada ise borca batıklık durumu yer almaktadır. Limited şirketin mali durumunun bozulması halinde izlenecek süreç için de TTK m. 633'ün yaptığı gönderme uyarınca TTK m. 376'da yer alan esaslar kıyas yoluyla uygulanacaktır⁴. KoopK m. 63'te yer alan düzenleme ise farklıdır. Kooperatifin mali durumunun bozulması koo-

¹ RG. 10.05.1969/13195.

² RG. 19.06.1932/ 2128.

³ RG. 14.02.2011/27846.

⁴ Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, TTK'da anonim şirkete ilişkin düzenlemelerin ardından m. 564 ile 572 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, TTK m. 124 uyarınca ticaret şirketleri içinde sermaye şirkettir. Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklık durumunun düzenlendiği TTK m. 376, yönetim kurulunun görev yetkileri bahsi altında yer almaktadır. Sermaye kaybı ya da borca batıklığın tespit edilebilmesi, bunların tespiti için yapılması gerekenler ile tespit edilmesi halinde yapılacaklar kural olarak yönetim kurulunun görev ve yetkisi kapsamındadır. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yönetici ortakları hakkında TTK m. 570 ile yapılan yollama dolayısıyla anonim şirketin yönetim kurulunun görev ve sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu bakımdan, sermaye kaybının ve borca batıklığın tespiti ile söz konusu süreçte yapılması gerekenlere ilişkin TTK m. 376'da yer alanlar, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yönetici ortakları için de geçerlidir. Dolayısıyla mali durumun bozulmasında uygulanacak esaslara ilişkin TTK bakımından tercih edilen yöntem, anonim şirkete ilişkin olan TTK m. 376'nın temel düzenleme kabul edilmesi, diğer ticaret şirketleri için ise uygun düştüğü ölçüde TTK m. 376'nın uygulanmasıdır.

peratifin aciz halinde bulunması ile ilişkilendirilmiştir. Halbuki çalışmanın devamında ortaya konulacağı üzere sermaye kaybı, borca batıklık ve aciz hali, mali durumdaki bozulmanın farklı görünümlerini teşkil etmektedir. İşte bu çalışmada, bir kooperatifte mali durumun nasıl bozulabileceği ve durumun ne şekilde tespit edilebileceği KoopK m. 63 ekseninde incelenmiştir. Terimler arasında yeknesaklık sağlayabilmek ve kavramsal tespitte ortaya çıkabilecek sorunları giderebilmek adına öneriler ortaya konulmuştur. Çalışmanın konusu, kooperatiflerin mali durumunun bozulması ile sınırlı olup, anonim şirket ve limited şirkete ilişkin hususlara, ilgili olduğu yerlerde ve karşılaştırma yapabilmek adına değinilecektir.

I. KOOPERATİFLERDE MALİ DURUMUN BOZULMASININ GÖRÜNÜMLERİ

KoopK m. 63'te mali durumda ortaya çıkabilecek bozulmaların iki şekli mevcuttur. Bunlardan ilki kooperatif mevcudunun borçları karşılayamaması, ikincisi ise kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kalmasıdır⁵. KoopK m. 63/1'e göre, kooperatifin aciz halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut olduğunda, yönetim kurulu, derhal cari fiyatları esas alarak bir ara bilanço tanzim eder. Bu ara bilançodan ya da son yıllık bilançodan yahut sonradan düzenlenen bir tasfiye bilançosundan, kooperatif mevcudunun borçlarını karşılamadığı tespit edildiğinde, gerekli bildirimler yapılarak genel kurul olağanüstü toplantıya çağrılacaktır. KoopK m. 63/2 uyarınca, pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifin son yıllık bilançosunda, kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kaldığı tespit edildiğinde, yönetim kurulunun derhal genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Bu halde de gerekli yerlere bildirimler yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

Hükmün esasına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce KoopK m. 63'te tercih edilen sistematığın doğru olmadığını belirtmek isteriz. Şöyle ki, birinci fıkrada mevcudun borçları karşılamaya yetmemesi, ikinci fıkra da ise kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kalmasına ilişkin durum düzenlenmiştir. Mevcudun borçları karşılamaya yetmemesi, kooperatifin varlığının yarısının karşılıksız kalmasından daha ağır bir mali durumda bozulma halidir. Elbette mali durumda

⁵ Mali durumda ortaya çıkabilecek bozulmaların görünümleri bu iki durumdan ibaret değildir. Örneğin, ödemelerin tatil edilmesi İİK m. 177'de doğrudan doğruya iflas sebebi olarak düzenlenmiştir. İİK m. 177/2'ye göre borçlu ödemelerini tatil etmiş ise önceden takibe gerek olmaksızın iflası istenebilir. Ödemelerin tatil edilmesinde belirleyici olan borçlunun açıkça ya da zımnî olarak borcunu ödemeyeceğini ortaya koymasındır. Ödemelerin tatil edilmesi İİK m. 177 uyarınca iflasa tabi bütün borçlular için iflasa sebebiyet verir. Bu hususlarda bkz. Hakan Pekcanitez, Anonim Ortaklıkların İflası (Ankara 1991) 24; Timuçin Muşul, İflasın Ertelenmesi (2. Bası, Ankara 2010) 57; Oğuz Atalay, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi (İzmir 2007) 24; Cumhuriyet Rüzgaresen, İflas Sebepleri (Ankara 2011) 371; Ahmet Türk, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (İstanbul 199) 38. Dolayısıyla, kooperatiflerin mali durumunun bozulması, KoopK m. 63'te sayılan bu iki halle sınırlı değildir. Ancak çalışmamızda KoopK m. 63 üzerinde durulmuştur.

ortaya çıkabilecek bozulmalar daima aşamalı olarak gerçekleşmek zorunda değildir. Karşı karşıya kalınan ekonomik krizler sonucunda, kooperatifte doğrudan mevcutların borçları karşılayamaması sonucu yaşanabilir. Ancak mali durumda bozulma ne kadar erken zamanda teşhis edilebiliyorsa mali durumun iyileştirilebilmesi imkânı da o kadar yüksek olacaktır. Bu itibarla KoopK m. 63'te düzenlenen durumlar, kademeli şekilde kaleme alınmış olsaydı *ratio legis* daha uygun hareket edilmiş olurdu. Nitekim TTK m. 376'da bu sistematik tercih edilmiştir. Mali yapıda bozulma, sonuçları itibariyle basitten ağıra gider biçimde, sermaye ve kanuni yedek akçelerin toplamının yarısının karşılıksız kalması, aynı toplamın üçte ikisinin karşılıksız kalması ve borca batıklık şeklinde düzenlenmiştir. Şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ihtimali ile alınabilecek kararlar noktasında serbesti azalacak; tehlike çanları ise daha yüksek tonda çalacaktır⁶. Bu bakımdan aynı düzenleme şeklinin kooperatifler açısından da tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mali durumun bozulması halleri incelenirken de KoopK. m. 63'teki sistematik değil; bu tercih gözetilmiştir.

II. KOOPERATİF VARLIĞININ YARISININ KARŞILIKSIZ KALMASI

Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifin son yıllık bilançosuna göre, kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kaldığı anlaşıldığında, KoopK m. 63/2 uyarınca yönetim kurulunun derhal genel kurulu toplantıya çağırması gerekecektir. Dikkat edilecek olursa, bu düzenleme pay senetleri çıkarılmış olan kooperatiflerle sınırlandırılmıştır.

Pay senedi kavramı KoopK m. 63 dışında kullanılmamıştır⁷. Öğretide, hükümde pay senedinden bahsediliyor olsa da bunun ortaklık senedi olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁸. Ortaklık senedi, KoopK m. 18'e göre, kooperatif

⁶ Türk, 16; Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler (3. Bası, İstanbul 1960) 110; Akar Öçal, "Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar", Ankara Ticaret Odası Dergisi (1965/1), 12; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (4. Auf, Zürich 2009) N. 83; Lucas Handschin, Lucas, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und Art. 731b OR, (3. Auf, Zürich 2018) N. 139; Lukas Glanzmann, "Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen", Sanierung der AG Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis (Zürich 2003) 52.

⁷ Öğretide *Karayalçın*, kooperatifte iki çeşit senedin söz konusu olabileceği görüşündedir. Yazara göre, kooperatif ortaklık payı için ortaklarına senet verebilir. Yazar, bu senetleri pay senedi şeklinde adlandırmış ve KoopK m. 19/3'te bu senetlerin de ortaklık senedi şeklinde anılıyor olmasının KoopK m. 18 uyarınca düzenlenen ortaklık senetleri ile pay senetlerinin birbirine karıştırılmasına sebep olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte yazar, ortaklık senedinin ortaklık paylarını da gösteriyor olması karşısında ayrı pay senedi düzenlenmesinin çoğu durumda gereksiz olacağı kanaatinde. Bu hususta bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku II- Şirketler Hukuku (Ankara 1973) 450-451.

⁸ İsmail Kayar, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler (Konya 1997) 98; Türk, 104; Gönen Eriş, Uygulamalı Kooperatifler Hukuku (3. Bası, Ankara 2001) 1103.

ortaklarına verilen, üzerinde kooperatifin unvanı, sahibinin adı ve soyadı, iş ve konut adresi, kooperatife girdiği ve çıktığı tarihlerin yazılı olduğu ve kıymetli evrak niteliğini haiz olmayan bir belgedir⁹.

Maddede öngörülen yükümlülüklerin yalnızca ortaklık senetlerinin çıkarıldığı kooperatiflere özgülenmiş olması öğretide bir görüş tarafından eleştirilmiş; kooperatifin henüz ortaklık senedi çıkarmadığı durumlarda KoopK m. 63/2’te öngörülen yükümlülüklerden kurtulabileceği belirtilerek, ortaklık senedi çıkarmış olma şartının aranmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰. Bir başka görüşe göre ise hükmün ikinci fıkrasında pay senetlerinin (ortaklık senedi) ayrıca anılmış olmasının bir anlamı yoktur¹¹.

Kanaatimizce de pay senetlerinin (ortaklık senedi) özellikle belirtilmiş olması, mali durumun bozulmasının tespitinde bir önem arz etmeyecekse de bu ibarenin düzenlemeden çıkarılması daha isabetli olacaktır. KoopK m. 18’e göre, her ortağın üyelik haklarının ada yazılı olarak ortaklık senedi ile temsil edilmesi şarttır. Bu ifadeyle kooperatiflere ortaklık senedi düzenlemek hususunda bir zorunluluk da öngörülmüştür¹². Ancak bu senedin ne sürede düzenleneceği hususunda bir açıklık yoktur. Öte yandan ortaklık senedi, kooperatif ile o kooperatifin ortağı arasındaki ilişkiyi kanıtlayan bir belgedir¹³. Bu niteliği itibarıyla ve düzenleme süresindeki belirsizlik dikkate alındığında, kooperatifin ortaklık senedi düzenlemiş olma şartı, mali durumun bozulmasının tespiti bakımından aranacak şartlar arasında yer almamalıdır.

KoopK m. 63/2 uyarınca yükümlülük, kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kalması halinde ortaya çıkacaktır. Kooperatif varlığı ile neyin kastedildiğinin tespiti gerekir. Zira TTK m. 376’da sermaye kaybının tespitinde sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamı dikkate alınmakta, TTK m. 376/1 hükmünde sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının yarısının zararlar sebebiyle kaybında izlenmesi gereken süreç düzenlenmektedir.

KoopK m. 63 ile benzer düzenleme tarzı, kooperatiflere ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde örnek alındığı İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 903’te de tercih edilmişti. İBK m. 903 hükmü, belirli farklılıkları içermekle birlikte, KoopK m. 63 ile oldukça benzerdi. İBK m. 903/3’te farklı olarak, kooperatif varlığı değil; kooperatif sermayesinin yarısının karşılıksız kalması durumunda genel kurul çağ-

⁹ Bu hususta ayrıca bkz. Karayalçın, n. 1, 450; Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, (14. Bası, İstanbul 2019) N. 1851a; Orhan Nuri Çevik, Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat (3. Bası, Ankara 1990) 387.

¹⁰ Kayar, 98.

¹¹ Eriş, 1103.

¹² Çevik, 387; Kayar, 98.

¹³ Tekinalp vd. N. 1851a; Çevik, 387.

rısı yapılacağı öngörülmüştü^{14,15}. Ancak İBK m. 903 hükmü, İsviçre’de şirketler hukuku düzenlemeleri kapsamında yapılan yeniliklerin¹⁶ 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte değişikliğe uğramıştır¹⁷. İBK m. 903’ün son haline göre, hükmün ikinci fıkrası uyarınca anonim şirketlerin sermaye kaybına ilişkin düzenlemeleri, uygun düştüğü ölçüde pay senetlerini çıkarmış olan kooperatiflerde de uygulama bulacaktır¹⁸.

Öğretide bir görüşe göre, hükmün ifadesi yanıltıcı olup, kaybın tespitinde kooperatifin varlıkları dikkate alınmayacaktır. Kaybın tespitinde kooperatifin kuruluşu sırasında ana sözleşmede gösterilen, ticaret siciline tescil edilen ve ortaklık paylarından oluşan sermaye tutarı ölçü alınmalıdır¹⁹. Bununla birlikte kooperatiflerin değişir sermayeli²⁰ özellikte olmaları sebebiyle, kuruluştan sonra kooperatiften çıkan ya da kooperatife katılan ortakların sebep oldukları sermaye değişiklikleri de dikkate alınmalıdır²¹.

Bir başka görüşe göre, kooperatif varlıklarından ortaklık sermaye payları, yedek akçeler ve müspet gelir-gider farkı anlaşılmalıdır²².

Kanaatimizce de değerlendirme KoopK m. 3 uyarınca ana sözleşmede yer alan, ticaret siciline tescil edilen ortakların paylarının değeri üzerinden yapılmalıdır. Sonradan ortaklarda değişiklik olduysa, kooperatiften çıkan ortakların payla-

¹⁴ Nitekim *Karayalçın*, KoopK m. 63/2’deki kooperatif varlığından anlaşılması gerekenin sermaye olduğu yönündeki tespitini yaparken İBK m. 903/3 düzenlemesini işaret etmiştir. Bkz. *Karayalçın*, n. 1, 436.

¹⁵ Hükmün amacının, kooperatif sermayesinin kooperatif ortaklarının çıkarları doğrultusunda korunabilmesi olduğu, şirketin karşı karşıya kalabileceği finansal risklerde sermayesi olmadan hareket etmesi engellenerek mevcut ve müstakbel alacaklılar ile kamunun menfaatlerinin de temin edildiği yönünde bkz. BGE 121 III 420, 425.

¹⁶ Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/746/de> (ET. 30.01.2023).

¹⁷ Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2022/109/de>. (ET. 30.01.2023).

¹⁸ İBK m. 903/3 uyarınca sermaye kaybının tespit edilmesi üzerine durumun genel kurula bildirilmesi yükümlülüğü, KoopK m. 63/2’de öngörüldüğü gibi, yalnızca pay senetlerinin çıkarıldığı kooperatifler hakkında geçerlidir. İsviçre öğretisinde bu hususta *de lege ferenda* değişiklik yapılması gerektiği ortaya konulmuştur. Bkz. Max Gutzwiller, Art. 879-926 OR. Die Genossenschaft. Organisation der Genossenschaft. Auflösung der Genossenschaft. Verantwortlichkeit. Genossenschaftsverbände. Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts (Zürich 1974), OR art. 903, N. 11. Ancak hükümde değişiklik yapılmakla birlikte, yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gereken pay senetlerinin çıkarılması şartı aynen korunmuştur.

¹⁹ *Karayalçın*, n. 1, 436; *Kayar*, 92; *Türk*, 103; *Okumuş*, 127-128.

²⁰ Kooperatiflerin sermayesi açık kapı ilkesinin sonucu olarak ortakların kooperatiften çıkması ya da kooperatife katılmasıyla kendiliğinden değişmektedir. Detaylı bilgi için bkz. *Karayalçın*, n. 1, 423; *Tekinalp vd.* N. 1762; *Çevik*, 244.

²¹ *Kayar*, 92; *Türk*, 103; *Nagihan Okumuş*, “*İcra ve İflas Kanunu Madde 179 Çerçevesinde Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması Üzerine Alınacak Tedbirler*”, EÜHFĐ (2016/1-2) 127-128.

²² *Ahmet Kurtulan*, *Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması* (Ankara 2007) 564; Ayrıca, kooperatif sermayesine ilişkin bir tespit içermeksizin, kooperatifin varlıklarıyla borçları arasında yapılan değerlendirme için bkz. *Eriş*, 1103.

rının değeri sonuçtan eksiltilmeli, kooperatife sonradan katılan ortakların katılma payları ise eklenmelidir.

A. TESPİT EDİLMESİ

Durumun tespiti bilanço aracılığıyla gerçekleşecektir. KoopK m. 63/2'de karşılıksızlığın son yıllık bilanço ile ortaya konulacağı öngörülmüştür²³. Yıllık bilanço ilgili faaliyet döneminin sonunda çıkarılır. Bu faaliyet dönemindeki karlılık durumunu ya da zarar varsa bu zararın ne kadar olduğunu gösterir²⁴. Bu bilançoda değerlendirme bakımından esas alınan olgu, şirketin faaliyetine devam etmekte olduğudur²⁵. Bu bilançoda gerçekleşen değerlemede şirketin faaliyetine devam etmekte olduğu varsayımından hareket edildiği için piyasadaki cari fiyatlar üzerinden bir tespit yapılmayacaktır.

B. SONUÇLARI

Kooperatifte tespit edilen bu kaybın sonucunda durumun ilgililere bildirilmesi gerekecektir. KoopK m. 63/2 uyarınca yönetim kurulu, derhal genel kurulu toplantıya çağırmalı ve bu toplantıda kooperatifin durumu hakkında ortaklara bilgi vermelidir. Hükümde yönetim kurulunun bilgilendirmenin yanı sıra mali durumun iyileştirilebilmesi için alınabilecek önlemleri sunmakla yükümlü olup olmadığı açık değildir²⁶. Halbuki, TTK m. 376/1'de sermaye kaybının tespit edilmesi halinde, yönetim kurulunun derhal genel kurulu toplantıya çağıracağı ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunacağı açıkça öngörülmüştür. Öğretide bir görüş, kooperatif yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma mecbur olduğunu, ancak genel kurula iyileştirici önlemleri sunmak zorunda olmadığını ileri sürmüştür. Yönetim kurulu, KoopK m. 62'ye göre, kooperatif işlerinin yönetimi için gereken titizliği göstermeli ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf etmelidir. Bu düzenleme uyarınca, yönetim kurulu, mali durumun iyileştirilebilmesi için gerekli olan önlemleri sunmuş olsa da genel kurul sunulan bu önlemlerle bağlı olmayacaktır²⁷.

²³ Hükümün lafzında “son yılın bilançosu” tabiri kullanılmıştır.

²⁴ Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri (2. Bası, İstanbul 1970) 80; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı (İstanbul 2018) 20.

²⁵ Orhan Sevilengül, Genel Muhasebe (19. Bası, Ankara 2020) 19; Yüksel, Koç Yalkın, Şirketler Muhasebesi İlkeler ve Uygulama (2. Bası, Ankara 2002) 25-26. TTK m. 78/1-b'de de finansal tablolarda değerlendirme yapılırken, fiili ve hukuki duruma aykırı olmadığı sürece, işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edileceği öngörülmüştür.

²⁶ Benzer tespit için bkz. Kayar, 96. İsviçre hukuku açısından bkz. Roland Müller ve Roberto Fornito Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz - Art. 772-1186 OR und BEG (3. Auf, 2016) N. 3.

²⁷ Bkz. Kayar, 96.

Kanaatimizce, kooperatifin yönetim kurulu, mali durumun iyileştirilebilmesi için gereken önlemleri genel kurula sunmakla yükümlü olmalıdır. KoopK m. 63/2 düzenlemesi bu açıdan TTK m. 376'da öngörülen esasların gerisinde kalmıştır²⁸. Öte yandan genel kurul, yönetim kurulu tarafından sunulan önlemlerle de bağlı değildir²⁹. Yönetim kurulunun iyileştirici önlem sunmakla yükümlü olması, genel kurulun karar almadaki serbestisini etkilemeyecektir. Aksine, mali durumun iyileştirilebilmesi imkânı varsa, bu sürecin daha da hızlanması sağlanacaktır.

KoopK m. 63/2'de genel kurula yapılacak bildirim yanında, yönetim kurulunun ilgili mahkemeye ve Bakanlıklara³⁰ da bildirimde bulunacağı öngörülmüştür. Ayrıca ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde ilgili Bakanlıkların durumdan haberdar edileceği belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa, hükmün lafzına göre yönetim kurulu genel kurul çağrısı yapmalı ve aynı zamanda ilgili mahkeme ile Bakanlıklara bildirimde bulunmalıdır. Mahkemeye ve Bakanlıklara yapılacak bildirim içeriği ve hukuki niteliği hakkında herhangi bir açıklık yoktur.

Öğretide, mahkemeye yapılacak bildirim hukuki niteliğine dair ileri sürülen bir görüşün hareket noktası, KoopK m. 63/3 hükmü olmuştur. KoopK m. 63/3'e göre, mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde yönetim kurulu ya da alacaklılardan biri konkordato talep edebilecektir. Burada KoopK m. 63/1 ile m. 63/2'nin tamamını kapsayıcı bir ifade kullanılmıştır. Bu itibarla hem KoopK m. 63/1 uyarınca borca batıklık hem de KoopK m. 63/2'ye göre kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kalması üzerine iflas bildiriminde bulunulması asıldır³¹.

²⁸ Anonim şirketlerde sermaye kaybının tespiti halinde yönetim kurulunun iyileştirici önlem sunma yükümlülüğü TTK m. 376 ile açıkça düzenlenmiştir. Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) m. 324'te yalnızca genel kurul çağrısı yapılacağı öngörülmüştü. Burada yönetim kurulunun iyileştirici önlemleri de sunmakla yükümlü olup olmadığı hususu düzenlenmemiştir.

²⁹ Anonim şirketler bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, 95-96; Kayar, 155; Türk, 111, 142; Özlem Karaman Coşgun, "Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (İstanbul 2019) 200.

³⁰ Maddede Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığına da bilgi verileceği yazılıdır. 06.10.1988 tarih ve 3476 sayılı "1163 sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun" m. 26 ile eklenen ek 1. madde ile açıkça bakanlıkların gösterilmiş olduğu maddelerdeki ibareler, ilgili bakanlık olarak değiştirilmiştir. İlgili bakanlık olarak ise hükmün ilk halinde belirtilen İmar ve İskân Bakanlığını, 29 Ekim 2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ismi değiştirilen Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı şeklinde anlamak gerekecektir.

³¹ Kayar, 96. KoopK m. 63/2'de yer alan mahkemeye bildirimde bulunulması hususunun iflas talebi olarak anlaşılması gerektiği, mahkemelerin bilgi alma gibi görevlerinin bulunmadığı yönünde bkz. Eriş, 1103. Kooperatif varlıklarının yarısının karşılıksız kalması halinde mahkemeye bildirimde bu-

Kanaatimizce, hükümde bildirim öngören hususlar oldukça karmaşık ve bildirimde bulunmanın sonuçlarını etkisiz kılacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu tespiti karşılaştırmalı hukuk ekseninde yapılacak bir değerlendirme de destekleyecektir. Şöyle ki, KoopK m. 63'ün İBK m. 903'ün 2020 yılında kabul edilen değişikliklerden önceki halinden farklılık arz eden bir başka noktası, durumun mahkemeye bildirim olmuştur. İBK m. 903'e göre, mahkemeye bildirimde bulunulması iki halde söz konusuydu. Bunlardan ilki, İBK m. 903/2 uyarınca tanzim edilen ara bilançoların kooperatifin borca batık durumda olduğunu göstermesi üzerine yapılacak bildirimdi. İkincisi ise İBK m. 903/4'te öngörülmüştü. Buna göre, ortaklarının ek ödeme yapmakla yükümlü olduğu kooperatiflerde kooperatifin sermayesinin yarısı kaybedildiğinde, bilançoda tespit edilen açık, ortakların üç aylık sürede yapacakları ek ödemelerle kapanmadığında, mahkemeye bildirimde bulunulması zorunluydu. Görüldüğü üzere, borca batıklığın tespiti halinde mahkemeye bildirimde bulunulmasının asıl olması, sermayenin kaybında ise böylesi bir istisnaya tabi kılınması kendi içinde tutarlıdır. Kooperatiflerin sermaye kaybı halinde ciddi tedbirlere ihtiyaç duyması bir dereceye kadar haklı görülebilir³². Nitekim ele alınan düzenlemede sermaye kaybı üzerine mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğü ortakların ek ödeme yapmakla yükümlü olduğu kooperatiflerle sınırlandırılmış ve bilançoda tespit edilen açığın ek ödemeler aracılığıyla üç aylık sürede kapatılması şart kılınmıştır³³.

KoopK m. 63/2'de ise kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kaldığının tespit edildiği her durumda mahkemeye bildirimde bulunulması zorunlu kılınmıştır. Yönetim kurulu, aynı zamanda hem genel kurul çağrısı yapacak hem de mahkemeye ve ilgili Bakanlıklara bildirimde bulunacaktır. Mahkemeye bildirimde bulunmuş olması, genel kurul çağrısı yapılması ile Bakanlıklara yapılacak bildirimlerin olası sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Zira çağrı üzerine toplanan genel kurulda mali durumun iyileştirebilmesi yönünde bir karar alınabilir. Ancak hükmün lafzın-

lunma yükümlülüğünün yalnızca pay senetleri çıkarılmış kooperatiflerde öngörülmesi sebebiyle bu hususun istisna teşkil ettiği, bu kaybın şirketin sona ermesini gerektirir bir sebep değil iken bu istisnai düzenlemede dolaylı bir şekilde iflas nedeni sayıldığı hususunda bkz. Karayalçın, n. 1, 437. Ayrıca, bu görüşün iflas erteleme kurumunun yürürlükte olduğu dönemde ve "7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un (RG. 15.03.2018/30361) yürürlüğe girmesinden önce ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir. KoopK m. 63/3'ün değişiklikten önceki halinde, mali durumun iyileştirilmesi mümkün görülmediğinde, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulabileceği yazılıydı. Öğretide *Türk*, mahkemenin, borca batıklık ile kooperatif varlıklarının yarısının karşılıksız kalması halinde yapılacak başvurularda bir ayrıma gitmesi, ikinci durumda ilke olarak iflasın ertelenmesine karar vermesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu hususta bkz. *Türk*, 104.

³² Benzer yönde bkz. *Türk*, 104.

³³ Ancak İsviçre hukukunda kooperatiflerde sermaye kaybı, aciz hali ve borca batıklığa ilişkin hususlarda böyle ayrıntılı düzenlemelerin artık mevcut olmadığına, İBK m. 903'ün yürürlükte bulunan son halinde bu hususlarda anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere gönderme yapıldığına tekrar işaret etmek isteriz.

da tüm bildirimlerin aynı zamanda yapılacağına öngörülmesi, önce genel kurulda alınacak kararın beklenmesini imkânsız kılmaktadır³⁴. Bir an için mahkemeye yapılan bildirimde genel kurulda kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi yönünde karar alındığının sunulduğu ve mahkemenin bu durumu esas alacağı kabul edilse bile bu sonuç da kooperatifin zararına olacaktır³⁵. Mahkemeye bildirimde bulunulmasıyla birlikte, aslında mali durumu iyileştirilebilecek durumda olan bir kooperatifin, mali durumunda bozulmalar yaşandığı alenileşecektir.

III. KOOPERATİFİN BORCA BATIK DURUMDA OLMASI

Kooperatifin borca batık durumda olmasına ilişkin hususlar ve durumun tespiti de TTK m. 376'dan farklıdır. Her şeyden önce, KoopK m. 63/1'de ara bilanço düzenlenmesi kooperatifin aciz halinde bulunduğunu gösteren işaretlerin varlığı şartına bağlanmıştır. Yönetim kurulunun yükümlülükleri ise bilançodan kooperatif mevcudunun borçlarını karşılamaya yetmemesi halinde doğacaktır. Bu yükümlülükler şu şekildedir: Durumun ilgili Bakanlıklara bildirilmesi, genel kurulun derhal toplantıya çağırılması ve İİK m. 179 gereğince borca batıklık sermaye şirketlerinde ve kooperatiflerde doğrudan doğruya iflas sebebi teşkil ettiğinden, mahkemeye bildirimde bulunulmasıdır.

Öğretide neredeyse oy birliğiyle dile getirildiği üzere, borca batıklık ile borç ödemedi aciz hali, mali durumda ortaya çıkan bozulmanın iki ayrı görünümünü teşkil eder³⁶. Borç ödemedi aciz hali, likiditeye ilişkin olup, borç ödemedi aciziyet olarak adlandırılan ödeme yetersizliği likidite eksikliğinden kaynaklanmaktadır³⁷. Aciz halinde, ödeme vasıtalarından sürekli olarak yoksun kalınması sonucunda borçlar ödenememektedir³⁸. Borca batıklık ise mevcut ve alacakların borçları karşılamaya yetmemesi şeklinde tanımlanmıştır³⁹. Bu farklılıktan hare-

³⁴ Benzer yönde bkz. Kayar, 96.

³⁵ Mahkemenin iflasa ilişkin değerlendirmesini genel kurulda alınan ve mahkemeye sunulan hususlara göre yapabileceği yönünde ayrıca bkz. ve karşı. Kayar, 97.

³⁶ Türk, 41; Muşul, 56; Atalay, 21; Barış Toraman, İcra ve İflas Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi (Ankara 2007) 175; Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, Kooperatifler Hukuku (Ankara 2014) 394.

³⁷ Bilge Umar, "Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (M.K. m. 605, f. II, 618)", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2004/I) 320; Türk, 36; Atalay, 37; Muşul, 56; Rüzgaresen, 476; Rudolf Lanz, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung (Zürich 1985) 38; Lukas Glanzmann, "Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung", Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (4/2017) 388.

³⁸ Umar, 320; Atalay, 21; İsmet Sayhan, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi (İstanbul 2016) 59; Sabri Burak Arzova, Murat Yavaş ve Barış Küçük, Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu (İstanbul 2016), 65; Türk, 36; Kayar, 122; Toraman, 175.

³⁹ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II (4. Bası, İstanbul 2022) 1337; Atalay, 20; Arzova vd. 51; Nilüfer Boran Güneysu ve Sadık Çapa, "Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak "Sıradan Çekil-

ketle, hükmün lafzında kooperatifin aciz halinde bulunduğunu gösteren işaretlerin varlığı şartı yerine, kooperatifin borca batık durumda bulunduğunu gösteren işaretlerin varlığı aransaydı daha isabetli bir düzenleme olacaktı. Nitekim TTK m. 376/3'te de tercih bu yönde olmuştur. eTTK m. 324'te, şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcut olduğunda, yönetim kurulunun ara bilanço düzenlemekle yükümlü olduğu öngörülmüştü. TTK m. 376'da bu düzenleme şekline vazgeçilmiş, kenar başlıkta ve madde metninde borca batıklık kavramı hukuki bir terim olarak kullanılmış, hükmün üçüncü fıkrasında “*aciz hali şüphesi*” yerine “*borca batıklık şüphesi*” ibaresi tercih edilmiştir. Bu bakımdan aynı değişiklikler, KoopK m. 63 için de gereklidir.

A. TESPİT EDİLMESİ

KoopK m. 63/1 uyarınca, yönetim kurulu, kooperatifin gerçekten borca batık durumda olup olmadığını tespit edebilmek için, piyasadaki cari fiyatları esas olmak üzere, derhal bir ara bilanço tanzim etmekle yükümlüdür. Benzer durum, TTK m. 376/3'te de mevcuttur. TTK m. 376/3'e göre, yönetim kurulu, borca batıklık şüphesi uyandıran işaretlerin varlığında değerlendirilmesinden iki ayrı usulde bilanço tanzim etmek durumundadır. Ara bilançolardan ilki, işletmenin devamlılığı esasına göre; ikincisi ise muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenecektir. Bu bilançoların her ikisi de şirketin borca batık durumda olduğunu gösterdiğinde, artık mahkemeye bildirimde bulunulması gerekecektir⁴⁰. Borca batıklığı tespit edebilmek için tanzim edilen ara bilançolardan birinin değerlemede muhtemel satış fiyatları esasına dayanmasının amacı, bilançonun düzenlendiği tarihte şirketin varlıklarının satıldığı varsayımla satış değerlerine göre yükümlülüklerini karşılayıp karşılayamayacağını tespit edebilmektir⁴¹. Böylece şirketin her iki varsayımda da borca batık durumda olduğu ortaya konulacaktır. KoopK m. 63'te de borca batıklığı tespit edebilmek için düzenlenmesi gereken ara bilançoda cari fiyatların esas alınacağı öngörülmüştür. Bu ara bilançonun düzenlenmesiyle de sağlanmak istenen, bilançonun düzenlendiği tarihteki kooperatifin gerçek malvarlığını tespit edebilmektir⁴². Bu husus, TTK m. 376/3'te öngörülenlerle paralel; borca batıklık, doğrudan doğruya iflas sebebi olduğu için de amaca uygundur.

me Anlaşması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2014/5) 80; Rüzgaresen, 480; Lanz, 37. Ayrıca aktif, pasif ya da alacak ve borç ibarelerinin kullandığı, borca batıklığa getirilen diğer tanımlar için bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5. Bası, İstanbul 2020) N. 12-132; Çağlar Manavgat, Feyzan Şehirli Çelik ve İsmail Kırcı, Anonim Şirketler Hukuku C.I (Ankara 2013) 585; Öçal, 16; Burcu Berna Yılmaz, İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009) 944, 949; Toraman, 168; Murat Kaderoğlu, Anonim Şirketlerin İnfisahı (İstanbul 2017) 152.

⁴⁰ Karaman Coşgun, n. 1, 220.

⁴¹ Tekinalp, n. 2, N. 12-135.

⁴² Çevik, 680.

Ancak ara bilanço düzenlenmesi öngörüldükten sonra hemen devam eden cümlede, borca batıklığın tespit edilebileceği bilançolar alternatifli olarak gösterilmiştir: “*Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut daha yukarda sözü geçen ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır.*” Dikkat edilecek olursa, hükmün lafzına göre borca batıklığın bu üç bilançodan herhangi biriyle tespit edilmiş olması yeterlidir. Halbuki-yıllık bilanço, tasfiye bilançosu ve cari fiyatlar üzerinden düzenlenen ara bilançonun düzenlenme amaçları farklı olduğundan, bu bilançolarda varlıklar muhasebeleştirirken kullanılan değerlendirme ilkeleri de farklılık arz edecektir. Zira hem tasfiye bilançosunda hem de cari fiyatlar üzerinden düzenlenen ara bilançoda işletmenin faaliyetine devam ettiği varsayımından vazgeçilecektir⁴³. Bu farklılığın doğal sonucu ise bilançolarda farklı neticelerin ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla kooperatif yıllık bilançoya göre borca batık durumdayken, cari fiyatlar esas alınarak düzenlenen ara bilançoda aynı sonuç ortaya çıkmayabilir. Ancak KoopK m. 63/1’de her durumda bildirimde bulunulacağını öngörmüştür. Örneğin, son yıllık bilançoya göre kooperatifte borca batıklık tespit edilmiş; ancak daha sonra cari fiyatlar üzerinden düzenlenen ara bilançoda, kooperatifin borca batık durumda olmadığı sonucu ortaya çıkmış olsa da yine gerekli yerlere bildirimler yapılacak ve genel kurul toplantıya çağırılacaktır^{44,45}. Bu sonuç, kanaatimizce, cari fiyatlar üzerinden düzenlenen ara bilançonun düzenlenme amacını ortadan kaldırmaktadır ve bu yönüyle isabetli değildir.

B. SONUÇLARI

Bir kooperatifin borca batık durumda olması, onun iflasına sebebiyet verir. KoopK m. 63’te bu hususa değinilmemiş olsa da İİK m. 179’da borca batıklık sebebiyle iflas açıkça düzenlenmiştir. Kooperatifin iflasını, KoopK m. 55 uyarınca kooperatifi yöneten ve temsil eden icra organı olarak yönetim kurulu ya da bir alacaklı isteyebilir. Kooperatif tasfiye halindeyse borca batıklık nedeniyle iflas bildirimini tasfiye memurlarınca gerçekleştirilecektir. Bunun yanı sıra KoopK

⁴³ Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku (Ankara 1998) 42; Tekinalp vd. 359; Özlem Karaman Coşgun, Anonim Şirketin Tasfiyesi (Ankara 2015) 163; Emrullah Kervankıran, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi (İstanbul 2015) 98; Kayar, 171; Türk, 254; Yılmaz, 138 vd.

⁴⁴ Karayalçın, n. 1, 436.

⁴⁵ Öğretide Kayar, kooperatiflerde borca batıklığın yalnızca aktiflerin satış fiyatları üzerinden değerlendirildiği ara bilanço veya tasfiye bilançosu ile, sermayenin yarısının kaybının ise yıllık bilanço ile tespit edileceğini belirtmiştir. Bkz. Kayar, 95. Ancak KoopK m. 63’te yıllık bilanço, cari fiyatlar üzerinden hazırlanan ara bilanço ya da tasfiye bilançosundan herhangi biriyle tespit yapılacağı açıkça öngörülmüştür. Bu açık düzenleme karşısında, yıllık bilanço ile borca batıklığın tespit edilemeyeceğini, en azından kooperatifler bakımından söyleyebilmek mümkün değildir.

m. 63/1’te borca batık durumdaki kooperatifin yönetim kuruluna bildirimde bulunma yükümlülüğü de öngörülmüştür. Yönetim kurulu, kooperatifin borca batık durumda olduğunu ortaklara ve ilgili Bakanlıklara bildirecektir. Ortaklara bildirim, genel kurul toplantısında gerçekleşir. Yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya çağırır.

Hükümde genel kurul çağırısı ile mahkemeye bildirimde bulunulmasında gözetilecek sıraya dair açıklık yoktur. Hatta KoopK m. 63’te borca batıklığın tespiti halinde mahkemeye bildirimde bulunulması ve iflasın talep edilmesine hiç değinilmemiştir. Bu sonuç, yukarıda belirtildiği gibi, İİK m. 179’dan kaynaklıdır.

Öğretide bir görüşe göre, mahkemeye bildirimde bulunmadan önce genel kurulda durumun bir kere daha görüşülmesi imkânı sağlanmıştır. Yönetim kurulu, ancak genel kurulda mali durumun iyileştirilmesi yönünde bir karar alınmadıysa, mahkemeye bildirimde bulunmak ve kooperatifin iflasını istemek durumundadır⁴⁶. Aksi yöndeki görüşe göre ise mahkemeye başvurulmadan önce mali durumu iyileştirici önlemler uygulamaya koyulamaz. Genel kurul çağırısının amacı, konkordato gibi mahkeme kararıyla verilecek iyileştirici önlemlerin temini için gerekli hususların görüşülüp karara varılmasını sağlamaktır⁴⁷.

İİK m. 179 uyarınca borca batıklık, sermaye şirketleri ve kooperatifler hakkında doğrudan doğruya iflas sebebidir. Bir kooperatifte borca batıklık tespit edildiğinde durumun mahkemeye bildirilmesi gerekir. Bununla birlikte genel kurulda alınacak bir kararla mali durumun iyileştirilebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla mahkemeye başvurulmadan önce de mali durumu iyileştirici önlemler uygulamaya konulabilir. Ancak mahkemeye bildirimde bulunulması genel kurulda herhangi bir karar alınmamış olması şartına da bağlanmamalıdır. Zira borca batıklığın doğrudan doğruya iflas sebebi olarak öngörülmesiyle ortakların menfaatlerinin yanında mevcut ve müstakbel alacaklılar ile kamunun menfaatlerinin temini de amaçlanmaktadır. Bu açıdan borca batıklık halinde derhal genel kurul çağırısı yapılması gerektiği yönündeki ibare hükümden çıkartıldığında uygulamada ortaya çıkabilecek belirsizlikler de ortadan kaldırılmış olacaktır.

SONUÇ

KoopK’nin yürürlüğe girmesinden bugüne değin pek çok hükmünde farklı kanunlar kapsamında değişiklikler yapılmıştır. Nitekim yakın tarihte “7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁸”la önemli ve kapsamlı değişikliklerin yapıldığı görülmektedir. Ancak KoopK m. 63 hükmü, bu süreçte değiştirilmesi gereken hükümler kapsamına

⁴⁶ Karayalçın, n. 1, 437; Türk, 98.

⁴⁷ Kayar, 98.

⁴⁸ RG. 26.10.2021/31640.

dahil edilmemiştir. Halbuki çalışmanın tamamında ortaya konulmaya çalışıldığı üzere hüküm oldukça karmaşık Şekilde ele alınmış, tercih edilen kavramlar açısından öğretide ileri sürülen görüşler ve mevzuattaki benzer düzenlemeler ile yeknesaklık sağlanamamıştır. Çalışmamızda hükmün sistematığının değiştirilmesi gerektiği ortaya konulmuş olsa da en doğru çözümün, limited Şirketlere ilişkin TTK m. 633'te öngörüldüğü gibi anonim Şirket düzenlemelerine gönderme yapılarak ilgili düzenlemelerin kooperatiflerin yapısına uygun düştüğü lde uygulanabilmesi Şeklinde hükmün yeniden ele alınması olduğu kanaatindeyiz. Kooperatifin yapısına uygun düŐmeyen hususlarda KoopK'nin hükümleri uygulama bulacaktır. Bu Şekilde sermaye kaybı ile borca batıklığın ne anlama geldiği ve nasıl tespit edilebileceği hususlarında KoopK ile TTK arasında ortaya çıkan iki baŐlılık sona erdirilmiş olacak ve açıklık sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler. 3. Bası. İstanbul 1960.
- Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelemesi. İzmir 2007.
- Boran Güneysu, Nilüfer/ Çapa, Sadık: “*Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak “Sıradan Çekilme Anlaşması”*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 5, S. 1, s. 77-118.
- Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht. 4. Auf. Zürich 2009.
- Çevik, Orhan Nuri: Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat. Genişletilmiş 3. Bası. Ankara 1990.
- Eriş, Gönen, Uygulamalı Kooperatifler Hukuku. 3. Bası, Ankara 2001.
- Glanzmann, Lukas: “*Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen*”. içinde Sanierung der AG Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis (hrsg. Vito Roberto). Zürich 2003.
- Glanzmann, Lukas: “*Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung*”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. 4/2017. s. 387-403.
- Gutzwiller, Max: Art. 879-926 OR. Die Genossenschaft. Organisation der Genossenschaft. Auflösung der Genossenschaft. Verantwortlichkeit. Genossenschaftsverbände. Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zürich 1974.
- Handschin, Lucas: Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und Art. 731b OR. (hrsg. Lukas Handschin). 3. Auf. Zürich 2018.
- Kaderoğlu, Murat: Anonim Şirketlerin İnfisahı. İstanbul 2017.
- Karaman Coşgun, Özlem: “*Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri*”. Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. İstanbul 2019. s. 179-236.
- Karaman Coşgun, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi. Ankara 2015.
- Karayalçın, Yaşar: Muhasebe Hukuku. Ankara 1998.
- Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku. Ankara 1973.
- Kayar, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler. Konya 1997.
- Kervankıran, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi. İstanbul 2015.
- Kırca, İsmail/ Şehirli Çelik, Feyzan/ Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku C.I. Ankara 2013.
- Koç Yalkın, Yüksel: Şirketler Muhasebesi İlkeler ve Uygulama. 2. Bası. Ankara 2002.
- Kurtulan, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması. Ankara 2007.
- Lanz, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Zürich 1985.
- Muşul, Timuçin: İflasın Ertelemesi. 2. Bası. Ankara 2010.

- Müller, Roland/ Fornito, Roberto: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz - Art. 772-1186 OR und BEG (hrsg. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb). 3. Auf.. 2016.
- Okumuş, Nagihan: “İcra ve İflas Kanunu Madde 179 Çerçevesinde Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması Üzerine Alınacak Tedbirler”. EÜHFD. C. 20, S. 1-2. 2016. s. 126-152.
- Öçal, Akar: “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar”. Ankara Ticaret Odası Dergisi. 1965, C. I. S. 6. s. 9-22.
- Pekcanitez, Hakan: Anonim Ortaklıkların İflası. Ankara 1990.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II. Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası. İstanbul 2019.
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi. 4 Cilt. 4. Bası. İstanbul 2022.
- Rüzgaresen, Cumhuri: İflas Sebepleri. Ankara 2011.
- Sayhan, İsmet: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelemesi. İstanbul 2016.
- Sevilengöl, Orhan: Genel Muhasebe. 19. Bası. Ankara 2020.
- Tekinalp, Ünal: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri. 2. Bası. İstanbul 1970.
- Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. 5. Bası. İstanbul 2020.
- Toraman, Barış: İcra ve İflas Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelemesi Talebi. Ankara 2007.
- Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları. İstanbul 1999.
- Umar, Bilge: “Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (M.K. m. 605, f. II, 618)”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2004. C. 1. S. 1. s. 317-324.
- Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı. İstanbul 2018.
- Üstün Yusuf / Aydın Muhittin: Kooperatifler Hukuku. Ankara 2014.
- Yavaş, Murat/Arzova, Sabri Burak / Küçük, Barış: Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelemesi ve Borca Batıklık Bilançosu. İstanbul 2016.
- Yılmaz, Burcu Berna: İflasın Tespiti ve Ertelemesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.



Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Görevden Alınması Açısından Haklı Sebep Unsurunun Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

The Evaluation of the Dismissal for Just Cause of a Member of the Board of Directors of Joint Stock Companies Partnership with regard to the Regulations in the Turkish Commercial Code

Av. Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR^(**)

Öz

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına ilişkin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ('TTK') md. 364 hükmünde, önemli birkaç yeniliğin kanun metnine dahil edilmiş olduğu görülmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ('eTTK') md. 312'de, görevden almaya yönelik bir genel kurul kararı için, toplantı gündeminde bu hususa ilişkin madde bulunması koşulu getirilmemişti. TTK md. 364 hükmü ile görevden alma hususunda, toplantı gündeminde ilgili madde bulunması koşulu, kanuna dahil edilmiştir. Genel kurul gündeminde görevden alma hususu ile ilgili bir madde bulunmadığı durumlarda ise, üyenin görevden alınması, ancak haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilecektir. Söz konusu kanun hükmünde, haklı sebep unsurunun içeriğine dair bir nitelemenin yapılmadığı gözlenmektedir. Madde gerekçesinde haklı sebep koşulunun içeriğine dair, örneklendirme yoluyla bir bakış açısı ortaya konulması hedeflenmiştir. Bunun yanında TTK'da ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümler arasında, özellikle yönetici ve tasfiye memurlarının görevden alınma ihtimallerinden faydalanılmak suretiyle de bir niteleme yapılabilecektir. Bu çalışmayla hedeflenen TTK'daki benzer kanuni düzenlemelerden faydalanmak suretiyle, TTK md. 364 hükmünün "ratio legis"i doğrultusunda haklı sebep ihtimallerinin değerlendirilmesi olacaktır.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 23.12.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 17.02.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1223585

Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Görevden Alınması" isimli doktora tezinin ürünüdür.

^(**) Avukat, Gaziantep Barosu, Gaziantep - Türkiye
[E-posta](#): akanozdemir@hotmail.com
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-8146-0775>

Anahtar Kelimeler

Anonim Ortaklık, Yönetim Kurulu Üyesi, Görevden Alma, Haklı Sebep, Güven Unsuru, Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü, Gündem.

Abstract

It is seen that a few important innovations have been included in the text of the law in the provision of article 364 of the Turkish Commercial Code ('TTK') numbered 6102, which is the regulation regarding the dismissal of a member of the board of directors of joint stock companies. Article 312 of the Turkish Commercial Code No. 6762 ('eTTK') did not stipulate that an item on the meeting agenda should be included for a general assembly decision regarding dismissal. The condition of having the relevant item on the meeting agenda regarding dismissal is included with the provision of article 364 of the TCC. In cases where there is no item on the agenda of the general assembly regarding dismissal, the dismissal of the member will only be possible if there is just cause. It is observed that no qualification is made regarding the content of the just cause element in the abovementioned regulation. In the preamble of the article regarding the meaning of the just cause condition, it is aimed to present a point of view by way of example. In addition, a qualification can be made by making use of the possibility of dismissal of managers and liquidators, which are included in the provisions of the law of partnerships in the TCC. The aim of this study is to evaluate the possibilities of just cause in line with the "ratio legis" of the TCC article 364 provision, by making use of similar legal regulations in the TCC.

Keywords

Joint Stock Company, Board Member, Dismissal, Just Cause, Element of Trust, Duty of Care and Loyalty, Agenda.

GİRİŞ

Haklı sebep kavramının müdürün görevden alınmasına ilişkin karara gerekçe oluşturacak nitelikteki fonksiyonunun, TTK'da özellikle kollektif ve limited ortaklıklara ilişkin hükümler arasında yöneticilerin ve tasfiye memurlarının görevden alınması ihtimallerinde yer verildiği görülmektedir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına ilişkin olarak haklı sebep koşulu ise, bir yenilik olarak TTK md. 364 hükmünde düzenlenmiş olduğundan, madde gerekçesinde örnekleme yöntemiyle bazı hallerin sayılmış olduğu gözlenmektedir. Kanun koyucunun bu sayılan durumlar üzerinden bir kavramsal çerçeve çizerek, görevden alma gerekçesi olarak ileri sürülecek sebeplerin bu kıstaslar üzerinden yapılacak tespit neticesinde haklı sebep olup olamayacağına karar verilmesini amaçladığı söylenebilir. Bunların yanında, Genel Kurul Yönetmeliği¹ (GKY) md. 10/1-ç ile md.25/1-ç hükümlerine bakıldığında, gerekçede dile getirilmiş olan haklı sebep örneklerinin kanuni zemine taşınmış olduğu anlaşılmaktadır.

¹ 28.11.2012 tarih ve 28481 sayılı Resmi Gazete'de (RG) yayımlanan, "Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik", eserimizde kısaca "Genel Kurul Yönetmeliği" olarak ifade edilecektir. Söz konusu Yönetmeliğin önceki adı, "Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik" iken, 09.10.2020 tarih ve 31269 sayılı RG'de yayımlanan değişiklik ile bu yeni halini almış bulunmaktadır.

Kanun koyucu tarafından madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, TTK md. 364 hükmünde haklı sebep kavramının nitelik ve içeriğine bilinçli olarak değinilmemiştir. Böylelikle haklı sebeplerin tespitine dair -kavramın soyut yapısından kaynaklanacak- zorluğun bu şekilde aşılmasının amaçlandığı söylenebilir. Madde gerekçesinde bu hususa ilişkin olarak verilen örneklemeler yardımıyla bir çerçeve çizilmek suretiyle, her somut olay açısından haklı sebebin var olup olmadığına dair yapılacak değerlendirmeye ilişkin bir kıstas ortaya konulmaktadır. Gerekçede dile getirilen, bilgi ve ehliyeti ile ortaklığa yararlı olan bir üyenin haklı sebep bahanesi ile görevden alınmasının, kanun hükmünün ratio legis'ine uymayacağına dair kaygı da bu hususa işaret etmektedir. Bununla birlikte ortaklık açısından, yönetim ve temsil yetkilerini taşıyan yönetim kurulu üyesi ile arasındaki yoğun güven ilişkisini ortadan kaldıracak nitelikteki davranışların tespiti de; söz konusu birlikteliğin katlanılmaz hale geldiği durumlara ilişkin kıymetli bir çözüm imkanı ortaya koyacaktır. Bu nedenlerle, TTK'da yer verilmiş olan haklı sebep örnekleri üzerinden TTK md. 364 hükmünün önünü aydınlatacak bir değerlendirmenin yapılması bu çalışmanın ana amacını oluşturmaktadır.

I. GENEL KURULUN GÜVENİNİN YİTİRİLMESİ

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında mevcut olan güven ilişkisinin bir tezahürü olarak, TTK md. 364 gerekçesinde dile getirilen ve üyenin görevden alınması kararına ilişkin haklı sebep örnekleri öncesinde, “*genel kurulun güvenini yitiren*” tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu nitelemenin, yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına ilişkin haklı sebep olarak kabul edilebilecek durumlara dair ilkesel bir kıstas olarak “*güven unsuru*” üzerinden yapıldığı ifade edilmektedir². Gerçekten de anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki “*yoğun güven ilişkisi*”, -üyenin kusursuzluğuna rağmen haklı sebep olarak değerlendirilebilecek olan hastalık, yaşlanma gibi durumlar müstesna olmak üzere- yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına dair, haklı sebep ihtimallerinin değerlendirilme ölçütü açısından “*ortak payda*” olarak kabul edilebilir.

Genel kurulun güveninin gerçekten yitirilip yitirilmediğine dair iddia edilen gerekçeler değerlendirilirken ileri sürülen durumların, güven sorgulaması açısından dayanaklarına ilişkin tespit olabildiğince somut ve objektif kriterlere göre yapılması gerekir³. Aksi durumda, genel kurulun güveninin yitirildiğine ilişkin soyut itham ve ifadelere dayanılması, genel kuruldaki farklı menfaat odakları tarafından, hakkın kötüye kullanılması neticesini doğuracak suiistimallere sebebiyet verebilecektir.

² **TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 235, prg. 12-25.

³ TTK md. 369 gerekçesinde bu kaygının, yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat yükümlülüğünün tespiti açısından “*nesnellik*” kavramına vurgu yapılmak suretiyle ifade edildiği görülmektedir.

Alman hukukunda yönetici kurul üyelerinin görevden alınma nedenleri arasında sayılan genel kurulca güvenin yitirildiğine ilişkin karar alınması ihtimali, Türk hukukundaki düzenlemeyle benzerlik arz etmesine rağmen TTK md. 364 hükmü gerekçesinde dile getirilen güvenin yitirilmesi kavramından farklıdır. AktG § 84/3 hükmünde yer alan bu imkan neticesinde, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki güven ilişkisinin, haklı sebep açısından fonksiyonu vurgulanmaktadır. Haklı sebep olmaksızın görevden alınamayacak olan yönetici kurul üyesi hakkında genel kurul tarafından “güvenin yitirildiğine dair” verilecek bir karar neticesinde, gözetim kurulu tarafından görevden alma kararı verilebilecektir. Türk hukukunda ise haklı sebep kavramı, -gündemde madde bulunması halinde- üyenin görevden alınması hususunda -tek başına- zorunlu bir koşul olarak öngörülmemektedir (TTK md. 364/1). Ayrıca gözetim kurulu yanında yönetici kurulun mevcut olduğu düalist sistem yerine Türk hukukunda monist sistem kabul edilmiştir. Yönetim kurulu üyesinin görevden alınma yetkisi de -istisnalar haricinde- genel kuruldadır (TTK md. 408/2). Böylece Türk hukukunda -Alman hukukundan farklı olarak- ortaklığın üyeye karşı güveni yitirmesi ihtimalinde görevden alma kararı -bir başka organın müdahalesi bulunmaksızın- genel kurul tarafından alınabilecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin bir takım yükümlülüklerini ihlal edecek düzeydeki davranışlarının da güven ilişkisini zedeleyebilme ihtimali üzerinde durulabilecektir. Söz konusu yükümlülükler çerçevesinde örneğin “dürüst hesap verme borcu” bu anlamda değerlendirilebilir (TTK md. 437/2). Hükümde genel kurul toplantısı ya da haricinde, ortaklığa ilişkin bilgilerin talep eden pay sahiplerine de verilebilmesi imkânı düzenlenmektedir. Yönetim kurulu üyesi tarafından, ortaklık hususunda bilgilendirme yapılırken söz konusu görevin, gerçeğe uygun şekilde, gereken kapsam ve ayrıntıda, dürüstlük ilkelerine de bağlı olarak özenle yerine getirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu yükümlülük kapsamına, gerek TTK md. 514’deki yönetim kurulu tarafından hazırlanması zorunlu olan ortaklığın geçmiş hesap dönemine ait finansal tablolar, gerek yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu, gerek üyenin katıldığı genel kurul toplantısında pay sahipleri ile paylaştığı bilgilerde bilinçli olarak yanlışlık veya eksiklik bulunmaması da dahildir. Söz konusu yükümlülüğe aykırılığın, aradaki güven unsuruna getireceği muhtemel olumsuz etki açısından, görevden alma için haklı sebep oluşturabileceği ortadadır.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin, yönetim kurulu toplantılarına bizzat katılarak iradesini oyu vasıtasıyla ortaya koymak suretiyle kullandığı “yönetim hakkı”, üye açısından aynı zamanda bir “görev” niteliğindedir⁴. Üyenin kurul toplantısına mazeretsiz olarak katılmamasının süreklilik oluşturması,

⁴ HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 71; POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, 2019, s. 408, 410, prg. 558, 563; İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s. 208.

bu görev ve yükümlüğe aykırılık nedeniyle -üyenin sorumluluğu yanında- hakkında görevden alma kararı verilebilmesine dair haklı sebep olarak da kabul edilebilecektir⁵. Ancak bazı durumlarda ise, üye açısından “*müzakerelere katılma yasağı*” söz konusu olabilecektir (TTK md. 393). Müzakereye katılma yasağı, üye ile ortaklık arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek nitelikteki davranışların engellenmesine dair yaklaşımın Kanundaki bir başka yansımasıdır⁶. Söz konusu yasağa uyulmama halinde, alınan yönetim kurulu kararı her ne kadar geçerli olacak⁷ ise de; yasağa uymamanın yaptırımını düzenleyen TTK md. 393/2 hükmüne göre, üyenin sebep olacağı ortaklık zararına ilişkin tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilecektir. Hükümden anlaşıldığı üzere, güven ilişkisine zarar veren bu fiile rağmen, ilgili yönetim kurulu üyesinin⁸ yönetim kurulundaki faaliyetleri devam etmektedir. Böylesi bir yönetim zafiyetinin de -bir an için kanunda ifade edilen ortaklık zararları tazmin edilse dahi- ileride söz konusu olabilecek ihlal halinde ortaklığa daha fazla zarar verebileceği kaygısı neticesinde, -somut olayın özelliklerine göre- güvenin zedelenmesi haklı sebep olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca yönetim kurulunun bir görevi de sermaye kaybı halinde genel kurulu toplantıya çağırarak suretiyle pay sahiplerini durumdan haberdar ederek uyararak, alınması gereken önlemler hususunda aydınlatmak ve iyileştirici çözüm önerilerini paylaşmaktır (TTK md. 376/1). Güven unsuruna verebileceği zarar göz önünde bulundurulduğunda bu yükümlülüğün ihlali de haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir.

⁵ Yönetim kurulu üyeleri, katıldıkları toplantılarda alınan kararlar nedeniyle doğan zararlardan sorumlulukları yanında, mazeretsiz olarak katılmadıkları toplantılarda alınan kararlardan dolayı oluşan zararlardan da sorumludurlar. **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 73. Amerika Birleşik Devletleri'nde New Jersey Eyalet Yüksek Mahkemesinin “*Francis v. United Jersey Bank*” kararında da önemle vurgulandığı üzere, yönetim kurulu üyelerinin toplantıya düzenli olarak katılmalarının, üyenin özen yükümlülüğüne dair bir kıstas olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir. **HACİMAHMUTOĞLU**, **Sibel**, Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, **BATİDER**, C. XXXI., S. 3., Eylül 2015, s. 42.

⁶ Bu durum aynı zamanda, yönetim kurulu üyesi tarafından “*nüfuzun kötüye kullanılması*” hali olarak nitelenebilecek bir haklı sebep durumu olarak da değerlendirilebilir.

⁷ **AKDAĞ GÜNEY**, **Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 211.

⁸ Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi açısından da bu yükümlülüğün söz konusu olacağı, ayrıca söz konusu yasağın anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisi bulunan tüzel kişilik ile ortaklık arasındaki girilen işlemlerin görüldüğü müzakereler açısından da geçerli olacağı dile getirilmektedir. **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 73; **TEKİNALP**, **Ünal**, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara, 1965. s. 136, 137; **ÇAMOĞLU**, **Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 84; **DEVELİ**, **Emine**, Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, 2016, s. 138. **Domanıç**, bu yasağın tüzel kişi temsilcisi üye açısından da geçerli olacağını belirtirken, bunun yanında üyenin başkaca şirketlerde ortak sıfatının bulunması durumunda, bu şirket ile ortaklık arasındaki menfaat ilişkisine dair müzakerelere de, temsilci üyenin katılmaması gerektiğini ifade etmektedir. **DOMANIÇ**, **Hayri**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi, Cilt II, İstanbul, 1988, s. 615; **TEOMAN**, **Ömer**, Yönetim Kurulu Üyelerinin Görüşmelere Katılma Yasağı, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, İstanbul, 1997, s. 71-73.

II. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNDE BASİRETSİZLİK - YETERSİZLİK - ÜYENİN YETENEĞİNİ KAYBETMESİ

Kelime karşılığı olarak basiret, “gerçeği yanılmadan görebilme, sezebilme ve buna uygun davranabilme yeteneği” anlamlarına gelmektedir⁹. Muhakkaktır ki her anonim ortaklığın doğal ve haklı beklentisi; ticari ve iktisadi konularda nitelikli ve öngörülü; ehliyet, liyakat ve tecrübe sahibi; analiz ve çözüm yeteneği olabildiğince yüksek standarttaki yönetim kurulu üyeleri tarafından yönetilmek ve temsil edilmek olacaktır. Anonim ortaklık tarafından yönetim ve temsil görevlerinin emanet edildiği bu “organ üyeler”, saydığımız söz konusu nitelikleri üzerlerinde taşıdıklarına dair bir “ön kabul” neticesinde yönetime getirileceklerdir. Böylece üyelerden, söz konusu tercihte rol oynayan nitelikleri yardımıyla, zor ve kritik dönemlerdeki olumsuz piyasa koşullarını ortaklık lehine çevirmeleri ya da en azından sürecin en az hasarla tamamlanması hususundaki ortaklık hedef ve gayelerini karşılamaları beklenecektir. Yönetim kurulunun ortaklık açısından önemli konumuna dair, devredilemez görev yetkileri, bilgi alma ve nitelikli mali hakları yanında yükümlülük ve sorumlulukları göz önünde bulundurulduğunda, pay sahiplerinin bu doğrultudaki beklentilerinin dayanakları daha da somutlaşacaktır.

Ortaklığın yönetim ve temsili hususunda üyeden beklenen performansın, yani yönetme kabiliyetinin yeterli olmadığı; üye açısından arzu edilen ve hedeflenen sonuçlara ulaşılamayacağına dair kaygıların ciddi, somut ve nesnel şüphelerle doğrulanması halinde bu durum, muhtemel bir görevden alma kararı açısından haklı sebep olarak kabul edilebilecektir¹⁰. Bu yönede yaklaşımın dayanağı olarak kabul edilebilecek olan TBK md. 629 düzenlemesine bakıldığında; adi ortaklıklar açısından hüküm altına alınan “iyi yönetim için gerekli olan yeteneği kaybetme” durumunun, yönetici ortağın yetkisinin kaldırılması hususunda haklı sebep olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Her ne kadar görevden alma kararı bakımından “ağır kusur” veya “ihmal” durumlarının varlığı haklı sebebe ilişkin tespitite önemli kıstaslar olarak kabul edilmekteyse de; yönetim kurulu üyesinin görev ve yükümlülükleri açısından “basiretsiz” davranışları, “hafif kusur” ve “tedbirsizlik” zafiyetiyle birleştiğinde bu durum, görevden alma açısından haklı sebep olarak kabul edilebilecektir¹¹.

⁹ <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 15.11.2022)

¹⁰ Tasfiye memurları açısından bu fikri paylaşan, ŞENER, Oruç Hami, Anonim Ortaklıklarda Tasfiye Memurunun Mahkemece Azli ve Atanması (TTK 442/II), DEÜHFD, C. IV, S. 1, 2002, s. 175, 176.

¹¹ **11. HD** 11.10.2017 tarih, E. 2016/2552, K. 2017/5272; **11. HD** 23.01.2014 tarih, E. 2012/10122, K. 2014/1505; **9. HD** 16.01.2012 tarih, E. 2009/35292, K. 2012/189 (www.yargitay.gov.tr) (e.t. 14.02.2022). Yönetim kurulu üyesinin basiretsizliği nedeniyle ortaklığın “kötü yönetimi” ihtimalinin haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. PASLI, Ali/ SEYİS, Zehra, Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri -I- (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, Mayıs 2022, s. 37.

Basiretsizlik kavramının kanunda yer aldığı TTK md. 219 hükmü yanında; bu kavramla benzer içeriğe sahip olan ve TTK md. 630 hükmünde yer alan “*yeteneğin kaybı*” ile TTK md. 364 gerekçesinde dile getirilen “*yönetimde yetersizlik*” ihtimallerine de değinilmesi gerekir. Yetersizlik veya yeteneğin kaybı kavramları, yönetim kurulu üyesinin kendini yenilememesi, gelişen ve değişen piyasa koşulları veya teknolojik evrimin ticari hayattaki yansımalarına dair gerekli güncelliğin sağlanamaması gibi hususlar olarak somutlaşabilecektir. Ayrıca üyenin seçildikten sonraki tarihte onu görev ve sorumlulukları açısından yetersiz hale getirebilecek bir hastalığa yakalanması da söz konusu olabilir. Bir başka örnek olarak, kullanılması bir lisansa veya bir kurum onayına ya da diplomaya bağlı olan bir hak veya kişisel niteliğin sonraki dönemde kaybı gibi; üyenin yönetim kuruluna seçilirken ortaklıkça amaçlanan ve hedeflenen yararın, yönetim kurulu üyesi tarafından ortaklığa kazandırılmadığı durumların zuhur etmesi de mümkündür. Tüm bu sayılan ihtimaller yönetim kurulu üyesinin görevden alınması kararı yönünden haklı sebep koşulunu oluşturabilecektir.

III. BAĞLILIK VE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ

Bağlılık ve sadakat kavramlarının, doktrinde genel olarak eş anlam ve içeriğe sahip nitelikte kullanıldığı gözlenmektedir¹². Ancak sadakat yükümlülüğünün, bağlılık yükümlülüğüne göre daha geniş ve bu yükümlülüğü kapsayıcı nitelikte fonksiyona sahip olması yanında¹³, doktrinde de bu iki kavramın aynı anlamda kullanılıyor olmasından hareketle¹⁴, bu iki kavramı birlikte ve aynı başlık altında değerlendirmek daha doğru bir tercih olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün düzenlenmiş olduğu eTTK md. 320 hükmünde, bağlılık kavramından bahsedilmemesine rağmen; söz konusu eksikliğin o dönemde uygulama

¹² **TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Basım, İstanbul, 2010, s. 407; **HACİMAHMUTOĞLU, Sibel**, The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?, BATİDER, C. XXX., S. 4., 2014, s. 129, dpn. 127.

¹³ **HACİMAHMUTOĞLU**, The BJR, s. 129, dpn. 127; **HACİMAHMUTOĞLU, Sibel**, AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Ankara, 2008, s. 130; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar I, s. 424, prg.585. Sadakat yükümlülüğünün, “*diğer bir takım yükümlülükleri de içine alan genişlikte*” bir kavram olarak kabulü açısından; yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın menfaatini kendi şahsi menfaatlerine tercih etmeleri ihtimaline dair TTK md. 393’de düzenlenen müzakerelere katılma yasağı; TTK md. 395’de düzenlenen şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı; TTK md. 396’da düzenlenen rekabet yasağı ve görevi devam ederken ya da sona erdikten sonraki sır saklama yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğü çatısı altında değerlendirilmesi söz konusudur. **BOZKURT YAŞAR, Sevgi**, Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, 2015, s. 66 vd.

¹⁴ **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar I, s. 424, prg. 585; **TANDOĞAN, C. II**, s. 407; **PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, 2015, §30, s. 1159 vd., prg. 702 vd.; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 203; **HACİMAHMUTOĞLU**, The BJR, s. 129, dpn. 127.

ve doktrin tarafından doldurulmaya çalışılmış olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Ancak bu kavramın, nihayetinde TTK md. 369 hükmü başlığında yer alan “*bağlılık yükümlülüğü*” ifadesiyle kanundaki yerini almış olduğu görülmektedir. Kanun koyucu tarafından TTK md. 369/1 hükmünün ilk cümlesinde “*özen yükümlülüğü*” açısından kıstaslar ortaya konulmaktayken; ikinci cümlesinde “*bağlılık yükümlülüğü*” kavramına bir çerçeve çizilmeye çalışıldığı gözlenmektedir¹⁶. Hükme göre bağlılık kavramı, “*şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü*” ifadesiyle dile getirilmektedir.

Kanun koyucunun TTK md. 369/1 hükmünde bağlılık yükümlülüğünü düzenlerken, hareket noktasının “*dürüstlük kuralı*” olduğu görülmektedir. Bağlılık yükümlülüğünün böylece dürüstlük kuralından doğan bir “*yan yükümlülük*” olduğu dile getirilmektedir¹⁷. TTK md. 369’un gerekçesinde, madde metinde geçen “*dürüstlük kuralı*” kıstasının fonksiyonuna değinilirken de ifade edildiği gibi; ortaklık ile yönetim kurulu üyesi veya onun temsil ettiği grubun menfaatlerinin çakıştığı durumlarda, üyenin takdir yetkisini, ortaklığın menfaatleri lehine bir refleks ve inisiyatifle ortaya koyması gerekeceği ifade edilmektedir¹⁸. Söz konusu yükümlülük, bir işi yapma veya gerçekleştirme şeklinde tezahür edebileceği gibi, bazen de o fiili yapmama ya da yapmaktan kaçınmaya yönelik bir yükümlülük olarak da ortaya çıkabilecektir¹⁹. Yönetim kurulu üyesinin, bu anlamda bağlılık yükümlülüğünün

¹⁵ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 203.

¹⁶ ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP), Ortaklıklar I, s. 419, 424, prg. 579, 585.

¹⁷ NOMER, N. Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, s. 47; AKIN, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.’lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002, s. 13, 14; BOZKURT YAŞAR, s. 137; ALTAY, Sitki Anlam, Pay Sahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 2.

¹⁸ SOMMER, Christia Alexandra, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss, Art. 717 Abs. 1, OR, Zürich, St. Gallen, 2010, s. 18; PULAŞLI, C.I, §30, s. 1159, prg. 702; NOMER, N. Füsün, Sadakat Yükümlülüğü, s. 16; BOZKURT YAŞAR, s. 137; AYAN, Özge, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2013, s. 34. Benzer öğeler içeren tanım hususunda bkz. AKIN, s. 38, 39; HACİMAHMUTOĞLU, Yönetim Kurulunun Yapısı, s. 178. Şener, yönetici tarafından ortaklığın menfaatleri yerine çoğunluk ya da bir takım pay sahipleri gruplarının menfaatlerinin korunması halinin, yöneticinin kasti olarak herhangi bir hareketinin varlığına gerek olmaksızın, görevden alma hususunda haklı sebep olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2019, s. 757. Burada ifade edilen dürüstlük kuralının, TMK md. 2’de ifade edilen daha ziyade, TMK md. 3/2’deki “(...)durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz.” hükmünün karşılıdığı kavrama daha yakın olduğu ileri sürülmektedir. HACİMAHMUTOĞLU, The BJR, s. 133.

¹⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s. 158. Yönetim kurulu üyesinin yapmama yükümlülüğünün bulunduğu duruma örnek olarak, ortaklık menfaatinin gerektirdiği bazı durumlarda, pay sahipleri arasında -kural olarak üyenin uyması gereken- eşit işlem ilkesini “uygulamamasının gerekeceği” ne ilişkin tavrı gösterilebilir. AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 204. Yine yapmama şeklindeki yükümlülüğe ilişkin bir başka örnek olarak, “rekabet etmeme yükümlülüğü” de dile getirilebilir.

muhatası, yönetiminde yer aldığı anonim ortaklık olup, gerek ortaklık alacaklıları, gerek pay sahiplerine karşı ayrıca bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁰.

Yine TTK md. 393'de düzenlenmiş olan müzakerelere katılma yasağına; TTK md. 395'deki ortaklıkla muamele yapma ve ortaklığa borçlanma yasağına ve TTK md. 396'daki rekabet yasağına uyma yükümlülüğü gibi haller, bağlılık yükümlülüğü kavramının içeriğine dahildir²¹. Bu yükümlülüğün dayanağı, ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki "güven ilişkisi" olarak ifade edilebileceğinden²²; böylece yönetim kurulu üyesinin "ortaklık sırlarını saklama" yükümlülüğü yanında; ortaklığa, pay sahiplerine "dürüst hesap verme" ve "gerektiğinde uyarma" yükümlülükleri de bağlılık yükümlülüğü kavramı içinde değerlendirilebilecektir²³. Ayrıca üyenin, "müzakerelere katılma yasağı" veya "ortaklıkla işlem yapma ve borçlanma yasağı" aleyhine davranışları da -hukuki sorumluluk açısından diğer birtakım tezahürleri yanında- ortaklık ile arasındaki güven ilişkisini -somut olayın özelliklerine göre- ağır derecede sarsacak düzeyde olması halinde, artık üyenin görevden alınmasına dair haklı sebep olarak kabul edilebilecektir. Bunlar yanında, aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka şirketle üyenin yakın ilişkilerinin ortaya çıkması halinde de bu durum -yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki güven ilişkisine, sadakat yükümlülüğü açısından verebileceği zarar nedeniyle- üyenin görevden alınması hususunda haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir²⁴.

Ortaklık sırlarının saklanması konusunda, özellikle TTK md. 437 gereğince bilgi alma hakkı açısından pay sahiplerinin yükümlülüğü söz konusudur²⁵. Bu-

²⁰ Bu anlamda bir istisnai durum olarak, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesinden bilgi isteme hakkı açısından, TTK md. 437 hükmüne göre üyenin sadakat kavramı içerisine dahil edilebilecek olan "dürüstlük ilkeleri bakımından gerçeğe uygun" bilgi verme yükümlülüğünün muhatası, söz konusu pay sahipleri olacaktır. Ayrıca ortaklığın hanesine yazılacak her artı değer gibi, her olumsuz durum da, muhakkaktır ki pay sahipleri ve hatta alacaklıların hanesine dolaylı olarak yansıtacaktır. Bu doğrultuda, alacaklılar ve pay sahipleri, bağlılık yükümlülüğünün "ihlal etmesi halinde" yönetim kurulu üyesi aleyhine, sorumluluk davası açabileceklerinin de gözden uzak tutulmaması gerekir. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 204.

²¹ **SOMMER**, s. 84; **İMREGÜN**, s. 231, 232; **ÇAMOĞLU**, Hukuki Sorumluluk, s. 74; **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 89; **AYAN**, s. 31.

²² Bu tespitin OECD raporlarında da aynı şekilde dile getirildiği hususunda bkz. **HACİMAHMUTOĞLU**, Yönetim Kurulunun Yapısı, s. 178.

²³ **NOMER, N. Füsün**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 8.

²⁴ Yargıtay tarafından, vekalet ilişkisi açısından, vekilin vekil olunanın hasmıyla arasındaki bir iş ilişkisinin güven ilkesine zarar vereceğine dair kararı, sadakat yükümlülüğünün bu yönüne dair bir bakış açısı getirebilir: "Her ne kadar vekilin başka bir işte vekil edenin hasmının vekaletini kabul etmesini engelleyen yasa hükmü yoksa da vekalet akdi güven ilkesine dayanan akitlerden olup vekilin, vekil edenin hasmı olan kişinin başka bir işte dahi olsa vekaletini üstlenmiş olması azlin haklı olduğunu kabule yeterlidir." **13. HD** 03.03.1989 tarih, E. 1988/5293, K. 1989/1388 (Karar metni için bkz. Ankara Barosu Dergisi, S. 1993-3, s. 512-514).

²⁵ Pay sahiplerinin eTTK md. 363/2 hükmü gereğince sır saklama yükümlülüğü ve aksi durumdaki pay sahibinin sorumluluğuna dair düzenlemeye, TTK md. 437'de yer verilmemesi, gerekçede de bu hu-

nun yanında TTK md. 527'deki genel düzenlemeyle “(...)görevi dolayısıyla inceleme sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklamaları yasaktır. Aksi halde şirketin maddi ve manevi zararını tazmin ederler.” hükmü yönetim kurulu üyelerini de kapsayan sonuçlar doğuracaktır²⁶. Böylelikle yönetim kurulu üyesinin vâkıf olduğu ortaklık sırlarını saklamaması halinde, hükümde belirtilen maddi ve manevi zararların tazmini talebine muhatap olması yanında; ortaklık ile arasındaki güven ilişkisinin ortadan kalması neticesi gündeme gelebilecektir.

Bağlılık ve sadakat yükümlülüğü açısından incelenmesi gereken bir diğer husus, “ortaklıkla işlem yapma yasağı” olarak düzenlenen kavramdır. Borçlar hukukumuzdaki temel ilkelerden olan sözleşme serbestisine rağmen, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında yapılacak sözleşmelerde, -üyenin kişisel menfaatine olup, fakat ortaklık çıkarlarının tehlikeye girmesine yol açacak bir menfaat çakışmasında- ortaklık menfaatlerinin olumsuz etkileneceğine dair muhtemel kaygılar, bu yasağın temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bu kaygıdan kaynaklanan ve TTK md. 395/1'de hükme bağlanan sınırlama gereğince, işlem yapma imkanı genel kurulun izin ve onayına bağlanmıştır²⁷. Kanun hükmüne göre fiilin, yönetim kurulu üyesi tarafından söz konusu yasağa aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde, işlemin batıl olacağı belirtilmektedir²⁸. Bununla birlikte işlemi yasağa aykırı

susa değinilmemiştir. Yalnızca hükmün üçüncü fıkrasında, reddedilme gerekçesi olarak dile getirilen “(...)şirket sırlarının açıklanacağı ve korunması gereken diğer şirket menfaatleri tehlikeye girebileceği gerekçesi ile(...)” ifadesinden, bu yükümlülüğün üstü kapalı şekilde ima edildiği görülmektedir. Ancak, **KENDİGELEN**'in de haklı gerekçelerle ifade ettiği üzere, bu hususun TTK da madde içeriği ve gerekçe kısmında yer almaması, önemli bir ihmalin söz konusu olduğu izlenimi vermektedir. Çünkü, yeni düzenlemeyle pay sahibinin ortaklık sırlarını öğrenmesinin önüne geçildiği ve önlenildiği ileri sürülebilirse de, dördüncü fıkrada düzenlenen genel kurulca açık izin veya yönetim kurulunca karar verilmesi neticesinde veya herhangi bir yolla pay sahibinin ortaklık sırlarına ulaşabilmesi mümkün olabilecektir. Bu durumda sır saklama yükümlülüğüne dair somut bir düzenlemenin yapılmaması kanaatimizce de tamamlanması gereken bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz. **KENDİGELEN, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 339, 340.

²⁶ Sır saklama yükümlülüğü sürecine dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **PULAŞLI**, C. I, § 30, s. 1160vd., prg. 708 vd.

²⁷ **Helvacı**, kanunun tanıdığı bu imkana rağmen, izin alınma ihtimalinde bile, yönetim kurulu üyelerinin, ortaklık ile muamele imkanının “mutad bir işlem” haline dönüşmemesi gerektiğini, genel kurulca verilen izne rağmen, karara muhalefet eden veya iradelerinin fesada uğrattığı iddiasındaki pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının dava hakkının da ortadan kalkmayacağını belirtmektedir. Yazar ayrıca böylesine bir iznin genel kurulca münhasır yetki olması gerekçesiyle, ana sözleşme ile verilmesinin de mümkün olamayacağını ifade etmektedir. **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 90.

²⁸ Yapılan işlemin karşı taraf açısından bağlayıcı olması yanında, ortaklık tarafından yapılan işleme icazet verilebilmesi imkanı birlikte değerlendirildiğinde, bizim de katıldığımız görüşle, işlemin butlan yerine, “askıda bir işlem” olması nedeniyle iptal edilebilir olarak değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. **ÇAMOĞLU**, Hukuki Sorumluluk, s. 90 vd.; **İMREGÜN**, s. 232. Aynı doğrultuda söz konusu işlemin, ortaklığı bağlamamasına rağmen, karşı tarafı bağlamakta olan yönüyle, mutlak butlandan

olarak gerçekleştiren yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki güven ilişkisinin -somut olayın özelliklerine göre- ağır derecede sarsılmasına sebep olacak düzeyde olması halinde artık üyenin görevden alınmasına dair haklı sebep olarak kabulü de mümkün olabilecektir.

Ayrıca, TTK md. 395/2 düzenlemesiyle, ortaklık malvarlığının hükümde sayılan kişiler arasında yer alan yönetim kurulu üyesi lehine kullanılmayıp, garanti, teminat ve kefalet konusu da edilemeyeceği hükme bağlanmış olduğu görülmektedir. Burada da aynı kaygıdan hareketle, -tazmin imkanı kanunda saklı tutulmasına rağmen- böyle bir yasak hilafına hareket eden yönetim kurulu üyesiyle, sarsılan güven ilişkisi nedeniyle artık çalışmak istemeyen ortaklık genel kurulu, olayın şartlarına göre bu durumu haklı sebep olarak ileri sürerek, üyeyi görevden alma yönünde bir tercihte bulunabilecektir.

Aynı şekilde TTK md. 396 düzenlemesinde hükme bağlandığı üzere, yönetim kurulu üyesinin izin almaksızın²⁹, ortaklıkla rekabet yasağına aykırı olarak ticari faaliyetlerde bulunması yasaklanmıştır. Hükümün devamında da bu işlemlerin neticesi olarak; ortaklık adına yapılmış olduğunun kabulü ve doğan menfaatlerin de ortaklığa ait olacağı hükme bağlanmıştır. Her ne kadar, bu muhtemel işlem neticesinde ortaklığın menfaatleri tazmin açısından korunmaktaysa da, ortaklığın bu nedenle yönetim kurulu üyesine karşı oluşacak güvensizliği açısından, söz konusu fiilin üyenin görevden alınması hususunda pekala haklı sebep olarak kabul edilebilmesi mümkün olacaktır³⁰.

Yönetim kurulu üyesinin, aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka şirket ile -rekabet yasağı kapsamına girmeyen bir ilişkisi dahi olsa- ilişkisinin ortaya

ziyade "*askıda bir işlem*" niteliğinde olduğu, ayıca işlemin akıbeti hakkında karar verecek organın genel kurul olacağı hususunda bkz. **ÇAMOĞLU** (POROY/ TEKİNALP), Ortaklıklar I, s. 412, prg. 566; **ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1., İstanbul, 2013, s. 499. Yargıtay'ın butlan yönünde kararları bulunduğu gibi (**11 HD** 14.06.1991 tarih, E. 1991/3710, K. 1991/4031), iptal edilebilir olduğu yönünde kararları da mevcuttur (**11 HD** 11.05.2010 tarih, E. 2010/2021, K. 2010/5217; **HGK** 30.03.1994 tarih, E. 1993/15-860, K. 1994/181; **15 HD** 18.02.2014, E. 2014/556, K. 2014/1036) (www.kazanci.com.tr). **Akdağ Güney**, şirketle işlem yapma yasağına dair izin ya da icazet konusunda münhasır yetkinin yönetim kuruluna ait olduğunu, yönetim kurulunun bu kararı veremediği hallerde, TTK md. 374 gereğince bu izin ve icazetin "*sınırlı ve ikincil yetkiye sahip organ olarak*"- genel kurul tarafından verilebileceğini ifade etmektedir. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak, anonim ortaklıklarda ortaklığı temsil ve idare görevinin yönetim kurulunda olduğunu, genel kurulun ortaklığın idare ve temsili hususunda söz hakkının bulunmadığını, bu husustaki sorumluluğun da yönetim kurulunda olduğunu ifade etmektedir. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 224 vd.

²⁹ Genel kurul tarafından verilecek genel anlamdaki bir iznin bu yasağı ortadan kaldırmayacağı ve ayrıca genel kurul tarafından verilecek bu husustaki izne rağmen, yine burada da karara muhalefet eden veya iradelerinin fesada uğratıldığı iddiasındaki pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları açısından dava hakkının ortadan kalkmayacağı hususunda bkz. **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 93; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 242.

³⁰ **BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013, s. 401; **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1170, prg. 740; **ÇAMOĞLU**, Hukuki Sorumluluk, s. 97, 98.

çıkması veya bu rakip şirketin bir başka sektördeki faaliyetlerine ilişkin yönetim kurulunda yer alması halinde de, somut durumun özelliklerine göre -yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki güven ilişkisine, sadakat yükümlülüğü açısından verebileceği zarar nedeniyle- bu durum üyenin görevden alınması hususunda haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir³¹.

Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna neden olacak durumlar ile üyenin görevden alınması kararına gerekçe oluşturabilecek haklı sebep hallerinin bazı hallerde bir paralellik içinde olduğu gözlenmektedir. Böylece yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı görev ve yükümlülükleri ile uyması gereken yasaklar hususunda, ortaklık menfaatleri lehine kendisinden beklenen tavrı göstermediği durumların, görevden alınmasına dair -tıpkı TTK md. 364 gerekçesinde dile getirilmiş olduğu gibi- haklı sebep niteliğinde kabulü de mümkün olabilecektir³².

Sadakat ve bağlılık yükümlülüğünün kanundaki düzenlenme açısından emredici nitelikte olduğu; böylece ana sözleşmeyle, iç yönergeyle ya da ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasında yapılan sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı veya hafifletilemeyeceği; ancak TBK md. 27 hükmüyle sınırlı olmak üzere, ağırlaştırılabileceği kabul edilmektedir³³. Ancak bu emredici vasfa rağmen, üye hakkında bir ibra kararı verilmesi mümkün olabileceği gibi; örneğin ortaklıkla işlem yasağı, borçlanma yasağı veya rekabet yasağının ihlali hallerinde, sonradan genel kurul tarafından verilecek izin veya icazete de engel teşkil etmeyecektir³⁴.

IV. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI

Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşmede genel kurulun yetkisi dahilinde bırakılanlar dışındaki işlemlerde yetki sahibidir (TTK md. 374/1). Bu yetkisini kararlar alma yoluyla kullanırken, karara konu olan hususları tartışmak, tercihleri gözden geçirmek ve ortaklık menfaatleri açısından en uygun olanı seçmek adına takdir yetkisi kullanması da gerekecektir³⁵. OECD ilkeleri VI/E/3 düzenlemesinde

³¹ Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımının da bu doğrultuda olduğu gözlenmektedir. *“Her ne kadar vekilin başka bir işte vekil edenin hasmının vekaletini kabul etmesini engelleyen yasa hükmü yoksa da vekalet akdi güven ilkesine dayanan akitlerden olup vekilin, vekil edenin hasmı olan kişinin başka bir işte dahi olsa vekaletini üstlenmiş olması azlin haklı olduğunu kabule yeterlidir.”* 13. HD 03.03.1989 tarih ve 1988/5293 E., 1989/1388 K. (Ankara Barosu Dergisi, S. 1993-3, s. 512-514)

³² SOMMER, s. 331; AYAN, s. 297; ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s. 155.

³³ AYAN, s. 36; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 204.

³⁴ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 204.

³⁵ KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, BATİDER, Cilt XXII, S. 3, 2004, s. 86. Bu doğrultuda sadakat yükümlülüğünün, özen yükümlülüğünü tamamlayan fonksiyonu ön plana çıkmaktadır. Yani vekilin, vekalet verenin menfaatine uygun olabilecek her fiili yapmak ve menfaatleri aleyhine her durumdan kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. ASLAN, Kemale Leyla/ GÜLER, Ahmet Alper, Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 6, S. 1, s. 55.

de “Yönetim kurulu üyeleri, sorumluluklarına kendilerini etkili şekilde adayabilmelidirler.” ifadesiyle söz konusu beklentinin dile getirildiği görülmektedir³⁶. Bu doğrultuda özen kavramı, asıl borcun yerine getirilmesi sırasında sözleşmedeki muhatap tarafından, borcu yerine getirecek kişiden beklenen ve umulan; işin ifası için gerekli olan yetenek gibi, bedeni, fikri özellikler olarak niteleyebileceğimiz “*objektif unsurlar*”³⁷ yanında; gösterilmesi gereken irade, itinalı davranış biçimi ve dikkat şeklinde vasıflandırılan “*sübjektif unsurların*”³⁸ yönetim kurulu üyesinde bulunması olarak tanımlanabilecektir³⁹. Özellikle güven unsuru açısından vekalet sözleşmelerinde de aranmakta olan vekilden “*işin özenle görülmesine*” dair beklentiye aykırı tutumun vekilin görevden alınması hususunda haklı sebep oluşturacağı ifade edilebilecektir⁴⁰.

Özen yükümlülüğü ayrıca, üye tarafından takdir yetkisi kullanılarak verilen kararlarda “*ihmal*” hususunun irdelenmesini de zorunlu kılacaktır⁴¹. Bu anlamda özen ölçüsü ile kusur kavramlarının birbiriyle yakın bağlantısı genel hatlarıyla ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeye dayanan sorumlulukta gösterilecek bir ihmal, borçlunun -örneğin yönetim kurulu üyesinin- sözleşmeye dayalı yükümlülüğüne dair “*sözleşmeye aykırı sonucu önlemek için gerekli çabayı göstermemesi*” şeklinde somutlaşacaktır⁴².

³⁶ PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Baskı 2005, İstanbul, s. 330.

³⁷ Bu unsurun vekalet sözleşmeleri açısından da mevcut olduğuna ilişkin değerlendirmeler hususunda bkz. TAŞTEKİN, Sinem, Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 210, C. 6, S. 2, s. 90, 91. Özen borcuna dair kapsamı belirlerken, yalnızca objektif kriterlerden hareket edilmesi gerektiği hususunda bkz. ASLAN/ GÜLER, s. 62.

³⁸ Özen yükümlülüğünün sübjektif kıtasını, yönetim kurulu üyesinden gerekli ve yeterli ölçüde beklenecek olan ortaklığın faaliyet konusuna ilişkin uzmanlık oluşturacaktır. Aynı doğrultuda bkz. TAŞTEKİN, s. 92.

³⁹ BAŞPINAR, Veyssel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 124, 157; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, 2014, s. 421, 422. ÇAMOĞLU'na göre özen borcu, yönetim kurulu üyeleri için kanunda veya ortaklık ana sözleşmesinde öngörülmemiş olan diğer görevler yanında tali bir borç olarak değerlendirilmekle birlikte, bu borcun dayanağı olarak ise, yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki duruma göre, vekalet ya da hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilecek olan sözleşmesel ilişkidir. ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 389-392.

⁴⁰ TAŞTEKİN, s. 96, 99.

⁴¹ Yönetim kurulu üyesinin kasıtlı ve hileli halleri haricindeki davranışlarının özen yükümlülüğü açısından değerlendirilmesinin “*ihmal*” kavramı ile ilişkisi hususunda bkz. KIRCA, s. 87; GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 60, 61; TEKİNALP, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, 2003, İstanbul, s. 78, 79, prg. 175; HACİMAHMUTOĞLU, The BJR, s. 136.

⁴² BAŞPINAR, s. 141, 142. Özenli davranması beklenen kişinin, aradaki sözleşmenin niteliği ve özel içeriğini de göz önünde bulundurarak davranması gerektiği, bu anlamda gerekli özenin gösterilmemesinin ise, sözleşmenin ihlali anlamına geleceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte konuya ihtiyatla yaklaşmak gerektiği eğilimini dile getirir şekilde, her münferit olayın da kendi özel durumlarının göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. OSER David/ WEBER, Rolf H, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel, 2016, Art. 398, N. 24; BGE 133 III 121-124; BGE 115 II 62-64 (<http://relevancy.bger.ch>) (27.02.2022).

Yönetim kurulu üyelerinin görevlerini TTK md. 369/1 ilk cümlesinde ifade edildiği şekliyle “*tedbirli bir yöneticinin özeniyle*” yerine getirmeleri gerektiği ifade edilerek, böylece “*özen yükümlülüğü*” kavramının kanunda hüküm altına alınmış olduğu görülmektedir⁴³. Böylece eTTK md. 320’de yer almakta olan “*basiretli iş adamı*” kavramının terk edilerek, “*tedbirli yönetici*” ölçüsünün tercih edildiği gözlenmektedir. Doktrinde, tedbirli yönetici kavramının basiretli iş adamı kavramından farklı olduğu ifade edilmektedir⁴⁴. Söz konusu değişikliğin sebebi olarak TTK md. 369 gerekçesinde bu yeni kavramın, daha geniş ve amaca uygunluk açısından da daha makul olduğu ve ayrıca eTTK dönemindeki konuyla ilgili tartışmaların ortadan kaldırmasının hedeflendiği dile getirilmektedir⁴⁵. Ayrıca “*işin gerektirdiği özen*” kavramına dair çerçeve çizilirken; yöneticinin, ortaklığın faaliyet konusu teşkil eden hususta, “*uzman*” bilgisine sahip olmasının “*aranmaması*” gerektiği⁴⁶ doğrultusundaki ifadelerle, bu yöndeki bir belirleme-

⁴³ Hükmün devamında dile getirilen bağıllık yükümlülüğü ile özen yükümlülüğü arasındaki farkı **Oser/Weber**, “*özen yükümünün, daha genel bir yüküm olan sadakat yükümlülüğünün bir anlamda somutlaşması*” nitelemesi ile ortaya koymaktadır. Bununla birlikte yazar, menfaatlerin genel olarak korunmasına ilişkin “*sadakat*” kavramının, iş görme yükümlülüğünün uygun ve gereği gibi ifasının arandığı “*özen*” kavramından daha geniş ve kapsamlı olduğunu ifade etmektedir. **OSER/WEBER**, BSK-OR I, Art.398, N. 8. Ayrıca bağıllık yükümlülüğünün özen yükümlülüğüne göre daha ağır ve kapsamlı, böylece de farklı bir yükümlülük olarak ele alınması gerektiği hususunda bkz. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 203. Bu farklılığı daha somut ifade etmek gerekirse; özenli davranma, aradaki ilişkiyle amaçlanan neticeye ulaşmaya yönelik bir eylem olarak “*dar anlamda sözleşmenin ifasının bir kriteri*” olarak değerlendirilmekteyken; sadakat ise, “*sözleşmenin ifasına yönelik eylemlerin özenli olarak yerine getirilmesinden çok, amaçlanan neticeye ulaşmak için gereken her şeyi yaparken, bu neticeye zarar verecek her fiil ve olgudan kaçınma durumu*” olarak değerlendirilmektedir. **GÜMÜŞ**, Özen Borcu, s. 142, 158. Aynı yönde bkz. **AKINCI, Şahin**, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, 2004, s. 15, 16. **Tandoğan** ise bu farklılığa ilişkin olarak, özen yükümlülüğünün işin bitimiyle son bulmaktayken, sadakat borcunun ise, işin bitiminden sonra bile -örneğin sır saklama yükümlülüğü olarak- devam edeceğini ileri sürmektedir. **TANDOĞAN**, C.II, s. 409. Aynı yönde bkz. **BAŞPINAR**, s. 145, 146.

⁴⁴ **Çamoğlu**, yönetim kurulu üyesinin özen borcunun, “*basiretli tacir gibi hareket*” yükümlülüğü ile aynı nitelikte olduğunu savunmaktadır. **ÇAMOĞLU**, Özen Borcu, s. 391. Aynı doğrultuda bkz. **ÖZ, M. Turgut**, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul, 1997, s. 105. **Arkan** da “*basiretli iş adamı*” kavramını “*objektif özen ölçüsü getirmekte olduğu*” fikrinden hareket ederek özen kavramı üzerinden nitelerken, “*tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi*” olarak ifade etmektedir. **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2017, s. 147.

⁴⁵ Gerekçede, madde metninde “*basiret ölçüsüne*” yer verilmemesinin bilinçli bir tavır olduğu, hatta bu ölçüden uzak durulduğu ve buna sebep olarak da Yargıtay uygulamasının, “*(...)basiretli iş adamı ölçüsünü sert ve hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlanmış(...)*” olduğu ifade edilmektedir.

⁴⁶ **TEKİNALP**, Yeni Hukuk, s. 280, prg. 12-118. Aksi görüşle **Pulaşlı**, bu fikre tamamen katılmanın mümkün olmadığını şu ifadelerle dile getirmektedir: “*Çünkü yönetim kurulu üyeliği görevinin, özellikle yan bir iş veya meslek olarak yapılması hiçbir şekilde tavsiye edilemez ve genel kurulca yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişi, anonim şirketin yönetim kurulu üyeliği sıfatının gerektirdiği işletme iktisadi, şirketler ve ekonomi hukuku, muhasebe, malî tablolar, organizasyon ve insan kaynakları konularındaki nitelikli bilgilere yeterli derecede sahip olmamasına rağmen görevi kabul etmiş ve daha sonra görevi*

de “nesnellik” kavramına başvurulmasının icap edeceği öngörülmektedir. Devamında ise nesnellik vurgusu ile, “benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen” kıstasının, yönetim kurulu üyesinin davranışlarında mevcut olup olmadığının tespitinin kastedildiği belirtilmektedir⁴⁷. Tüm bu hususlar, yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına ilişkin haklı sebep iddiasına dayanak teşkil etmesi açısından dikkatle değerlendirilmelidir.

Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, madde gerekçesindeki ifadelerin tamamına katılmak, yanlış olacağı gibi telafisi güç zararlara da sebebiyet verebilecektir⁴⁸. Söz konusu ifadelerin kayıtsız kabulü halinde, özellikle “görevin kabulü aşamasındaki özen” yükümlülüğünün ortaklık aleyhine yumuşatılarak etkisizleştirilmesi tehlikesi söz konusu olabilecektir⁴⁹. Oysa ki, anonim ortaklıkların faaliyet konularına bakıldığında; örneğin banka yönetim kurulu üyeliği veya sağlık alanında faaliyet gösteren bir ortaklık yahut ilaç ya da kimya alanında faaliyet gösteren bir anonim ortaklıktaki yönetim kurulu üyelerinin böylesine teknik uzmanlık gerektiren işlerle ilgili olarak belirli birikim ve eğitimlerinin bulunması gerekliliği ciddi anlamda önem arz edebilecektir. Bu anlamda örneğin bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinden, finansal tabloları konunun uzmanı olan denetçi gibi değerlendirmesi beklenemeyecek olmasına rağmen; bu tabloları okuduğunda yeterli ve uygun değerlendirmeyi yapabilme ve içeriğini bu seviyede anlayabilme bakımından asgari bir birikimin mevcudiyetinin aranması ise son derece makul bir beklenti olacaktır⁵⁰. Bu husus Federal Mahkeme tarafından verilen bir kararda da dile getirilmiştir⁵¹. Söz konusu yargılamada, savunma tarafından yöne-

gereği gibi yapamayacağını anlamasına rağmen istifa etmeyerek göreve devam etmişse, bu üyenin özensiz davranış sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olacağı açıktır.” PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 1, s. 52, 57; Aynı doğrultuda bkz. HACİMAHMUTOĞLU, The BJR, s. 137; HACİMAHMUTOĞLU, Özen Yükümlülüğü, s. 32.

⁴⁷ Gereğede nesnellik kavramı, “(...)görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır. ‘Tebirli yönetici’ terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder. Ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz.” ifadeleriyle tanımlanmaktadır.

⁴⁸ PULAŞLI, Özen Yükümlülüğü, s. 52.

⁴⁹ PULAŞLI, C. I, §30, s. 1152. prg. 687; PULAŞLI, Özen Yükümlülüğü, s. 52; HACİMAHMUTOĞLU, Özen Yükümlülüğü, s. 40; HELVACI, Hukuki Sorumluluk, s. 46.

⁵⁰ PULAŞLI, Özen Yükümlülüğü, s. 57; HACİMAHMUTOĞLU, Özen Yükümlülüğü, s. 33.

⁵¹ BGE 93 II 27 (<http://relevancy.bger.ch>) (e.t. 27.02.2022). Bu doğrultudaki bir başka yüksek mahkeme kararı ise, Amerika Birleşik Devletleri New Jersey Eyalet Yüksek Mahkemesi kararıdır. Söz konusu kararda, yönetim kurulu üyesinin, ortaklığın işletme konusuna dair hususlarda temel, yeterli ve gerekli bilgiye sahip olmaması halinde, bu hususa dair gerekli eğitimi alması ya da üyelik görevini kabul etmemesi gerektiği ifade edilmektedir. (Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814, 814-821 NJ 1981) HACİMAHMUTOĞLU, Özen Yükümlülüğü, s. 40; Ayrıca bkz. AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 66.

tim kurulu üyeliği görevinin yerine getirilememe sebebi olarak, bilgi ve uzmanlık eksikliği veya zaman azlığı gerekçeleri ileri sürülmüştür. Yüksek mahkeme tarafından ise bu yöndeki beyanların kabul edilmediği ve söz konusu savunmayı ileri sürenlerin, “banka yönetim kurulu üyeliği koltuğundan vazgeçmeleri gerektiği” gerekçesiyle taleplerinin reddedilmiş olduğu görülmektedir.

Nesnellikten kastedilenin ne olduğunun da, bu anlamda doğru tespit edilmesi gerekir. Nesnel ölçü, kural olarak “makul insanı” mihenk olarak alırken⁵²; makul olanın tespiti ise dürüstlük kuralına göre tayin edilerek “varsayımsal bir tip” oluşturulması önerilmektedir⁵³. Gerekçede de ifade edilen, “benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen” tabiriyle ortaya konulan kıstası, bu doğrultuda anlayıp kabul etmek daha doğru olabilir. Eğer kişinin sahip olduğu bilgi ve uzmanlığını aşacak düzeyde bir yönetim kurulu üyeliği teklifi söz konusuysa; bu ihtimalde kişi daha iş başında görevin sorumluluğunu da düşünerek yönetim kurulu üyeliğini kabul etmemelidir⁵⁴. Böylece özen yükümlülüğüne uyması beklenen yönetim kurulu üyesi, durum ve şartların gerektirdiği ölçüde, tehlike veya mevcut olumsuzluğu ortadan kaldırmak üzere -objektif ölçülerde- gerekli olan ve kendisinden beklenilebilecek tedbirleri almak zo-

⁵² **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), İstanbul, 1961, s. 51; **OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2018, C. II, s. 60, 61, prg. 162 vd.; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 569-571; **TİRYAKİ, Betül**, Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, Erzincan Üniversitesi HFD, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 270.

⁵³ **BENLİ, Erman**, İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü, MÜHF-HAD, C. 26, S. 1, Haziran 2020, s. 304; **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 38.

⁵⁴ Aksi halde, davranışının özensizliği anlamına gelecek olan, haklı ve makul bir dayanağı da bulunmayan bu cüretli tavrı neticesinde, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. **KENDİGELEN, Abuzer**, Hukuki Mütalaalar, C. IV, 2002, İstanbul, 2006, s. 88; **PULAŞLI, C. I**, §30, s. 1145, prg. 662; **BOZKURT YAŞAR**, s. 141-143. **Helvacı**’ya göre, yönetim kurulu üyeliği zorunlu bir görev olmamakla birlikte üyeliğin kazanılması da, ancak görevin önerildiği kişinin bu teklifi kabulü şartına bağlı olacaktır. Bu nedenle öncelikle “kişisel becerilerinin böyle bir görev için yeterli olmadığını bilen veya bilmesi gereken kişinin bu görevi kabul etmesi bile başlı başına bir sorumluluk nedeni olabilecek” ve bu kişi de görevi kabulü neticesinde oluşabilecek bütün zararlara katlanmak durumunda kalacaktır. Bununla birlikte yazar ihtiyatla, bir yönetim kurulu üyesinin her şeyi aynı anda bilmesinin de kendisinden beklenilemeyeceğini ifade etmektedir. Özen yükümlülüğünün bir neticesi olarak yönetim kurulu üyesinin, karşısına gelen durumlar içerisinde uzmanlığı, tecrübesi ve bilgisinin yeterli olmadığı hallerde gerekli araştırmayı yaparak, uzman ve yardımcılarına danışarak karar vermesi halinde özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağını belirtmektedir. **HELVACI**, Hukuki Sorumluluk, s. 46, dpn. 148; **BÖCKLI, Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich Basel Genf, 2009, § 13, N. 564. Aksi görüşle, üstesinden gelemeyeceği bir görevi kabul etmekle kişinin özensiz sayılmasının mümkün olamayacağı hususunda bkz. **TEKİNALP**, Fondaki Banka, s. 78-79, prg. 175; **WATTER, Rolf/ ROTH PELLANDA, Katja**, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art.530-964 OR, 5. Aufl., Basel, 2016, Art.717, N. 4; **KERVANKIRAN, Emrullah**, Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu -Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme-, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul, 2007, s. 256, 257.

runluluğu altında bulunduğunun farkında da olmalıdır⁵⁵. TTK md. 630/3’de dile getirilmekte olan ve “*yöneticinin özen yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal etmesini haklı sebep olarak kabul eden*” hüküm de bu doğrultuda değerlendirilmelidir. Bu ise görevin kabulü ile başlayan⁵⁶ ve üyelik süresince devamı beklenen bir dikkat ve özen sorumluluğunu gerektirecektir.

Gösterilen tüm özene rağmen, riskin gerçekleşmesi de mümkün olabilecektir. Bu halde yöneticinin sorumlu tutulamamasına yönelik bir imkan olarak doktrinde “*Business Judgment Rule*” (BJR) olarak adlandırılan kavrama değinmek gerekir. TTK md. 369 gerekçesinde bu kavram “*iş adamı kararı*” olarak dile getirilmektedir. Kurumsal yönetim ilkelerine dayalı olan bu “*tedbirli yönetici ölçüsü*” yaklaşımı, üyeyi sorumluluktan kurtaracağına dair bir sonuç vaat etmektedir⁵⁷. Bu sonucun gerçekleşebilmesi için, TTK md. 369 gerekçesinde ifade edildiği üzere, “*duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup, şirket zarar etmiş olsa bile, özensizlikten söz edilemez.*” Dolayısıyla bu ihtimalde, üye açısından herhangi bir sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Bazı hallerde, yönetim kurulu üyesinin haklı sebeple görevden alınmasına dair özen yükümlülüğü açısından gündeme gelebilecek sebepler ile üyenin sorumluluğuna gerekçe oluşturabilecek durumlar koşut olabilecektir. Özellikle bu hallerde “*iş adamı kararı ilkesinin*” görevden alınması düşünülen yönetim kurulu üyesine de, haklı sebep iddiasının dayanakları açısından bir koruma sağlaması mümkün olabilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, rizikonun vekil edende -yani ortaklıkta- olduğuna ve sonuca yönelik başarı koşulunun yönetim kurulu üyesi açısından söz konusu olmadığına dair ölçünün burada da uygulanacağı söylenebilir. Bu netice- nin pratikteki sonucu ise, artık üyenin görevden alınmasına yönelik karar hususunda, haklı sebep olgusunun yalnızca başarısız sonuç açısından değerlendirilemeyecek olmasıdır⁵⁸. Buradan hareketle, gerek sorumluluk ve gerekse görevden

⁵⁵ **TİRYAKİ**, s. 271, dpn. 20. Yönetim kurulu üyesinin, verilmiş olan bir karardan önceki safhada özen yükümlülüğüne riayet edip etmediğinin araştırıldığı durumlarda; söz konusu karardan önce, üyenin konu hakkında yeterince bilgi sahibi olup olmadığı; değilse konuyla ilgili gerekli araştırma ve analiz yapıp yapmadığının; uzmanlığını aşan hususlar için ise, uzmanlardan görüş ve tavsiye alıp almadığının tespiti gerekecektir. **KIRCA**, s. 93, 94.

⁵⁶ **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 196; **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1145, prg. 662.

⁵⁷ **BAHTİYAR, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2019, s. 248; **PULAŞLI**, I, §30, s. 1145 vd., prg. 664 vd.; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 188 vd. Ayrıca iş adamı kararı ilkesi korumasından yararlanılabilmesi için aranılan hususlara ilişkin bkz. **PULAŞLI**, Özen Yükümlülüğü, s. 59 vd. Bu ilkeyle, yönetim kurulu üyelerinin yönetim yetkilerinin kapsamının belirlenmekte olduğu, böylece yönetim kurulunun vereceği kararlardaki takdir yetkisinin sınırları ve çerçevesinin de bu şekilde çizilerek özen yükümlülüğünün de somutlaştırıldığı ifade edilmektedir. **BOZKURT YAŞAR**, s. 268.

⁵⁸ Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki sözleşmenin, gerek vekalet, gerek hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde de, bu iki sözleşmenin unsurları arasında, -eser sözleşmesinden farklı

alma hususunda haklı sebep olabilecek durumlar açısından “*gerekli özen*” olarak ifade edilen özen yükümlülüğü kavramının “*içeriğinin*” belirlenmesi gerekecektir. Özen yükümlülüğü, hedeflenen sonucun elde edilebilmesi açısından her ne kadar başarı odaklı olarak değerlendirilemeyecek ise de; normal şartlarda gerekli tüm girişim ve davranışlarda bulunmak ve kaçınılması gerekli tüm engelleyici davranışlardan da tedbirli bir yöneticiden beklenen özenle kaçınılması gerekliliğine; yönetim kurulu üyesi tarafından söz konusu olayda uyulup uyulmadığının araştırılması gerekecektir⁵⁹. Netice olarak, işadımı kararı ilkesinin uygulanması neticesinde, yönetim kuruluna ait olan yetkinin kapsam ve sınırları belirlenerek, böylece üyelerin verdikleri kararlarda dürüst ve yeterince itinalı hareket etmiş olmaları halinde, -sonuçların ortaklık menfaatlerine zarar verecek şekilde oluşması durumunda dahi- “*sorumlu tutulamamaları*” söz konusu olabilmektedir⁶⁰.

İş adamı kararı ilkesinin uygulamaya yönelik en güçlü yansıması olarak, bir sorumluluk davasında, “*usule ilişkin bir savunma aracı*” olmak yerine, “*yönetim kurulu üyesi lehine bir karine*” ortaya koymak suretiyle, bizatihi “*bağımsız bir hukuk kuralı*” olarak kabul edileceğinin ileri sürüldüğü görülmektedir⁶¹. İş

olarak vekilin sonuca dair taahhüdünün söz konusu olmadığı açıktır. Böylece yönetim kurulu üyesi açısından yalnızca yürütülen faaliyetin özenle görülmesi yükümlülüğü söz konusudur. Umulan başarılı sonucun elde edilememe riskinin ise, anonim ortaklığa ait olacağı kabulü gerekecektir. Aynı doğrultuda bkz. **YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak), İstanbul, 2014, s. 1164, 1193; **GÖKTÜRK, Kürşat**, Amerika, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi, İNÜHFD, C. 2, S. 2, 2011, s. 238 vd.; **ASLAN/GÜLER**, s. 56. Böylelikle de yöneticilerin, sorumluluk davasına muhatap olma ihtimaline dair baskıdan kurtarılmak suretiyle, -hata veya yanlışlığın insanoğluna has olduğunun kabulü neticesinde- takdir yetkisini dürüst şekilde kullanması halinde, yanlışlığın da mazur görülebilme imkanının söz konusu olabileceği dile getirilmektedir. Ayrıca diğer açıdan bu rahatlık ve güven ile gerektiğinde riskli denilebilecek ve fakat ortaklık menfaati lehine büyük kazançlara kapı açabilecek fırsatlara dair, yöneticilerin kararlarını temkinli, rasyonel ve fakat korkusuzca alabilmesi hususunda teşvik edilmiş olacakları ifade edilmektedir. **BOZKURT YAŞAR**, s. 6 vd. Bu anlamda ortaklığın, faaliyet gösterdiği sektördeki rakiplerine nispeten daha az kar elde etmesi ya da zararda olması gibi kistasların da, doğrudan haklı sebep olarak değerlendirilme sonucunu doğuramayacağı hususunda bkz. **PASLI/ SEYİS**, s. 58.

⁵⁹ **KENDİGELEN**, Mütalaalar IV, s. 88 vd.

⁶⁰ **Bozkurt Yaşar**, artık bu hal ve durumda mahkemelerin, yönetim kurulu kararları üzerinde yerindelik açısından inceleme yapamayacağını ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak ise, ortaklık yönetim kurulu üyeleri ve yönetim yetkisine sahip kişilerin, verdikleri kararların riskli ve öngörülemeyen neticeler doğurma rizikosunun her zaman için varlığının kabulü gerekeceğini dile getirmektedir. Bu prensibin ise, söz konusu yönetici kişilerin özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan sorumlulukları açısından, söz konusu kişiler lehine sınırlama imkanı getiren bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Yazar ayrıca, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun bir sonuç sorumluluğu olmadığını da göz ardı edilmeyerek, sadece ortaklığın zarar etmiş olmasının, bu anlamda yönetim kurulunun gerek kanundan ve gerekse ana sözleşmede belirlenen yükümlülüklerinin ihlalinin bir neticesi olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. **BOZKURT YAŞAR**, s. 268, 269. Aynı doğrultuda bkz. **GÖKTÜRK**, s. 229.

⁶¹ Bu karineden hareketle, iş adamı kararı ilkesinin bir “*davranış standardı*” olmaktan çok, yönetici davranışı açısından bir “*yargı denetimi standardı*” olarak nitelenmesi hususunda bkz. **BLOCK, Dennis J./ BARTON, Nancy E./ RADIN, Stephen A**, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate

adamı kararının mahkemelerce karine olarak kabulüne dair yaklaşımın bir başka yansıması da ispat külfeti açısından etkisini gösterecektir. Bu doğrultuda davacı tarafından, iş adamı kararı ilkesi unsurlarının⁶² yönetim kurulu üyesi tarafından yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları ispatlamak zorunluluğu doğmaktadır⁶³. Bu yaklaşımın konumuz açısından en somut neticelerinden birisi ise, yönetim kurulu üyesi hakkında verilecek görevden alma kararı açısından, iş adamı kararı ilkesinin, -hukuka uygunluk kuralı ilkesi olarak- belirleyici bir kıstas vasfında kabul edilmesi olacaktır⁶⁴.

İş adamı kararı ilkesi kavramının, özellikle yöneticilere yönelik müsamahalı tutumunun Amerika Birleşik Devletleri Hukuku açısından biraz daha geniş çerçevede değerlendirildiği görülmektedir. Bu anlamda yöneticilerin, mahkemelerden “*daha bilgili*” oldukları konulara ilişkin durumlarda; yönetim kurulu ve yönetici kararları hususunda artık mahkemelerce içerik denetiminin yapılamaması gerektiği yönünde eğilim söz konusudur. Bu doğrultuda ticari kararların ekseriyetle risk unsurunu da beraberinde taşıdığı ve insanların da hata yapabileceği hoşgörü-

Directors, 5. Edition, New York 1998, s. 4, 18. Ancak **Göktürk**, Amerikan hukuku açısından, yöneticilerin iş adamı kararı kıstaslarına uydukları yönündeki bu karinenin, Alman hukukunda mevcut bulunmadığını ve hatta aksine yöneticilerin, yükümlülüklerine uygun davrandıklarını ispat edene kadar, yükümlülüklerine aykırı davrandıklarının kabulü şeklinde, bu karinenin tersine uygulandığını ifade etmektedir. **GÖKTÜRK**, s. 228, 229.

⁶² Bu unsurlar, bir yönetim kurulu kararının tarafsız ve özgürce alınmış olması yanında, özen yükümlülüğüne uyulmak suretiyle şirket menfaatleri ve dürüstlük ilkesi doğrultusunda takdir hakkının iyi niyetli olarak kullanılmış olması gibi kıstasların; yerinde ve ölçülü olarak göz önünde bulundurulmak suretiyle, konunun içine araştırılarak gerekli ve yeterli bilgiye sahip olunduktan sonra alınmış bir karar olması gerektiğine ilişkindir. Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler hususunda bkz. **BENĞİ, Ali**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: “Business Judgment Rule” (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 87 vd.; **BOZKURT YAŞAR**, s. 59 vd. **Akdağ Güney**, varlığı aranacak unsurlara dair ayrıca, verilen kararların emredici hükümlere aykırı olmaması ve kararın içeriğinin savunulabilir ölçüde dürüstlüğü barındırması gereğini ifade etmektedir. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 190. **Pulaşlı** ise bunların yanında, söz konusu kararların, ortaklığın amacı ve konusu doğrultusunda; yönetim kurulu üyelerinin toplantılara düzenli ve aktif olarak katılımlarını da kapsayacak bir tavırla, şekli kurallara da uygun hareket edilerek ana sözleşme ve iç yönergelerle uygun bir vaziyette alınması halinde, unsurların tamamıyla yerine getirilmiş olacağını ifade etmektedir. **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1147 vd., prg. 668 vd.

⁶³ **HANSEN, Charles**, The Duty of Care, the Business Judgment Rule and the American Law Institute Corporate Governance Project, Business Lawyer Vol. 48, N. 4, August 1993, s. 1359-1361. Davacının iddialarını ispatlaması neticesinde yönetim kurulu üyesi lehine olan hukuka uygunluk karinesinin çürütülmesi durumunda, bu sefer ispat külfeti yer değiştirecek yönetim kurulu üyesine geçecektir. Artık mahkemeye hukuka uygunluk denetimi ve incelemesinin bu noktadan sonra başlayacağı ve -genel kurulun verilen kararındaki takdir yetkisi sorgulanmaksızın- söz konusu alınan kararlarda iş adamı kararı ilkesinin aradığı unsurların yerine getirilip getirilmediğine dair delillerin ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir. **BLOCK/ BARTON/ RADIN**, s. 18, 19; **BENĞİ**, s. 80, 81; **BİLGİLİ, Fatih**, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, 2004. s. 102.

⁶⁴ **BENĞİ**, s. 83.

sünden yola çıkılarak, başarılı ve yetenekli adayların yönetici ve yönetim kurulu üyesi olmaları hususunda teşviki amacıyla, onlara bir güvenli platform oluşturma çabasının öne çıktığı gözlenmektedir⁶⁵.

Bu anlamda nesnel özen ölçüsünün; bazı durumlarda, somut olayın koşulları gereği esnekleştirilebilme gereksinimi de doğabilecektir⁶⁶. Örneğin ortaklığın faaliyet alanı konusunda, “*konunun uzmanı*” olan bir yönetim kurulu üyesinden beklenilecek özen ile, aynı işletmedeki bu özelliklere sahip olmayan bir yönetim kurulu üyesinden beklenilecek özen aynı standartta olmamalıdır. Çünkü anonim ortaklığın, uzman olarak nitelenecek özelliklere sahip bir üyeyi seçmesindeki hedefi, amacı ve beklentileri bu anlamda göz ardı edilemeyecektir. Hatta yönetim kurulu üyesinin her bir farklı görev ve iş karşısındaki özen yükümlülüğünün de bu yaklaşımla ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir⁶⁷. Bu anlamda rizikosu yüksek bir faaliyet konusunun söz konusu olduğu ortaklık açısından, yönetim kurulu üyesinden beklenen özenin derecesi ve yoğunluğu da doğal olarak normalden daha üst seviyede olacaktır⁶⁸. Kuşkusuz bir yönetim kurulu üyesinin ortaklık faaliyet konusu ile ilgili bile olsa her konuda uzman olması beklenemeyeceği gibi; özellikle hızla gelişen ve değişen teknoloji karşısında bu durumun aksini ifade etmenin hakkaniyete de uymayacağı ortadadır. Ancak böylesine bir durumda yönetim kurulu üyesine düşen özenli davranış, üyenin gerektiğinde konunun ilgilisi olan uzmanlardan bilgi, destek ve danışmanlık hizmeti olarak doğru ve yerinde karar vermek hususunda gereken asgari özeni göstermiş olmasıdır⁶⁹.

⁶⁵ Yönetim kurulu üyelerinin yönetim yetkileri nedeniyle aldıkları kararları; karara ilişkin “*gerekli bilgileri almış, toplamış*” olmaları ve ortaklıkla çıkar çatışmasına girmeksizin, “*iyi niyetle*”, “*ortaklık açısından en iyi tercihi veya çözümü seçtiklerine inanarak*” vermeleri halinde; özen yükümlülüğüne uygun hareket ettiklerinin, -aksinin ispat edilebileceği- adi kanuni karine olarak kabul edileceği ve böylece üyelerin sorumlulukları açısından korunacakları adeta bir kalkan oluşturulmasının söz konusu olacağı savunulmaktadır. **HACİMAHMUTOĞLU**, The BJR, s. 111 vd.

⁶⁶ **BENLİ**, s. 307, 308. Yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne dair esnekliğin, objektif özen ölçütünün yükseltilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği, yoksa objektif ve nesnel ölçütün indirilmesinin mümkün olamayacağı hususunda bkz. **KIRCA, İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013, s. 661, 662. Aynı doğrultuda bkz. **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 35-37, 44.

⁶⁷ **DENT, George W**, The Revolution in Corporate Governance. The Monitoring Board and the Director’s Duty of Care, Boston University Law Review, May 1981, Vol. 61, N. 3, s. 668, 669, 681. Örneğin, yönetim kurulunda görev alan üyelere TTK md. 366/2 hükmü gereğince oluşturulacak denetim komitesine atanacak olanların, bu konuyla ilgili uzmanlıkları nedeniyle kendilerinden beklenen özen de yüksek seviyede olacaktır. **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 30, 33; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 196.

⁶⁸ **AKDAĞ GÜNEY**, Hukuki Sorumluluk, s. 64; **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 32.

⁶⁹ Üyenin danışmanlık ve destek aldığı hususla ilgili, bu bilgi ve desteği de anlayabilecek ve ortaklık menfaatine ilişkin olarak da, olaya uyarlayabilecek kabiliyet, tecrübe, bilgi ve özende olmasının aranacağı hususunda bkz. **PULAŞLI**, Özen Yükümlülüğü, s. 57.

Gerekli özen kıstasının her somut durumun kendine özgü şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bir kere, özen kavramının içeriğine dair, bir banka yönetim kurulu üyesinden beklenen özen standardı ile, küçük çapta ticari faaliyet yürütmekte olan bir anonim ortaklıktaki yönetim kurulu üyesinden beklenen özenin belirli açılardan birbirinden farklı olması olağandır. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin, yönettikleri ortaklığın ticari vasfı gereği, zaman zaman ekonomik kuralların makul gördüğü birtakim riskler aralarak karar vermesi, -örneğin krizlerin fırsata çevrilebilmesi gibi ihtimallerin doğması halinde- ortaklık adına riskler üstlenmesi durumlarının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekecektir. Hatta bu fırsatı değerlendirmekten kaçınan yönetim kurulunun sorumluluk açısından zor durumda kalması dahi muhtemel olabilir⁷⁰.

Özen yükümlülüğü açısından yönetim kurulu üyesinin, iyi niyet kavramından faydalanıp faydalanamayacağıın da değerlendirilmesi gerekmektedir. Klasik görüşe göre iyi niyet, *“bilmemek ve bilmesi gerekmemek”*⁷¹, yani bir başka ifadeyle, *“mazur görülebilir seviyedeki bilgisizlik veya yanlış bilgi”*⁷² olarak nitelenmektedir. Özellikle TTK md. 369 hükmündeki *“tedbirli bir yöneticinin özeni”* ifadesinin içeriğinin doldurulması açısından bakılacak olursa; TMK md.3/2’deki *“Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse, iyi niyet iddiasında bulunamaz.”* hükmü⁷³ ile, özensizlik olarak iddia edilen davranışın mazur görülebilir olup olmadığının birlikte tahlili, iyi niyetin gündeme gelebilmesi açısından önem arz edecektir⁷⁴. Yönetim kurulu üyesinin davranışı şayet tedbirli yönetici kıstası ölçütüne göre kendisinden beklenenin özenin altındaki bir seviyede değilse, artık bu durumun -bunu iddia edenler tarafından- özensizlik olarak ileri sürülebilmesi gerekir. Şayet bu davranışın mazur görülebilirliği kabul edilebilme-

⁷⁰ KIRCA, s. 90, dph. 25; PULAŞLI, C. I, §30, s. 1157, 1158., prg. 700, 701.

⁷¹ GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 110; EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, s. 263, 264.

⁷² AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1998, s. 147, 148; GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 111.

⁷³ Bu hüküm uyarınca, gerekli ve beklenen özeni göstermeyen kişi artık iyi niyetli olarak kabul edilemeyecektir. Dürüstlük ilkesi gereğince, *“bilmemek ve bilmesi gerekmemek”* tanımındaki kıstasların içeriği doldurulurken; bilgisizliğin mazur görülmesi imkanı ancak, bilgisizliğin giderilmesi için beklenen her türlü araştırmanın yapıldığı ve bu hususta gerekli olan gayret ve özenin en üst seviyede sarf edildiği kriterinin ispatı ile mümkün olabileceği kabul edilecektir. Aksi halde iddia edenin iyi niyetli olarak kabul edilemeyeceği ve iddia ettiği iyi niyetini ispatlamasına izin de verilemeyeceği, örtülü şekilde bir *“fiksiyon”* olarak, TMK md.3/2’de hüküm altına alınmış bulunmaktadır. GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 111; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, MÜHF-HAD, 2016, C. 22, S. 3, s. 1228 vd.; HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul, 2004, §13, s. 173, prg. 12, 13.

⁷⁴ KERVANKIRAN, s. 257.

teyşe, artık bu gerekçeye dayanılarak genel kurulca verilen bir görevden alma kararının haklı sebeplere dayanmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu husustaki ispat yükü ise, -TMK md. 3/2’de açıkça ifade edildiği üzere- iyi niyetin koruyucu etkisinden faydalanmak isteyen yönetim kurulu üyesine ait olacaktır⁷⁵.

Yönetim kuruluna, görev ve yetkilerine dair fonksiyonların icrası hususunda, TTK md. 366/2 hükmü gereğince kurul içerisinde komite ve komisyonlar kurmak yoluyla iş bölümü yapabilme imkanı verilirken; bunun yanında TTK md. 367 ve md. 370/2 hükümleri gereği de yetkilerini devretme⁷⁶ -delegasyon- olanağı getirilmiştir. Devredilen görev ve yetkilerle birlikte, bunların kullanılmasına ilişkin sorumluluk da -kural olarak- devredilmiş olurken; artık bu aşamada TTK md. 375 hükmü gereğince, yönetim kurulu üyelerinin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında yer alan gözetim yükümlülüğü ve sorumluluğu devreye girecektir. Özen yükümlülüğü kavramı bu yönüyle değerlendirildiğinde; yönetim kurulunun TTK md. 375/1-b hükmü gereğince, gözetim yükümlülüğü çerçevesinde; bir yandan “*yetki ve görevi devredeceği kişilerin seçiminde özenli davranmak*” suretiyle, devredilen yetki ve görevin üstesinden gelecek yeterli tecrübe, yetenek, uzmanlık ve bilgiye sahip kişileri seçmek zorunda olduğu görülmektedir⁷⁷. Bunun yanında, TTK md. 375/1-e-f-g hükmünce, devredilen görev ve yetkilerinin yürütülmesi ve ortaklığa bu hususta doğru bilgi akışının sağlanması gibi, yapılan işlemlerin sürekli takibi imkanına dair “*gözetim yükümlülüğü*” ise, yönetim kurulunun delegasyona dair sorumluluğunun diğer yüzünü oluşturmaktadır⁷⁸.

⁷⁵ **OĞUZMAN, M. Kemal**, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, 6. Bası, İstanbul, 1990, s. 160-162; **GÜMÜŞ**, Özen Borcu, s. 111. Bu konudaki değerlendirmede TTK md. 553/3 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekecektir. Ancak özellikle 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan değişiklik (TTK md. 553/2) sonucu ispat yüküne dair farklı görüşler gündeme gelmiştir. Bu hususlara ilişkin değerlendirmeler hususunda bkz. s. 24, 25, dpn. 83, 84.

⁷⁶ Yönetim kurulu, ortaklık ana sözleşmesinde bu hususta düzenleme bulunması halinde, sahip olduğu yönetim ve temsil yetkilerini, yönetim kurulu üyelerine yani murahhas üyeye ya da yönetim kurulu üyesi olmayan kişilere yani murahhas müdürlere devredebilecektir. Yönetim ise, devredilmediği durumlarda, TTK md. 367/2 gereğince kurul üyelerinin tamamına ait olacaktır.

⁷⁷ **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 47.

⁷⁸ **PULAŞLI**, Özen Yükümlülüğü, s. 39, 40; **HACİMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 48. TTK md. 375’in gerekçesinde bu husus, “*Üst gözetim ile kastedilen hem kurumsal açıdan hem de işletme iktisadi yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa, yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır.*” ifadeleriyle ortaya konulmaktadır. Ancak gerekçedeki, yönetim kurulunun kontrol ve denetim organı olmadığına ilişkin ifade ile kastedilenin, kontrol görevinin sürekli ve asli bir unsur olarak kabul edilmesinin yönetim kurulundan beklenemeyeceğine dair vurgu olduğunu düşünüyoruz. TTK md. 375 hükmünün, yönetim kuruluna belirli bir düzeyde kontrol ve denetim yetki ve sorumluluğu da verdiği açıktır. Hatta bu kontrol ve denetim hususunda yönetim kurulunun iç kontrol sistemleri oluşturarak, örneğin riskin erken saptanmasına ilişkin komiteler gibi bir takım kurum ve mekanizmalardan faydalanması da söz konusu olabilecektir. Yönetim kurulunun üst gözetim kapsamında, ortaklığın işleyiş sürecine ilişkin özellikle “*gündelik işlem ve faaliyetler*” hususunda müdürlere talimat vermesi beklenemeyecektir. Aynı doğrultuda bkz. **KAYIHAN, Şaban**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na

Gözetim yükümlülüğünün içeriği ve sınırlarının belirlenmesi hususunda, kanun koyucu tarafından TTK md. 553/2 düzenlemesi ve madde gerekçesindeki ifadelerin bir takım “yanılsamalara” sebebiyet verdiği burada önemle ifade edilmelidir. Bu konuya ilişkin olarak **Altay**, TTK md. 553/2 hükmü ve gerekçedeki ifadelerden, ilk bakışta kanun veya esas sözleşme gereği sahip olduğu yetki veya görevini devreden yönetim kurulu üyesinin, devredilen kişinin seçiminde özen göstermekle sorumluluktan kurtulacağı gibi bir neticenin ortaya çıkıyormuş gibi görüldüğünü ifade etmektedir. Yazar, böylece devredilenin seçiminde, gözetiminde ve talimat verilmesindeki özen yükümlülüğünün yalnızca seçimde özene indirildiği algısının oluşmasına rağmen; doğru bir neticeye ulaşmak için, gözetim sorumluluğunun kanuni dayanağını oluşturan TTK md. 375/1-a ve 1-e bentlerindeki düzenleme ile TTK md. 367, md. 369 ve md. 553/2 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Devamında ise, bu hususta “görünüştaki çelişkinin yorum yoluyla aşılması” ihtiyacını belirtmekle birlikte, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) md. 754/2 hükmü açısından konuya baktığında, söz konusu bu üç unsurun birlikte zikredildiğini dile getirmektedir⁷⁹.

Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara, 2011, s. 129, 162. TTK md. 375 hükmünde, TBK md. 66/2'deki adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından, “Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” hükmünün TTK'da ortaklıklar hukuku açısından yansımaları söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bu doğrultuda verilmiş olan bir karar hususunda ise bkz. **BGE** 122 III 195 ff. (<http://relevancy.bger.ch>) (e.t. 27.02.2022).

⁷⁹ Ayrıca yazar tarafından yönetim yetkisini devretmiş olan yönetim kurulu üyesinin, artık icradan sorumlu olmaksızın ve sadece gözetim yetkilisi sıfatına sahip olması nedeniyle, -şayet devredileni seçimde gerekli özeni göstermiş ise- artık burada asli sorumluluğunun bulunmayacağı, böylece sorumluluğunun yalnızca gözetimin yürütülmesi açısından değerlendirilmesi gerekeceği ifade edilmektedir. **ALTAY, Sıtkı Anlam**, Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 11 vd.; **Pulaşlı** da, TTK md. 553 düzenlemesindeki yaklaşımı çelişkili bulmakla birlikte, eserinde İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına (BGE 122 III 195-199) yer vermekte ve bu kararda, yönetim yetkilerinin delege edilmesi halinde, bu kişilerin seçiminde özenin yeterli olmayıp, gözetim sorumluluğunun içeriğinin, seçmek yanında gözetmede ve talimat vermede özen unsurlarını da kapsadığının, ayrıca gözetim sorumluluğu açısından, devredilenlerce yönetimde ağır hataların tespiti halinde yetki devrinin derhal geri alınması yükümlülüğünün de bulunduğunu ifade etmektedir. **PULAŞLI**, C. II, §55, s. 2025, 2026, prg. 8 vd.; **Doğan** ise, gözetim yükümlülüğüne ilişkin olarak, TTK md. 553/2 ile TTK md. 375 hükümleri arasındaki ilişkiye değinmeksizin, yönetim kurulu üyelerinin, yönetim yetkilerini delege ederken murahhasların seçiminde özen ve murahhasların gözetimi hususunda yükümlülüklerinin bulunmasına rağmen, talimat verme hususunda yükümlülüklerinin bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, murahhasların da yönetim kurulunun talimatlarına hiçbir şekilde tabi olmadığını, İsvBK md. 754/2 hükmünden çıkarılacak anlamın, yönetim kurulunun murahhaslara talimat vermesi değil de bilgi verilmesi olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir. **DOĞAN, Beşir Fatih**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 239, 279 vd.; **Doğan**'ın tespitlerinin isabetsizliği hususunda, İsvBK md. 754/2 hükmünde, bilgi verilmesinden değil, talimat verilmesinden bahsedildiği ve ayrıca bilginin yönetim kurulunun değil, murahhasların elinde olduğuna ilişkin haklı eleştiriler için bkz. **ALTAY**, Gözetim Yükümlülüğü, s. 7, dpn. 20.

Yönetim yetkilerinin delege edildiği durumlarda, -gözetim yükümlülüğü kapsamındaki- talimat verme yükümlülüğü yanında, yetkinin devredildiği kişiyi seçmek ve ayrıca gerekli durumlarda bu kişinin görevden alınması yükümlülüğünün de, söz konusu özen yükümlülüğü kapsamında kabul edilmesi söz konusudur⁸⁰. Yönetim yetkisinin kısmen ya da tamamen delege edilmesi ihtimalinde yönetim kurulu bu devri, bir iç yönerge⁸¹ düzenlenmesi ön koşulu ile gerçekleştirebilecektir. Gözetim yükümlülüğünün kapsamına, devredilen yetki ve görevlerin iç yönergede düzenlenen kıstas ve kriterlere uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğinin gözetiminin de dahil olmasından hareketle⁸²; bu hususlarda yönetim kurulu üyesince gösterilecek bir zafiyetin de gözetim sorumluluğu kavramı çerçevesinde değerlendirilerek, haklı sebep olarak kabulü söz konusu olabilecektir. Yalnız burada dikkat çekici önemli bir ayrıntı söz konusudur ki, o da ispat külfetinin aidiyeti ile ilgili olarak kanuni düzenlemeden kaynaklanan yeni tavrıdır⁸³. Ancak bu yenilik, bir belirsizliği ve çelişkiyi de içerisinde barındırmaktadır⁸⁴. TTK tasarısının md. 553/2 hükmüne dair ilk halinde ispat yükü, -klasik kusur karinesi gereği- sorumsuzluğa dair ispat külfetinin devreden kişilerde, -yani davalılarda- olduğu yönündeyken⁸⁵, sonrasında yapılan değişiklik neticesinde, -Adalet Komisyonu Alt Komisyon Raporu'nda, "*ifade düzgünlüğü sağlamak üzere değişiklik yapıldığı*" gerekçesine rağmen- ispat yükü tersine çevrilmek suretiyle, bu yükün davacıya yüklenerek bu günkü şeklini almış olduğu görülmektedir. Böy-

⁸⁰ ALTAY, Gözetim Yükümlülüğü, s. 13; PULAŞLI, C. II, §55, s. 2025, 2026, prg, 8 vd.

⁸¹ TTK md. 367'de iç yönergenin içeriğine ilişkin olarak, "*Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler.*" şeklinde açık ifadeler kullanıldığı görülmektedir.; Ortaklık ana sözleşmelerinin ortaklık anayasası hükmünde ve ortaklık için belirtilmesi gerekli temel ve asgari unsurları içermek durumunda olması yönüyle; kanunda belirtildiği gibi, özellikle organların işleyişi, bilgi akışı ve görev ve yetkilerin sınırlarının tayini için bu hususa ilişkin planlamanın ayrıntıları hususunda, yönergelerle yani iç düzenlemelere ihtiyaç duyulması bazen zorunluluk arz edebilmektedir. AYTAÇ, Züh-tü, Anonim Şirketlerde Yönergeler ve Organlar-Esas Sözleşme İlişkileri, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara, 2020, Yönergeler, s. 886.

⁸² KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s. 614, 615.

⁸³ Alman hukuku bakımından durum değerlendirildiğinde, iş adamı kararı kuralında ispat yükü yöneticilerin üzerinde olmasına karşın; Türk hukuku açısından ispat yükünü davacının omuzlarına yükleyen yaklaşımın Amerikan sistemine yakın olduğu ifade edilmektedir. KERVANKIRAN, s. 262.

⁸⁴ Bu süreçteki gelgit ve çelişkilere ilişkin ayrıntılı açıklamalar hususunda bkz. ALTAY, Gözetim Yükümlülüğü, s. 18, dpn. 45; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s. 616, dpn. 620.

⁸⁵ Bununla birlikte vekalet akitleri açısından da, vekilin asli borcunu yerine getirirken, özen borcunun yerine getirilmediğinin ispatına dair yükümlülüğün müvekkilde olduğu kabul edilmektedir. BAŞPINAR, s. 276. Müvekkilin, hedeflenen sonucun ortaya çıkmamasının sebebi olarak iddia ettiği vekilin özensizliğini ve sadakat borcunu yerine getirmedeğini ispatla yükümlü olması karşısında, vekilin bu iddiaya mukabil ancak kusuru olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmektedir. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 3. Bası, 2004, s. 385; GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 398. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de aynı doğrultudadır. HGK 19.12.1970 tarih, E. 1969/4-1575, K. 1970/686 (www.kazanci.com.tr) (e.t. 14.02.2022).

lece TTK md. 553/2 gereğince, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümdeki, “(...)görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.” ifadesi ile ispat yükünün, makul derecede özenin gösterilmediği iddiasında bulunan tarafa ait olduğu ifade edilmektedir⁸⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, TTK md. 553/3 hükmünde ifade edildiği üzere “kontrol dışında kalan aykırılık ve yolsuzluklar”; madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “insan takatinin üzerinde olma” kıstası göz önünde bulundurulurak, gözetim sorumluluğu dışında tutulmalıdır. Bu kabulün ise, yönetim kurulu

⁸⁶ Bu hüküm doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. **Hacimahmutoğlu**, her durumda ispat külfetinin özenin gösterilmediğini iddia edene ait olduğunu ileri sürmekle birlikte, TTK md. 553/2 hükmünde de, ispat külfetinin davalı yönetim kurulunda olmadığını açıkça belirtildiğini ifade etmektedir. **HACIMAHMUTOĞLU**, Özen Yükümlülüğü, s. 53, 54. Aynı doğrultuda bkz. **BAHTİYAR**, s. 395. Aksi kanaatle, bizim de katıldığımız gerekçelerle **Akdağ Güney**, her olayda ispat yükünün bu şekilde kabul edilmesinin doğru sonuçlar veremeyebileceğini ifade etmektedir. Yazar devamlı, özen kavramının doğası gereği ve özensizliğin iddia edildiği olaydaki muhtemel subjektif yönler nedeniyle, özensizliği iddia eden tarafın yönetim kurulu üyesinin özensizliğini ispatının makul olmayabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bu hususa ilişkin olarak özellikle bazı durumlarda, yönetim kurulu üyesinin özensiz davranışını meşrulaştıran sebepleri ortaya koyması imkanına dair gerekçeleri de ancak üyenin bilebileceği ve ispatlayabileceğini ifade ederek; böylece örneğin üyenin toplantıya katılmamasına ilişkin mazeretinin dayanağının; ya da delegasyon açısından yetkisini devrettiği kimsede ne tür kriterleri değerlendirip, seçimdeki özenini hangi ölçüdeki kıstaslara dayandırdığının kanıtlarına da ancak üyenin sahip olabileceği gerekçeleriyle, kusursuzluğunu ispat külfetinin yönetim kurulu üyesinde olması gerektiğini haklı olarak savunmaktadır. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 198-201. **Kendigelen** de benzer gerekçelerle, kusursuzluğunu ispat ile yükümlü olan tarafın sorumluluktan kurtulmak isteyen yönetim kurulu üyesi olması gerektiğini belirtmektedir. **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 460. **Moroğlu**, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının temelini kusur sorumluluğu olması ve ortaklık ile yönetim kurulu üyesinin arasındaki iş görme sözleşmesi vasfındaki ilişki nedeniyle, TBK md.112 hükmü gereğince, sorumluluktan kurtulma açısından ispat yükünün, kusurunun bulunmadığını iddia eden yönetim kurulu üyesinde olmasına rağmen, TTK md. 553 gereğince bu külfetin, özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden tarafa verilmesinin doğru olmadığını ifade etmektedir. **MOROĞLU, Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 345. **Altay**, ispat yüküne ilişkin olarak, gözetim yükümlülüğünün özenli bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin yargılama konusu olduğu bir sorumluluk davasında, murahhasın seçiminde özenli davranılmadığına ilişkin iddiasını -TTK md. 553/2'deki istisnai hal dışında- davacının kanıtlaması gerektiğini, davalının ise, buna karşılık olarak gözetimi özenle yürüttüğünü ve talimat verme konusunda da gerekli özeni gösterdiğini ispat ile yükümlü olduğunu ileri sürmektedir. **ALTAY**, Gözetim Yükümlülüğü, s. 19. **Helvacı**, devredilen görevlere ilişkin olarak, devralan kişilerin seçiminde makul özenin gösterilmediği durumlar hariç, devreden yönetim kurulunun sorumsuzluğunun esas olacağını ifade etmektedir. **HELVACI, Mehmet**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler, Avrupa Birliği Perspektifinden TTK Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Ankara, 2010, s. 250. **Kırca** ise, TTK md. 553/2 hükmünün kötü kaleme alındığını, hatta Adalet Komisyonunda gerekçe gösterilmeksizin yapılan değişiklik neticesinde oluşan bu belirsizlik nedeniyle ispat külfetinin davacıya yükletildiğine dair net ve açık bir ifadenin varlığından bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Yazar netice olarak ise, “hükümlerin yorumunda mehzazın da dikkate alınması yönündeki (meşhur) ilke karşısında” mehzaz İsvBK md. 754/2 hükmündeki gibi ispat yükünün yetkiyi devredene ait olduğunun kabulünün gerektiğini ifade etmektedir. **KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT**, s. 616, dpn. 620.

üyesinin gözetim yükümlülüğü açısından zafiyet gösterdiği iddiasıyla görevden alınması halinde, söz konusu iddianın haklı sebeplere dayanıp dayanmadığının tespiti açısından da bir kıstas olarak değerlendirilmesi gerekecektir⁸⁷.

Netice olarak, özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin gündeme gelebilecek durumların neredeyse tamamında, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin görevden alınabilme imkanı açısından haklı sebep koşulunun içeriğini dolduracak hususların bulunacağı söylenebilecektir.

V. BİR DEN FAZLA ORTAKLIKTAKİ ÜYE OLUNMA SEBEBİYLE GÖREVİN İFASINDA GÜÇLÜK

Yönetim kurulu üyeliği, -kurulun anonim ortaklıklar açısından önemi nedeniyle- ortaklığın faaliyet konusunda profesyonel olarak odaklanmayı ve bu göreve yerince zaman ayırmayı gerektirecektir. Bu anlamda üyenin yeri geldiğinde ani ve güncel gelişmeler karşısında en kısa sürede ve isabetli reflekslerle doğru, yerinde kararlar vermesi yönündeki ortaklık beklentileri de karşılanmış olacaktır. Böylece profesyonel bir bakış açısıyla, yeri geldiğinde üyenin, gündeminde bu görevine zihnen veya mesai olarak gerekenden daha fazla yer vermesi gerekliliğini doğurabilecektir. Bu anlamda murahhas üyelik ihtimali daha somut bir örnek olarak kabul edilebilir. Artık bu ihtimalde, üyenin -ikinci bir ortaklığın yönetim kurulu üyeliği sıfatına dair- bir başka sorumluluğu kaldırması mümkün olamayabilecektir. Aksi yöndeki düşünce, yönetim ve temsil anlamında doğru şekilde inisiyatif kullanma imkanını şüphesiz tehlikeye düşürebilecek; üyenin görev ve yükümlülüklerini yeterince ve gereğince yerine getirememesine sebep olabilecektir. TTK md. 364 hükmü gerekçesinde dile getirilen bu ihtimalde artık -ortaklık menfaatleri açısından- genel kurul tarafından katlanılmasını beklemek ise mümkün olamayacaktır.

Ancak sürekli ve temkinle yinelediğimiz üzere somut olayın özelliklerine göre, bir başka ortaklıkta yönetim kurulu üyeliği doğrudan tek başına bir haklı sebep oluşturmaz. Bu durum, yönetim kurulu üyesinin sorumluluklarını ve görevlerini aksatacak veya engelleyecek düzeyde ise; artık bu zafiyet genel kurulca nesnel kanıt ve örneklerle gerekçelendirilerek, görevden alma kararı açısından haklı sebep olarak ileri sürülebilecektir. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda da, limited ortaklık müdürünün ortaklığın faaliyet konusu aynı olan bir başka ortaklıkta ortak olduğu ve mesaisinin büyük çoğunluğunu da burada harcadığı; üstelik tüm bu fiilleri de anonim ortaklık genel kurulunun iznini almaksızın gerçekleştirdiği gerekçeleriyle, müdürün görevden alınmasına dair verilen ortaklar kurulu kararının, hukuka uygun bulunduğu görülmektedir⁸⁸.

⁸⁷ Bkz. yukarıda s. 21, dpn. 72.

⁸⁸ **11. HD** 24.02.1977 tarih, E. 570/K. 794; **11. HD** 04.05.2010 tarih, E. 9440/K. 4879. Kararlar için bkz. **ERİŞ, Gönen**, Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, İstanbul, 2017, C. III (Madde 452-644), s. 3078, 3079.

VI. GEÇİMSİZLİK

Piyasa şartlarının zorluğu ve katılığı nedeniyle, anonim ortaklığın faaliyetleri açısından, mümkün olduğunca soğukkanlı ve profesyonel reflekslerle karar verilmesi gereksinimi, yönetim kurulunun bu anlamda huzurlu, uyumlu ve ahenk içinde çalışmasını önemli hale getirecektir. Geçimsizlik kavramı, ortaklığın işleyişine, yönetimine, geleceğine dair planlarına ya da risklerle ilgili öngörü ve çözümlere yönelik ciddi fikir ayrılıklarının, ahenkli çalışmayı engelleyecek seviyeye ulaşması olarak nitelenebilecektir. Ayrıca ortakların kişisel nitelikteki gaye ve menfaatlerinin, ortaklık menfaatlerine nazaran ön plana çıktığı durumlarda, birtakım uyumsuzlukların gündeme gelmesi de söz konusu olabilir. Bu anlamda uyumsuzluğa sebep olacak birtakım olguların, yönetim kuruluna taşınmak suretiyle, sistemin düzgün çalışmasının engellenmesi de geçimsizlik kavramına dahil edilebilecektir.

Söz konusu kavram ile, ortaklığı daha iyi duruma getirmek adına ortaya konulan olumlu ve yapıcı anlamdaki fikir ayrılıklarından ziyade; mantıklı dayanakları olmaksızın, kişisel ve keyfi bir takım sübjektif sebeplerle; suni fikir ayrılıklarının, kastını aşacak şekilde ve abartıyla ifade edilmesinin kastedildiği açıktır. Çünkü yönetim kurulundaki üye sayısının çoğu kez birkaç üyeden fazla olmasındaki amacın; ortaklığın yönetimine dair faaliyetler ve hatta problemlerde çözüme ilişkin öneri ve önlemlerin olabildiğince geniş kapsamlı ve çok yönlü olarak “*istişare edilmek*” suretiyle ortaklığın menfaatine en uygun olanının seçilmesi olduğuna şüphe yoktur. Böylece ortaklık menfaati için gerekli olan verimliğe zarar verecek; ahenkli yönetim için gerekli olan huzur ortamı aleyhine ortaya konulacak her türlü olumsuzluk ve gerginliğin özellikle yönetime taşınmasına dair davranış, buna imkan veren yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması kararına yönelik haklı sebep olarak nitelenebilecektir⁸⁹. Bu hususun TTK md. 364 hükmünün gerekçesinde de ayrıca teyit edilmekte olduğu gözlenmektedir.

VII. NÜFUZUN KÖTÜYE KULLANILMASI - YOLSUZLUK

Konumuzla ilişkili olarak “*nüfuz*” kavramının karşılığı “*istediğini yaptırma gücüne sahip bulunma, itibar*”⁹⁰ olarak nitelenmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin, taşıdıkları yönetim yetkisi nedeniyle, -ortaklığa dair pek çok konuda- pay sahipleri ve diğer yöneticilere oranla çeşitli imkan ve geniş yetkilere sahip olabilmeleri, ortaklıktaki nüfuzları olarak kabul edilebilir. Böylesine imtiyazlı bir konunun, yönetim kurulu üyesi tarafından bir güç aracı olarak kendi kişisel menfaatlerine yönelik kötüye kullanılabilme ihtimalini engellemek adına kanun ko-

⁸⁹ RAGUß, Gerd, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, Vertag und Haftung von Vorstandsmitgliedern, 2. Aufl., Heidelberg-London-New York, 2009, s. 168.

⁹⁰ Bu ifadenin ayrıca “*sözü geçme, sözünü geçirme gücü*” anlamı hakkında bkz. <http://www.tdk.gov.tr> (e.t. 28.03.2022)

yucunun birtakım tedbirler almış olduğu görülmektedir. Bu yöndeki önlemlerin, yönetim kurulu üyesinin “*bilgi alma hakkı*”⁹¹ yanında, “*menfaat çatışmalarından kaçınma yükümlülüğü*”⁹² ve “*pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü*” olarak somutlaştığı söylenebilecektir.

Eşit davranma yükümlülüğü ilkesiyle, yönetim organının takdir yetkisini kullandığı durumlarda; birtakım pay sahiplerine karşı üyelerin diğerlerinden farklı imkan, kolaylık veya menfaat sağlayamaması ya da bazı pay sahiplerinin çıkarlarını diğerlerinden önde tutamayacak olması kastedilmektedir. Çünkü yönetim organı, -keyfilikten uzak bir şekilde- pay sahipleri arasında da bir denge kurmak yükümlülüğü yanında, ortaklığın çıkar ve menfaatlerini ön planda tutmak zorundadır⁹³. Eşit işlem ilkesine aykırılığın olup olmadığı hususu ise her somut olayda, işlemin objektif kriterlere uygunluğu yönüyle hakimın takdir yetkisine ve hakkaniyete göre değerlendirilebilecektir⁹⁴. Örneğin gereklilik ve orantılılık esasının aşılması koşuluyla, -TTK md. 369’da da ifade edilen ortaklık menfaatleri gereğince- dürüstlük kurallarına uyularak; yapılan işlem neticesinde “*bir grubun haksız şekilde kayırılması ya da zarara uğratılması söz konusu olmayacaksa*”, eşitlik ilkesinden belirli bazı durumlarda ayrılanın mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁹⁵.

⁹¹ Bu ayrıcalık imkanının, yönetim kurulu üyesinin bilgi alma imkanı ile pay sahibinin bilgi alma hakkı arasındaki nitelik ve nicelik farkıyla somutlaştığı görülmektedir. TTK md. 392’ye göre, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı açısından geniş bir imkanın söz konusu olduğu görülmektedir. Buna rağmen pay sahibinin bilgi alma imkanının TTK md. 437’de hüküm altına alınmış olduğu ve belirli bir çerçevede dahilinde kullanılabilir şekilde bu imkanın sınırlandırıldığı gözlenmektedir. Yani pay sahibinin haberdar olamayacağı ortaklık sınırlarından, yönetim kurulu üyesi -görevi gereği- istediği zaman haberdar olabilecektir. Ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri Seri: IV, No: 56, Bölüm IV, 4.4.2’de “*Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli*” başlıklı düzenlemede de yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ayrıcalığı açıkça ifade edilmektedir.

⁹² Muhtemel bir menfaat çatışması durumunda, yönetim kurulu üyesinin kendi menfaati yerine, yönetiminde yer aldığı ortaklığın yani pay sahiplerinin bütününe menfaatini üstün tutmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe dayalı olarak, yukarıda sadakat yükümlülüğü gözlenmektedir. İfade edilen bazı durumların -özellikle yönetim kurulu üyesi tarafından, ortaklık yönetiminde yer alması nedeniyle sahip olduğu imkanları kötüye kullanarak- kişisel menfaate dönüştürüldüğü hallerde, nüfuzun kötüye kullanılması kavramı içeriğine de dahil edilebilecek haller ortaya çıkarabilecektir.

⁹³ **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 183; TTK md. 357’deki “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur.*” ifadesinden hareketle, burada objektif ve nesnel kriterlere dayalı, keyfilikten de uzak davranışlara dayanan bir eşitlik anlayışından bahsedilmektedir. **YAĞMUR, Setenay**, Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 50, 51; **AKIN, Murat Yusuf/ YAĞMUR, Setenay**, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 144, 2018, s. 100, 102.

⁹⁴ **YAĞMUR**, s. 57; **AKIN/YAĞMUR**, s. 102.

⁹⁵ **KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT**, s. 143, 144; **YILDIZ, Sükrü**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, 2004, s. 89; **NOMER, N. Füsün**, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 486; **ERDEM, H. Ercüment**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 404; **PULAŞLI, C. I**, §30, s. 1084, 1085,

Tüm bu tedbir ve temkine dair yaklaşıma rağmen, yönetim kurulu üyesi tarafından sahip olunan yetki ve nüfuzun ortaklık menfaatine kullanılmaması halinde⁹⁶; bu durumun da -somut olay adaletini sağlamak ön şartı ile- haklı sebep olarak görevden alma kararına gerekçe oluşturması muhtemeldir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ortaklığın mutlaka zarar görmesinin gerekmeceğidir. Çünkü bir zarar söz konusu olmasa bile, aradaki yoğun güven ilişkisinin önemi nedeniyle, bu güven ilişkisinin zayıflaması veya yok olması halinde, bahsi geçen ihtimaller, yönetim kurulu üyesinin görevden alınması açısından haklı sebep olarak kabul edilebilecektir⁹⁷.

Bununla birlikte yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu yetki ve görevlerin ihlal veya ihmalden daha fazlasını karşılayan ve bazı durumlarda bunların kötüye kullanılması manasına gelen “yolsuzluk” kavramı da -tıpkı nüfuzun kötüye kullanılması gibi- TTK md. 364 gerekçesinde görevden almaya ilişkin haklı sebep olarak değerlendirilmektedir. Yolsuzluk, sahip olunan yetki ve görevin kötüye kullanılması⁹⁸ yanında; bir fiili kanuna, kurala ve yönetime aykırı olarak yapmak⁹⁹ yoluyla da gündeme gelebilecektir. Yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatleri ya da temsil ettiği kişi veya grupların menfaatlerini, ortaklık menfaatleri önünde tutmaya yönelik davranışlarını yahut bunlara dair bilgi ve belgeleri gizlemesi veya yok etmesi de yolsuzluk kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. Böylece bazı durumlarda nüfuzun kötüye kullanılması, amaçlanan yolsuzluk için bir vasıta olarak kullanılabilir.

prg. 491; YAĞMUR, s. 51, 52, dph. 183, 184, 185. Ayrıca, TTK md. 369 hükmünde geçen ortaklık menfaati kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından, anonim ortaklığın iktisadi ve hukuki alandaki varlığının en üst seviyede süreklilik ve istikrarının sağlanması olarak ifade edilmesi hususunda bkz. HELVACI, Mehmet/ ÇAMURCU, Emin/ TÜRKYILMAZ, İsmail, Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 311, 312; AKIN/YAĞMUR, s. 97, 99.

⁹⁶ Bu çekince ve temkin, kanunda da karşılık bulmakta olup, TTK md. 357 hükmünün gerekçesindeki, “(...)Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir.” ifadesinde de görülmektedir.

⁹⁷ PULAŞLI, C. I, §30, s. 1008, prg. 242; MİNELİLER, Zeynep, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketlerin Haklı Nedenle Feshi, GÜHFD, 2012, C. XVI, S. 3, s. 96; Ancak Yargıtay tarafından verilen bir kararda, haklı sebebin varlığının kabulü için ortaklığın bu sebep nedeniyle zarar gördüğünün ispat edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. HGK 16.11.2005 tarih, E. 2005/11-542, K. 2005/619 (www.kazanci.com.tr) (e.t. 14.02.2022). Haklı sebep koşulunun, her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir kavram olması karşısında, bu yaklaşımın kabulü zordur. Özellikle vekalet sözleşmesi hükümlerinin baskın olarak kabul edildiği yönetim kurulu üyeliği açısından güven unsurunun, haklı sebep kavramı açısından da önemi dikkate alındığında, bu bakış açısının yanlış ve adil olmayan sonuçlara sebep olabileceği aşikardır. Çünkü üyenin bir davranışı neticesinde zarar oluşmamış olsa da, bu davranış nedeniyle ortaklığın yönetim kurulu üyesine karşı duyduğu güvenin sarsılması mümkün olabilecektir. Böylelikle üyenin daha sonraki dönemde ortaya koyabileceği muhtemel olumsuz davranışlar açısından ise, ortaklığın bu duruma katlanmasının beklenemeyeceği haller de oluşabilir.

⁹⁸ Kelimenin bu yöndeki karşılığı hususunda bkz. www.sozluk.gov.tr (e.t. 17.11.2022)

⁹⁹ Yolsuzluk tabirinin bu yöndeki karşılığı hususunda ise bkz. www.google.com (Oxford Languages sağlayıcısı aracılığıyla) (e.t. 17.11.2022)

Yolsuzluk olarak nitelenebilecek olan; “*dürüst hesap verme yükümlülüğüne aykırılık*” ya da “*otaklığa ait malvarlığının kişisel veya temsil ettiği menfaat grubun malvarlığına aktarılması*”, “*içerideki bilginin kanuni olmayan ölçüde dışarıya aktarılması*”, “*ortaklık imkanlarının, ihmali aşan düzeyde kişisel olarak kullanılması*” gibi sahip olunan yetkinin kötüye kullanılması sonucunu doğuracak davranışlar, bu kavrama dair örnekler olarak sayılabilir. Yönetim kurulu üyesi tarafından yapılacak olan yolsuzluk veya bu neticeye yönelik bir aldatma hali, basitçe ifade etmek gerekirse; yönetim kurulu üyesinden beklenen “*dürüst şekilde davranma yükümlülüğünün ağır şekilde ihlali*” anlamına gelebileceğinden, artık üyenin görevden alınması hususunda haklı sebep olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁰.

VIII. POLİTİK NİTELİK TAŞIYAN SEBEPLER

TTK md. 364 hükmünün gerekçesinde bu hususa ilişkin yaklaşım, “*Sadece politik nitelik taşıyan bir sebep, özellikle bilgisi ve ehliyeti ile yararlı olan bir üye yönünden haklı sebep oluşturulması ratio legis’e uymayabilir.*” ifadesiyle ortaya konulmaktadır. Politik nedenlerin görevden alma kararına gerekçe olması, -kavramın esnek yapısı nedeniyle- şüphesiz her somut olaya göre ayrıca ve titizlikle değerlendirme yapılmayı gerektireceği gibi; politik farklılıkların ortaklığın yönetimi hususundaki işleyişi etkileyip etkilemediği hususunun bu anlamda, nesnel bir takım durum ve bulgular üzerinden değerlendirilmesi zorunludur.

Madde gerekçesinde yer alan “*politik nedenler*” tabirinin ilk akla gelen anlamıyla yorumu bu şekilde yapılabilecek ise de; bu tabirin mecazi anlamının göz önünde bulundurulmasının, fonksiyon açısından yapılacak bir değerlendirmede konuya daha geniş bir bakış açısı katabileceği kanaatindeyiz. Politika kelimesinin mecaz olarak ifade ettiği durum, “*bir hedefe varmak için, karşındakilerin zayıf noktalarından veya aralarındaki uyumsuzlıklardan yararlanma ve bunun gibi yollarla işini yürütme*”¹⁰¹ sözleriyle dile getirilmektedir. Böylece kanun koyucunun, seçtiği “*politik sebep*” tabirinin bu mecazi anlamıyla da, yönetim kurulu üyesinin haklı olmayan sebeplerle görevden alınması yönündeki bir genel kurul kararının engellenmesi gerektiği yaklaşımını kastettiği söylenebilecektir. Bu ifadelerin hemen devamında “*özellikle bilgisi ve ehliyeti ile yararlı olan bir üye yönünden haklı sebep oluşturması*” ihtimalinin ratio legis’e uymayacağına ilişkin kaygı da bu yöndeki nitelemeyi teyit etmektedir. Netice olarak gerekçede ortaya konulmuş olan bu bakış açısının, genel kurulca verilecek bir görevden alma kararının, hakkın kötüye kullanılması yasağı aleyhine alınmasını önleyici bir tedbir olarak değerlendirilmesi gerekli olacaktır.

¹⁰⁰ RAGUB, s. 168. Vekilin dürüst olmayan davranışları açısından aynı doğrultuda bkz. TANDOĞAN, C.II, s. 636. Tasfiye memurları açısından aynı yöndeki kanaatler hususunda bkz. ŞENER, Tasfiye Memuru, s. 177.

¹⁰¹ Kelime manası olarak karşılığı için bkz. www.sozluk.gov.tr (e.t. 17.11.2022)

IX. AĞIR İHMAL

Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri TTK md. 375’de sayılırken, bunlarla birlikte yönetim kurulu üyelerinin belirli yükümlülüklerinin de madde metninde dile getirilmiş olduğu görülmektedir. Bu görev ve yükümlülükler aykırılık oluşturacak bir davranışın, bazı hallerde üyenin kusursuzluğuna rağmen meydana gelmesi söz konusu olabileceken; bazı durumlarda üyenin kanunen kendisine verilmiş bu görevleri kusurlu olarak yerine getirmemesi de mümkün olabilecektir. Her ne kadar haklı sebebin varlığının kabulü için kusur bir şart olmasa da¹⁰², TTK md. 219 hükmüne göre yönetim görevinin yerine getirilmesinde “*ağır ihmâl*” olarak nitelenebilecek bir fiilin, yöneticinin görevden alınması açısından haklı sebep olarak nitelenmekte olduğu görülmektedir.

Kelime manası “*önem vermeme, gereken ilgiyi göstermeme, bir işin önemsenmeyerek savsanması*”¹⁰³ olan *ihmal* kavramın hukuki literatürdeki karşılığı, hukuka aykırı sonucun arzu edilmemesine rağmen, bu sonucu engelleyecek iradenin yeterli derecede kullanılmaması ve bu doğrultuda durum ve şartların gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemiş olmasıdır¹⁰⁴. *Ağır ihmâl* ile kastedilen ise, makul ve ortalama bir kişiden beklenebilecek en basit tedbir ve önlemin dahi alınmaması, en küçük özenin bile gösterilmemesi neticesindeki ihmâlin ağır bir şekilde tezahürü olarak nitelendirilebilir¹⁰⁵. Yönetim kurulu üyesine emanet edilmiş olan ortaklığın yönetim ve temsili açısından, beklenen ve gerekli olan en asgari seviyedeki özeni bile göstermeyerek, en basit tedbiri bile almaması¹⁰⁶; bu güven sorumluluğuna aykırı olarak görevini savsayan üyenin görevden alınmasına ilişkin haklı sebep olarak kabul edilebilecektir.

¹⁰² RAGUŞ, s. 167; ÇAMOĞLU, Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul, 2008, § 4, s. 79, 80. Tasfiye memurları açısından bkz. ŞENER, Tasfiye Memuru, s. 176; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, İstanbul, 2019, s. 522, prg. 1718n.

¹⁰³ Kelime manası olarak karşılığı için bkz. www.sozluk.gov.tr (e.t. 17.11.2022)

¹⁰⁴ TEKİNAY, Selahattin S./ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 494; EREN, s. 576 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 58, prg. 159. İhmâlin varlığının tespiti için öncelikle özen kavramının sınırlarının çizilmesi gerektiği hususunda bkz. TIRYAKI, s. 271; BENLİ, s. 301. Ayrıca doktrinde “*kusur*” kavramının “*kast*” ve “*ihmal*” olarak ikiye ayrıldığı, kasıt ile “*ağır ihmâl*” kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. TANDOĞAN, Akdî Mes’uliyet, s. 54; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021, s. 409.

¹⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; TANDOĞAN, Akdî Mes’uliyet, s. 54, 55, dpn. 20; BENLİ, s. 301; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 58, prg. 159.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, Akdî Mes’uliyet, s. 54, dpn. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 58, prg. 159; BENLİ, s. 301.

X. YÖNETİMDE İKTİDARSIZLIK

Yönetim kurulu, anonim ortaklıklarda ortaklığın temsili yanında yönetim yetkisinin de emanet edildiği bir organdır. Anonim ortaklıkların büyük ölçeklere ulaşabilecek muhtemel kapasiteleri; hem ortaklığın yönetim organizasyonu ve koordinasyonunda, güçlü, etkin, tecrübeli ve muktedir bir yönetim kurulumu gerekli kılacaktır. Bunun yanında kurulun yönetim yetki ve gücünü bölüştüğü murahhaslar, müdürler, temsilciler, komiteler ve diğer ortaklık mekanizmaları üzerinde gerek bunların seçimi ve gerekse gözetimi sorumluluğuna dair hassas, yetkin ve kararlı bir yönetim tavrı da, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinden haklı beklentisi olarak somutlaşacaktır.

Şayet yönetim kurulu tüm bu gereklilikleri sağlama hususunda zafiyet içerisindeyse; şüphesiz ki bu durumun, ortaklık yönetim hiyerarşisi içerisinde, -uzun vadede dahi olsa- birtakım hissedilebilir neticeleri doğacaktır. Bu neticeler, ortaklığın iktisadi durumu açısından belirginleşebileceği gibi, bir takım işleyiş sıkıntıları ve ahengin bozulması şeklinde somutlaşması da muhtemeldir. Örneğin genel kurul tarafından bu hususların, ibraya dair müzakereler veya ortaklık yıl sonu faaliyet raporunun değerlendirilmesi sırasında fark edilmesi ya da gündeme getirilmesi de mümkün olacaktır. Yönetim kurulunun ortaklığın güvenini yitirmesi sonucunu da doğuracak sebeplerden biri olarak ifade edebileceğimiz, yönetimdeki gerek ihmal veya ihlal sayılabilecek durumlar ve gerekse tecrübesizlik ve ehliyetsizlikten kaynaklanabilecek zafiyet nedeniyle hiyerarşik olarak alt kadrolar üzerinde etkin ve muktedir olamama durumu; -haklı sebep açısından pek çok ihtimalde gündeme gelen ve öne çıkan- güven unsurunun zedelenmesine sebep olacaktır.

Profesyonel bir yönetimin kararlı, istikrarlı ve net tutumu, pay sahiplerinin ortaklığa katılırken taşıdıkları, amaç ve hedeflerinin, umut ettikleri ölçüde gerçekleşmesi açısından mühim ve zorunludur. Beklenen kararlılığı görmeyen pay sahipleri, bir anlamda kurul üzerindeki denetim yetkilerini kullanarak bu hususta tespit ettikleri eksiklik veya zafiyetleri, yönetim kurulu üyesini görevden alma açısından, haklı sebep olarak değerlendirebileceklerdir¹⁰⁷. TTK md. 219 hükmünde de bu kavramın, yöneticinin görevden alınması açısından haklı sebep olarak kabul edilmekte olduğu görülmektedir.

XI. ORTAKLIK ANA SÖZLEŞMESİNDE BELİRLENEN YÜKÜMLÜLÜKLERİN AĞIR ŞEKİLDE İHLAL EDİLMESİ

Yönetim kurulu üyelerinin, aynı zamanda hakları olarak nitelenen, yönetim ve temsil yetkilerine dair birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁰⁸. Bu anlamda

¹⁰⁷ RAGUŞ, s. 168.

¹⁰⁸ ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP), Ortaklıklar I, s. 410, 411, prg. 563, 564; BAHTİYAR, s. 245. İdare ve temsil görevlerinin yönetim kurulu üyesi tarafından "bizzat" yerine getirilmesi yükümlülüğü bulun-

sadakat yükümlülüğü başlığı altında saymış olduğumuz, ortaklıkla işlem yapma ve borçlanma yasağı ile rekabet yasağına uyma yükümlülüğü¹⁰⁹; nüfuzun kötüye kullanılması başlığı altında değindiğimiz, bilgi alma hakkıyla beraber kullanılabilir inceleme yükümlülüğü¹¹⁰; eşit davranma yükümlülüğü¹¹¹; görüşmelere katılma yükümlülüğü yanında kanunda belirlenen koşullarda müzakereye katılmama yükümlülüğü¹¹²; özen yükümlülüğü¹¹³; yönetim ve gözetim yükümlülüğü¹¹⁴ gibi hususlar, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin bu görevin ifası sırasında sorumlu olduğu yükümlülükleridir¹¹⁵.

Yönetim kurulu üyesinin kişisel nitelikleri hususunda, ana sözleşmede bir takım ek koşulların düzenlenebilmesi¹¹⁶ yanında; TTK md. 630/3 hükmüyle, yöneticiye ortaklık sözleşmesi ile kanunda sayılanlar yanında başkaca yükümlülüklerin de yüklenebilme imkanı getirildiği görülmektedir. Bu hükmün atfıyla, tıpkı kanunda sayılan yükümlülükler gibi, anonim ortaklık ana sözleşmesiyle de bir takım yükümlülüklerin yönetim kurulu üyeleri hakkında öngörülebilmesi mümkün olacaktır. Böyle bir imkanın ortaklık ana sözleşmesinde öngörülmüş olması halinde, ana sözleşmede yer alan ve yönetim kurulu üyesinin uymakla yükümlü olduğu hususlardan her hangi birinin “*ağır şekilde ihlali*” de, yönetim kurulu üyesinin kendisine teslim ve emanet edilen görevi liyakat ve özenle yapmaması olarak nitelenecektir. Bu durum ise -bir çok durum için dile getirdiğimiz- ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki “*güveni unsurunu zedeleyici*” fonksiyonu nedeniyle; üyenin görevden alınması açısından haklı sebep olarak değerlendiril-

maktadır. Böylece yönetim kurulu üyeliği vekaleten bir başkası tarafından yürütülemeyeceği gibi; ana sözleşmede yer alması kaydıyla yönetim ve temsil yetkilerinin delege edilebilme imkanı kanunda TTK md. 367, md. 370'de düzenlenmiş olsa da, TTK md. 375 gereğince bazı görev ve yetkilerin devri ise mümkün olamayacaktır. **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 181 vd.

¹⁰⁹ **BAHTİYAR**, s. 245 vd.; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 203, 212 vd.; **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1159 vd., prg. 702 vd.; **ŞENER**, Ortaklıklar, s. 416 vd.; **BİLGİLİ/ DEMİRKAPI**, s. 394 vd.

¹¹⁰ **BAHTİYAR**, s. 247; **ŞENER**, Ortaklıklar, s. 408 vd.; **BİLGİLİ/ DEMİRKAPI**, s. 388 vd.

¹¹¹ **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 182 vd.; **KUTGİ TAŞAN**, **Ayşe Selcen**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar, İTÜSB, Y. 17., S. 34., Güz 2018/2, s. 146.

¹¹² **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 208 vd.

¹¹³ **BAHTİYAR**, s. 247 vd.; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 187 vd.; **BİLGİLİ/ DEMİRKAPI**, s. 393 vd.; **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1139 vd., prg. 648 vd.

¹¹⁴ **PULAŞLI**, C. I, §30, s. 1137 vd., prg. 640 vd.; **BAHTİYAR**, s. 245; **BİLGİLİ/ DEMİRKAPI**, s. 393; **AKDAĞ GÜNEY**, Yönetim Kurulu, s. 181.

¹¹⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, yükümlülük kavramı yasak kavramından farklıdır. Burada kaçınması gerekli olan değil, yönetim kurulu üyesinin bilhassa yapması gerekli olan işlemlere ilişkin kısıtlar söz konusudur. Özellikle ortaklık ile işlem yapma ve borçlanma yasağı ile rekabet etme yasağı hallerinde, genel kurulun alacağı bir kararla üyeye izin verilmek suretiyle, bu yasağa uyma yükümlülükleri etkisiz hale getirilebilmekteyken; üyenin bunlar dışındaki yükümlülükleri mutlak olup, etkisizleştirilemeyeceği gibi değiştirilemeyecektir. **KUTGİ TAŞAN**, s. 144.

¹¹⁶ **KARASU**, **Rauf**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 149.

rilebilecektir¹¹⁷. TTK md. 630/3 düzenlemesinde de bu hususun açıkça hüküm altına alınmakta olduğu görülmektedir. İhlalin ağırlığı ve görevden alma kararına dayanak olacak düzeyde haklı sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğinin takdirinde değerlendirmenin, burada da somut olayın kendi özellik ve şartlarına göre, olabildiğince nesnel bulgular üzerinden yapılması gerekecektir.

SONUÇ

Anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmesel ilişkinin vekalet benzeri bir ilişki olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmektedir. Her ne kadar vekalet ilişkisi hususunda tarafların herhangi bir sebep ileri sürmeksizin sözleşmesel ilişkiyi tek taraflı sona erdirmeye imkanları bulursa da kanun koyucu tarafından TTK md. 364 hükmü gereğince gündemde madde bulunmaması halinde, ortaklık tarafından üyenin görevden alınarak sözleşmesel ilişkinin sona ermesi hususunda haklı sebep koşulu öngörülmüştür. Böylelikle genel kurul müzakerelerinde üyenin görevden alınmasını gerektirecek bir hususun ortaya çıkması halinde, sırf gündemde madde bulunmadığı için ortaklığın bir sonraki genel kurul toplantısına kadar bu üye ile çalışmaya katlanması önlenmiş olacaktır. Ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkideki yoğun güven unsuru nedeniyle bu yönde kurgulanmış bir çözümün yerindeliği ise muhakkaktır.

Diğer taraftan madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, söz konusu hükmün içeriğinde haklı sebebin niteliği hususunda herhangi bir sınırlama getirilmemiş olduğu gözlenmektedir. Bu yöndeki tercih ile kanun koyucu tarafından, haklı sebep oluşturabilecek unsurların somut olay açısından değerlendirilmek üzere doktrin ve uygulamaya bırakılmasının hedeflendiği söylenebilecektir. Yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasına ilişkin haklı sebep ihtimallerinin ise, örnekleme yönetimiyle TTK md. 364 hükmünün gerekçesinde sayılırken, “*inter alia*” yani “*diğerlerinin yanı sıra*” tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Böylece sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığı ve ifade edilen örneklerle kavramsal bir çerçeve oluşturulmanın amaçlandığı anlaşılmaktadır.

TTK’da hüküm altına alınmış olan hallerin ortak paydasına bakıldığında, -tıpkı vekalet sözleşmelerinde de olduğu gibi- ortaklık ile yönetim ve temsil yetkilerine sahip olan yönetim kurulu üyesi arasındaki yoğun güven ilişkisi tarafların birbirlerinden beklentilerini de etkilemektedir. Özellikle ortaklık menfaatlerinin korunmasına yönelik olarak yönetim kurulu üyesinin, özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırı tavırları; tedbirsizlik, beceriksizlik, yetersizlik veya yönetim kadrosuyla geçimsizliği; yükümlülüklerini ağır derecede ihmal ediyor olması; görevine yeterince zaman ayıramayacak şekilde başka ortaklıklardaki yönetim kurulu üyeliği; yönetme yeteneğindeki zafiyetleri; yolsuzluk veya nüfuz ve yetkilerini

¹¹⁷ RAGUŞ, s. 168.

kötüye kullanması gibi ihtimallerin hepsinin ortak paydasının güven unsurunun ortadan kalkması olduğu gözlenmektedir.

Kanunda dile getirilen bu unsurlar yanında bir takım kişisel sebeplerin de yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasında haklı sebep olarak kabulü mümkün olabilecektir. Örneğin yönetim kurulunda görev almakta olan üyenin ortaklıkla doğrudan ilgisi bulunmasa dahi, kamuoyunda tepki alacak bir davranışı, ortaklığın temsiline dair oluşturacağı muhtemel bir itibar sorunu nedeniyle haklı sebep koşulunun içeriğini doldurabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü açısından getirilen bir imkân olarak, işadama kararı ilkesi doğrultusunda belirlenmiş olan unsurların somut olayda bulunup bulunmadığı; üye hakkında görevden alma gerekçesi olarak ileri sürülen hususun haklı sebep olarak değerlendirilmesinde de bir kıstas olarak kabul edilebilmelidir. Böylece üyenin başarı veya başarısızlığından daha ziyade, ortaklık menfaatleri açısından üyenin üzerine düşen özeni objektif ölçüler açısından gösterip göstermediğine yönelik bir nitelemenin, -gerekçede de belirtildiği üzere- ortaklığa bilgisi ve ehliyeti ile faydalı olan bir üyenin görevden alınmaması yönündeki bakış açısını destekleyeceği muhakkaktır.

Kanun koyucu tarafından TTK md. 364 gerekçesinde ifade edilmekte olan *“Sadece politik nitelik taşıyan bir sebep, özellikle bilgisi ve ehliyeti ile yararlı olan bir üye yönünden haklı sebep oluşturulması ratio legis’e uymayabilir.”* ifadesi bu anlamda dikkate değer niteliktedir. Bu bakış açısı doğrultusunda, yönetim kurulu üyesinin görevden alınması hususunda hakkın kötüye kullanılması tehlikesini engelleyerek, görevden alma hakkının dürüstlük kuralı doğrultusunda kullanılmasını amaçladığının gözden uzak tutulmaması gerekecektir.

Böylece gerek ortaklık genel kurul müzakereleri sırasında, gerek genel kurul kararındaki haklı sebep koşulunun mevcudiyetinin tartışıldığı bir yargılama sürecinde; yönetim kurulu üyesi hakkında ileri sürülmekte olan hususun haklı sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun her somut olayın kendi özelliği göz önünde bulundurularak ele alınması, hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereği olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, 2016. (Yönetim Kurulu)
- AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008. (Hukuki Sorumluluk)
- AKIN, Murat Yusuf**, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002.
- AKIN, Murat Yusuf/ YAĞMUR, Setenay**, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 144, 2018, s. 96-105.
- AKINCI, Şahin**, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, 2004.
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut**, Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1998.
- ALTAY, Sıtkı Anlam**, Pay Sahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 1-27. (Yetki Sorunu)
- ALTAY, Sıtkı Anlam**, Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 3-20. (Gözetim Yükümlülüğü)
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, 2014.
- ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2017.
- ASLAN, Kemale Leyla/ GÜLER, Ahmet Alper**, Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 6, S. 1, s. 51-72.
- AYAN, Özge**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2013.
- AYTAÇ, Zühtü**, Anonim Şirketlerde Yönergeler ve Organlar-Esas Sözleşme İlişkileri, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara, 2020, s. 877-901.
- BAHTİYAR, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2019.
- BAŞPINAR, Veysel**, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- BENGİ, Ali**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: "Business Judgment Rule" (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- BENLİ, Erman**, İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü, MÜHF-HAD, C. 26, S. 1, Haziran 2020, s. 300-316.

- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013.
- BİLGİLİ, Fatih**, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolaylı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004.
- BLOCK, Dennis J./ BARTON, Nancy E./ RADIN, Stephen A.**, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors, 5. Edition, New York 1998.
- BOZKURT YAŞAR, Sevgi**, Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, 2015. (İşadamı Kararı)
- BÖCKLI, Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich Basel Genf, 2009.
- ÇAMOĞLU, Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 389-402. (Özen Borcu)
- ÇAMOĞLU, Ersin.**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2007. (Hukuki Sorumluluk)
- ÇAMOĞLU, Ersin**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul, 2008. (Haklı Sebep)
- DENT, George W.**, The Revolution in Corporate Governance. The Monitoring Board and the Director's Duty of Care, Boston University Law Review, May 1981, s. 623-681.
- DEVELİ, Emine**, Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, 2016.
- DOMANIÇ, Hayri**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi, Cilt II, İstanbul, 1988.
- DOĞAN, Beşir Fatih**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Bası, İstanbul, 2011.
- EDİS, Seyfullah**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.
- ERDEM, H. Ercüment**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 393-419.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.
- ERİŞ, Gönen**, Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, İstanbul, 2017, C. II (Madde 64-451) (Şirketler II)- C. III (Madde 452-644) (Şirketler III)
- GÖKTÜRK, Kürşat**, Amerika, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi, İNÜHFD, C. 2, S. 2, 2011, s. 207-247.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001. (Özen Borcu)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, MÜHF-HAD, 2016, C. 22, S. 3, s. 1221-1240.

- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel**, AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Ankara, 2008. (Yönetim Kurulunun Yapısı)
- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel**, The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?, *BATİDER*, C. XXX, S. 4, 2014, s. 99-145. (The BJR)
- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel**, Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, *BATİDER*, C. XXXI, S. 3, Eylül 2015, s. 23-56. (Özen Yükümlülüğü)
- HANSEN, Charles**, The Duty of Care, the Business Judgment Rule and the American Law Institute Corporate Governance Project, *Business Lawyer* Vol. 48, N. 4, August 1993, s. 1355-1376.
- HATEMİ, Hüseyin**, Medeni Hukuk'a Giriş, 3. Bası, İstanbul, 2004.
- HELVACI, Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001. (Hukuki Sorumluluk)
- HELVACI, Mehmet**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler, Avrupa Birliği Perspektifinden TTK Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Ankara, 2010, s. 179-279. (AB Perspektifi)
- HELVACI, Mehmet/ ÇAMURCU, Emin/ TÜRKYILMAZ, İsmail**, Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 309-330.
- İMREGÜN, Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989.
- KARASU, Rauf**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, 2015. (Emredici Hükümler)
- KAYIHAN, Şaban**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara, 2011.
- KENDİGELEN, Abuzer**, Hukuki Mütalaalar, C. IV: 2002, İstanbul, 2006. (Mütalaalar IV)
- KENDİGELEN, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, 2016. (İlk Tespitler)
- KERVANKIRAN, Emrullah**, Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu -Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme-, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul, 2007, s. 249-263.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021.
- KIRCA, İsmail**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, *BATİDER*, Cilt XXII, S. 3, 2004, s. 83-96.
- KIRCA, İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013.
- KUTGİ TAŞAN, Ayşe Selcen**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar, *İTÜSBD*, Y. 17, S. 34, Güz 2018/2, s. 143-180.

- MİNELİLER, Zeynep**, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketlerin Haklı Nedenle Feshi, GÜHFD, 2012, C. XVI, S. 3, s. 95-117.
- MOROĞLU, Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, 2016.
- NOMER, N. Fusun**, Anonim Otaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999. (Sadakat Yükümlülüğü)
- NOMER, N. Fusun**, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 469-490. (Eşit İşlem)
- OĞUZMAN, M. Kemal**, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, 6. Bası, İstanbul, 1990.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2018.
- OSER, David/ WEBER, Rolf H.**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 5. Aufl., Basel, 2016. (BSK-OR I)
- ÖZ, M. Turgut**, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul, 1997.
- PASLI, Ali/ SEYİS, Zehra**, Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri -I- (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, Mayıs 2022, s. 1-130.
- PASLI, Ali**, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Baskı 2005, İstanbul.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, 2019, (Ortaklıklar I)
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I (C. I) - Cilt II (C. II), 2. Baskı, Ankara, 2015.
- PULAŞLI, Hasan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 1, s. 27-63. (Özen Yükümlülüğü)
- RAGUß, Gerd**, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, Vertag und Haftung von Vorstandsmitgliedern, 2. Aufl., Heidelberg-London-New York, 2009.
- ŞENER, Oruç Hami**, Anonim Ortaklıklarda Tasfiye Memurunun Mahkemece Azli ve Atanması (TTK 442/II), DEÜHFD, C. IV, S. 1, 2002, s. 159-196. (Tasfiye Memuru)
- ŞENER, Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2019. (Ortaklıklar)
- TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Basım, İstanbul, 2010. (C. II)
- TANDOĞAN, Halûk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), İstanbul, 1961. (Akdî Mes'uliyet)
- TAŞTEKİN, Sinem**, Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 210, C. 6, S. 2, s. 83-105.

- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2015. (Yeni Hukuk)
- TEKİNALP, Ünal**, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003. (Fondaki Banka)
- TEKİNALP, Ünal**, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara, 1965. (Tüzel Kişilerin Temsili)
- TEKİNAY, Selahattin S./ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- TEOMAN, Ömer**, Yönetim Kurulu Üyelerinin Görüşmelere Katılma Yasağı, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, İstanbul, 1997, s. 65-75.
- TİRYAKİ, Betül**, Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, Erzincan Üniversitesi HFD, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 267-279.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, İstanbul, 2013.
- WATTER, Rolf/ ROTH PELLANDA, Katja**, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art.530-964 OR, 5. Aufl., Basel, 2016.
- YAĞMUR, Setenay**, Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- YAVUZ, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 3. Bası, 2004.
- YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak), İstanbul, 2014.
- YILDIZ, Şükrü**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, 2004.



Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi^(*)

Within the Framework of the Principle of Publicity, the Right to Privacy, the Right to Information and the Concept of Personal Data, The Review of Real Person's Records in the Land Registry

Dr. Tuğçem SEÇER^(**)

Öz

Tapu sicilinde yer alan, gerçek kişilere ait kayıtlar, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilebilir mi? Bu değerlendirmeye olumlu cevap verilmesi durumunda, bu bilgilerin ilgili kanun kapsamında nasıl bir korumaya tâbi kınması gerekir? Bu koruma tapu siciline hâkim olan ilkelerden aleniyetle çelişir mi? Benzer şekilde, tapu sicilinin aleni olması durumunda, tapu sicilinde yer alan gerçek kişilere ait bilgilerin paylaşılması özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık teşkil eder mi? Bu bilgilerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde talep edilmesi mümkün müdür? Bu soruların yanıtı aranırken aleniyet ilkesi ile özel hayatın gizliliği ve kişisel veri kavramları arasında yaşanan çatışmalara değinmek gerekir. Zira tapu sicilinde yer alan kayıtların incelenmesi bakımından mutlak aleniyetin kabul edilmesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesine neden olabileceği gibi özel hayatın gizliliğini de ihlal edebilir. Başka bir ifadeyle, aleniyetin varlığı kulağa hoş gelse de somut olay bakımından her zaman olumlu sonuç doğurmayabileceğinden hukuk düzeni, aleniyeti her durumda mutlak olarak sağlamak zorunda bırakılmamalıdır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Veri, Aleniyet, Tapu Sicili, Bilgi Edinme Hakkı, Özel Hayatın Gizliliği.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 24.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.08.2023
DOI: 10.56701/shd.1287139

^(**) Başkent Üniversitesi, Öğretim Görevlisi, Ankara - Türkiye
E-posta: tugcemsahin@baskent.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7121-1217>

Abstract

May the records that belong to real persons in the land registry be considered as personal data within the scope of the 6698 numbered Law on Protection of Personal Data? Should this information be protected under the relevant law? Does this situation contradict the publicity which is one of the most important principles of land registry? Similarly, if the land registry is regulated as public, would sharing this information of real persons violate the principle of privacy? Is it possible to request this information within the framework of the 4982 numbered Law on the Right to Information? While discussing these questions' answers, it is essential to state the contradictions between the principle of publicity, the right to privacy and the concepts of personal data. Because in case of absolute acceptance of publicity, unlawful request of personal data may occur, as well as the right to privacy may be violated. In other words, publicity may sound judicious, however it may not always produce positive results. Therefore, to protect the rights of individuals, the legal order should not be obliged to ensure publicity in any case.

Keywords

Personal Data, Publicity, Land Registry, Right to Information, Right to Privacy.

GİRİŞ

Aynı hak, niteliği gereği herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardanır ve bir hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi için herkes tarafından bilinir olması gerekir.¹ Bu amaçla, eşya üzerindeki aynı hakkın varlığının belirlenmesinde, bilinmesinde ve hukuki güvenilirliğin sağlanmasında aleniyet ilkesi kabul edilir.²

Hukumumuzda aleniyet, taşınırlarda zilyetlik ve taşınmazlarda tapu sicili ile sağlanır. Çünkü zilyetlik, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların açıklanmasında, devredilmesinde ve korunmasında yetersiz kalır. Bu nedenle, bir taşınmazın malikinin belirlenmesinde dış dünyadaki görünümüne başvurmak, hayatın olağan akışına uygun olmaz. Bu nedenle hukuk düzeni kimi zaman, eşya üzerinde aleniyetin sağlanması için birtakım araçlara ihtiyaç duyar.³ Böylece taşınmazlar için kabul edilen aleniyet ilkesi, üçüncü kişilerin hak sahipliği hususunda bilgilendirilerek hak sahibinin hakkına tecavüz edilmesini önlemeyi amaçlar.

¹ Yakuppur Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık: 2016), 10; Sirmen Lale, Eşya Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları: 2021), 1.

² Antalya Gökhan, "Eşya Hukukunda Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi", *MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan 23/3* (2017), 420; Ayan Mehmet, Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Konuya: Mimoza Yayınları: 2013), 181.

³ Örneğin taşınırlarda aleniyetin sağlanabilmesi amacıyla 4721 sayılı Kanun'un 764. maddesine göre "mülkiyeti saklı tutma kaydıyla devir sözleşmesi sicili", 6750 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasında "rehinli taşınır sicili (TARES)", 6102 sayılı Kanun'un 954 ila 995. maddeleri arasında "gemi sicili", 2920 sayılı Kanun'un 50. maddesinde "uçak sicili" düzenlenir. Taşınmazlarda aleniyetin sağlanması amacıyla, 4721 sayılı Kanun'un 1021. maddesi uyarınca "tapu sicili" ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 11. maddesine göre "kat mülkiyeti sicili" düzenlenir.

Bu çerçevede, 4721 sayılı Medeni Kanun⁴, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların açıklanması amacıyla “*tapu sicili*” sistemini araç olarak benimser.⁵ 4721 sayılı Medeni Kanun’un 997. maddesine göre taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur. Kanun’daki düzenlemeye paralel olarak, Tapu Sicili Tüzüğü’nün⁶ 5. maddesinde tapu sicili, devletin sorumluluğu altında tescil ve aleniyet ilkelerine göre taşınmazlarla üzerindeki hakların durumlarını göstermek üzere tutulan sicil olarak tanımlanır.

4721 sayılı Medeni Kanun’un 1020. maddesinde tapu sicilinin aynı hakları alenileştirme fonksiyonu yer alır. Hükme göre tapu sicili herkese açıktır ve kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. İlgisini inanılır kılan herkes⁷, tapu sicilindeki kayıtları inceleyebilir. Bu düzenlemeye bağlı olarak, 4721 sayılı Kanun’un 1023. maddesi uyarınca tapu siciline güvenerek aynı hak kazanan kişinin kazanımı korunur. Başka bir ifadeyle tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunur.

Görüleceği üzere hukukumuzda tapu sicili herkese açık olarak düzenlenmişse de hüküm uyarınca sınırlandırılmış bir aleniyet söz konusudur. Buna karşın, hükümde aleniyete bağlanan sonuçlar bakımındansa bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Yani kanun gereğince kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği için, tapu siciline ulaşmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz.⁸ Bu nedenle, tapu sicilinde yer alan kayıtların özel hayatın gizliliği ve kişisel veri kavramları ile ilişkilendirilebilmesi için öncelikle tapu sicili için öngörülen aleniyetin sınırlarının irdelenmesi gerekir.

I. TAPU SİCİLİNİN ALENİYETİNİ SINIRLANDIRAN HALLER

Tapu sicil hukuku, sözleşmeler hukukundan farklı bazı temel ilkeler üzerine kuruludur. Çünkü tapu sicilinin düzgün tutulması ve yeknesak sicil düzeninin

⁴ RG; 08.12.2001, 24607.

⁵ 4721 sayılı Medeni Kanun’da zilyetliğin ve tapu sicilinin bir arada düzenlenmesi, her iki kuruma da benzer işlevler yüklenmesinden kaynaklanır. Her iki kurum da aynı hakları açıklamayı ve aynı hakların kazanılmasını sağlamayı amaçlar. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 39.

⁶ RG; 17.08.2013, 28738.

⁷ 4721 sayılı Medeni Kanun’un bu düzenlemesinde yer alan “*ilgisini inanılır kılan kişi*” ifadesinin tam olarak hangi koşulları ve durumları kapsadığına ilişkin mevzuatta bir açıklama yer almaz. Bu nedenle kimlerin tapu sicilinde yer alan kayıtları inceleme hakkı olduğunun tespitine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Ancak bu husus çalışma konusu kapsamı dışında kaldığı için ayrıntılı inceleme yapılmayacaktır. Ancak detaylı bilgi için bkz. Güleş Bedia, “İnanılır İlgî Kavramı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Bilimsel Çalışmalara Açıklığı”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2 (2018), 96-100.

⁸ “*Sınırlı yetki ancak sınırsız sorumluluk gibi bir denklem*” söz konusudur. Güleş, “İnanılır İlgî”, 96; “*İlgisini inanılır kılamamış dolayısıyla da tapu sicilindeki kayıtları görmemiş olsa bile herkes tapu sicilindeki kayıtları bilmekle yükümlüdür.*” Aybay Rona, “Tapu Sicili ‘Herkese Açık’ Mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: MK 1020”, *İstanbul Barosu Dergisi* 87/2 (2013), 16.

sağlanması için devletin bazı ilkelere bağlı kalması gerekir.⁹ Hukukumuz bakımından bu ilkeler; tapu siciline güven, aleniyet, devletin kusursuz sorumluluğu, tescile bağlı doğma, tescilin sebebe bağlılığı ve aynı sistemdir.¹⁰ Özellikle bu ilkeler arasından çalışmanın konusu olan aleniyet ilkesi ve sicile güven ilkesi mutlak olarak korunmaları bakımından sıkça irdelenmişlerdir.¹¹

Aleniyet ilkesi, eşya ile hak arasındaki ilişkiyi görünür hale getirmeyi amaçlar.¹² Zira aynı hakkın sahibinin dış dünyada korunabilmesi için hakkın ve hakkın sahibinin, üçüncü kişilerce belirlenebilmesinin sağlanması gerekir. Taşınır bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının belirlenmesinde, şeye zilyet olan kimse onun maliki kabul edilir. Başka bir ifadeyle taşınır eşyayı elinde bulunduran kişi, dış dünyadaki görünüm gereğince onun malikidir. Örneğin kalemi kim elinde tutuyorsa kural olarak malik o kişidir. Ancak bu belirleme taşınmazlar söz konusu olduğunda bu kadar açık ve basit olmayabilir. Bu nedenle, tapu sicil hukukunda aleniyet ilkesine ihtiyaç duyulmuştur.

Tapu siciline güven ilkesi, kişilerin tapuda yer alan kayıtların doğruluğuna güvenerek aynı hak kazanmaları durumunda, onlara tapuda yer alan kayıtlar gerçek ve fiili durumu yansıtmıyor olsa bile koruma sağlar. Çünkü aksinin kabulü halinde, devlet tarafından tutulan resmi sicile güvenerek hukuki işlem yapan kişilerin korunmamaları devlete ve hukuka olan güveni zedeler.¹³

Görüleceği üzere aleniyet ilkesi ve sicile güven ilkesi birbirinin tamamlayıcısıdır. Aleniyetin sağlanamadığı bir sistemde tapu siciline güven ilkesinin de işletilmesi mümkün olmaz.¹⁴ Çünkü tapu sicilinin, fiili durumu doğru yansıtmaması beklenir. Ancak kimi zaman sicilde yanlış ya da eksik kayıtların bulunması mümkün olabilir, bu durumda tapu siciline güven ilkesi gereğince iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımı devlet tarafından korunmalıdır.¹⁵

Bu çerçevede, hak kazanan üçüncü kişinin tapu sicilinde yer alan bir kayda güvendiğini kabul etmek için bu kişinin tapu sicilinde yer alan kayıtlara ulaşabiliyor olması gerekir. Kişinin bu kayıtlara ulaşmasının anahtarı olan aleniyetin

⁹ Van Erp Sjef J. H. M., "Contract and Property Law: Distinct, but not Separate", *European Property Law Journal* 2/3 (2013), 245.

¹⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 117-119; Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven*, 10; Ayan, *Eşya Hukuku*, 30.

¹¹ Sicile güven ilkesinin mutlak olarak korunmasının adaletli olmadığı, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 1023. maddesinde istisna boşluğunun bulunduğu ve iyiniyetli yeni malikin zararının karşılanması kaydıyla gerçek hak sahibine yasal bir geri alma hakkı tanınması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Albaş Hakan, "Tapu Kütüğüne Tescilin Olumlu Etkisinde İyiniyetlilerin Korunmasında Bir İstisna Boşluğu", *İstanbul Barosu Dergisi* 87/3 (2013), 138-147.

¹² Antalya, "Aleniyet ilkesi", 421-422.

¹³ Ayan, *Eşya Hukuku*, 183-184.

¹⁴ Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven*, 13.

¹⁵ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 118.

sağlanması bu bakımdan önemlidir. Görüleceği üzere aleniyet ilkesi ve sicile güven ilkesi doğrudan bir neden sonuç ilişkisi içerisinde.

İfade edildiği üzere, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 1020. maddesi uyarınca tapu sicili aleni olduğundan ilgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.¹⁶ Bu nedenle kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez.¹⁷

Benzer biçimde, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 970. maddesinde¹⁸ de ilgisini inanılır kılan kimsenin tapu sicilindeki kayıtları inceleyebileceği ve örnek alabileceği düzenlenir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında farklı olarak ilgisi olmayan herhangi bir kimsenin dahi tapu siciline yer alan bazı bilgilere ulaşabileceği düzenlenir. Buna göre herkes, taşınmazın belirleyici bilgilerini, malikin adını ve kimliğini, taşınmazın kazanım tarihini ve şeklini öğrenme hakkına sahiptir. Görüleceği üzere bu sistemde, sicilde yer alan bilgilerden bir kısmı ilgisi olsun ya da olmasın herkese ulaşılabilir kılınmıştır.¹⁹ Başka bir ifadeyle sicilde yer alan bazı kayıtlar için mutlak bir biçimde aleniyet benimsenmişken bazı kayıtlar için aleniyet sınırlandırılmıştır. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı olarak hukukumuzda tapu siciline yer alan kayıtların incelenmesi ya da örneğinin alınması mutlak aleniyete tâbi kılınmaz. Yalnızca hukuken korunmaya değer bir yararı bulunan kişinin ilgisini inanılır kılması halinde bu bilgilerin paylaşılabilirliği düzenlenir.²⁰ Bu çerçevede hukukumuzda, tapu siciline yer alan kayıtların sınırlandırılmış bir aleniyete tâbi olduğu ifade edilebilir. Yani, aleniyet tapu sicilindeki verilere sınırsız ve çekincesiz bir ulaşım imkânı sağlamaz.²¹

Bu noktada, taşınmazlar üzerinde, içerisinde hem aleniyeti hem de belirlilik ilkesini barındıran “*saydamlık ilkesi*” olarak adlandırılan bir ilkenin geçerli olduğundan bahsedilebilir. Üçüncü kişilerin taşınmaz üzerindeki bir haktan kendi iradelerine ihtiyaç duyulmaksızın etkilenebilecekleri öngörüldüğünden, aleniyet ilkesi gereğince en azından onlara söz konusu hakka ilişkin olarak bilgi toplama imkânı sağlanmalıdır.

¹⁶ Kişinin ilgisini inanılır kılması için kesin kanıtlar sunmasına gerek yoktur; bir kanaat uyandırması yeterlidir. Erkan, Umut Vehbi-Özsoy, Rabia, “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72/1(2023), 102.

¹⁷ Tapu sicilinin aleni olduğu varsayımının ciddi ve kabul edilmiş olması için tapu siciline yer alan bilgilerin kamuya açık olması gerekir. Aybay Rona, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu MK 1020/II’yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”, *TBB Dergisi* 53/1 (2004), 217.

¹⁸ Hükmün tamamı için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de#art_970 (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023)

¹⁹ Başpınar Veysel, “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 101.

²⁰ Antalya, “Aleniyet İlkesi”, 429; Ayan, *Eşya Hukuku*, 182; Güleş, “İnanılır İlgisi”, 91.

²¹ Arthur W. Michael, “Publicity and Privacy in Land Registration in Scotland”, (Glasgow: School of Law College of Social Sciences University of Glasgow: 2018), 36.

Ayrıca belirlilik ilkesi kapsamında söz konusu hakkın hangi taşınmaza ilişkin olduğunun belirlenebilir olması gerekir.²² Aksi takdirde üçüncü tarafın yeterli bir şekilde bilgi toplama imkânı olduğundan bahsedilemez.²³ Zira saydamlık ilkesinin kabul edilmesi iki farklı gerekçe ile ilişkilendirilir. İlk olarak saydamlık, devletin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer hakları gözlemleyebilmesi, milli gelirin hesaplanması ya da istatistiki verilerin toplanmasını sağlar. İkinci olarak, taşınmaz üzerindeki hakların aleniliğini sağlar. Çünkü kamu yararı gereğince taşınmaz mülkiyetinde aleniliğin korunması maliklerin katlanması gereken bir sorumluluktur.²⁴ Bu çerçevede, saydamlık ilkesi, tapu sicili sisteminde taşınmazlara ilişkin mutlak aleniliği öngördüğünden hukukumuzda kabul edilmesi uygun değildir. Çünkü bu ilke, tapu sicilinde yer alan bilgilerin paylaşılmasının özel hayatın gizliliği ve kişisel veri çerçevesinde sınırlandırılmasının kamu yararına aykırı olduğunu ve bu kayıtların paylaşılmasının taşınmaz maliki olmanın getirdiği sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesini savunur. Hukukumuzda sınırlı bir aleniyet kabul edilir ve tapu sicilinde yer alan kayıtların ancak “*ilgisini inanılır kılan*” kimselerle paylaşılacağı düzenlenir. Bu düzenlemenin temel gerekçelerinin tapu sicilinde yer alan bilgilerin kişisel veri olarak kabulü ve bu bilgilerin özel hayatın gizliliği çerçevesinde kişisel bilgi olduğu söylenebilir.

A. TAPU SİCİLİNDEKİ KAYITLARIN KİŞİSEL VERİ OLARAK KABUL EDİLMESİ

Sağlam bir elektronik tapu sicili sisteminin kurulması birçok yönden faydalı ve gereklidir. Avrupa Birliği Ekonomik Komisyonu tarafından hazırlanan tapu idaresi rehberinde bu faydalar özellikle örneklendirilmiştir. Komisyona göre arazi mülkiyetine, kullanımına ya da arazi üzerindeki diğer haklara ilişkin bir sistem kurulması piyasa ekonomisinin düzgün ilerlemesi ve arazi kaynaklarına ilişkin sürdürülebilirliğin sağlanması açısından zorunludur. Sağlam bir sistem kurulması; mülkiyet hakkının güvence altına alınması, taşınmazların vergilendirilmesinin desteklenmesi ve kolaylaştırılması, kredilendirme için güvenliğin sağlanması, piyasa ekonomisinin gelişmesi, kamu taşınmazlarının korunması, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesi, arazi reformlarının kolaylaştırılması, çevre yönetiminin desteklenmesi ve istatistiksel verilerin toplanması bakımından olumlu sonuçlar doğurur.²⁵ Bu doğrultuda ülkemizde TAKBİS ismi verilen elektronik tapu sicili sistemi kurul-

²² Van Erp, “Contract and Property Law”, 10. Metnin tamamı için bkz. <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=663088101094066105122106094110118006019074041037048078090070011097016007119004006122107117023039103016043126075016072018077010031015032054022018-112018005104007007010086011000029110099000085009029127020004079115029012017029113083119092098064016122005&EXT=pdf> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023)

²³ Ayan, *Eşya Hukuku*, 30.

²⁴ Arthur, *Publicity and Privacy in Land Registration*, 22.

²⁵ ECE/HBP/96 Economic Commission for Europe Geneva Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition United Nations New York and Geneva, 1996, <http://www.unece.org/fileadmin/dam/hlm/documents/publications/land.administration.guidelines.e.pdf> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023)

muştur. Aslında sistem, verilerin elektronik olarak işlenmesinden ziyade mevcut ve kâğıt üzerindeki verilerin elektronik ortamda bir kaydının tutulması olarak tasarlanmıştır. Yani TAKBİS, tapu siciline ilişkin tüm verilerin elektronik ortamda toplandığı, kaydedildiği, depolandığı ya da işlendiği bir sistem değildir.²⁶ Tapu siciline ilişkin kayıtların elektronik ortama geçirilmesiyle birlikte sicilde yer alan kayıtlar daha ulaşılabilir hale gelmiştir. Özellikle TAKBİS²⁷ ile mahkemeler, cumhuriyet savcılıkları, icra müdürlükleri, kamu kurumları ve avukatlar²⁸ tapu sicili kayıtlarına UYAP²⁹ üzerinden kolaylıkla ulaşabilmektedir.³⁰

Ancak bu bilgilerin herkesin sınırsız ulaşımına açılması kanunda kabul edilen “*ilgisini inanılır kılmak*” sınırlamasına aykırılık teşkil eder. Çünkü tapu sicilinin herkese açık olması, isteyen herkesin her zaman sicile bakabileceği anlamına gelmez.³¹ Özellikle tapu sicilinde yer alan kayıtların TAKBİS üzerinden ulaşımına açılması, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması kavramlarını gündeme getirmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun³² “*tanımlar*” başlıklı 3. maddesinde kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin

²⁶ “Türkiye genelinde Tapu ve Kadastro kayıtlarındaki mülkiyet verilerinin elektronik ortama aktarılması ve işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi, takip ve kontrolünün etkin ve hızlı bir şekilde yapılması amacıyla oluşturulmuş e-devlet projesidir.” Bkz. <https://www.tkgm.gov.tr/bt-db/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis#:~:text=T%C3%BCrkiye%20genelinde%20Tapu%20ve%20Kadastro,amac%C4%B1yla%20olu%C5%9Fturulmu%C5%9F%20e%2Ddevlet%20projesidir> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²⁷ TAKBİS, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün tapu ve kadastro tekniği ile ilgili işlemlerini standartlaştırarak Tapu Sicil ve Kadastro Müdürlüklerinde yürütülen işlemlerin mevzuata uygun bir şekilde ve bilgisayar ortamında yürütülmesini sağlayan bütünleşmiş bir bilgi sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://takbisbilgi.tkgm.gov.tr/takbis.portal> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²⁸ 01.01.2019 tarihinden itibaren avukatlar da UYAP Avukat Portalı üzerinden TAKBİS sorgulaması yapabilmektedir.

²⁹ UYAP; günümüzün gerekli tüm teknolojik gelişmelerini kullanarak, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-Dönüşüm sürecinde e-Adalet ayağını oluşturan bir bilişim sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>; <http://takbisbilgi.tkgm.gov.tr/takbis.portal> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023).

³⁰ Hâlihazırda çevrimiçi olarak veri paylaşımı yapılan kurumlar şunlardır: Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü (SOYBİS), Adalet Bakanlığı (UYAP), Maliye Bakanlığı, Mali Suçları Araştırma Kurumu, Gelir İdaresi Başkanlığı (VEDOP), Millî Emlak Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), Türkiye Petrolleri A.O. (TPAO), Millî Savunma Bakanlığı, Coğrafi Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Türkiye Elektrik İletişim A.Ş. (TEİAŞ), Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ), Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Belediyeler. <https://www.tkgm.gov.tr/tr/sayfa/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis> <http://takbisbilgi.tkgm.gov.tr/takbis.portal> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2023).

³¹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 118; Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven*, 11; Erkan-Özsoy, “Bilgi Edinme Hakkı”, 101; “Sadece merak kişilere tapu sicilini inceleme yetkisi vermez.” Ayan, *Eşya Hukuku*, 181.

³² RG, 07.4.2016, 29677

her türlü bilgi olarak tanımlanır. Kişisel verilerin işlenmesi ise kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi olarak belirlenir.

Bu çerçevede, tapu sicil kütüğünde yer alan verilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü burada yer alan kayıtlar, kimliği belirli bir kişiye ait olan bilgilerin kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi ve sair nedenlerle tutulur. Öte yandan, 6698 sayılı Kanun'un 28. maddesinde istisnalar düzenlenmiştir. Ancak bu istisnalar arasında tapu sicili açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle tapu sicilinde yer alan kayıtların, kişisel veri olarak kabul edilmemesi için de herhangi bir neden yoktur.

Kişinin sahip olduğu malvarlığı değerleri kişisel veri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle tapu sicilinde yer alan kayıtlar, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.³³ Çünkü tapu sicilinde taşınmazın niteliğine ilişkin bilgilerin dışında kişinin özel hayatına ilişkin bilgiler de yer alabilir. Örneğin kişinin adı, aile bilgileri hatta kişinin resmi dahi kişisel veri olarak değerlendirilebilir.

Bu noktada tapu sicilinde yer alan hangi kayıtların kişisel veri olarak kabul edileceği hangi kayıtların aleni olması gerektiği tartışılabilir.³⁴ Özellikle tapu sicilinde yer alan kayıtların TAKBİS³⁵ üzerinden ulaşma açılmasıyla birlikte, kişisel

³³ Aynı yönde bkz. Başpınar, "Elektronik Tapu Sicili", 116; Erkan-Özsoy, "Bilgi Edinme Hakkı", 109-110. Cavoukian Ann, "Balancing Access and Privacy: How Publicly Available Personal Information is Handled in Ontario, Canada", *Symposium on the Protection of Information in Local Governments, Tokyo 2000*, 15, Tam metin için bkz. <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/tokyo-00.pdf> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2023)

³⁴ Başpınar, "Elektronik Tapu Sicili", 116.

³⁵ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 12. maddesine göre, Tapu kayıtlarının elektronik ortamda tutulması hâlinde, ana ve yardımcı siciller TAKBİS içerisinde saklanır ve yönetilir. TAKBİS'te saklanan ve güvenliği sağlanan taşınmaza ilişkin bilgiler, sicilde esas alınır. Tüzüğü'nün 14. maddesine göre ise, Mahkemeler, Cumhuriyet başsavcılıkları, icra ve iflas müdürlükleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının görevleriyle ilgili taşınmaz verilerine erişimi protokol düzenlenerek sağlanabilir. Erişim hakkına sahip kuruluşlar, taşınmaz ile ilgili verileri TAKBİS üzerinden alırlar. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler kendi işleriyle sınırlı olmak üzere, düzenlenecek protokol kapsamında gerekli verilere erişebilirler. TAKBİS üzerinden sorgulama yapılabilmesi için, Genel Müdürlük tarafından belirlenecek sözleşme imzalanır. Bu sözleşmede, erişimin türü ve şekli, erişim kontrolü, verilerin kullanım amacı, üçüncü kişilere kullandırılmasına ilişkin sınırlamalar ve amacı dışında kullanımın sonuçları yer alır. Taşınmaz malikleri ile taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlar, düzenlenecek sözleşme şartları dâhilinde verilere erişebilirler. Tapu sicilinde kayıtlı taşınmazın tanımlayıcı bilgileri herkes tarafından sözleşme şartları kapsamında sorgulanabilir. Tüzüğü'nün 15. maddesine göre de, TAKBİS üzerinden yapılacak her türlü sorgulama ve sorgulayan bilgisi kayıt altına alınır. Bu kayıtlar iki yıl süreyle saklanır.

veri olarak kabul edilebilecek kayıtların korunması gerekliliği doğmuştur. Ancak bu kayıtlar, kişisel veri olarak kabul edilse dahi tapu sicilinde yer alan kayıtların resmi sicile işlenmiş olmaları nedeniyle alenileştiği, bu nedenle paylaşımına açıldığı da kabul edilebilir. Örneğin Çek Cumhuriyeti'nde, 2002 yılından itibaren internet üzerinde kurulan bir hizmet sağlayıcı üzerinden tüm kadastro bilgileri, ücretli olarak ulaşımına açılmıştır. Kişilerin kadastro bilgilerine ulaşabilmesi için öncelikle sisteme kaydolması ve bir güvence bedeli yatırması öngörülmüştür. Uygulamada ise sisteme genellikle mahkemeler, avukatlar, noterler, bankalar, kadastro büroları ve emlakçılar kaydolmuştur. Hatta, 2003 yılının sonuna kadar ülke genelinde neredeyse üç bin kişi sisteme dahil olmuştur. Bu gelişmeler üzerine Çek Cumhuriyeti'nde 2004 yılından itibaren yeni bir hizmet sağlayıcı açılarak bazı kadastro bilgilerine ücretsiz ulaşım sağlanmaya başlanmıştır.³⁶ Sistem üzerinden ücretsiz olarak ulaşılabilen bilgiler malik bilgileri (malikin kimlik bilgileri, posta adresi gibi) ve parsel bilgileri (parsel numarası, metrekare, parsel tipi, kullanım türü, parsel üzerinde bina olup olmadığı gibi) olarak sınırlandırılmıştır. Bahsedilen yeni sisteme geçilmesiyle birlikte söz konusu bilgilere daha kolay ve hızlı bir şekilde ulaşım sağlama imkânı doğmuştur. Çek Cumhuriyeti'nde bu yeni hizmet vatandaşlar tarafından oldukça olumlu karşılanmışsa da kişisel veri tartışmalarının doğması engellenememiştir.³⁷ Tartışmalar sonucunda Çek Cumhuriyeti'nde, kadastro kayıtlarında yer alan kayıtların kişisel veri olduğu ancak bu verilerin resmi sicilde kayıtlı olması nedeniyle alenileştiği ve gizliliğinin kalmadığı gerekçesiyle internet üzerinden yayınlanmasının, verilerin korunmasına ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ni 95/46/EC³⁸ sayılı direktifine aykırı olmadığı kabul edilmiştir.³⁹

Görüleceği üzere tapu sicil kayıtlarında yer alan verilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi, bu kayıtların aleni olmasına engel değildir. Bazı veriler, resmi sicillerde yer almaları nedeniyle alenileştirilebilir. Başka bir ifadeyle, aleniyetin üçüncü kişilerin tapu siciline bağlanan sonuçlardan etkilenmesini önlemeyi amaçladığının kabul edilmesi durumu ile aleniyetin mutlak hakların doğrudan bir sonucu olması durumu farklıdır.

Aleniyetin üçüncü kişilerin tapu siciline bağlanan sonuçlardan etkilenmesini önlemeyi amaçladığının kabul edilmesi durumunda resmi sicillerde yer alan bu

³⁶ Servisi denemek ve incelemek için bkz. www.cuzk.cz. (Son Erişim Tarihi: 10.02.2023).

³⁷ Pesi Ivan- Rydval Jiri- Slaboch Vaclav, "Free Internet Access to Cadastral Data: First Experience in the Czech Republic", *FIG Working Week, Athens/Greece, 22-27 May 2004*, 3-4. Tam metin için bkz. https://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/athens/papers/ts01/ts01_7_pesl_et_al.pdf (Son Erişim Tarihi: 10.02.2023).

³⁸ Tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Son Erişim Tarihi: 10.02.2023).

³⁹ Pesi-Rydval-Slaboch, "Free Internet Access to Cadastral Data", 7.

verilerin alenileştirilmesi hukuka uygun kabul edilebilir. Çünkü kanunun katı bir biçimde, herkesin tapu sicilinde yer alan kayıtları bildiğini varsaydığı bir sistemde, tapu sicilinde yer alan kayıtlara ulaşımın sınırlandırılması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 970. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve herhangi bir ilgisi olmayan bir kimsenin dahi tapu sicilinde yer alan bazı bilgilere ulaşabilmesine cevaz veren düzenleme oldukça isabetlidir. Çünkü aksi durumda hukukumuzda olduğu üzere tapu sicili sınırlandırılmış bir aleniyete tabi kılınmışken, üçüncü kişiler için aleniyete bağlanan sonuçlar ve sorumluluk sınırlandırılmamakta ve bu durum haksızlıklara yol açabilmektedir.

Aslında olması gereken hukuk ve toplum düzeni bakımından tapu sicilinde yer alan kayıtların kamu ile paylaşılması gerekir. Özellikle sicile güven ilkesi gereğince üçüncü kişilere yüklenen sorumluluk düşünüldüğünde bu paylaşım oldukça gereklidir. Ancak süregelen uygulamada bu kayıtların paylaşımının kötüye kullanıldığı da görülmüştür. Bu nedenle, tapu sicilinde yer alan bazı temel bilgilerin sınırlandırılmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılması gerekirken diğer bazı bilgilerin ise kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği çerçevesinde sınırlandırılarak paylaşılması gereklidir. Yani burada bilginin niteliğine göre sınırlandırılmış bir aleniyet söz konusu olmalıdır.

B. TAPU SİCİLİNDEKİ KAYITLARIN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI KAPSAMINA ALINMASI

Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevlerinin düzenlendiği ikinci bölümünün 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması yer alır. Hükme göre herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi kapsar. Bu kapsamda, kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.

Öte yandan, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun⁴⁰ 4. maddesine göre herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Ancak bilgi edinme hakkının sınırlarının da çizilmesi bir gerekliliktir. Özellikle kişisel veri kabul edilebilecek bilgilerin bilgi edinme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi önemli bir meseledir.

Bu çerçevede, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 1020. maddesinin halen yürürlükte olup olmadığı konusu gündeme gelmiştir. Çünkü, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre diğer kanunların çelişen hükümleri yürürlükten kalkacağından lafzi yorum yapılacak olursa 4721 sayılı Medeni Kanun'un yalnızca ilgisini inanılır kılan kişiye bilgi temin eden hükmü de yürür-

⁴⁰ RG; 24.10.2003, 25269.

lükten kalkmalıdır. Bu bağlamda bu yöndeki görüşe göre, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca herkes bilgi edinme hakkına sahiptir; oysa 4721 sayılı Medeni Kanun'da tapu siciline ilişkin bilgi edinme hakkı sınırlandırılmıştır. Bu nedenle 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda yer alan hüküm uyarınca tapu sicilinde yer alan bilgiler herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın aleni kabul edilmelidir.⁴¹ Karşı görüşe göre ise her ne kadar herkes bilgi edinme hakkına sahip olsa da 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun devamı maddelerinde bilgi edinme hakkının sınırları çizilmiştir. Çünkü mutlak ve sınırsız olarak bilgi edinme hakkının korunması kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal edebilir. Bu çerçevede 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinde özel hayatın gizliliği düzenlenmiştir. Düzenlemeye 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. Ayrıca kişinin malvarlığı değerleri de özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmelidir.⁴² Bu nedenle, tapu sicilinde yer alan bilgilere herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın ulaşmak söz konusu değildir.

1998 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴³ 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenir. Düzenlemeye göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların bir kısmı mutlak haklardan olduğu için, bu hakların sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı mutlak haklardan kabul edilmemiştir. Zira hükme göre bu hakkın kullanılmasına, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda bir kamu makamının müdahalesi söz konusu olabilir.

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin hayatını en az dış müdahale ile yaşamasına olanak sağlar.⁴⁴ Ancak nedense özel hayatın gizliliği, genellikle bir şeyleri saklama ya da gizleme ile bağlantı görülür. Başka bir ifadeyle, kişinin bir şey-

⁴¹ Aybay, "Bilgi Edinme Hakkı", 220; Aybay, "Tapu Sicili", 23; Güleş, "İnanılır İlgi", 93-94.

⁴² Başpınar, "Elektronik Tapu Sicili", 117; Aynı yönde Şengül, 120; 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun doğuş amacı devletin işlemlerinin ve faaliyetlerinin denetimini ve demokratik devlet düzenini sağlamaktır. Bu nedenle, Kanun'un amacı esasen kişilerin özel bilgilerini açıklamak değildir. Erkan-Özsoy, "Bilgi Edinme Hakkı", 113.

⁴³ Sözleşmenin orijinal metni için bkz. <http://www.unesco.org/education/edurights/media/docs/e25aa4bc217eb36d75471f751fb531874ce1fe8d.pdf>; sözleşmenin çeviri metni için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (Son Erişim Tarihi: 10.02.2023).

⁴⁴ Arthur, *Publicity and Privacy in Land Registration*, 59.

leri gizli tutma isteği genellikle yanlış bir şey yaptığı ve bunu saklamak istediği yönünde yorumlanır. Aslında, kişinin kendi ile ilgili bilgileri açıklamasının kendi takdirine bırakılması gerekirken, bu şekilde bir yorumlama mahremiyetin korunmasına engel oluşturur. Bu nedendir ki tapu sicilinin alenileştirilmesi fikri beraberinde yolsuzluklarla mücadele, rüşvet ve irtikâp gibi suçların tespiti, hatta kişilerin uygunsuz özel hayatlarının deşifre edilmesi fikirlerini getireceğinden yukarıda anılan kamu makamının müdahalesini meşru kılmaya yönlendirir.

Öte yandan tapu sicilinde yer alan kayıtların sınırsız bir biçimde üçüncü kişilerle paylaşılmasının kötüye kullanılması da olağandır. Örneğin Ontario/Kanada'da tapu sicilinde yer alan kayıtlara sınırsız erişimin meydana getirebileceği ihtimalleri doğrulayan bir uyuşmazlık doğmuştur. Somut olayda, Ontario'da yer alan tapu sicili bilgileri toplanarak bir kredi kuruluşuna satılmıştır. Bu bilgiler içerisinde ipotek yenileme tarihleri, ipotek borçlusu, konut kredisi veren kuruluş, kredi oranları, kredi sözleşmesi gibi bilgiler yer almaktadır. Sicile kayıtlı taşınmazların malikleri, bu bilgilerin başka bir kredi kuruluşuna paylaşılması nedeniyle kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak paylaşıldığı ve tapu idaresinin kamu yararı gereğince her ne kadar tapu siciline ilişkin kayıtları toplama ve saklama hakkı bulursa da bu kayıtları sınırsız biçimde üçüncü kişilerle paylaşma hakkı bulunmaması gerektiği gerekçesiyle tapu idaresine başvuruda bulunmuştur.⁴⁵ Bu çerçevede ifade edilmesi önemlidir ki toplanan verilerin, toplanma amacına uygun olarak paylaşılması ve kullanılması gerekir.⁴⁶ Bu nedenle, tapu sicilinde yer alan kayıtların reklam amacıyla paylaşılması hem kişilerin özel hayatının gizliliğine hem de kişisel verilerin korunmasına aykırıdır.⁴⁷

Öte yandan tapu sicilindeki kayıtların herkesle sınırsız bir aleniyetle paylaşılması kimlik hırsızlığına da sebep olabilir.⁴⁸ Çünkü tapu sicilindeki kayıtlarda yer alan kişisel veri niteliğindeki bilgilerle sahtecilik yapılması son derecede kolay ve olasıdır. Zira mutlak aleniyetin sağlandığı bir sicil sisteminde, tapu sicilinde yer alan bir taşınmaz üzerinden kişinin adı, soyadı, kimlik bilgileri, anne adı gibi veriler kolaylıkla öğrenilebilir. Bu şekilde üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla ulaşılabilen bilgilerle hazırlanan sahte belgelerle dolandırıcılık yapılması

⁴⁵ Cavoukian, "Balancing Access and Privacy" 17-18.

⁴⁶ Taus Mihai, "Protection of Personal Data in the Context of Registration of the Real Rights", *European Land Registry Association, 7th Annual Publication*, 4. Tam metin için bkz. <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/5.-Mihai-Taus-Protection-of-personal-data-in-the-context-of-registration-of-the-real-rights.pdf> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2023).

⁴⁷ 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre kişisel veriler ancak kanunda yer alan belirli amaçlarla ve usullerle işlenebilir. Kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme kuralları uygulanır.

⁴⁸ Arthur, *Publicity and Privacy in Land Registration*, 64-65.

ihtimal dahilindedir. Örneğin taşınmaza ilişkin tüm bilgileri öğrenen kötüniyetli üçüncü kişi hazırladığı sahte tapu belgesi ile bankadan kredi çekebilir.⁴⁹ Hatta tapu sicilindeki bilgiler ünlülerin mal varlığına ilişkin magazin haberi yapılmak üzere dahi kullanılabilir. Yine, malike ait tüm kimlik bilgilerini öğrenen kişilerce hazırlanan sahte vekâletname ile taşınmazın satılması mümkündür. Hâli hazırda uygulamada, tapu sicilindeki verilerin sınırlandırılmış olmasına rağmen sıkça sahte vekâletname ile dolandırıcılık yapıldığı deneyimlenmektedir.⁵⁰

Öte yandan tapu sicilinin aleniyeti ile özel hayatın gizliliği hakkının tam ters bir bakış açısından değerlendirilmesi de mümkündür. Zira kişilerin, tapu sicilinde yer alan bilgileri öğrenebilmek için ilgilerini inanılır kılmalarının beklenmesi de özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edebilir. Çünkü kişi, ilgisini inanılır kılmak adına tapu sicilinde yer alan bilgiye neden ulaşmak istediğini açıklamak zorunda bırakılır.⁵¹

Görüldüğü üzere aleniyet ile özel hayatın gizliliği arasındaki çizgi net değildir. Mutlak olarak aleniyetin korunması ya da mutlak olarak özel hayatın gizliliğinin korunması adaleti sağlamayabilir. Zaten aleniyet ve tapu siciline güven ilkeleri tapu sicilinde yer alan tüm kayıtların sınırsız bir biçimde ulaşımına açılmasını gerektirmez.⁵² Başka bir ifadeyle bilgi edinme hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkının birbirinden üstün tutulmaması gerekir.⁵³ Aksine her iki hakkın dengeli bir biçimde korunması gerekir. Bu durum, tapu sicilinde yer alan bazı temel bilgilerin sınırlandırılmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılması ve diğer bazı belirlenmiş bilgilerin özel hayatın gizliliği çerçevesinde sınırlandırılarak paylaşılması ile mümkün olabilir. Çünkü tapu sicilinde yer alan her bilgi, 4982 sayılı Kanun'un 21. maddesi çerçevesinde özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilemez. Örneğin taşınmaza malik olan kişinin yalnızca adının baş harflerinin açıklanması kişinin özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bir bilgi değildir.

⁴⁹ Matthews Paul, "Registered Land, Fraud and Human Rights", *Law Quarterly Review*, 124/1 (2008), 351.

⁵⁰ Yargıtay 1. HD, T: 20.11.2018 ve E: 2015/15790, K: 2018/14683 K; Yargıtay 1. HD T: 04.10.2018, E: 2015/17149, K: 2018/13203; Yargıtay 16. HD, T: 06.11.2018, E: 2016/18214, K: 2018/6358; Yargıtay 1. HD, T: 18.09.2018, E: 2015/17118, K: 2018/12462; Yargıtay 1. HD, T: 13.09.2018, E: 2018/2636, K: 2018/12296, Kararların tam metinleri için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2023).

⁵¹ Aybay, "Tapu Sicili", 21.

⁵² Arthur, *Publicity and Privacy in Land Registration*, 93.

⁵³ Aybay, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 4721 sayılı Medeni Kanun'un 1020. Maddesinin yürürlükten kaldırıldığını savunur. Ancak Aybay, aksinin kabulü halinde bile ilgisini inanılır kılma koşulunun geniş yorumlanması gerektiğini ifade eder. Aybay, "Tapu Sicili", 20.

SONUÇ

Tapu sicilinde yer alan gerçek kişilere ait kayıtlar, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilir. Bu nedenle bu kayıtların anılan kanun kapsamında korunması gerekir. Ancak bu kayıtların kişisel veri olarak değerlendirilmesi, kayıtların aleniliğini etkilemez. Çünkü resmi sicillerde yer alan bazı kayıtların alenileştirilmesi ve bu sayede kamu ile sınırsız olarak paylaşılması mümkündür. Ancak bu kayıtlar alenileştirilirken, kişisel verilerin korunması ve özel hayatının gizliliği haklarının sınırlarına dikkat edilmelidir.

Tapu sicilinin aleni olması durumunda tapu sicilinde yer alan gerçek kişilere ait bazı bilgilerin paylaşılması özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık teşkil etmezken, bazı bilgilerin ise sınırlandırılarak paylaşılması gerekir. Sınırlı olarak paylaşılması öngörülen bu bilgilerin ise 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde talep edilmesi mümkün olmamalıdır. Bu bilgilere ancak 4721 sayılı Medeni Kanun'da yer aldığı üzere yetkili makamlar önünde ilgisini inanılır kılan kişiler ulaşabilmelidir. Çünkü tapu sicilinde yer alan kayıtların incelenmesinde mutlak bir biçimde aleniyetin kabul edilmesi durumunda, kişisel verilerin hukuksal olarak aykırı olarak ele geçirilmesi söz konusu olabileceği gibi özel hayatın gizliliği hakkı da ihlal edilebilir. Bu nedenle kişilerin sahip olduğu hakların korunması amacıyla hukuk düzeni aleniyeti her durumda mutlak olarak sağlamak zorunda bırakılmamalı, sadece merak tapu sicilini incelemek için yeterli olmamalıdır.

Aslında olması gereken hukuk ve toplum düzeni bakımından tapu sicilinde yer alan kayıtların kamu ile paylaşılması gerekir. Özellikle sicile güven ilkesi gereğince üçüncü kişilere yüklenen sorumluluk düşünüldüğünde bu paylaşım oldukça gereklidir. Ancak süregelen uygulamada bu kayıtların paylaşımının kötüye kullanıldığı görülmüştür. Bu nedenle, tapu sicilinde yer alan bazı temel bilgilerin sınırlandırılmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılması gerekirken diğer bazı bilgilerin ise kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği çerçevesinde sınırlandırılarak paylaşılması mümkün kılınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Albaş, Hakan. “Tapu Kütüğüne Tescilin Olumlu Etkisinde İyiniyetlilerin Korunmasında Bir İstisna Boşluğu”, İstanbul Barosu Dergisi 87/3 (2013), 138-147.
- Antalya, Gökhan. “Eşya Hukukunda Hâkim İlkelere Aleniyet İlkesi”, MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan 23/3 (2017), 419-440.
- Arthur, W. Michael. “Publicity and Privacy in Land Registration in Scotland”, (Glasgow: School of Law College of Social Sciences University of Glasgow: 2018).
- Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 9. Tıpkı Baskı. Konya: Mimoza Yayınları, 2013.
- Aybay Rona. “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu MK 1020/II’yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 53/1 (2004), 216-220.
- Aybay Rona. “Tapu Sicili ‘Herkes Açık’ Mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: MK 1020”, İstanbul Barosu Dergisi 87/2 (2013), 15-31.
- Başpınar, Veysel. “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57/3 (2008), 97-132.
- Cavoukian, Ann. “Balancing Access and Privacy: How Publicly Available Personal Information is Handled in Ontario, Canada”, Symposium on the Protection of Information in Local Governments, Tokyo, Ekim, 2000.
- Erkan, Umut Vehbi - Özsoy, Rabia. “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72/1 (2023), 97-120.
- Güleş, Bedia. “İnanılır İlgil Kavramı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Bilimsel Çalışmalara Açıklığı”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2/3 (2018), 85-101.
- Matthews, Paul. “Registered Land, Fraud and Human Rights”, Law Quarterly Review 124/1 (2008), 351-355.
- Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay Özdemir, Saibe. Eşya Hukuku, 11. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006.
- Pesl, Ivan-Rydval, Jiri-Slaboch, Vaclav. “Free Internet Access to Cadastral Data: First Experience in the Czech Republic”, FIG Working Week, Athens/Greece, 22-27 May 2004.
- Sirmen, Lale. Eşya Hukuku, 10. Baskı. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2021.
- Taus, Mihai. “Protection of Personal Data in the Context of Registration of the Real Rights”, European Land Registry Association, 7th Annual Publication.
- Van Erp, Sjeff J. H. M. “Contract and Property Law: Distinct, but not Separate”, European Property Law Journal 2/3 (2013), 240-259.
- Yakuppur, Sendi. Tapu Kütüğüne Güven İlkesi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.



Sözleşmenin Rızaî Devri ile Amaçlanan Sonuçları Elde Etmek için Roma ve İslâm Hukuku'nda Kullanılan Hukukî Müesseseler^(*)

*Legal Instruments Used in Roman and Islamic Law to
Achieve the Intended Results of the Voluntary Assignment
of the Contract*

Arş. Gör. Emrah GÖKMEN^(**)

Öz

Borç ilişkisinin taraflarında değişiklik yapılması borç ilişkisini şahsi gören Roma hukukunun klasik dönem anlayışına ters olsa da İslâm hukukunda borçlunun değişimi havâle akdiyle başlangıçtan itibaren uygulanmaktaydı. Roma hukukunda süreç içerisinde pratik ihtiyaçların da zorlamasıyla delegatio ve dava vekaleti gibi kurumlardan yararlanılarak borçlunun ve alacaklının değiştirilmesi sonucu elde edilmiştir. İslâm hukukunda da havâle, zamanla alacaklının değiştirilmesi için kullanılmıştır. Her ne kadar bazı açılardan anlayış ve uygulama farklılığı bulunsa da hukuk düzenlerinin benzer ihtiyaçlara benzer çözümler ürettiği görülmektedir. Sözleşmenin rızaî devri bir tarafın değişmesi anlamındadır. Sözleşmede taraf değişikliğini açıklamak üzere kombinasyon ve birlik teorileri ileri sürülmüştür. Bunlardan hangisinin Roma hukukunda ve İslâm hukukunda sözleşmenin rızaî devri sonucunu elde etmeye yatkın olduğu tespit edilerek bir değerlendirmeye varılmalıdır. Bu çalışmada bu husus tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Sözleşmenin Devri, Taraf Değişikliği, Kombinasyon Teorisi, Roma Hukuku, İslâm Hukuku.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 24.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.08.2023
DOI: 10.56701/shd.1196480

^(**) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Tokat - Türkiye
E-posta: emrah.gokmen@gop.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5470-2716>

Abstract

Although making changes in the parties of the debt relationship is contrary to the classical period understanding of Roman law, which considers the debt relationship personal, the change of the debtor in Islamic law was applied from the beginning with the transfer contract. In Roman law, it was obtained as a result of changing the debtor and the creditor by using institutions such as delegation and power of attorney due to practical needs in the process. In Islamic law, remittance has also been used to change the creditor over time. Although there are differences in understanding and practice in some respects, it is seen that legal systems produce similar solutions to similar needs. The transfer of consent of the contract means the change of one party. Combination and unity theories have been put forward to explain the change of parties in the contract. An evaluation should be made by determining which of these is prone to obtain the result of the transfer of consent in Roman law and Islamic law. In this study, this issue is tried to be determined.

Keywords

Assignment of Contract, Change of Party, Combination Theory, Roman Law, Islamic Law.

GİRİŞ

Bir borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafı vardır. Alacaklı veya borçlu taraflarından birinin değiştirilmesi, toplumsal ve ekonomik gelişmelerin etkisiyle bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Ancak Roma'nın klasik döneminde borç ilişkisinin şahsiliği prensibi gereği borç devredilemez kabul edilmiştir. Ne var ki toplumsal ve ekonomik gelişmeler ve pratik ihtiyaçlar bu anlayışı aşındırmış ve bunun sonucunda Roma hukukunda taraf değişikliğini sağlamak üzere *delegatio* ve dava vekaleti kurumları üzerinde durulmuştur. İslâm hukukunda ise Roma hukukundaki gibi şahsa bağlı bir borç ilişkisi tasavvuru yoktur. Burada borç, malvarlığını ilgilendiren bir husustur. Dolayısıyla devredilebilmesi mümkündür. İslâm hukukunda borcun bir zimmetten diğerine naklini sağlayan kurum havâledir. Zaman içerisinde alacağın temlik için de aynı kurumdan yararlanılmıştır.

Sözleşmenin rızaî devri sözleşmenin tarafının tüm hak ve borçlarıyla birlikte değiştirilmesi olup müstakil bir alacak veya borcun devrinden farklıdır. Bu nedenle sözleşmenin devrini açıklayabilmek için öncelikle sözleşmede taraf değişikliğini açıklayan teorilere değinilmelidir. Bundan sonra Roma hukukunda ve İslâm hukukunda sözleşmenin rızaî devrinin nasıl gerçekleştirilebileceği sorusu cevaplanabilecektir.

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMEDE TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Sözleşmede taraf değişikliğini açıklamak üzere kombinasyon ve birlik teorileri ileri sürülmüştür. Borç ilişkisinin alacak ve borçlardan oluştuğunu belirten kombinasyon teorisine göre sözleşmede taraf değişikliği alacak ve borcun ayrı

ayrı kendine özgü devirlerinin yapılmasıyla mümkün olur.¹ Devralana tüm hak ve borçlar devredilirse sözleşme de devredilmiş olur.² Kanuni düzenlemesi bulunan alacağın temliki ve borcun naklinin kombinasyonu ile sözleşme devredilebilir.³ Kombinasyon teorisi literatürde yenilik doğuran hakların ve külfetlerin geçişini açıklayamaması, pratik olmaması gibi çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir.⁴

Birlik teorisi ise sözleşmede taraf değişikliğinin taraf sıfatının devriyle birlikte bir bütün halde tek bir hukukî işlem aracılığıyla devredildiğini savunmaktadır.⁵ Birlik teorisine göre sözleşme; haklar, yükümlülükler, hukukî durumlar ve külfetlerden oluşan bir organizmadır.⁶ Birlik teorisi tek bir hukukî işlemle sözleşmenin devrini gerçekleştirdiği için kombinasyon teorisine nazaran daha fonksiyoneldir.⁷ Bugün hakim olan kanaate göre sözleşmenin devri alacağın temliki ve borcun naklinin toplamından daha farklı ve daha fazlasıdır.⁸

Türk hukukunda sözleşmenin rızâî devri eBK'da yer almamasına rağmen sözleşme serbestisi ilkesi gereği yargı kararlarında ve uygulamada mevcuttu. Bu dönemde alacağın devri ve borcun naklinin bir karma hali olarak sözleşmenin devri sonucu elde edilmekteydi.⁹ TBK ile birlikte sözleşmenin devri ayrı bir müessese olarak düzenlenmiştir. Buna göre “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.” Türk hukukunda sözleşmenin devri, devreden, devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraflı sui generis bir sözleşme olup sözleşmeden doğan yükümlülüğe taraf olma sıfatının devredilmesidir.¹⁰ Sözleşmenin devri

¹ Gizem Yağmur Yılmaz, *Sözleşmenin Devri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 23; Hasan Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 39, 41; Peter Früh, *Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht* (Aarau: Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1945), 39-40.

² Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, 44.

³ M. Fatih Cengil, “Sözleşmede Taraf Değişikliği”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/6 (2016), 120; Früh, *Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht*, 42.

⁴ Bunlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, 45-50; Alacağın temliki ve borcun nakli kombinasyonunun bir sözleşmenin tarafının tüm yasal statüsünü kapsamayacağı kabul edilmiştir. Bkz. Helmut Pieper, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt* (Köln und Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung Kg, 1963), 168.

⁵ Yılmaz, *Sözleşmenin Devri*, 23; Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, 51.

⁶ Cengil, “Sözleşmede Taraf Değişikliği”, 121; Früh, *Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht*, 39.

⁷ Cengil, “Sözleşmede Taraf Değişikliği”, 121.

⁸ Christoph Bauer, *Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang* (Zürich-St. Gallen: Dike Verlag, 2010), 73.

⁹ M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), II/635.

¹⁰ Cengil, “Sözleşmede Taraf Değişikliği”, 122; Berna Öztürk, “Sözleşmenin Devri”, *TBB Dergisi* 29/125 (2016), 265, 267; Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, 35, 53; Gökhan Çayan, *Sözleşmenin*

bir cüz'î halefiyet halidir.¹¹ TBK'daki düzenlemeden hareketle Türk hukukunda sözleşmede taraf değişikliği açıklayan teorilerden birlik teorisinin benimsendiği görülmektedir.

Birlik teorisi bir ölçüde sözleşmenin devri kurumunun kanunda düzenlenmesini gerektirmektedir. Kombinasyon teorisinde durum bundan farklıdır. Çünkü burada mevcut iki ayrı kurumdan istifadeyle sözleşmenin devrine erişmeye çalışılmaktadır. Bu bakımdan hem Roma hukukunda hem de İslâm hukukunda sözleşmenin devrinin ayrı ayrı ele alınan alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerinin bir arada düşünülmesiyle, yani kombinasyon teorisinden yardım olarak teorisinin oluşturulabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle bundan sonraki Roma hukukunda ve İslâm hukukunda başlıklarında o hukuklarda alacağın temliki ile borcun naklinin nasıl gerçekleştirdiğinden bahsedeceğiz. Zira bu ikisinin ortaya konulması kombinasyon teorisi yardımıyla bir sözleşmenin devri sonucunun elde edilebileceğini gösterebilir.

II. ROMA HUKUKU'NDA

A. GENEL OLARAK

Roma'da borç ilişkisi iki veya daha fazla kişiyi birbirine bağlamakta, aralarında şahsî bir bağ kurmaktaydı.¹² *Obligatio* (borç) kelimesi de borçluyu (*debitor*) alacaklıya (*creditor*) bağlayan bir zincir (*iuris vinculum*) olarak görülmekteydi. Roma'da borcun şahsiliği anlayışı gereği bu bağ başkasına devredilemezdi.¹³ Bu nedenle uzun bir süre boyunca borç ilişkisi devredilemez olarak algılanmıştır. Ticari hayatın gelişmesi sonucunda kredi kullanımı yaygınlaşmış, derhal nakde çevirme ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Dolayısıyla alacağın temliki bir gerekliliktir. Neticice itibariyle borcun şahsiliği ve devredilemez oluşu anlayışı zaman içerisinde çeşitli ihtiyaçlar ile aşılmaya çalışılmış ve bu bağlamda çeşitli kurumlardan yararlanılmıştır. Bunlar temel olarak *delegatio* ve dava vekaletidir.

Devri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 85; Früh, *Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht*, 1.

¹¹ Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, 56-57.

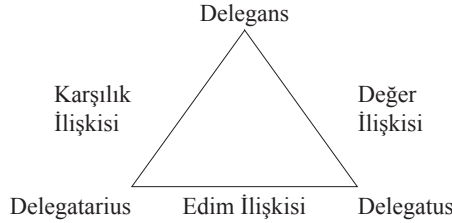
¹² Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 82; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 169; Herbert Hausmaninger - Walter Selb, *Römisches Privatrecht* (Wien: Böhlau Verlag, 1997), 383.

¹³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 82; Tennur Koyuncuoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 8; Diler Tamer, *Roma Hukuku Cilt 2 Borçlar Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 30; Heinrich Honsell, *Römisches Recht* (Berlin: Springer-Verlag, 1992), 74; Theo Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht* (New York: Springer-Verlag, 1991), 152; Max Kaser - Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht* (München: Verlag C.H.Beck, 2003), 339.

B. DELEGATIO

1. Genel Olarak

Delegare, temel olarak bağlayıcı karar vermek anlamındaki *legare*'den türemiş olup taşımak, nakletmek anlamına gelmektedir.¹⁴ *Delegatio* ise eski alacaklının borçlusunu yeni alacaklıya havâle etmesidir.¹⁵ Ulpianus *delegatio*'yu D. 46, 2, 11, pr.da “Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit” (Delegare, alacaklıya veya onun yetkili kıldığı kimseye borçlu yerine başka bir borçluyu vermesidir.) şeklinde tanımlamıştır.¹⁶ Roma borçlar hukukunda “*delegare alicui aliquid*” (bir kimseye bir şeyi nakletmek) ve “*delegare aliquem*” (üçüncü bir kişiye ifada bulunması için yetki vermek) anlamlarında kullanılmıştır.¹⁷ Üçlü bir hukukî işlemle meydana gelen *delegatio*'da; *delegans* (havâle eden), *delegatus* (havâle ödeyicisi) ve *delegatarius* (havâle alıcısı) vardır.¹⁸



Delegatio'da, *delegans* ile *delegatus* arasında “karşılık ilişkisi”; *delegatarius* ve *delegans* arasında da “edim ilişkisi” bulunmaktadır.¹⁹ *Delegatus* ile *delegatarius* arasındaki ilişki özel olarak havâleden doğar. *Delegatus*'un *delegatarius*'a edimi ifa etmesiyle birlikte *delegans* borçtan kurtulur.²⁰

¹⁴ Wolfgang Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht* (Marburg: Elwert Verlag, 1959), 3.

¹⁵ Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 171; Şakir Berki, *Roma Hukuku* (Ankara: y.y., 1949), 322.

¹⁶ Akın Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1968), 9; Özcan Günergök, *Havale İlişkisi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995), 4.

¹⁷ Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 2-3; Talimatın konusu bir yükümlülük altına girmek ya da ödeme yapmak şeklinde olabilmekteydi. Bkz. Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 151.

¹⁸ Paul Koschaker - Kudret Ayiter, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), 289; Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, 6; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 4; Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 151.

¹⁹ Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 151; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 5.

²⁰ Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 152.

Roma hukukunda *delegatio* farklı sebeplerle kullanılmıştır. *Causa solvendi* (ifa sebebi), *causa donandi* (bağışlama sebebi) ve *causa credendi* (kredi sebebi) bunlardandır. *Delegatio* ilişkisi kural olarak sebepten aridir.²¹

Roma hukukunda *delegatio*'nun temelini *mandatum* olduğu ve akitsiz *delegatio*'nun olamayacağı tezi savunulmuştur.²² *Delegatio*'nun temelini, tek taraflı bir hukukî işlem olan *iussum* olduğu da ileri sürülmüştür.²³ *Iussum* 'da *delegans*, edayı *delegatarius*'a yapması için *delegatus*'a yetki vermektedir.

Delegans tarafından *delegatus*'a ve *delegatarius*'a verilen çifte yetki buradaki *delegatio* işleminin tamamlanması bakımından yeterli değildir. Bunlardan en çok kullanılanı *stipulatio* ve ifadır.²⁴ *Delegatio* sebepli veya sebepsiz bir *stipulatio* ile meydana getirilebilir.²⁵ *Stipulatio*, Roma özel hukukunda istenilen amaçlara ulaşmak için tek başına kullanılabilen sözlü ve genel bir akit tipidir.²⁶

Günümüz Türk hukukunda havâle TBK m. 555'te, "Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir mislî eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukukî işlemdir." şeklinde tanımlanmıştır. Doktrindeki hâkim görüşe göre havâle, üçlü ilişki içerisinde çift yetkilendirme içeren tek taraflı varması gerekli bir hukukî işlemdir.²⁷ Havâle eden havâle ile bir taraftan havâle ödeyicisine ödeme yetkisi verirken, diğer taraftan da havâle alıcısına ödemeyi kabul (tahsil) yetkisi vermektedir.²⁸ Havâle, borç ve yükümlülüklerin yerine getirilmesini temin eden özel bir ifa mekanizmasıdır.²⁹

Delegatio kendi içerisinde *delegatio nominis* (aktif havâle) ve *delegatio debiti* (pasif havâle) olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁰ Burada bu ikisine değinmeden evvel *delegatio*'nun temeli olan *novatio*'ya dair ön bir bilgi verilmesi yararlı olacaktır.

²¹ Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 6-7.

²² Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 16.

²³ Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, 20.

²⁴ Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 31.

²⁵ Fırat Korkmaz, *Roma Hukukunda Stipulatio* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 131; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 39.

²⁶ Korkmaz, *Roma Hukukunda Stipulatio*, 32.

²⁷ Kemal Özkan, *Havalenin Hukuki Niteliği* (Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007), 34-35; Arif B. Kocaman, "Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49/1 (1994), 298-299; Gülşah İslamoğlu, "Havale", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/2 (2019), 529-530; Arif B. Kocaman, *Türk Borçlar Hukukunda Havale* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 39; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 934.

²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 934; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), 334.

²⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 934-935.

³⁰ Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 152; Hausmaninger - Selb, *Römisches Privatrecht*, 391; Josef Wiefels, *Römisches Recht: Reschtrgeschichte und Privatrecht* (Düsseldorf: L. Schwann, 1960), 108.

Çünkü bu işlemlerde özleri itibarıyla bir alacağın veya borcun naklinden ziyade hukuken aynı borç nakledilmemekte, bir borç kaldırılıp yerine başkası konulmakta, yani *novatio* (tecdit, yenileme) yapıldığı görülmektedir.³¹ Dolayısıyla her iki türdeki *delegatio*'nun meydana gelebilmesi için bir *novatio*'ya ihtiyaç vardır.

Delegatio'da bir *novatio* vardır.³² *Novatio* deyiimi a novo (yeni) ya da a novo obligatione (yeni bir borç)'dan gelmektedir.³³ Terim olarak *novatio*, eski bir hukukî ilişkinin *stipulatio* (sözlü akit) aracılığıyla *ius civile*'ye göre yeni bir hukukî ilişkiyle ortadan kaldırılmasıdır.³⁴ *Novatio stipulatio*'sunun geçerliliği için *stipulatio*'nun eski bir borca dayanması, tarafların *novatio* yapma iradesinin (*animus novandi*) olması ve eski borca mutlaka yeni bir şey (*aliquid novi*)³⁵ eklenmesi gerekmektedir.³⁶ Roma hukukunda taraf değişikliği işlevindeki *novatio*, *novatio qualificata* yani nitelikli *novatio* olarak adlandırılır.³⁷

Günümüz Türk hukukunda yenileme, borcu sona erdiren sebeplerden biridir.³⁸ Yenilemede eski borç ortadan kaldırılır, yeni bir borç meydana getirilir.³⁹

³¹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 83; Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 169; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 10; Adolf Berger, "Delegatio", *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: American Philosophical Society, 1953), 429; Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 330.

³² Türkân Rado, *Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla İslahı* (İstanbul: Doğan Kardeşler Yayınları, 1954), 85-86.

³³ Kaser - Knütel, *Römisches Privatrecht*, 335.

³⁴ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 98; Koschaker - Ayiter, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, 287; Berki, *Roma Hukuku*, 322; Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku* (Konya: Sayram Yayınları, 2020), 78; Işık Önay, *Yenileme* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 18; Bernhard Staehelin, *Die Novation* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1948), 7-8; Hausmaninger - Selb, *Römisches Privatrecht*, 388; Wiefels, *Römisches Recht: Reschtrgeschichte und Privatrecht*, 108; Kaser - Knütel, *Römisches Privatrecht*, 335.

³⁵ Bu yeni şey kişi değişikliği, koşul veya sınırlama eklenmesi gibi şeyler olabilmekteydi. Kaser - Knütel, *Römisches Privatrecht*, 336.

³⁶ Klasik dönemde *novatio* için borcu yenileme niyet ve iradesine bakılmazken, Justinianus hukukunda bunun için niyet ve iradenin (*animus novandi*) açıkça ortaya konulması aranmıştır. Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 183; Koyuncuoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)*, 22; Berki, *Roma Hukuku*, 322; Zafer Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 52; Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, 150; Hausmaninger - Selb, *Römisches Privatrecht*, 388-389; Wiefels, *Römisches Recht: Reschtrgeschichte und Privatrecht*, 108.

³⁷ Diğer tür *novatio simplex* (adi *novatio*) olup taraflar arasında yani kişi değiştirmeden yapılan *novatio*'yu ifade eder. Wiefels, *Römisches Recht: Reschtrgeschichte und Privatrecht*, 108.

³⁸ Buradan Roma hukukunda *novatio*'nun borcu sona erdiren bir sebep olarak görülmediği anlamı çıkarılmamalıdır. *Novatio*'nun günümüz hukukundaki haliyle net bir şekilde ve sadece borcu sona erdiren bir sebep olmadığı, bunun haricinde taraf yenilemesi için de kullanılabilirdiği sonucuna varılabilir. *Novatio*'nun Roma'da borcu sona erdiren sebeplerden biri olmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. *Gaius Institutiones Borçlar Kısmı*, çev. Türkân Rado (İstanbul: Doğan Kardeşler Yayınları, 1953), 71 vd.

³⁹ Kaser - Knütel, *Römisches Privatrecht*, 335.

Yenilemeyle birlikte eski alacağa ilişkin sakatlıklar, defiler ve teminatlar ortadan kalkar.⁴⁰ Günümüz bakış açısıyla taraf yenilemesi şeklindeki yenilemenin alacağın temliki veya borcun nakli sayılmayacağı, çünkü yenilemeyle eski borcun sona erip onun yerine yeni bir borcun ikame edildiği ifade edilebilir.⁴¹

2. Delegatio Debiti (Borcun Nakli)

Delegatio debiti'de *Delegans* borç ilişkisinden ayrılmakta, onun yerine yeni borçlu olarak *delegatus* girmektedir. Bu borç *delegatus* ile *delegatarius* arasındadır. *Delegatus*, bu borç ilişkisinde *delegatarius*'un *delegatus*'a olan borcunu ödemeyi bir *stipulatio* ile vaat etmekteydi.⁴² Bu işlem de bir *novatio* teşkil eder. *Novatio* sonucunda *delegans* ile *delegatarius* arasındaki borç ilişkisinden *delegans* ayrılmış, onun yerine *delegatus* alacaklı olarak girmiştir. Böylece *delegatus*, *delegatarius*'un borçlusu konumundadır. Netice itibariyle *delegatio debiti*, Roma hukukunda borcun nakli sonucunu meydana getirmekteydi.⁴³ Ancak buradaki borcun nakli günümüz Türk hukukundaki borcun naklinden, eski borç ve buna bağlı fer'i hakların sona ermesi yönüyle farklıdır.⁴⁴ *Novatio stipulatio*'su sonucunda konusu aynı ancak yeni bir borç meydana gelmektedir.⁴⁵

Delegatio debiti'nin borçlunun rızasının aranması ve fer'i teminat borçlarının sona ermesi olmak üzere iki sakıncası vardır.⁴⁶ Bu sakıncaların giderilmesi için *formula* davasının gelişiminden itibaren “dava vekâleti” yoluna başvurulmaktaydı.⁴⁷

3. Delegatio Nominis (Alacağın Temliki)

Delegatio nominis'te borç ilişkisinden alacaklı olan *delegans* çıkmakta, onun yerine yeni alacaklı olarak *delegatus* girmektedir. *Delegatus*, kendisiyle *delegans* arasındaki borç ilişkisine dayalı olarak *stipulatio* yapar.⁴⁸ *Delegatio nominis*'te *delegatus* ile *delegatarius* arasında konusu karşılıklı borç ilişkisinin aynı olan ve alacaklının de-

⁴⁰ Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950), 1-2/864; Hausmaninger - Selb, *Römisches Privatrecht*, 388; Kaser - Knütel, *Römisches Privatrecht*, 341.

⁴¹ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 1-2/870.

⁴² Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 35; Evren Baklacı Çakıroğlu, *Roma Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Alacağın Temliki* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010), 38; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 53-54.

⁴³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 82; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 35.

⁴⁴ Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 36; Koyuncuoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)*, 99.

⁴⁵ Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 54; Korkmaz, *Roma Hukukunda Stipulatio*, 132; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 36.

⁴⁶ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 83; Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 170; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 54; Tamer, *Roma Hukuku Cilt 2 Borçlar Hukuku*, 31.

⁴⁷ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 84.

⁴⁸ Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 56; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 35.

ğişimini sağlayan bir *stipulatio* yapılmıştır.⁴⁹ Bunun sonucu ise *novatio*'dur. *Novatio* ile *delegans* ile *delegatus* arasındaki borç ilişkisinden *delegatus* ayrılmış, onun yerine alacaklı olarak *delegatarius* geçmiştir. Bundan sonra *delegatus*, *delegatarius*'un borçlusu konumundadır. Böyle bir yol izlenmek suretiyle Roma hukukundaki borcun şahsiliği ve devredilemezliği yönündeki anlayış hukuken olmasa da iktisadi sonuçlarını elde ederek neticesi itibarıyla bir alacağın temlikine ulaşılmıştır.⁵⁰

Öte yandan Roma hukukunda alacağın temlikini bazı işlemler bakımından mümkün değildi. Alacağın temlikine ilişkin sınırlamalar Son İmparatorluk Döneminde kötü niyetli temlik ilişkilerini önlemek amacıyla getirilmiştir.⁵¹ Bunlara örnek olarak üzerinde ihtilaf bulunan alacak, sosyal mevkiisi yüksek kimseye devredilen alacak, vasiye ve kayyım devredilen alacak ve nafaka gibi alacaklının şahsına bağlı alacaklar verilebilir.⁵²

Roma hukukunda alacağın temlikinde bugünkü Türk hukukundan farklı olarak borçlunun rızası gerekmektedir.⁵³ Bunun nedeni *novatio stipulatio*'sunun borçlu ile yapılmasıydı.⁵⁴

C. DAVA VEKÂLETİ

Roma hukukunda daha sonraları Preatorlar tarafından yeni bir yol olarak ortaya atılan vekalet (*mandatum*) ile alacaklının veya borçlunun üçüncü bir kişiye vekalet veya salahiyet vermesi yoluyla (*mandatum ad agendum* veya *mandatum in rem suam*) da dolaylı olarak alacağın temlik veya borcun nakli sonuçları elde edilmeye çalışılmıştır.⁵⁵ Bu yolda alacaklı, alacağını temlik etmek istediği kimseye borçlu aleyhine dava açma yetkisi tanımakta, borçlu da borcu nakletmek istediği kimseyi kendisine karşı açılan davada vekil sıfatıyla göndermekteydi.⁵⁶ Başka bir anlatımla, Formula'nın *intentio* bölümünde asıl alacaklının adı, *condemnatio* kısmında vekilin adı yazmakta ve vekil, müvekkilini temsil ettiği için

⁴⁹ Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 35.

⁵⁰ Koschaker - Ayiter, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, 288; Düren, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, 35; Taraf yenilemesinin borcun nakli veya alacağın temlikli sayılmayacağı hakkında bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 1-2/870; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 82.

⁵¹ Baklacı Çakıroğlu, *Roma Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Alacağın Temlik*, 40.

⁵² Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 85.

⁵³ Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 171.

⁵⁴ Mehmet Üçer, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temlik", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/3 (2005), 402.

⁵⁵ Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 170-171; Belgin Sayın Korkmaz, *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 194-195; Tamer, *Roma Hukuku Cilt 2 Borçlar Hukuku*, 31.

⁵⁶ Sayın Korkmaz, *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)*, 194-195; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 54-55.

davanın hüküm ve sonuçları onun üzerinde doğmaktaydı.⁵⁷ Diğer yandan alacağı-
nı dava vekâleti yoluyla temlik etmek isteyen alacaklı da alacağı devralan üçüncü
kişinin ismini davada *condemnatio* kısmına yazardı ve böylece borcu almaya o
hak kazanırdı.⁵⁸

Bu yöntemle, daha önce bahsedilen *novatio*'nun sakıncaları (borçlunun rıza-
sının aranması ve fer'i hak ve teminatların sona ermesi) ortadan kaldırılmıştır.⁵⁹
Bu yöntemin de eksiği kendisine yalnızca dava aşamasında başvurulabilmesidir.⁶⁰
Vekaletin vekil tarafından geri alınabilmesi veya ölüm sebebiyle sona ermesi gibi
hallerin mahzurunu gidermek adına Iustinianus devralan tarafa *actio utilis* tanı-
mıştır.⁶¹

III. İSLÂM HUKUKUNDA

A. GENEL OLARAK

İslâm hukukunda borcun intikali ölüm sebebiyle ve sağlararası intikal olarak
ikiye ayrılmaktadır.⁶² Çalışma konumuzu ilgilendiren sağlararası intikal, alacağın
temlikini ve borcun naklini içermektedir.⁶³ İslâm hukukunda havâle⁶⁴, hem alaca-
ğın temliki hem de borcun nakli için kullanılmıştır.⁶⁵

⁵⁷ Baklacı Çakıroğlu, *Roma Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Alacağın Temliki*, 38-39.

⁵⁸ Baklacı Çakıroğlu, *Roma Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Alacağın Temliki*, 39; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 57.

⁵⁹ Üçer, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki", 403; Sayın Korkmaz, *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)*, 196; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 54; Bir başka sakınca olarak borçluyla her zaman işbirliği yapmak zorunda olmak gösterilmektedir. Bkz. Honsell, *Romisches Recht*, 75.

⁶⁰ Üçer, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki", 404; Tamer, *Roma Hukuku Cilt 2 Borçlar Hukuku*, 31.

⁶¹ Marzo, *Roma Hukuku*, 331.

⁶² Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 403.

⁶³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 403; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Atlas Akademi, 2020), 513; Ali Bardakoğlu, "Havâle" (İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1997), XVI/507.

⁶⁴ Havâlenin temlikten, borçlunun müdahale ve rızasının kesinlikte gerekmesi bakımından farklılaşması hakkında ayrıca kz. H. Halis Sungur, *Borçlar Kanunu ve Tatbikatı* (İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1943), 1/432.

⁶⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 404; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku II* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 557; Bilal Aybakan, "Temlik" (İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2011), 40/430; Duygu Hidayet Arda Bağce, *Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2015), 7; Fatih Turay, *Finansal Açıda İslâm Borçlar Hukuku* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019), 379; Havâle'nin bugünkü hukuktaki borcun nakli olduğu yönünde ayrıca bkz. Muzaffer Şeker, *İslam Hukuku'nda Borcun Nakli (Havale)* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1991), 9.

B. HAVÂLE

1. Genel Olarak

Havâle, borcu (deyn) borçlunun zimmetinden başka bir şahsın zimmetine nakletmektir.⁶⁶ Örneğin benim A'ya bir şeyi borçlanıp da bu borcumu ödemek üzere B'yi görevlendirmem böyledir.⁶⁷ Havâlenin pratik faydası, kişiye başka bir yerdeki kişi aracılığıyla ödemelerini yapma imkanı vermesidir.⁶⁸ Havâle, klasik dönem İslâm hukuk doktrininde “Kitâbu'l-Havâle” bölümünde havâlenin tanımı, unsurları ve şartları, hükümleri ve sona ermesi üzerinden ele alınmıştır.⁶⁹ İslâm hukukunda havâlenin deyn'i teminat altına almak, borcu kabza dair vekalet vermek gibi fonksiyonlarının yanı sıra taraflardan birinin değişmesi fonksiyonu da vardır.⁷⁰

Bir akit olan havâlede üç taraflı bir ilişki vardır; havâle edene muhîl, borcun havâle edildiği kişiye muhâlun aleyh, alacaklıya da muhâlun leh denilmektedir.⁷¹ Havâledeki hukukî ilişkileri; muhîl ile muhâlun leh arasında “değer ya da bedel ilişkisi”, muhîl ile muhâlun aleyh arasında “karşılık ilişkisi” ve muhâlun leh ile muhâlun aleyh arasında ödeme ilişkisi olarak ele alınabilir.⁷² Havâle, buradaki üç tarafın rızası veya herhangi ikisinin anlaşmasıyla mümkündür.⁷³ İki kişinin anlaştığı ihtimalde havâle, üçüncü kişinin icazetine kadar askıda hükümsüz (mevkuf) olur.⁷⁴

⁶⁶ Ali Haffî, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, çev. Rahmi Yaran (Ankara: TDV Yayınları, 2018), 569; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler* (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2018), 480; Bardakoğlu, “Havâle”, XVI/507; Abdülkerîm Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fikhi'l-mukâren* (Beirut: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1975), 213; Abdülğani b. Tâlib b. Hammâde b. İbrâhîm el-Ğanîmî ed-Dimeşki el-Meydânî el-Ĥanefî Abdülğani el-Meydânî, *el-Lubâb fi Şerhi'l-Kitâb* (Beyrût: y.y., t.y.), 160; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler* (Konya: Tekin Kitabevi, 2014), 149; Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr* (Beirut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994), 8/3.

⁶⁷ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (New York: Oxford University Press, 1982), 148-149.

⁶⁸ Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 149.

⁶⁹ Bardakoğlu, “Havâle”, XVI/508.

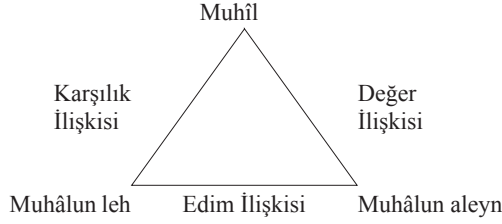
⁷⁰ Muhammed Zekî Abdülber, *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-mâliyye fi'l-mezhebi'l-Hanefî* (Kahire: Mektebetü Dâri't-Türas, 1997), 2/270-271.

⁷¹ Haffî, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, 569; Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 480; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku II*, 564; Bardakoğlu, “Havâle”, XVI/507; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 2/478; Abdülber, *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-mâliyye fi'l-mezhebi'l-Hanefî*, 2/298; Havâlenin İslâm hukukunda hukuki niteliğiyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Afra Uysal, *Mecelle'de Havale Akdi* (İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022), 92 vd.

⁷² Işık Aslı Han, *Üç Taraflı Hukuki İlişki Modeli Olarak Havale (TBK m. 555-560)* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 9; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2/478; Günergök, *Havale İlişkisi*, 3.

⁷³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 404; Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 480; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku II*, 564-565; İhsan Hüseyin, *Türk ve Irak Hukuklarında Mukayeseli Olarak Alacağın Temliki* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004), 14.

⁷⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 404; Mahlûfi Hûriyye, *Havâletü'd-deyn* (Cezayir: Câmîatiü Cezâir Külliyyetü Hukûk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010), 9.



Havâle akdi, muhîlin icâbı ile muhâlung leh ve muhâlung aleyhin kabulüyle kurulur.⁷⁵ Havâlede deyn, muhîlin zimmetinden muhâlung aleyhin zimmetine nakledilmektedir.⁷⁶ Havâle akdiyle birlikte muhîl ve varsa kefli borçtan kurtulur.⁷⁷

Havâle edilen şey (muhâlung bih) taşınabilir, nakledilebilir bir şey olması gerektiğinden yalnızca deyn'de gerçekleşir; ayn'larda söz konusu değildir.⁷⁸ Havâlede nakledilen şey borcun kendisidir, yoksa onu talep yetkisi değildir.⁷⁹ Öyle ki eğer muhâlung leh, muhâlung aleyhteki borcu ibra ederse, borç sona erer.⁸⁰ Ayrıca havâle edilen borç, yenilemenin (tecdîd) aksine olarak borçta herhangi bir değişiklik meydana getirmez; eski borcun sona ererek yeni bir borcun doğması söz konusu değildir.⁸¹

Havâle, mutlak veya mukayyet olabilir.⁸² Mutlak havâlede havâlenin herhangi bir malvarlığıyla sınırlanmaz ve muhîlin, muhâlung aleyhde alacak veya vedia

⁷⁵ Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren*, 216; Muhammed Zekî Abdülber, "el-Havâletü fi'l-fıkhi'l-İslâmî", *Mecelletü Külliyyeti's-Serîa ve'd-dirâsât'il-İslâmiyye* 4 (1985), 468; Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekr el-Ferğânî el-Merğînânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî* (Beyrut: Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-'Arabî, t.y.), 3/99.

⁷⁶ Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren*, 214; Ebu'l-Faql 'Abdullâh b. Maḥmûd el-Ḥaneḫî el-Mevsîlî, *el-İḫtiyâr li Ta'îlîl'l-Muḫtâr* (Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 2005), 3/3.

⁷⁷ Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren*, 228; Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, 152.

⁷⁸ el-Merğînânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*, 3/99; Ebû Muḫammed Maḥmûd b. Aḫmed Bedruddîn el-'Aynî, *el-Binâye Şerḫu'l-Hidâye* (Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 2000), 8/486; Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, 149; Abdülber, *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-mâliyye fi'l-mezhebi'l-Haneḫî*, 2/294; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*, 8/7.

⁷⁹ Havâlede nakledilen şeyin deyn mi yoksa mutâlebe (talep yetkisi) mi olduğu hakkındaki tartışmayla ilgili olarak ayrıca bkz. Abdülber, *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-mâliyye fi'l-mezhebi'l-Haneḫî*, 2/300-305 Burada nakledilen şeyin deyn olduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir. Çünkü nakledilen şey sadece talep yetkisi olmayıp onunla ilgili veya ona tabi diğer şeyler de borcun nakledilmesiyle birlikte geçmektedir. Mutâlebenin nakli görüşündekilerin azınlıkta olduğu, deynin mutâlebeyle birlikte devredildiği yönünde bkz. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*, 8/3.

⁸⁰ Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren*, 214; Mustafa Kelebek, *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014), 277.

⁸¹ Ali Ekber Çınar, *Haneḫî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022), 14.

⁸² Mustafa Ahmed ez-Zerkâ vd., *el-Havâle* (Kuveyt: el-va'yü'l-İslâm, 2011), 60; Havâlenin diğer türleri hakkında ayrıca bkz. Zeydân, *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren*, 226-227.

olarak parası bulunduğu bildirilmez; bu halde havâleyi kabul eden havâle verene rücu hakkı vardır.⁸³ Mukayyet havâlede havâlenin belirli bir malvarlığıyla kayıtlanması söz konusudur; muhâlun aleyhde muhîlin alacağı vardır ve borç buradan ödenir veya muhâlun aleyhin zimmetinde, emanet veya gasp yoluyla bulunan paradan ödenmek üzere yapılmış olabilir.⁸⁴ Mukayyet havâlede böyle bir paranın bulunmadığı anlaşılırsa havâle batıldır. Havâleyi kabul eden borcu ikinci şahsa ödemelidir. Aksi halde yani havâle verene öderse, havâle alana bunu tazmin etmelidir.⁸⁵

Günümüz Türk hukukunda havâle, İslâm hukukunun aksine olarak borcun naklinden ayrılmaktadır.⁸⁶ İkisi arasında çeşitli açılardan benzerlik ve farklılıklar bulunmakta olup netice itibariyle Türk hukukundaki havâlenin, İslâm hukukundaki havâlenin işlevini yerine getiremediğini belirtmek gerekir.⁸⁷ İslâm hukukunda havâle Türk hukukunun aksine olarak⁸⁸ sebebe bağlıdır; muhâlun leh ile muhîl arasındaki borç ilişkisi havâle akdinin temelini oluşturur.⁸⁹

2. Havâletü'd-deyn (Borcun Nakli)

Borcun sağlararası bir tasarrufla devredilebileceği düşüncesi Avrupa'da tartışmalı bir yenilik olarak görülürken bu, İslâm hukukunda uzun asırlardır uygulanmaktaydı.⁹⁰ Borcun nakliyle borçlu borcundan kurtulmakta, onun yerine üçüncü bir şahıs borcu üstlenmektedir.⁹¹ Havâle, borçlu değişmesi şeklindeki bir tecdittir.⁹²

⁸³ Çınar, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması*, 81; Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 481; ez-Zerkâ vd., *el-Havâle*, 61.

⁸⁴ Çınar, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması*, 82; Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 481; ez-Zerkâ vd., *el-Havâle*, 60.

⁸⁵ Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 481.

⁸⁶ Çınar, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması*, 23.

⁸⁷ İkisi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar hakkında detaylı bilgi için bkz. Çınar, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması*, 23-24.

⁸⁸ Türk hukukunda havâle işlemi sebepten soyut yani temel borç ilişkisinden bağımsızdır.

⁸⁹ Uysal, *Mecelle'de Havale Akdi*, 65.

⁹⁰ Albert Cheron - Sadek Fahmy, "İslam Hukukunda Özellikle Hanefî Mezhebine Göre Havale", çev. Halil Cin, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/1 (1971), 414; Ferit H. Saymen - Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958), 354; Abdülvedud Yahyâ, *Havâletü'd-deyn: dirâse mukârene fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye ve'l-kânuneyni'l-İlmânî ve'l-Mısırî* (Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1992), 101.

⁹¹ Yahyâ, *Havâletü'd-deyn: dirâse mukârene fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye ve'l-kânuneyni'l-İlmânî ve'l-Mısırî*, 7; Saymen - Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler*, 358.

⁹² Cheron - Fahmy, "İslam Hukukunda Özellikle Hanefî Mezhebine Göre Havale", 415; Unutulmamalıdır ki bu çalışmada sözleşmenin rızâî devrini gerçekleştirmek üzere başvuru yöntemleri araştırılmaktadır. Elbette günümüz bakışıyla havâle ile tecdit farklı şeylerdir. Bu ikisi arasındaki farklar için ayrıca bkz. Hûriyye, *Havâletü'd-deyn*, 12-13.

Borcun nakli dört mezhep tarafından kabul görmüştür.⁹³ Borcun nakli de havâle yoluyla gerçekleştirilmiştir.⁹⁴ Deyn'in istisnaları dışında temlik işlemine konu edilememesi, İslâm hukukunda mevcut olmayan malların akitlere konu edilemeyeceği düşüncesiyle ilgilidir.⁹⁵ Akdin hukuku alacaklı tarafı ilgilendirdiğinden fukahânın çoğunluğu akdin kuruluşu için alacaklının rızasını aramaktadır.⁹⁶

3. Havâletü'l-hak (Alacağın Temliki)

Havâletü'l-hak, borç ilişkisinde alacağın temlikiyle birlikte alacaklı tarafın değişmesidir.⁹⁷ İslâm hukukunda alacağın temliki havâle hükümleri çerçevesinde incelenmiştir.⁹⁸ Alacağın temlikiyle dar anlamda bir borç ilişkisinden doğan bir alacak üçüncü kişiye geçer.⁹⁹ Alacağın temliki de devralan, devreden ve devredilen alacağın borçlusu olmak üzere üç taraflı bir ilişki meydana getirir.¹⁰⁰

İslâm hukukçuları alacağın temliki konusunda genel olarak çekimser bir tavır takınmıştır. İslâm hukukçularının buradaki çekimser tavrının nedeni olarak üçüncü kişilerin haklarının korunması, hukukî ilişkiler açıklık ve güvenin sağlanması ile onların genel akit nazariyeleri gösterilebilir.¹⁰¹ Ancak bu sakıncalar borcun havâle edilmesiyle birlikte giderilmiş, borçlunun bizzat devrede olması sonucu daha güvenli bir ortam tesis edilmiştir.¹⁰²

İslâm hukukunda alacağın temlikinin havâle yoluyla veya alacağın bir bedel karşılığında satımıyla gerçekleşmesine göre farklı değerlendirmeler yapılmıştır.¹⁰³ Alacağın havâle yoluyla gerçekleştirilmesi de kendi içerisinde borçluya veya üçüncü bir kişiye yönelmesi bakımından ikiye ayrılmaktadır.

Alacağın temliki peşin değil de vadeli gerçekleşirse bunun deyn'in deyn ile satışı olduğu gerekçesiyle bu yasaklanmıştır.¹⁰⁴ Burada Hanefiler alacağın temli-

⁹³ Hûriyye, *Havâletü'd-deyn*, 9; Turay, *Finansal Açından İslâm Borçlar Hukuku*, 379.

⁹⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 404.

⁹⁵ Mehmet Âkif Aydın, "Deyn" (İstanbul: TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, 1994), 9, 268.

⁹⁶ Faruk Emrah Oruç, *İslâm Hukukunda Deyn* (Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011), 45.

⁹⁷ Muhammed Yusuf Saleem, *Islamic Commercial Law* (Singapore: John Wiley&Sons, 2013), 141.

⁹⁸ Aybakan, "Temlik", 40/430.

⁹⁹ Ali Şafak vd., *Alacağın Temliki (Devri)*, ed. Ali Şafak (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 25.

¹⁰⁰ Şafak vd., *Alacağın Temliki (Devri)*, 26.

¹⁰¹ Bardakoğlu, "Havâle", XVI/507.

¹⁰² Bardakoğlu, "Havâle", XVI/507.

¹⁰³ Turay, *Finansal Açından İslâm Borçlar Hukuku*, 379; Havâle yoluyla alacağın temliki ile deyn'in satımı arasındaki farklar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Saleem, *Islamic Commercial Law*, 143.

¹⁰⁴ Oruç, *İslâm Hukukunda Deyn*, 52; Havâlenin deynin satımı ile ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Hâlid Muhammed Türban, *Bey'ü'd-deyn: ahkâmuhu ve tatbikâtühü'l-muâsıra* (Kahire: Dârü'l-Beyâni'l-Arabi, 2003), 73-78 Buna göre havâlenin hukuki niteliğiyle ilgili olarak bunun müstakil, kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü, bey'in bey karşılığında satımı olup kural itibarıyla caiz olma-

kini teslimden acizlik (adem-i kudreti't-teslim)¹⁰⁵ nedeniyle caiz kabul etmezler.¹⁰⁶ Diğer mezhepler alacağın satış veya bağışlanması yoluyla temlikini caiz görmezlerken, bunlardan Malikiler bazı kayıtlarla bunu caiz görmüşlerdir.¹⁰⁷

Hanefiler alacağın üçüncü kişiye havâle yoluyla devrini kabul etmektedir.¹⁰⁸ Sarf ve selem akitleri dışındaki bir akitte deyn alacakları üzerinde kabzdan önce tasarrufta bulunulması caiz kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Bu bağlamda bir alacak hakkının üçüncü bir kişiye havâle edilmesiyle borcu tahsil yetkisi muhâlun lehe verilmektedir.¹¹⁰ Bu durumda havâle tahsil aracı rolündedir.¹¹¹

SONUÇ

Bu çalışmada Roma ve İslâm hukukunda sözleşmenin rızaî devrini gerçekleştirmek için kullanılan hukuki müesseseler konusu ele alınmıştır. Burada öncelikle konu ele alınırken tespit edilen bazı tali hususların sıralanması yerinde olacaktır:

- 1) Roma'da borç ilişkisi şahsi olarak algılanmış, pratikten doğan çeşitli ihtiyaçlar nedeniyle bu anlayışı aşabilmek adına *delegatio* ve dava vekaletine başvurulmuştur. İslâm hukukunda havâle öncelikle borcun nakli işlevini görmekle birlikte, aynı zamanda alacağın temlik için de kullanılmıştır. Havâle, İslâm hukuk mezheplerinden Hanefi mezhebinin genel akit nazariyesine kural olarak aykırı olmasına karşın yine pratiğin getirdiği ihtiyaçlar sonucunda meşruiyet kazanmıştır. Bu bakımdan borcun nakli ve alacağın temlik işlemleri hem Roma hukukunda hem İslâm hukukunda bir ihtiyaç sonucunda ortaya çıkmıştır.

dığı fakat kendisine duyulan toplumsal ihtiyaç nedeniyle caiz kabul edildiği görüşü ile borcun ifasını talep etmek görüşü olmak üzere üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar içerisinde Yazarın da kabul ettiği görüş, havâlenin bir bey' olmaması, ukûdda lafza değil manaya itibar edilmesi gibi gerekçelerle havâlenin kendine özgü ayrı bir sözleşme olmasıdır. Havâlenin kıyasa aykırı olmakla birlikte ihtiyaç sebebiyle caiz olduğu hakkında ayrıca bkz. ez-Zerkâ vd., *el-Havâle*, 53.

¹⁰⁵ Hanefilere göre akitlerde genel kaide akit konusunun teslim edilebilir (maktûru't-teslîm) olmasıdır.

¹⁰⁶ Yakup Kara, *İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı* (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 36; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku II*, 557; Turay, *Fiansal Açısından İslâm Borçlar Hukuku*, 337-338.

¹⁰⁷ Uysal, *Mecelle'de Havale Akdi*, 63; Kara, *İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı*, 36-37; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 400; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 513.

¹⁰⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 400; Hüseyin, *Türk ve Irak Hukuklarında Mukayeseli Olarak Alacağın Temlik*, 13; Uysal, *Mecelle'de Havale Akdi*, 63.

¹⁰⁹ Aybakan, "Temlik", 40/430.

¹¹⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 400; Borcun naklinin alacaklıya borcu ödeme veya alacaklının rızasıyla alacaklıya karşı borçlu konumuna geçme şekillerinde olabileceği hakkında bkz. Sungur, *Borçlar Kanunu ve Tatbikatı*, 1/446.

¹¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 936.

- 2) Roma hukukunda *delegatio*, *stipulatio* ile yapılı ve *novatio* sonucunu doğurur. Roma hukukunda havâle ilişkisi, yenileme suretinde gerçekleştiği için, İslâm hukukundaki havâle ilişkisinden borcun sona erip yeni bir borç ilişkisi kurulması yönüyle farklıdır. Roma'da bir yöntem olarak kullanılan yenileme (*novatio*), Türk hukukundaki sözleşmenin devrinden farklı olarak önceki sözleşmeyi sona erdirir ve burada borçlar ve alacaklarda ayniyet söz konusu değildir.
- 3) İslâm hukuku ile Roma hukuku arasındaki farklılık, Roma hukukunda havâle (*delegatio*) işleminin Roma hukukuna özgü genel ve sözlü bir akit tipi olan *stipulatio* ile yapılırken, İslâm hukukunda bunun doğrudan ve müstakil olarak havâle akdiyle gerçekleştirilmesidir.
- 4) Hem Roma hukukunda hem de fukahânın çoğunluğuna göre İslâm hukukunda alacağın temlikinde Türk hukukundan farklı olarak, borçlunun rızası aranmakta; öte yandan Türk hukukuyla benzer biçimde borcun naklinde alacaklının rızası gerekmektedir.
- 5) Havâle işlemi; Roma hukukunda yenilemenin bir uygulaması, İslâm hukukunda önceleri yalnızca borcun naklini, sonraları alacağın temlikini de içeren bir akit, Türk hukukunda ise üç köşeli fakat tek taraflı bir hukukî işlemdir.
- 6) İslâm hukukunda havâle akdi illîdir; temel borç ilişkisinin geçerli olmasına bağlıdır. Roma hukukunda ise havâle işlemi mücerrettir; temel borç ilişkisinden bağımsızdır.

Bu tespitlerden sonra, çalışmamızla vardığımız ana sonuç hem Roma hukukunda hem İslâm hukukunda ayrı ayrı alacağın devri ve borcun nakli işlemleri yapılmak suretiyle sözleşmede taraf değişikliği teorilerinden kombinasyon teorisine uygun olarak bir sözleşmenin devri işleminin yapılabildiği yönündedir. Varılan bu sonuçtan özellikle İslâm hukukunun günümüz doktrininde sözleşmenin rızaî devri konusunda teori oluşturulurken yararlanabileceğini ummaktayız. Nitekim Türk hukukunda henüz yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemde doktrinde sözleşmede taraf değişikliğine ilişkin teoriler tartışılmış, yasal düzenlemesi bulunan borcun nakli ve alacağın temliki hükümlerinin birlikte uygulanması sonucu sözleşmenin devri sonucunun elde edilebileceği savunulmuştur. Ancak 6098 sayılı TBK ile sözleşmenin devri düzenlenmiş ve burada birlik teorisi benimsenmiştir. Türk hukukunda yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemde kombinasyon teorisinin uygulanabileceği düşüncesi ile Roma ve İslâm hukukunda bunun uygulanabileceği düşüncesi paralellik arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdulğani el-Meydânî, Abdulğani b. Tâlib b. Hammâde b. İbrâhîm el-Ganîmî ed-Dimeşkî el-Meydânî el-Hanefî. *el-Lubâb fî Şerhi'l-Kitâb*. I-IV Cilt. Beyrût: y.y., t.y.
- Abdülber, Muhammed Zekî. *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-mâliyye fî'l-mezhebi'l-Hanefî*. Kahire: Mektebetu Dâri't-Türas, 1997.
- Abdülber, Muhammed Zekî. "el-Havâletü fi'l-fikhi'l-İslâmî". *Mecelletü Külliyyeti's-Şerîa ve'd-dirâsât'il-İslâmiyye* 4 (1985), 451-540.
- Akıncı, Şahin. *Roma Borçlar Hukuku*. Konya: Sayram Yayınları, 11. Baskı, 2020.
- Arda Bağce, Duygu Hidayet. *Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2015.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 3. Basım, 1950.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi, 9. Bası, 2020.
- Aybakan, Bilal. "Temlik". C. 40. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2011.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Deyn". C. 9. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 18. Baskı, 2021.
- Ayrancı, Hasan. *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Baklacı Çakıroğlu, Evren. *Roma Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Alacağın Temliki*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Bardakoğlu, Ali. "Havâle". XVI/507-512. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1997.
- Bauer, Cristoph. *Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang*. Zürich-St. Gallen: Dike Verlag, 2010.
- Bedruddîn el-'Aynî, Ebû Muhammed Maḥmûd b. Aḥmed. *el-Binâye Şerhu'l-Hidâye*. 1-13 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2000.
- Berger, Adolf. "Delegatio". *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.
- Berkî, Şakir. *Roma Hukuku*. Ankara: y.y., 1949.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.
- Cengil, M. Fatih. "Sözleşmede Taraf Değişikliği". *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/6 (2016), 117-144.
- Cheron, Albert - Fahmy, Sadek. "İslam Hukukunda Özellikle Hanefi Mezhebine Göre Havale". çev. Halil Cin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/1 (1971), 411-454.
- Çayan, Gökhan. *Sözleşmenin Devri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2016.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akidler*. Konya: Tekin Kitabevi, 1. Baskı, 2014.
- Çınar, Ali Ekber. *Hanefi Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.

- Düren, Akın. *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 3. Basım, 2018.
- Endemann, Wolfgang. *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*. Marburg: Elwert Verlag, 1959.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Baskı, 2021.
- Früh, Peter. *Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht*. Aarau: Verlag H. R. Sauerlander & Co., 1945.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2010.
- Günergök, Özcan. *Havale İlişkisi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995.
- Hafif, Ali. *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*. çev. Rahmi Yaran. Ankara: TDV Yayınları, 4. Baskı, 2018.
- Han, Işık Aslı. *Üç Taraflı Hukukî İlişki Modeli Olarak Havale (TBK m. 555-560)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2021.
- Hausmaninger, Herbert - Selb, Walter. *Römisches Privatrecht*. Wien: Böhlau Verlag, 1997.
- Honsell, Heinrich. *Römisches Recht*. Berlin: Springer-Verlag, 1992.
- Hûriyye, Mahlûfî. *Havâletü'd-deyn*. Cezayir: Câmiatü Cezâir Külliyyetü Hukûk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Hüseyin, İhsan. *Türk ve Irak Hukuklarında Mukayeseli Olarak Alacağın Temliki*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004.
- İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dîmaşki. *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- İslamoğlu, Gülşah. "Havale". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/2 (2019), 525-552.
- Kahraman, Zafer. *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Kara, Yakup. *İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku II*. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Baskı, 2016.
- Kaser, Max - Knütel, Rolf. *Römisches Privatrecht*. München: Verlag C.H. Beck, 17. Auflage, 2003.
- Kelebek, Mustafa. *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2014.
- Kocaman, Arif B. "Havalenin Hukukî Niteliği Üzerine". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49/1 (1994), 291-301.

- Kocaman, Arif B. *Türk Borçlar Hukukunda Havale*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2020.
- Korkmaz, Fırat. *Roma Hukukunda Stipulatio*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Koschaker, Paul - Ayiter, Kudret. *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.
- Koyuncuoğlu, Tennur. *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Marzo, Salvatore Di. *Roma Hukuku*. çev. Ziya Umur. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Mayer-Maly, Theo. *Römische Privatrecht*. New York: Springer-Verlag, 1991.
- Mergînânî, Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekr el-Ferğânî el-. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*. 1-4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ'î't-Turâşî'l-'Arabî, t.y.
- Mevsîlî, Ebu'l-Fağl 'Abdullâh b. Maħmûd el-Ĥanefî el-. *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 2005.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oruç, Faruk Emrah. *İslâm Hukukunda Deyn*. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Önay, Işık. *Yenileme*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2016.
- Özkan, Kemal. *Havalenin Hukuki Niteliği*. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Öztürk, Berna. "Sözleşmenin Devri". *TBB Dergisi* 29/125 (2016), 263-296.
- Pieper, Helmut. *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*. Köln und Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung Kg, 1963.
- Gaius Institutiones Borçlar Kısmı*. çev. Türkân Rado. İstanbul: Doğan Kardeşler Yayınları, 1953.
- Rado, Türkân. *Principatus Devrinde Roma Hususî Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı*. İstanbul: Doğan Kardeşler Yayınları, 1954.
- Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 16. Bası, 2021.
- Saleem, Muhammed Yusuf. *Islamic Commercial Law*. Singapore: John Wiley&Sons, 2013.
- Sayın Korkmaz, Belgin. *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Saymen, Ferit H. - Elbir, Halid K. *Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958.
- Schacht, Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. New York: Oxford University Press, 1982.
- Stahelin, Bernhard. *Die Novation*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1948.

- Sungur, H. Halis. *Borçlar Kanunu ve Tatbikatı*. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1943.
- Şafak, Ali vd. *Alacağın Temliki (Devri)*. ed. Ali Şafak. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- Şeker, Muzaffer. *İslam Hukuku'nda Borcun Nakli (Havale)*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1991.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Tamer, Diler. *Roma Hukuku Cilt 2 Borçlar Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Turay, Fatih. *Finansal Açından İslâm Borçlar Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Baskı, 2019.
- Türban, Hâlid Muhammed. *Bey'ü'd-deyn: ahkâmuhu ve tatbikâtühü'l-muâsıra*. Kahire: Dârü'l-Beyâni'l-Arabî, 2003.
- Uysal, Afra. *Mecelle'de Havale Akdi*. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Üçer, Mehmet. "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/3 (2005), 397-443.
- Wiefels, Josef. *Römisches Recht: Reschtrgeschichte und Privatrecht*. Düsseldorf: L. Schwann, 1960.
- Yahyâ, Abdülvedud. *Havâletü'd-deyn: dirâse mukârene fi's-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânuneyni'l-İlmânî ve'l-Misrî*. Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1992.
- Yılmaz, Gizem Yağmur. *Sözleşmenin Devri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed ez- vd. *el-Havâle*. Kuveyt: el-va'yü'l-İslâm, 1. Baskı, 2011.
- Zeydân, Abdülkerîm. *el-Kefâletü ve'l-havâle fi'l-fıkhı'l-mukâren*. Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1975.



Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m.344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler^(*)

Provisions Applicable to the New Rental Price Determined by the Parties by Exceeding the Limitation in Article 344 of the Turkish Code of Obligations While the Contractual Relationship Continues in the Residential and Commercial Premises Rental Agreement

Arş. Gör. Murat AKDİ^(**)

Öz

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde taraflar kira sözleşmesi imzaladıktan sonra yeni kira bedeli belirleyerek yeni bir kira sözleşmesi akdetme yoluna gidebilirler. İmzalanan yeni sözleşme ile birlikte bazı sorunlar karşımıza çıkabilir. Bu sorunların bazıları; imzalanan yeni kira sözleşmesinde belirlenen kira bedelinin geçerli olup olmadığı, yeni anlaşma sonrasında emsale dayalı kira bedeli tespitinin hangi süreler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği, teminatların hukuki durumu şeklinde belirtebiliriz. Çalışmanın ilk bölümünde taraflarca belirlenen yeni kira bedeline geçerlilik tanınıp tanınmayacağı ele alınacaktır. İkinci bölümünde imzalanan yeni sözleşmenin hukuki niteliği tartışılacaktır. Bu kapsamda tarafların uyarılama yapıp yapmadığı, ikinci sözleşmenin ilk imzalanan sözleşmede değişiklik öngören bir değiştirme sözleşmesi mi yoksa ilk sözleşmeden tamamen ayrışan bağımsız nitelikte bir yenileme sözleşmesi mi olduğu gibi tartışmalara yer verilecektir. Bu tartışmalardan sonra sözleşmenin hukuki niteliğine bağlı olarak hukuki sonuçlara yer verilecektir.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 02.06.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 25.07.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1309053

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): murat.akdi@marmara.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-1196-2187>

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi, Yenileme Sözleşmesi, Değişirme Sözleşmesi, Uyarlama, Emsal Kira Bedeli.

Abstract

In the residential and commercial premises rental agreement, the parties may choose to conclude a new rental agreement by determining a new rental price after signing the rental agreement. Some problems may arise with the new contract signed. Some of these problems can be stated as; whether the rent determined in the new rental agreement is valid or not, which periods should be taken into consideration in determining the rent based on the precedent after the new agreement, and the legal status of the guarantees. In the first part of the study, the validity of the new rental price determined by the parties will be discussed. In the second part, the legal nature of the new agreement will be discussed. In this context, discussions such as whether the parties have made adaptation, whether the second agreement is a modification agreement that envisages changes in the first signed agreement, or whether it is an independent novation agreement that is completely different from the first agreement will be discussed. After these discussions, the legal consequences depending on the legal nature of the contract will be discussed.

Keywords

Rental Agreement, Novation Agreement, Amendment Agreement, Adaptation, Imputed Rent.

GİRİŞ

Ülkemizde belirli dönemlerde ekonomik krizler yaşanmakta ve bunun sonucu olarak da faiz, enflasyon ve döviz kurunda ani değişimler görülmektedir. Bu değişimlere bağlı olarak da birçok ürün ve hizmetin ücretinde de büyük değişiklikler meydana gelmektedir. Bu değişimlerden biri de konut ve çatılı iş yeri kira bedellerinde meydana gelmektedir. Tarafların kira sözleşmesi aksettikleri anda belirledikleri kira bedelleri yenilenen kira dönemlerinde yasa da belirlenen oranlarla artırılmış olsa da kısa süre içinde emsale dayalı kira bedellerinin çok altında kalabilmektedir. Özellikle ülkemizde son dönemde kira bedellerinde yaşanan yüksek artışlar da bunun en net örneklerinden biri durumdadır. Örneğin iki yıl süre ile konutu kullanmakta olan kiracının ödemekte olduğu kira bedeli aynı bölgede yer alan emsal kira bedellerinin çok altında kalabilmektedir.

Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup kiracı ve kiraya verenin bu sözleşmeden doğan karşılıklı edimleri söz konusudur. Bu kapsamda kiraya veren bir şeyin kullanılmasını veya kullanma ile birlikte yararlanmayı, kiracı da sözleşme ile kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi taahhüt eder. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerle kiracıyı koruma amacı güdülmüş, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran ve kiracı aleyhine düzenleme yapılmasını yasaklayan emredici hükümlere yer verilmiştir.

Konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde özellikle kira bedelinin tespitine ilişkin kanun detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda sözleşme tarafları yenilenen kira dönemlerine yönelik TBK m.344 hükmünde yer alan sınırlamalara bağlı olarak kira bedelini belirleyebilirler.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ülkemizde yaşanan ekonomik sorunlar neticesinde kira bedelleri çok düşük seviyelerde kalmakta, kiraya veren daha fazla kira bedeli elde etme gayesi ile kira bedelinde yasal sınırın üzerinde artış yapmayı istemektedir. Bu durum çoğu zaman kiraya verenin yasada yetkisi olmamasına rağmen ileri sürdüğü tahliye tehdidi ile ya da kira ilişkisini çekilmez hale getiren tutum ve davranışları ile meydana gelmektedir. Bazen ise kiracı yaşanan ekonomik krizin bir sonucu olarak çok düşük kalan kira bedelini kiraya verenin herhangi bir zorlaması olmadan hakkaniyet gereğince endeks oranının üzerinde artırabilmektedir. Taraflar yeni kira bedelini yeni bir sözleşme akdederek ödeme yoluna gidebildiği gibi sözleşme akdetmeden yalnızca yeni belirledikleri kira bedelini ödeyerek de gerçekleştirebilmektedir. Her iki durumun da aynı hukuki sonuçları bulunmaktadır.

Belirlenen yeni kira bedeli ise yeni birtakım sorunları karşımıza çıkarmaktadır. Bu sorunların başında endeks¹ oranının üzerinde belirlenen yeni kira bedelinin geçerli olup olmadığı gelmektedir. Öğretide tartışmalı bir konu olmakla birlikte yeni kira bedelinin geçerli olmadığını savunan yazarların² karşısında böyle bir kira bedeli artışına geçerlilik tanıyan yazarlar³ da bulunmaktadır.

Yeni anlaşmanın taraflar arasında kira bedelinin uyarlanmasına dönük bir anlaşma mı olduğu ya da kira bedelinde değişiklik öngören bir tadilat yani değiştirme sözleşmesi olarak mı kabul edileceği yoksa ilk sözleşmeden tamamen bağımsızlaşan bir yenileme sözleşmesi mi olduğu hususları değerlendirilmelidir. Yenileme sözleşmesi ile değiştirme sözleşmesi, birbirine çok benzeyen ve fakat arasındaki farkın tespit edilmesi oldukça zor olan iki sözleşme türüdür. Bu ayrımın zorluğunun yanı sıra her iki sözleşmenin hükümleri de birbirinden çok farklıdır. Bağlanan hukuki sonuçların bu denli farklı olması çalışma konumuz olan konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi bakımından bu ayrımın ortaya konmasını önemli hale getirmektedir. Çalışmamızda; belirlenen yeni kira bedelinin geçerli

¹ 11 Haziran 2022 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 7409 sayılı Kanun'un. 4. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici madde sonucunda 1 Temmuz 2023 tarihine kadar kira artış oranı %25 ile sınırlanmıştır. 15 Temmuz 2023 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 7456 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici madde ile kira artışına yönelik %25 sınırlama 1 Temmuz 2024 tarihine kadar uzatılmıştır.

² Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. 1* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014), 129.

³ Burak Özen, "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/3 (2016), 2038.

olup olmadığı, uyarlama olarak kabul edilip edilemeyeceği, değiştirme sözleşmesi ile yenileme sözleşmesinin ne anlama geldiği, nasıl birbirinden ayırt edileceği, bu ayrıma bağlanan sonuçlar ve bu ayrımın konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmesi bakımından sonuçları sırasıyla açıklanmaya çalışılacaktır.

I. TBK M.344 HÜKMÜNDE YER ALAN SINIRLAMANIN TARAFLARIN SONRADAN YAPACAĞI ANLAŞMA İLE AŞILIP AŞILAMAYACAĞI SORUNU

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kira bedelinin belirlenmesine ilişkin emredici hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda getirilen düzenlemeler kira sözleşmesinin güçsüz ve korunmaya muhtaç konumunda yer alan kiracı lehine düzenlemelerdir. Taraflar kira sözleşmesi akdettiklerinde başlangıçta yer alan kira bedelini serbestçe belirleyebilirler⁴. Kanunda kira sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerde başlangıçta belirlenecek olan kira bedeline yönelik bir sınırlama yer almamaktadır meğer ki belirlenen kira bedeli aşırı yararlanma oluşturacak şekilde edimler arasında bir uygunsuzluğa ya da irade sakatlığına sebep olsun veya ahlaka ve hukuka aykırılık oluştursun. Öte yandan öğretilde başlangıçta belirlenen yeni kira bedeline hâkimin müdahale edip edemeyeceğine yönelik tartışmalar bulunmaktadır⁵.

Kanunda getirilen sınırlamalar, yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi amacıyla yapılacak olan artış oranlarına yöneliktir⁶. Bu sınırlamalar TBK m.344 hükmünde yer almaktadır. İlgili düzenlemenin birinci ve ikinci fıkrası yenilenen kira dönemlerinde, üçüncü fıkrası ise beşinci yılın sonunda emsale dayalı olarak kira bedelinin tespitine yönelik hükümlerdir. Yenilenen kira dönemlerinde eğer belirlenen sınırlamaları aşan oranda bir kira artışı söz konusu olursa, aşan kısım dikey kısmi butlan⁷ yaptırımına tabi tutularak kanunda belirlenen sınıra kadar budanarak kira bedelinde artış yapılacaktır⁸.

⁴ Cevdet Yavuz vd., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, Mayıs 2022), 705; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 402.

⁵ Öğretilde yer alan tartışmalar için bkz. Mustafa Görmez, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 74.

⁶ Eren, *Borçlar Özel*, 403 vd.; Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 705; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 122 vd.

⁷ Faruk Acar, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu-Kira Sözleşmesi", *Legal Hukuk Dergisi* 3/34, (2005), 368. Endeks oranını aşması halinde uygulanacak yaptırım bakımından öğretilde değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı kavramı da tercih edilmektedir. Değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük için bkz. Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), 152 vd.

⁸ Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 706; Eren, *Borçlar Özel*, 403; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 129; M. Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 63; Emre Gökyayla, "Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 9/103-104 (2013), 37; Özge Öncü, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi", *İzmir Barosu Dergisi* 77/2 (Mayıs 2012), 324.

Kanunda kira bedelinin artışına yönelik sınırlamalar olmasına rağmen, kiralanana teslim edilip kiracı tarafından kullanılmaya başlandıktan sonra taraflar anlaşarak yenilenen herhangi bir kira döneminde kira bedelinde kanunda yer alan sınırlamaları aşan bir oranda artışa gidebilmektedir. Sözleşme devam ederken tarafların yenilenen kira dönemine ilişkin kanunda yer alan sınırlamaları aşan oranda kira bedelinde yaptıkları artışın TBK m.344 hükmünde yer alan yaptırıma tabi tutulup tutulmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüş, böyle bir ihtimalde yapılan artışın TBK m.344 hükmünde yer alan sınırlamalara tabi tutulması gerektiğini, yenilenen kira döneminde endeksin üzerinde yapılan artışın dikey kısmı butlan yaptırımına tabi tutularak, tarafların endeks oranında kira bedelinde anlaşmış sayılması gerektiğini kabul etmektedir⁹. Ayrıca bu görüşe göre eğer kiracı endekste ki oranı aşan miktarda kira bedeli ödemesi yapmışsa da bu yaptığı ödemeyi kiraya verenden sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talep edebileceğini kabul etmektedir¹⁰.

Öğretide yer alan diğer bir görüş ise aksi kanaattir¹¹. Bu görüş TBK m.344 hükmünün getiriliş amacından hareket etmektedir. Çoğu kira ilişkisinde kiracı güçsüz konumda yer aldığı için kiralanana kiralama için kiraya veren tarafından dayatılan artış oranlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Böylesi bir durumda kiracının gerçek iradesinden de bahsedilemeyecektir. Tam da bu sebeple, kanun koyucu tarafından yenilenen kira dönemlerinde yapılacak artışlara yönelik sınırlamalar getirilmiştir. Kiracı sözleşmeyi akdedip kiralanana teslim aldıktan sonra kanunda getirilen sınırlamalarla koruma altına alınmaktadır. Kiraya veren, kira bedelinde kira bedelinin uyarlanması dışında kanunda yer alan sınırlamaları aşan oranda kira artışı yapamayacak, istisnalar saklı kalmak kaydı ile kiralananın tahliyesini de talep edemeyecektir. TBK m.344 hükmü nispi emredici hüküm niteliğindedir. Bu bağlamda tarafların sözleşmenin kurulma aşamasında endeks oranını aşan kira bedeli artış kayıtları kiracı aleyhine bir anlaşma kabul edilecek, hükmün nispi emredici karakteri nedeniyle dikey kısmı butlan yaptırımına maruz kalacaktır. Kiracının korunma ihtiyacı sözleşmenin kurulması aşamasında daha yükündür. Kiracı sözleşmeyi akdedip kiralanana teslim aldıktan sonra kira bedelinin belirlenmesi bakımından getirilen açık düzenlemeler ile koruma altındadır. Kiracı kanunda yer alan sınırlamalarla bu denli koruma altında iken, kendi özgür iradesi ile belirlenen sınırların üzerinde sonradan kira bedelinde artış yapmak istediğinde TBK m.344 hükmünde getirilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın yapılan artışa geçerlilik tanınmalıdır¹².

⁹ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 129; Seda Öktem Çevik, "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/1 (2022), 52; Görmez, *Kira Bedelinin Belirlenmesi*, 79.

¹⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 129; Öktem Çevik, *Kira Bedelinin Belirlenmesi*, 79.

¹¹ Özen, *Kira Bedeli*, 2038.

¹² Özen, *Kira Bedeli*, 2038.

Kanaatimizce bu görüş kanunda getirilen düzenlemenin amaçsal yorumu ile ulaşılabilecek olan sonucuna uygundur. Borçlar hukuku sözleşme özgürlüğünün en yoğun olduğu alandır. Kira hukukunda ise kiracıyı koruyan hükümler sevk edildiği için tam anlamıyla sözleşme özgürlüğünden bahsedilememekle birlikte kanunun getirdiği korumanın daha çok kiracının güçsüz konumda yer aldığı ve korunmaya muhtaç bulunduğu düşüncesinden hareketle sözleşmenin kurulduğu aşamada devreye girdiği söylenebilir. Kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra kiracının, kanunun koruması altına girmesi sebebiyle sözleşme imzalandığı andaki gibi güçsüz bir konumda olduğu söylenemez. Hükümün nispi emredici karaktere sahip olması, sözleşmenin kurulması aşamasında kiracının korunması ihtiyacının bir sonucudur. Bu aşamadan sonra kira bedelinin belirlenmesi bakımından artık kiracının korunma ihtiyacı kalmadığı için hükümün nispi emredici karakteri zayıflayacak, özgür iradesi ile yapacağı anlaşmalara da bu sebeple geçerlilik tanınması yerinde bir kabul olacaktır. Bu sebeple kiracı özgür iradesiyle hareket edebilmeli, kanunun emredici hükümleri yerine sözleşme özgürlüğü ve dolayısıyla taraf iradelerine öncelik verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce bu yönüyle tarafların yaptığı anlaşmaya geçerlilik tanınması yerinde olacaktır.

Öte yandan endeks oranının üzerinde yapılacak olan bu artışın devam eden yenileme dönemlerinin her birini kapsayarak uygulanacağı şeklinde bir sonuca da ulaşılamaz. Kanunda yer alan düzenlemenin lafzi incelendiğinde “*yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin*” ibaresi yer almaktadır. Ancak bu ifadeden yenilenen tek bir döneme ilişkin olarak yapılacak anlaşmalara sınırlama getirildiğinin anlaşılacağı ileri sürülmektedir¹³. Bu sebeple de hükümün lafzından, yenilenen tek döneme ilişkin sınırlama bulunmadığı ve yapılacak artışın endeks oranına bağlı olmadan TBK m.344’ün yaptırımından kurtulacağı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁴. Tek döneme ilişkin tarafların endeks oranını aşarak yapacağı anlaşma, ilk yenileme dönemine ilişkin olabileceği gibi yenilenen dönemlerin herhangi birisinde de yapılabilir¹⁵. Tarafların tek döneme ilişkin yaptığı bu anlaşmadan sonra yenilenen dönemler için kira bedeli yine TBK m.344 hükmünde yer alan sınırlamalar dikkate alınarak tespit edilecektir.

İlkesel olarak yukarıdaki yaklaşımı benimsemekle birlikte kanaatimizce kira artış oranına dair kaydın varlığı veya yokluğunun, bu anlaşmanın geçerliliğine etki etmemesi gereklidir. Zira her iki halde de kiracının özgür hareket etmesi söz konusudur. Ancak kira sözleşmesinin yasal yenilenmesinde kira bedeline ilişkin maddenin yenilenmediği bir gerçektir. Artış kaydı yoksa bu durum söz konusudur. Zira TBK m.347/f.1 uyarınca belirli süreli kira sözleşmesi birer yıllık süre-

¹³ Özen, *Kira Bedeli*, 2039.

¹⁴ Özen, *Kira Bedeli*, 2039.

¹⁵ Özen, *Kira Bedeli*, 2040.

lerle uzamaktadır. Sözleşme aynı şartlarla uzamakla birlikte kira sözleşmesinde artış kaydı yoksa kira bedelinin belirlenmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle artış kaydı yoksa, hâkim kira bedelini tarafların yerine geçmek suretiyle doldurmaktadır. Sözleşme boşluğunun doldurulması hali söz konusu olmaktadır¹⁶. Bu aşamada gerek genel boşluk doldurma gerekse tamamlayıcı yorum yöntemiyle boşluk doldurma kabul edilsin, hâkimin endeks oranı sınırlamasına uyması gerektiği konusu sorunludur. Bir yandan hâkimin tarafların yerine irade açıklamasında bulunarak kira bedelini belirlerken endeks oranı sınırlamasına uyma zorunluluğu kabul edilirken, diğer yandan taraflar bakımından niçin bir tam bir serbesti alanı yaratıldığı ve kabul edildiği bir çelişki gibi görünebilir. İşte bu noktada tarafların gerçek iradelerini içeren anlaşmanın, sözleşme koşullarına göre hâkim tarafından endeks oranına uyularak yapılan belirlemeye üstünlüğü söz konusudur. Kısacası gerçek irade ile farazi irade ikileminde gerçek iradenin üstünlüğü kabul edilmelidir. Hakim kanunun emredici hükümleri ile bağlı olup endeks oranını aşacak şekilde kira bedeli tespit edemezken, taraflar yukarıda yer verdiğimiz üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında özgür iradeleri ile endeks oranı üzerinde anlaşma yapabilmelidirler. Bu nedenle tarafların anlaşma ile emsale göre kira bedelini belirlemesi ile hakim tarafından farazi iradeye dayalı boşluk doldurma temelli belirleme arasında böyle bir fark oluşmaktadır.

II. TBK M.344 HÜKMÜNDE YER ALAN SINIRLANDIRMALARI AŞAN ANLAŞMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNA BAĞLANAN SONUÇLAR

A. GENEL OLARAK

Taraflar arasında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşme ilişkisi devam ederken özellikle ülkemizde yaşanan ekonomik sorunlar sebebiyle taraflar, TBK m.344 hükmündeki endeks oranını aşacak şekilde kira bedelinde artışa giderek yeni kira bedeli belirleyebilirler. Endeks oranını aşacak şekilde belirlenecek olan bu yeni kira bedelinin geçerliliği birinci sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda bu artışın hangi hallerde geçerli olabileceğine dönük açıklamalar yer almaktadır. Bu açıklamalardan sonra ele alınması gereken ikinci sorun ise bu yeni anlaşmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerektiğidir. Özellikle uygulamada taraflar endeks oranını aşacak şekilde kira bedeli belirlerken yeni kira bedeli emsal kira bedellerine yakın kira bedelleri olabilmektedir. Kanuni düzenleme dikkate alındığında emsale dayalı kira bedelinin tespiti ancak beşer yıllık

¹⁶ “Hakim önüne gelen ihtilafa çözüm bulmak için eğer varsa öncelikle emredici hükümleri uygulamak zorundadır. Emredici hüküm yer almıyorsa, sözleşme hükümlerine göre çözüm bulmalı, bu şekilde de mümkün değilse tarafların farazi iradelerine göre hareket etmemelidir.” Yeşim Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63/1-2 (2005), 173.

periyotlarla mümkün olmaktadır¹⁷. Tarafların henüz beşinci yıl dolmadan endeks oranını aşacak şekilde belirledikleri kira bedeli emsal kira bedellerine benzer bir bedel olursa emsale dayalı kira bedelinin tespiti için kanundaki beş yıllık sürenin başlangıç anının nasıl tespit edileceği, belirlenen yeni kira bedeli endeks oranını aşmakla birlikte emsal kira bedeli kabul edilemeyecek bir tutardaysa bu anlaşmanın sonuçlarının ne olacağı sorunu değerlendirilmelidir. Bu sorunların çözümü için tarafların yapmış olduğu anlaşmanın hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Belirlenen hukuki niteliğe bağlı olarak ilgili anlaşmanın hüküm ve sonuçları da farklılık arz edecektir.

Çalışmamızda yapılan tartışmalar taraflar arasındaki kira sözleşmesinin bir yıl süreli olması varsayımına dayalı olarak yapılmıştır. Kira sözleşmesi süresinin beş yıldan fazla olması halinde emsale dayalı kira bedelinin tespiti bakımından Yargıtay'ın ve öğretinin farklı değerlendirmeleri söz konusudur¹⁸.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Taraflar arasında başlangıçta yer alan sözleşmede kira bedeli belirlenmektedir. Ayrıca taraflar kira sözleşmesinin yenilenmesi ile birlikte yeni kira bedelinin hangi oranda artırılacağına dönük anlaşmaya da sözleşmede yer verebilmektedir. Taraflar böyle bir anlaşmaya yer vermediğinde ise TBK m.344 hükmüne dayanarak kira bedeli belirlenmektedir¹⁹. Tarafların hem sözleşmede artış oranı belirlendiği ihtimalinde hem de oran belirlemeyip TBK m.344 hükmüne dayalı olarak kira bedelinin tespit edildiği ihtimalde üst sınırlarımızın endeks oranı olacağını belirttik.

Taraflar sözleşme süresi içinde endeks oranını aşacak şekilde anlaşma yaptığında ise artık sözleşmede yer alan hükümler ve hatta kanunda yer alan sınırlamalar aşılmaktadır. Yapılan bu yeni anlaşmanın hukuki niteliği konusunda farklı tartışmalar yapılabilir. Öncelikle tarafların yaptığı anlaşmanın bir uyarlama olup olmadığı akla gelebilir. Tarafların bu anlaşmaları ülkemizde yaşanan ekonomik sorunları dikkate alarak yaptığı ortadadır. Bozulan edim dengesini sağlamak amacıyla tarafların yaptığı bu anlaşmanın uyarlama niteliğinde olup olmayacağı değerlendirilmelidir. İkinci olarak yapılan bu yeni anlaşma imzalanan ilk sözleşmede değişiklik öngören değiştirme (tadil) sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tartışılabilir. Son olarak bu yeni anlaşmanın ilk imzalanan sözleşmeden tamamen

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 709; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 64; Eren, *Borçlar Özel*, 404; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 139.

¹⁸ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/1173 (11 Şubat 2015). Faruk Acar, "Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde TBK m.344/3'ün Uygulanması Sorunuyla İlgili Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 445 vd.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 127; Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 705; Eren, *Borçlar Özel*, 403.

bağımsızlaşan bir yenileme sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

2. Tarafların İradesinin İradi Uyarılama Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği

Sözleşme imzalandığı anda var olmayan, taraflarca öngörülmesi mümkün olmayan ve borçludan da kaynaklanmayan olağanüstü bir durum, sözleşme şartlarını borçlu aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde değiştirirse, borçlu sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunabilir. Sözleşmenin uyarlanması için bazı şartların somut olayda gerçekleşmesi beklenir. Bu şartları kısaca; sözleşmede uyarılama hükmünün bulunmaması, borçlunun borcunu ifa etmemiş olması, sonradan meydana gelen öngörülemez değişiklikler, edimler arasında dengenin aşırı derecede bozulması, ifanın beklenemezliği ve durum değişikliğinin uyarılama talep eden taraftan kaynaklanmaması şeklinde sıralayabiliriz.

Çalışma konumuz bakımından uyarılama şartları içinde tartışmaya açılması gereken başlık, sonradan meydana gelen öngörülemez değişikliklerdir. Sonradan değişiklik meydana gelmesi sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir. Bu değişikliğin öngörülemez olması gerekir. Her öngörülemez değişiklik de sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir. Öngörülemez değişiklik eğer öngörülebilir olsaydı, ancak “*tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya başka şekilde yapacağını kabulü*” halinde meydana gelen değişiklikler uyarlamaya imkân verir²⁰. Öngörülemezliğin tespiti bakımından sözleşmenin kurulma anı dikkate alınmalıdır²¹.

Öngörülemezlik, her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak tarafların tasavvur sınırlarını aşan durumları ifade eder²². Eğer sözleşme taraflarından biri sözleşmenin kurulması aşamasında, sonradan meydana gelecek değişiklikleri

²⁰ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 330; Seçkin Topuz, *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 230. Öğretide başka bir görüş, bu kistası edimler arasındaki dengesizlik bakımından değerlendirmekte ve uyarlamaya imkân vermeyeceğini kabul etmektedir. Buna göre, “*Eğer sözleşme kurulurken öngörülemez bir durum sebebiyle edimler arası dengenin bozulacağını tahmin etselerdi tarafların bu sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, uyarılama söz konusu olur, şeklinde bir sonuca da varılmamalıdır. Aksi halde şartlar kendi aleyhine değişen, zarara uğrayan her borçlu sözleşmeden doğan normal riski bile kabul etmek istemeyerek, sözleşmeyi değiştirmeyi ya da sona erdirmeyi talep edebilir.*” Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 114.

²¹ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2019), 266; Antalya, *Borçlar Genel C. 3*, 331; Hasan Erman, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1979), 80; Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus Emprevizyon Nazariyesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1950), 115; Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 106.

²² Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1976), 67. Normal olarak tasavvur edilebilen veya edilmesi gereken durumlar ise sözleşmesel risk olarak kabul edilir. Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 106.

öngörmüş ancak gerekli tedbirleri almamışsa, bu durum zımni olarak kabul edilmiş sayılacak ve uyarılama talebinde bulunulamayacaktır. Ayrıca öngörebilmesinin beklenmesine rağmen öngörülmemişse bu durumda kusurlu kimse kabul edilecek, kusurlu hareketinin neticesinde yine uyarılama talebinde bulunamayacaktır²³.

Öngörülemezliğin sınırının tayininde ise dürüstlük kuralı belirleyici olacaktır²⁴. Ortalama zekalı ve makul bir insanın öngöremeyeceği veya öngörmesinin beklenemeyeceği değişiklikler öngörülemez kabul edilebilir²⁵. Yine bu değerlendirme yapılırken tarafların tecrübesi, zekâsı, mesleki konumu gibi subjektif durumu değil, iş çevresindeki ortalama bir kimse dikkate alınarak objektif bir ölçüte göre değerlendirme yapılır²⁶.

Ülkemizde son birkaç yılda özellikle de büyükşehirlerde yer alan konut ve çatılı işyeri kiralalarında büyük değişimler meydana gelmiştir. Konut kiralalarının artışı tek bir sebebe bağlayamayız. Elbette bu konu ekonominin uzmanlık alanında olması ile birlikte; döviz kurunda yaşanan büyük değişime bağlı olarak maliyetlerin aşırı yükselmesi, enflasyonun yüksek olması, konut arzının sınırlı olması, Türk Lirası'ndaki değer kaybı üzerine insanların taşınmazları yatırım amacı görmesi nedeniyle yaşanan talep yoğunluğuna bağlı olarak taşınmazların değerinin aşırı derecede yükseldiği gerçeği ortadadır. Bu artışa bağlı olarak kira bedelleri de aynı oranlarda artış göstermiştir. Kira bedelindeki artışlar tek bir olaya bağlı olarak gerçekleşmediği gibi, ani bir olay sonucunda da meydana gelme-

²³ Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 67; Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 106; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 257.

²⁴ Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 107; Antalya, *Borçlar Genel C. 3*, 330.

²⁵ Öğretide; sözleşme şartlarındaki değişikliklerin öngörülebildiği bazı durumları uyarlamaya imkan vereceği kabul edilmektedir. Bu durumlar taraflarca öngörülebilmekle birlikte sonuçlarının bu derece tahmin edilemediği veya tarafların öngördüğü ancak dikkate almadığı durumlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 108.

²⁶ Gürsoy, *Emprevizyon*, 113; Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 107. Ancak her durumda objektif kriterlere göre değerlendirme yapmak adaletli sonuçlar doğurmayabilir. Bu nedenle somut olayın özellikleri de gözden kaçırılmamalıdır. Antalya, *Borçlar Genel C. 3*, 331; Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 107. Öngörülmeyen etki eden unsurlar için bkz. Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 265; Ümmühan Kaya, "Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmelik İlkesi", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuki Araştırmalar Dergisi* 22/3 (2016), 1585. Yargıtay objektif ölçütü benimsediği tacirlere yönelik bir kararında; "Her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü altında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülmelik unsuru oluşmamıştır." şeklinde karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2003/34 (7 Mayıs 2003).

miştir. Kira bedelinin artmasına neden olan sebepler düşünüldüğünde, yakın geçmişte ortalama makul bir bireyin kira bedellerinin artacağını öngörmesi beklenir. Ülkemizde yaşanan bu dalgalanma adım adım her ürün ve hizmetin ücretinin artması gibi bir sonuç meydana getirmiştir. Elbette yaşanacak olan bu artışların hangi oranda gerçekleşeceğini tam olarak tespit etmek pek mümkün olmasa da her ürün ve hizmette yaşanması beklenen artışların kira bedelleri bakımından da bir yansıması olacağı muhakkaktır. Bu sebeple yaşanan bu artışların öngörülemez olduğu sonucuna ulaşılamaz.

Gerçekleşmesi beklenen bu artışlara yönelik de kiraya verenlerden beklenen bu sonucu öngörerek kira bedelini belirlemesi olacaktır. Öngörülebirliliği yüksek olan bu artışların öngörülememesine bağlı olarak kiraya verenin uyarılma talebinde bulunması halinde uyarılma şartlarının gerçekleşmediğinden hareketle bu talebin reddedilmesi olasılığı yüksektir.

Tarafların sözleşme devam ederken endeks oranının üzerinde artış yapması durumunun uyarılma olarak kabul edilip edilmeyeceğinin ortaya konulması gerekir. Uyarılma, talep üzerine hâkim kararı ile olabileceği gibi taraflar da iradi olarak sözleşme bedelinin uyarlanması yoluna gidebilir²⁷. Ancak her iki ihtimalde de uyarılma şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, tarafların aralarında yapmış olduğu anlaşmanın uyarılma olarak kabul edilebilmesi de uyarılma şartlarının varlığını gerektirir. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere kanaatimizce öngörülmezlik şartı sağlanmamış durumdadır. Buna bağlı olarak da tarafların endeks oranı üzerinde yapmış olduğu anlaşmaya yönelik sözleşme taraflarının iradesine uyarılma sonucu bağlanması oldukça güç bir yorum olacaktır. Sonuç olarak, uyarılma için aranan şartlardan öngörülmezlik şartının gerçekleşmediği, tarafların endeks oranı üzerinde yapmış olduğu anlaşmanın da uyarılma için aranan şartların vücut bulmaması nedeniyle uyarılma olarak kabul edilemeyeceği belirtilebilir.

3. Tarafların İradesinin Değişirme Sözleşmesi-Yenileme Sözleşmesi Bağlamında Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Taraflar yaptıkları anlaşma ile mevcut sözleşmedeki kira bedelinde bir değişiklik meydana getirmektedir. Yapılan anlaşma sözleşmedeki kira bedeline dönük bir değişikliğe neden olması nedeniyle değişirme (tadil) sözleşmesi olarak yorumlanabilir. Yargıtay ise aşağıda detaylarına yer verdiğimiz kararında yenileme sözleşmesi kavramından bahsetmektedir. Bu bağlamda aşağıda kısaca yenileme ve değişirme sözleşmesine dair kısa açıklamalara yer verilerek yapılan bu anlaşmanın hukuki niteliğine dönük değerlendirmelerde bulunulacaktır.

²⁷ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 77; Arat, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 173.

b. Değişirme (Tadil) Sözleşmesi

Borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi hakimdir²⁸. Sözleşme serbestisi ilkesi bağlamında taraflar diledikleri gibi sözleşme yapma, sona erdirmeye veya içeriğini değiştirme serbestisine sahiptir. Taraflar kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla diledikleri gibi sözleşme içeriğini değiştirmek amacıyla değiştirme sözleşmesi²⁹ yapabilirler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda değiştirme sözleşmesini düzenleyen doğrudan bir hüküm yer almamaktadır³⁰. Değişirme sözleşmesi borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisinin bir türü olan tarafların diledikleri gibi sözleşme yapılması özgürlüğünün bir sonucudur.

Taraflar değiştirme sözleşmesi yaptığında yenilemede olduğu gibi borç sona ermemekte, mevcut borç ilişkisi varlığını devam ettirmekte, yalnızca sözleşmenin bazı unsurlarında değişiklik söz konusu olmaktadır. Bu değişiklikler; sözleşme bedeli, taraf değişikliği, sözleşme süresi, sözleşmenin ifasına yönelik; ifa yeri değişikliği, vadenin ertelenmesi gibi çok farklı şekillerde olabilir.

Değişirme sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla tasarruf işlemi niteliğindedir. Bazen de borcun içerik ve kapsamına yönelik yapılan değişiklikler nedeniyle borcun kapsamı genişlemiş olabilir ve bu durumda değiştirme sözleşmesi borçlandırıcı işlem karakterine bürünebilir³¹.

c. Yenileme Sözleşmesi

Yenileme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "Borç ve Borç İlişkisinin Sona Ermesi ve Zamaşımı" başlığı altında borcun sona ermesi hallerinden biri olarak yer almaktadır³². Kanunda yenileme kavramı için herhangi bir tanımlama getirilmemiştir. Ancak ilgili düzenlemeden, yenilenenin mevcut olan bir borcun, tarafların açık rızasıyla yeni bir borçla sona erdirilmesi şeklinde olduğu anlaşılmaktadır³³.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 125 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 346 vd.; M. Kemal Oğuzman- Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 25.

²⁹ Öğretide değiştirme sözleşmesi için getirilen tanımlar için bkz. Kerem Öz, *Tadil Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 37.

³⁰ Değişiklik yapılacak sözleşmenin geçerliliği şekil şartına bağlanmışsa değişikliğin geçerli olması için aynı şekil şartına uyulması gerektiğini düzenleyen TBK m.13 hükmü yer almaktadır.

³¹ Hukuki niteliği hakkında detaylı açıklama için bkz. Öz, *Tadil Sözleşmesi*, 22 vd.

³² Alman hukukunun aksine yenileme geniş anlamda borçta değil, dar anlamda borcu sona erdiren hallerden biridir. Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 990; Eren, *Borçlar Genel*, 1435. "Borç ilişkisinin yenilenmesine engel bulunmamaktadır." Bkz. Oğuzman- Öz, *Borçlar Genel*, 583.

³³ Öğretide yer alan yenileme tanımları için bkz. Tennur Koyuncuoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1972), 49.

Yenilemenin hukuki niteliği ise her şeyden önce sözleşme niteliğine sahip olmasıdır. Tarafların yapacağı karşılıklı anlaşma sonucunda yenileme yolu ile yeni bir sözleşme kurulabilir. Tarafların anlaşması sonucunda yenileme sözleşmesi ile mevcut bir borcun sona ermesi söz konusudur. Borcun sona ermesi ile birlikte alacaklının alacak hakkı sona erer. Yenileme sonucunda alacağın sona ermesi hukuki niteliği itibarıyla tasarruf işlemi niteliğine sahip olduğunu ortaya koyar. Tasarruf işlemi niteliği nedeniyle diğer sözleşmelerde aranan geçerlilik koşullarını taşımaları ve alacaklının da tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Yenileme işlemi neticesinde taraflar arasında sona eren mevcut borcun yerine yeni bir borç meydana gelmektedir. Borçlu, eski borcundan tasarruf işlemi neticesinde kurtulmakla birlikte yeni borcun borçlusu haline gelmektedir. Bu yönüyle yenileme işlemi borçlandırıcı işlem karakterini de bünyesinde barındırmaktadır. Yenileme işlemi ile mevcut borç sona ermekte, yeni borç oluşturulmakta, bu sebeple tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem, yenileme hukuki sebebine dayanılarak çifte etki doğuran tek bir işlemle sonuç doğurmaktadır³⁴.

Yenileme işleminin sonuç doğrulanabilmesi için öğretide üç şartın bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Yenilemenin gerçekleşmesi için aranan birinci şart mevcut bir borcun bulunmasıdır. Bulunması gereken borcun kaynağı önem arz etmemektedir³⁵. Yenileme için aranan ikinci şart ise yeni bir borcun doğması gerekir. Yeni doğacak borcun da geçerlilik şartlarını taşıması gerekir³⁶. Yenilemenin sonuçlarını doğurması için aranan son şart ise tarafların yenileme iradesine sahip olması gerektiğidir. Kanunda tarafların iradesinin açık olması gerektiği belirtilmiştir. Tarafların yenileme iradesinden anlaşılması gereken; eski borcun sona erdirilmesi ve yeni bir borç kurulmasıdır.

d. Taraflar Arasındaki Anlaşmanın Hukuki Niteliği

aa. Genel Olarak

Uygulamada kira sözleşmesinin tarafları endeks oranını aşacak şekilde yeni kira bedeli belirlemeyi tercih etmektedirler. Belirlenen yeni kira bedeli bazen emsal kira bedellerine yakın olabilmekte, bazen ise endeks oranını aşmakla birlikte emsal kira bedeli kabul edilemeyecek kadar yüksek olmayan kira bedelleri de olabilmektedir. Endeks oranını aşan her iki ihtimal bakımından tarafların yaptığı bu anlaşmaya aynı hukuki sonucu bağlamamak gerekir.

Tarafların belirlediği yeni kira bedelinin emsale yakın bir kira bedeli olduğu varsayımında; sözleşme imzalandıktan sonra kural olarak emsal kira bedelinin

³⁴ Koyuncuoğlu, *Borcun Yenilenmesi*, 57; Işık Önay, *Yenileme* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016), 54.

³⁵ Önay, *Yenileme*, 77.

³⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 1433; İpek Yücer, "Yenileme (Tecdit)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2007), 244; Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 587; Önay, *Yenileme*, 96.

belirlenmesi TBK m.344/f.3 gereğince beşinci yılın sonunda mümkün olmaktadır. Ancak tarafların henüz beş yıllık süre dolmadan endeks oranını aşan ve emsal kira bedeli seviyesinde kira bedeli belirlemesine yönelik yaptığı anlaşmanın sonuçları nasıl olacaktır?

Yine tarafların yaptığı anlaşmadaki kira bedeli endeks oranını aşmakla beraber emsal kira bedeli sayılamayacak kadar yüksek olmayabilir. Bu varsayımda emsal kira bedeli tespitinde hangi sürelerin baz alınması gerektiği ve emsal kira bedelinin tespitine dönük başkaca unsurlara yer verilip verilmeyeceğinin ortaya konması gerekir.

Yargıtay'ın bu konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararda³⁷, *“Muris ile davalı arasında imzalanan 15.08.2009 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli aylık 800 TL bedelli, 01.01.2013 başlangıç tarihli ve dört yıl süreli aylık 900 TL bedelli kira sözleşmelerinin varlığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yenileme sözleşmesinde kira bedeli emsal ve rayiçlere uygun değil ise yenileme sözleşmenin imzalanmasından itibaren 5 yıl geçmemiş olsa dahi ilk sözleşmenin başlangıcına göre geçen süre gözetilerek şartları varsa kira parasının hak ve nesafete göre tespiti talep edilebilir. Bu durumda mahkemece; davacılar hangi dönemden itibaren kira bedelinin tespitini istediklerinin sorulması, muris ile davalı arasında imzalanan 01.01.2013 başlangıç tarihli sözleşmenin yapıldığı tarih itibariyle kira bedelinin rayici yansıtıp yansıtmadığının araştırılması, usulüne uygun toplanacak emsallerle birlikte mahallinde yapılacak keşifle belirlenerek, rayice uygun olması durumunda endeks uygulanarak kira bedelinin belirlenme aksi halde hak ve nesafete göre kira bedelinin belirlenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle eksik araştırma ile kira bedelinin hangi dönemden itibaren tespit edildiği de belirtilmeksizin karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”* şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yargıtay tarafından verilen kararın iki farklı noktadan değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle verilen kararda tarafların sonradan yapmış olduğu anlaşma yenileme sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. İlgili kararda yenileme sözleşmesine dair Yüksek Mahkemece bir tartışma veya açıklamaya yer verilmemiştir. İkinci olarak ise eğer taraflar yeni sözleşmede kira bedelini emsale göre belirlemişse kira bedelinin belirlenmesi için endeks oranının baz alınması gerektiği, emsal kira bedeli söz konusu değilse kira bedelinin hak ve nesafete göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen kararda yenileme sözleşmesi kavramına yer verilmiştir. Dava konusu uyuşmazlıkta davalı kiracı ile muris arasında 15.08.2009 başlangıç tarihli kira sözleşmesi olduğu, sonrasında ise davacı ile mirasçılar arasında 01.01.2013 başlangıç tarihli kira sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Mirasçıların kiracı ile akdettikleri yeni kira sözleşmesini Yargıtay'ın yenileme

³⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11236 (8 Kasım 2018).

sözleşmesi olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kiraya verenin ölümü ile birlikte külli halef olarak kiraya verenin mirasçıları, kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. TBK m.310 hükmünde de kiralananın el değiştirmesi halinde yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı haline geleceği düzenlenmektedir. İntikal nedeniyle mirasçılar ile kiracı arasında devam eden kira ilişkisi zaten mevcuttur³⁸. Kira ilişkisinin devamı için taraflar arasında yeni bir kira sözleşmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır³⁹. Taraflar yani mirasçılar ve kiracı, var olan kira ilişkisini aralarındaki yeni kira sözleşmesine taşıyabilirler. Ancak yeni kira sözleşmesi metni miras bırakan ile kiracı arasında var olan kira ilişkisinin devamı niteliğindedir⁴⁰. Bu sözleşme doğrudan yenileme sözleşmesi olarak kabul edilecek midir? Kira sözleşmesinin tarafı haline gelen mirasçı/lar mevcut kira sözleşmesinin içeriği hakkında bilgi sahibi olmayabilir. Ya da bilgi sahibi olmakla birlikte bazı koşulların değiştirilmesi arzusunda olabilirler. Bu sebeplere dayanarak da kiracı ile yeni bir sözleşme imzalanmasını tercih edebilir. Ancak bu durumda imzalanan her yeni sözleşmenin doğrudan yenileme sözleşmesi olarak kabul edilmemesi gerekir. Yeni kira sözleşmesinin içeriğinde, eski sözleşmeye nazaran birtakım değişiklikler yapılır ve bu değişiklikler eski sözleşmeden tamamen ayrışmasını sağlar, yeni sözleşmeye bağımsız bir karakter kazandırırsa yenileme sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir⁴¹. Karardan anlaşıldığı kadarıyla yalnızca kira bedelinde önemli sayılamayacak bir artış yapılmış, bunun dışında kira sözleşmesinin içeriğine dair başkaca bilgiye yer verilmemiştir.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen diğer bir kararda⁴² “... ilk sözleşmeden sonra taraflar bir araya gelerek yeniden bir kira sözleşmesi yapmışlar ise on yıllık süre bu sözleşmenin bitim tarihinden sonra hesaplanmalıdır. Yani her yenileme sözleşmesi on yıllık süreyi yeniden başlatır.” şeklinde değerlendirme yer almaktadır. Yine bu kararda da Yargıtay yenileme sözleşmesi kavramına yer vermiş ve imzalanan her yeni sözleşmenin içeriğinde yapılan değişiklikleri dikkate almaksızın yenileme niteliğine sahip olacağına ve on yıllık süreyi yeniden başlatacağına hükmetmiştir.

³⁸ Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 233 vd.; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 144.

³⁹ Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 483.

⁴⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 144.

⁴¹ “Önemli olan yeni kira sözleşmesinin eskisinin devamı niteliğinde olup olmadığının tespitidir. Kiralanan veya kiracı değişimi için yeni bir kira sözleşmesi yapılmış ve kira bedeli yeniden belirlenmiş ise artık beş yıllık süre bu ikinci sözleşmenin yapılmasından itibaren başlamalıdır. Ancak yeni yapılan kira sözleşmesinin eskisinin devamı niteliği taşıdığı hallerde, beş yıllık sürenin ilk kira sözleşmesinden itibaren hesaplanması gerekir.” (İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 143); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/13440 (9 Şubat 2012).

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/614 (25 Mayıs 2021).

Bu sebeple Yargıtay'ın imzalanan yeni sözleşmeyi yenileme sözleşmesi olarak kabul etmesi kanaatimizce yerinde değildir. İlgili sözleşmenin yenileme sözleşmesi olarak kabulü, hem kiralananın TBK m.347'ye dayalı olarak tahliyesinde hem de emsale dayalı kira bedelinin tespitinde hesaplanacak süreler bakımından kiraya veren aleyhine ağır sonuçlar meydana getirmektedir. Bu sonuca ulaşabilmek için sözleşme içeriğinde meydana gelen değişikliklerin yenileme sözleşmesi kabul etmemizi gerektirecek değişiklikler olması beklenmelidir.

Yapılan ikinci sözleşme ile taraflar kira sözleşmesinin süresini uzatır ya da yeni bir kira süresi belirleme yoluna giderse yine yenileme sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Bu durum ancak sözleşme süresinde değişiklik öngören bir tadil anlaşması niteliğinde olup mevcut kira sözleşmesinin kira süresi yönünden tadil edildiği kabul edilmelidir⁴³. Buna dayalı olarak da on yıllık süre tadil anlaşması yapıldığı tarih dikkate alınarak belirlenebilir⁴⁴.

Yargıtay, imzalanan ikinci sözleşmeyi yenileme sözleşmesi olarak görmekle beraber, sözleşmede belirlenen kira bedeline göre ikili bir ayırım yaparak kira bedelinin tespit edilebileceğine yer vermiştir. Bu durum ise bir çelişki yaratmaktadır. Kanaatimizce bu anlaşmanın yenileme sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde yenileme sözleşmesinin niteliği gereği belirlenen kira bedeli ne olursa olsun, yeni sözleşmeden itibaren beşinci yılın sonunda emsal kira bedelinin tespiti talep edilebilir. Kanaatimizce bu konunun değiştirme sözleşmesi bağlamında ele alınması gerekir. Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarda değiştirme (tadil) sözleşmesi ile yenileme sözleşmesinin ne anlama geldiğini kısaca açıkladık. Yenileme sözleşmesi ile değiştirme sözleşmesinin birbirine çok benzemesi, birbirinden ayırt edilmesinin zor olması ve hukuki sonuçlarının ise birbirinden tamamen ayrışması söz konusudur. Dava konusu uyuşmazlıkta yalnızca kira bedeline dönük bir artış söz konusudur. Bunun dışında sözleşmede herhangi bir değişiklik meydana gelmemiştir. Mirasçılardan kiracı ile anlaşarak yaptığı yeni sözleşmenin doğrudan sözleşmenin yenilenmesi kabul edilerek buna bağlı hukuki sonuç bağlanması her zaman adil sonuçlar meydana getirmeyebilir. Yenileme iradesinin tespiti önemlidir. Mirasçılar ile yeni sözleşme imzalanması bizi doğrudan yenileme iradesine sahip olduğu sonucuna götürmemelidir. Bu veriler ışığında değerlendirme yapılacak olursa, ikinci sözleşme ancak değiştirme sözleşmesi olarak kabul edilebilir. İlgili sözleşmenin yenileme sözleşmesi olması halinde, hukuki sonuçları bakımından kiraya verenin menfaatini zedeleyeceği ve yeni bağımsız bir hukuki ilişki oluşturması oluşturacağı düşünüldüğünde taraf iradelerinden yenileme iradesinin varlığına ulaşmak kanaatimizce pek mümkün gözükmemektedir.

⁴³ Kürşat Yağcı, "Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında on Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Veren Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76/2 (2018), 659.

⁴⁴ Yağcı, *On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı*, 659.

Tarafların anlaşması ile belirlenen yeni kira bedelinde, kira artış oranına göre farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. İlk olarak tarafların endeks oranı üzerinde yapmış olduğu anlaşma emsal kira bedeli sayılabilecek bir kira bedeli olabilir. İkinci ihtimalde ise yapılan anlaşma endeks oranı üzerinde olmakla birlikte emsal kira bedeli sayılamayacak kadar yüksek olmayabilir.

bb. Tarafların Belirlediği Yeni Kira Bedelinin Emsal Kira Bedeli Kabul Edilmesi

Taraflar yaptıkları anlaşma ile yeni kira bedelini emsal kira bedeli seviyesine yükseltmiş olabilir. Taraflar böyle bir anlaşma yaparken sözleşmedeki bozulan edim dengesini sağlama amacı gütmüş olabilir. Edimler arasında yaşanan oransızlık uyarılma kabul edilebilecek bir seviyede olmamakla beraber acaba yapılan yüksek artışlar yenileme sözleşmesinin kabulüne bizi götürebilir mi? Yoksa bu anlaşma kira bedelinde değişiklik öngören bir değiştirme sözleşmesi midir?

Değiştirme sözleşmesi mevcut sözleşme içinde yapılan bir değişikliği ifade etmekte ve hukuken de ona bağlı bulunduğu için yenilemeye göre kapsamı daha dardır⁴⁵. Yenilemede ise mevcut borç ilişkisi sona erdirilmekte ve yeni bir borç oluşturulmaktadır ve bu sebeple değiştirme sözleşmesine göre geniş kapsamlıdır⁴⁶. İki sözleşme arasında hukuki kalıp farkı söz konusudur⁴⁷.

Öncelikle olayda yenileme olduğu sonucuna ulaşabilmemiz için tarafların iradesinden açıkça yenileme işlemi yaptıklarının anlaşılması gerektiği söylenebilir. Bu sebeple de tarafların iradesinden açıkça yenileme olduğu anlaşılamiyor ve belirsizlik söz konusu ise TBK m.133'te yer alan yenileme karinesi yasağı⁴⁸ gereğince yenilemeden bahsedilemeyeceği ve değiştirme sözleşmesinin var olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak öğretilerde bu iradenin mutlak bir şekilde açık olması şartı aranmamaktadır⁴⁹.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarda hükmün getiriliş amacı ve sözleşme özgürlüğünün yansımaları olarak kira sözleşmesi bakımından bu anlaşmaya

⁴⁵ Koyuncuoğlu, *Borcun Yenilenmesi*, 57. Değiştirme sözleşmesinde, eski borç-yeni borç ayrımı yer almamakta, mevcut borç geçerliliğini devam ettirmekte, mevcut borcun içerik ve kapsamı, tarafları, ifası vb. konulara dair değişiklikler söz konusu olmakta, mevcut borca dair savunma imkanları da kullanılmaya devam etmektedir.

⁴⁶ "Yenileme söz konusu olmasın halinde; mevcut borç ferileri ile birlikte sona ermekte, eski borca dair savunma imkanları ortadan kalkmakta, yenilemenin hukuki niteliği itibarıyla sözleşme karakterine sahip olması nedeniyle oluşturulan yeni borç sözleşme hukuki sebebine dayanan, eski borçtan tamamen ayrılan bağımsız yeni bir borç olmaktadır." Eren, *Borçlar Genel*, 1437.

⁴⁷ Koyuncuoğlu, *Borcun Yenilenmesi*, 57; Önay, *Yenileme*, 208.

⁴⁸ "Yeni borç kurulması ile birlikte eski borcun sona erdiği karine olarak kabul edilemez. Tarafların mevcut borç ilişkisine yönelik yaptıkları sözleşme, şüphe halinde mevcut borcu sona erdirmeyen, onu ayakta tutan yorum tercih edilmelidir." Önay, *Yenileme*, 113.

⁴⁹ "Örtülü bir şekilde de ortaya konan irade beyanı sonucunda yenileme mümkün olabilmektedir. Yenileme iradesi iradeyi gösteren davranışlar yoluyla da tespit edilebilir." (Koyuncuoğlu, *Borcun Yenilenmesi*, 94; Yücer, *Yenileme*, 248).

geçerlilik tanınması gerektiğini belirttik. Yapılan bu anlaşmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi ise taraf iradelerinin yorumlanması yolu ile mümkün olabilir⁵⁰. İradelerinin yorumlanması ile ulaşılan sonucun tarafların sözleşmedeki karşılıklı menfaatlerine uygun bir sonuç doğurması beklenir.

Tarafların kanunda yer alan sınırlamaları aşarak yeni kira bedeli belirlemele-ri sözleşmedeki edim dengesinin bozulmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple taraflar sözleşmede kiraya veren aleyhine yaşanan edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesini tercih edebilirler. Ancak bu yukarıda da yer verdiğimiz üzere uyarılama yoluyla mümkün gözükmemektedir⁵¹. Sözleşmedeki edim dengesinde meydana gelen değişiklikler tarafları böyle bir anlaşma yapmaya itmiş olabilir. Sözleşmedeki edim dengesinde meydana gelen ancak uyarılama katına çıkmayan dengesizlikler tarafların kanunda yer alan sınırlamaları aşarak yeni bir kira bedeli belirleme ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

Yapılan anlaşmayı sözleşmenin yenilenmesi şeklinde nitelendirdiğimizde artık ilk imzalanan sözleşmede yer alan borç ve teminatlar, itiraz ve defi gibi savunma imkanları ortadan kalkmaktadır⁵². Kira sözleşmesi bakımından başkaca sonuçlar da meydana gelmektedir. Yeni anlaşma önceki anlaşmadan bağımsız yeni bir sözleşme olarak kabul edildiği için kiralananın tahliyesi için aranan süreler artık yeni sözleşme tarihinden itibaren başlayacak, emsal kira bedelleri için aranan beş yıllık süre de sıfırlanacak ve bu tarihten itibaren beş yıllık süre hesaplanacaktır.

Sözleşmenin yenilenmesi halinde sözleşmedeki menfaat dengesinin nasıl etkilendiğinin de ortaya konması gerekir. Kiraya veren yönüyle ele alınırsa; kiraya veren normal şartlarda beş yılın sonunda emsale dayalı kira bedelinin tespitini talep edebileceken bu süre dolmadan, alması gereken kira bedelinden çok daha yüksek bir kira bedeline daha kısa sürede kavuşmaktadır. Kiraya veren bakımından erken bir yarar temini söz konusu olmaktadır. Bu husus kiraya veren bakımından olumlu bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yenileme sözleşmesinin hukuki niteliğinin diğer bir sonucu olarak, ilk sözleşmeden tamamen bağımsızlaşan yeni bir sözleşme olması⁵³ nedeniyle kirala-

⁵⁰ “İki hukuki kurumun birbirinden ayırt edilmesini sağlamak için bazı yöntemlere başvurulabilir. Bu bakımdan da eğer taraflar kurmak istedikleri yeni borca eski mevcut borçta değişiklik yapmak suretiyle ulaşmaları mümkün değilse o zaman yapılan işlem değiştirme sözleşmesi olmaktan çıkıp yenileme olarak kabul edilmesi gerekir. Öğretide, değiştirme sözleşmesi ile sözleşmede değişiklik yapılamaması ve yenileme sözleşmesine ihtiyaç duyulması durumu bağdaşmazlık olarak kabul edilmektedir.” Bkz. Öney, *Yenileme*, 211.

⁵¹ Öngörülebilirliği yüksek olan kira artışlarının öngörülememesine bağlı olarak kiraya verenin uyarılama talebinde bulunması uyarılama şartları gerçekleşmediğinden hareketle mümkün gözükmemektedir. Buna bağlı olarak tarafların farazi iradesinden iradi uyarılama sonucuna ulaşamayacaktır.

⁵² Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 587; Eren, *Borçlar Genel*, 1435; Öney, *Yenileme*, 137.

⁵³ “Eski borç sona erip yeni bir borç doğar ve yeni borç kendi bağımsız niteliğine bürünür.” (Eren, *Borçlar Genel*, 1437).

nanın tahliyesi için TBK m.347/f.1’de aranan süre sıfırlanacak ve yapılan yeni anlaşma tarihinden itibaren bu süre işlemeye başlayacaktır. Yine sözleşmede teminatlar söz konusu ise bu teminatlar da sona erecektir. Bu hususlar da kiraya verenin süresinden önce emsal kira bedeli olarak temin ettiği menfaat karşısında sonuçlarına katlanmak zorunda kalacağı durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kiraya verenin bu anlaşmayı yaparken hangi amaçla bu sözleşmeyi yaptığının, güven teorisi bağlamında farazi iradelerinin tespiti ile ortaya konulması gerekir⁵⁴. Kiraya veren bu anlaşmayı yaptığı takdirde sözleşmede yer alan teminatların son bulacağını bilseydi, acaba yine de yaptıkları anlaşmayı yenileme sözleşmesi olarak kabul ederek bu anlaşmayı yapar mıydı? Veya yapılan bu anlaşmanın bir sonucu olarak TBK m.347/f.1’deki on yıllık sürenin yeniden başlamasını kabul eder miydi? Kiraya verenin yenileme sözleşmesinin sonuçlarını kabul ederek bu anlaşmayı yaptığı sonucuna ulaşabilmemiz gerekir.

Kiracı yönünden ele alırsak; kiracı sözleşme imzalandığı tarihten itibaren beşinci yılın sonunda emsale dayalı kira bedelinin tespiti talebi ile muhatap olabileceken henüz bu süre dolmadan emsal kira bedeli kabul edilebilecek bir kira bedeli ödemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla süresinden önce daha fazla kira bedeli ödemeyi üstlenmektedir. Aldığı bu risk karşılığında ise emsale dayalı kira bedeli talebini yenileme sözleşmesinden itibaren beş yıl süre ile uzatma imkânı elde etmektedir. Yine daha önce kiralananı kaç sene kullandığından bağımsız olarak kiralananın tahliyesi için TBK m.347/f.1 hükmünde yer alan süre yenileme sözleşmesinden itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır.

Taraf iradelerinin güven teorisine göre yorumlanması gerekmektedir. Modern güven teorisi sözleşme taraflarının menfaatlerini ve sözleşmedeki menfaat dengesini korumayı amaçlamaktadır. Modern güven teorisi, beyan sahibinin iradesini makul ve dürüst bir biçimde ifade edeceğini, karşı tarafın da bu beyanı makul ve dürüst bir anlam yükleyeceği hususlarını gözeterek sözleşme taraflarının haklı güvenlerini korumayı amaç edinir ve beyanları ile bağlı olmalarını sağlar⁵⁵.

Kiracının makul ve dürüst bir kişi olarak kabul edilip kiraya verenle yaptığı anlaşmadaki iradesine dürüstlük kuralına göre bir anlam yüklenmesi gerekir. Bu irade tespit edilirken de sözleşme taraflarının karşılıklı olarak birbirlerinin menfaatini gözetmesi ve sözleşmedeki menfaat dengesinin de korunmasına hizmet etmesi beklenir. Bu sebeple bu anlaşmanın modern güven teorisi gözetilerek yenileme sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşamaz. Bu sonuca ulaşılması durumun-

⁵⁴ Farazi irade kavramı ve farazi iradenin tespitine ilişkin bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 189.

⁵⁵ Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 196, Oğuzman-Öz, *Borçlar Genel*, 72; “Karşı tarafın dürüstlük kuralı uyarınca bildiği veya bilebileceği beyanın tamamına vermesi gereken anlama olan haklı güveni korumaktadır.”, bkz. Antalya, *Borçlar Genel C. 1*, 294.

da kiraya veren sahip olduğu teminatları kaybedecek ve kiralananın tahliyesi için aranan süre de yeniden başlayacaktır. Kiraya veren yaptığı anlaşmanın bu şekilde ağır sonuçları olduğunu bilseydi kira bedeline dönük değişiklik içeren anlaşmadaki iradesinin yenileme olmadığını açıklaması beklenirdi diyebiliriz.

Taraf iradelerinin güven teorisi baz alınarak yorumlanması yolu ile bu anlaşmaya başka bir sonuç bağlamamız gerekecektir. Taraflar yaptıkları anlaşma ile emsal kira bedeli belirlediklerinde hangi menfaatleri elde etmek istediklerinin tespit edilmesi gerekir. Tarafların beşinci kira yılı için emsale dayalı kira bedeli ödenmesi konusunda anlaşabildiklerini varsayalım. Kural olarak TBK m.344/f.3 hükmü işletildiğinde beşinci kira yılının sonunda emsal kira bedelinin tespiti talep edilebilecektir⁵⁶. Yaptığımız varsayımda kiraya verenin hemen bir sene sonrasında emsal kira bedeli talep edebilmesi gerekir. Ancak kiracı böyle bir anlaşma yaparken bir sene sonra yeniden emsal kira bedeli ödemeyi üstlendiği sonucuna ulaşamayız. Yine kiraya verenin makul ve dürüst bir kişi kabul edilerek dürüstlük kuralına göre bu iradeye nasıl bir anlam vermesi gerektiği tespit edilmelidir. Yapılan bu anlaşma üzerine bir sene sonrasında kiraya verenin yeniden emsal kira bedeli talep edebileceği sonucuna dürüstlük kuralına göre ulaşılamaz. Makul ve dürüst bir kişiden yeni emsale dayalı kira bedelinin tespiti talebinin beş sene sonra talep edilebileceğinin düşünmesi beklenir. Kanaatimizce, tarafların emsal kira bedeline yönelik yaptığı anlaşma ile TBK m.344/f.3'teki hüküm kıyasen uygulanarak emsal kira bedelini belirledikleri, yeni emsale dayalı kira bedelinin tespiti talebinin ise beş yıl sonra ancak mümkün olduğu yönünde zımni bir anlaşmaya vardıkları sonucuna ulaşılmalıdır. Güven teorisi baz alınarak yapılacak olan bu yorum hem tarafların menfaatine hem de sözleşmedeki menfaat dengesinin korunmasına hizmet eder.

Yapılan bu açıklamalar neticesinde kanaatimizce taraflar iradelerinin güven teorisine göre yorumlanması sonucunda taraflar arasında yenileme sözleşmesinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmanın sözleşmede değişiklik içeren değiştirme sözleşmesi olduğu, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği, bu sebeple de teminatlar başta olmak üzere kira bedeli dışındaki hükümlerinin aynı şekilde geçerliliğini muhafaza ettiği söylenebilir. Yapılan anlaşma ile kira bedeli emsal kira bedeli kabul edilebilecek bir miktara ulaşmışsa, tarafların emsal kira bedeli belirledikleri ve yeni bir emsale dayalı kira bedelinin tespitinin bu anlaşmadan itibaren beşinci yılın sonunda talep edilebileceğini de söyleyebiliriz.

⁵⁶ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 140 vd., Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 709; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 64; Murat Aydoğdu-Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 598; Acar, *Yargıtay Kararı İncelemesi*, 445 vd.

cc. Tarafların Belirlediği Yeni Kira Bedelinin Endeks Oranını Aşmakla Birlikte Emsal Kira Bedeli Kabul Edilmemesi

Tarafların sözleşme devam ederken belirledikleri yeni kira bedeli endeks oranını aşmakla birlikte emsal kira bedeli kabul edilemeyecek bir seviyede olabilir. Örneğin şu an %25 kira artış sınırı yer almaktadır, bu oranın üzerinde %50 kira artışı yapmış olsunlar. Bu yeni kira bedeli emsal kira bedeli sayılabilecek bir tutara erişmemiş olabilir. Bu durumda ise tarafların yaptığı anlaşmaya taraf menfaatlerini zedelemeyecek sonuçların bağlanması gerekir.

Taraf iradelerinin tespiti bakımından yine güven teorisine göre hareket edilmelidir. Kiracı endeks oranını aşan oranda kira bedeli ödemeyi üstlenebilir. Kiracı böyle bir yükümlülük üstlendiğinde makul ve dürüst bir kiraya verenin dürüstlük kuralına göre bu beyana nasıl bir anlam yüklemesi gerekir? Emsal kira bedeli belirlenmişse açıkladığımız üzere bu anlaşmanın TBK m.344/f.3 kıyasen uygulanarak bir emsal kira bedelinin tespiti olduğu ve yeni bir kira bedelinin tespiti için yeniden işleyecek beş yıllık süreye ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak emsal kira bedeli seviyesine ulaşmamış bir kira artışı açısından aynı yorumu yapmak oldukça güç olacaktır. Kiraya veren bu artışla birlikte daha fazla menfaat elde etmesine rağmen elde edilen bu menfaat, yeni kira bedelini emsal kabul ederek aynı yorumları yapmamızı sağlayacak büyüklükte değildir.

Söz konusu anlaşmanın yenileme sözleşmesi niteliğinde kabul edilebilir mi? Bu varsayımda yeni sözleşme, ilk sözleşmeden bağımsız hale gelecek, emsal kira bedelinin tespiti için aranacak beş yıllık süre ile kira sözleşmesinin sona ermesine bağlı kiralananın tahliyesi için TBK m.347/f.1’de aranan süreler yeniden işlemeye başlayacaktır. Özellikle emsale dayalı kira bedelinin tespiti için aranacak süre beş yıl ötelenmektedir. Kiraya veren, endeks oranı üzerinde elde ettiği kısmi bir menfaat karşılığında ağır yükümlülükler altına girmektedir. Özellikle de güncel olarak kira bedellerinde meydana gelen yüksek artışlar karşısında kiraya verenin elinden bu imkânı almak sözleşmedeki menfaat dengesini kiraya veren aleyhine aşırı derecede bozmaktadır. Öyle ki ödenmekte olan kira bedelinin çok düşük seviyelerde kalması, beş yıl süre ile emsal kira bedelinin tespitinin istenmemesi mülkiyet hakkını dahi tartışmaya açabilecek bir konuma bizi götürebilmektedir. Benzer şekilde sözleşmede yer alan teminatlar da artık son bulacaktır. Güven teorisi baz alınarak yapılacak yorumla tarafların iradesinden bu anlaşmanın yenileme sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir.

Tarafların yaptığı anlaşmanın yine sözleşmede değişiklik içeren değiştirme sözleşmesi olarak kabulü gerekecektir. Ancak tarafların iradesinin güven teorisi yoluyla yorumu sonucunda emsal kira bedeli bakımından yaptığımız değerlendirmeleri bu varsayımda yapmamız mümkün görünmemektedir. Bu sebeple de taraflar her ne kadar endeks oranını aşarak yeni kira bedeli belirlese de emsale

dayalı kira bedelinin tespiti, sözleşmenin kurulmasından itibaren beşinci yılın sonunda talep edilebilecektir. Bu anlaşma, emsale dayalı kira bedelinin tespitinin istenebileceği süre bakımından bir farklılık oluşturmayacaktır.

Emsale dayalı kira bedelinin tespiti için aranacak beş yıllık süre bakımından sözleşmenin kurulma anının baz alınacağını belirttik. Ancak bu noktada Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda farklı bir detaya dikkati çekmek gerekir. Çalışma konumuzun odağında yer alan ve yukarıda yer verdiğimiz kararda “... *muris ile davalı arasında imzalanan 01.01.2013 başlangıç tarihli sözleşmenin yapıldığı tarih itibarıyla kira bedelinin rayici yansıtıp yansıtmadığının araştırılması, usulüne uygun toplanacak emsallerle birlikte mahallinde yapılacak keşifle belirlenerek, rayice uygun olması durumunda endeks uygulanarak kira bedelinin belirlenme aksi halde hak ve nesafete göre kira bedelinin belirlenmesi...*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Karardan iki sonuç çıkmaktadır. Birincisi, yenileme sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmede belirlenen kira bedeli rayice uygunsa kira bedeli tespit edilirken endeks oranına göre belirlenmelidir. Ancak rayice uygun bir bedel söz konusu değilse hak ve nesafete göre kira bedeli belirlenmelidir. İlk sonuç bakımından herhangi bir sorun gözükmemektedir. Ancak ikinci sonucun değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, yeni kira bedeli emsale uygun değilse bu durumda değiştirme sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Değiştirme sözleşmesi olması durumunda ilk sözleşme varlığını devam ettirmekte olup emsale dayalı kira bedelinin tespiti için aranacak olan beş yıllık sürenin başlangıç anı da ilk sözleşme tarihi olacaktır. İlgili kararda ise böyle bir ayırım yapılmamıştır. Emsal kira bedelinin hangi sürelerde talep edilebileceği yukarıda yer verdiğimiz gibi belirlenen yeni kira bedelinin emsal kira bedeli seviyesinde olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerekir.

Kiraya veren endeks oranı üzerinde yapılan anlaşma sonucunda kısmen de olsa bir menfaat elde etmektedir. Acaba bu durum beşinci yılın sonunda belirlenecek emsal kira bedeli bakımından dikkate alınması gereken bir unsur mudur? Kiraya verenin endeks oranı üzerinde yapılan kira bedeli artışına bağlı olarak erken bir menfaat temini söz konusu olmaktadır. Böylesi bir durumda hakim emsale dayalı kira bedeli tespiti için TBK m.344/f.3 hükmünde yer alan unsurlara⁵⁷ ek olarak kanaatimizce kiraya verenin elde ettiği bu menfaati de değerlendirmelidir. Bu alınan fazla bedel emsal kira bedeli tespit edilirken denkleştirme uygulanarak emsal kira bedelinin tespiti yoluna gidilebilir. Zira kiracı beş yıl boyunca endeks

⁵⁷ “Kira sözleşmesi yenilenirse, beşinci yılın bitiminden sonra kira bedelinin tespiti istenebilecek, mahkemece TBK m.344/f. 3 uyarınca endeks oranı, kiralananın durumu, emsal kira bedeli, hakkaniyet birlikte dikkate alınarak yeni kira bedeli tespit edilecektir” (Yavuz vd., *Borçlar Özel*, 716; Inceoğlu, *Kira Hukuku*, 145 vd.).

oranında kira bedelinde artış yapabilme hakkına sahip olmasına rağmen bu oranı aşarak kira bedeli ödemesi yapmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu kararda emsal kira bedelinin hak ve nesafete göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Endeks oranı üzerinde alınan fazla bedel hak ve nesafet dikkate alınarak denkleştirmeye tabi tutularak emsal kira bedelinin tespit edilmesi tarafların sözleşmedeki menfaat dengesini de korumaya hizmet etmiş olacaktır.

SONUÇ

Ülkemizde yaşanan ekonomik sorunlar neticesinde ürün ve hizmetlerin bedellerinde yüksek artışlar meydana gelmesinin diğer bir sonucu da kira bedellerinde yaşanmaktadır. Kira bedellerinde yaşanan büyük artışlar neticesinde sözleşmedeki edim dengesi bozulmaktadır. Sözleşme tarafları bozulan edim dengesini tekrar sağlamak için aralarında anlaşarak kira bedellerinde değişikliğe gitmektedirler. Yapılan bu değişiklikler ise kira sözleşmesi bakımından TBK m.344 hükmünde yer alan sınırlamaları aşabilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle tarafların endeks oranını aşarak şekilde belirledikleri yeni kira bedeline dönük anlaşmalarının geçerliliği üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda tarafların yapmış olduğu anlaşmanın geçerliliğinin kanaatimizce sözleşme özgürlüğü bağlamında ele alınması gerekmektedir. Bu noktada ise Kanunda nispi emredici nitelikte kiracıyı korumaya dönük hükümler getirilmesi nedeniyle sözleşme özgürlüğünün uygulama alanı bulmayacağı düşünülebilir. Ancak kira sözleşmesi akdedilip kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra kiracı sözleşme öncesi güçsüz bulunduğu konumdan ayrılarak, kanunun koruyucu hükümleri ile koruma altına girmektedir. Bu andan itibaren kiracı özgür iradesi ile serbestçe tasarrufta bulunabilir. Kiracının kiraya veren tarafından sözleşme değişikliği yapmaya zorlanması gibi bir durum da mevcut değildir. Bu sebeple kiracının iradesine öncelik verilerek yapılan anlaşmanın kanunda yer alan sınırlamalara takılmadan geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmanın ikinci bölümünde yapılan anlaşma ile belirlenen yeni kira bedelinin emsal kira bedeli olup olmamasına göre ayırım yapılarak bu anlaşmaya hangi sonuçların bağlanması gerektiğine yer verilmiştir. Bu kapsamda tarafların yaptığı anlaşmadaki kira bedeli emsal seviyesinde ise bu anlaşmaya uyarılama sonucu bağlanılamayacağı açıklanmıştır. Uyarılama bakımından özellikle öngörülemelik şartı sağlanmadığı için taraflar arasındaki anlaşma uyarılama olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Yapılan anlaşmanın niteliği bakımından ikinci olarak yenileme sözleşmesi olup olmadığı tartışmalarına yer verilmiştir. Modern güven teorisi bağlamında tarafların farazi iradelerinin tespiti sonucunda kiraya veren aleyhine ağır sonuçlar meydana getirmesi nedeniyle yenileme iradesi sonucuna ulaşamadığı için yenileme sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Taraflar arasındaki anlaşma ile kira bedelinde değişiklik yapılarak kira bedeli, emsal kira bedeline yükseltilmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce en uygun çözüm yöntemi TBK m.344/f.3'ün kıyasen uygulanmasıdır. Kural olarak beş yıllık sürelerle emsal kira bedelinin tespiti mümkünken, taraflar aralarında anlaşarak henüz bu süre dolmadan emsal kira bedeli belirleme yoluna gidebilirler. Dolayısıyla bu anlaşmaya TBK m.344/f.3 hükmü kıyasen uygulanmalı, bu anlaşma ile tarafların emsal kira bedelini tespit ettikleri, yapılan kira bedeline dönük değişiklik bir değiştirme (tadil) sözleşmesi niteliğine sahip olmalı ve kiraya veren yeni bir emsale dayalı kira bedeli tespiti talebini bu anlaşmadan itibaren beş yıl sonra talep edebilmelidir.

Taraflar anlaşma ile kira bedelinde endeks oranı üzerinde bir artış yapmış ancak bu bedel emsal kira bedeli seviyesine ulaşmamışsa bu anlaşmaya hangi sonuçların uygulanması gerektiği de önemlidir. Belirlenen yeni bedel emsal kira bedeli seviyesinde olmadığı için TBK m.344/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu anlaşma değiştirme sözleşmesi niteliğindedir. Yine emsale dayalı kira bedelinin tespiti ancak sözleşme kurulduğu andan itibaren beşinci yılın sonunda talep edilebilecektir. Ancak yapılan bu anlaşmanın kanaatimizce bir sonucu olmalıdır. Taraflar beşinci yılın sonunda emsal kira bedelinin tespitini talep ettiklerinde, belirlenen yeni emsal kira bedelinden hâkimin hak ve nesafeti dikkate alarak endeks oranı üzerinde yapılan kira ödemelerini denkleştirmeye tabi tutması kanaatimizce uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 4. Bası, 2017.
- Acar, Faruk. “Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde TBK m.344/3’ün Uygulanması Sorunuyla İlgili Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 445-466.
- Acar, Faruk. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu-Kira Sözleşmesi”. *Legal Hukuk Dergisi* 3/34, (2005).
- Antalya, Osman Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.
- Arat, Ayşe. *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Atamer, Yeşim. “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63/1-2 (2005), 173.
- Aydoğdu, Murat-Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2021.
- Başpınar, Veysel. *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baysal, Başak. *Sözleşmenin Uyarlanması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Dural, Mustafa. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1976.
- Gökyayla, Emre. “Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi”. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 9/103-104 (2013), 18-51.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Bası, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2017.
- Erman, Hasan. *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1979.
- Görmez, Mustafa. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Gürsoy, Kemal Tahir. *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus Emprvizyon Nazarıyesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1950.
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku, C. 1*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kaya, Ümmühan. “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmezlik İlkesi”. *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuki Araştırmalar Dergisi* 22/3 (2016), 1569 - 1593.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Koyuncuoğlu, Tennur. *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1972.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16. Bası, 2021.
- Öktem Çevik, Seda. "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/1 (2022), 39-77.
- Önay, Işık. *Yenileme*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016.
- Öncü, Özge. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi". *İzmir Barosu Dergisi* 77/2 (Mayıs 2012), 300-348.
- Öz, Kerem. *Tadil Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Özen, Burak. "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/3 (2016), 2033-2062.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993.
- Topuz, Seçkin. *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Yağcı, Kürşat. "Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Veren Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76/2 (2018), 623-665.
- Yavuz, Cevdet vd. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, Onbirinci Baskı, Mayıs 2022.
- Yücer, İpek. "Yenileme (Tecdit)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2007), 233-260.



Kiralananın Geri Verilmesi Kapsamında Kiraya Verenin Gözden Geçirme ve Kiracıya Bildirme Külfetleri^(*)

*The Duty to Inspect and Notify of the Lessor within the
scope of Return of the Leased Property*

Av. Esra DURSUN^(**)

Öz

Kiracı, kira sözleşmesinin sona ermesi hâlinde kiralananı geri verme borcu altındadır. Buna göre, kira konusu ne durumda teslim alındı ise kural olarak aynı şekilde iade edilmelidir. Aksi takdirde kiraya verenin tazminat talebi gündeme gelebilir. Kiraya verenin bu talepte bulunabilmesi için kiralananın iadesinden sonra kiralananı gözden geçirmesi ve ayrıca ayıp ve eksikleri kiracıya yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, öncelikle, kiracının geri verme borcu genel hatlarıyla incelenmiştir. Devamında, kiraya verenin gözden geçirme ve bildirim faaliyetlerinin icrası ve bu külfetlerin tabi olduğu süre açıklanmıştır. İlgili süreler, özellikle öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin verdiği kararlar çerçevesinde irdelenmiştir. İlaveten, bildirim içeriği ve şekli ayrıntılı biçimde tetkik edilmiştir. Ayrıca, dava açılması; icra takibi başlatılması ve teslim tutanağı düzenlenmesi gibi özel hâllerin kiraya verenin bildirim külfeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmiştir. Son olarak külfetlerin yerine getirilmemesinin sonuçları değerlendirilmiştir. Tüm bu hususlar özellikle mahkeme kararları ile açıklanmış, böylece uygulamadaki durum ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kiralananın iadesi, Gözden geçirme, Yazılı bildirim, Ayıp, Eksiklik.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 07.11.2022 - Makale Kabul Tarihi: 27.12.2022
DOI: 10.56701/shd.1200800

^(**) Avukat, İstanbul Barosu;
Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye
E-posta: esraadursun@gmail.com
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1247-7100>

Abstract

Lessee must return the leased property when the lease contract ends. As a rule, the leased property must be returned in the same condition that it was received. Otherwise, lessor may demand compensation. For this demand, lessor must inspect the leased property after the return of the leased property and inform the lessee, in written form, of the defects and deficiencies. In this article, firstly, the obligation of lessee to return the leased property was examined in general terms. Afterwards, the lessor's inspection and notification activities and the duration of these charges were explained. The relevant periods were analyzed within the framework of the opinions in the doctrine and the decisions of the Supreme Court and the Regional Courts of Appeal. Additionally, the content and the form of the notification were analyzed. Furthermore, it was examined whether special circumstances such as filing suit, executive proceeding, and issuing a delivery record can be considered within the scope of the duty to notify of the lessor. Finally, the consequences of failure to fulfill the duties were evaluated. All these issues were explained in particular through court decisions to explain the situation in practice.

Keywords

Return of the leased property, Inspection, Written notification, Defects, Deficiencies.

I. KİRALANANIN GERİ VERİLMESİ¹

A. GENEL OLARAK

Kira sözleşmesinin sona ermesinin en önemli sonuçlarından biri kiralananın kiraya verene iadesidir². İade, kiracıya yüklenmiş bir borçtur ve kira sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hâle gelir. Bilindiği üzere kira sözleşmesi ile kiracıya mülkiyet hakkı verilmemekte, yalnızca kiralananı kullanım hakkı sağlanmaktadır³. Bu nedenle kira sözleşmesinin sona ermesi hâlinde kiralananın kiraya verene iadesi, sözleşmenin tipik özelliğidir⁴.

¹ Bu çalışma kapsamında kiralananın geri verilmesi ve kiralananın iadesi aynı anlamda kullanılmıştır.

² Bu borç sona ermiş olan kira sözleşmesinin tasfiyesine ilişkin olsa da kira sözleşmesinden doğan bir borçtur. Bkz. Aziz Erman Bayram, "Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XXI, S. 4, s. 138; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Özel Hükümler), s. 264; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014 (Cilt II), s. 490; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 589.

³ İnceoğlu, Cilt II, s. 490. Benzer yönde bkz. Asım Kaya, "Kiralayan ve Kiracının Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapması", *TBB Dergisi*, 2014 (115), s. 329.

⁴ Suat Aydınliyım, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması*, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 115; Bayram, s. 133-134; Murat Doğan, "Kira Sözleşmesi", *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ed.: Turgut Öz), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler), s. 266; Murat Doğan, "Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004 (Adi Kira), s. 443; İnceoğlu, Cilt II, s. 490; Kaya, s. 329-330; Yavuz/Acar/Özen, s. 587. Bu anlamda olmak üzere bkz. M. Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Kira Sözleşmesi), s. 234; Seda Öktem Çevik, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 224; Nihat Yavuz, *Kira Hukuku*, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 507; Halil Yılmaz, "Kiracının Taşınmazı Özenle Kullanma Borcunun İhlali", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, 2014, s. 96.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde (m.) 334/1'e göre, "Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir". Hükmün lafzından açık biçimde anlaşılacağı üzere iade bakımından kural, kiralananın teslim alındığı hâliyle geri verilmesidir. Aksi takdirde kiraya verenin tazmin talebi gündeme gelebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 334 kira sözleşmesinin genel hükümlerindedir. Bu sebeple konut ve çatılı işyeri kirası dahil olmak üzere her türlü kira ilişkisi bakımından uygulanabilir niteliktedir⁵. Kira sözleşmesinin sona ermesinin tipik sonucu kiralananın iadesi olduğundan sözleşmenin sona erme biçimi (fesih, dava yoluyla sona erme vb.) bu borcun doğması bakımından önemsizdir⁶.

B. GERİ VERME BORCUNUN İFA BİÇİMİ

Kanun koyucunun kiralananın iadesine bağladığı bir şekil şartı bulunmamaktadır. Önemli olan husus, kiraya verenin⁷ kiralanan şey üzerinde münhasır fiili hâkimiyet elde etmiş olmasıdır⁸. Bu noktada konut ve çatılı işyeri gibi taşınmaz kiralaları bakımından yapılan teslimlere özellikle dikkat çekilmelidir. Zira istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasına göre iade için kural olarak taşınmazın anahtarları-

⁵ Aslı Makaracı Başak, "Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu- Cilt 2 Özel Borç İlişkileri* (Ed.: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Murat Develioğlu), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 1924; Bayram, s. 136; Doğan, Özel Hükümler, s. 265; Ahu Ayanoğlu Morali, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m. 347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi", *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 122; Nihal Ural Çınar, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (Kira Bedeli) s. 368.

⁶ Ercan Akyiğit, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, 117; Bayram, s. 136; Ural Çınar, Kira Bedeli, s. 371; Yavuz/Acar/Özen, s. 588-589.

⁷ Kiraya verenin aynı zamanda malik ve kiracının sona eren kira sözleşmesi nedeniyle haksız zilyet olması hâlinde, kiraya verenin iade talebi mülkiyet hakkına da dayanabilir. Bu hâlde kira sözleşmesinden doğan iade talebi ile istihkak iddiası nedeniyle ortaya çıkan iade talebi yarışacaktır. Bkz. Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 551; Ayanoğlu Morali, s. 123; İnceoğlu, Cilt II, s. 491; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 1/2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 183; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri II. Cild Özel Borç İlişkileri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 276; Yavuz/Acar/Özen, s. 589; Ural Çınar, Kira Bedeli, s. 371-372. Malik olmayan kiraya veren ile kiraya veren olmayan malikin aynı anda iade talep etmesi hâlinde borcun kime karşı yerine getirileceği de gündeme gelebilir. Bu hâlde sorunun TBK m. 568 (BK m. 470) uyarınca çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 562; Bayram, s. 146; Doğan, Adi Kira, s. 446; İnceoğlu, Cilt II, s. 495; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, 2002, s. 923; Aydın Zevkililer/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 318.

⁸ Ayanoğlu Morali, s. 121, dn. 31; Bayram, s. 148; İnceoğlu, Cilt II, s. 496.

nın⁹ kiraya verene yahut yetkilisine teslimi gerekmektedir¹⁰. Yargıtay, anahtarları teslim edilmediği müddetçe¹¹ kiralananın kullanımının kiracıda olduğunu ve kiraya veren kiralanda hâkimiyet sağlayamadığı için iade borcunun yerine getirilmediğini¹² kabul etmektedir¹³. Kiraya verenin anahtar teslimini kabul etmemesi hâlinde ise anahtarların notere yahut mahkemeye tevdi¹⁴ edilerek borcun yerine

⁹ Kiralananın birden fazla anahtarının olması hâlinde ise tüm anahtarların iade edilmesi gerektiği, aksi hâlde kiralanan maddi olarak teslim edilmiş olsa bile gereği gibi iadeden bahsedilemeyeceği ve hatta kiralananı girmeyi sağlayan kart, yapışkanlı etiket gibi tanıtıcı eşyaların da teslim edilmesinin icap ettiği yönünde bkz. Bayram, s. 141. Kiracının, fazla yaptırdığı anahtarları teslim etmek istememesi hâlinde bunları kullanılmaz hâle getirmesi gerektiği yönünde bkz. Karahasan, s. 923; Tandoğan, s. 184.

¹⁰ “Kiralananın tahliye edildiğinin (kiracının kiralananı iade borcunu yerine getirdiğinin) kabul edilebilmesi için, kiralananın fiilen boşaltılması yeterli değildir. Kiralananın anahtarlarının usulünce kiraya verene teslim edilmesi gerekir”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 24/05/2022 tarihli ve 2496/4921 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹¹ Kiralanda yapılan delil tespitinin anahtar teslim tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 05/03/2015 tarihli ve 6798/2277 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹² Verilen kararlarda mahkemeler kiralananın iade edildiğine ilişkin ispat yükünün kiracıda olduğuna hükmetmektedirler. “Kira sözleşmenin varlığını ispat külfeti kiraya verene ait, kira bedelinin ödenmediğini, mecurun usulünce tahliye edildiğini ispat külfeti kiracıya ait olup...” Tamamı için bkz. İstanbul BAM 35. Hukuk Dairesi’nin 16/11/2021 tarih ve 2071/2480 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11/09/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 23/05/2022 tarih ve 999/4905 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 30/12/2022).

¹³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 2022 tarihli bir kararında, henüz tahliye gerçekleşmeden açılan hor kullanma tazminatı talebi değerlendirilmiştir. Buna göre, konut ve çatlı işyeri kiralari bakımından hor kullanma tazminatı davasının şartlarından birinin tahliye olduğu ve bu nedenle tahliye gerçekleşmeden açılmış olan tazminat davasının kural olarak reddi gerekeceği belirtilmiştir. Fakat karara konu olayda, tazminat davası devam ederken tahliye davası sonuçlanmıştır. Bu hâlde artık tahliye tarihinin tespit edilmesi nedeniyle Yargıtay tazminat talebinin değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İlgili kararın tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 23/05/2022 tarih ve 999/4905 sayılı kararı. Benzer yönde bkz. “Davalı kiracının taşınmazı tahliye etmeyip halen kullandığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Davacının hor kullanma tazminatını isteyebilmesi için kiracı tarafından kiralananın tahliye edilmesi gerekir”. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 14/04/2015 tarih ve 1105/3676 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11/01/2023). Geri verme borcunun ancak sözleşme sona erdiğinde ortaya çıkacağı ve bu nedenle kira ilişkisi devam ederken hor kullanma tazminatının istenemeyeceği şeklindeki Yargıtay kararları ile aynı yönde bkz. Hasan Erdoğan, **Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 1459; Yılmaz, s. 97.

¹⁴ “Kural olarak anahtar teslim edilmediği sürece kiralananın kiracının kullanımında olduğunun kabulü gerekir. Kiralananın anahtarının usulüne uygun olarak kiraya verene teslim edilerek tahliye edildiği kiracı tarafından yazılı delillerle ispatlanmalıdır. Yasal anahtar teslimi bizzat anahtarı kiraya verene teslim etmek suretiyle veya notere ya da mahkemeye tevdi mahalli tayini suretiyle yapılır”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 30/11/2020 tarih ve 10233/7199 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022). “Kiralayan anahtarı almaktan kaçınırsa, kiracının yapması gereken, mahkemeden bu yolda tevdi mahalli tayinini isteyip, tayin edilecek yere anahtarı teslim etmek ve durumu kiralayana bildirmektir”. Tamamı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 28/01/2014 tarih ve 6201/983 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 21/01/2023).

getirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵. Öğretide, tahlilyenin sebebi icra takibine dayanmakta ise, kiracının anahtarı icra müdürlüğüne/memuruna tesliminin de iade anlamına geleceği ifade edilmektedir¹⁶.

Yargıtay'ın anahtar teslimine ilişkin noter yahut mahkemeye tevdi arayan bu sert tutumu, anahtar tesliminde senet ve diğer kesin delillerle ispat araması nedeniyledir¹⁷. Gerçekten de yüksek mahkeme, eski tarihli birtakım kararlarında anahtar teslimini hukuki işlem olarak nitelendirmiştir¹⁸. Yakın dönemde verdiği bir kararında¹⁹ da görüldüğü üzere Yargıtay, senetle ispat zorunluluğunu aramaya devam etmektedir. Yüksek mahkeme, anahtar tesliminin sözleşmenin feshine ilişkin hukuki sonuç doğurduğunu ve bunun ispatının, yıllık kira bedeli üzerinden senetle ispat kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Fakat bu durum öğretide eleştirilmektedir. Zira iade, esasen maddi bir fiildir, bunun başkaca delillerle de ispatının mümkün olması²⁰ ve tanıkla dahi ispat edilebilmesi gerekmektedir²¹.

¹⁵ Anahtarın notere veya tevdi edildiği mahale bırakıldığı hâllerde yahut iadeli taahhütlü mektupla gönderildiği durumlarda teslim tarihi, ilgili hususa ilişkin bilginin kiraya verene tebliğ edildiği tarihtir. Bkz. Bayram, s. 159. “Kiralayan anahtarı almaktan kaçınırsa, kiracının yapması gereken, mahkemeden bu yolda tevdi mahalli tayinini isteyip, tayin edilecek yere anahtarı teslim etmek ve durumu kiralayana bildirmektir. Kiracının kiralananı iade borcu, ancak bu şekilde, durumun kiralayana bildirildiği tarihte son bulur. Aksi takdirde, kiracının, kira parasını ödemek de dahil olmak üzere, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri devam eder”. Tamamı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 28/01/2014 tarih ve 6201/983 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 21/01/2023). “Kiralananın 11.06.2010 tarihinde tahliye edildiği halde, anahtarlarının teslim alınması için mahkemeye verilen tevdi mahalli kararı, davalıya 01.07.2010 tarihinde tebliğ edildiği anlaşıldığından, anahtar tesliminin bu tarihte gerçekleştiğinin kabulü gerekir”. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 11/07/2011 tarih ve 8425/7789 sayılı kararının tamamı için bkz. Yavuz, s. 526. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 22/01/2020 tarih ve 4694/490 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 556; Doğan, Adi Kira, s. 460; Karahasan, s. 924; İnceoğlu, Cilt II, s. 494. Aksi yöndeki kararlar için bkz. Yavuz, s. 509.

¹⁷ İnceoğlu, Cilt II, s. 497.

¹⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22/05/2002 tarih ve 4969/5996 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04/01/2023).

¹⁹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24/05/2022 tarih ve 2496/4921 sayılı kararı (Resmi Gazete, S. 31912, Erişim Tarihi: 03/08/2022).

²⁰ Örneğin, kira konusu taşınmazın boşaltılarak teslim edildiği ve hatta kiraya verenin emlakçı ile anlaşarak ilan aştığı ispat edilebiliyorsa bu hâlde artık anahtar teslimi olmadığı için iadenin gerçekleşmediğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bkz. Ural Çınar, Kira Bedeli, s. 379.

²¹ İnceoğlu, Cilt II, s. 496. Benzer yönde bkz. Burcu Sıraş, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 167; Yılmaz, s. 97. Aksi yönde bkz. Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 235. Bu yönde bkz. Mehmet Samet Kılıçcıoğlu, **Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 212. Kira parasının ödenmesinin dahi tanıkla ispatına olanak sağlayan Yargıtay'ın (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 11/03/1959 tarihli 23/20 sayılı), anahtar teslimi gibi fiili bir olgu bakımından hukuki işlem nitelmesi yapmasının yerinde olmadığına dair bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 553.

Yargıtay'ın, yukarıda anılan kabullerinin bir tezahürü olarak, anahtar teslimi sağlanmadığı müddetçe kira ilişkisinin devam ettiği²² anlamına gelen kararları da yine öğretilerde eleştirilmektedir. Buna göre, kira sözleşmesinin sona ermesi ile iade borcu farklı şeyler olup anahtarlar teslim edilmediği için sözleşmenin devam ettiği yönündeki kabul isabetli değildir²³. Kira konusu taşınmazın fiilen boşaltılması ve anahtarların örneğin kapıcıya teslim edilerek ilgili durumun kiraya verene bildirildiği hâllerde, anahtarın notere tevdi edilmesi beklenmemelidir²⁴. Zira önemli olan, kiraya verenin kiralanan üzerinde fiili hâkimiyete kavuşma imkanının sağlanmasıdır, yoksa buna bizzat kavuşmasının sağlanması değildir.

C. KİRALANANIN TESLİM ALINDIĞI HÂLİYLE GERİ VERİLMESİNİN İSTİSNALARI

Kiralananın kiraya verenden teslim alındığı hâliyle geri verilmesi genel kuraldır. Kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun şekilde kullanmalı²⁵, TBK m. 316 uyarınca özenle kullanma borcunu ihlal etmemeli²⁶ ve iade ederken de olağanı aşan kullanım sebebiyle ortaya çıkan hasarları gidermiş olmalıdır²⁷. Kanun'un ifadesiyle iade, kiralananın, ayıp ve eksiklik olmaksızın kiraya verene teslim edilmesidir²⁸.

²² “Anahtar teslim edilmedikçe kiralananın, kiracının kullanımında olduğunun kabulü gerekir. TBK'nın 324. maddesine göre kiralanan kullanıma elverişli bulunduğunda, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılabilir kiracının kira bedelini ödemekle yükümlüdür”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24/05/2022 tarihli ve 2496/4921 K. sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

²³ İnceoğlu, Cilt II, s. 496 vd. Bu yönde bkz. Makaracı Başak, s. 1927. Bu hususu dava yoluyla sona erme ve diğer sona erme hâlleri bakımından ayrı ayrı değerlendiren görüş için bkz. Sırataş, s. 165 vd.

²⁴ İnceoğlu, Cilt II, s. 498. Aksi yöndeki görüşe göre ise bu kimseler kiraya verenin yetkili temsilcisi olmadıkları için bunlara yapılacak teslim gerçek bir teslim yerine geçmeyecektir. Bkz. Sırataş, s. 165; Yılmaz, s. 97.

²⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 588.

²⁶ İnceoğlu, Cilt II, s. 506; Elif Hazinedaroğlu, *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi Borcu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022, s. 50. Sözleşmeden doğan özenle kullanım borcunun ifası bakımından sözleşme hükümleri yahut alışılmış kullanım şeklinin dikkate alınacağı hakkında bkz. Nihal Ural Çınar, “TBK m. 316 Çerçevesinde Genel Olarak Kiracının Özenle Kullanım ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (1), 2016 (TBK m. 316), s. 722.

²⁷ Kira sözleşmesinin devredilmesi hâlinde, iadenin; ilk kiracıya teslim anındaki duruma göre tespit edileceği, sonraki kiracının ise ilk kiracının halefi kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 507. Anılan nedenle kiralananındaki zararları tazmin yükümlülüğünün devralan kiracıya geçtiği yönünde bkz. Nalan Kahveci, “6098 Sayılı TBK. nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 713. Kiraya verenin aynı zamanda malik olduğu hâllerde yeni malikin eski malik/kiraya verenin halefi olacağı ve bu nedenle hor kullanmadan kaynaklanan zararı kiracıdan talep edebileceği yönünde bkz. Erdoğan, s. 1459. Yeni malikin, eski malik döneminde meydana gelmiş ayrıntılıklar bakımından dava açması için bu hakların eski malik tarafından açıkça kendisine devredilmiş olması gerektiği yönünde bkz. Yavuz, s. 516.

²⁸ Kiralananın iyi hâlde teslim edildiği düzenlemesini ihtiva eden eski Borçlar Kanunu'na (BK m. 266/3: “Kiracının kiralananı iyi bir halde teslim etmiş olduğu asıldır”) nazaran 6098 sayılı Türk Borçlar

Türk Borçlar Kanunu m. 334'ün ilk fıkrasının ikinci cümlesi, kiralananın teslim alındığı hâliyle iadesi bakımından istisna teşkil etmektedir. Buna göre kiracı, sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir²⁹. Zira bu eksilme ve bozulmaların karşılığı olarak kiracı, kira bedeli ödemektedir³⁰. Örneğin içinde eşyaları ile kiraya verilen bir konut bakımından eşyaların kirlenmesi yahut bir miktar eskimesi³¹, duvar boyasının rengini kaybetmesi³² veya demir doğramaların zamanla paslanması³³, kapı pencere gibi bütünleyici parçaların kullanıma bağlı olarak bir miktar performans kaybı yaşaması olağan yıpranma kapsamında kabul edilir³⁴. Fakat binek olarak kiralanan

Kanunu'nda bu hususta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Anılan nedenle kiralananın sözleşmenin başında hangi hâlde teslim edildiğini ispat kiraya verene, kiralananı teslim aldığı hâlde iade ettiğini ispat ise kiracıya düşmektedir. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 593, 594; Sırataş, s. 167.

²⁹ “*Davalının kiralananı kullandığı süre ve kullanma amacı gözetilmediğinde olağan kullanımdan kaynaklanan yıpranma ve eskimelerin olacağı kuşkusuzdur. O halde mahkemece alınacak bilirkişi raporu ile hor kullanım ve olağan kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasar ayırımı yapıldıktan sonra kullanım süresi ile orantılı olarak yıpranma payının hesap edilip alacaktan düşülmesi gerekir*”. Tamamı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22/02/2016 tarih ve 5366/1144 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 17/01/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 17/11/2014 tarih ve 10306/12518 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/03/2019 tarih ve 6723/2509 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 11/02/2020 tarih ve 5216/1092 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

³⁰ Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 237; İnceoğlu, Cilt II, s. 509; Tunçomağ, s. 276; Yavuz/Acar/Özen, s. 588; Yılmaz, s. 99.

³¹ İnceoğlu, Cilt II, s. 509; Ural Çınar, TBK m. 316, s. 725; Sırataş, s. 168.

³² Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 238; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 267; Karahasan, s. 926. *Aydoğdu/Kahveci*, olağan kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan kirlenmeden kiracının sorumlu olmadığını fakat taşınmaz teslim alınırken duvarlar badanalı ise bu durumda iade edilirken de badanalanması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira gerek TBK m. 334 gerek uygulamada var olan adetler ve gerekse temizlik ve bakım giderleri kapsamında bu husus kiracıya yüklenmiştir. Bkz. *Aydoğdu/Kahveci*, s. 554. Kiralananın boya ve badanalı olarak iade edileceğine yönelik kira sözleşmesi hükmünün TBK m. 334/2 uyarınca geçersiz olacağına ilişkin bkz. Kılıçoğlu, s. 210. Bu hususa ilişkin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından 18/12/2019 tarihinde verilmiş olan 5471/10231 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir: “*Mahkemece, olağan kullanıma dayalı boya badana imalatına ilişkin davacı talebi yönünden de davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davaya dayanak kira sözleşmesinde kiralananın tahliye sırasında boya ve badanasının yenileneceğine dair bir düzenleme bulunmadığına göre boya badana masrafının olağan kullanımdan kaynaklandığı, hor kullanma sonucu oluşmadığı gözetilerek, boya ve badana masrafına yönelik talebin reddi gerekirken, yazılı şekilde olağan kullanıma dayalı zarar miktarı da eklenmek suretiyle hesaplanan bilirkişi raporuna itibar edilerek olacağı hükmedilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir*”.

³³ Yavuz/Acar/Özen, s. 595.

³⁴ Bunlara karşılık kiracının kiralananı temizleyerek geri vermesi yahut temizlik masrafına katlanması gerekmektedir. Bkz. Bayram, s. 165; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Özel Hükümler), s. 400; Doğan, *Özel Hükümler*, s. 267; Doğan, *Adi Kira*, s. 451; Yavuz/Acar/Özen, s. 595. Yöresel adetler çerçevesinde hareket edilerek temizlik ve bakım yapılması gerektiğine dair bkz. *Aydoğdu/Kahveci*, s. 554; Karahasan, s. 926; Tandoğan, s. 185; Zevkliler/Gökyayla, s. 321.

aracın taşıma amacıyla kullanılması³⁵, konut olarak kiralandan yerin otel olarak işletilmesi gibi hâllerde artık sözleşmeye uygun kullanım mevcut değildir³⁶. Her bir kira sözleşmesi bakımından eksilme ve bozulma farklılaşabilir, önemli olan bunların o sözleşme bakımından olağan sayılıp sayılmayacağıdır³⁷. Olağan sayılabilecek eskime ve bozulmalar, kiralandanın kullanım süresi; niteliği³⁸, kullanım yeri gibi hususlara göre değişiklik gösterir³⁹. Bu sebeple sözleşmeye uygun kullanım, sözleşmenin yorumu ile anlaşılabilir⁴⁰. Anılan nedenlerle, araştırılması gereken husus kiracının kira sözleşmesiyle elde etmeyi amaçladığı menfaat yani kira sözleşmesiyle hedeflediği kullanım amacı⁴¹ ve bunlara karşılık ödediği kira bedeli arasındaki dengenin sağlanması, meydana gelen eskimelerin bu dengeyi bozmamasıdır.

Beklenmeyen hâl de geri verme borcuna istisna oluşturan hâllerden biridir⁴². Yangın⁴³, deprem, sel gibi mücbir sebep⁴⁴ hâlleri veya beklenmeyen hâl⁴⁵ kirala-

³⁵ Eren, s. 400.

³⁶ Ural Çınar, TBK m. 316, s. 722.

³⁷ İsviçre hukuk uygulamasında, halı ve duvar kâğıdı gibi unsurların olağan kullanımı ile alakalı tabelalar kullanıldığı, bunların aşınma oranlarının sözleşme başında belirlendiği hakkında bkz. Ural Çınar, Kira Bedeli, s. 376.

³⁸ Örneğin yan yana olan iki işyerinden birinin kafe diğeri fırın olması hâlinde, taşınmazlarda aynı süre zarfında meydana gelecek yıpranma birbirinden farklı olacaktır. Yahut müşterilere açık bir işyerinde meydana gelecek hasarların, konut olarak kullanılan bir taşınmazdan fazla olması da bu biçimdedir. Bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 510.

³⁹ Bu yönde bkz. Bayram, s. 166. Doğrudan kullanımla alakalı olmayan fakat zamana bağlı olarak ortaya çıkan yıpranmalar da kiracının sorumlu olmadığı olağan kullanımın bir şeklidir. Bkz. Kılıççoğlu, s. 207.

⁴⁰ Ural Çınar, TBK m. 316, s. 722; Yavuz/Acar/Özen, s. 593.

⁴¹ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt I*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014 (Cilt I), s. 363. İş hayatındaki dürüstlük kurallarının da işyeri kiraları bakımından kiralandanın kullanım amacının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Tuba Karaman, *Kiracının Sözleşmeye Uygun ve Özenle Kullanma Borcu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 30.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hazinedaroğlu, s. 55 vd.

⁴³ "O halde kiracının, önlenmesi kendisinin ihtiyarı dışında bulunan, düşünülmesi ve bu itibarla da karşı konulması için önlem alınması beklenemeyecek olan yangın nedeniyle sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu yangın davalı kiracının geri verme borcunu yerine getirmesini imkânsız hale sokmuştur". Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28/12/1979 tarih ve 10756/14765 sayılı kararı (Karar metninin tamamı için bkz. Karahasan, s. 932-935).

⁴⁴ Bilindiği gibi mücbir sebep, karşı konulması ve öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Esasen beklenmeyen hâl de mücbir sebep gibi tesadüfi bir olaydır. İki olgu arasındaki fark nicelik yönünden ortaya çıkmaktadır. Zira mücbir sebep, beklenmeyen hâlde göre çok daha yoğun biçimde tezahür etmektedir ve ayrıca varlığı, mutlak bir kaçınılmazlık yaratmaktadır. İlaveten mücbir sebep, sorumlu kimsenin işletme veya faaliyeti dışında meydana gelirken beklenmeyen hâl, işletme veya faaliyet içi bir olay olabilir. Yine mücbir sebep daima illiyet bağıını kesmekte iken beklenmeyen hâl bazı hâllerde tek başına illiyet bağıını kesmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 640-641.

⁴⁵ Komşunun evinde çıkan yangının, kiracının duvarlarını kirlenmesi (bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 554.), terör eylemi (bkz. Doğan, Özel Hükümler, s. 269), yıldırım düşmesi (bkz. Tunçomağ, s. 276) gibi hâller sonunda kiralandanın yok olması bu duruma örnek gösterilebilir.

nanın kısmen zarar görmesine veya tamamen yok olmasına neden olabilir⁴⁶. Bu durumda kiracının geri verme borcundan tamamen kurtulması yahut kiralananın teslim edildiği hâliyle iadesi yükümlülüğünün ortadan kalkması gündeme gelecektir⁴⁷.

Kiralananın teslim alındığı durumda geri verilmesine istisna oluşturan hâller bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer durum TBK m. 321'de⁴⁸ düzenlenmiştir. Kiralanana aldığı şekliyle kullanmayıp kiralanda değişiklik yahut yenilik yapmak isteyen kiracının, kiraya verenden⁴⁹ aldığı yazılı rıza, onun iade sırasında genel kuraldan ayrılmasını sağlar⁵⁰. Meğerki aksi, TBK m. 321/2 uyarınca taraflarca yazılı olarak kararlaştırılmış olsun⁵¹. Yani kiraya veren yenilik ve değişikliklere rıza gösterse dahi, kiralananın eski durumuyla geri verileceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde kiracı, kiralananı eski hâliyle iade etmelidir. Bu durum, kiralananın kiraya verenden teslim alındığı hâliyle geri verilmesine, yani yeniden genel kurala dönülmesine neden olur.

⁴⁶ Hazinedaroğlu, s. 55-56. Burada, "hasar malike aittir" kuralına kıyasen "hasar kiraya verene aittir" kuralının devreye gireceğine dair bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 554.

⁴⁷ Bayram, s. 142; Doğan, Özel Hükümler, s. 269; Erdoğan, s. 1459; Hazinedaroğlu, s. 56. Benzer yönde bkz. Aydınliyım, s. 115. Kira konusunun kiracının kusuru nedeniyle yok olması hâlinde kiracının iade yükümlülüğü ortadan kalkar ve yerini tazminat sorumluluğuna bırakır. Bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 490.

⁴⁸ Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, 2016, s. 106.

⁴⁹ Kiralananda, eski malikin yazılı rızası ile yenilik ve değişiklik yapılması hâlinde, yeni malik TBK m. 321/2 uyarınca eski hâle iade isteyemeyecektir. Zira eski malik tarafından verilen rıza, kiralananın devri yani kanuni sözleşme devri ile birlikte yeni maliki de bağlayacaktır. Eski malikin yenilik ve değişikliğe rızası olmamasına rağmen yapılan işlemler bakımından ise kiracı, yeni malike karşı eski hâle iade ile sorumludur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem Çevik, s. 229-230.

⁵⁰ "Taraflar arasında imzalanan 01/01//2013 başlangıç tarihli ve 15 yıl süreli kira sözleşmesinin varlığına ilişkin uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin 6. maddesinde; kiracının statüğe zarar vermeden her türlü değişiklik ve tadilat yapabileceği, kira süresi sonunda yaptığı tesis ve eklentileri mecuru zarar vermeden götürebileceği, söküp alınamayanlar için kiralayanın bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağı kararlaştırılmıştır. Bu düzenleme geçerli olup, tarafları bağlar. Somut olayda; dosyadaki bilgi ve belgelere, mahkeme kararındaki gerekçeye, yasal gerektirici nedenlere göre; dosyadaki mevcut inşaat mühendisi bilirkişinin 03/10/2019 tarihli ek raporuna göre yapının statik sistemine bir zarar verilmemiş olduğunun anlaşılmasına, yapılan tadilatların onaylı mimari proje dönüştürülmüş olduğunun anlaşılmasına göre, davacının eski hale getirme talebinin reddine yönelik istinaf istemi yerinde değildir". Tamamı için bkz. Samsun BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 03/03/2020 tarih ve 220/745 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 29/01/2023). Bu yönde bkz. Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 468; Ahmet Türkmen, "Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK m. 321)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (1), 2013, s. 246; K. Emre Gökyayla, "Kiralanda Kiracı Tarafından Yenilik ve Değişiklik Yapılması", *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (Ed.: Hulki Cihan/Tuççe Tuzcuoğlu), On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 190-191.

⁵¹ Kiracının yapacağı yenilik ve değişikliklere izin veren kiraya verenin aksi kararlaştırılmadığı sürece eski hâle iade talep edememesinin çelişkili davranma yasağının bir görünümü olduğu yönünde bkz. İnceoğlu, Cilt I, s. 479.

II. KİRAYA VERENİN GÖZDEN GEÇİRME VE BİLDİRİM KÜLFETLERİNİ DÜZENLEYEN TBK. m. 335'e GENEL BİR BAKIŞ

Türk Borçlar Kanunu m. 335'in karşılığı mehz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 267a'da yer almaktadır. Hükümün, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) ise karşılığı bulunmamaktadır⁵². “*Kiralananın gözden geçirilmesi ve kiracıya bildirim*” kenar başlığını taşıyan düzenleme şöyledir: “*Kiraya veren, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirim yapılmazsa, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, teslim alma sırasında olağan incelemeyle belirlenemeyecek olan eksikliklerin ve ayıpların varlığı hâlinde, kiracının sorumluluğu devam eder. Kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır*”.

Hüküm, ispat kolaylığı sağlamayı ve husumetlerin daha kolay biçimde çözülmesini amaçlamaktadır⁵³. Düzenlemede yer alan, kiraya verenin gözden geçirme ve bildirim şeklindeki davranışları ise birer külfet niteliğindedir⁵⁴. Kiraya veren bunları yerine getirmedeği⁵⁵ takdirde kiracıdan tazminat talep etme hakkını kaybedecektir⁵⁶.

⁵² Mehmet Akcaal/Alper Uyumaz, “Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2013, s. 321; Nevzat Koç, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2014, s. 21. Her ne kadar Kanun'da yer almasa da ilgili dönemde doktrindeki bazı yazarların gözden geçirme ve bildirim hususundaki görüşleri için bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 563 vd.; Doğan, Adi Kira, s. 465 vd.; Tandoğan, s. 186 vd.

⁵³ Makaracı Başak, s. 1934. “... Madde ile, kiracının kiralananı geri verme borcunu gereği gibi ifası konusunda kiraya verenin sonradan ortaya çıkarabileceği çekişmelerin önlenmesi amaçlanmıştır”. TBK m. 335'in gerekçesi için bkz. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-335>.

⁵⁴ Eren, s. 402; İnceoğlu, Cilt II, s. 517; Kılıçoğlu, s. 268; Yavuz/Acar/Özen, s. 596. “TBK 335 hükmünde kiraya verenin gözden geçirme ve bildirim zorunluluğu, satımda olduğu gibi tazminat doğuran gerçek anlamda “borç” değil, “külfet” (Obliegenheit) niteliğindedir”. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 563-564. Doktrinde bir görüşe göre, her ne kadar TBK m. 335; “Kiraya veren... kiralananın durumunu gözden geçirmek ve... ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.” ve “Kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.” ifadelerine yer vermemekteyse de gözden geçirme ve bildirim birer borç değil yüküdür. Bu görüş külfet yerine aynı anlamda olmak üzere yük kavramını kullanmaktadır. Bkz. Bayram, s. 158. “Kiralananın gözden geçirilmesi ile kiracının sorumlu olduğu ayıpların kiracıya bildirilmesi borcu” olarak niteleyen görüş için bkz. Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 387.

⁵⁵ TBK m. 335'in gerekçesi, “Tasarının tek fıkradan oluşan 334üncü maddesinde, kiralananın geri verilmesi sırasında, kiraya verenin kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirimde bulunma yükü düzenlenmektedir... Kiraya veren, kiralananı teslim aldığı anda kiralananın durumunu gözden geçirecek; kiracının sorumluluğuna yol açacak nitelikte bir eksikliğin ve aybın varlığı halinde, bunu hemen, kiracıya yazılı olarak bildirecektir. Bu bildirim yapılmaması, kiracıyı her türlü sorumluluktan kurtaracaktır...” ifadelerine yer vermektedir. Gerekçede, bildirim yükü yerine getirilmediği takdirde kiracının sorumluluktan kurtulması sonucuna işaret edilerek kiraya verenin haklarını kaybedeceğine, yani külfet niteliğine vurgu yapıldığı yönünde bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 564

⁵⁶ Külfet, kendisine kanunca yüklenen davranışı yerine getirmeyen kişinin birtakım haklarını kaybetmesi anlamına gelmektedir. Bu hâlde kişi, faydasına olan birtakım hukuki sonuçları elde edemeyecek;

Düzenlemede göze çarpan ilk husus kiralananın teslim alındığı hâliyle geri verilmemesi durumunun nitelenme biçimidir. Kanun koyucu kiralananın uygun biçimde iade edilmemesi hâlini, kiralanda *ayıp ve eksik* bulunması şeklinde ifade etmiştir⁵⁷. Hükümde kullanılan ayıp terimi teknik⁵⁸ anlamından ziyade, olağan kullanımın aşılması sebebiyle kiralanda ortaya çıkan bozulmalara işaret etmektedir⁵⁹. Yoksa sözü edilen ifade, kiracının kiraya verene karşı ayıba karşı tekeffül borcu bulunduğu anlamına gelmemektedir⁶⁰. Yahut anılan düzenlemede kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedilmemektedir⁶¹. Bu sebeple esasen kanun koyucunun ayıp ifadesini tercih etmesi eleştirilebilir. Zira ayıp, hem Kanun'da yer alan diğer sözleşmeler hem de özelde kira sözleşmesi bakımından daha teknik bir kavramdır. Yargıtay kararlarında⁶² da ayıp kavramı yukarıda bahsedildiği gibi anlaşılmış ve ortaya çıktığı iddia edilen ayıpların olağan kullanımdan mı yoksa kiracının uygunsuz kullanımından mı kaynaklandığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Benzer şekilde hükümde kullanılan eksiklik ifadesi de eleştirilmektedir⁶³. Zira eksiklik, kısmi teslim ile karıştırılabilecek türden bir kavramdır. Kısmi teslim ise özünde kiralananın geri verilmesi borcunun ifa edilmemesi anlamına gelmektedir⁶⁴.

davranışının sonucuna kendisi katlanacaktır. Öğretideki bu görüşe göre külfet ve yüküm aynı anlamdadır. Bkz. O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 67-68. Öğretideki bir başka görüş ise külfet ve ödevi aynı mânâda kullanmıştır. Buna göre, ödevi yani külfete aykırı davranmak yalnızca ödevli kimse bakımından avantaj kaybına yol açacaktır. Bu görüş uyarınca yüküm ve külfet farklı şeylerdir. Zira yüküm, uyulması gereken borçtur. Külfet ise "yükümden eksik bir davranış buyruğudur". Bkz. Rona Serozan, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 145.

⁵⁷ Mehaz İBK m. 267a'da yalnızca "ayıp" ifadesi yer almaktadır. Bkz. "Bei der Rückgabe muss der Vermieter den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem sofort melden". https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en#art_267_a.

⁵⁸ Kiralananda teknik mânâsı ile ayıp bulunması, kiralananın kullanımını etkileyen eksiklik ve bozulukların mevcut olması ve kiraya verenin kiracıya bildirdiği niteliklerin kiralanda yer almamasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat İnceoğlu, "Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 53 vd. Ayıp ihbarı ifadesine yer vererek ayıbı "teknik" mânâsına yakın biçimde kullanan karar için bkz. Bursa BAM 4. Hukuk Dairesi'nin 02/11/2020 tarih ve 1617/1227 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

⁵⁹ İnceoğlu, Cilt II, s. 519.

⁶⁰ Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 242; Yavuz/Acar/Özen, s. 596.

⁶¹ İnceoğlu, Cilt II, s. 519.

⁶² Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22/02/2016 tarih ve 5366/1144 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 17/01/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 17/11/2014 tarih ve 10306/12518 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/03/2019 tarih ve 6723/2509 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 11/02/2020 tarih ve 5216/1092 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

⁶³ Bayram, s. 160, dn. 139.

⁶⁴ Kiralanan tüm eklentileri ve bütünleyici parçaları ile teslim edilmek zorundadır. Bkz. Aydınliym, s. 116; Eren, s. 400; Doğan, Özel Hükümler, s. 267; Hazinedaroğlu, s. 49; Yavuz, s. 510. İlaveten, taraf-

Türk Borçlar Kanunu m. 335'in nispi emredici olması nedeniyle⁶⁵ taraflar, yaptıkları sözleşmeyle kiraya verenin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini hafifletemezler. Emsal olarak, kiraya verenin gözden geçirme külfetini iadede çok uzun bir süre sonra gerçekleştirmesine olanak tanıyan bir düzenleme bu sebeple geçersizdir. Yahut kiracı bakımından çok daha ağır sonuçlar doğuracak biçimde, örneğin kiraya verenin külfetlerini tamamen ortadan kaldıran bir sözleşmesel düzenleme de aynı şekilde hüküm ifade etmemektedir⁶⁶.

Kiralananın TBK m. 334'te düzenlendiği şekli ile iade edilmemesi hâlinde kiraya verenin tazmin talebi gündeme gelebilir. Bu talep, nakden tazmin yani uygulamadaki adıyla hor kullanma tazminatı yahut eski hâle iade biçiminde zühur edebilir⁶⁷. Hor kullanma tazminatı talebi bakımından genel şartlar, geri verme borcuna aykırılık yani kiralananın gereği gibi iade edilmemesi⁶⁸ ile kiracının kusuru, kiraya verenin zararının⁶⁹ doğması ve bahse konu zararlar kiracının fiili arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁷⁰. Bu tazminat talebi için yerine getirilmesi gerekli özel şartlar ise gözden geçirme ve bildirimdir⁷¹.

Geri verme borcuna aykırılık, kiralananın eski hâle iadesi yahut tazminat talebi için ortak şart⁷² olsa da eski hâle iade bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği noktasında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Savunulan bir fikre göre⁷³, kiraya veren; eski hâle iade talep edebilmek için kural olarak m. 335'te yer alan külfetleri yerine getirmek zorundadır. Bazı yazarlar⁷⁴ ise bahse konu külfetler yönünden daha ayrıntılı bir inceleme yapmış ve kiralananın eski durumu ile iadesi bakımından taraflarca

ların, bölünmez nitelikteki birden fazla kira sözleşmesi imzalamaları hâlinde geri verme borcu tüm kira sözleşmeleri için birlikte ifa edilmelidir. Örneğin, konut ve park yeri için akdedilmiş iki kira sözleşmesine dair iade borcu bakımından kiracı, iki sözleşme nedeniyle teslim aldığı tüm eşyaları iade etmelidir. Bkz. Bayram, s. 140.

⁶⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 563; Bayram, s. 136-137; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 242; İnceoğlu, Cilt II, s. 517; Yavuz/Acar/Özen, s. 596.

⁶⁶ İnceoğlu, Cilt II, s. 517.

⁶⁷ Yılmaz, s. 97.

⁶⁸ Hazinedaroğlu, s. 89; Elif Köküarı, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 192; Yılmaz, s. 97.

⁶⁹ Tazminatın istenebilmesi için onarımın tamamlanmasının gerekli olmadığı, müstakbel masrafların talep edilebileceği yönünde bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 523.

⁷⁰ İnceoğlu, Cilt II, s. 514; Hicret Doğu, *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi*, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022, s. 101.

⁷¹ Doğu, s. 102.

⁷² Yılmaz, s. 97.

⁷³ Doğan, Özel Hükümler, s. 271-272; Gökyayla, s. 200-201; Hazinedaroğlu, s. 68; İnceoğlu, Cilt II, s. 519; Türkmen, s. 238. 818 sayılı Kanun dönemindeki durum için bkz. Doğan, Adi Kira, s. 452 vd.

⁷⁴ Köküarı, s. 187-188; İlker Öztaş, *Kiralanda Yenilik ve Değişiklik Yapılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 179 vd.

bir anlaşma yapıp yapılmadığı ihtimallerini değerlendirmişlerdir. Bu yazarlara göre, bir anlaşmanın varlığı hâlinde bildirim yapılmasına gerek yoktur zira kiracı bu hâlde artık ilgili yükümlülükten haberdardır⁷⁵. Bu biçimde bir anlaşmanın mevcut olmadığı hâllerde ise TBK m. 335 doğrudan uygulanmalı, kiraya veren de hükmün öngördüğü şekilde hareket etmelidir⁷⁶. Aksi yöndeki düşünceye⁷⁷ göre ise gözden geçirme ve bildirim kùlfetleri, m. 334'te düzenlenmiş olan geri verme borcunun ihlali hâlinde gündeme gelmektedir. TBK m. 321/2 uyarınca gündeme gelebilecek olan eski hâle iade talebi için bu kùlfetlerin yerine getirilmesi ve TBK m. 335'in kıyasen uygulanması beklenmemelidir⁷⁸. Kanaatimce de eski hâle iade bakımından taraflarca bir anlaşma yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu hususta yapılmış bir anlaşma mevcutsa kiracıya ayrıca bir bildirim yapılmasına ihtiyaç yoktur ve fakat herhangi bir anlaşmanın bulunmadığı hâllerde TBK m. 335 doğrudan uygulanmalıdır.

III. KIRAYA VERENİN GÖZDEN GEÇİRME KÜLFETİ

A. GÖZDEN GEÇİRME FAALİYETİNİN YÜRÜTÜLMESİ

Gözden geçirme faaliyetinin yürütülmesi bakımından kanun koyucu “*olağan inceleme ile belirlenebilecek olma*” kriterinden hareket etmektedir⁷⁹. Buna göre olağan bir inceleme ile belirlenebilecek olan ayıp ve eksiklikler yani gözden geçirme faaliyeti sırasında anlaşılabilir *hasarlar* bakımından ayrı, bu faaliyet icra edilirken fark edilemeyecek hasarlar bakımından ayrı bir süreç işleyecektir.

Öğretideki bir görüşe⁸⁰ göre “gözden geçirme”, “teknik anlamıyla gözden geçirme” kavramı ile “teknik anlamıyla olağan inceleme” kavramları arasındaki bir araştırmayı ifade etmektedir. Bu anlamda, kiralanan örneğin bir taşınır ise bariz bir hasarının olup olmadığının incelenmesi yeterlidir. Gelgelelim somut olayın özelliklerine göre yalnızca dış görünüşün incelenmesinin yeterli gelmeyeceği durumlar olabilir. Örneğin taşınırın elektronik bir eşya, bir makine olması hâlinde çalıştırılması gerektiği söylenebilir. Yine de kiraya verenden ilgili taşınırın tüm fonksiyonlarını icra edip etmediğini kontrol etmesi beklenmemelidir. Bunun-

⁷⁵ Öztaş, s. 179; Köküarı, s. 187-188.

⁷⁶ Öztaş, s. 223; Köküarı, s. 187-188. Sözleşmenin devamı sırasında yenilik ve değişiklik yapıldığını fark ederek kiracı TBK m. 316 uyarınca ihtar eden kiraya verenin bu bildirimini, sözleşmenin sona ermesi hâlinde TBK m. 335 bağlamında yazılı bildirim yapma zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır. İlgili görüş için bkz. Öztaş, s. 223. Benzer yönde bkz. Gökyayla, s. 201.

⁷⁷ Acar, s. 472.

⁷⁸ Acar, s. 472, 473.

⁷⁹ Kanun koyucunun aynı eylem için iki farklı kavram kullandığı hakkında bkz. Gümüş, Özel Hükümler, s. 267.

⁸⁰ Gümüş, Özel Hükümler, s. 267.

la birlikte kiralananın kiracıya teslim edildiği zamandaki performansı gösterip göstermediğinin kontrolüne de gerek yoktur⁸¹. Kiralananın bir konut yahut işyeri olması hâlinde ise en azından tüm odalarının, bölümlerinin kontrol edilmesi⁸² ve göze çarpan bir eksiklik ya da ayıbın olup olmadığının tetkik edilmesi gerekmektedir. Konut ve işyeri kirasına bazı hâllerde beyaz eşya gibi demirbaşlar da dahil olmaktadır. Bu hâlde de kiraya verenin taşınmazı genel olarak incelemesi yeterli olup klima, elektrikli ev aletleri gibi eşyaları tek tek kontrol etmesi kendisinden beklenmemektedir⁸³.

Kiraya verenin gözden geçirme sırasında göstermesi gereken özen, satış sözleşmesinde alıcının muayene sırasında göstermesi gereken özene oranla daha hafif değerlendirilmelidir⁸⁴. Kiraya verenin yüksek derecede dikkat ve özen göstermesi, ayrıntılı bir inceleme yapması kendisinden beklenmemelidir⁸⁵. Önemli olan, dürüstlük kuralına uygun hareket eden bir kimsenin yapacağı şekilde kira konusunun incelenmesi ve göze çarpan hasarların bildirimine konu edilmesidir⁸⁶. Kiraya verenin gözle yaptığı incelemenin yeterli olacağı söylenebilir⁸⁷, ayrıntılı bir “muayeneye” gerek yoktur⁸⁸. Denebilir ki kiralananın gözden geçirilmesi, onun *alêlâde bir şekilde tetkik edilmesi* anlamına gelmektedir.

Kiraya verenin bu külfeti bizzat yerine getirmesine lüzum yoktur⁸⁹. Bazı hâllerde gözden geçirme işi mahkemeden delil tespiti talep etme biçiminde icra edilmektedir⁹⁰. Böylece hem hasarın boyutu tespit edilmekte hem de ispat kolaylığı sağlanmaktadır.

⁸¹ Doğu, s. 103.

⁸² Doğu, s. 104.

⁸³ İnceoğlu, Cilt II, s. 519.

⁸⁴ Aydoğdu/Kahveci, s. 564-565; Bayram, s. 160; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 243; İnceoğlu, Cilt II, s. 518-519.

⁸⁵ Bayram, s. 160; Köküsarı, s. 197-198.

⁸⁶ Bayram, s. 160.

⁸⁷ Bayram, s. 160; Doğan, Özel Hükümler, s. 272; Doğu, s. 103; İnceoğlu, Cilt II, s. 519.

⁸⁸ Aydoğdu/Kahveci, s. 563.

⁸⁹ Bayram, s. 160; Hazinedaroğlu, s. 78-79; İnceoğlu, Cilt II, s. 518; Köküsarı, s. 198; Zevkililer/Gökayla, s. 320. Gözden geçirmenin bizzat kiraya veren tarafından tatbik edilmesi gerektiği yönünde bkz. Doğan, Adi Kira, s. 465; Doğan, Özel Hükümler, s. 271. *Yavuz*, kural olarak gözden geçirmenin kiraya veren tarafından yerine getirileceği fakat tarafların sözleşmeye hüküm koyarak bağımsız üçüncü bir kişiyi yetkilendirebileceği kanaatindedir. Lâkin sözleşmede yer almasa bile gözden geçirme için bilgisinin yetersiz olması hâlinde kiraya verenin tek taraflı olarak da üçüncü bir kimseye başvurabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. *Yavuz*, s. 531.

⁹⁰ “Gözden geçirmeye birlikte kiraya veren sözleşmeye aykırı davranıldığını ihtirazî kayıtla ortaya koyabileceği gibi mahkeme eliyle gerçekleştirilecek bir tespitle de hor kullanma durumunu ispat yönünde delil elde edebilir”. Tamamı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 31/05/2022 tarih ve 361/787 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 13/03/2023).

Kanun koyucu, gözden geçirme külfeti icra edilirken olağan bir inceleme ile fark edilmeyecek olan hasarlar, yani gizli ayıplar⁹¹ bakımından kiracının sorumluluğunun devam edeceğini ve bunlar saptanın saptanmaz kiracıya bildirim yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Öğretideki bir görüşe göre bu hâlde gizli ayıplar bakımından artık kiraya verenin gözden geçirme külfeti bulunmamaktadır⁹².

B. GÖZDEN GEÇİRME ZAMANI

1. Öğretide İleri Sürülen Fikirler

Türk Borçlar Kanunu m. 335'te açıkça ifade edildiği üzere gözden geçirme külfeti geri verme sırasında yerine getirilmelidir. Kanun'un "geri verme sırasında" şeklindeki ifadesinden anlaşılması gereken, kiralananın iadesi sonrasında zaman kaybetmeksizin gözden geçirilmesidir⁹³. Zira kiralanda bulunan ve kiracıya bildirilmesi icap eden her türlü aykırı kullanımın bir an evvel tespiti önem arz etmektedir. Böylece ortaya çıkan hasarların kiralananın iadesi öncesinde mi yoksa sonrasında mı ortaya çıktığı, yani zarardan kimin sorumlu olduğu net bir biçimde saptanabilecektir⁹⁴.

Öğretide gözden geçirme külfetinin kaç gün içerisinde yerine getirilmesi gerektiğine dair çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kural olarak "hemen" kavramını hâkim takdir edecekse de bundan anlaşılması gerekenin iki ya da üç gün olduğunu ileri süren yazarlar⁹⁵ olduğu gibi; gözden geçirme ve bildirim süresi bakımından, satış sözleşmesindeki ayıp ihbarına ilişkin sürelerin uygulanması gerektiğini ifade edenler⁹⁶ de bulunmaktadır. Herhangi bir süre tayininin mümkün olmadığı, somut olayın özelliklerine göre bir belirleme yapılması gerektiği de ileri sürülen görüşler arasındadır⁹⁷. Esasen gözden geçirmenin kaç gün içerisinde icra edilmesi gerektiğine dair ortalama bir süre belirten bazı yazarlar dahi somut olay nezdinde bahse konu sürenin daha fazla olabileceğini ifade etmektedirler⁹⁸.

Kanaatimce gözden geçirme süresini kendi içinde iki kısma ayırarak incelemek hem doktrin hem de Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin (BAM) ko-

⁹¹ Bu çalışmada "gizli ayıp" ifadesi teknik anlamıyla değil, olağan bir inceleme sırasında anlaşılabilen hasarları nitelenecek için *fark edilememiş hasar* anlamında kullanılmıştır.

⁹² Gümüş, Özel Hükümler, s. 267; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244.

⁹³ Doğan, Özel Hükümler, s. 272; İnceoğlu, Cilt II, s. 517.

⁹⁴ Doğan, Adi Kira, s. 466; İnceoğlu, Cilt II, s. 517.

⁹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 596-597.

⁹⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 564.

⁹⁷ İnceoğlu, Cilt II, s. 518. Gözden geçirme süresi bakımından "hemen" kavramının, dürüstlük kuralına göre makul bir sürede gerçekleştirilme olduğu yönünde bkz. Doğan, Özel Hükümler, s. 272; Kılıçoğlu, s. 268. Benzer yönde bkz. Hazinedaroğlu, s. 79; Köküsarı, s. 197.

⁹⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 597.

nuya bakışının anlaşılması bakımından kolaylık sağlayacaktır. Buna göre ilk kısım, kiralananın teslimi sonrasında, teslim ile inceleme faaliyetine başlanması arasındaki zaman dilimidir. İkinci kısım ise inceleme faaliyetinin tamamlanma süresidir.

Gözden geçirme süresinin ilk kısmı olan teslim ile inceleme faaliyetine başlanması arasındaki zaman dilimi yönünden genel kural, kiralananın teslim alınır alınmaz derhâl incelenmesidir. Ne var ki bazı hâllerde kiralananın teslim edilmiş olsa da kiraya verenin onu incelemesi teslim anında mümkün olmamaktadır. Zira, kiraya verenin ya da yakınının hastalığı, kiraya verenin ilgili döneme denk gelen özel veya resmi görevleri yahut tutuklu olması⁹⁹ gibi hâller onun bu incelemeyi yapmasına engel teşkil edebilir. Bu durumda teslimden sonra gözden geçirme külfetinin süresinde yerine getirilmediği söylenemez. Yahut kiraya verenin yurt dışında yaşaması ve birkaç hafta sonra Türkiye'ye gelerek gözden geçirme külfetini yerine getirmesi hâlinde de gecikmeden bahsedilemez¹⁰⁰. Hatta kanaatimce, bu külfetin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi imkânının olmadığı bir durumda, kiraya verenin Türkiye içerisinde başka bir şehirde yaşaması dahi, gözden geçirmenin birkaç haftalık süreden sonra yapılmasını haklı kılacak bir neden teşkil edebilir. Tabi ki bu gibi hâllerin tümü bakımından dikkat edilmesi gereken husus, bahse konu durumların ilgili incelemeyi yapmayı gerçekten engelleyici nitelikte olmalarıdır.

Gözden geçirme süresinin ikinci kısmı olan inceleme faaliyetinin süresi de yine münferit olaylar bakımından farklılık gösterebilir. Örneğin, beş katlı binanın tek bir kiracıya kiralandığı durumda eşyanın büyüklüğü sebebiyle bahse konu gözden geçirme işlemi vakit alabilir. Yahut bazı hâllerde teknik birtakım sebeplerle kiraya veren mahkeme kanalıyla bir tespit yaptırmayı tercih edebilir ki bu hâlde raporun hazırlanma süresi yine vakit almaktadır.

Anılan nedenlerle kanaatimce gözden geçirme için genelgeçer bir sürenin belirlenmesi mümkün değildir. Kaldı ki sözü edilen hükümde de kiralananın gözden geçirilmesi külfetine bir süre bağlanmamıştır. İlaveten, yukarıda da ifade edildiği üzere, kiraya verenin gözden geçirme külfeti, Kanun'da teknik anlamı ile ayıp ve bunun bildirimini düzenleyen hükümlere kıyasla daha hafif tayin edilmiştir. Bu yüzden bu külfetin yerine getirilmesi somut olay ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli¹⁰¹ ve eğer durum haklı gösteriyorsa kiraya verene esneklik tanınmalıdır. Anılan sebeple, kiraya verenin teslim alma sırasında herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmemesine, kira konusunun tam ve sağlam alındığı şeklinde sonuç bağlayan fikre¹⁰² katılmak da ayrıca mümkün değildir. Zira teslim alma işlemi sırasında, bir süreç gerektiren gözden geçirme külfeti tatbik

⁹⁹ Zeytinoğlu, s. 139.

¹⁰⁰ İnceoğlu, Cilt II, s. 518.

¹⁰¹ Doğan, Özel Hükümler, s. 272; Kılıçoğlu, s. 268.

¹⁰² Yılmaz, s. 97.

edilemeyebilir. Kiraya veren “*ayıpsız ve eksiksiz teslim aldım*” gibi bir beyanda bulunmadığı sürece kiraya verenin ihtirazi kayıt ileri sürmemesine anılan şekilde mânâ yüklemek yerinde değildir.

Kanun’un, gözden geçirme için kiraya verenin hızlı hareket etmesi gerektiği yönündeki düzenlemesinin bir yönü kiralanda bulunan ayıp ve eksikliğin hangi anda ortaya çıktığının saptanması iken diğer bir yönü ise kiracının uzunca bir süre bu sorumluluk altında kalmasının önlenmesidir. Bu nedenle gözden geçirme bakımından kiraya verenin dürüstlük kuralı uyarınca fırsatını bulduğu ilk anda harekete geçmesi gerekli ise de bu hususta esas kriter ve genel kural, iadeden sonra vakit geçirmeksizin gözden geçirmedir¹⁰³. Bahse konu gerekçeyle, kiraya verenin yukarıda anılan türden ileri sürdüğü mazeretlerinin genel kuraldan sapılmasını haklı gösterecek nitelikte olması ve bu mazeretlerin gerçekten de gözden geçirme külfetinin kendisi yahut bir başkası tarafından yapılmasına engel teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca ilgili husus kiracının durumunu da ağırlaştırmamalıdır.

2. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay’ın Uygulaması

Bugüne değin verdiği kararlarda yüksek mahkemeler, gözden geçirme ve bildirimini çoğunlukla kümülatif olarak incelemiş ve bu iki külfetin toplam süresinin uygunluğunu değerlendirmiştir¹⁰⁴. Bu külfetlere ilişkin sürelerin ayrıldığı kararlar ise sınırlı sayıdadır. Bunlardan ilki “*Kiralananana ait anahtarlar 30.09.2011 tarihinde teslim edilerek, kiralanan kiraya verene iade edilmiştir. Kiraya veren hor kullanma bedelinin tespiti için 18.11.2011 tarihinde mahkemeye başvurmuş, 21.11.2011 tarihinde de tespit yapılmıştır. Kiralananın tahliye tarihinden sonra makul süre içinde tespit yaptırıldığıнын kabulü gerekir*” şeklinde hüküm kurulan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’ne ait bir karardır¹⁰⁵. Yüksek mahkeme sürenin uygunluğunu tayin ederken hangi kriterlerden hareket ettiğine dair bir açıklama yapmamışsa da somut olay nezdinde bir değerlendirme yapmış olduğu karardan anlaşılmaktadır. Ne var ki gözden geçirme külfeti için esasen uzun sayılabilecek yaklaşık iki aylık sürenin makul sayılma gerekçesi hükümde yer almamaktadır¹⁰⁶.

¹⁰³ Inceoğlu, Cilt II, s. 517.

¹⁰⁴ Süreleri kümülatif olarak inceleyen bir BAM kararı için bkz. Bursa BAM 4. Hukuk Dairesi’nin 02/11/2020 tarih ve 1617/1227 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023). “*TBK’nun 335. maddesi koşullarının oluşabilmesi için kiralananın yasal tesliminin gerçekleştiği tarihin ve kiraya veren tarafından, kiracıya, taşınmazda hor kullanmadan kaynaklı yıpranma ve eski hale getirilmesi gereken tadilatlar olduğunun ne zaman bildirildiğinin bilinmesi esastır*”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 16/01/2018 tarih ve 14749/181 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 13/01/2023).

¹⁰⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 30/11/2015 tarih ve 512/10571 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹⁰⁶ Benzer şekilde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 22/01/2020 tarih ve 4694/490 sayılı kararında (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022), “*Davacı kiracının davalı kiraya verene göndermiş olduğu, kiralananana ait anahtarların Noterlikten temin edilebileceğine ilişkin ihtarin 02/10/2014 ta-*

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi bir başka kararında¹⁰⁷, tahliye tarihi ile gözden geçirme arasındaki süreyi net olarak tespit etmeyen yerel mahkeme ilamını bozmuş ve kiraya verenin bildirim yapma külfetinin değerlendirilebilmesi için tahliye ile zarar tespiti yapılan tarih arasındaki sürenin açık biçimde belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁸. Başkaca bir ilamında¹⁰⁹ ise kira sözleşmesine konu aracın iadesinden yaklaşık üç buçuk ay sonra (mahkemece delil tespiti yapılarak) gerçekleştirilen gözden geçirme faaliyetinin süresinde olmadığına karar vermiştir. Ankara BAM 15. Hukuk Dairesi¹¹⁰, taşınmazın iadesinden altı gün sonra mahkeme aracılığıyla tespit yaptırılarak yerine getirilen gözden geçirme külfetinin makul sürede olduğuna hükmetmiş; İstanbul BAM 35. Hukuk Dairesi¹¹¹ ise kiralananın iadesinden yaklaşık üç buçuk ay sonra yerine getirilen gözden geçirme külfetinin süresinde olmadığını belirtmiştir.

rihinde davalıya tebliğ edildiği, davalının ise anahtarları 21/10/2014 tarihinde teslim alarak kiralananı gözden geçirdiği... Bu durumda; davalı kiraya verenin, kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirme yükümlülüğünü makul sürede yerine getirdiği sabit olup, sözleşme maddeleri de dikkate alındığında, 14/11/2014 tarihli ihtarnameye konu kiralananın eski hale getirilmesi için gerekli tazminat kiracı sorumludur. Hal böyle olunca, mahkemece; davalı kiraya verenin, davacı kiracıdan kiralananın eski hale getirilmesine ilişkin tazminat isteminde bulunabileceği nazara alınarak, dosyanın bilirkişiye tevdi ile, kiralananın sözleşmede belirtildiği üzere eski hale getirilmesi için yapılması gereken masraflar ile bu işlemler için gereken süre belirlenip hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, kiralananın teslim edilmeden önceki tarihlere ait elektronik posta yazışmalarının dikkate alınarak yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde hüküm kurulmuştur. Yargıtay, sürenin uzunluğunu ve gerekçelerini tartışmaksızın kiraya verenin gözden geçirme külfetini makul sürede yerine getirdiğine hükmetmiş, on dokuz gün sonra gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesini olağan karşılamıştır. Kiraya verenin neden on dokuz gün beklediği kararda tartışılmamıştır.

¹⁰⁷ “Mahkemece TBK 335. maddesi hükmüne dayanılarak davacının, davalıya gerekli bildirimleri yapmadığı ve taşınmazın teslimi sırasında herhangi bir eksikliğin tespit edilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, davacının taşınmazın tahliyesinden ne kadar süre sonra tespit yaptırdığı üzerinde durulmamıştır. Bu durumda davacının kiralananı tahliye tarihinin tespiti ile tahliyeden ne kadar süre sonra tespit yaptırdığı üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir” Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 03/11/2015 tarih ve 12389/9340 sayılı kararı (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/11/2022).

¹⁰⁸ Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 03/11/2015 tarih ve 12389/9340 sayılı kararı (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/11/2022); İstanbul BAM 36. Hukuk Dairesi’nin 03/06/2020 tarih ve 639/766 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 17/01/2023).

¹⁰⁹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 26/12/2016 tarih ve 11069/7827 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹¹⁰ Ankara BAM 15. Hukuk Dairesi’nin 05/04/2017 tarih ve 284/418 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023).

¹¹¹ “TBK 335. maddesine göre kiraya veren geri verme sırasında kiralananın durumunun gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorunda olduğunun düzenlendiği, davalı tarafından anahtarların 31/12/2013 tarihinde notere teslim edildiğini, davacı tarafından 10/04/2014 tarihinde delil tespitinin yapıldığı...”. Tamamı için bkz. İstanbul BAM 35. Hukuk Dairesi’nin 22/12/2022 tarih ve 2787/2221 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15/01/2023).

Gözden geçirme zamanının ikinci kısmı olan incelemenin tamamlanma süresi bakımından ise yüksek mahkemeler madde 335'te yer alan *"olağan bir inceleme neticesinde belirlenebilecek olma"* kriterini değerlendirmeye almaktadırlar. Bu yöndeki bir kararında Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, hor kullanma sonucu ortaya çıkan zararın olağan bir inceleme ile belirlenebileceğini ve bu nedenle makul sürede ilgili durumun kiracıya bildirilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir¹¹². Somut olayda tahliye tarihi haziran ayına tekabül etmekte iken kiraya veren taşınmazdaki zararı aralık ayında bilirkişi marifetiyle tespit ettirmiştir. Yargıtay her ne kadar bildirim yapılmamasını verdiği kararın ana gerekçesi olarak nitelemiş olsa da yaptığı değerlendirmede gözden geçirme süresinin de esasen Kanun'un aradığı biçimde olmadığını (üstü kapalı biçimde) ifade etmiştir. Zira ortaya çıkan ayıplar olağan bir incelemeyle tespit edilebilir yani alelade bir tetkik ile anlaşılabilir nitelikte ise kural olarak kiraya veren, kısa sürecek bir inceleme ile bunları saptayabilir. Kiraya verenin bu tespiti yapmakta gecikmesi aslında onun gözden geçirme külfetini ihmal etmiş olduğu anlamına gelmektedir.

İncelenen kararlardan da görüleceği üzere yüksek mahkemeler her olaya uygulanabilir bir süre tayini yapmaktan kaçınmış, uyumsuzlukların niteliğine göre değerlendirme yapmışlardır. Bahse konu bakış açısı somut olay adaletinin sağlanması bağlamında yerindedir. Zira yukarıda da değinildiği gibi gözden geçirme zamanı durumun gereklerine göre değişebilir. Lâkin gözden geçirme zamanının uygun yahut kabul edilemez olarak nitelendirilmesine ilişkin ayrıntılı gerekçelere ilgili kararlarda rastlanmamaktadır. Oysa bahse konu sürenin uzamasının makul kabul edildiği kararlarda ilgili durumun açıklanması son derece önemlidir. Zira, yüksek mahkemelerin hangi durumları "makbul mazeret" kabul ettiği hükmün uygulaması bakımından yol göstericidir. Ne var ki yukarıda yer verilen kararlarda yüksek mahkemeler bu ayrıntılı gerekçelendirmeyi yapmaktan kaçınmışlardır.

IV. KIRAYA VERENİN BİLDİRİM KÜLFETİ

A. BİLDİRİM ZAMANI BAKIMINDAN AYIP VE EKSİKLİKLERİN NİTELİĞİ

Kanun koyucu, kiracıya yapılacak bildirim zamanını, ayıp ve eksikliklerin niteliğine göre belirlemiştir. Buna göre olağan inceleme ile belirlenebilecek ayıp

¹¹² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24/06/2019 tarih ve 8980/5695 sayılı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11/01/2023) kararındaki ilgili bölüm şu şekildedir: *"Bu durumda tahliyenin 2014 yılı Haziran ayında gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Kiraya verenin talebi üzerine hor kullanım sonucu ortaya çıkan zararın tespiti 16.12.2014 tarihinde yapılmış olup, bilirkişi raporu 18.12.2014 tarihlidir. Tespit dosyasında yer alan bilirkişi raporu incelendiğinde hor kullanım sonucu ortaya çıkan ayıpların olağan inceleme neticesinde belirlenebilecek nitelikte olduğu anlaşılmalıdır kiraya veren tarafından TBK'nın 355. maddesinde öngörülen makul süre içinde geri verme sırasında mevcut olan ayıpların kiracıya yazılı olarak bildirilmesi koşulu gerçekleştirilmediğinden davalı kiracıdan hor kullanma tazminatı talep edilmesi mümkün değildir".*

ve eksiklikler *hemen*, olağan inceleme ile belirlenemeyecek durumdakiler ise bunların kiraya veren tarafından tespit edilmesi sonrasında *derhâl* bildirilmelidir. Daha önce de bahsedildiği üzere ayıp ve eksikliklerin olağan bir inceleme ile belirlenebilmesi, gözden geçirme külfeti icra edilirken kiraya verenin basit bir inceleme esnasında bunları tespit etmesi ile mümkündür. Fakat bazı hasarlar vardır ki bunların tespiti için kiralananın bir süre kullanılması gerekebilir. Zira bunların belirlenmesi için olağan bir inceleme yeterli gelmemektedir. Bu hâlde de gizli ayıbın var olduğu kabul edilir¹¹³. Bu durumda kiraya veren bunları saptar saptamaz kiracıya bildirim yapmalıdır. Ayıbın olağan inceleme ile tespit edilemeyecek nitelikte olduğunu ispat kiraya verene aittir¹¹⁴. Örneğin, konut kirasına konu bir taşınmazın iadesi sırasında olağan incelemeyle anlaşılmayan kanalizasyon tesisindeki hasar, kiraya veren tarafından sonradan tespit edilebilir. Bu hâlde kiraya veren, ilgili hususu tespit eder etmez kiracıya bildirmek zorundadır, aksi hâlde kiracı sorumluluktan kurtulacaktır.

Mahkemeler de verdikleri kararlarda bildirim zamanı olgusunu araştırırken, ayıp ve eksikliklerin kiraya veren tarafından olağan bir inceleme ile tespit edilebilirliğini incelemektedirler¹¹⁵. Özellikle, hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, ortaya çıktığı iddia edilen hasarların olağan inceleme ile belirlenebilecek nitelikte olup olmadıklarının değerlendirilmesine dikkat çekmektedirler¹¹⁶. Bir kararında Yargıtay, kira konusu taşınmazın teslimi sırasında düzenlenen tutanakta kayıt altına alınan hasarlar dışında, sonradan fark edilen ayıp ve eksiklikler bakımından

¹¹³ Bayram, s. 161; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244; Kılıçoğlu, s. 268; Yavuz/Acar/Özen, s. 597.

¹¹⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 597.

¹¹⁵ “Davacının talep ettiği hasar kalemleri dikkate alındığında söz konusu hasar kalemlerinin olağan incelemeyle belirlenebilir nitelikte olduğu da anlaşılmalı, kiraya verenin TBK m.335 gereğince makul süre içinde kiracıya yazılı bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemeyeceğinden hor kullanma tazminatı talebinin kabulü doğru görülmemiştir”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 30/11/2020 tarih ve 10233/7199 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹¹⁶ “... mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise bu liste kapsamı dışında kalan ve ilk anda belirlenemeyen hasar ve eksiklikler yönünden, olağan inceleme ile belirlenebilecek nitelikte olup olmadıkları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. O halde bölge adliye mahkemesince; devir teslim tutanağında belirtilmeyip de hükme esas alınan bilirkişi raporu ile belirlenen hasar ve eksiklikler yönünden, TBK 335. maddesine göre, bu hasar ve eksikliklerin ilk anda olağan inceleme ile fark edilip edilemeyeceği yönünden denetime elverişli rapor alınmalı, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmiştir”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 30/06/2021 tarih ve 4107/7615 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022). “Tespit dosyasında yer alan bilirkişi raporu incelendiğinde hor kullanım sonucu ortaya çıkan ayıpların olağan inceleme neticesinde belirlenebilecek nitelikte olduğu anlaşılmalı kiraya veren tarafından TBK’nın 335. maddesinde öngörülen makul süre içinde geri verme sırasında mevcut olan ayıpların kiracıya yazılı olarak bildirilmesi koşulu gerçekleştirilmediğinden davalı kiracıdan hor kullanma tazminatı talep edilmesi mümkün değildir”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 24/06/2019 tarih ve 8980/5695 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11/01/2023).

bu biçimde bir değerlendirme yapmıştır¹¹⁷. Yerel mahkeme kararını bozan yüksek mahkeme, sonradan fark edildiği iddia edilen hasarın olağan incelemeyle anlaşılabilir nitelikte olup olmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Zira gizli ayıp niteliği taşıyan hasarlar bakımından kiraya verenin bildirim külfeti, pek tabii açık biçimde fark edilen hasarlar için yapılacak bildirim ile eş tutulamayacaktır.

B. BİLDİRİM ZAMANI

Kiracıya yapılacak bildirim usulü bakımından incelenmesi gereken ilk husus zamandır. TBK m. 335’te bildirim bakımından da açık bir belirleme yapılmamış, bildirim *hemen* yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği hususunda öğreti görüşleri ve Yargıtay ile BAM uygulamasının incelenmesi gerekmektedir.

1. Öğretide İleri Sürülen Fikirler

Kanun koyucu, bildirim yapılmasına ilişkin süre bakımından, bildirim konu “*ayıp ve eksikliklerin*” özelliğini dikkate alan bir ayırım yapmıştır. Buna göre olağan bir inceleme ile belirlenebilecek ayıp ve eksiklikler bakımından kiraya veren, geri verme sırasında kiralananı gözden geçirmeli ve bildirimi derhâl yapmalıdır. Fakat kiralananın iadesi esnasında olağan bir incelemeyle belirlenmesi mümkün olmayan ayıp ve eksiklikler açısından kiraya verenin bildirim külfeti, ancak bunların tespit edilmesi anında doğacaktır. Fakat denebilir ki hüküm temel olarak, bildirim konu hususlar belirlenir belirlenmez kiracının haberdar edilmesi gerektiği anlayışından hareket etmektedir. Burada önem taşıyan husus “*hemen bildirim*” düzenlemesinin hangi niteliklere göre değerlendirilmesi gerektiğidir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre bildirim için kesin bir süre saptamak mümkün değildir, fakat yine de gözden geçirmeden itibaren birkaç gün içerisinde yerine getirilmelidir¹¹⁸. Burada “*hemen*” nitelemesinden anlaşılması gereken dürüstlük kuralına göre makul bir süre içerisinde yapılacak bildirimdir¹¹⁹. Buna göre kesin süre verilmesi mümkün değilse de hızlıca hareket edilmelidir ve hatta bildirim külfetinin yerine getirileceği süre, gözden geçirme süresinden daha kısa-

¹¹⁷ “*Bu çerçevede yapılan değerlendirmede; taraflar arasında 14/01/2017 tarihinde düzenlenen devir teslim tutanağı ekinde, firma yetkilisi beyanına göre kiralananadaki eksiklikler tek tek listelenmiş olup, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise bu liste kapsamı dışında kalan ve ilk anda belirlenemeyen hasar ve eksiklikler yönünden, olağan inceleme ile belirlenebilecek nitelikte olup olmadıkları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. O halde bölge adliye mahkemesince; devir teslim tutanağında belirtilmeyip de hükme esas alınan bilirkişi raporu ile belirlenen hasar ve eksiklikler yönünden, TBK 335. maddesine göre, bu hasar ve eksikliklerin ilk anda olağan inceleme ile fark edilip edilemeyeceği yönünden denetime elverişli rapor alınmalı, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmiştir*”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 30/06/2021 tarih ve 4107/7615 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹¹⁸ Inceoğlu, Cilt II, s. 520.

¹¹⁹ Bu yönde bkz. Doğan, Özel Hükümler, s. 272.

dır. Diğer bir düşünceye göre ise “hemen” kavramı ile kastedilen bildirim süresi bir gündür, fakat somut olayda bu sürenin uzaması da mümkündür¹²⁰. İleri sürülen başka bir görüşe¹²¹ göre ise “hemen” bildirme ile kastedilen, işin niteliğine göre vakit kaybetmeksizin yapılan bildirimdir ve bu görüş sahipleri bildirim bakımından herhangi bir zaman periyodu vermemektedir.

Bildirim külfetinin zamanına ilişkin yapılacak değerlendirme, gözden geçirme külfetinin zamanına dair yapılan yorum ile paraleldir. Kanaatimce burada da kesin veya ortalama bir süre verilmesi mümkün değildir. Sürenin tayini bakımından somut olay ve dürüstlük kuralı bağlamında bir değerlendirme yapılmalı ve bildirim derhâl yapıp yapılmadığı bu çerçevede incelenmelidir¹²².

Yukarıda izah edilen hususların yanında bildirim külfetinin zamanında yerine getirildiği fakat geç ulaştığı ihtimal de değerlendirilmelidir. Örneğin, noter vasıtasıyla gönderilen bir ihtarname postacının ihmali nedeniyle bir türlü kiracıya ulaşmamış yahut geri dönmüş, böylece ihtarnamenin yeniden gönderilmesi gündeme gelmiş ve sonuç olarak bildirim kiracıya geç varmış olabilir. Bu hâlde, bir görüşe göre, yaşanan gecikmelerden kiraya veren sorumlu olacaktır¹²³. Aksi yöndeki görüş ise bildirim zamanında gönderilmesi kaydıyla bunun geç ulaşmasından kiraya verenin sorumlu olmayacağını ifade etmektedir¹²⁴. Kanaatimce de uygun süre içerisinde kiracının bilgilendirilmiş olması kaydıyla, bu bildirim kiracıya geç ulaşmış olmasından kural olarak kiraya verenin sorumluluğu bulunmamalıdır. Her ne kadar kiracının uzun bir süre tazminat tehdidi altında kalması uygun değilse de kanun koyucunun kiraya verenden derhâl harekete geçmesini istemesinin esas sebebi, kiralanandaki hasarların iade anında mevcut olduğunun belirlenmesi¹²⁵ ve bu durumun kiracıya bildirilmesinin gerekliliğidir. Anılan nedenle bildirim geç ulaşması hükmün amacı bakımından bir engel teşkil etmemektedir¹²⁶. Mühim olan kiraya verenin bu bildiri zamanında göndermesidir

¹²⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 597.

¹²¹ Makaracı Başak, s. 1935; Zevkliler/Gökyayla, s. 320; Zeytinöğlü, s. 139.

¹²² Aynı yönde bkz. Bayram, s. 162; Hazinedaroğlu, s. 81; Yılmaz, s. 97. Bu görüşte olan *Akyiğit* kiraya verenin durumunu “iki ayağını bir pabuca sokmasını gerektirmeyecek kadar uzun ama keyfi hareket etmesini, deyim yerindeyse yan gelip yatmasını sağlamayacak kadar kısa bir süre” şeklinde açıklamıştır. Bkz. *Akyiğit*, s. 121.

¹²³ Bayram, s. 161. Bildirimin ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanı olması nedeniyle bu görüşe üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. Köküsarı, s. 201.

¹²⁴ Doğu, s. 106; İnceoğlu, Cilt II, s. 520. Zarara uğramış ve külfetlerini de yerine getirmiş kiraya vereni, bildirim zamanında ulaşmadığı için ortaya çıkan gecikmeden sorumlu tutmanın hakkaniyetli olmayacağına dair bkz. Hazinedaroğlu, s. 84. TBK m. 5/2'nin kıyasen uygulanması gerektiği ve kiraya verenin zamanında göndermiş olmak kaydıyla bildirim süresinde ulaştığını farz etmeye hakkı olduğu yönünde bkz. Yavuz, s. 532.

¹²⁵ İnceoğlu, Cilt II, s. 520.

¹²⁶ Doğu, s. 106.

yoksa bildirim derhâl ulaşmasını *ne olursa olsun* sağlaması değildir. Zira öyle ihtimaller vardır ki kiracıya derhâl bildirim yapmak bir yana, bildirim ulaşmasını sağlamak dahi ziyadesiyle zordur. Örneğin, başka şekilde bildirim yapma imkanı bulunmayan ve noter vasıtası ile bildirim gönderilecek bir kiracı, yerleşim yerini sürekli değiştiriyor olabilir. Bu hâlde artık, bildirim derhâl yapılması mümkün değildir. Fakat yine de mahkemece bildirim geç ulaşmasının hangi sebebe dayandığı araştırılmalıdır. Ayrıca, kiralananadaki hasarların iade anında mevcut olduğunun tereddüte yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olması mühimdir. Yine kiraya verenin, bildirim geç ulaşmasında kastı olmamalıdır. Tüm bu sayılanlar yanında, somut olay özelinde, bildirim kiracıya ulaştığı ve kiracının tazminat tehdidi altında olduğu zamanın makbul sayılamaz bir noktaya ulaşması hâlinde, ilgili duruma tereddütle yaklaşmak gerekir. Bildirim geç ulaşmasından kural olarak kiraya veren sorumlu değilse de bu hâlde artık sorumluluğu gündeme gelebilir.

2. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'ın Uygulaması

Bildirim zamanının hangi kriterlere göre tayin edileceği hususunda gerek Yargıtay gerek Bölge Adliye Mahkemesi kararları önemlidir zira zamana dair kıstaslar ancak somut olaya ilişkin yapılmış değerlendirmeler ile anlaşılabilirler¹²⁷. Denebilir ki yüksek mahkemeler, Kanun'da yer alan "hemen bildirim" esasen makul sürede¹²⁸ bildirim ekseninde incelemektedirler. Buna göre örneğin bir kararda dört günlük¹²⁹ sürede yapılan bildirim uygun kabul edilmişken, başkaca

¹²⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/04/2018 tarih ve 8140/4523 sayılı kararının (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 12/01/2023) alakalı bölümü: "TBK'nun 335. maddesi koşullarının oluşabilmesi için, kiralananın yasal teslimin gerçekleştiği tarihin ve kiraya veren tarafından, kiracıya, taşınmazda hor kullanmadan kaynaklı yıpranma ve eski hale getirilmesi gereken tadilatlar olduğunun ne zaman bildirildiği önem arz etmektedir. Bu durumda Mahkemece; kiralananın tahliye tarihi ve yapılan tespit ile ayıpların bildirildiği tarihler üzerinde durularak, teslim alma sırasında olağan inceleme ile belirlenemeyecek ayıplar da değerlendirilmek suretiyle TBK'nun 335. maddesinin koşullarının tartışılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken..."

¹²⁸ "Tespit dosyasında yer alan bilirkişi raporu incelendiğinde hor kullanım sonucu ortaya çıkan ayıpların olağan inceleme neticesinde belirlenebilecek nitelikte olduğu anlaşılacak kiraya veren tarafından TBK'nın 355. maddesinde öngörülen makul süre içinde geri verme sırasında mevcut olan ayıpların kiracıya yazılı olarak bildirilmesi koşulu gerçekleştirilmediğinden..." Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24/06/2019 tarih ve 8980/5695 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11/01/2023).

¹²⁹ "Sözleşmeye konu aracın 05/09/2008 tarihinde kiraya verene teslim edildiği tarafların kabulündedir. Aynı tarihli hasar tespit tutanağı ile araçta meydana gelen hasar kalemleri ve eksiklikler tek tek tespit edilmiş olup, davalı şirket şoförü tarafından imza altına alındığı, davalı şirket çalışanları ile elektronik ortamda yapılan 09/09/2008 tarihli yazışma ile kiralanda meydana gelen hasar ve eksikliklerin giderilmesi hususunda, davacı kiraya veren tarafından davalı şirket çalışanına bildirimde bulunulduğu, bu yazışmalardan davalı şirket genel müdürünün de bilgilendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; davacı kiraya verenin, kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirme yükümlülüğünü makul sürede yerine getirdiği sabit olup..." Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15/04/2019 tarih ve 7399/3348 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

kararlarda yaklaşık bir ay¹³⁰, kırk dört gün¹³¹, yaklaşık iki ay¹³², yirmi dokuz gün¹³³ sonra yapılan bildirimlerin makul süre içinde¹³⁴ gerçekleştirildiğine yönelik hükümler kurulmuştur.

Bildirim yapılan tarihin TBK m. 335 bağlamında kabul edilebilecek zamanı aştığına hükmedilen kararlardan ilki bir taşınmaz kirası bakımından verilmiştir. Bu kararda tahliyeden yaklaşık iki sene sonra açılan davanın süre bakımından uygun olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur¹³⁵. Yine başka bir kararda¹³⁶, kiralananda meydana gelen hasarlar bakımından bildirim yapılmamış ve fakat tahliyeden yaklaşık dört ay sonra depozitonun iadesi için kiracı tarafından başlatılan icra takibine itiraz edilmiştir. İlgili itiraz dilekçesinde bu hasarlardan bahsetmiş olan kiraya verenin bildirimünün süresinde olmadığına karar verilmiştir. Başka bir kararda ise İstanbul BAM 36. Hukuk Dairesi iki buçuk aylık sürenin hemen bildirim sayılamayacağına hükmetmiştir¹³⁷.

¹³⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 03/03/2016 tarih ve 5090/1625 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022).

¹³¹ *"Davacı kiracının davalı kiraya verene göndermiş olduğu, kiralananana ait anahtarların Noterlikten temin edilebileceğine ilişkin ihtarın 02/10/2014 tarihinde davalıya tebliğ edildiği, davalının ise anahtarları 21/10/2014 tarihinde teslim alarak kiralananı gözden geçirdiği ve 14/11/2014 tarihli davacıya gönderilen ihtarname ile de kiralananın eski hale getirilmesi için tazminat talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır.*

Kiralananın tahliye tarihinin 02/10/2014 olduğu anlaşılınca, kiraya veren tarafından kiracıya gönderilen 14/11/2014 tarihli eksik ve ayıp bildirimünün TBK m. 335 hükmü ve yerleşmiş Dairemiz uygulamaları dikkate alındığında süresinde olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda; davalı kiraya verenin, kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirme yükümlülüğünü makul sürede yerine getirdiği sabit olup, sözleşme maddeleri de dikkate alındığında, 14/11/2014 tarihli ihtarnameye konu kiralananın eski hale getirilmesi için gerekli tazminattan kiracı sorumludur". Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 22/01/2020 tarih ve 4694/490 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹³² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18/10/2018 tarih ve 8681/10302 sayılı kararı.

¹³³ Ankara BAM 15. Hukuk Dairesi'nin 05/04/2017 tarih ve 284/418 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹³⁴ Derhâl bildirimden anlaşılması gerekenin dürüstlük kuralına göre makul sayılabilir bir süre içerisinde yapılmış bildirim olduğu yönündeki görüş için bkz. Doğan, Özel Hükümler, s. 272.

¹³⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29/03/2017 tarih ve 1647/4216 sayılı kararı. Yaklaşık altı ay sonra yapılan bildirim süresinde olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/09/2019 tarih ve 1406/7133 sayılı kararı.

¹³⁶ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 28/04/2016 tarih ve 8976/3508 sayılı kararı.

¹³⁷ *"Somut olayda, kiracıya bu yöndeki bildirim, D. İş Tespit dosyasında alınan bilirkişi raporunun 18/03/2014 tarihinde tebliği suretiyle yapıldığı, tahliye tarihinin 2013 aralık olduğu dikkate alındığında yasanın aradığı "hemen bildirmek zorunluluğu"nun yerine getirilmemiş olduğu, tahliyenin aralık ayı sonunda yapıldığı kabulüyle hesaplansa dahi 2,5 aylık bir sürenin geçmiş olduğu, bu sürenin hemen bildirim kapsamında sayılamayacağı açıktır".* Tamamı için bkz. İstanbul BAM 36. Hukuk Dairesi'nin 06/03/2020 tarih ve 565/647 sayılı kararı.

Birtakım kararlarda ise kiraya verenin bildirim süresi hiç tartışılmamıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bir ilamında¹³⁸, tahliyeden yaklaşık dört ay sonra de- pozitonun iadesini talep eden kiracının bu isteğini içeren ihtarnamesine yine bir ihtarname ile cevap veren ve kiralananda var olan bozulmalar nedeniyle tazminat talebini bildiren kiraya verenin bu beyanının süresinde olup olmadığını incelememiştir. Yerel mahkemenin kararını bozan yüksek mahkeme, kiralananda var olan bozulmaların olağan kullanımdan mı yoksa hor kullanımdan mı kaynaklandığını tespitinde eksiklik olduğunu ifade etmiştir. Kiralananın iadesinden yaklaşık dört buçuk ay sonra gönderilen cevap ihtarnamesiyle ileri sürülen tazminat talebinin süresinde olup olmadığını tartışmamıştır. Kararın mefhumu muhalifinden ilgili sürenin makul sayıldığı ve hor kullanım mevcutsa kiraya verenin tazminat talebinin kabul edilebileceği anlamı çıkabilir. Kararın içeriğinde savunmaya ayrıntılı biçimde yer verilmediğinden davalının bu hususta bir savunmasının olup olmadığı saptanamamaktadır. Fakat yine de Yargıtay'ın, Kanun'un uygulayıcısı olduğu da düşünüldüğünde, bu denli uzun bir sürenin neden makul kabul edildiğini en azından ilkesel olarak tartışmaması, eksiklik olarak addedilebilir.

Yargıtay ve yukarıda anılan BAM daireleri, ilgili kararlardan da görüleceği üzere değişik sürelerin bildirim için makul yahut uygun olmadığına yönelik hüküm kurmuşlardır. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken ilk husus, bildirim yapılan zamanın söz konusu kararlarda "makul süre" biçiminde nitelendirilmesidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, kanaatimce, bildirim zamanı bakımından kesin veya ortalama bir süre verilmesi mümkün değildir. Bildirimin derhâl yapılıp yapılmadığı, somut olay ve dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile anlaşılabilir. Kararlarda yer alan "makul süre" ifadesinin, bildirim geniş bir zamanda yapılabileceği algısı yaratması nedeniyle uygun olmadığı söylenebilir. Fakat kanaatimce bu ifade, esasında mahkemelerin her olaya uygulanabilir bir süre tayini yapmaktan kaçınmalarının ve uyuşmazlığın niteliğine göre karar verme çabalarının bir tezahürüdür. Anılan nedenle, her ne kadar bahse konu kullanımın kavramsal olarak yerinde olmadığı söylenebilirse de yüksek mahkemelerin bu kullanımının esas nedeni, somut olay ekseninde değerlendirme yapmalarını denebilir.

İncelenmesi gereken diğer bir nokta ise kararların gerekçelerinin yeterli açıklığı ihtiva etmemeleridir. Ayrıntılı değerlendirme içermeyen kararlar sebebiyle, ne yazık ki derhâl bildirim yüksek mahkemeler nezdinde hangi kriterlerle kabul edildiği net biçimde anlaşılammaktadır. Oysa hangi durumlarda sürenin ne kadar uzayabileceğine dair somut olaylar üzerinden hüküm verilmesi, örneklerin oluşması ve uygulamanın anlaşılması için önemlidir. Ne var ki karar gerekçeleri bu nitelermelerden uzaktır.

¹³⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/03/2019 tarih ve 6723/2509 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022).

C. BİLDİRİMİN İÇERİĞİ

Kiraya veren tarafından yapılması gereken bildirim hangi unsurları içermesi gerektiği, bildirim külfetinin tam olarak yerine getirilip getirilmediğinin anlaşılması bakımından mühimdir. Bildirimin öncelikli amacı, kiralananda ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerin kiracıdan mı kaynaklandığının yoksa teslimden sonra mı meydana geldiğinin anlaşılabilmesidir¹³⁹. İlâveten, kiracının ne ile karşı karşıya olduğunu idrak edebilmesi ve iade borcunun uygun biçimde yerine getirilmediğinden haberdar edilerek varsa sorumluluğunun sınırları hakkında fikir sahibi olmasıdır¹⁴⁰. Bu anlamda ilk olarak denebilir ki bildirim, kiralananda var olan ayıp ve eksiklikleri belirtir niteliği haiz olmalıdır. Buna göre kiralananda ki hasarlar bir nevi listelenmeli, tek tek belirtilmeli¹⁴¹ ve kiralananda teslim ile iade anı arasında ne gibi farklılıkların olduğu kiracıya bildirilmelidir¹⁴². Fakat bu noktada, gözden geçirme faaliyetinin icrasında kiraya verenin özen derecesi atlanmamalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere kiraya verenin nitelikli bir inceleme yapması, her şeyi tüm unsurlarıyla ayrıntılı bir biçimde tetkik etmesi kendisinden beklenmemektedir. Fakat yine de kiraya verenin inceleme sırasında saptadığı tüm hususları bildirimde konu etmesi gerekir.

Yukarıda anılan gerekçelerle, kiraya verenin, salt “*kiralananın teslim alındığı şekli ile iade edilmediği*” iddiasını içeren bir bildirim yapmasının kiracıya ne ile karşı karşıya olduğu yönünde bir açıklık sağlamayacağı aşikârdır. Kiraya verenin beyanının kiracıyı aydınlatıcı niteliği haiz olması ve hatta kiraya verenin tazminat talep edeceği yönündeki iradesinin bildirimden anlaşılması gerekir¹⁴³. Fakat doktrinde de son derece haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, kiraya veren tarafından ispat edilebilmesi koşuluyla, eğer kiracı teslimden önce de bahse konu ayıp ve eksiklikler bakımından sorumluluğun kendisinde olduğunu biliyorsa bu

¹³⁹ İnceoğlu, Cilt II, s. 521. “...*madde ile kiracının kiralanana geri verme borcunu gereği gibi ifası konusunda kiraya veren tarafından sonradan ortaya çıkarılabilecek çekişmelerin önlenmesinin amaçlandığı tartışmasıdır...*” Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 30/06/2021 tarih ve 4107/7615 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹⁴⁰ Öztaş, s. 179; Yavuz, s. 531.

¹⁴¹ Bayram, s. 163; İnceoğlu, Cilt II, s. 521. “*Aynı tarihli Hasar Tespit Tutanağı ile araçta meydana gelen hasar kalemleri ve eksiklikler tek tek tespit edilmiş olup...*” Tamamı için bkz. Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 25/09/2020 tarih ve 679/573 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023). Kiralanana yalnızca ayıplı ve eksik olarak niteleyen genel ifadelerin yetersiz olacağı ve fakat tüm ayıpların ve eksikliklerin bildirilmesinin ve sebeplerinin iletilmesinin gerekli olmadığı yönünde bkz. Yavuz, s. 531.

¹⁴² Doğan, Adi Kira, s. 466.

¹⁴³ Bahse konu ayıplar yönünden kiracıya başvuruda bulunulacağına ilişkin bildirimden anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Bayram, s. 163. Kiracıdan tazminat talep edileceğine ilişkin bir beyanın bildirim içeriğinde yer almasının gerekli olmadığı yönünde bkz. Akyiğit, s. 121; İnceoğlu, Cilt II, s. 521, dn. 1358.

hâlde artık kiracıya genel bir bildirim yapılması yeterlidir¹⁴⁴. Örneğin, kiraya veren, kiralanan iade edilmeden önce kiracıya ilgili hususta yazılı olarak bir bildirim yapmışsa, bu hâlde geri vermeden sonra yapılacak bildirim öncekine atıf yapacak şekilde genel ifadeler içerebilir¹⁴⁵. Zira bu durumda artık kiracı ne ile karşı karşıya olduğuna ve durumun ayrıntılarına vakıf olacaktır. Hatta bu hususta ileri sürülen bir görüşe¹⁴⁶ göre, kira sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkan aykırılıklar sözleşme sırasında kiracıya bildirilmelidir. Zira bu gibi durumların üzerinden uzun bir süre geçmiş ve fakat kiraya verenin kira sözleşmesi devamında değil sözleşme sona erdikten sonra bildirim yapmış olması, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu görüş kanaatimce yerinde değildir. Zira kiraya verenin sözleşmenin devamı sırasında kira konusu üzerinde münhasır bir fiili hâkimiyeti bulunmamaktadır. Bu gerekçeyle, kiraya verenin ortaya çıkan hasar ve hasarın boyutunu tespiti çoğunlukla mümkün değildir. Anılan nedenle sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde bildirim yapmamasına sonuç bağlamak uygun olmayacaktır.

Kiracının sorumlu olduğu tazminat tutarının bildirimde yer almasına gerek bulunmamaktadır¹⁴⁷. Gerçekten de kiraya verenin çok hızlı davranmasının ve gözden geçirme ile bildirimini derhâl yerine getirmesinin beklendiği bir zeminde, bozuklukların hangi tutarla tazmin edileceğinin kiraya veren bakımından tespiti pek mümkün gözükmemektedir. Zira tazminatın içeriğine, kiralanda meydana gelmiş bozulmaların onarılması için gerekli olan malzeme; iş gücü, zaman gibi unsurlar dahildir. Bunların hesaplanması ise kiraya veren için çoğu zaman mümkün olmayacaktır çünkü sayılan kalemlerin tamamı bakımından profesyonel bir hesaplama gerekmektedir. Anılan nedenlerle kiraya verenin tazminat tutarını bildirmek gibi bir sorumluluğu yoktur.

D. BİLDİRİMİN ŞEKLİ VE BAZI ÖZEL HÂLLER

Kiraya verenin yapacağı bildirim şeklinin yazılı olması gerektiği Kanun'da belirtilmiştir¹⁴⁸. Bu şeklin geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu hususunda ise doktrinde farklı fikirler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar¹⁴⁹ bu şeklin bir geçerlilik şekli olduğunu ileri sürmektedirler. Başka bir görüşe göre ise bahse konu şekil ispat şeklidir¹⁵⁰. Bunların dışında ise konut ve çatılı işyeri ile diğer kira

¹⁴⁴ İnceoğlu, Cilt II, s. 521-522.

¹⁴⁵ Doğu, s. 107; İnceoğlu, Cilt II, s. 521-522.

¹⁴⁶ Köküsarı, s. 201; Öztaş, 224.

¹⁴⁷ Bayram, s. 163; Köküsarı, 201.

¹⁴⁸ Mevaz İBK m. 267a'da ise kiraya verenin yapacağı bildirim bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmüş değildir.

¹⁴⁹ Akyiğit, s. 121; Doğan, Özel Hükümler, s. 272; Doğu, s. 106; İnceoğlu, Cilt II, s. 521; Yavuz, s. 531.

¹⁵⁰ Aydoğdu/Kahveci, s. 565; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244.

ilişkileri bakımından ayırım yapan bir fikir¹⁵¹ bulunmaktadır. Buna göre konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından bu bir geçerlilik şekli iken diğer kira ilişkilerinde bunun ispat şekli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵².

Hükümdeki yazılı şekil bakımından TBK m. 14'te yer alan imzanın gerekmediği öğretide haklı olarak belirtilmektedir¹⁵³. Zira bu bildirim kiraya veren borç altına sokmamaktadır. Bu hususta verdiği bir kararını da Yargıtay¹⁵⁴ “... davalı şirket çalışanları ile elektronik ortamda yapılan 09/09/2008 tarihli yazışma ile kiralananın meydana gelen hasar ve eksikliklerin giderilmesi hususunda, davacı kiraya veren tarafından davalı şirket çalışanına bildirimde bulunduğu, bu yazışmalardan davalı şirket genel müdürünün de bilgilendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; davacı kiraya verenin, kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirme yükümlülüğünü makul sürede yerine getirdiği sabit olup...” biçiminde gerekçelendirmiş ve somut olayda yazılı şekil şartının sağlandığına hükmetmiştir.

1. Dava Açmak Suretiyle Yazılı Bildirim

Bazı hâllerde kiraya veren gözden geçirme faaliyeti neticesinde saptadığı ayıp ve eksiklikleri içeren bir dilekçe ile doğrudan dava açabilmektedir. Bu durumda yazılı bildirim dava açarak sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir. Birtakım kararlarında Yargıtay, dava açılmadan önce kiracıya yazılı olarak bildirim yapılmadığı için kiraya verenin tazminat talebini reddetmiştir. Bunlardan biri olan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararında¹⁵⁵, kiralananın iadesi ile dava açılması arasındaki süre yaklaşık olarak iki buçuk aydır. Bu sürenin makul sayılmaması pek tabii gündeme gelebilirse de mahkemenin bu değerlendirmeyi yapmaksızın yalnızca dava açılmadan önce yazılı bildirim koşulunun sağlanmadığını belirtmesi kanaatimce uygun değildir. Yine bir ilamında İstanbul BAM 36. Hukuk Dairesi, kiraya verenin mahkemeden tespit talep etmesi neticesinde hazırlanan bilirkişi raporunun

¹⁵¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 597.

¹⁵² Bu biçimde bir ayırımın hukuki dayanağının olmadığı yönünde bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 521.

¹⁵³ İnceoğlu, Cilt II, s. 521. Kiraya verenin imzasının gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Akyiğit, s. 121; Yavuz, s. 531.

¹⁵⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15/04/2019 tarih ve 7399/3348 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹⁵⁵ “Somut olayda; davalı 24.12.2012 tarihinde taşınmazı tahliye etmiş, iş bu dava 05.03.2013 tarihinde açılmış ve davacı tarafca dava açılmadan önce hasarların giderilmesi için kiracıya yazılı bildirim yapıldığına dair delil sunulmamıştır. Davacının talep ettiği hasar kalemleri dikkate alındığında söz konusu hasar kalemlerinin olağan incelemeyle belirlenebilir nitelikte olduğu da anlaşılmalı, kiraya verenin TBK m.335 gereğince makul süre içinde kiracıya yazılı bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemeyeceğinden hor kullanma tazminatı talebinin kabulü doğru görülmemiştir”. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 30/11/2020 tarih ve 10233/7199 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022). Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 09/05/2016 tarih ve 10297/3797 sayılı kararı.

kiracıya tebliğini yazılı bildirim olarak kabul etmiştir¹⁵⁶. Oysa, hasar incelemesi için mahkemeye başvurularak delil tespiti talep edilmesi ve bunun neticesinde alınan bilirkişi raporları, kural olarak kiraya verenin kiracıdan talebini içerir biçimde kaleme alınmazlar. Her ne kadar kiralananadaki ayıp ve eksiklikler listelense de kiraya verenin hangi zararını talep ettiği, nelerden kiracıyı sorumlu tuttuğu ve tam olarak ne istediği genel olarak bu rapordan anlaşılmamaktadır¹⁵⁷. Delil tespiti kiracının sorumlu olup olmadığına yönelik bir eda hükmü içermeyen, salt tespite konu bir yargılamadır¹⁵⁸. Hâl böyle iken raporun tebliğinin dahi yazılı bildirim olarak kabul edildiği bir zeminde dava açarak talebini bildiren kiraya verenin bu fiilinin gerekli diğer şartları taşıması hâlinde evleviyetle kanuna uygun yazılı bildirim olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Kiracıya yapılacak bildirim amacını, kiralananın tesliminin uygun olmadığına, ilgili ayıp ve eksikliklerin belirtilerek iletilmesidir. Bir dava dilekçesi, anılan iddiaları ve talepleri pek tabii içerebilir. Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, yazılı bildirim bakımından aranan şartlar yerine getirildiği takdirde dava açılması, yazılı bildirimden beklenen tüm faydayı da sağlayacaktır. İlgili sebeplerle, yukarıda anılan kararda belirtildiği gibi dava açmadan önce yazılı bildirim yapılmasının aranması ne Kanun'un esas amacına ne de usul ekonomisine uygundur. Kalan tüm koşulları sağlayan kiraya verenin tespit ettiği hasarları süresi-ne uygun biçimde dava etmesi geçerli kabul edilmelidir.

2. İcra Takibi Başlatmak Suretiyle Yazılı Bildirim

Uygulamada zaman zaman icra takibi başlatılarak tazminatın elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu usulün kiracıya yapılacak yazılı bildirim yerine geçip geçmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kural olarak tazminat tutarının yer almasına gerek bulunmasa da kiracının sorumlu olduğu bozuklukların yazılı bildirimde yer alması gerekmektedir. Zira ortaya çıkan bozuklukların kiracıdan mı kaynaklandığı yoksa teslimden sonra mı ortaya çıktığı bu şekilde saptanabilir. Burada akla, kiracının, iade ettiği kiralanda var olan ayıp ve eksikliklerin zaten farkında olacağı ve bu nedenle kendisine karşı başlatılan icra takibinin bunların ayrıntısını içermesine gerek olmadığı gelebilir. Üstelik bahse konu icra takibi ödeme tehdidi yani giderim talebini içereceğinden bedel konusun-

¹⁵⁶ "Somut olayda, kiracıya bu yöndeki bildirim, D.İş Tespit dosyasında alınan bilirkişi raporun 18/03/2014 tarihinde tebliği suretiyle yapıldığı, tahliye tarihinin 2013 aralık olduğu dikkate alındığında yasanın aradığı "hemen bildirmek zorunluluğu"nun yerine getirilmemiş olduğu, tahliyenin aralık ayı sonunda yapıldığı kabulüyle hesaplansa dahi 2,5 aylık bir sürenin geçmiş olduğu, bu sürenin hemen bildirim kapsamında sayılamayacağı açıktır". Kararda mahkeme yazılı bildirim içeriğini tartışmamış, yalnızca süre yönünden değerlendirme yapmıştır. İstanbul BAM 36. Hukuk Dairesi'nin 06/03/2020 tarih ve 565/647 sayılı kararı.

¹⁵⁷ Delil tespiti raporunun tebliğinin yazılı bildirim kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Haluk Burcuoğlu, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı*, İstanbul, 2007, s. 101.

¹⁵⁸ Doğru, s. 104.

da kiracıyı aydınlatacaktır. Böylece icra takibi pratik bir yöntemle kiraya verenin alacağına ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat bu ihtimal, kiraya verenin tek taraflı bir değerlendirme yapmasına sebep olur. Zira kiracının her durumda aydınlatılmaya ihtiyacı vardır. Kiraya verenin tek taraflı tespitleri esasen kiracının sorumluluk alanında olmayan bir bedelin kendisinden talep edilmesine neden olabilir. Örneğin kiraya veren olağan kullanım sebebiyle ortaya çıkan yıpranmayı da yaptığı hesaba dahil etmiş bulunabilir. Bu nedenle kiraya verenin icra takibinde herhangi bir ayrıntı belirtmeyip, “kiralananın hor kullanılması sebebiyle tazminat” gibi genel bir açıklama yapması ve yalnızca bedel talep etmesi hâlinde, bunun, geçerli bir bildirim özelliklerini taşımayacağı öncelikle belirtilmelidir.

Ankara BAM 15. Hukuk Dairesi bir kararında¹⁵⁹, ayrıca yazılı bildirim yapılmaksızın başlatılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine açılan bir itirazın iptali davasında yerel mahkeme tarafından verilen kabul kararını onamıştır. Karara konu olaydaki taşınmaz 17/02/2015 tarihinde tahliye edilmiş, 20/02/2015 tarihinde mahkeme marifetiyle bilirkişi tespitine başvurulmuş ve nihayetinde 05/08/2015 tarihinde icra takibi başlatılmıştır. Olayda yer alan davalı beyanlarında, herhangi bir yazılı bildirim yapılmaksızın icra takibi başlatıldığı ileri sürülmüştür. Kararda da icra takibinin içeriğine dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Kiraya verenin, icra takibinde tazminat talebinin içeriğini açıklayan beyanlarının olup olmadığına yahut icra takibi ekine mahkemeden alınmış örneğin bir tespit raporunu ekleyip eklemediğine gerekçede değinilmemiştir. Kiraya verenin tahliyeden hemen sonra hasarı tespit ettirdiğinin yani gözden geçirme külfetinin usulüne uygun biçimde yerine getirildiğinin vurgulandığı karar yazılı bildirim külfetine dair bir bilgi içermemektedir¹⁶⁰. Başka bir kararda ise Yargıtay 3. Hukuk Dairesi,

¹⁵⁹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi'nin 20/06/2017 tarih ve 491/946 sayılı kararının ilgili bölümü: “Anahtar teslim tutanağı bulunmamakla birlikte davalının kiralanan taşınmazı 17.2.2015 tarihinde tahliye ettiği hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı yeni malik davalının tahliyesinden hemen sonra 20.2.2015 tarihinde mahallinde tespit yaptırıp kiralananın durumu ve kiracının vermiş olduğu hasarları tespit ettirmiştir... Davacı tarafca tespit raporlarında tespit edilen hasar ve eski hale getirme süresi kadar kira bedelinden oluşan alacağın tahsil amacıyla Ankara Batı 7. İcra Müdürlüğü'nün 2015/54430 Esas sayılı icra dosyasında 5.8.2015 tarihinde icra takibi başlatıldığı, davalının süresi içinde verdiği itiraz dilekçesi ile borca ve ferilerine itiraz etmesi üzerine itirazın iptali davasının açıldığı görülmüştür... Davalı kiracı, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ancak kiralananı yaptığı faydalı imalatları, kiralananı zarar vermeden sökülüp götürülebilir... Bu sebeple kiralanan taşınmaz tahliye edilirken davalı kiracı tarafından sökülüp götürüldüğü anlaşılan imalatların bedeli ile sökülüp götürülme işlemi sırasında kiralananı verilen hasar ile kiracının hor kullanımından kaynaklanan zarardan ve bu hasarın eski hale getirme süresi kadar kira kaybından kiracı sorumludur. Bu sebeplerle mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun bulunmakla; davalı vekilinin istinaf kanun yolu başvurusunun esastan reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur”.

¹⁶⁰ Kaldı ki icra takibi yazılı bildirim için aranan açıklamaları içerse dahi takip tahliyeden altı ay sonra başlatılmıştır. İlk bakışta uzun ve Kanun'un aradığı derhâl bildirim şartını taşımaktan uzak denebilecek bu süreye dair herhangi bir bilgi içermeyen karar bu yönüyle de gerekli açıklamalardan uzaktır denilebilir.

depozitonun iadesi için kiracı tarafından başlatılan icra takibine itiraz eden kiraya verenin bu itirazının içeriğinde yer alan hasara dair beyanlarını yazılı bildirim olarak kabul etmiştir¹⁶¹. Yine başka bir kararda¹⁶² Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, icra takibi başlatılarak yapılan bildirim geçerli saymış ve fakat yine icra takibi içeriğinin geçerli bir bildirim taşıması gerekli olan açıklamaları barındırıp barındırmadığını değerlendirmemiştir. İlgili kararda “*Mahkemece davacı kiraya veren tarafından davalıya yazılı bildirim yapılmadığı gerekçesiyle hasar tazminatı talebi reddedilmiş ise de davacı kiraya veren tarafından başlatılan 04.04.2014 tarihli takip TBK 335. maddesinde düzenlenen yazılı bildirim yerine geçer*” ifadesini kullanarak icra takibi başlatılmasını yeterli görmüştür. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere icra takibi başlatmak tek başına yeterli kabul edilmemelidir. İcra takip talebinde ayıp ve eksikliklerin belirtilip belirtilmediği yahut takibin ekinde hasarları bildiren tespit raporu vb. unsurların bulunup bulunmadığı irdelenmeli ve eğer şartları taşıyor ise kiraya verenin bu bildirim pek tabii geçerli yazılı bildirim addedilmelidir.

3. Teslim Tutanağı Düzenlemek Suretiyle Yazılı Bildirim

Zaman zaman tarafların, kiralananın iadesi sırasında teslim tutanağı düzenleyerek bu tutanağa kiralananadaki bozuklukları ekledikleri görülmektedir¹⁶³. İlgili tutanağın kiracı tarafından imzalanması hâlinde kiraya verenin ayrıca bildirim yapmasına gerek bulunmamaktadır zira bu durumda kiracı bilgilendirilmiş olacaktır¹⁶⁴. Fakat kiracının imzadan kaçınması hâlinde kendisine ilgili tutanağın gönderilmesi gerekmektedir¹⁶⁵. Açıktır ki bahse konu bozukluklar bu tutanağa sarih bir biçimde yazılmalıdır¹⁶⁶, aksi hâlde TBK m. 335’in aradığı bildirim şartı yerine gelmiş sayılmayacaktır. Bu yönde verdiği bir kararda Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, kiralanda

¹⁶¹ “*Mahkemece karşılıklı fesih konusunda anlaşıldığı ve TBK’nun 335. maddesi uyarınca kiraya verenin hasarı hemen bildirmede gerekçesiyle davalının hasara ilişkin savunması reddedilmiş ise de; davaya konu taşınmazın tahliye edildiği kabul edilen 15.10.2014 tarihinden sonra davacı kiracının başlatmış olduğu 01.12.2014 tarihli icra takibine karşı, davalı kiraya veren verdiği itiraz dilekçesinde kiralananın hasarlı olduğunu belirtmekle davacı kiracıya makul sürede hasarın bildirildiğinin ve icra takibine itiraz dilekçesinin yazılı bildirim yerine geçeceğinin kabul edilmesi gereklidir*”. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 18/10/2018 tarih ve 8681/10302 sayılı kararı.

¹⁶² Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 03/03/2016 tarih ve 5090/1625 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022).

¹⁶³ Kiraya veren ve kiracının, teslim sırasında kiralananın durumunu belirten ve var olan ayıpları içeren bir anlaşma yapması hâlinde bunun kiracı bakımından borç tanınması olduğu, fakat gizli ayıpların bu anlaşmanın kapsamında olmadığı yönünde bkz. Bayram, s. 161.

¹⁶⁴ Bayram, s. 163; Doğu, s. 106-107; İnceoğlu, Cilt II, s. 521.

¹⁶⁵ İnceoğlu, Cilt II, s. 521. Bildirimin şekli ve ispat yükünün kiraya verende olması düşünüldüğünde kiraya verenin bu biçimde davranması faydalı olacaktır.

¹⁶⁶ Tutanakta yer alan tespitlerin ayrıntılı biçimde ifade edilmesine vurgu yapan bir karar için bkz. Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 25/09/2020 tarih ve 679/573 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

eksiklik olduğunun belirtildiği ve fakat bunların açıklanmadığı bir tutanak bakımından yazılı bildirim külfetinin yerine getirilmediğine hükmetmiştir¹⁶⁷. Bir başka kararda¹⁶⁸ ise teslim tutanağında yer alanların dışında, bir süre sonra mahkemece bilirkişi raporu ile tespit edilen bozuklukların, olağan inceleme ile tespit edilebilir olup olmadığının araştırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Zira yüksek mahkemeye göre teslim tutanağında belirtilen hasar ve eksiklikler dışındaki unsurların tazminata konu edilebilmesi, bunların ancak olağan inceleme ile belirlenebilir olmaması şartına bağlıdır. Çünkü olağan inceleme ile belirlenen ayıplar tutanağa geçirilmiştir, o hâlde ancak gizli ayıplar sonradan ileri sürülebilir niteliktedir.

V. KÜLFETLERİN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Kiralananın uygun olmayan biçimde iadesi nedeniyle ortaya çıkacak olan hor kullanma tazminatından¹⁶⁹ gerekli diğer koşulların da varlığı hâlinde kiracının¹⁷⁰

¹⁶⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/02/2019 tarih ve 5684/1463 sayılı kararının (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27/10/2022) ilgili bölümü: *"Mahkemece delil tespiti sonucu alınan bilirkişi raporunun tahliye tarihinden çok sonra alınmış olması ve 03/04/2014 tarihli taraflarca imzalanmış belgede fabrika binası içerisinde bulunan eksiklikten bahsedilmiş olmasına rağmen bunun ne olduğunun açık bir şekilde yazılmaması nedeniyle ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir... Buna göre kiralananın tahliye tarihi ile takip tarihi arasında hor kullanmaya ilişkin kiracı ... Orman Ürünleri... Ltd. Şti. ye herhangi bir bildirim yapılmadığı anlaşıldığından davalı kiracı hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi doğrudur"*.

¹⁶⁸ *"Bu çerçevede yapılan değerlendirmede; taraflar arasında 14/01/2017 tarihinde düzenlenen devir teslim tutanağı ekinde, firma yetkilisi beyanına göre kiralananadaki eksiklikler tek tek listelenmiş olup, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise bu liste kapsamı dışında kalan ve ilk anda belirlenemeyen hasar ve eksiklikler yönünden, olağan inceleme ile belirlenebilecek nitelikte olup olmadıkları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. O halde bölge adliye mahkemesince; devir teslim tutanağında belirtmeyip de hükme esas alınan bilirkişi raporu ile belirlenen hasar ve eksiklikler yönünden, TBK 335. maddesine göre, bu hasar ve eksikliklerin ilk anda olağan inceleme ile fark edilip edilemeyeceği yönünden denetime elverişli rapor alınmalı, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmektedir"*. Tamamı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 30/06/2021 tarih ve 4107/7615 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹⁶⁹ İlgili tazminatın zamanaşımı süresi TBK 146 uyarınca on yıldır. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 562; Emin Zeytinoğlu, "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015/2, S. 28, s. 139; Erzurumluoğlu, s. 113. Bir görüşe göre olağan inceleme ile ortaya çıkan ayıplar bakımından süre ayıp bildirimini yapılmasından itibaren başlarken, gizli ayıplar bakımından ise ayıbın ortaya çıkması ve kiracıya başvurma imkanının doğması ile başlayacaktır. Bkz. Bayram, s. 164; Hazinedaroğlu, s. 81. Diğer bir görüş ise olağan inceleme ile ortaya çıkan ayıplar bakımından sürenin iade ile başlayacağını ileri sürmektedir. Bkz. Doğan, Özel Hükümler, s. 273; İnceoğlu, Cilt II, s. 526; Yılmaz, s. 100. Diğer görüş yönündeki Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 31/5/1984 tarih ve 3301/4142 sayılı kararının (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27/03/2023) ilgili bölümü şu şekildedir: *"Kiralayanı kiralananı fena kullanmasından ileri gelen tazminat hakkı, kiralananın tahliyesi ile muaccel olup, yasada başka zaman süresi öngörülmediğinden BK.nun 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir"*.

¹⁷⁰ Kiralananın uygun olmayan biçimde iadesi nedeniyle ortaya çıkacak tazminat bakımından kiracı yanında kefilin de sorumluluğu tartışılmaktadır. Fakat bilindiği üzere kefalet sözleşmesinin geçer-

sorumlu olacağı açıktır. Bahse konu tazminat bakımından dikkat edilmesi gerekli husus kiracının olağan kullanımının ilgili hesaba dahil edilmemesi gerektiğidir¹⁷¹. Zira daha önce de değinildiği üzere kiracı, sözleşmeye uygun kullanım nedeniyle ortaya çıkan eskime ve bozulmalardan sorumlu değildir¹⁷². Bu tazminatın hukuki sebebi Yargıtay'ın birtakım kararlarında¹⁷³ haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. Lâkin kanaatimce bu kabul hatalıdır¹⁷⁴. Zira kiralananın iadesi kira sözleşmesinin sona ermesinin tipik bir neticesidir ve doğal olarak kiracının sözleşmeden

li olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirli olması gerekir. Miktarı baştan belli olmayan bu tazminat için bir kimsenin kefil olması mümkün değildir. Bu hususta bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 20/10/2015 tarih ve 11972/8731 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 04/02/2023): *"Olayımıza gelince; davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan kira sözleşmesini davalılardan Nureddin Keşmer kefil olarak imzalamıştır. Her ne kadar sözleşmede kefaletin müteselsil olduğu belirtilmiş ise de hor kullanma tazminatı sözleşmenin kurulması sırasında belirli ve belirlenebilir bir alacak olmadığı gibi sözleşmede kefilin hor kullanma tazminatı ile sorumlu olduğuna ilişkin bir hükümde bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece kefil hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru değildir"*. Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 18/02/2015 tarih ve 6285/1486 sayılı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023); Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 04/02/2013 tarih ve 9850/1546 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023).

¹⁷¹ Karaman, s. 149.

¹⁷² *"6098 Sayılı TBK.nun 316 (BK 256) maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı tam bir özenle kullanmak ve aynı Kanununun 334 (BK 266) maddesi gereğince sözleşme sonunda aldığı hali ile kiralayana teslim etmekle yükümlüdür. Ancak kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla oluşan eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayıp münhasıran kötü kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasardan sorumludur. Davalının kiralananı kullandığı süre ve kullanma amacı gözetildiğinde olağan kullanımdan kaynaklanan yıpranma ve eskimelerin olacağı kuşkusuzdur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hasar kalemlerinin her biri için ayrı ayrı değerlendirme yapılmamıştır. Hasar kalemlerine ilişkin olarak hor kullanım ve olağan kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasar ayırımı yapıldıktan sonra kullanım süresi ile orantılı olarak yıpranma payının hesap edilip, alacaktan düşülmesi gerekir"*. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 17/11/2014 tarih ve 10306/12518 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10/01/2023). *"O halde mahkemece, bilirkişi raporuna taraflarca yapılan itirazlar da dikkate alınarak davaya konu edilen hasar kalemlerinin hor kullanmadan mı yoksa normal kullanmadan mı kaynaklandığı ve tahliye tarihi itibarıyla taşınmazda hor kullanmadan kaynaklanan hasar bedelinin ne kadar olduğu ve kullanım süresi ile orantılı olarak yıpranma payının hesabı için Yargıtay denetimine elverişli, bilirkişiden rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir"*. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 23/06/2015 tarih ve 7273/6359 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15/01/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 30/06/2014 tarih ve 16111/8638 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023); Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22/02/2016 tarih ve 5366/1144 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 17/01/2023); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25/03/2019 tarih ve 6723/2509 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21/10/2022); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 11/02/2020 tarih ve 5216/1092 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/01/2023).

¹⁷³ İlgili kısmı *"Kiralananı hor kullanım sonucu verilen hasar haksız fiil sonucu oluşan zarar kapsamında olup, haksız fiil tarihinden (tahliye) itibaren faiz istenebilir..."* şeklinde olan kararın tamamı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 10/11/2015 tarih ve 11888/9717 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/03/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 25/12/2013 tarih ve 12643/17246 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 09/03/2023).

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 515; Hazineoğlu, s. 53.

kaynaklanan borcudur¹⁷⁵. Bu nedenle ortaya çıkan zarar da sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve tazminat borcunun kaynağı da sözleşmedir.

Kiralananın olağan inceleme ile tespit edilebilecek ayıp ve eksiklikleri içerir biçimde teslim edilmiş olmasına rağmen kiraya verenin külfetlerini yerine getirmemesi hâli ise kiracının her türlü sorumluluktan kurtulmasına neden olur. Bu husus hükümde açıkça ifade edilmiştir. Meğerki kiracının hilesi bulunsun. Bu ihtimalde kiraya veren bildirimini geç yapmış olsa da haklarından faydalanabilir¹⁷⁶. Gizli ayıplar bakımından ise, bunların tespiti ile beraber kiraya verenin derhâl yazılı bildirim külfeti hükümde düzenlenmişse de buna aykırılığın yaptırımını düzenlenmemiştir. Yani olağan inceleme ile ortaya çıkan hasarlar nedeniyle külfetlerin yerine getirilmemesi hâli, açıkça, kiracının sorumluluktan kurtulmasının sebebi olarak nitelendirilmiş ve fakat gizli ayıbın ortaya çıkması sonrasında yazılı bildirim külfetinin yerine getirilmemesinin müeyyidesi hüküm altına alınmamıştır. Öğretide bir görüş, bu durumun; yasa koyucunun unutkanlığı yahut bilinçli bir hareketi olarak değerlendirilebileceğini belirtmekte ve bunların her birine bağlanacak sonucun farklı olacağını ileri sürmektedir¹⁷⁷. Kanaatimce gizli ayıp tespit edilir edilmez yazılı olarak bildirim yapılmalıdır¹⁷⁸, aksi hâlde kiracı tespit edilen bu ayıp ve eksiklikle sınırlı olmak üzere sorumluluktan kurtulacaktır¹⁷⁹.

Bahse konu külfetlerin yerine getirilme biçimi dışında irdelenmesi gereken bir diğer husus da kiraya verenin ayıplı biçimde teslim edilen kiralananı teslim almaktan kaçınma imkanının bulunup bulunmadığıdır. İleri sürülen bir fikre¹⁸⁰ göre, kiralananın ayıplı olarak iadesi hâlinde dahi kiraya veren kiralananı teslim almak zorundadır. Zira m. 335, kiraya verene, kiralananın iadesini reddetme hakkı vermemektedir. Kiraya verenin bu durumda yapması gereken yazılı bildirim ile zararın tazminini kiracıdan talep etmektir. Bir diğer görüşe¹⁸¹ göre ise kiraya veren kural olarak ayıplı olsa dahi kiralananı teslim almak zorundadır. Fakat TBK m. 475'e kıyasen, iadeyi kabul etmesi kendisinden beklenemeyecekse, bu hâlde kiraya veren teslim almaktan kaçınabilir¹⁸². Bu görüşler çerçevesinde denebilir ki

¹⁷⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 562; Bayram, s. 175; Doğan, Özel Hükümler, s. 273; Doğan, Adi Kira, s. 445; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 236; İnceoğlu, Cilt II, s. 515, dn. 1324; Zevkliler/Gökyaşla, s. 320.

¹⁷⁶ Yavuz, s. 532.

¹⁷⁷ Akyiğit, s. 120.

¹⁷⁸ Gizli ayıplara ilişkin bu durumun mehz İBK düzenlemesi ile aynı biçimde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Gümüş, Özel Hükümler, s. 268; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244. Bahse konu durumu bu görüşün aksi şekilde açıklayan fikir için bkz. Burcuoğlu, s. 101.

¹⁷⁹ Akyiğit, s. 120; Bayram, s. 161.

¹⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 598. Benzer yönde bkz. Bayram, s. 156; İnceoğlu, Cilt II, s. 513; Kılıçcıoğlu, s. 214; Makaracı Başak, s. 1935; Yavuz, s. 511.

¹⁸¹ Aydoğdu/Kahveci, s. 555; Doğan, Özel Hükümler, s. 267; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 242.

¹⁸² Aydoğdu/Kahveci, s. 555; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 242. Eser sözleşmesine ilişkin bu hükmün, kira sözleşmesine uygun olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 513-514.

kiracının usulüne uygun biçimde önerdiği iade teklifinin kiraya veren tarafından haklı bir neden olmadıkça reddedilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde kiraya veren alacaklı temerrüdüne düşecektir¹⁸³.

Kiraya verenin alacaklı temerrüdüne düşmesi hâlinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin devam edip etmeyeceği de öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu hâlde kiraya verenin külfetleri yerine getirme sorumluluğu kendiliğinden başlar¹⁸⁴. Zira kiraya verenin kendisine usulünce teklif edilmiş teslimi kabulden kaçınması hukuka aykırıdır ve bu nedenle külfetlerin işlemeye başlamaması ileride hasardan sorumlu kişiyi tespit etmeyi zorlaştırabilir¹⁸⁵. Aksi yöndeki bir görüş ise bu yorumun hükmün lafzına ve amacına aykırı olduğunu ileri sürmektedir¹⁸⁶. Bu görüşe göre, hükümde açıkça “geri verme anında” ifadesi yer almaktadır. İlaveten hükmün amacı, hasardan sorumlu olanı belirlemektir, bu nedenle kiralananı teslim almayan kiraya verenin bu davranışına ilgili sonucun bağlanması uygun değildir. Kanaatimce, usulüne uygun biçimde kendisine iade teklif edilmiş ve fakat kiralananı teslim almaktan kaçınmış olan kiraya veren alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacağından, bunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Örneğin uzun bir süre boyunca kiraya verenin temerrüdü nedeniyle teslim edilemeyen kiralananın zarara uğraması hâlinde, bahse konu temerrüt yüzünden ve bu temerrüt sırasında ortaya çıkacak sonuçlardan kiraya verenin sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Kiraya verenin kiralananı teslim almaktan kaçınması hâline ilişkin verilmiş kararlar, yüksek mahkemelerin bu husustaki eğiliminin aksi yöndeki görüşe yakın olduğunu göstermektedir. Zira özellikle konut ve işyeri kiralaları bakımından verilmiş kararlara göre, *kiralayan anahtarı almaktan kaçınırsa, kiracının yapması gereken, mahkemedен bu yolda tevdi mahalli tayinini isteyip, tayin edilecek yere anahtarı teslim etmek ve durumu kiralayana bildirmektir*¹⁸⁷. Anahtarın tevdi edildiği hâllerde ise mahkemeler, bu işlemin kiraya verene tebliğ tarihini tahliye tarihine esas almakta ve kiraya verenin külfetlerini yine bu tebliğ tarihinden itibaren başlatmaktadırlar¹⁸⁸.

¹⁸³ Bayram, s. 156; Eren, s. 401; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244; Inceoğlu, Cilt II, s. 497.

¹⁸⁴ Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 244; Hazinedaroğlu, s. 84.

¹⁸⁵ Hazinedaroğlu, s. 84.

¹⁸⁶ Inceoğlu, Cilt II, s. 522.

¹⁸⁷ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 28/01/2014 tarih ve 6201/983 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 21/01/2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 30/11/2020 tarih ve 10233/7199 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

¹⁸⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 22/01/2020 tarih ve 4694/490 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19/10/2022).

SONUÇ

Kira sözleşmesinin sona ermesinin en önemli sonuçlarından biri kiralananın kiraya verene iadesidir ve kural olarak kiralanan teslim alındığı hâliyle geri verilmelidir. Kiracının yapacağı iadenin makbul sayılması için kiralanan ayıpsız ve eksiksiz durumda geri verilmelidir. Kiracının, olağan kullanım dolayısıyla meydana gelen eskime ve bozulmalardan ise sorumluluğu bulunmamaktadır.

Kiralananın kiraya verenden alındığı durumda geri verilmemesi kiracının tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilir. Bu tazminat hor kullanma tazminatı olarak isimlendirilmektedir. Kaynağını sözleşmeden alan kiracıya ait bu sorumluluğun doğması için sözleşmesel sorumluluğa ait genel şartlar yanında birtakım özel koşulların da varlığı aranmaktadır. Bahse konu koşullar kiraya veren açısından düzenlenmiş ve TBK m. 335'te hüküm altına alınmıştır. Buna göre kiraya veren teslim sırasında kiralananı gözden geçirmeli ve tespit ettiği ayıp ve eksiklikleri kiracıya yazılı olarak bildirmelidir. Kanun'da her ne kadar bu külfetlere konu hususlar ayıp ve eksiklik olarak ifade edilse de bahse konu kavramlar teknik anlamıyla değil, hor kullanma sebebiyle ortaya çıkan hasarlar olarak anlaşılmalıdır. Gözden geçirme ve bildirim olarak yerine getirilmesi gerekli bu fiiller birer külfet niteliğindedir. Kiraya verenin bu külfetlerini yerine getirmemesi hâlinde kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Kiraya verenin olağan inceleme sırasında tespit edemediği bir hasarı sonradan fark etmesi, yani gizli bir ayıp tespit etmesi hâlinde de bunu derhâl kiracıya yazılı olarak bildirmesi gerekir. Aksi durumda kiracının tespit edilen hasarla sınırlı olmak üzere sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Gözden geçirme külfeti bakımından önemli olan kiraya verenin dürüst bir kimsenin yapacağı şekilde kiralananı incelemesi ve tespit edebildiği kadarıyla hasarları bildirimine konu etmesidir. Yani kiraya verenin kiralananı alelâde bir biçimde tetkik etmesi yeterlidir. Bu külfetin yerine getirileceği zaman dilimini belirlemek için faaliyet kendi içinde iki kısma ayrılarak incelenmelidir. Buna göre, kiralananın teslimi sonrasında, teslim ile inceleme arasındaki zaman dilimi ilk kısmı ve incelemenin tamamlanma süresi ikinci kısmı oluşturur. Gözden geçirme faaliyetinin tamamlanması için genelgeçer bir süre tayin etmek mümkün değildir. Bu külfetin yerine getirilmesi somut olay ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli ve eğer şartları mevcutsa zaman bakımından kiraya verene esneklik tanınmalıdır. Her ne kadar kiraya verenin haklı gerekçeleri bu külfeti derhâl yerine getirememesi bakımından kabul edilebilirse de gözden geçirmede asıl kural geri verme sırasında bu faaliyetin derhâl icra edilmesidir. Anılan nedenle kiraya verenin ileri sürdüğü mazeret genel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek nitelikte olmalıdır.

Gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi bakımından somut olay bağlamında inceleme yapılması, bugüne değin verilmiş Yargıtay ve ilgili BAM daire-

leri kararlarında da tatbik edilmiş ve yüksek mahkemeler de gözden geçirme için belirli bir zaman tayin etmemişlerdir.

Gözden geçirme külfetini yerine getiren kiraya veren bu faaliyet sırasında tespit ettiği hasarları derhâl kiracıya bildirmelidir. Bu külfetin yerine getirileceği zaman bakımından, kanun koyucunun derhâl nitelemesinin hangi süreye karşılık geldiğine ilişkin açıklamalar gözden geçirme ile paraleldir. Bildirim için de kesin veya ortalama bir süre verilmesi mümkün değildir. Bildirim zamanı somut olay ve dürüstlük kuralı çerçevesinde incelenmeli ve bildirim derhâl yapılıp yapılmadığı bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yine zamanında gönderilmiş olması kaydıyla bildirim kiracıya geç ulaşmasından kural olarak kiraya veren sorumlu değildir.

Kiracıya yapılacak bildirim yazılı Şekle tabidir. Ayrıca bu yazılı bildirim içeriği, kiracıyı aydınlatıcı niteliği haiz olmalı ve kiraya verenin tazminat talep edeceği iradesi bildirimden anlaşılmalıdır. Kiracının sorumlu olduğu tazminat tutarının bildirimde yer almasına ise gerek bulunmamaktadır.

Uygulamada bazı hâllerde kiraya veren, gözden geçirme faaliyeti neticesinde doğrudan dava açmaktadır. Her ne kadar mahkemeler bu hâlde açılan davayı yazılı bildirim koşulu sağlanmadığından reddetseler de bir yazılı bildirimden beklenen tüm Şartları taşımak koşuluyla kiraya verenin dava açması, yazılı bildirimden beklenen tüm faydayı evleviyetle sağlamaktadır. Bu nedenle kiraya verenin tespit ettiği hasarları dava ederek bildirmesi geçerli kabul edilmelidir. Bazı hâllerde ise kiraya veren icra takibi başlatmak suretiyle bildirim yapmaktadır. Bu hâlde takip talebi içeriğinde ayıp ve eksikliklerin açıklanmış olması yahut takip talebi ekine ilgili açıklamayı haiz bilirkişi raporu vb. unsurların eklenmesi kaydıyla kiraya verenin bildirimi yine geçerli bir bildirim addedilmelidir.

Kiralananın iadesi sırasında kiraya veren ve kiracının teslim tutanağı düzenlemesi de mümkündür. Bu hâlde düzenlenen teslim tutanağına kiralananadaki hasarların eklenmesi ve bunun kiracı tarafından imzalanması hâlinde kiraya verenin ayrıca bildirim yapmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu durumda kiracı artık hasarlar konusunda aydınlatılmış olmaktadır. Fakat kiracının ilgili tutanağı imzalamaktan imtina etmesi hâlinde tutanağın kendisine gönderilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu, kiralananın hasarlı biçimde teslimine ilişkin kiraya verene tazminat talep etme hakkı tanımışsa da kiracının usulüne uygun Şekilde önerdiği iade teklifini haklı bir neden olmadıkça reddetme imkânını vermemiştir. Aksi durum kiraya verenin alacaklı temerrüdüne düşmesine ve bunun sonuçlarına katlanmasına neden olur.

KAYNAKÇA

- Acar, F, *Kira Hukuku Şerhi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Akcaal, M/ Uyumaz, A, “Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2013, s. 297-325.
- Akyiğit, E, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Antalya, O. G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aral, F/Ayrancı, H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ayanoğlu Morali, Ahu, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m. 347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi”, *Kazançlı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 108-131.
- Aydınlıyım, S, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması*, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara, 1973.
- Aydoğdu, M/Kahveci, N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Bayram, Aziz Erman, “Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XXI, S. 4, s. 131-181.
- Burcuoğlu, Haluk, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı*, İstanbul, 2007, s. 87-120.
- Doğan, Murat, “Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004 (Adi Kira), s. 443-476.
- Doğan, Murat, “Kira Sözleşmesi”, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ed: Turgut Öz), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler).
- Doğu, Hicret, *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi*, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022.
- Erdoğan, Hasan, *Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erzurumluoğlu, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, 2016.
- Gökyayla, K. Emre, “Kiralanda Kiracı Tarafından Yenilik ve Değişiklik Yapılması”, *Yargıtay Kararları İşığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (Ed: Hulki Cihan/Tuççe Tuzcuoğlu), On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 173-201.
- Gümüş, M. Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Özel Hükümler).

- Gümüş, M. Alper, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Kira Sözleşmesi).
- Hazinedaroğlu, Elif, *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi Borcu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022.
- İnceoğlu, Murat, “Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 52-88.
- İnceoğlu, Murat, *Kira Hukuku Cilt I*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014 (Cilt I).
- İnceoğlu, Murat, *Kira Hukuku Cilt II*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014 (Cilt II).
- Kahveci, Nalan, “6098 Sayılı TBK. nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 695-728.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, 2002.
- Karaman, Tuba, *Kiracının Sözleşmeye Uygun ve Özenle Kullanma Borcu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Kaya, Asım, “Kiralayan ve Kiracının Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapması”, *TBB Dergisi*, 2014 (115), s. 315-340.
- Kılıççıoğlu, Mehmet Samet, *Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Koç, Nevzat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2014, s. 69-107.
- Köküsarı, Elif, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Makaracı Başak, Aslı, “Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu- Cilt 2 Özel Borç İlişkileri* (Ed: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Murat Develioğlu), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Öktem Çevik, Seda, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Öztaş, İlker, *Kiralanda Yenilik ve Değişiklik Yapılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Serozan, Rona, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Sırataş, Burcu, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 1/2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri II. Cild Özel Borç İlişkileri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.
- Türkmen, Ahmet, “Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK m. 321)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (1), 2013, s. 219-250.
- Ural Çınar, Nihal, “TBK m. 316 Çerçevesinde Genel Olarak Kiracının Özenle Kullanım ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (1), 2016 (TBK m. 316), s. 719-741.
- Ural Çınar, Nihal, *Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (Kira Bedeli).
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Yavuz, Nihat, *Kira Hukuku*, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Yılmaz, Halil, “Kiracının Taşınmazı Özenle Kullanma Borcunun İhlali”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, s. 95-100.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Zeytinoğlu, Emin, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015/2, S. 28, s. 111-144.

Elektronik Kaynaklar:

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-335>.

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en#art_267_a.

KAMU HUKUKU



Ceza Muhakemesi Kanunu 133. Madde Uyarınca Verilen Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atanmasına Dair Kararın Kaldırılmasına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the Jurisdiction's Decision to Remove the Decision on the Appointment of a Trustee for the Management of the Company According to Article 133 of Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM^(**)

Öz

Şirket yönetimi için kayyım tayini 5271 sayılı CMK'nın 133. maddesinde düzenlenmiş özel nitelikte bir koruma tedbiridir. İlgili maddede tedbire nasıl ve hangi şartlarla karar verileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine tedbirin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu husus hem öğreti görüşlerine hem de yargı içtihatlarına konu olmuştur. Uygulamada ise, kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine kayyım tayini koruma tedbirinin kendiliğinden sona ereceği kabul edilerek hareket edildiği ve fakat sulh ceza hakimliklerinin bu kabulden hareketle kendilerine yapılan tedbirin kaldırılmasına ilişkin talepleri "karar vermeye yer olmadığı" gerekçesiyle reddettiği görülmüştür. Bu durum ise, uzun süreler (aylarca) şirket yönetimlerinin haksız olarak kayyımda kalmasına neden olduğu ve şirket ortakları/sahipleri tarafından şirket yönetimlerinin geri alınamamasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu bakımdan haksız olarak uygulanmaya devam edilen "şirket yönetimi için kayyım tayini" koruma tedbiri nedeniyle bireylerin mağduriyetine sebep olunması ve mülkiyet hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu konuya ilişkin verilmiş Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2018/5333 Esas ve 2018/5602 Karar sayılı ve 31/12/2018 tarihli kararı çerçevesinde yasal düzenleme ve öğreti görüşleri de dikkate alınarak bir çözüme ulaşılması gerekmektedir.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 09.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 29.03.2023
DOI: 10.56701/shd.1262549

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: mehmetseydam@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9027-8430>

Çalışmada yasal düzenleme, öğretici görüşleri ve Yargıtay içtihadı birlikte değerlendirilerek sorunun tespiti yapılacak ve çözüm önerisi sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kayım Tayini, Koruma Tedbiri, Kuvvetli Şüpheli, Kovuşturmaya Yer Olmadığı, Karar Vermeye Yer Olmadığı.

Abstract

The protection measure for the appointing of a trustee for the company management is a particular protection measure regulated in Article 133 of the Criminal Procedure Law numbered 5271. Although the relevant legal regulation arranges how and under what conditions the measure will be decided. Despite this, there is no clear statement that the measure will automatically end upon the decision not to prosecute during the investigation phase. This issue has been the subject of both doctrinal views and judicial jurisprudence. In practice, it is accepted that the protection measure of the appointing a trustee will end automatically upon the decision not to prosecute. Generally, it is seen that the court of peace rejected the requests for the removal of the measure because of “no ground for rendering a verdict.” This situation causes the company management to remain in the trustee’s management unfairly for extended periods (months). Also, the company partners/owners cannot take back control of the company management, and this issue is criticized. In this respect, due to the “appointment of a trustee for the company management” protection measure, which continues to be applied unjustly, it will be possible to cause grievances of individuals and to violate the right of property unlawfully. Within the framework of the decision of the 16th Penal Chamber of the Supreme Court of Appeals, numbered 2018/5333 and Decision number 2018/5602 and dated 31/12/2018 on this issue, a solution should be reached by taking into account the legal regulations and doctrinal opinions.

In the study, legal regulation, doctrinal views, and jurisprudence of the Supreme Court will be evaluated together, and a solution proposal will be presented by determining the problem.

Keywords

Appointment of Trustee, Protective Measure, Strong Suspicion, Decision of Non-Prosecution, No Ground for Rendering a Verdict.

GİRİŞ

“Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 2018/5333 Esas ve 2018/5602 Karar sayılı, 31/12/2018 tarihli kararında¹ şirket yönetimine ilişkin kayımların atanmasına ilişkin ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın yararına bozma başvurusu üzerine hükme bağlanmıştır. Karara konu olan olayda silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheliler ... ve Murat Öztürk hakkında yapılan soruşturma sonucunda İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca 23/11/2017 tarihli ve 2017/67355 soruşturma sayılı kovuşturmaya yer olmadığına ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133/1. maddesi uyarınca şüphelilerin ortağı olduğu şirketler açısından ise İzmir 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 23/06/2017 tarihli

¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/5602 (31 Aralık 2018).

ve 2017/3796 değişik iş sayılı kararı ile atanan kayyım tedbirinin sona erdirilmesine karar verilmiştir. Söz konusu karar üzerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının anılan 23/11/2017 ek kararının uygulanmadığından bahisle, söz konusu şirketler üzerindeki kayyım kararının kaldırılması talebinde bulunulmuştur. İzmir 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 26/04/2018 tarihli ve 2018/2728 değişik iş sayılı kararında görev ve yetkisi olmadığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına yönelik bir hüküm tesis etmiştir. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı anılan şirketler üzerindeki kayyım kararının kaldırılması amacıyla, İzmir 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 02/08/2018 tarihli ve 2018/4622 değişik iş sayılı kararına karşı İzmir 1. Sulh Ceza hakimliğince yapılan itirazın reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine kanun yararına bozma çerçevesinde karar 16. Ceza Dairesine gitmiştir...”²

² “...5271 sayılı Kanununun 133’üncü maddesinde, şirket yönetimi için kayyım atama kararı ile ilgili Cumhuriyet savcısına herhangi bir karar alma yetkisi tanınmadığı, kayyım atanması ve atama kararının kaldırılmasına ilişkin kararın, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından verileceği, sulh ceza hâkimliği veya mahkeme tarafından verilen kararların re’sen Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılabilmesi için kanunda açık hüküm bulunması gerektiği, örneğin şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşya, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tâbi tutulmayacağından anlaşılmasına karşın, kayyım tayini ya da talep üzerine geri verilebileceği, bu durumda yetkili makâmın soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı ve hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme olduğu, özel elkoyma türü olan kayyım tayini koruma tedbirine karar verme yetkisi ise, hâkim ve mahkemeye verilmiş olduğundan, gerek kalmaması durumunda bu tedbirin kaldırılmasına da hâkim veya mahkeme tarafından karar verilmesi gerekeceği, benzer şekilde, 5271 sayılı Kanununun 103’üncü maddesinin ikinci fıkrasında; Cumhuriyet savcısına soruşturma evresinde adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varması durumunda, şüpheliyi re’sen serbest bırakabilme yetkisi tanınmasına karşın, kayyım tayini ile ilgili 133’üncü maddede böyle bir yetkiye yer verilmediği cihetle, somut olayda şüphelilerin ortağı olduğu şirketlere İzmir 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 23/06/2017 tarihli ve 2017/3796 değişik iş sayılı kararı ile atanan kayyım tedbirinin sona erdirilmesine ilişkin talebi inceleme görev ve yetkisinin de sulh ceza hâkimliğine ait olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesi ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararların bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadedeli 12/11/2018 gün ve 94660652-105-35-14099-2018-Kyb sayılı yazılı istemlerine müsteniden ihbar ve mevcut evrak tebliğ olunmuştur...

Kanun Yararına Bozma İstemine İlişkin Uyuşmazlığın Kapsamı: “Silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan yapılan soruşturma kapsamında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133’üncü maddesi gereğince verilen şirket yönetimi için kayyım atama kararının, soruşturmanın kamu adına kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar ile tamamlanması durumunda hangi mercii tarafından sonlandırılacağına dairdir”

CMK’nın 133/1. maddesinde, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkemenin, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği hükmüne yer verilerek, kayyım atama işleminin mutlaka hakim ya da mahkeme kararı ile yapılabileceği kabul edilmiş ise de, bu tedbirin hangi merci tarafından son-

landırılacağına dair CMK'da bir hükme yer verilmiş değildir. Gerçi anılan kanunun 131. maddesinde genel manada el konulan eşyanın iadesine hangi mercilerin karar vereceği sayılmıştır. Ne var ki, gerek 131. maddenin sistematik açıdan düzenleme yeri itibarıyla 133. maddeyi de kapsayacağına dair bir atfı yer verilmemesi, gerekse şirkete kayyım atanmasının karar verme merci itibarıyla daha güvenceli, şartları itibarıyla de daha sınırlayıcı sıkı koşullara bağlanması birlikte değerlendirildiğinde CMK'nın 131. maddesinin, 133. maddesi yönünden uygulanma yeri bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak kanunun 133/3. maddesindeki atıfla bu konudaki boşluğun 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeler ışığında doldurulabileceğine işaret ettiği söylenebilir. Esasen kayyımlik müessesesi, medeni hukukun bir enstrümanı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 403 ve devamı maddelerinde yer almıştır.

Temel haklara doğrudan müdahale anlamına gelen ve geçici/arızı olma vasfıyla demokratik toplum için zorlayıcı bir gereklilik olduğunda meşruluk kazanan bu tedbirin, varlık sebebi ortadan kalkar kalkmaz sona ereceği tartışmadan varestedir. Nitekim 4721 sy. TMK'nın 470. maddesi gereğince küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. 471. maddesine göre, öz-gürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Keza 3713 sayılı TMK'nın "Zararların tazmini amacıyla tedbir konulması" kenar başlıklı 20/A-maddesi gereğince, "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve bu Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçlarının devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine ve bu kişilerin yardımlaşma kurum ve sandıklarından olan alacaklarına tedbir konulmasına karar verilebilir. Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili karar ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh vermek suretiyle icra olunur. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren iki yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir. CMK'nın 103/2. maddesine göre, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır. CMK'nın 127/3. maddesine göre, hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma yirmidört saat içinde hakim onayına sunulmazsa el koyma kendiliğinden kalkar.

Yasa koyucu Medeni Kanunun 470 ve 471. maddelerinden farklı olarak 472. maddesinde, diğer kısıtlılar üzerindeki vesayetin, yetkili vesayet makamının kararıyla sona ereceğini, vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması üzerine vesayet makamının, vesayetin sona ermesine karar vermesi gerektiğini tespit etmektedir. Anılan yasanın 477/2. maddesinin amir hükmüne göre de; yönetim kayyımlığı, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona erer. Kayyımın görev süresini vesayet makamı belirler (MK madde 458).

Bu düzenlemelerden şu sonuca ulaşmak mümkündür: Geçici/arızı bir durum olan bu tedbirler, gerektirici sebep ortadan kalktığında yasal düzenlemede açıkça belirtilmişse kendiliğinden sona erer. Aksi halde ihbari mahiyette de olsa tedbiri va'zeden merciin kararı ile kaldırılması gerekir. TMK'nın 477/2. maddesinde de kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması ile yönetim kayyımlığının kendiliğinden sona ereceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, bu hususta yetkili vesayet makamından yani kayyımı atayan merciden bir karar alınması zorunludur.

Kanun vazıı, kimileyin CMK'nın 103/2. maddesinde olduğu gibi müdahale edilen hakkın önemine binaen koruma tedbirini sonlandırma kararını/yetkisini istisnaabilinden Cumhuriyet savcısına devretmiş görünse de, şirkete kayyım atanması tedbirinde böyle bir istisnayı benimsememiştir.

Diğer taraftan incelemeye konu İzmir 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 13/08/2018 tarihli ve 2018/4652 değişik iş sayılı kararında, soruşturma evrakı kapsamında bulunan ve kayyım atanmasına esas teşkil eden raporun yetersiz olması ve bu rapordan sonra da şüpheliler lehine bir delilin ikame edilmemesi gerekçesine yer verilmişse de; soruşturmanın 5271 sayılı CMK'nın 172. maddesi gereğince kovuştur-

I. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Olayda, şüpheliler... ve Murat Öztürk haklarında yapılan soruşturma kapsamında Başsavcılık tarafından kovuşturmaya yer olmadığına ve şüphelilerin ortağı olduğu şirketlere atanan kayyım tedbirinin sona erdirilmesine karar verilmiştir. Tartışmaya konu olan olay, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar değil, şirketlere atanan kayyım tedbiridir. Nitekim söz konusu karar olmasına karşın fiili olarak tedbir kendiliğinden sona ermemiş, tedbirin sona ermesi için hakimlik kararına ihtiyaç duyulmuştur. Bu bakımdan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133/1. Maddesinin kayyım kararının nasıl kaldırılacağına dair açık hüküm içermemesi nedeniyle uygulamada tartışmalı kararlar verilmektedir. Kararın doğru hukuki değerlendirmesinin yapılabilmesi için şirkete kayyım tayininin genel şartları ortaya konulacak, daha sonra karar değerlendirmesi yapılarak şirket yönetimi için atanan kayyım kararının kaldırılması hususu incelenecektir.

II. ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM TAYİNİNİN GENEL ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Kayyım İngilizce “Trustee” olarak ifade edilmektedir³. Kayyımın görevleri, yetkileri, ne tür mallara ve hangi durumlarda şirketlerin yönetimine atanacakları ile ilgili hususlara ilişkin Anglo-Sakson hukukunda çeşitli düzenlemeler yer almaktadır⁴. Şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbiri ilk defa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “genel hükümler” başlıklı Birinci Kitap, “koruma tedbirleri” başlıklı dördüncü kısım, “arama ve elkoyma” başlıklı dördüncü bölümü madde 133’te düzenlenmiştir. Bu tedbir, kanunda sınırlı olarak sayılan suçlara ilişki olarak belli şartların gerçekleşmesi suretiyle başvurulabilecek özel

maya yer olmadığına kararı verilerek sona erdirilmesine, itiraz merciinin inceleme konusunun iş bu kovuşturmaya yer olmadığına kararı değil, şirkete kayyım atanması kararının kaldırılması talebinin reddine ilişkin İzmir 5. Sulh Ceza Hakimliğinin kararları olmasına ve ortada devam etmekte olan bir soruşturma ya da kovuşturma süreci bulunmamasına nazaran CMK’nın 133. maddesinde düzenlenen kontrol tedbirinin uygulanma imkanı da kalmadığından inceleme konusu karar gerekçesinin bu yönüyle de hukuki isabet taşımadığı görülmektedir.

Şu hale göre; kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde gerektirici sebep ortadan kalktığından, yetkili ve görevli İzmir 5. Sulh Ceza Hâkimliğince daha önce CMK’nın 133. maddesi gereğince ilgili şüpheliler hakkında verilen şirkete kayyım atama kararının sonlandırılmasına karar verilmesi gerekirken, yasaya yanlış anlam yükleyerek oluşturulan gerekçelere dayanan gerek anılan hakimliğin, gerekse itirazı reddeden merci İzmir 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin incelemeye konu kararları ile yazılı şekilde karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”

³ “Trustee” üçüncü kişilerin malvarlığını elinde tutan ve kayyım olarak bu malvarlığını yöneten kişi olarak nitelendirilmektedir. (“Trustee is third party who is authorized by a settlor to exwcute and manage trust assets.”) Ayrıntılı bilgi için bkz. Cornell Law School, <https://www.law.cornell.edu/wex/trustee> (Erişim Tarihi: 6 Mart 2023).

⁴ David Johnson, “Trustee Quandary: Criminal Activity by a Beneficiary with or on Trust Property” *Lexisnexis*, Spring, 2022, p. 2.

bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Kanuni düzenlemeyle bir şirketin faaliyeti çerçevesinde suç işlendiğinin anlaşılması üzerine şirketin işlerini yürütecek veya şirket tarafından alınan kararları denetleyecek/onayacak bir mercinin oluşturulması amaçlanmıştır⁶. Yargılama süreçlerinin uzunluğu da dikkate alındığında soruşturma ve kovuşturma sürecinde kayyım tayini ile şirketin malvarlığı değerleri korunacak, şirket faaliyeti devam edecek, şirket çalışanlarının hak kayıpları önlenecek ve kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi durumunda şirketin zarar etmesinin önüne geçilmiş olacaktır⁷.

Şirket yönetimine kayyım tayini tedbirinin süre bakımından uygulanmasına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak hükmün kesinleşmesiyle görevin sona ereceği ileri sürülmektedir⁸.

Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesinde düzenleme alanı bulan şirket yönetimi için kayyım tayini şu şekilde düzenlenmiştir:

“Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyımaya verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

(2) Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır...”⁹.

⁵ Cumhuriyet Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 363.

⁶ Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022) s. 364.

⁷ Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 364.

⁸ Ragıp Şahin, *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 232.

⁹ CMK m.133/ “... (3) İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

(4) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a) Türk Ceza Kanununda yer alan, 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 3. Parada sahtecilik (madde 197), 4. Fuhuş

Söz konusu düzenlemede yer alan tedbirin konusunu özel hukuk tüzel kişiliğini haiz ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinin birinci fıkrasına sayılan; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Düzenlemede şirket ibaresi yer alması nedeniyle özel hukuk tüzel kişisi olan ve fakat şirket niteliği bulunmayan dernek, vakıf, siyasi parti ve sendika gibi kuruluşlar için ise tedbirin uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir¹⁰.

Kanun maddesine, maddenin birinci fıkrasında yer alan “*yetkilerinin*” ibaresinden sonra “*ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin*” şeklindeki ifade 1 Temmuz 2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanunun 32. maddesiyle eklenmiştir. Bu değişiklikle birlikte şirket yönetimine kayyım tayinin yanında yönetim organlarının yetkileri, ortaklık payları veya menkul kıymetlere de kayyım tayin edilebileceği kabul edilmiştir.

CMK'nın “Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” başlıklı 128. maddesinde düzenlenen koruma tedbirine başvurulması halinde el konulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresinin gerektiği durumlarda bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla da kayyım atanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durumda kayyımılığı ilişkin CMK m.133 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir¹¹.

Ayrıca CMK'nın “Zorlama amaçlı elkoyma ve teminat belgesi” kenar başlıklı 248. maddesinde kaçığın mallarının idaresi bakımından da kayyım atanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre; “*Kaçığın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi veya mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için*

(madde 227), 5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), 6. Zimmet (madde 247), 7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları,

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(5) (Ek: 1/7/2016-6723/32 md.) Bu madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davaları, 142 ila 144 üncü maddeler uyarınca Devlet aleyhine açılır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu eder”.

¹⁰ Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), s. 500.

¹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) (Ek: 15/8/2016-KHK-674/13 md.; Aynen kabul: 10/11/2016-6758/13 md.) m.128/10. Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133 üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır. <https://www.mevzuat.gov.tr>.

*kayım atanır. Elkoyma ve kayıym atama kararı müdafine bildirilir*¹². Bu hüküm de, kayıym atamasına ilişkin özel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Düzenlemede şirket yönetimi için kayıym atanmasının yanı sıra mallara, hak ve alacaklara da kayıym atanabileceği öngörülmüştür.

Anlaşılabacağı üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre üç farklı şekilde kayıym tayin edilebilecektir. Birincisi 128. maddede yer alan genişletilmiş elkoymadır. Bu hüküm (taşınmazlara, haklara ve alacaklara) koruma tedbiri kapsamında elkonulan eşyayı kapsamaktadır. İkincisi doğrudan şirketin yönetimine elkonulmasını düzenleyen 133. madde hükmüdür. Üçüncüsü ise CMK m.248'de düzenlenen zorlama amaçlı el koyma sonucu kaçakların mallarının yönetimi için kayıym atanmasıdır¹³.

B. ŞİRKETE KAYIYM TAYİNİNİN AMACI VE TEDBİRİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Şirketler ekonomik hayatın önemli aktörleri olmasına karşılık özellikle sermaye şirketleri olan anonim ve limited şirketlerin faaliyetleri çerçevesinde bazı suçların işlenmesi mümkündür. Şirketlere kayıym atanma koruma tedbiri bu çerçevede şirketlerin suç işlenmesinde araç olarak kullanılmalarına engel olma amacı gütmektedir. Suça araç olan şirketlere tedbir uygulanmasının bir diğer nedeni bundan sonraki faaliyetlerinin devlet kontrolü altına alınmasıdır. Ayrıca suçun işlendiğinin sabit olmadığı ve yargılamanın devam ettiği düşünüldüğünde, şirketin sonlandırılmasının ekonomik hayat bakımından önemli zararlar doğuracağı ve çalışanların mağduriyeti ile yargılama sonunda masumiyetin anlaşılması veya soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi ile telafisi güç olan zararların doğacağı da düşünüldüğünde, şirket faaliyetinin kontrollü olarak devam etmesinin daha doğru olduğu görülmektedir. Bu bağlamda suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla şirket yönetimine kayıym atanarak hem şirketin faaliyetine devam etmesi hem de suçun işlenmesinin önlenmesi amacı gerçekleşmiş olacak ve hatta suçun sabit olduğu durumlarda müsadere kararının infaz edilebilirliği de sağlanmış olacaktır¹⁴. Çünkü şirket yönetimi için kayıym tayini ile şirketler önemli değer kayıplarına uğramaktadırlar. Söz konusu düzenlemenin yapılaş amacı da öncelikle bu değer kayıplarını en aza indirmek veya sona erdirmektir¹⁵.

¹² Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 501.

¹³ Mustafa Uğur Demiral, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayıym Tayini*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), s. 38.

¹⁴ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), s. 444; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 501.

¹⁵ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), s. 529.

Şirket yönetimi için kayyım tayini düzenlemesi yukarıda ifade edilen amaçların dışında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, tedbirin uygulanmasıyla delillerin yok edilmesi ve değiştirilmesinin önüne geçilmesi ve delillere erişimin sağlanmasını da amaçlamaktadır¹⁶.

Şirket yönetimi için kayyım atanması geçici bir koruma tedbiridir. Bu bakımdan müsadere de ayrılmaktadır. Ayrıca bu tedbirle atanacak kayyım hem yönetim ve hem de onay yetkisi verilmektedir¹⁷.

C. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ KARARINI VERME YETKİSİ

Şirket yönetimine kayyım atanması kararını verme yetkisi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre hakim veya mahkemeye aittir. CMK m.133/1'e göre, "*Soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir.*" Yasal düzenlemeye göre, hem soruşturma evresinde ve hem de kovuşturma evresinde şirket yönetimi için kayyım atanabilecektir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma evresinde cumhuriyet savcısının istemi veya re 'sen yargılamayı yapan mahkeme tarafından karar verilecektir¹⁸.

D. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ KARARININ UYGULANABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

Şirket yönetimi için kayyım atanması kararının uygulanabilmesi için birtakım koşulların oluşması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 133. maddesindeki düzenleme şu şekildedir; "*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde... Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.*"

Bu düzenlemeye göre, "şirket yönetimi için kayyım tayini" koruma tedbirinin uygulanabilmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir¹⁹:

¹⁶ Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 444; Abdurrahman Burak Karahan, *Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık), s. 38.

¹⁷ CMK m.133/1. "*Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyım verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.*" Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 501.

¹⁸ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 501; Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 365; Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 444; Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), s. 436; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), s. 447.

¹⁹ Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), s. 492; Bahri Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022) s. 531; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 502; Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 365;

- a. Şirketin faaliyeti çerçevesinde katalogda sayılan suçlardan birinin işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir. Kanun koyucu basit şüphe, makul şüphe veya yeterli şüpheyi yetersiz görerek tedbirin niteliği gereği kuvvetli şüpheyi aramıştır. Şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbiri mülkiyet hakkına ağır bir müdahale oluşturduğu için, şirket ortağı, çalışanlar ve şirketle ticari ilişki içerisindeki gerçek kişiler, tüzel kişiler ve ticari işletmeler açısından pek çok etki oluşturacağından, “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin uygulanabilmesi için kanun koyucu kuvvetli şüphenin varlığını zorunlu görmüştür²⁰. Bu koruma tedbirinin uygulanması için katalogda düzenlenen suçların şirket faaliyeti çerçevesinde işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunması gerekmektedir. Yani şirket ortaklarının katalogda sayılan suçlardan birini işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe şirket yönetimine kayyım atanması için yeterli değildir. Çünkü kanuni düzenleme açıkça şirket faaliyeti çerçevesinde suçun işlenmesine ilişkin kuvvetli şüphe aramaktadır. Bu bağlamda, özellikle şirket ortaklarından birinin veya birkaçının terör örgütüne üye olduğuna veya terör örgütüne finansman sağladığına ilişkin kuvvetli şüphenin bulunduğu durumlarda, ilgili ortakların şirket üzerinden terör örgütünü finanse ettiğine ilişkin kuvvetli şüphenin de tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde şirket yönetimi için kayyım tayini için aranan kuvvetli şüphe gerçekleşmediğinden, bu koruma tedbirine başvurulamayacaktır. Yani şirket ortaklarından birinin veya birkaçının sırf bir terör örgütüne üye olması veya terör örgütünü finanse etmesi, tek başına şirkete kayyım atanmasına imkân sağlamayacaktır. Ayrıca bu şirket ortağının şirketi terör örgütünü finanse etmede araç olarak kullandığı ve şirket faaliyeti çerçevesinde terör örgütünün finanse edildiğine ilişkin kuvvetli şüphenin de oluşması gerekir. Çünkü ilgili şirketin aile şirketi olması ve şirket üzerinden terör finansmanına ilişkin hiçbir işlem yapılmamış olması da muhtemeldir. Bu durumda ise sırf şirket ortağının terör suçu işlemiş olması veya terör finansmanı sağlamış olması şirkete kayyım atanması için yeterli olmayacaktır. Ancak teröre finansman sağlayan şirket ortağının, şirketi suçta araç olarak kullandığına, şirket gelirlerini terör örgütünün finansmanına tahsis ettiğine ilişkin kuvvetli şüphe varsa kayyım tayinine ilişkin karar verilebilecektir.
- b. Bu tedbire başvurabilmenin ikinci koşulu, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olmasıdır. Koruma tedbirlerinin en önemli özelliği, ted-

Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 444; Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 436; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 365-366; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 447; Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 614-615.

²⁰ Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), s. 44.

birlerin uygulanmasıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesidir. Koruma tedbirlerine bu sınırlayıcı fonksiyonları nedeniyle ilk fırsatta başvurulmaması gerekir²¹. Öğretide, madde lafzında geçen “gereklilik” ifadesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için tedbire başvurunun zorunlu olması, yani diğer tedbirlere başvurularak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının imkansız olması anlamına gelmektedir²².

- c. Şirket yönetimi için kayyım tayini ancak CMK m.133/4’te sayılan suçlarla ilgili olarak başvurulabilecek bir koruma tedbiridir. Bu bakımdan katalog olarak sayılan suçlardan birinin şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekmektedir.
- d. Şirket yönetimi için kayyım tayini bir koruma tedbiri olduğu ve bu tedbir aynı zamanda kişilerin mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğu için, ölçülü olması da gerektiğinden, ölçülülük ilkesi de diğer bir şart olarak sayılabilir. Nitekim ölçülülük bütün koruma tedbirlerinin genel özelliği olarak sayılmaktadır²³. Şirket yönetimi için kayyım atanma kararı da bu çerçevede ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Zira şirkete yönelik kayyım tayini şirketi, pay sahiplerini, yöneticilerini ve o şirketle ilişkili herkesi etkilemektedir. Tedbirin uygulanmaya başlamasıyla birlikte şirketin ekonomik faaliyetlerinde ciddi düşüşler yaşanabilir ve telafisi mümkün olmayan zararlar oluşabileceği için şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbirine başvurulurken ölçülülük ilkesine göre hareket edilmelidir²⁴.

Ayrıca kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

Kanuni düzenlemede tedbirin sona ermesine ilişkin açık hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle uygulamada farklı kararların verilmesine yol açıldığı ve devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturma süreci bulunmamasına rağmen şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin uygulanma imkânı kalmadığından şirket için kayyım kararının kaldırılması kararına ihtiyaç duyulduğu eleştirisi yapılmıştır²⁵.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 133. maddesinin 2. fıkrasına göre, hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan

²¹ Mehmet Can Tok, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri” *Fasikül Hukuk Dergisi*, 10/104, (Temmuz 2018), s. 24.

²² Ersan Şen - Sefa Eryıldız, *Elkoyma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 225.

²³ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 449.

²⁴ Uğur Ersoy, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/4, (Aralık 2016), s. 3400.

²⁵ Bahri Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 207.

dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

Şirket yönetimi için kayyım tayini 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un "Terörizmin finansmanı suçu" başlıklı 4. maddesinde de yer almış ve başvurulacak koruma tedbiri olarak sayılmıştır²⁶.

III. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ KARARI KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI ÜZERİNE KENDİLİĞİNDEN SONA ERER Mİ?

Yargıtay kararında hukuki problemin tartışıldığı kısımda, CMK'nın 133. maddesinde şirket yönetimi için kayyım tayinine ilişkin kararın hangi merci tarafından hangi şartlarla verileceği düzenlenmişken hangi merci tarafından kaldırılacağı veya sonlandırılacağı düzenlenmediği ifade edilerek buna ilişkin çözüm için CMK'nın koruma tedbirlerine ilişkin tutuklama ve el koymanın kendiliğinden sona ermesine ilişkin hükümlerine atıfla tartışmada bulunulmuş²⁷ ve devamında 3713 sayılı TMK'nın 20/A maddesi²⁸ ile CMK 133/3 hükmündeki atıfla bu konudaki boşluğun 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeler ışığında doldurulabileceğine işaret ettiği kabul edilmiştir. Bu bağlamda vesayet ve kayyımlığa ilişkin düzenlemeler olan TMK'nın 470, 471, ve 472. maddeleri çerçevesinde değerlendirme yaparak²⁹; kovuşturmaya yer

²⁶ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m.4/8 "Bu suç bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun; a) 133 üncü maddesinde yer alan şirket yönetimi için kayyım tayini, b) 135 inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, c) 139 uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, ç) 140 ıncı maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme, tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir."

²⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/5602 (31 Aralık 2018). "CMK'nın 103/2. maddesine göre, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır. CMK'nın 127/3. maddesine göre, hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma yirmidört saat içinde hakim onayına sunulmazsa el koyma kendiliğinden kalkar."

²⁸ Yargıtay, K. 2018/5602 "Keza 3713 sayılı TMK'nın "Zararların tazmini amacıyla tedbir konulması" kenar başlıklı 20/A-maddesi gereğince," Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve bu Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçlarının devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine ve bu kişilerin yardımlaşma kurum ve sandıklarından olan alacaklarına tedbir konulmasına karar verilebilir. Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili karar ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren iki yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir."

²⁹ Yargıtay, K. 2018/5602 "Temel haklara doğrudan müdahale anlamına gelen ve geçici/arzi olma vasfıyla demokratik toplum için zorlayıcı bir gereklilik olduğunda meşruluk kazanan bu tedbirin, varlık

olmadığı kararı üzerine kayyım atanmasına ilişkin kararın kendiliğinden ortadan kalkmayacağını, şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbirinin uygulanmaya devam edeceğini ve kayyımın yetki ve görevinin sona ermesi için yeni bir kayyım kararının kaldırılması kararının sulh ceza mahkemesi tarafından alınması gerektiğine hükmetmiştir. Yani CMK'nın 133. maddesinde veya başka bir maddede açıkça kayyım kararının kalkacağına/ kayyım tayini koruma tedbirinin sona ereceğine ilişkin kanuni düzenleme olmadığı için, sulh ceza hakimlerinin kayyım tayinine karar verdiği gibi, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine yeni bir karar vererek “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin kaldırılması hususunda yeni bir kaldırma kararı vermesi gerektiğine hükmetmiştir.

CMK'nın 133. maddesinde gerçekten de kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğinde bu koruma tedbirinin kendiliğinden kalkacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak CMK'nın 133. maddesinin 2. fıkrasında “*Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir³⁰.

Öğretide kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbirinin kendiliğinden sona ereceği ileri sürülmüştür. YENİSEY/NUHOĞLU, soruşturma evresinde “şirket yönetimi için kayyım tayini” kararına ilişkin koruma tedbirinin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi ile kendiliğinden sona ereceğini belirtmiştir³¹. DURSUN, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının doğan sonucu olarak şirkete kayyım tayini koruma tedbirinin de kendiliğinden sona ereceğini kabul etmiştir³². KARAHAN, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda, artık soruşturulacak bir suç bulunmadığından tedbirin kendiliğinden sona ermesi gerektiğini ve Yargıtay'ın çalış-

sebebi ortadan kalkar kalkmaz sona ereceği tartışmadan varestedir. Nitekim 4721 sy. TMK'nın 470. maddesi gereğince küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. 471. maddesine göre, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar... Yasa koyucu Medeni Kanununun 470 ve 471. maddelerinden farklı olarak 472. maddesinde, diğer kısıtlılar üzerindeki vesayetin, yetkili vesayet makamının kararıyla sona ereceğini, vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması üzerine vesayet makamının, vesayetin sona ermesine karar vermesi gerektiğini tespit etmektedir. Anılan yasanın 477/2. maddesinin amir hükmüne göre de; yönetim kayyımlığı, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona erer. Kayyımın görev süresini vesayet makami belirler (MK madde 458)”

³⁰ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 494. Devlet hazinesinden ödeme yapılabilmesi için kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararının kesinleşmesi gerekmektedir.

³¹ Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 448.

³² İsmail Dursun “Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini ve Nitelikleri”, *MÜHF-HAD*, XX/3, (2014), s. 90.

mamıza konu kararının yerinde olmadığını, sulh ceza hakimliği tarafından tedbirin kaldırılmasına ilişkin bir karar alınmasına gerek olmadığını iddia etmiştir³³. DEMİRAL, kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile kayyım atanmasını gerektiren suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin oluşmadığının anlaşıldığını ve böylece kayyım tayinini gerektiren sebebin ortadan kalkacağını ve bu tedbirin kendiliğinden sona ereceğini iddia etmiştir³⁴. Aynı şekilde “şirket yönetimi için kayyım tayininin” bir koruma tedbiri olduğu belirtilerek, ölçülülük bakımından artık ihtiyaç bulunmadığında sona ermesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵.

Yargıtay kararında özellikle kanun hükmünde açık düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine bu koruma tedbirinin kendiliğinden sona ermeyeceği üzerinde durulmuştur. Öğretide ise özetle, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile, bir koruma tedbirinden beklenen amacın ortadan kalkacağı ve koruma tedbirinin geçicilik ve ölçülülük özellikleri de dikkate alındığında kendiliğinden tedbirin sona ereceği ve yeni bir kaldırma kararı verilmesine gerek olmadığı kanaatine varıldığı görülmüştür.

Kanaatimizce, CMK'nın 133. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet*

³³ Karahan, *Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*, s. 99. “Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğinde, kararın kesinleşmesiyle artık ortada soruşturma ve kovuşturma konusu bir suç bulunmadığından tedbirin derhal sona erdirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan tedbirin sona ermesine yönelik herhangi bir makam tarafından karar verilmesine gerek bulunmaksızın tedbir kendiliğinden sona erecektir. Nitekim soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının CMK m.131'den hareketle tedbire son vermeye yetkili olduğu da nazara alındığında yapılan soruşturma neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğinde kararın kesinleşmesiyle tedbir evleviyetle sona ermelidir. Bu bakımdan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğinde artık hâkim veya mahkeme tarafından tedbirin sona erdiğine yönelik bir karar verilmesine gerek bulunmadığı kanaatindeyiz”.

³⁴ Mustafa Uğur Demiral, *Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), s. 112. “Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesiyle kayyım atanmasını gerektiren suçun işlendiğine dair yeterli şüphe oluşmadığı ortaya çıktığına ve soruşturma sonlandırıldığına göre kayyım tayinini gerektiren sebebin ortadan kalktığına kabulü gerekir. Bu durumda tedbire son verilmesi için ayrıca hakim kararına gerek yoktur”.

³⁵ Uğur Ersoy, “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*”, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008) s. 157. “Özel hukukta düzenlenen kayyımaktan farklı olarak (TMK m.477) ceza muhakemesinde kayyımlığın ne zaman sona ereceğine ilişkin bir düzenleme Kanun'da yer almamaktadır. Kayyım atanması bir koruma tedbiri olduğuna göre, artık ihtiyaç duyulmadığı zaman, kayyımlığa son verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kayyım atanması, orantsız bir tedbir niteliğine bürünmüşse de durum aynıdır. Örneğin, şirkete kayyım atanmasını gerektiren suçun, katalogdan veya suç olmaktan çıkarılması durumunda, kayyım atanması orantsız bir hal aldığından, kayyım atanması kararına son verilmelidir”.

Hazinesinden karşılanır”. Şeklindeki düzenlemeden açıkça bu tartışmayı sona erdirecek bir sonuç çıkmaktadır. Bu düzenlemede, şirket yönetimi için atanan kayyım ödenecek ücretin şirket bütçesinden karşılanacağı ifade edildikten sonra, kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiği durumda ise, şirket bütçesinden ödenen ücretin faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden ödeneceği belirtilmiştir. Bunun anlamı ise kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesi veya beraat kararı verilmesi halinde kayyımın görevinin sona ereceği ve hatta kayyım ödenecek ücretlerin de Devlet Hazinesinden faiziyle şirkete geri ödeneceğidir. Yani kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar üzerine “şirket yönetimi için kayyım tayini” kendiliğinden sona erecektir. Bu bakımdan Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilen kararda yapılan değerlendirmeler sonucunda CMK’nın 133. maddesinde açık hüküm bulunmaması nedeniyle sulh ceza hakiminin kayyım kararının kaldırılmasına ilişkin yeni bir kaldırma kararı vermesi gerektiğine ilişkin kabulüne katılmak mümkün değildir. Ancak uygulamada kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararlar sonucu kayyımlık kararının devam ettiğini ileri süren TMSF’nin kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine herhangi bir işlem yapmaması ve açık bir hakim kararı araması nedeniyle, sulh ceza hakimliklerinin kendilerine yapılan “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin sona erdiğine ve kaldırılmasına ilişkin talepleri “karar vermeye yer olmadığı” gerekçesiyle reddetmesi gündeme gelmektedir. Bu bakımdan Yargıtay’ın sulh ceza hakimliklerinin tedbirin kaldırılmasına ilişkin karar vermesi gerektiğine ilişkin içtihadta bulunması uygulamadaki problemi çözmek bakımından yerindedir denilebilir. Fakat, buradaki asıl sorun sulh ceza hakimliklerinin kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine kendilerine yapılan başvurularda; savcılığın kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararının bu tedbiri kendiliğinden sona erdireceği ve kendilerinin karar vermesine yer olmadığına hükmetmeleridir. Çünkü kovuşturmayaya yer olmadığı kararının “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirini kendiliğinden sona erdirdiğini kabul eden bir sulh ceza hakimliğinin, bu kabulden sonra kendisinden istenilen hususta bir değerlendirmede bulunması, durum tespiti yapması ve tabii olarak yaptığı tespit sonrasında koruma tedbirinin sona erdiğine ve kayyımlık kararının kaldırıldığına karar vermesi gerekmektedir. Yani, “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin şartlarının artık bulunmadığını tespit eden sulh ceza hakimliklerinin bu tespiti ilişkin bir karar alması gerekir ve bu karar doğal olarak tedbirin kaldırılmasına/sona erdiğine karar verilmesidir.

Ayrıca Yargıtay Dairesinin kararında CMK’nın 103/2. maddesine atıf yapılarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüphelinin serbest kalacağına ilişkin açık hüküm bulunduğu ve yine CMK’nın 127/3. maddesine atıfla, hakim kararı olmaksızın yapılan el koymanın 24 saat içinde hakim onayına sunulmadığında el koymanın kendiliğinden kalkacağına ilişkin düzenlemelerle “şirket yö-

netimi için kayyım tayini”nin düzenlendiği CMK’nın 133. maddesindeki hükmü karşılaştırarak bir sonuca varması ve bu çerçevede CMK madde 133’te kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi halinde “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin kendiliğinden kalkmayacağına ilişkin içtihatla bulunmasının da doğru bir değerlendirme olmadığını belirtmek isteriz. Çünkü CMK’nın 133. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme aslında tereddüde yer vermeyecek şekilde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine tedbirin sona ereceği sonucunu doğurmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanun koyucu kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine kayyım şirket bütçesinden ödenen ücretin faiziyle Devlet Hazinesinden karşılanarak geri ödeneceğine ilişkin düzenleme yapmıştır. Basit bir mantık yürütme sonucunda, kayyım şirket yönetimi için ve şirket yönetimine ilişkin koruma tedbiri devam ettiği sürece bir ücret aldığına göre ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile o güne kadar ödediği bütün ücretlerin faiziyle devlet tarafından şirkete geri ödeneceği belirtildiğine göre, artık kayyımın yönetim görevi veya diğer bir ifadeyle kayyımlık görevi/yetkisi sona ermiştir. Kayyımlık görevi/yetkisi sona erdiği için de kayyım ödenen ücretler Devlet Hazinesinden faiziyle şirkete geri ödenmektedir. Yani hükmedilen “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbiri kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine kendiliğinden sona erecektir (CMK m.133/2).

IV. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI ÜZERİNE KAYYIMLIK GÖREVİ YÜRÜTEN TMSF’NİN KAYYIMLIK GÖREVİNİN SONA ERMEDİĞİ GEREKÇESİYLE SULH CEZA HAKİMLİĞİNİN KAYYIM KARARININ KALDIRILDIĞINA İLİŞKİN KARAR TALEP ETMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine gereğinin yapılması hususunda kayyımlık görevi yapan TMSF’ye kararın tebliğ edildiği durumlarda, kayyımlık görevi sona erdiği için TMSF’nin bu kararın gereği olarak kayyımlık faaliyetini sona erdirmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, TMSF’nin kendisine cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yazılan kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin yazıların gereğini yerine getirmediği, açıkça kayyım kararının kaldırıldığına ilişkin sulh ceza hakimliği kararı verilmesini aradığı görülmektedir. Bu hususta yapılan başvurularda ise, sulh ceza hakimliklerinin karar verilmesine yer olmadığı kararı verdiği ve böylece, defalarca cumhuriyet başsavcılıkları tarafından TMSF’ye yazılan yazılar ve defalarca sulh ceza hakimliğinin karar vermeye yer olmadığı kararları vermesi ile bir çözümsüzlük sarmalının oluştuğu görülmektedir. Fakat bu durum başlı başına mağduriyet yaratabilmekte ve şirket ortaklarının belki de aylarca şirketleri bakımından hiçbir faaliyette bulunamamasına neden olmaktadır. TMSF’nin sulh ceza hakimliklerinden böyle bir karar beklemesi ve kendilerine gereği için cumhuriyet başsavcılıkları tarafından gönderilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin yazıların gereğini yapmaması keyfilik olarak değerlendirile-

cektir. Bu durum ise mülkiyet hakkının³⁶ ihlalini oluşturacaktır³⁷. Böyle durumlarda ilgili koruma tedbiri haksız olarak devam ettiği için, devlet tarafından yüksek miktarlarda tazminatlar ödenmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkeleri gereği, ilgili koruma tedbirinin sırf sulh ceza hakimlikleri karar vermeye yer olmadığına karar verdikleri için mağduriyete sebebiyet vermesi kabul edilebilir bir durum değildir.

Uygulamada karşılaşılabilecek böyle örnekler bakımından çözüm çok açıktır. İster kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin sona erdiği görüşü benimsensin, ister Yargıtay’ın çalışma konusu kararında belirttiği gibi CMK 133. maddede açık bir düzenleme olmadığı kabul edilerek sulh ceza hakimliğinin bir karar vermesi gerektiğine ilişkin görüşü benimsensin; ilgili sulh ceza hakimliğinin kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine, kendilerine yapılan kayyımlığın kaldırılması taleplerini her halükarda değerlendirmeye alması ve durum tespitini yaptıktan sonra tabii olarak tedbirin şartlarının bulunmaması nedeniyle tedbirin kaldırılması/sona ermesi hususunda bir karar vermesi gerekmektedir. Bunun aksine, tedbirin zaten sona erdiği ve var olan bir tedbirin bulunmadığı gerekçesiyle “karar vermeye yer olmadığı” kabul edilerek tedbirin kaldırılması talebinin reddedilmesi ise hukuka aykırı olacaktır. Çünkü her iki kabulde de sulh ceza hakimliği koruma tedbirinin şartlarının oluşmadığı, koruma tedbirinin amacının ortadan kalktığı ve koruma tedbirinin ölçülülüğünün de gerçekleşmediği tespitini yaparak karar vermek zorundadır. Bunun aksine bir tutum ve davranış, etkili bir başvuru yolu olmadığı için hak

³⁶ Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2019/4794, (18 Ocak 2022) “Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleyle ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; Ford Motor Company, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).”

³⁷ Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2015/4638, (28 Mayıs 2019) “Mülkiyet hakkının korunmasının devlete birtakım pozitif yükümlülükler yüklediği hususu Anayasa’nın 35. maddesinin lafzında açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de bu güvencenin sadece devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirdiği, bireyi üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bıraktığı düşünülemez. Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni gerçek anlamda koruma sağlanmasıdır. Buna göre anılan maddede bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Gerçek anlamda koruma sağlanması için devletin negatif yükümlülükleri dışında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekir. Dolayısıyla Anayasa’nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu pozitif yükümlülükler, kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyumsuzluklar da dâhil olmak üzere mülkiyet hakkının korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir (Türkiye Emekliler Derneği, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, §§ 34-38; Eyyüp Boynuvara, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 43).”

arama hürriyetinin, öngörülemez bir süre devam ettiği ve orantısız olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.36)³⁸ anlamına geleceği gibi, belirsiz ve öngörülemez bir süre devam etmesi nedeniyle hukuki güvenlik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır³⁹.

SONUÇ

Şirket yönetimi için kayyım tayini, başta mülkiyet hakkı (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.35)⁴⁰ olmak üzere çalışma ve sözleşme hürriyetine (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.48)⁴¹ önemli bir müdahale niteliğindedir ve bu bakımdan son derece dikkatli uygulanması gereken bir tedbirdir. Bu bağlamda suçun şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphenin bulunması, kanunda sayılan katalog suçlardan birinin olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde şirket yönetimine kayyım tayini koruma tedbirine karar verilmelidir (CMK. m.133). Özellikle kanunda aranan şartlara ilişkin değerlendirme yapılırken suçun şirket faaliyeti çerçevesinde değil de, sadece şirket ortağı tarafından işlenmesi tek başına yeterli olmamalıdır. Aynı zamanda şirketin de suçta araç olarak kullanıldığına veya şirket faaliyeti çerçevesinde suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Aksi takdirde tedbire başvurulması hukuka aykırılık oluşturacaktır⁴². Özellikle şirket ortaklarından birinin veya bir kaçının terör örgütüne üye olduğuna veya terör örgütüne finansman sağladığına ilişkin kuvvetli şüphenin bulunduğu durumlarda, ilgili şirkete kayyım atanabilmesi için ortakların şirket üzerinden terör örgütünü finanse ettiğine ilişkin kuvvetli şüphenin de tespit edilmesi veya şirketin bu suçta araç olarak kullanıldığına da tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde “şirket yönetimi

³⁸ Anayasa m.36 “*Hak arama hürriyeti - Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*”

³⁹ İsmail Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 184; Harun Yılmaz, *Türk Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), s. 67.

⁴⁰ Anayasa m.35. “*Mülkiyet hakkı - Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1 No.lu Protokol m.1. “*Mülkiyet hakkı “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” ile de güvence altına alınmıştır.*”

⁴¹ Anayasa m 48. “*Çalışma ve sözleşme hürriyeti Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*”

⁴² Başvurulan tedbirin şartları oluşmadan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2003), s. 625.

için kayyım tayini” koruma tedbirine karar verilmesi bakımından aranan kuvvetli şüphe gerçekleşmemiş olacaktır⁴³. Yani şirket ortaklarından birinin veya birkaçının sırf bir terör örgütüne üye olması veya terör örgütünü finanse etmiş olması⁴⁴, tek başına şirkete kayyım atanmasına imkan sağlamayacaktır. Çünkü terör örgütüne üyeliği hususunda kuvvetli şüphe oluşan şirket ortağının, ortağı olduğu şirketin aile şirketi olması ve suçta araç olarak kullanılmaması da muhtemeldir. Bu durumda ise, yapılan hesap hareketlerine ilişkin incelemeler ve diğer soruşturma işlemleri sonucunda şirketin terör finansmanında kullanıldığı saptanamıyorsa, artık o şirketle ilgili kayyım tayini mümkün olmayacaktır. Yani katalogda yer alan suçlardan birinin şirket faaliyeti çerçevesinde işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe yoksa, şirket ortağının katalogdaki suçlardan birini işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe üzerine şirkete veya şirket ortağının şirketteki ortaklık payına yönelik olarak kayyım tayinine karar verilemez. Karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca böyle bir karar, mülkiyet hakkının orantısız müdahale nedeniyle ihlali anlamına gelecektir.

Kanaatimizce, soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbiri kendiliğinden sona ermelidir. Bunun gerekçesi ise CMK’nın 133. maddesinin 2. fıkrasında yapılan düzenlemedir. Çünkü CMK’nın 133/2’ye göre; “*Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır*”. Görüldüğü üzere, şirket yönetimi için atanan kayyıma ödenecek ücretin şirket bütçesinden karşılanacağı ifade edildikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiği durumda, şirket bütçesinden ödenen ücretin faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden şirkete geri ödeneceği belirtilmiştir. Bunun anlamı, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya beraat kararı verilmesi halinde kayyımın görevinin sona ereceği ve hatta kayyıma ödenen ücretin de Devlet Hazinesinden faiziyle şirkete geri ödeneceğidir. Yani kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar üzerine “şirket yönetimi için kayyım tayini” kendiliğinden sona erecektir. Bu bakımdan Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilen kararda yapılan değerlendirmeler sonucunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin kendiliğinden kalkmayacağı, buna ilişkin

⁴³ Fatih Birtok, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, (Ankara: Adalet Yayınevi 2017). “*Şartları oluşmadan başvurulmuş koruma tedbiri nedeniyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olacağı unutulmamalıdır. Yasak ceza yargılaması bakımından delil ve ispat için bakınız*”.

⁴⁴ Şirket yönetimi için kayyım tayini 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un “Terörizmin finansmanı suçu” başlıklı 4. maddesinde de yer almış ve başvurulacak koruma tedbiri olarak sayılmıştır.

CMK'nın 133. maddesinde açık düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine sulh ceza hakimliğine başvurulması suretiyle sulh ceza hakimliğinin tedbiri kaldırmaya veya tedbiri sonlandırmaya ilişkin yeni bir karar vermesi gerektiği içtihadında bulunması kanaatimizce yerinde değildir. Ancak uygulamada karşılaşılan bazı problemleri çözmek için Yargıtay'ın böyle bir içtihadta bulunulduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesine rağmen, şirket yönetimi için kayyım tayin edilmesi koruma tedbirinin sona ermediği ve devam ettiğine ilişkin kayyımlik görevi üstlenen/yürüten TMSF'nin itirazları olmuş ve kanundaki açık düzenlemeye rağmen sulh ceza hakimliklerinin bu tedbiri kaldırdıklarına ilişkin hakimlik kararı vermesi gerektiği vurgulanmıştır. Fakat ilgili sulh ceza hakimlikleri ise, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla bu tedbirin kendiliğinden sona erdiğini kabul ederek, kendilerine yapılan tedbirin kaldırılması taleplerini devam eden/var olan bir koruma tedbiri olmadığı gerekçesiyle reddederek, “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin kaldırılmasına yönelik bir karar vermenin de yeri olmadığına karar vermişlerdir⁴⁵. Fakat bu tedbirin kaldırıldığına ilişkin kanun hükmünde açıkça “kayyımlik kararı kendiliğinden kalkar/sona erer” şeklinde bir cümle yazmadığı için, mevcut kayyımlik faaliyetleri devam etmiş ve şirket ortakları/şirket sahipleri şirketlerini geri alamamışlardır. Bu durum aslında anayasal güvence altında olan mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Ayrıca, şirket sahipleri için doğan hukuki belirsizlik nedeniyle hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine de aykırılık oluşacaktır.

Uygulamada çalışma kapsamında bahsedilen örneğin dışında, “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirine başvurulduktan sonra, verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının tek başına tedbirin sonlandırılmasını sağlaması gerekir. Özellikle kayyımlik görevi üstlenen TMSF'nin ilgili şirket ortakları bakımından başka yürütülen soruşturmalar veya kovuşturmaları gerekçe göstererek sulh ceza hakimliğinden bu koruma tedbirinin kaldırıldığına ilişkin karar verilmesini araması doğru değildir. Çünkü, ilgili şirket ortağının şirket yönetimi için kayyım tayini gerektiren soruşturma bakımından kovuşturmaya yer olmadığı kararı alması, ilgili tedbirin dayanağını ortadan kaldıracığından tedbirin sona ermesi gerekir. Fakat bahse konu diğer soruşturma veya kovuşturma dosyaları nedeniyle aynı şirkete ilişkin farklı bir kayyım tayini kararı varsa o karar nedeniyle tedbir devam edecektir. İlgili soruşturma ve kovuşturma dosyalarında da kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verilmişse yine tedbir kalkacaktır.

Görüldüğü üzere uygulamada karşılaşılan problemlerin asıl nedeni Sulh Ceza Hakimliklerinin kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine kendilerine yapılan

⁴⁵ İstanbul ... Sulh Ceza Hakimliği ... Değişik İş, 15.03.2021 tarihli kararı. “... tarihli kayyım tedbirinin kaldırılması talebi hakkında hakimliğimizce KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA...”

başvurularda; savcılığın kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararının bu tedbiri kendiliğinden sona erdireceği ve kendilerinin karar vermesine yer olmadığına hükmetmeleridir. Bu kararın yerinde olmadığı ise izahtan varestedir. Çünkü kovuşturmaya yer olmadığı kararının “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirini kendiliğinden sona erdirdiğini kabul eden bir Sulh Ceza Hakimliğinin, bu kabulden sonra kendisinden istenilen hususta bir değerlendirmede bulunması ve tabii olarak “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin sona erdiğine ve kayyımlık kararının kaldırıldığına karar vermesi gerekmektedir. Bunun aksine yapılacak bir değerlendirme ise Sulh Ceza Hakimliğinin koruma tedbirinin şartlarının bulunmadığını tespit etmesine rağmen, tedbirin kalkmasına ilişkin yapılan talebi reddetmesi ve kendi kararında çelişkiye düşerek tedbirin devam etmesine neden olmasıdır. Bu durum ise, ceza yargılamasının gerekleri, Anayasa hükümleri ve CMK ile izah edilebilir değildir. Yani, hakkında belli suçları şirket faaliyeti çerçevesinde işlediği iddia edilen şüpheliye, aynı suçlar sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine ve şirketin suçta araç olmadığı, suçlara ilişkin şirket faaliyetinin bulunmadığı tespit edilmesine rağmen, şirketin yönetimi kayyımda olmaya devam etmektedir. Bu hukuka aykırılığın mülkiyet hakkını ihlal edeceği gibi, hukuki ve cezai sonuçlarının olacağı da açıktır.

Çalışma konusu olay veya benzer nitelikte uygulama problemleri bakımından çözüm ortadadır. İster kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine “şirket yönetimi için kayyım tayini” koruma tedbirinin sona erdiğini kabul eden öğreti görüşleri benimsensin, isterse Yargıtay’ın çalışma konusu kararında belirttiği gibi CMK 133. maddesinde açık bir düzenleme olmadığı kabul edilerek sulh ceza hakimliğinin bir karar vermesi gerektiğine ilişkin görüşü benimsensin; ilgili sulh ceza hakimliğinin kovuşturmaya yer olmadığı kararı üzerine kendisine yapılan tedbirin kaldırılmasına ilişkin talepleri değerlendirmeye tabi tutması ve tedbirin kalkması hususunda bir karar vermesi gerekmektedir. Bunun dışında yapılan başvuruların reddedilmesi, tedbirin zaten kalktığı gerekçesiyle “karar vermeye yer olmadığına” hükmedilmesi hukuka aykırıdır. Çünkü her iki kabulde de sulh ceza hakimliği koruma tedbirinin şartlarının sona erdiğini, koruma tedbirinin amacının ortadan kalktığını ve koruma tedbirinin ölçülülüğünün de gerçekleşmediğini tespit ettiğinden buna yönelik değerlendirme yaparak karar vermek zorundadır. Bunun aksine bir tutum ve davranış hak arama hürriyetinin ihlali (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.36) anlamına geleceği gibi, hukuk devleti anlayışı ve hukuki güvenlik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Bütün söylenenlerin dışında, öğreti ve uygulamadaki tartışmalara son vermek ve aynı zamanda hak ihlallerinin önüne geçerek kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmemesi açısından; CMK’nın 133. maddesine, “*kovuşturmaya yer olmadığı ve beraat kararı üzerine bu tedbir kendiliğinden sona erer*” şeklinde bir

cümle eklenmelidir. Yapılacak bu düzenleme hem tartışmaları sona erdirecek ve hem de özellikle şirket ortakları ile şirket sahiplerinin mülkiyet haklarının ihlal edilmesinin önüne geçecektir. Ayrıca hukuka aykırılıklar ve hak ihlalleri önlen-
diği için, ortaya çıkacak yüklü miktarda tazminatlara da sebebiyet verilmemiş olacaktır. Bunun yanında, kanun hükmünde yapılacak bu yasal düzenlemeyle, çalışma konusu koruma tedbirinin uygulamasına ilişkin hukuk devletinin gereği de yerine getirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- Centel, Nur - Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 19. Baskı, 2020.
- Demiral, Mustafa Uğur. *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Demiral, Mustafa Uğur. *Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Dursun, İsmail. "Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini ve Nitelikleri". *MÜHF-HAD*, C. XX, S. 3, 2014, s. 63-96.
- Ersoy, Uğur. "Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Aralık 2016.
- Ersoy, Uğur. *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*. Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Ersoy, Uğur. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Gökçen, Ahmet vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6. Baskı 2022.
- Johnson, David. "Trustee Quandary: Criminal Activity by a Beneficiary with or on Trust Property". *Lexisnexis*, Spring, 2022.
- Karahan, Abdurrahman Burak. *Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun. *Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap*. İstanbul: Beta Yayınları, 12. Baskı, 2003.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2022.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, 2008.
- Öztürk, Bahri vd. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2021.
- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2021.
- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2022.

- Şahin, Cumhur - Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2022.
- Şahin, Ragıp. *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şen, Ersan - Eryıldız, Sefa. *Elkoyma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Tok, Mehmet Can. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri”. *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 104, Temmuz 2018.
- Ünver, Yener - Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 19. Baskı, 2022.
- Yenisey, Feridun - Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yılmaz, Harun. *Türk Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Yargıtay, Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2018/5602 (31 Aralık 2018).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2015/4638 (28 Mayıs 2019).



Kripto Paranın Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu ve 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği Bağlamında Vergilendirilmesi^(*)

*Cryptocurrency Taxation under the United States Government
Internal Revenue Service(IRS) Notice 2014-21 and Revenue
Ruling 2019-24*

Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM^(**)

Öz

Toplumda değişim aracı yahut birikim aracı olarak bilişim teknolojilerinin gelişimiyle banknotlara veya madeni paralara alternatif birçok kripto para kullanılır olmuştur. Öyle ki kullanımına izin verilme- yen ülkelerde dahi internetin ülke hudutlarını ve yasalarını anlamsızlaştıran toplumlar arası özelliği dolayısıyla kripto para mal veya hizmet alımlarında değişim aracı olarak ya da yatırım aracı olarak kul- lanılmaktadır. Kripto paranın merkez bankası dijital para biriminden ayrılan temel özelliklerinden olan merkeziyetsiz yapısı bazı ülkelerde kripto paranın vergilendirilmesi konusunda çekimser kalınmasına neden olmuşken özellikle Amerika gibi ülkeler kripto paranın vergilendirilmesi için sürekli çalışmalar yaparak düzenlemelerini güncellemektedir. Bu çalışma ile Amerika Gelir İdaresi'nin (IRS-Internal Re- venue Service) kripto paranın vergilendirilmesi için kripto paranın kendine has özelliklerini dikkate alarak mükelleflere yol gösterici nitelikte yayımladığı 2014-21 sayılı kılavuzu 2019-24 sayılı yönetme- liği değerlendirilmiştir. 2014-21 sayılı kılavuzda kripto para ile yapılan ödemelerin vergi mükellefince rapor yükümlüne tabi olduğu, mükelleflerin ödeme veya makbuz tarihi itibarıyla kripto paranın adil piyasa değerini dolar cinsinden belirleyerek bu belirledikleri değeri raporlaması gerektiği gibi konula- ra yer verilmiştir. 2019-24 sayılı yönetmelikte ise kripto paranın vergilendirilmesinde matrah hesapla- malarına ilişkin önemli hususlar bulunmaktadır. Örneğin sert çatal dolayısıyla dağıtılan hava yardımı sonucu elde edilen kripto paraların nasıl vergilendirileceği 2019-24 Sayılı yönetmelikte açıklanmıştır. Sert çatal sonucu hava yardımı ile elde edilen yeni kripto para, elde eden kişinin bu yeni kripto para

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 06.11.2022 - Makale Kabul Tarihi: 15.02.2023
DOI: 10.56701/shd.1200051

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı Baş-kanı, Ankara - Türkiye
E-posta: aysegul.kulular@asbu.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-6556-0269>

üzerinde tam hakimiyeti olması halinde vergilendirilmektedir. 2019-24 sayılı yönetmelikte ayrıca dijital para ile karıştırılabilen kripto paranın tanımına yer verilmiştir. Buna göre kripto para “işlem güvenliğinin sağlanması için blokzinciri gibi dağıtık defter teknolojisi şeklinde şifreleme yöntemi kullanan sanal para türü”dür. Amerikan Vergi İdaresi’nin 2014-21 sayılı kılavuzu 2019-24 sayılı yönetmeliği Türkiye’de kripto paraların vergilendirilmesine ilişkin mevzuat için önemli bir emsal niteliğindedir.

Anahtar Kelimeler

Kripto Para, Dijital Varlık, Merkez Bankası Dijital Para Birimi, Vergi Matrahı Hesaplaması, Kripto Paranın Vergilendirilmesi, Sert Çatal, Hava Yardımı.

Abstract

Cryptocurrencies are used as an alternative to banknotes or coins as a trading or an investment tool. Due to the inter-communal feature of the internet, which renders boundaries and national laws, even cryptocurrency is used where it is not allowed. The decentralized structure of cryptocurrency, which is one of the main features that distinguishes it from the central bank digital currency, has caused some countries to abstain from regulating cryptocurrency taxation. On the other hand, countries such as the States, update their regulations by constantly working on cryptocurrency taxation. This study aims to evaluate the United States Government Internal Revenue Service(IRS) Notice 2014-21 and Revenue Ruling 2019-24.

“For U.S. tax purposes, transactions using virtual currency must be reported in U.S. dollars [according to IRS Notice 2014-21]. Therefore, taxpayers will be required to determine the fair market value of virtual currency in U.S. dollars as of the date of payment or receipt”. IRS Revenue Ruling 2019-24 regulates significant issues on taxpayer’s adjusted basis. For instance, taxation issues relevant to situations such as an airdrop of a new cryptocurrency following a hard fork is explained by Revenue Ruling 2019-24. If a taxpayer does have complete dominion and control on the new cryptocurrency which is airdropped from the hard fork, this new cryptocurrency shall be subject to taxation. Revenue Ruling 2019-24 also defined Cryptocurrency as *“a type of virtual currency that utilizes cryptography to secure transactions that are digitally recorded on a distributed ledger, such as a blockchain.”* United States Government Internal Revenue Service(IRS) Notice 2014-21 and Revenue Ruling 2019-24 are considered an important precedent for the legislation on taxation of cryptocurrencies in Turkey.

Keywords

Cryptocurrency, Virtual Asset, Central Bank Digital Currency, Tax Base, Cryptocurrency Taxation, Hard Fork, Airdrop.

GİRİŞ

Paranın altın ve gümüş gibi madenlerden itibari paraya dönüşümü ve ardından dijital paraya dönüşümü düşünüldüğünde bunun devam etmekte olan bir süreç olduğu anlaşılmaktadır. Bu süreçte özellikle kripto paranın sürekli gelişen farklı teknik özellikleri dolayısıyla vergilendirilmesine ilişkin düzenlemeler de sürekli güncellenmektedir. Paranın yatırım aracı, değişim aracı ya da iktisadi politika oluşturma aracı şeklindeki işlevleri düşünüldüğünde¹ kripto paraların da madeni para veya banknotların haiz olduğu bu işlevlerinin bulunduğu görülmektedir. Söz konusu işlevlere sahip kripto paraların merkeziyetsiz olarak dağıtık defter teknolojisi gibi bilişim

¹ Abdurrahman Çarkacıoğlu, *Kripto-Para Bitcoin* (Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, 2016), 1.

teknolojileri üzerinden tedavüle sunulduğu durumlar söz konusudur. Diğer taraftan devlet erki tarafından merkez bankalarınca basılarak tedavüle sunulan dijital paralar da bulunmaktadır. Açık erişim ile herkesin kullanabileceği şekilde üretilen paralar olduğu gibi kapalı erişimle üretilerek yalnızca belirli izin veya yetkinliği olan kim-selerin kullanımına sunulan paralar da söz konusu olabilmektedir. Birbirinden farklı tüm bu kavramların doktrinde yanlış kullanıldığı gözlemlenmiştir. Bu nedenle çalışmada öncelikle birbiriyle ilintili olmasına rağmen farklı unsurlar olan dijital varlık, merkez bankası dijital para birimi ve kripto para terimleri ayrı ayrı incelenecek, özellikleri belirlenecektir. Söz konusu terimlerin tanımlamaları yapılacak ve kapsamları belirtilecektir. Avrupa Birliği'nin "Merkez bankası dijital para birimleri kripto para birimi değildir!"² şeklinde Dijital Euro Araştırma Aşamasının Bir Parçası Olarak Ödeme Tercihleri Hakkında Rapor'unda (Report on Payment Preferences as Part of Digital Euro Investigation Phase) açıkça belirtildiği gerçeklik, kripto para ile dijital para biriminin farkları tartışılarak ortaya konacaktır. Bu şekilde kripto paranın ne olduğunun tam olarak anlaşılması hedeflenmiştir. Ardından Amerika Gelir İdaresi'nin (IRS-Internal Revenue Service) 2014-21 sayılı Kılavuzu kapsamında dönemin kripto para sahibi vergi mükelleflerinin vergilendirilmesine ilişkin sıkça karşılaşılan problemler analiz edilecektir. Ardından Amerika Gelir İdaresi'nin 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği irdelenerek kripto para işlemlerine ilişkin sert çatal(hard fork), hava yardımı(airdrop) gibi teknik terimler açıklanacaktır. Son olarak örnek durumlar üzerinden hava yardımıyla elde edilen kripto paraların vergilendirilip vergilendirilemeyeceği, hangi şartlarda ve nasıl vergilendirilebileceği değerlendirilecektir. Bu çalışma ile doktrindeki terim karmaşasının sonlandırılması ve kripto paraya özgü durumların tanıtılarak kripto paranın vergilendirilmesinin Amerika Gelir İdaresi'nin yayımladığı kılavuz ve yönetmelik bağlamında analiz edilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmanın konu çerçevesi kripto paraların yaygın olarak kullanıldığı ülkelerden olan Amerika'da Gelir İdaresi'nin kripto paraların vergilendirilmesine dair yaklaşımlarının analiz edilmesi olarak belirlenmiştir.

I. DİJİTAL VARLIK, MERKEZ BANKASI DİJİTAL PARA BİRİMİ VE KRIPTO PARANIN TANIMLANMASI

Dijital para birimi, dijital varlık veya kripto para teriminin birbiri yerine kullanıldığı durumlara sıkça rastlanmaktadır³. Henüz doktrinde ve kurumlar arasında bir yeknesaklık sağlanmadığından birbiriyle karıştırılabilen bu terimlerin açıklanması gereklidir. Nitekim Avrupa Birliği Dijital Euro Araştırma Aşamasının Bir Parçası

² European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, "Commissioned Research on Citizens' Payment Habits and Their Attitudes towards Digital Payments" (Erişim 30 Ağustos 2022), 53.

³ United States Government Accountability Office, "Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance" *Reports & Testimonies*, 12 Şubat 2020 (Erişim 23 Ağustos 2022), 3.

Olarak Ödeme Tercihleri Hakkında Rapor'da "Merkez bankası dijital para birimleri kripto para birimi değildir!" şeklinde ünlem ile yazılmış cümlede doktrinde karıştırılan bu terimlerin farklı olduğu açıkça belirtilmiştir⁴. Birbirinden çok farklı nitelikleri haiz bu terimlerin açıklanarak doktrindeki karışıklığın giderilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu terimler açıklanmış, özellikleri ve kapsamı tartışılmıştır.

A. DİJİTAL VARLIK

Dijital varlıklar, dijital dosyaların metaveri olarak ifade edilen bir nesne ya da olguyu herhangi bir şekilde tanımlayan veriler ile iyileştirilmiş, zenginleştirilmiş hali olarak da tanımlanabilir⁵. Dijital varlıklar genel itibariyle dijital tüketim için dijital olarak üretilmiş ve değeri olan dijital şeylerdir⁶. Bir varlığın muhafazasında ve devrinde güvenli olarak anılan ve bu güvenilirliğin ıslak imzaya dayalı olmadığı ekosistem olan blok zinciri, bir dijital varlık ekosistemidir⁷. Dijital varlık kavramı, Amerika Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu'na katılımcılar tarafından bağımsız olarak tutulan ve güncellenen veritabanı (dağıtık defter teknolojisi) kullanılarak çıkarılan veya devredilen varlıklar anlamında kullanılmaktadır⁸.

B. MERKEZ BANKASI DİJİTAL PARA BİRİMİ

Dijital para birimleri, toplumların kullanmakta oldukları kağıt paralar gibi merkez bankaları tarafından basılan ve yine kağıt paralarda olduğu gibi paraya atfedilen değer basıldığı ülkeye olan güvenden kaynaklandığı para birimleri olup kağıt paraların internet ortamında kullanılabilen hali olarak ifade edilebilir⁹. Kripto para dijital para birimlerinin bir alt kümesi olarak ifade edilebilmektedir¹⁰.

⁴ European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, 53

⁵ Tobias Blanke, *Digital Asset Ecosystems: Rethinking Crowds and Clouds* (Oxford: Chandos Publishin, 2014), 9.

⁶ Blanke, *Digital Asset Ecosystems: Rethinking Crowds and Clouds*, 8. Dijital ortamda sürekli olarak üretilen, tüketilen ve imha edilen dijital varlıklar sözkonusudur. Elizabeth Ferguson Keathley, *Digital Asset Management: Content Architectures, Project Management, and Creating Order out of Media Chaos* (Apress, 2014), 4. Dijital varlıkların üretiminden imhasına kadarki süreçte dijital varlıkların konu olduğu işlemlerde riskin azaltılması amacıyla çeşitli dijital varlık yönetimi sistemleri geliştirilmektedir. Dijital varlıkların yönetimine ilişkin detaylı bilgi için bakınız: Keathley, *Digital Asset Management: Content Architectures, Project Management, and Creating Order out of Media Chaos*.

⁷ Alpaslan Alkış, "İslam Hukuku Açısından Bitcoin ve Kripto Para", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 8/2 (2018), 76.

⁸ Securities and Exchange Commission, *Custody of Digital Asset Securities by Special Purpose Broker-Dealers*, Washington, DC, 27 Nisan 2021 (Erişim 19 Haziran 2022).

⁹ Eyyüp Ensari Şahin, "Kripto Para Bitcoin: ARIMA ve Yapay Sinir Ağları ile Fiyat Tahmini", *Fiscaoeconomia* 2/2 (2018), 77. Betül Girgin, "Dijital Para ve Dijital Para Hakkında Hukuki Düzenlemeler", *Ahkam* (2021), 70. European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, 48.

¹⁰ Yaşar Gültekin, "Turizm Endüstrisinde Alternatif Bir Ödeme Aracı Olarak Kripto Para Birimleri: Bitcoin", *Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2017), 96. İbrahim Korkmaz Kahraman, Habib Küçükşahin ve Emin Çağlak. "Kripto Para Birimlerinin Volatilité Yapısı: GARCH Modelleri Karşılaştırması". *Fiscaoeconomia* 3/2 (2019), 41.

Ancak burada merkez bankası dijital para birimine dair ortaya konulan ayırım dolayısıyla dijital para ve merkez bankası dijital para birimi terimlerine yönelik karışıklığın önlenmesi adına ‘merkez bankası dijital para birimi’, ‘dijital para’ veya ‘dijital para birimi’ şeklindeki ifadelerin aynı olguyu temsil ettikleri düşünülmelidir. Bu bağlamda dijital paralar her ne kadar elektronik ortamda muhafaza edilebilen ve farklı kişilere transferi mümkün olan paralar olmaları¹¹ dolayısıyla kripto para ile ortak özellikleri taşısa da Bitcoin gibi kripto paralar fiziken basımı olmaması ve merkeziyetsiz bir niteği haiz olması¹² yönleriyle dijital paradan farklılaşmaktadır¹³. Kripto paralar genel olarak anonim görünümde olmalarına binaen al paraların hacze konu olması mümkünken, kripto paralar genel olarak anonim görünümde olduklarından devletin kripto paralara haciz koyma ihtimali düşüktür¹⁴. Her ne kadar İstanbul’da alacaklı vekili tarafından borçlunun kripto para borsalarındaki hesabına haciz konması talebine binaen 14. İcra Müdürlüğüne ait dosyadaki borçlunun kripto para borsalarındaki hesaplarına haciz konulmuş olsa da burada haciz konulan hesap BTCTURK isimli borsa gibi bir aracının bulunduğu sıcak cüzdan hesabıdır. Kripto paralar sıcak cüzdanlar ile kullanılabilirdiği gibi soğuk cüzdanlar ile de kullanılabilir. Soğuk cüzdanlarda aracı bir borsa bulunmadığından soğuk cüzdanlara erişim ancak hesap sahibinde bulunan anahtar ile mümkündür. Bu nedenle kripto paralara haciz mümkün olsa bile bu durum ancak sıcak cüzdanların kullanıldığı kripto paralar için geçerli olacaktır. Soğuk cüzdanlara aracılık eden borsa gibi kuruluşlar olmadığından hesap sahibinin anahtarı olmaksızın hesaba erişim veya hesabın kapatılması mümkün değildir. Bu nedenle soğuk cüzdanlarda bulunan kripto paraların haczi mümkün değildir.

Dijital paralar merkez bankaları tarafından basıldığından toplum tarafından yaygın şekilde kabul görmüşken kripto paralar ise temsil ettikleri herhangi bir merkez bankası ya da hükümet olmadığından kabul görme durumu dijital paralarda olduğu kadar geniş değildir¹⁵. Aynı nedenden ötürü dijital paraların konu olduğu işlemlerin merkezi kuruluşlarca izlenmesi mümkünken kripto paraların merkeziyetsiz yapısı ve işlemlerin şifreli gerçekleşmesi dolayısıyla merkezi kuruluşlar tara-

¹¹ Eyyüp Ensari Şahin, “Kripto Para Fiyatlarında Balon Varlığının Tespiti: Bitcoin, IOTA ve Ripple Örneği”. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 43 (2020), 63.

¹² Mehmet Çatlı ve Sümeyye Şimşek, “Dijital Para ve Egemenlik”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12/48 (2021), 167, 168. Murat Volkan Dülger, “Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para.” *Hukuk ve Daha Fazlası* (2021), 7.

¹³ Şahin, “Kripto Para Bitcoin: ARIMA ve Yapay Sinir Ağları ile Fiyat Tahmini”, 77.

¹⁴ Fatih Azman, “Kripto Para”, *Kripto Para Ekonomisi* ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan (Konya: Eğitim Yayınevi, 2018), 63.

¹⁵ Kripto paraların kabul görme durumunun her ne kadar dijital paralar kadar geniş olmadığı savunulsa da Bitcoin gibi kripto paraların çok yaygın kabul gördüğü yadsınamaz. Sebahattin Koç, “Paranın Dijitalleşmesi ve Merkez Bankası Dijital Para Olasılığı”, *Akademik İzdüşüm Dergisi* 5/2 (2020), 200.

findan izlenmesi mümkün olmamaktadır¹⁶. Ayrışan yönler diğer örnekler ise dijital paraların kur farkları gibi ekonomik unsurlardan etkilenmesine karşın kripto paraların etkilenmemesi, dijital paraların transferi sırasında herhangi bir kaybolma riski yokken kripto paraların transfer sırasında kaybolma ihtimalinin bulunmasıdır.¹⁷

Dijital para üretimine dair pilot uygulama yapan ülkelerin Çin, Tayland ve Güney Kore gibi ülkeler olduğu dikkate alındığında dijital para üretimi ve kullanımında uzakdoğu ülkelerinin önde geldiği görülmektedir. Bununla birlikte İsveç, Ukrayna ve Uruguay ise kendi dijital paralarını üreterek pilot uygulamaya geçmiş diğer ülkelerdir¹⁸. Çin Merkez Bankası tarafından üretilen Dijital Yuan (DCEP) dünyada merkez bankası tarafından üretilen ilk dijital para özelliğini haiz olup Shenzen, Suzhou, Chengdu ve Xunan olmak üzere Çin'in dört farklı şehrinde kullanılmaktadır¹⁹. Merkez bankalarınca üretilen dijital para birimlerine yönelik siber saldırılar, halk tarafından alışılğıgelenden farklı bir sisteme uyum sağlamada karşılaşılan güçlükler, iletim aksaklıkları gibi çeşitli sorunlarla²⁰ nasıl mücadele edilebileceği hala üzerinde çalışılmaya devam edilen çözümlenmesi gereken önemli bir durumdur. Dolayısıyla dijital para birimleri bahsedilen ülkelerde pilot uygulama şeklinde kullanılmaktayken hala İngiltere, Amerika, Rusya, Güney Afrika, Kanada, Avustralya, Almanya veya Fransa, Suudi Arabistan, İsviçre gibi birçok ülkede ise dijital para birimine yönelik araştırma ve geliştirme çalışmaları devam etmektedir²¹.

C. KRİPTO PARA

Metallism şeklinde isimlendirilen ilk para teorisine göre, para, bağımsız bir piyasa değeri olan metaller gibi temel bir mala bağlanmalıdır²². Bir başka para teorisi olan *chartalism* teorisine göre paranın söz konusu olabilmesi için yalnızca bir devlet tarafından tamamen yasal bir oluşum olarak ortaya konması gerekmektedir²³. Günümüzde geçerli olarak kabul edilen Stanley Jevons'ın 1875'te ileri

¹⁶ Girgin, "Dijital Para ve Dijital Para Hakkında Hukuki Düzenlemeler", 71. Şahin, "Kripto Para Fiyatlarında Balon Varlığının Tespiti: Bitcoin, IOTA ve Ripple Örneği", 63.

¹⁷ European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, 53. Şahin, "Kripto Para Fiyatlarında Balon Varlığının Tespiti: Bitcoin, IOTA ve Ripple Örneği", 63

¹⁸ Osman Demir ve Hatice Odabaşı, "Merkez Bankası Dijital Para Sisteminin Avantaj ve Dezavantajları Neler Olabilir?" *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 61(2022), 204.

¹⁹ A.g.e., 204.

²⁰ A.g.e., 212 vd.

²¹ European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, 53. Demir ve Odabaşı, "Merkez Bankası Dijital Para Sisteminin Avantaj ve Dezavantajları Neler Olabilir?", 204.

²² Gabriel Söderberg, "Are Bitcoin and Other Crypto-assets Money?" *Economic Commentaries* (Erişim 5 Mayıs 2022), 2.

²³ Atsushi Naito, "Money, Credit and the State: Post Keynesian Theory of Credit Money and Chartalism", *AHE Conference 2008*, (Erişim 31 Mayıs 2022), 2. Söderberg, "Are Bitcoin and Other Crypto-assets Money?", 2.

sürdüğü görüş ise paranın söz konusu olabilmesi için bir ödeme veya değişim aracı olma, bir hesap birimi olma ve bir değer taşıma veya bir değer ölçüsü olma şeklindeki üç işlevin sağlanması gerektiği şeklindedir²⁴. Bu işlevler birbiriyle bağlantılıdır. Nitekim ödeme aracı olabilmesi için bir değer taşıması yani kişiler tarafından ortak bir değer biçilmesi gerekmektedir²⁵. Kripto paraların kullanımı dikkate alındığında özellikle Bitcoin gibi kripto paraların uluslararası düzeyde kullanılmaları, uluslararası çapta kabul gördüğünün, farklı ülkelerden kişiler ve hatta bazı ülkeler bazında değerinin kabul edildiğini göstermektedir²⁶. Kripto paraların isminde her ne kadar para terimi kullanılmakta ise de bir spekülatif yatırım varlığı niteliğini mi bir para birimi niteliğini mi haiz olduğu tartışmalıdır²⁷. Günümüzde kabul edilen bu teoriye göre paranın söz konusu olabilmesi için taşıması gereken temel özelliklerin başında değişim aracı özelliği gelmektedir. Zira para, takas sistemlerine alternatif olarak hayatı kolaylaştıran değişim aracı şeklinde kullanılmaktadır²⁸. Kripto paralar da satım sözleşmelerine konu olup mal ve hizmet karşılığında değişim aracı olarak kullanılmak üzere tasarlanmışlardır²⁹. Para olmak için aranan şartlardan bir diğeri ise yatırım aracı olarak tasarruf için

²⁴ Keith Aqai, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service) (Erişim 5 Mayıs 2022), 1. Erkan Kızıl, "Türkiye'de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi", *Mali Çözüm* (İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası 29/155 (2019), 187. Süleyman Girgin, *Kripto Paralardan Elde Edilen Kazançların Vergilendirilmesi*. (Aydın: Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 69. Carl Menger ve Leon Walras ile birlikte neoklasik teorinin kurucularından olan Stanley Jevons (Emmanuelle Bénicourt ve Bernard Guerrien, *Neoklasik İktisat Teorisi; Mikroekonomi, Makroekonomi ve ve Oyun Teorisi (La théorie économique néoclassique, Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*. Çev. Mustafa Dönmez, Hüseyin Şahin ve Ertuğrul Tokdemir, İstanbul: İletişim Yayınları, 2017, 20) gibi neoklasik iktisatçılara göre tam rekabet koşulları altında, bireyler, siparişleriyle kaynakların mümkün olan en yüksek memnuniyetini elde edene kadar karşılıklı yarar sağlayan ticaretlerle meşgul olurlar. Khairul Anwar, *Ekonomi - Politik Formulasi Kebijakan dalam Konteks yang Berubah (Değişen Bağlamda Politika Formülasyonu)* (Gobah-Pekanbaru: Alaf Riau Publishing, 2011), 33. Bu durum değerlendirildiğinde kripto paraların araçları devre dışı bırakarak maliyeti azaltma işlevi; bireylerin karşılıklı ticarete maksimum verimi elde etmek için daha düşük maliyetli kripto para tercihinde bulunmalarının nedenlerinden biri olarak düşünülebilir.

²⁵ Volkan Alptekin ve Kubilay Çağrı Yılmaz, "Para Kuramı: Deniz Kabuklarından Dijital Paraya" Kripto Para Ekonomisi ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan, (Konya: Eğitim Yayınevi, 2018), 6.

²⁶ Azman, "Kripto Para", 6

²⁷ Fatih Ceylan, Ramazan Ekinci, Osman Tüzün ve Hakan Kahyaoglu, "Kripto Para Piyasasında Balonların Tespiti: Bitcoin ve Ethereum Örneği", *Business & Management Studies: An International Journal (BMSIJ)* 6/3 (2018), 265.

²⁸ Alptekin ve Yılmaz, "Para Kuramı: Deniz Kabuklarından Dijital Paraya", 9. Ceylan ve diğerleri, "Kripto Para Piyasasında Balonların Tespiti: Bitcoin ve Ethereum Örneği", 265. Koç, "Paranın Dijitalleşmesi ve Merkez Bankası Dijital Para Olasılığı", 199.

²⁹ James Chapman ve Carolyn A. Wilkins, "Crypto "Money", Perspective of a Couple of Couple of Canadian Central Bankers", *Bank of Canada Staff Discussion Paper*, (2019), 2.

kullanılma unsurudur³⁰. Kripto paraların birçok kişi tarafından yatırım amaçlı kullanıldığı dikkate alındığında bu özelliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu özellikler dikkate alındığında Bitcoin gibi dijital varlıkların para olarak nitelenmesi durumunda kripto para şeklinde adlandırılması mümkün görünmektedir.

Alternatif para birimi olarak değerlendirilen kripto paralar, şifreli olarak işlem yapma imkanı ortaya koyduğu için şifreli anlamına gelen kripto ifadesiyle anılmaktadır³¹. Kripto para tam Türkçe ifadesiyle şifreli paradır. Kripto para dijital ortamda alım satım konusu olabilmekte ve kripto paranın konu olduğu işlemler şifreli şekilde gerçekleştirilebilmektedir³². Burada işlemlerin şifreli gerçekleştirilmesi, para arzının kontrolünü sağlayan merkez bankalarına olan ihtiyacı ve sahteciliğin ya da vergi kaçakçılığının veya başka herhangi bir ilişkili suç ya da hukuka aykırılığın önlenmesini sağlayan devlet otoritesinin yaptırım gücüne olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır³³. Fintech şirketlerindeki gibi kripto para da finansal araçlara duyulan gereksinim ortadan kaldırılarak işlemin doğrudan kullanıcılar arasında sistem üzerinden gerçekleştirilmesi sağlanarak işlem maliyeti azaltılmaktadır³⁴. Bu şekilde herhangi bir merkezi otorite olmaksızın ve birçok kişinin görebileceği şeffaflığın sağlandığı bir sistem olan blok zinciri üzerinden kripto paraların konu olduğu işlemler yapılabilmektedir³⁵.

³⁰ Ceylan ve diğerleri, "Kripto Para Piyasasında Balonların Tespiti: Bitcoin ve Ethereum Örneği", 265.

³¹ Çarkacıoğlu, *Kripto-Para Bitcoin*, 8.

³² Hasan Alpagu, "Bitcoin'den Selfcoin'e Kripto Para", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi* 3/2 (2018), 414. Murat Kesbir ve Bülent Günceler, "Kripto Para Birimlerinin Parlak Geleceği", *İğdir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17 (2019), 607, 611. Gültekin, "Turizm Endüstrisinde Alternatif Bir Ödeme Aracı Olarak Kripto Para Birimleri: Bitcoin", 97. Mehmet Fatih Buğın, "Bitcoin ve Altcoin Kripto Para Piyasalarında Finansal Balonlar", *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 13/24 (2021), 166. Elvan Asena Deniz, *Finansal Piyasalarda Kripto Para Uygulamaları: Kripto Para Fiyatlarını Etkileyen Faktörler* (İstanbul: Işık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 16. Alkış, "İslam Hukuku Açısından Bitcoin ve Kripto Para", 75. Mehmet Can Yumuşaker, "Kripto Para ve Tipleri, Bitcoin Olgusu ve Muhasebesi", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 12/18 (2019), 1010.

³³ Serhat Karaoğlan, Tayfun Arar ve Onur Bilgin, "Türkiye'de Kripto Para Farkındalığı ve Kripto Para Kabul Eden İşletmelerin Motivasyonları", *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi* 6/2 (2018), 16.

³⁴ Büşra Ağan ve Üzeyir Aydın, "Kripto Para Birimlerinin Küresel Etkileri: Asimetrik Nedensellik Analizi", *Finans Sempozyumu* (Mersin: Mersin Üniversitesi, 2018), 798. Ceylan ve diğerleri, "Kripto Para Piyasasında Balonların Tespiti: Bitcoin ve Ethereum Örneği", 265. Mustafa Muhsin Akcan, "Kripto-Paraların Finans Piyasalarına Etkileri" *Kripto Para Ekonomisi* ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan (Konya: Eğitim Yayınevi, 2018), 100.

³⁵ Murat Serçemeli, "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi", *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar* 639 (2018), 35, 37. Kadir Cengiz, "En Popüler Kripto Para Birimi: Bitcoin", *Bandırma Onyediyünlü Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2018), 90. Binali Selman Eren, Mustafa Salim Ere ve Ayşe Nur Buyruk Akbaba, "Kripto Para Kavramı ve Muhasebeleştirilmesi", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi* 9/2 (2020), 1342. Eyyüp Ensari Şahin ve Oktay Özkan, "Asimetrik Volatilitenin Tahmini: Kripto Para Bitcoin Uygulaması", *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 3/2 (2018), 246. Şahin, "Kripto Para Bitcoin: ARIMA ve Yapay Sinir Ağları ile Fiyat Tahmini", 77. Kripto para sistemleri genellikle kullanıcının yazılım kodlarını

Kripto paralar sağladığı kolaylıklar sonucu kişiler ve kurumlar tarafından uluslararası ölçekte birçok işleme konu olmaktadır. Kripto paraların siber ortamda cüzdan olarak adlandırılan sanal hesaplarda tutulması dolayısıyla kaynaktan kesintiye konu olmamaları, işlemin gerçekleştirdiği ortamın siber ortam olması nedeniyle uygulanacak hukukun belirlenmesindeki güçlükler, kullanıcıların istediği kadar sanal hesap oluşturabilmesi ve anonim olmalarından kaynaklı vergi yükümlüsünü belirlemedeki sorunlar kripto paraların vergilendirilmesinin önündeki temel engeller olarak tartışılmaktadır³⁶. Türkiye’de madencilik yaparak bitcoin kazananların bu bitcoinleri satarak elde ettikleri gelir yahut madencilik sonucu üretilmiş olmasa da herhangi bir şekilde bitcoin satımından elde edilen gelirin gerçek kişiler tarafından devamlı olarak bir emtia gibi alınıp satılması sonucu elde edilen kazanç olarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 37. maddesi kapsamında ticari kazanç olarak değerlendirilmesi³⁷; kripto para işlemlerinin gerçekleşmesini sağlayan sermaye şirketi statüsündeki borsaların ise bu işlemlerden aldığı komisyon şeklindeki gelirin kurumlar vergisi olarak ödenmesi gibi kripto paralara ilişkin farklı durumlar için farklı vergilendirmelerin mevcut olduğu düşünülmektedir³⁸. Benzer şekilde ancak mesleki bilgi ile ve bireysel emek, mesai harcanarak mı kripto para üretileceği; yoksa bir uzman bilgisine sahip olunmasa dahi sırf ilgili donanım ve yazılıma sahip olarak mı kripto para üretilebileceğinin belirlenmesi gereklidir. Buna göre mesleki bilgi ve kişisel mesai gerektiren kripto para üretiminden elde edilen gelir serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilip ona göre vergilendirilebilecek³⁹; mesleki bilgiye dayalı olmayıp salt belirli yazılım ve donanımla kripto para üretimi mümkün ise bu durum sermayeye bağlı ticari faaliyet kapsamında ticari kazanç olarak değerlendirilerek normal sıradan bir hizmet yahut mal üretimi gibi vergilendirme gerekecektir⁴⁰.

görüp denetleyebildiği ve hatta değiştirebildiği şekilde açık kodlu yazılımlar olarak bulunmaktadır. Burcu Aslantaş Ateş, “Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 7/1 (2016), 353.

³⁶ Gökhan Ünal, *Kripto Paraların Vergilendirilmesi* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 57. Ülkemizde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 25 Kasım 2013’te yaptığı 2013/32 sayılı açıklamada kripto paralar üzerinde gözetim ve denetimin mümkün görülmediğini belirtmiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu. 2013 / 32, Basın Açıklaması, İstanbul: BDDK. (Erişim 15 Nisan 2022).

³⁷ Kızıl, “Türkiye’de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi”, 190. Bu durumda kripto para menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmekte ve satış bedeli alış bedelinden yüksek ise “645 Menkul Kıymet Satış Karları” hesabında takip edilmesi gerekmektedir. Kızıl, “Türkiye’de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi”, 186.

³⁸ Serçemeli, “Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi”, 60.

³⁹ Yiğit Yıldız, “Kripto Paraların (Bitcoin) Vergilendirilmesi”, *Vergi Raporu* 2 (2018), 48.

⁴⁰ Mustafa Çelen, “Türk Vergi Mevzuatına Göre Kripto Paraların Vergilendirilmesi”, *Bilimevi İktisat* (Bilimevi Basın Yayın A. Ş.) 1/2 (2018), 169. Türkiye’de kripto paraların vergilendirilmesi konusunda detaylı bilgi için bakınız: Kızıl, “Türkiye’de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi.

II. AMERİKA GELİR İDARESİ 2014-21 SAYILI KILAVUZU

Gizlilik düzeyi yüksek kripto paralar, Amerikan Gelir İdaresi gibi kurumların vergi kaçakçılığı gibi mali suçlarla mücadelede etkin olamadıkları işlemlere konu olmaktadır⁴¹. Kullanımının yaygınlaşmasına binaen kanun veya kılavuz gibi düzenlemelerin gerekliliği artmış olmasına rağmen⁴² kripto paraların vergilendirilmesi konusunda mevzuatta önemli ilerleme kat edilmemiştir. Kripto paraların vergi uyumunun sağlanması üzere Amerika Gelir İdaresi 2018’de kripto para vergi uyumu kampanyası başlatmış ve yine aynı yıl kripto para birimlerine dair ceza tahkikatlarına farklı kurumlarla birlikte iştirak etmiştir⁴³.

Normal şartlarda vergi mükelleflerinin kripto para kullanımından elde edilen gelirleri raporlamaları beklenmektedir. Bu rapor doğrultusunda mükellefin vergisini ödemesi gerekir. Normal şartlarda elde edilen gelirlere uygulanan mükellefin raporlama ve ödeme işlemleri, kripto paralar söz konusu olduğunda uygulanamamaktadır. Bunun nedeni kripto paraların konu olduğu gelir elde edilen işlemlere dair veriye erişimdeki teknik zorluklardır.

Mali kurumlar gibi üçüncü şahıslar tarafından dosyalanan vergi formları kripto para birimleri ile yapılan işlemlerden elde edilen gelirleri kapsayacak şekilde güncellenmediğinden, formlar genellikle mali kurumların ya da vergi mükelleflerinin rapor ettikleri gelir veya işlemlerin kripto para birimi içerip içermediğini belirtmelerini gerektirmemektedir⁴⁴.

Amerika Gelir İdaresi, 2014 ve 2019 yıllarında vergi mükelleflerinin ve uygulayıcıların temel sorunlarını aydınlatma amacıyla Kripto Para Kılavuzu yayımlanmıştır⁴⁵. 2019 yılının Temmuz ayında Amerika Gelir İdaresi, potansiyel vergi mükellefi olarak belirlediği aktif kripto para kullanıcılarına vergi yükümlülükleri konusunda bilgilendirme içerikli mektup göndermeye başlamıştır⁴⁶.

Türkiye’de de muhtemel vergi mükelleflerinin tespiti mümkündür. Örneğin kripto para kullanan işletmelerin motivasyonlarını ve kripto para dünyası hakkındaki gözlemlerini analiz etmek amacıyla bir çalışma yapılması planlanmış ve bu çalışmanın yöneltmesi için Türkiye’de faaliyet gösterip kripto para ile işlem

⁴¹ Muhammet Şahin, “Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı Mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 34 (2019), 176.

⁴² David C. McDonald, “Coining New Tax Guidance: How the IRS is Falling Behind in Crypto”, *University of Miami International and Comparative Law Review* 28/1 (2020), 151.

⁴³ United States Government Accountability Office, “Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance”, 2.

⁴⁴ A.g.e., 1.

⁴⁵ A.g.e., 2.

⁴⁶ United States Government Accountability Office, “Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance”, 15.

yapan işletmelerin belirlenmesi gerekmiştir. Arama motorundan, sosyal medya sitelerinden ve ilgili web sitelerinden yararlanılarak çalışmanın yöneltileceği 122 şirkete ulaşılabilmektedir⁴⁷. Bu durum, kripto para ile işlem yapan tüzel kişilerin belirlenebileceğini ispat etmekle birlikte kripto para kullanarak gelir elde eden potansiyel vergi mükelleflerinin de benzer şekilde dijital platformlar kullanılarak belirlenebileceğini göstermektedir.

Kripto para birimi kullanan işlemlere mevcut genel vergi ilkelerinin nasıl uygulanacağını belirlemek amacıyla Amerika Gelir İdaresi tarafından 2014-21 Sayılı Kılavuz yayımlanmıştır. Bu bildirimde uymayan vergi mükelleflerinin kripto para işlemlerinin zamanında ve doğru şekilde rapor edilmemesi veya kripto para işlemlerine bağlı eksik ödeme olması gibi durumlarda vergi mükellefleri için yaptırım uygulanabileceği belirtilmiştir⁴⁸. Bildirimde kripto para biriminin mal veya hizmet alımında ödeme aracı olarak kullanılabilmesi veya yatırım amacıyla muhafaza edilebildiği belirtilmiştir. Kripto para biriminin, bir değişim aracı, bir hesap birimi veya bir değer deposu olarak işlev gören dijital bir değeri temsil ettiği açıklanmıştır. Kripto paralar bazı ortamlarda, gerçek para birimi gibi kullanılmasına karşın herhangi bir ülkenin yargı alanında kanuni para niteliğini haiz değildir. Bununla birlikte gerçek paraya dönüştürülebilir niteliktedir. Bitcoin gibi kripto paralar dijital olarak satım sözleşmesine konu olmakta ve bunlar dolar, Euro veya diğer gerçek para birimleri karşılığında yahut başka kripto para birimi veya kripto para karşılığında kullanılabilir. Kripto paraların bu tür işlemlerde kullanılması, vergi yükümlülüğüne yol açabilecek sonuçlar doğurabilir. Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu'nun kapsamı, kripto paralar içerisinde gerçek para ile değiştirilmesi mümkün olanlara yönelik sınırlanmıştır. Burada kripto para gibi bilişim teknolojilerinin hukuken düzenlenmesi; inovasyonları ve bilişim teknolojilerindeki gelişmeleri aksatan, duraksatan bir olgudur⁴⁹. Dolayısıyla Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu'nun kapsamını gerçek para ile değiştirilmesi mümkün olan kripto paralar ile sınırlaması, yeni oluşabilecek kripto paralara dair inovasyonların vergisel düzenlemeler nedeniyle sektöre uğratılmasını önlemiştir. Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu'ndaki hususlardan başlıcaları şu şekildedir:

“1) Kripto paralara uygulanacak vergi ilkeleri, emtialara uygulanan genel vergi ilkeleridir⁵⁰.”

⁴⁷ Karaoğlan, Arar ve Bilgin, “Türkiye’de Kripto Para Farkındalığı ve Kripto Para Kabul Eden İşletmelerin Motivasyonları”, 22.

⁴⁸ Aqvi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 6.

⁴⁹ McDonald, “Coining New Tax Guidance: How the IRS is Falling Behind in Crypto”, 159.

⁵⁰ Aqvi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 2.

Amerikan Vergi Hukuku kapsamında kripto paralar emtia olarak kabul edilmekte ve emtia işlemlerine uygulanan genel kurallara tabi olmaktadır⁵¹.

“2) Kripto paraların döviz kazancı veya kaybında dikkate alınabilecek para birimi olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir⁵². ”

Amerika Gelir İdaresi'nin söz konusu bildirim, bitcoin gibi kripto paraların potansiyel olarak sermaye kazancı veya sermaye kaybı kurallarına tabi olan para birimi şeklinde veya emtia şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği soruna⁵³ cevap niteliği taşımaktadır. Nitekim bildirimde kripto paraların para birimi olarak nitelendirilmemesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

“3) Sunulan mal veya hizmet karşılığında ödemeyi kripto para şeklinde kabul eden vergi mükellefi brüt geliri hesaplarken o kripto paranın alındığı tarih itibarıyla ABD doları cinsinden ölçülen adil piyasa değerini de dahil etmelidir.”

“4) Kripto para ile gerçekleştirilen işlemlerin dolar cinsinden rapor edilmesi gerekir. Vergi mükelleflerinin ödeme veya makbuz tarihi itibarıyla kripto paranın adil piyasa değerini dolar cinsinden belirleyerek o belirledikleri değeri raporlaması gerekecektir. Kripto para bir borsada listeleniyorsa ve piyasadaki arz ve talabe göre kur belirleniyorsa; kripto paranın piyasa değeri, kripto paranın o kur üzerinden dolara (yahut dolara çevrilebilecek başka bir gerçek ara birimine) çevrilmesiyle belirlenir⁵⁴. ”

Kripto paraların konu olduğu işlemlerin vergilendirilmesi konsundaki düzenlemelerin genel olarak yükümlülükleri kapsamı ve uygulamayı ihmal etmesi vergilendirmedeki sorunların devam etmesine neden olmaktadır. Burda “Kripto para ile gerçekleştirilen işlemlerin dolar cinsinden rapor edilmesi gerekir⁵⁵. ” şeklinde belirtildiği üzere vergi mükellefine yükümlülük getirilmiş ancak vergi mükellefinin bu raporlamayı nasıl yapması gerektiğine dair uygulamayı kapsayacak bir açıklama öngörülmemiştir. Mevcut düzenlemeler genellikle kripto paraların konu olduğu işlemleri kapsamaya yönelirken, vergi mükelleflerinin, kuralların kendi özel durumlarına nasıl uygulanacağı konusunda daha pratik hayata, uygulamaya rehberlik edecek düzenlemelere duyduğu ihtiyaç gözden kaçmaktadır⁵⁶.

⁵¹ H. Muhammet Kekeç, “Dünya’da Çeşitli Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımı ve Kripto Paraların Vergisel Boyutu”, *Muhasebe, Finans ve Denetim Alanlarında Yenilikçi Yaklaşımlar* - 3 ed. Yakup Aslan (İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022), 58.

⁵² Aqi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 2.

⁵³ Andrew Gross, Jeff Hemker, Jamie Hoelscher ve Brad Reed, “The Role of Secondary Sources on the Taxation of Digital Currency (Bitcoin) before IRS Guidance was Issued”, *Journal of Accounting Education* 39 (2017), 48.

⁵⁴ Aqi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 3.

⁵⁵ Aqi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 1 vd.

⁵⁶ Aleksandra Bal, “Handbook of Digital Currency Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data”, *Chapter 14 - How to Tax Bitcoin?* ed. David Lee Kuo Chuen (Academic Press, 2015), 267.

“5) Kripto para maliyet matrahı; o kripto parayı elde etmek için ücretler, komisyonlar ve dolar cinsinden diğer edinme maliyetleri dahil olmak üzere kripto parayı elde etmek için harcanılan toplam tutardır. Tespit matrah ise dolar cinsinden belirli harcamalarla artırılan ve belirli kesintiler veya kredilerle azaltılan matrahıdır. Kripto para verilerek bir mal edinilmesi durumunda kripto para karşılığında alınan malın adil piyasa değeri, vergi mükellefinin kripto paranın tespit matrahını aşarsa, vergi mükellefinin vergiye tabi kazancı vardır. Diğer taraftan kripto para ile alınan malın adil piyasa değeri, kripto paranın tespit matrahından düşükse, vergi mükellefinin zararı, kaybı vardır⁵⁷.”

Açıklamak gerekirse, vergi mükellefinin kripto para satın alırken ödediği dolar maliyet matrahıdır. Sanal para biriminin adil piyasa değerinde zamanla dalgalanmalar görülebilir. Vergi mükellefi, satın aldığı ürünler karşılığında ödemeyi kripto para ile yapabilir ki bu işlem sonucunda bir değer artışı veya kaybı olması durumu vergiyi etkiler. Vergi mükellefi bir değer artışı veya kaybı olup olmadığını hesaplamak için maliyet matrahını satın aldığı malın adil piyasa değerinden çıkarır. Bir başka ifadeyle satım konusu mal karşılığında kripto para değil de dolar ile ödeme yapılsaydı kaç dolar ödenecektiye o miktardan en başka kripto para almak için ödemiş olduğu dolar miktarını çıkarır. Sonuçta elde edilen miktar pozitif bir değer ise vergi mükellefinin bunu değer artışı olarak Amerikan Gelir İdaresi'ne rapor şeklinde iletme yükümü bulunmaktadır. Elde edilen miktar negatif bir sayı ise Amerikan Gelir İdaresi'ne değer kaybı olarak rapor iletme yükümü söz konusudur.

“6) Bir vergi mükellefinin madencilik faaliyeti sonucu elde ettiği kripto paranın alındığı tarih itibariyle adil piyasa değeri brüt gelire dahil edilir.

7) Bir vergi mükellefinin kripto para madenciliğinin bir ticaret veya işletme olarak kabul edilmesi durumunda ve vergi mükellefinin “madencilik” faaliyetinde bir işçi statüsünde bulunmaması durumunda bu faaliyetlerden kaynaklanan serbest meslek kazancı, serbest meslek gelirini oluşturur ve serbest meslek vergisine tabidir⁵⁸.”

Ticari kazanç, Türkiye'de 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 37. maddesinde her türlü veya sınai faaliyetten doğan kazanç olarak tanımlanmıştır. Hangi durumların ticari kazanç olarak kabul edileceği aynı maddenin devamında belirtilmiştir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 37. maddesinde belirtilen faaliyetlerden elde

⁵⁷ Aqiu, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 3. Burada belirtilen kaybın düşülebilir olup olmadığı gibi satışlar ve takaslar için uygulanacak vergi muameleleri hakkında detaylı bilgi için bakınız: Department of the Treasury, Internal Revenue Service (IRS), *Sales and Other Dispositions of Assets*, Publication 544 Cat. No. 15074K, Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service) (Erişim 7 Mayıs 2022)

⁵⁸ Aqiu, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 4.

edilecek gelirlerin her durumda ticari kazanç olarak vergilendirilmektedir. Aynı Kanun'un 1. maddesinde gelire giren kazanç ve iratlar sıralanmış olup bu sıralamada ticari kazançlar olduğu gibi serbest meslek kazançları da bulunmaktadır. 6. maddede Türkiyede yerleşmiş olmayan gerçek kişilerin sadece Türkiye'de elde ettikleri kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirilebilecekleri belirtilmiştir. Burada kripto para madenciliğinden elde edilen gelir değerlendirildiğinde serbest meslek kazancının Türkiye'de elde edilmiş olması için Kanun'un 7. maddesi uyarınca serbest meslek faaliyetlerinin Türkiye'de icra edilmesi veya Türkiye'de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda madenciliğin Türkiye'de bulunan bilgisayarlar üzerinden gerçekleştirilmesi durumunda faaliyetin Türkiye'den gerçekleştirildiği kabul edilebilir. Serbest meslek kazançlarının gelir vergisinden müstesta tutulduğu haller Kanun'un 18. maddesinde belirtilmiştir. Bu haller içerisinde bilgisayar programcısının bilgisayar yazılımı gibi eserlerini bilgisayar ve internet ortamında yayınlamak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devir ve temlik etmek veya kiralamak suretiyle elde ettikleri hasılat da sayılmıştır. Burada madencilik faaliyeti bir yazılım üzerinden gerçekleştirilmekte olmakla birlikte burada bir yazılım üretimi değil yazılım kullanımı olduğundan hareketle madencilik işlemi bir eser olarak nitelendirilmeyecektir. Bu bağlamda 18. maddede belirtilen istisnalardan herhangi biri kapsamında değerlendirilmeye tabi olmayacaktır.

“8) Kripto para şeklinde yapılan bir ödeme bilgi raporlamasına tabidir. Örneğin, bir ticaret veya işletmenin iş sürecinde, bir vergi yılında vergiden muaf olmayan bir ABD vatandaşına alıcısına kripto para kullanarak 600 dolar veya üzeri sabit ve belirlenebilir bir gelir ödemesi yapan kişinin, kripto para ile yaptığı bu ödemeyi Amerika Gelir İdaresi'ne ve ödeme yaptığı kişi olan alıcıya bildirmesi gerekir. Kira, maaşlar, ücretler, primler, yıllık ödemeler veya tazminat sabit ve belirlenebilir gelir ödemesi örnekleridir⁵⁹.”

Kripto para ile yapılan ödemeler her ne kadar vergi mükellefince rapor yükümlüüne konu olsa da birçok vergi mükellefi bu yükümü yerine getirmemektedir. Amerika Gelir İdaresi, 2013 ile 2015 yılları arasındaki 3 yıllık süreç için vergi beyannamesi veri tabanlarını analiz etmiştir. Bu analiz sonucu her yıl kripto para birimi faaliyeti bildiren vergi mükellefi sayısının 900'den az olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu yıllarda özellikle bitcoin gibi kripto para pazarının son derece revaçta olduğu dikkate alındığında bu pazara dahil olan kişi sayısının yüksek olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak kripto paradan elde edilen gelirden bahsedilen vergi beyannamesi sayısı 900'ün altında tespit edilmiştir⁶⁰. Kripto para

⁵⁹ Aqi, *Notice 2014-21*, Amerika Gelir İdaresi, 5.

⁶⁰ United States Government Accountability Office, “Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance”, 11.

pazarının büyüklüğü dikkate alındığında 900 kişiden çok daha fazla insanın kripto para pazarında yer aldığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen kripto paraya dair beyanname sayısının 900'den az olması, birçok vergi mükellefinin kripto para kullanımından elde ettiği geliri muhtemelen bildirmedeğini, rapor yükümünü yerine getirmedeğini göstermektedir.

Amerika Gelir İdaresi'nin söz konusu kılavuzuna göre, gerçek para biriminde eşdeğer bir değere sahip olan veya gerçek para biriminin yerine geçen dönüştürülebilir kripto paralar, vergi açısından emtia olarak kabul edilecektir. Bu kılavuzda kripto para işlemlerinden elde edilen kazançlar da dahil olmak üzere gelirin, vergi mükelleflerinin gelir vergisi beyannamelerinde rapor edilebilir olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, mal veya hizmetler için yapılan ödemelerde kripto para kullanılması durumunda, kripto para işlemleri yapılan diğer ödemelerle aynı ölçüde vergiye tabi olacaktır⁶¹. Kripto para satarak karşılığında dolar alma durumu, bir tür kripto parayı başka bir türdeki kripto para ile değiştirmek, dolar karşılığında kripto para almak ve bu kripto paraları bekleterek biriktirmek⁶², görülen bir hizmet karşılığında kripto para almak, kripto para madenciliği yapmak, sahipleri aynı olan bir cüzdandan farklı bir cüzdana yahut sahipleri aynı olan bir hesaptan farklı bir hesaba kripto para gönderilmesi durumları vergiye tabi kripto para işlemlerine örnek gösterilebilir.⁶³

III. AMERİKA GELİR İDARESİ 2019-24 SAYILI GELİR YÖNETMELİĞİ

Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 Sayılı Kılavuzu'nu tamamlayıcı niteliğe sahip olan 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği, vergi mükelleflerinin raporlama gerekliliklerini anlamalarına yardımcı olmayı ve kurallara uymayan mükellefler için öngörülen yaptırımların adil olarak uygulanmasını amaçlamaktadır⁶⁴.

Yönetmelikte birbiri ile karıştırılan kavramlardan olan kripto para birimi ile kripto para kavramları ayrı paragraflarda tanımlanmıştır⁶⁵. Buna göre kripto para birimi, ABD doları veya yabancı para biriminin temsilinden ziyade; bir değişim

⁶¹ A.g.e., 7.

⁶² Özellikle BCH olarak kısaltılan Bitcoin Cash olarak isimlendirilen kripto paraların sahibi tarafından elde tutulduğu sürede vergilendirilmesi konusunda bu kripto paraların satılana kadar veya başka bir kripto para yahut gerçek paraya dönüştürülene kadar 'açık işlem' olarak kabul edilerek buna göre vergilendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bakınız: Eric D. Chason, "Cryptocurrency Hard Forks and Revenue Ruling 2019-24", *Virginia Tax Review* 39/2 (2019), 279 vd.

⁶³ United States Government Accountability Office, "Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance", 8.

⁶⁴ IRS, *Virtual currency: IRS Issues Additional Guidance on Tax Treatment and Reminds Taxpayers of Reporting Obligations, IR-2019-167* (Erişim 17 Mayıs 2022).

⁶⁵ Yönetmelikte kripto para birimi yerine dijital para birimi kavramı kullanılmış olup, çalışmanın temel amaçlarından biri kavram karmaşasının önlenmesi olduğundan çalışmada Yönetmelik'te dijital para birimi olarak anılan terim kripto para birimi şeklinde ele alınmıştır.

aracı olarak, hesap birimi olarak ve bir değer deposu olarak işlev gören değer dijital temsilidir. Diğer taraftan yabancı para ise Amerika Birleşik Devletleri dışındaki bir ülkenin yasal ödeme aracı olarak belirlenen, dolaşımda olan, düzenlendiği ülkede alışılmış olarak kullanılan ve değişim aracı olarak kabul edilen madeni para ve kağıt parayı ifade edecek şekilde tanımlanmıştır⁶⁶.

Yönetmelikteki tanımda kripto para biriminin yabancı ülkelerin para biriminden farklı olduğu belirtilmiştir. Ülkelerde yasal ödeme ve değişim aracı olarak kullanılan tedavüldeki kağıt ve madeni para yabancı para birimi şeklinde kabul edilmiştir. Bu şekilde aynı amaçlarla tedavülde olan ancak bir kağıt üzerinde yahut bir maden üzerinde temsil edilmeyen, kağıt veya maden üzerinde somutlaşmayan paranın, yabancı para olarak kabul görmeyeceği belirtilmiştir⁶⁷. Bu şekilde dijital ortamda yasal ödeme ve değişim aracı olarak kullanılan tedavülde olan paraların kendilerini temsil eden bir kağıt veya maden üzerinde devletlerin resmi kurumları tarafından somutlaşması halinde bunlar ya ‘yabancı para’ olarak kabul edilecek yahut yabancı para kavramının yeniden tanımlanması gerekecektir. Burada dijital bitcoin ile bağlantılı fiziksel bitcoinler incelenerek Bitcoin’in şifresinin yer aldığı, üzerinde bitcoine özgü semboller kullanılan çeşitli tasarımlardaki madenler üzerinde somutlaşan fiziksel bitcoinlerin yabancı para niteliğini haiz olup olmadığı değerlendirilecektir.

Bitcoin’i almayı ve harcamayı kolaylaştırarak, kullanımının yaygınlaştırılması amacıyla Caldwell tarafından geliştirilen Casascius koinleri olarak isimlendirilen fiziksel bitcoinler, elden ele dolaşan para birimi olarak tedavüle girmesi amaçlanmıştır. Bu metal para şeklindeki bitcoinler, elektronik karşılığına erişim için gereken şifrenin yer aldığı özel bir anahtarı içerir. Bu özel anahtar, fiziksel paranın devri öncesinde temsil ettiği kripto paranın harcanmasını önlemek için bir emniyet belirteci bulundurmaktadır. Fiziksel bitcoindeki bu emniyet belirteci, bu fiziksel bitcoinin temsil ettiği dijital bitcoine erişim için gereken şifrenin yer aldığı kısım üzerinde en ufak bir kurcalamayı dahi kolayca belli edecek şekilde tasarlanmıştır⁶⁸.

Fiziksel bitcoinin temsil ettiği değerfiziksel tasarımı üzerinde yazmamakta iken, yabancı paranın temsil ettiği değerler, 10 EURO gibi kağıt ya da 10 EURO Cent gibi maden gibi somutlaştıkları fiziki cisim üzerinde açıkça belirtilmektedir. Buna rağmen fiziksel bitcoinler tedavülde kabul görmüş ve birçok insan tarafından kullanılmıştır. Bitcoinin somutlaşma unsuru yabancı paradan farklı şekilde söz konusu olmuştur. Nitekim yabancı para niteliğini haiz olmak için 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği’nde belirtilen özelliklerin yanında en temelde parayı fiziki olarak basan matbaaların devletler tarafından kabul görmesi şarttır. Örne-

⁶⁶ Suzanne R. Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, Revenue Ruling, Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service) (2019) (Erişim 9 Eylül 2022), 1.

⁶⁷ A.g.e., 1.

⁶⁸ William J. Luther ve Josiah Olson, “Bitcoin is Memory”, *Journal of Prices & Markets* 3/3 (2015), 26.

ğin Türkiye'de madeni paralar Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı Darphane ve Damga Matbaası'nda basılmakta, Türk Lirası şeklindeki kağıt banknotlar ise, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na bağlı Banknot Matbaası'nda basılmaktadır. Bitcoinlerde ise fiziki bitcoinleri üreten Caldwell'in fiziki para üretimi ya-hut basımı Amerika tarafından onaylanmamış ve Mike Caldwell'e Kasım 2013'te Mali Suçları Uygulama Ağı (FinCEN) tarafından bitcoin üretimini durdurması için bildirimde bulunulmuştur. Bu şekilde fiziki bitcoinlerin para olarak satımı Mali Suçları Uygulama Ağı (FinCEN) tarafından durdurulmuştur. ABD Hazine Bakanlığı Caldwell'i "para aktarıcısı" olarak sınıflandırıp Banka Güvenlik Yasası düzenlemelerine uyması gerektiğini belirtmiştir⁶⁹.

Mali Suçları Uygulama Ağı (FinCEN) tarafından fiziksel bitcoin basımının durdurulması; para egemenlik simgelerinden, devlet olmanın göstergelerinden biri olduğundan fiziki bitcoinin para olarak egemenlik erki karşısında risk olarak algılandığını göstermektedir. Bir başka ifadeyle Amerikan devleti tarafından fiziki bitcoin riskli bir oluşum olarak tanımlanıp, halk tarafından kabul görmesine rağmen daha fazla yaygınlaşıp büyümeden devlet tarafından müdahale edilmiştir.

2019-24 sayılı yönetmelik kripto parayı da şu şekilde tanımlamıştır:

"Kripto para, işlem güvenliğinin sağlanması için blokzinciri gibi dağıtık defter teknolojisi şeklinde şifreleme yöntemi kullanan sanal para türü olarak tanımlanabilir. Dağıtık defter teknolojisinde; merkezi veri bankası olmayan veya yönetim işlevi olmayan farklı yerlerde işlem detaylarının eş zamanlı olarak kaydedildiği eş zamanlı işlem yapılması amacıyla (işlemleri senkronize etmek için), işlemlerin kaydedilmesi, paylaşılması amacıyla bağımsız dijital sistemler kullanılmaktadır"⁷⁰.

Kripto para tanımında Amerika Gelir İdaresi kripto paraların işlevlerini ele almamış, yabancı parayı işlevine göre tanımlarken kripto parayı yapısal olarak tanımlamayı tercih etmiş, kripto paranın sistemsel olarak nasıl çalıştığına değinmiştir. Bitcoin gibi kripto paralar geleneksel elden ele para birimleriyle aynı şekilde işlev görmekte⁷¹ olmasına rağmen Amerika Gelir İdaresi kripto parayı ayrı şekilde sınıflamak amacıyla ödeme ve değişim aracı olma işlevlerine yer vermezsin doğrudan sistemsel yapısı üzerinden farklı bir sınıf olarak tanımlamıştır.

2019-24 Sayılı Yönetmelik'te ayrıca sert çatal (hard fork) ve hava yardımı (airdrop) tanımlanmıştır. Sert çatal, dağıtık defter teknolojisine özgü bir durumdur. Sert çatal; dağıtılmış bir defterdeki bir kripto para birimine dair protokol değişikliği yapılması halinde söz konusu olur. Sert çatal sonucu mevcut dağıtılmış defterden

⁶⁹ Raiborn, Cecily ve Marcos Sivitanides "Accounting Issues Related to Bitcoins". Journal of Corporate Accounting & Finance 26/2 (2015), 26.

⁷⁰ Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, 2.

⁷¹ Luther ve Olson, "Bitcoin is Memory", 31.

kalıcı bir sapma oluşur. Açıklamak gerekirse sert çatal sonucunda eski dağıtılmış defterdeki eski kripto para birimine ek olarak yeni bir dağıtılmış defterde yeni bir kripto para birimi ortaya çıkabilir. Sert çatalın oluşması durumunda eski kripto para birimini içeren işlemler, eski dağıtılmış deftere kaydedilmeye devam etmekteken yeni kripto para birimini içeren işlemler yeni dağıtılmış deftere kaydedilmektedir⁷².

Sert çatal oluşması durumunda yeni kripto para birimi oluşabilmektedir. Bu şekilde yeni oluşan kripto paranın eski kripto para birimine göre tanınırlığı olmadığından kullanıcılar tarafından talep görmeme riski bulunmaktadır. Sert çatal sonucu oluşan yeni kripto paranın tanıtımının sağlanarak bu yeni kripto para birimine talebin artmasının sağlanması amacıyla hava yardımı uygulamasına başvurulmaktadır⁷³.

Hava yardımı, merkezi olmayan uygulamaların başlatılmasında, yeni üretilen kripto paraların belirli bir miktara kadar ücretsiz olarak dağıtılarak bu yeni kripto paranın erken destekçilerinin ödüllendirilmesi olarak tanımlanabilir. Hava yardımında yeni kripto paraların erken destekçilere⁷⁴ veya potansiyel kullanıcılara ücretsiz olarak hediye edilmesi söz konusudur. Hava yardımında amaç, yeni kripto paranın tanıtımıdır. Bu bağlamda hava yardımı, yeni başlayan girişimciler ve yeni projeler için bir pazar tanıtım stratejisidir. Ayrıca hava yardımı, şirketlerin yeni kripto paraların halka açık satış yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınarak kullanıcılara dağıtım mekanizması şeklinde kullandıkları bir metod olarak işlev görmektedir.⁷⁵

Hava yardımı şeklinde dağıtılan kripto paralarda genellikle hava yardımından geldiği an kripto para dağıtık deftere kaydedilmektedir. Ancak hava yardımı henüz dağıtık deftere kaydedilmeden önce de kullanıcının hava yardımından gönderilen kripto parayı alabildiği durumlarla da karşılaşmaktadır. Buna rağmen genel olarak hava yardımından gelen kripto paranın geldiği anda dağıtık deftere kaydedildiği kabul edilmektedir. Hava yardımı yoluyla bir kullanıcı cüzdanına kripto para yüklendiğinde yani hava yardımının dağıtık deftere kayde-

⁷² Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, 2.

⁷³ Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, 2.

⁷⁴ Hava yardımına konu kripto paralar kullanıcılar tarafından talep edilebilmektedir. Kullanıcıların yeni başlayan kripto paraya ilişkin olarak hava yardımı talep etmesi halinde kullanıcıların hava yardımını talep ettikleri bilgi ve bu talepte bulunan kullanıcıların blokzinciri dışındaki bilgileri ile ilişkilendirilerek talepte bulunanların kimlik bilgileri gibi verilerin hava yardımı yapan şirketler tarafından işlenmesi veya sızdırılması söz konusudur. Bu şekilde kripto para kullanıcılarının kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi başlı başına ayrı bir konu olup bu çalışmanın kapsamı dışında kalmıştır. Hava yardımını talep eden kripto para kullanıcılarının kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi konusunda detaylı bilgi için bakınız: Riad S. Wahby, Dan Boneh, Christopher Jeffrey ve Joseph Poon, "An Airdrop that Preserves Recipient Privacy", *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*, Financial Cryptography and Data Security. (2020).

⁷⁵ Zheng Liu ve Hongyang Zhu, "Fighting Sybils in Airdrops", *arxiv. Prod*, Cornell University, (Erişim 17 Ekim 2022), 1.

dildiği anda; kullanıcının bu kripto para birimi üzerinde hakimiyet ve kontrol uygulayamaması durumunda kullanıcı bu hava yardımı sonucu kaydedilen kripto para belgesini/makbuzunu haiz değildir. Özellikle kripto para borsasının, sert çatal sonrası yeni oluşturulan kripto para birimini desteklemediği hallerde havadan yardımıyla gönderilen kripto para, kripto para borsasındaki kullanıcının yani vergi mükellefinin hesabına hemen yatırılmamaktadır. Burada kripto para borsası aracılığıyla yönetilen ve vergi mükellefinin üzerinde doğrudan hakimiyeti ve kontrolünün olmadığı bir cüzdana hava yardımı yoluyla kripto para gönderimi söz konusudur. Vergi mükellefinin daha sonradan hava yardımıyla gönderilmiş olan kripto para birimini transfer etme, satma, takas etme veya başka bir şekilde elden çıkarma işlemlerini yapabilme yetkisi kazanması durumunda bu yetkiyi kazandığı an, kripto parayı aldığı an olarak kabul edilir⁷⁶.

2019-24 Sayılı Yönetmelik'te belirtildiği üzere kripto paranın havadan yardım yoluyla cüzdana gönderildiği an değil, cüzdan sahibinin o kripto para üzerinde hakimiyet kurarak işlem yapabilme yetkisini kazandığı an kripto parayı aldığı an olarak kabul edilmektedir. 2019-24 Sayılı Yönetmelik'te sert çatal sonucu yeni kripto para birimi oluşması durumunda bu yeni kripto paranın hava yardımı ile dağıtılması halinde bundan kişinin vergi ödemesi gerekip gerekmediği örnekler üzerinden açıklanmıştır. Buna göre X kripto para birimine ilişkin olarak bir sert çatal oluşumu sonucunda bu X kripto para biriminden artık yeni kripto para birimi olarak Y kripto para birimi oluşmuş olsun. X kripto para birimine sahip bir kullanıcıya Y kripto para biriminden hava yardımı yoluyla herhangi bir sağıtım yapılmamış olsun. Bu durumda kullanıcının X kripto paradan sert çatal sonucu ayrılarak oluşan yeni kripto para birimi Y'ye erişimi yahut katılımı olmadığından Y kripto paradan kaynaklı herhangi bir brüt yahut kesintisiz geliri de yoktur. Burada kesintisi gelir; aksi belirtilmedikçe mülk alışverişlerinden elde edilen kazançlar da dahil olmak üzere, hangi kaynaktan elde edilirse edilsin her türlü gelir demektir. Bir vergi mükellefinin tüm kazançları ve üzerinde tam hakimiyete sahip olduğu, kazançlarının ilişkili tüm katılımları brüt gelir kapsamındadır. Bir sermaye varlığının satışından veya takasından elde edilen kazanç olmayan veya özel bir kural uygulanmayan gelir olağan gelir olarak nitelendirilir⁷⁷. Vergi mükellefinin satın almaksızın bir varlık elde etmesi durumunda, ki hava yardımı yoluyla elde edilen kripto para bu kapsamdadır, bu varlığa ilişkin olarak vergi matrahı brüt gelire dahil edilen değere yönelik hesaplanır. Satın almaksızın edinilen varlığa ilişkin vergi matrahı hesaplamasında o varlık edinildiği andaki o varlığın adil piyasa değeri esas alınır. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse; bir kişi 50 birim X kripto parasına sahip olsun. 05.05.2022 tarihinde X kripto

⁷⁶ Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, 3.

⁷⁷ A.g.e., 3.

parasının dağıtık defterinde sert çatal oluşup Y kripto parası meydana geldiği varsayılın. Aynı tarihte 50 birim X kripto parası olan kullanıcıya hava yardımı yoluyla 25 birim Y kripto parası gönderilmiş olsun. Bu kişi hava yardımının hemen ardından Y kripto parasını imha edebilme yetkisini haiz olsun. Burada kişinin hava yoluyla edindiği kripto parayı imha yeteneğini haiz olması, o kripto para üzerinde tam bir hakimiyeti olduğunu göstermektedir. Bu hakimiyetine bağlı olarak kişi hür iradesiyle kripto parayı imha edebileceksen bunu yapmayı bu kripto paranın sahibi olmayı tercih edebilmektedir. Bu durumda kişi 50 birim X kripto parasına ve 25 birim hava yardımı yoluyla elde ettiği Y kripto parasına sahiptir. 25 birim Y kripto parasının hava yardımının dağıtık deftere kaydedildiği andaki adil piyasa değeri, rayiç bedeli 50 dolar olsun. Bu örnekte kişinin hava yardımı yoluyla 50 dolarlık Y birim kripto para ediniminin nedeni, Y kripto parasının oluşumuna neden olan sert çatal oluştuğunda 50 birimlik X kripto parasına haiz olmasıdır. Bir başka anlatımla kişiye, halihazırda X kripto parası olduğu için ve Y kripto parası X kriptosunun yaşadığı sert çatal sonucu oluştuğu için Y kripto parası gönderilmiştir. Burada X kripto parasına dair işlemler mevcut eski dağıtık deftere kaydedilmeye devam ederken, sert çatal sonrası oluşan Y kripto parasına yönelik işlemler ise yeni dağıtık deftere kaydedilerek gerçekleştirilir. Buradaki örnek olayda kişi, sert çatalı takip eden hava yardımından 25 birimlik Y kripto parası şeklinde yeni bir varlık kazanmıştır. Bu durumda kişinin servete katılımı söz konusudur. Kişi, Y kripto parasını elde ettiği vergi yılında olağan gelire sahiptir. Burada hava yardımı dağıtık deftere kaydedildiğinde 25 birim Y kripto paranın adil piyasa değeri 50 dolar olduğundan kişinin Y kripto parasına ilişkin vergi matrahı 50 dolar üzerinden hesaplanmalıdır⁷⁸.

Sonuç olarak; kişinin yeni bir kripto para birimini almaması durumunda, halihazırda sahip olduğu bir kripto para biriminin sert çatal oluşumu sonucu kişi doğrudan brüt gelire sahiptir denilemez. Ancak kişinin sert çatal oluşumu sonucu kendisine hava yardımı yoluyla gönderilen yeni kripto parayı üzerinde tam hakimiyeti olduğu halde imha etmeyerek kabul etmesi durumunda olağan brüt geliri vardır denilebilir.⁷⁹

SONUÇ

Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler kişilerin alış verişi veya birikim tercihlerine de etki ederek banknot veya madeni paraya alternatif olarak kripto paralar söz konusu olmuştur. Doktrinde dijital para, dijital varlık ve kripto para kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı durumlara sıkça rastlanmaktadır. Bu durum hem kavram karmaşasına yol açmakta hem de anlam karmaşasına yol açmakta ve bilimsel bilgi

⁷⁸ Sinno, *Revenue Ruling 2019-24*, 3, 4.

⁷⁹ A.g.e., 5.

yerine yanıltıcı bilginin yayılmasına neden olabilmektedir. Bu durumun önlenmesi için Avrupa Birliği'nin Dijital Euro Araştırma Aşamasının Bir Parçası Olarak Ödeme Tercihleri Hakkında Rapor'undaki "Merkez bankası dijital para birimleri kripto para birimi değildir!"⁸⁰ açıklaması dikkate alınarak ve Türk hukuk doktrininden faydalanılarak öncelikle kavramlar tanımlanmış, ortak özellikleri ve farkları belirtilmiştir. Dijital para, dijital para birimi, merkez bankası dijital para birimi kavramları, yapısal benzerliği dikkate alınarak aynı bağlamda değerlendirilmiştir. Buna göre kripto para, değişim veya yatırım aracı olarak kullanılabilen, merkeziyetsiz bir yapı üzerinden işlemlerin şifreli gerçekleşmesini sağlayan değer dalgalanması yüksek ölçeklerde gerçekleşebilen para olarak tanımlanabilir. Kripto paranın gerek merkez bankası dijital para birimlerinde olduğu gibi bir merkezi bir otorite tarafından kontrol ve takibinin yapılmaması⁸¹ gerekse yüksek ölçülerde dalgalanmalar dolayısıyla fahiş değer artışları yahut hava yardımı gibi karşılıksız edinimler şeklinde farklı olaylarda vergilendirilmesine ilişkin özel düzenlemeler gerekmektedir.

Amerika Gelir İdaresi'nin kripto paranın kendine has teknik ve ekonomik özelliklerini dikkate alarak 2014-21 Sayılı Kılavuzu ve 2019-24 Sayılı Gelir Yönetmeliği şeklinde iki önemli düzenleme yayınlamıştır. Bu düzenlemelerde temel amaç kripto paranın vergilendirilmesinde gerek matrahın belirlenmesi gerekse salt kripto paraya özgü sert çatal sonucu yeni kripto para kazanımı gibi kripto paraya has olayların vergiye konu olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda Amerika Gelir İdaresi'nin söz konusu düzenlemeleri kripto paraya özgü hangi durumların nasıl vergilendirilebileceğine ilişkin şartları belirlemektedir. Ayrıca ilgili düzenlemeler adil piyasa değeri üzerinden matrahın nasıl hesaplanacağını örnek olaylar üzerinden açıklayarak vergi mükelleflerine yol gösterici birer kılavuz niteliğindedir. Bu düzenlemelerdeki temel esaslara örnek vermek gerekirse, gerçek para birimi ile kıyaslandığında eşdeğer bir değere sahip olan kripto paraların gelir vergisi beyannamelerinde belirtilmesi gerekmektedir. Kripto paranın konu olduğu vergilendirilebilir işlemler kripto paranın satılarak karşılığında dolar alınması, kripto paranın verilerek başka birimdeki bir kripto paradan alınması bu kripto paranın yatırım aracı olarak biriktirilmesi⁸², kripto paranın madencilik sonucu elde edilmesi şeklinde örneklendirilebilir⁸³. 2014-21

⁸⁰ European Central Bank (ECB), *Study on New Digital Payment Methods*, 53.

⁸¹ Kesebir ve Günceler, "Kripto Para Birimlerinin Parlak Geleceği", 607.

⁸² Özellikle BCH olarak kısaltılan Bitcoin Cash olarak isimlendirilen kripto paraların sahibi tarafından elde tutulduğu sürede vergilendirilmesi konusunda bu kripto paraların satılana kadar veya başka bir kripto para yahut gerçek paraya dönüştürülene kadar 'açık işlem' olarak kabul edilerek buna göre vergilendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bakınız: Chason, "Cryptocurrency Hard Forks and Revenue Ruling 2019-24", 279 vd.

⁸³ United States Government Accountability Office, "Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance", 8.

Sayıli kılavuzda yer almayan ancak kripto para teknolojilerinde gündeme gelen sert çatal ve hava yardımı gibi olaylarda kripto paraların nasıl vergilendirileceği ise 2019-24 Sayılı yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre kripto para sahibi kişinin hava yardımı yoluyla kazandığı yeni kripto para, bu kişinin yeni kripto para üzerinde tam hakimiyeti olması durumunda vergilendirilmektedir. Amerika Gelir İdaresi'nin 2014-21 sayılı kılavuzu ve 2019-24 sayılı yönetmeliği kripto paraya özgü teknik durumların açıklanması ve kripto paranın vergilendirilmesine dair düzenlemelerde emsal teşkil etmesi açısından önemlidir.

KAYNAKÇA

- Ağan, Büşra ve Üzeyir Aydın. “Kripto Para Birimlerinin Küresel Etkileri: Asimetrik Neden-sellik Analizi”. *Finans Sempozyumu* (Mersin: Mersin Üniversitesi, 2018), 22/ 797 - 816.
- Akcan, Mustafa Muhsin. “Kripto-Paraların Finans Piyasalarına Etkileri”. *Kripto Para Ekonomisi* ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan. 97 - 114. Konya: Eğitim Yayınevi, 2018.
- Alkış, Alpaslan. “İslam Hukuku Açısından Bitcoin ve Kripto Para”. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 8/2 (2018): 69 - 90.
- Alpago, Hasan. “Bitcoin’den Selfcoin’e Kripto Para”. *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi* 3/2 (2018): 411 - 428.
- Alptekin, Volkan ve Kubilay Çağrı Yılmaz. “Para Kuramı: Deniz Kabuklarından Dijital Paraya”. *Kripto Para Ekonomisi* ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan, 5 - 20. Konya: Eğitim Yayınevi, 2018.
- Anwar, Khairul. *Ekonomi - Politik Formulasi Kebijakan dalam Konteks yang Berubah (Değişen Bağlamda Politika Formülasyonu)*. Gobah-Pekanbaru: Alaf Riau Publishing, 2011.
- Aqui, Keith A. *Notice 2014-21*. Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service). 2014. Erişim 5 Mayıs 2022. <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>.
- Aslantaş Ateş, Burcu. “Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi”. *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 7/1 (2016): 349 - 366.
- Azman, Fatih. “Kripto Para”. *Kripto Para Ekonomisi* ed. Volkan Alptekin, İsmail Metin ve Ahmet Tayfur Akcan, 59 - 74. Konya: Eğitim Yayınevi, 2018.
- Bal, Aleksandra. “Handbook of Digital Currency Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data”. *Chapter 14 - How to Tax Bitcoin?* ed. David Lee Kuo Chuen, 267 - 282. Academic Press, 2015.
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu. *2013 / 32*. Basın Açıklaması, İstanbul: BDDK. Erişim 15 Nisan 2022. <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/510?ekId=530>.
- Bénicourt, Emmanuelle ve Bernard Guerrien. *Neoklasik İktisat Teorisi; Mikroekonomi, Makroekonomi ve Oyun Teorisi (La théorie économique néoclassique, Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux)*. Çev. Mustafa Dönmez, Hüseyin Şahin ve Ertuğrul Tokdemir. İstanbul: İletişim Yayınları, 2017.
- Blanke, Tobias. *Digital Asset Ecosystems: Rethinking Crowds and Clouds*. Oxford: Chandos Publishing, 2014.
- Buğan, Mehmet Fatih. “Bitcoin ve Altcoin Kripto Para Piyasalarında Finansal Balonlar”. *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 13/24 (2021): 165 - 180.
- Çarkacıoğlu, Abdurrahman. *Kripto-Para Bitcoin*. Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi. 2016, Erişim 17 Mayıs 2022. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63468702/Bitcoin_nedir20200529-126429-2gxm8n-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667656194-&Signature=OKFF-neKg8a0cHbwXcyWes6SfVnCxNqhPBCiRwIshILWbz056DTTudhgTPp1nifvhqZ4sW5vT7PPhUfyu2mJLkAIX2X3Gtyyzl0qyw1B7i27YHU6xaa.

- Çatlı, Mehmet ve Sümeyye Şimşek. “Dijital Para ve Egemenlik”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12/48 (2021): 151 - 184.
- Çelen, Mustafa. “Türk Vergi Mevzuatına Göre Kripto Paraların Vergilendirilmesi”. *Bilimevi İktisat* (Bilimevi Basın Yayın A. Ş.) 1/2 (2018).
- Cengiz, Kadir. “En Popüler Kripto Para Birimi: Bitcoin”. *Bandırma Onyedü Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2018): 87 - 100.
- Ceylan, Fatih, Ramazan Ekinci, Osman Tüzün ve Hakan Kahyaoglu. “Kripto Para Piyasasında Balonların Tespiti: Bitcoin ve Ethereum Örneği”. *Business & Management Studies: An International Journal (BMLJ)* 6/3 (2018): 263 - 274.
- Chapman, James ve Carolyn A. Wilkins. “Crypto “Money”: Perspective of a Couple of Couple of Canadian Central Bankers”. *Bank of Canada Staff Discussion Paper*, 1 - 29. 2019.
- Chason, Eric D. “Cryptocurrency Hard Forks and Revenue Ruling 2019-24”. *Virginia Tax Review* 39/2 (2019): 279 - 287.
- Demir, Osman ve Hatice Odabaşı. “Merkez Bankası Dijital Para Sisteminin Avantaj ve Dezavantajları Neler Olabilir?” *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 61(2022): 199 - 222.
- Deniz, Elvan Asena. *Finansal Piyasalarda Kripto Para Uygulamaları: Kripto Para Fiyatlarını Etkileyen Faktörler*. İstanbul: Işık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Department of the Treasury, Internal Revenue Service (IRS). *Sales and Other Dispositions of Assets*. Publication 544 Cat. No. 15074K, Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service). Erişim 7 Mayıs 2022. <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p544.pdf>.
- Dülger, Murat Volkan. «Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para.» *Hukuk ve Daha Fazlası* (2021): 4 - 9.
- Eren, Binali Selman, Mustafa Salim Erek ve Ayşe Nur Buyruk Akbaba. “Kripto Para Kavramı ve Muhasebeleştirilmesi”. *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi* 9/2 (2020): 1340 - 1367.
- European Central Bank (ECB). *Study on New Digital Payment Methods*. Commissioned Research on Citizens’ Payment Habits and Their Attitudes towards Digital Payments. Erişim 30 Ağustos 2022. https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/investigation/profuse/shared/files/dedocs/ecb.dedocs220330_report.en.pdf.
- Girgin, Betül. “Dijital Para ve Dijital Para Hakkında Hukuki Düzenlemeler”. *Ahkam* (2021): 70 - 77.
- Girgin, Süleyman. *Kripto Paralardan Elde Edilen Kazançların Vergilendirilmesi*. Aydın: Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Gross, Andrew, Jeff Hemker, Jamie Hoelscher ve Brad Reed. “The Role of Secondary Sources on the Taxation of Digital Currency (Bitcoin) before IRS Guidance was Issued”. *Journal of Accounting Education* 39 (2017): 48 - 54.

- Gültekin, Yaşar. "Turizm Endüstrisinde Alternatif Bir Ödeme Aracı Olarak Kripto Para Birimleri: Bitcoin". *Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2017): 96 - 113.
- IRS. *Virtual currency: IRS Issues Additional Guidance on Tax Treatment and Reminds Taxpayers of Reporting Obligations, IR-2019-167*. (9 Ekim 2019). Erişim 17 Mayıs 2022. <https://www.irs.gov/newsroom/virtual-currency-irs-issues-additional-guidance-on-tax-treatment-and-reminds-taxpayers-of-reporting-obligations>.
- Kahraman, İbrahim Korkmaz, Habib Küçükşahin ve Emin Çağlak. "Kripto Para Birimlerinin Volatilité Yapısı: GARCH Modelleri Karşılaştırması". *Fiscaoeconomia* 3/2 (2019): 21 - 45.
- Karaoğlan, Serhat, Tayfun Arar ve Onur Bilgin. "Türkiye'de Kripto Para Farkındalığı ve Kripto Para Kabul Eden İşletmelerin Motivasyonları". *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi* 6/2 (2018): 15 - 28.
- Keathley, Elizabeth Ferguson. *Digital Asset Management: Content Architectures, Project Management, and Creating Order out of Media Chaos*. Apress, 2014.
- Kekeç, H. Muhammet. "Dünya'da Çeşitli Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımı ve Kripto Paraların Vergisel Boyutu". *Muhasebe, Finans ve Denetim Alanlarında Yenilikçi Yaklaşımlar - 3* ed. Yakup Aslan, 47 - 61. İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022.
- Kesebir, Murat ve Bülent Günceler. "Kripto Para Birimlerinin Parlak Geleceği". *İğdir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17 (2019): 605 - 625.
- Kızıl, Erkan. "Türkiye'de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi". *Mali Çözüm* (İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası) 29/155 (2019): 179 - 196.
- Koç, Sebahattin. "Paranın Dijitalleşmesi ve Merkez Bankası Dijital Para Olasılığı". *Akademik İzdüşüm Dergisi* 5/2 (2020): 196 - 204.
- Liu, Zheng ve Hongyang Zhu. "Fighting Sybils in Airdrops". *arxiv*. Prod. Cornell University. 10 Eylül 2022. Erişim 17 Ekim 2022. <https://arxiv.org/pdf/2209.04603.pdf>.
- Luther, William J. ve Josiah Olson. "Bitcoin is Memory". *Journal of Prices & Markets* 3/3 (2015): 22 - 33.
- McDonald, David C. "Coining New Tax Guidance: How the IRS is Falling Behind in Crypto". *University of Miami International and Comparative Law Review* 28/1 (2020): 151 - 180.
- Naito, Atsushi. "Money, Credit and the State: Post Keynesian Theory of Credit Money and Chartalism". *AHE Conference 2008*. Erişim 31 Mayıs 2022. http://www.marx.su/wp-content/uploads/2019/09/NAITO_A._-_Money_Credit_and_the_State_Post_Keynesian_Theory_.pdf.
- Raiborn, Cecily ve Marcos Sivitanides "Accounting Issues Related to Bitcoins". *Journal of Corporate Accounting & Finance* 26/2 (2015): 25 - 34.
- Şahin, Eyyüp Ensari. "Kripto Para Fiyatlarında Balon Varlığının Tespiti: Bitcoin, IOTA ve Ripple Örneği". *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 43 (2020): 62 - 69.

- Şahin, Eyyüp Ensari. “Kripto Para Bitcoin: ARIMA ve Yapay Sinir Ağları ile Fiyat Tahmini”. *Fiscaoeconomia* 2/2 (2018): 74 - 92.
- Şahin, Eyyüp Ensari ve Oktay Özkan. “Asimetrik Volatilitenin Tahmini: Kripto Para Bitcoin Uygulaması”. *Bilecik Şeyh Edebalı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 3/2 (2018): 240 - 247.
- Şahin, Muhammet. “Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı Mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme”. *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 34 (2019): 169 - 181.
- Securities and Exchange Commission. *Custody of Digital Asset Securities by Special Purpose Broker-Dealers*. Washington, DC, 27 Nisan 2021. Erişim 19 Haziran 2022. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/02/26/2020-28847/custody-of-digital-asset-securities-by-special-purpose-broker-dealers>.
- Serçemeli, Murat. “Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi”. *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar* 639 (2018): 33 - 66.
- Sinno, Suzanne R. *Revenue Ruling 2019-24*. Revenue Ruling, Amerika Gelir İdaresi (IRS-Internal Revenue Service) (2019) Erişim 9 Eylül 2022. <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rr-19-24.pdf>.
- Söderberg, Gabriel. “Are Bitcoin and Other Crypto-assets Money?” *Economic Commentaries*, 14 Mart 2018: 1 - 14. Erişim 5 Mayıs 2022. <https://www.riksbank.se/globalassets/media/rapporter/ekonomiska-kommentarer/engelska/2018/are-bitcoin-and-other-crypto-assets-money.pdf>.
- Ünalın, Gökhan. *Kripto Paraların Vergilendirilmesi*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- United States Government Accountability Office. “Virtual Currencies, Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance” *Reports & Testimonies*. 12 Şubat 2020. Erişim 23 Ağustos 2022. <https://www.gao.gov/assets/710/705950.pdf>.
- Wahby, Riad S., Dan Boneh, Christopher Jeffrey ve Joseph Poon. “An Airdrop that Preserves Recipient Privacy”. *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*. Financial Cryptography and Data Security. (2020): 444 - 463.
- Yıldız, Yiğit. “Kripto Paraların (Bitcoin) Vergilendirilmesi”. *Vergi Raporu* 2 (2018): 43 - 50.
- Yumuşaker, Mehmet Can. “Kripto Para ve Tipleri, Bitcoin Olgusu ve Muhasebesi”. *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 12/18 (2019): 1007 - 1029.



Hukukun Teleolojisi^(*)

Legal Teleology

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER^(**)

Öz

Teleolojik düşünce, her nesneyi, yaşam formunu, doğal veya kurumsal mekanizmayı, insan ve hukuk da dahil olmak üzere, varoluşundan gelen bir hedefe sahip varlık olarak kavrar. Bu şekilde teleolojik düşünme yöntemi de her fenomeni, ortaya çıktığı sebebe bağlı değil, hizmet ettiği nihai hedefe göre açıklar. Bu konuda ilk sorunsal ünlü 'arkhe' sorusunu meydana getirirken, ikinci soru 'telos' hakkındadır. Hukuk felsefesi alanında da teleolojik bakış açısına sahip önemli bir düşünce geleneği bulunmaktadır ve bu çalışma, klasik filozoflardan başlayarak Jhering, Pound, Radbruch ve Fuller'a dek pek çok modern düşünürün içinde bulunduğu bu bakış açısının analizine özgülenmiştir. Bu filozofların teleolojik tartışmalarından bazı önemli kavramsal çıktılar sudur etmiştir. Adalet, hukuk güvenliği ve pratik amaç, bu bağlamda öne çıkan üç kavramdır. Bu üç kavramın çatışkılı ilişkileri ve doğaları, Çobanoğlu, Aral ve Çağlı gibi bazı Türk hukuk düşünürlerinin de katılmış olduğu bu teleoloji tartışmalarının ana temasını meydana getirmiştir. Bu çalışmada bizler işbu çalışmalar vasıtasıyla, teleolojik çatışkılı analiz etmeye ve bu konunun felsefi ve hukuk bilimsel açılımlarına işaret etmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler

Teleoloji, Adalet, Hukuk Güvenliği, Pratik Amaç, Çobanoğlu, Fuller, Radbruch.

Abstract

Teleological thought comprehends every object, life form, natural or institutional mechanism, including human beings and the law, as a being has an ultimate purpose in existing. So teleological method of thinking explains every phenomena in terms of the ultimate purpose it serve, rather than of the cause by which it arise. While the second philosophical question is well known 'arkhe' question, but the first one is about 'telos'. There is also an important tradition of thought has a teleological point of view in legal philosophy; and this study is allocated to analyzing this viewpoint consisting of many legal philosophers, from classical philosophers to modern thinkers like Jhering, Pound, Radbruch and Fuller. Some important conceptual outcomes have emerged from these philosophers' teleological

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 28.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1289406

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: muzafferdulger@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0359-9368>

discussions. Justice, legal security and practical aim are three prominent concepts within this context. The antinomial correlations and natures of these three concepts have constituted main themes of these teleological discussions which also some Turkish legal thinkers like Çobanoğlu, Aral and Çağıl participated in. In this study, we will try to analyze the teleological antinomy, and to point out the philosophical and jurisprudential expansions of this subject, by means of these studies above-cited.

Keywords

Teleology, Justice, Legal Security, Practical Aim, Çobanoğlu, Radbruch, Fuller.

I. GİRİŞ: TELEOLOJİ VE HUKUKTA GAYE TARTIŞMALARININ FELSEFİ MAHİYETİ

Teleoloji gaye/erekbilim demektir. Kelime, kökenini Antik Yunanca *telos* (τέλος) teriminden alır. Gaye yahut amaç terimi, malum olduğu üzere, varılmak istenen bir noktayı, aşamayı ifade etmekle birlikte; *telos* böylesine basit bir gaye anlamına sahip değildir; özellikli bir anlama sahiptir; nihai bir hedefi, mükemmel noktayı, bitime/sona varmayı ve tamamlanmışlığı ifade eder¹. Tahmin edileceği üzere varılmak istenen hedeflere bir çırpıda varılamayabilir; bunun merhaleleri, ara durakları, ara hedefleri söz konusu olabilir ve tüm bunlar *telos* kavramının dışındadır. *Telos*, nihayete dair bir bildirim içerir; varlıkların davranış ve ilişkilerinin kendisiyle değerlendirilmek durumunda olduğu nihai hedef ya da amacı bildirir². İşte teleolojik düşünce, her şeyi bu nihayetin nokta-i nazarından tahlil etmek demektir.

Hukuk düzenleri muhakkak pek çok hedefe ya da gayeye aynı anda erişmek yönünde, bir gaye çeşitliliğini bünyesinde taşıyabilir. Fakat felsefenin en klasik uğraşı olarak, çeşitlilik içinde esas olanın araştırılıp bulunması merakı ve hevesi, hukukta gaye sorunsalını ve “esas gaye” araştırmasını önemli bir felsefi tartışma konusu hâline getirmiştir. “*Bir kanun tabii ki belli bir amaca, güruha veya ilgili hedeflere hizmet eden amaçlı bir şeydir. Asıl itiraz edilen şey, tekil kanunlara belli amaçlar yüklenmesi değil, bir bütün olarak hukukun öyle olduğu iddiasıdır*”.³ Dolayısıyla hukukun kapsayıcı, esas, üstün ve tek bir gayesinin, yani Antik Yunan filozoflarının deyimiyle *telos*’unun olup olmadığı ya da ne olduğu sorusu felsefi bir soru, ve hatta önemli ölçüde “hukuk nedir?” sorusuna eşlik eden bir soru olmuştur⁴. Hukukun ne olduğuna dair cevabı, onun içeriği, biçimi ya da işlevine bakarak veren bakış açıları, dolaylı olarak hukukun gayesinin ne olduğuna dair cevapları da içerik, biçim ya da işlevinden çıkararak türetirler.

Gaye hiç şüphesiz istemek ile ilgilidir. Faydalı olan istenir ve istenen de bu yüzden bir değer ifade eder. Dolayısıyla gayenin “değer”, “fayda” ve “çıkart”

¹ Francis E. Peters, *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü* (çev.& haz. Hakkı Hünler, İstanbul: Paradigma Yay., 2004), 369.

² Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü* (İstanbul: Paradigma Yay., 1999), 837.

³ Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (çev. Engin Arıkan, İstanbul: Pinhan Yay., 2016), 175.

⁴ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş* (4. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971), 29.

kavramlarıyla bir irtibatı olsa gerektir⁵. Fakat çıkar sahibi olan, değer yükleyen varlığın insan olması hasebiyle bu sefer şöyle bir soru ortaya çıkar; gaye, rasyonel bir varlık olarak sadece tekil insana atfedilebilir bir kavram mıdır; ya da diğer bir deyişle sadece insanların mı gayeleri olur; yoksa onların birleşiminden oluşan kolektivitelere de gaye hasredilebilir mi? Bu hususta kolektif yapıların büyüklüğü ne derece etki gösterir; dernek ve şirket gibi kolektivitelerden başlayarak toplum ve millet kavramlarına varan büyük kolektivitelere hasredilebilecek gayelerden bahsedebilir miyiz? Hatta bu şekilde bireyselden kolektif akıllara uzanır şekilde düşünülebilecek gayelerle, devlet ve hukuk gibi kavramların arka planındaki gâiyyetin ne türden irtibat noktaları olabilir? Hukuk ne zaman bireysel gayeleri ne zaman kolektif gayeleri nazara alır? Hatta hukukun, bireyler ve kolektivitelerinkinin dışında ve üzerinde, kendine ait üstün gayeleri var mıdır? Hukuk aynı anda birden çok gayeyi gerçekleştirme hedefine sahip olabilir mi ve gâî evrende, gayeler arasında yarışmacı ve hiyerarşik düzenden bahsedilebilir mi?

Hukukun gayesinin neler -ya da daha iddialı bir yanıtla “ne”- olduğuna dönük değerlendirmelerin, günümüze kıyasla geçmişteki hukuk teorisi kitaplarında daha sıklıkla rastlanılan bir konu başlığı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bugün, hukukun gayesi yerine hukukun işlevleri terimiyle daha sık karşılaşmak olasıdır. Dolayısıyla gâî düşünüşten fonksiyonel düşünüşe doğru bir geçişin yaşandığı da dile getirilebilir. Bu bağlamda böylesine bir geçişin sebeplerinin neler olabileceği sorusu ayrıca önem kazanmaktadır.

Canlı ya da cansız, her varlığın belli bir sebeple donandığı ve belli bir gayeye doğru gidişatının olduğuna dair, felsefi, mistik ve dinî pek çok öğreti ve inanç düzeni bulunmaktadır. Dolayısıyla gâiyyet meselesi derinliği olan bir konudur. Antik Yunan filozofları, gaye kavramına, canlı, cansız tüm varlıklara ithafen, onların evrensel bütünlüğün ve kozmik düzenin en mükemmel hâline katılmaları anlamını yüklerler. Bir varlığın doğasıyla kastettikleri o varlığın ilk değil, nihai ve yetkin hâlidir⁶. Bu yetkinlik seviyesini Platon idealar alemiyle açıklamaya çalışırken⁷, Aristoteles söz konusu testi yeryüzüne indirir ve dört neden teorisiyle erdem etiği üzerinden izaha çalışır⁸. Bu teleolojik kavrayış, her varlığı bir gaye

⁵ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 455.

⁶ “Biz herhangi bir şeyin yetkinleşme sürecinin tamamlanmış ürününe o şeyin doğası deriz. İnsan, ev, aile, herşey o olmayı (kendi doğasına erişmeyi) amaçlar. Bundan başka, amaç ve son (sonul neden) ancak iyi olandır...” Aristoteles, *Politika* (çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), 9 [Kitap I, Bölüm 2].

⁷ Platon’un idealar ve fenomenler evreni olarak tanımladığı ayırım çerçevesinde fenomenler evrenindeki her varlık, idealar evrenindeki ideal formunun basit (nâmükemmel) birer kopyasından ibarettir. O şeyin ideası ise onun en mükemmel, tamamlanmış hâlini ifade eder. Mesele, her varlık için o noktaya varmak ya da yaklaşmaktır. Bkz. Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (New York: Cambridge University Press, 2009), 128.

⁸ Örneğin Aristoteles’in, *Metafizik*’in birinci kitabında ortaya koyduğu “Dört Neden Teorisi”ne göre, *arkhe* sorusu bir şeyin kendisinden çıktığı ‘maddi neden’i ya da biçimine bağlı kavranabilen bir varlık söz konusuysa ‘biçimsel neden’ini ifade ederken, ‘niçin’ sorusu bir şeyin ne için yapıldığını bildiren

ile yüklü kavrar ve o gayeye yaklaşma derecesinde yetkin kabul eder⁹. Platon ve Aristoteles'in takipçisi düşünürlerce de bu teleolojik bakış açısı sürdürülmüş; hukukta gaye (ya da gayeye eriştiği ölçüde yetkinlik, mükemmellik ya da doğasına uygunluk) arayan yaklaşımların temellerini bu düşünceler kurmuştur¹⁰.

Nereden gelindi (sebebe), nereye gidiliyor (gaye/hedef)? İlk soru, her şeye ilksel bir neden ya da temel bulmaya dönük felsefe tarihini meşgul eden ünlü *arkhe* sorusudur. Bir şeyin neyden olageldiğini ve onun ardındaki 'neden'i ele alır. Bu soru, 'niçin'den farklı bir sorudur. "Ne için" sorusu en az 'neden' sorusu kadar büyük bir sorudur; fakat ilksel nedeni değil, nihai hedefi yani gayeyi araştırır. Yani 'neden' sorusu geçmiş zaman ile şimdiki zaman arasındaki bir kesiti içerirken, 'niçin' sorusu şimdiki zamanla gelecek zaman arasındaki bir kesitin sorusudur. Aristoteles'te ve klasik düşüncede karşılaştığımız gâiyyetçiliğin 'ne için' sorusunun, Descartes ve Bacon ile birlikte adımları atılıp Newton ile birlikte palazlanan modern bilimsel aklın 'nasıl' sorusuna dönüştüğünden; her şeyin başında ve sonundaki tanrısal aklı ve onun varlık dünyasına yansıyan gayesi ve planını aramaktan ziyade, bu planın unsurlarının ardışıklık ve benzeşimlerinin değişmez yasalarının keşfedilip, onların işlevleri ve sağladıkları faydalara bakılmaya başlandığından bahsedebiliriz. Yani "su niçin kayıyor" gibi artık anlamlı bulunmayan bir sorudan ziyade, su neden (ne sebepten ötürü) ya da *nasıl* kayıyor soruları insan zihninin ön saflarına geçmiştir. Modern bilimsel zihniyet, gâiyyetçi zihniyetin duvarlarında açılmış önemli bir gediktir.

Gâi düşünme biçiminin duvarlarında açılmış bir diğer delik de muhtemelen evrimci teori ve biyolojizm vasıtasıyla oluşmuştur. Evrimci düşüncede, Aristotelyen felsefedeki "ereksel varlık"tan değil, bir "oluş" hâlinde bahsedilebilir. Soru ise şudur: İçinde bulunulan bu sürecin gayesi, bu güçlü mekanik sürecin edilgen bir unsuru tarafından nasıl tayin edilebilir? Evrimci düşünceden, görece gelişkin ve güçlü modellere/türlere evrilmeye dönük bir düşünsel çıktı üretilebilir; ancak bunun nihayette

⁹ 'ereksel neden'i tanımlar. Örneğin bir heykelin heykeltraşça bir mabedi süslemek için yapılması ya da Aristoteles'in deyimiyle yürüme eyleminin 'sağlık için', hatta nihai olarak 'mutluluk için' yapılması gibi ereksel nedenler teşhis edilebilir. Bu anlamda, yürüme eyleminin ereksel nedeni basit bir kas hareketi değildir. Bkz. Aristoteles, *Metafizik* (çev. Y. Gurur Sev, 2. b., İstanbul: Pinhan Yay., 2016), 48 [993b32]

⁹ David Copp, "Legal Teleology: A Naturalist Account of the Normativity of Law", *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (ed. David Plunkett, Scott Shapiro, Kevin Toh, New York: Oxford University Press, 2019, 45-64), 45.

¹⁰ Örneğin Aristoteles'in Hristiyan ilahiyatındaki takipçisi Thomas Aquinas, tıpkı Aristoteles gibi evredeki tüm varlıkların yapısında ve işleyişinde kendilerine ait bir gaye olduğunu düşünür. Hukuk da bu kapsamdadır. Onun "beşeri hukuk (*lex humana*) / ezeli ve ebedi hukuk (*lex aeterna*)" ayrımında; kendisini açık (*lex divina*) ve örtülü (*lex naturalis*) biçimlerde açığa vuran *Lex aeterna*'nın gayesi/ereği her bir varlığın kendi doğaları ölçüsünde Tanrının mükemmel tasarımına dahil oluşlarıdır. Daha alt bir hukuk kategorisi olan *Lex humana*'nın ereği ise bu makro tasarımla uyumlu bir biçimde insanlar arası müşterek iyiliğin tesisi olup, bu doğrultuda insanlar arası doğru yaşamın koşullarının oluşturulması, barış ve düzenin temini ve idamesidir. Bkz. Thomas E. Davitt, "Law as Means to End: Thomas Aquinas", *Vanderbilt Law Review* 14/1 (1960), 65-99, 67-8, 76-7.

iyi ve arzu edilecek (gaye edinilecek) bir sonuca varıp varmayacağı üzerine bilimsel bir tartışma ne derece yapılabilir? Güçlü olanın hayatta kaldığı olgusu, tekil olarak tüm türlerin yaşamda kalma gayesini besleyebilir. Fakat güçlü olanın ayakta kalması, evrim sürecinin ancak bir yasası olarak düşünülebilir ve bu önermeden hareketle evrim sürecinin gayesinin ‘güçlü olanı ayakta tutmak’ olduğu çıkarımı yapılamaz. Gâî düşünceye karşı evrimci düşünceyle doğalcılığı yahut mekanik doğalcılığı bu durumda aynı noktada konumlandırabiliriz. Çünkü doğalcılık da evrimci düşünce gibi ‘neden’ sorusu üzerinde dururken, ‘niçin’i soruşturmayı anlamsız bulur; zira pek çok olgu rastlantısallıklar üzerinden şekillenir. Yani varlıkların ve oluşumların anlaşılabilmesi için bir ereksel nedene ihtiyaç yoktur. Her şey temelde mekanik bir işleyişe bağlı olarak şekillenmekte, bir şeyin işlevinden (ki *gaye/hedef/erek* bunun dışında düşünülebilecek bir kavram da değildir) söz edildiğinde, bu zorunlu olarak o mekanik düzenin bir neticesi olarak gelişmektedir. Tüm bu özellikleri nedeniyle evrimci teoriyle teleolojik düşüncenin keskin bir zıtlığı söz konusudur¹¹.

Gâî düşüncenin duvarlarına açılmış bir başka gedik olarak, kısaca, sosyal bilimlere ve özellikle iktisada ve politikaya etki etmiş bir bakış açısını daha zikretmek yerinde olabilir. Bu bakış açısı, medeniyetin adımlarının pek çoğunun, insanoğlunun bir hedefe dönük planlanmış (gâî) adımları şeklinde atılmadığını, bilakis bunların pek çoğunun planlı adımların planlanmamış neticelerinden vücutta geldiğini dile getiren “kendiliğinden düzen”ci İskoç felsefesidir. Adam Smith ve onun takipçilerinden Herbert Spencer bu konuda pek çok örnek sunar. Örneğin esas olarak soylularla kral arasında gerçekleşmiş bir ahit olan *Magna Carta*’dan, soyluluğa bağlı olmaksızın tüm insanların temel hak ve özgürlüklerinin hukuki zemin kazanması yolunun açılacağını, kimse 1215’te bırakın planlamayı, tahmin dahi edemezdi. Ya da bir hırka bir lokma, sürekli eziyet çekerek pejmürde bir biçimde tanrı peşinde dolaşan ilk Hristiyanlardan serveti dillere destan bir Roma Kilisesi’nin gelişebileceğinin planlanabilmesinin mümkün olmayışından, Fransız Devrimi’nin kendi çocuklarını yemesine dek, tarih öngörülemez ve plan-dışı vakalarla doludur. Dolayısıyla bu görüşe göre, medeniyetin pek çok adımı hedeflenerek ve planlanarak atılmamıştır. İnsan iradesi geleceği planlayabilmekte sınırlı bir gücü ifade eder, her şey planladığı ve *hedeflediği* gibi gerçekleşmeyebilir¹². Keza bir kanunun, belli bir hedefle tasarlanmasına rağmen, gelecekte bunu gerçekleştirememesi ve hatta planlanmamış başka sonuçları tetiklemesi mümkündür¹³.

¹¹ Ratnapala, *Jurisprudence*, 126-7.

¹² Benzer mahiyette çeşitli örnekler ve değerlendirmeler için bkz. Muzaffer Dülger, “Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri”, *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi: İskoç Aydınlanması*, ed. Gökhan Murteza, Sayı: 16 (Nisan-2021), 62-81, 70-71; Herbert Spencer, *Devlete Karşı İnsan* (çev. Yavuz Selim Altındal, İstanbul: Litera Yay., 2016) 97 vd.

¹³ Hukukta teleolojik tartışmaların, hukuk kurallarının yorumlanması konusuyla da doğrudan bir bağlantısı vardır. Bilindik hukuk metodolojisi kamplarını birbirinden ayıran bir fay hattı gibi ortada duran

Toparlarsak, mevzubahis ‘hukuk’ olduğunda, hukukun belli hedef ve planlarının olması durumuyla ilgili olarak ilaveten neler sorulabilir? “Hukuk ne için / niçin vardır?” sorusu, pekâlâ bir gaye araştırması sorusudur. Bu soruya “insan davranışlarını yönlendirmek için” biçiminde verilecek bir cevap, gayeyi bildirir, ancak bu, o gayenin nihai bir gaye (*telos*) olup olmadığıyla ilgili bir bildirim değildir; çünkü bu durumda ‘niçin’ sorusunu tekrar sorabiliriz: “Hukuk niçin insan davranışlarını yönlendirmek için vardır?” Yani insan davranışlarını yönlendirmek amacı, daha ileri ve nihai bir amaca hizmet eden ikincil bir amaç olarak düşünülebilir; yahut hukukun işlevi insan eylemlerini yönlendirmek olabilir. Ayrıca bu yönlendirme amacını din, ahlâk, örf ve âdet gibi başka normatif düzenler de hedefler; dolayısıyla hukuk üzerine bu konuyu düşünüyorsak, hukuka has bir özellik de olsa gerektir; yoksa niçin hukuk ayrıca varolsun? İşte bu soru gaye arayan bir sorudur.

Çalışmada, yukarıda arz olunan soru çeşitliliği çerçevesinde, hukukun *telos*’una dair yerli ve yabancı hukuk felsefesi literatüründe üretilmiş başlıca cevaplar mercek alınarak, bu cevapların birbirleri üzerinde kurdukları etkiler tahlil edilmeye çalışılacaktır. Fakat şu hususu tekrar vurgulamak gerekir ki, esasında hukuk felsefesi literatüründe hukukta gaye problemine temas etmeyen isim neredeyse yoktur. Çünkü, en başta da dile getirdiğimiz üzere, çoğu zaman ‘ne için’ sorusuna ‘nedir’ sorusuyla birlikte cevap verilmeye çalışılmıştır. Biz burada satır aralarında geçmiş cevaplardan ziyade, münhasıran açılmış başlıklara yahut yazılmış kitaplara, ve konu üzerine özel olarak yoğunlaşan teorik çalışmalara yer vererek ilerleyeceğiz.

II. KITA AVRUPASI VE ANGLO-AMERİKAN HUKUK FELSEFESİ LİTERATÜRÜNDE HUKUKUN TELEOLOJİSİ ÜZERİNE ÖNE ÇIKAN GÖRÜŞLER

A. RUDOLPH VON JHERING: HUKUKTA GAYE

Hukukta gaye problemine dair 1883 yılında *Der Zweck im Recht* (Hukukta Gaye) başlığıyla kapsamlı bir eser¹⁴ vermiş Rudolph von Jhering (1818-1892), entelektüel yaşamına hocası Savigny ve Puchta’nın etkileriyle kavramcı ve tarihselci bir perspektifle başlamış, fakat sonradan görüşlerini değiştirmiştir. Hukukta tüm olanakların, verili kavramsal şema içerisinde türetilebileceğini (kavramcı hukuk teorisi / *begriffsjurisprudenz*) ve hukukun tarihsel bir gidişat içerisinde tekâmül ettiğini, dolayısıyla tepeden inme bir biçimde hiçbir hukuki kurumun yapay biçimde inşa edilemeyeceğini (tarihçi hukuk teorisi) salık veren bu iki bakış

konuların başında, sübjektif değerlendirmeleri bünyesinde toplamaya elverişli olduğu ölçüde hudutları belirsizleşen Gâî (Teleolojik) Yorum gelir. Bir kanun maddesinin, içinde olduğu bütünden ve bağlamdan izole bir biçimde anlamlandırılmasının güçlüğü ölçüsünde tekil kurallara atfedilebilecek gayelerle hukukun bütünsel gayeleri arasında bir ilişkinin varlığı araştırılmaya değerdir. Ancak konunun metodolojiye uzanan boyutları bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹⁴ Jhering bu eserinin ilk cildini yayımlamış fakat ikinci cildini bitiremeden yaşamını yitirmiştir.

açısının tersi yönünde bir fikrî dönüşüm geçiren Jhering, bu dönüşüm neticesinde hiçbir hak ve özgürlüğün toplumda kendiliğinden bir bilinçlenme ile oluşup birilerince diğerlerine bahşedilmediği, irade gösterilerek ve mücadele edilerek elde edildiğini savunmuştur. Bu iradi bakış açısını 1872 tarihli *Der Kampf um das Recht* (Hukuk Uğruna Mücadele) başlıklı kitapçıkta ortaya koyan Jhering, gâfiyatçı çizgisini de *Der Zweck im Recht*’te detaylandırmıştır.

Jhering *Hukuk Uğruna Mücadele* isimli eserinde hukukun gayesini barış ve düzen ortamının oluşturulması olarak belirtmekle birlikte, bunun aracının her daim mücadele olageldiğini vurgular. Hiçbir kazanım, yenilik veya değişim, uzun uğraş ve mücadeleler olmaksızın gerçekleşmemiştir. Bu görüş, onun Tarihçi Okul’a eleştirisini özetler. Bu mücadeleyi bir bireyin, hakkını çığneyen bir başka bireye dava açmasından, bir devletin başka bir devlete savaş ilan edişine dek çeşitli şekillerde görebiliriz. Mücadele ve kendi hukukunu müdafaa, müdafî tarafın kendine dönük bir vazifesinden, maddi ve manevi açıdan varlığını koruması kanunundan doğar¹⁵.

İrade ile gaye kavramları arasında Jhering’e göre doğrudan bir bağ vardır. Çünkü örneğin bir taşın düşüşü mekanik bir neden-sonuç zincirini tanımlayan “çünkü” ifadesiyle birlikte açıklanabilirken (*causa efficiens*); iradenin hareketi mekanik değil psikolojiktir ve gayeye dönük bir vurgu içeren “-mek için” ile (*causa finalis*) açıklanabilir¹⁶. Dolayısıyla cansız varlıklar nedensellik kanununa bağlıyken, canlı ve iradi bir varlık olan insan gaye kanununa bağlıdır; her eyleminin ardında bir istenç söz konusu olup, tüm bunlar iki doğal duygunun, acı ve hazzın belirleyiciliğine tâbidir¹⁷. İnsan davranışlarına devletin zor gücü aracılığıyla düzen getiren hukuk da bu ölçüde gâf ve iradi bir düzeni ifade eder. Yukarıda hukukun işlevinin ya da tâli gayesinin insan eylemlerini yönlendirmek olarak düşünülebileceğini; fakat bunun, din, ahlâk, örf ve âdet gibi diğer normatif düzenlerde de hedeflenmesi dolayısıyla hukukun bu hususta kendine has özelliğinin ne olduğuna dair bir soru sormuştuk. Jhering bu soruya cevap olarak da hukukun bu noktadaki kendine has özelliğinin, devlet vasıtasıyla cebri araçların kullanım pratiğini oluşturması olarak cevap verir¹⁸. Amaçların taşıyıcısı toplum olmakla birlikte, toplumsal yaşam ihtiyaçları devletin cebri gücüyle ve hukuk aracılığıyla güvenceye alınır¹⁹. Devlet organizasyonu, birçok bireyin gayesini bir araya getiren ve uyumlulaştıran, pozitif (sevk edici) ve negatif (önleyici) zorlama pratikleri vasıtasıyla bireysel/egoist gaye takiplerini yönlendiren bir mekanizma-

¹⁵ Rudolph von Jhering, *Hukuk Uğruna Savaş* (çev. Rasih Yeğengil, İstanbul: Sinan Basım ve Neşriyat Evi, 1935), 21.

¹⁶ Rudolph von Jhering (Jhering), *Law as a Means to an End* (trans. by. Isaac Husik, Boston: The Boston Book Co., 1913), 2, 16-17.

¹⁷ Jhering, *Law as a Means to an End*, 26-27.

¹⁸ Jhering, *Law as a Means to an End*, 33-35.

¹⁹ Altan Heper, *Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2016), 41.

dır²⁰. Özetle Jhering'e göre, devlet ve ondan bağımsız olarak düşünülemez olan icbarî gücü²¹, yani hukuk, topluma ve toplumsal ihtiyaçlara hizmet etmek gayesiyle varlık bulur. Hukuku soyut bir kavram olan adalet var etmez, adalet hukuk vasıtasıyla var olur. Hukuku var eden de menfaat takipleri neticesinde ortaya çıkan amaçlar ve bu amaçları yüklenen devlettir²².

“Hukuk, en geniş ifadeyle, dışsal zorlayıcı aygıtlar vasıtasıyla devlet gücü tarafından güvence altına alınmış toplumsal yaşam koşullarının yekûnudur”.²³

Dolayısıyla Jhering açısından hukukun kendi başına bir ontolojik değeri yoktur, toplumsal ihtiyaçlara cevap verdiği ölçüde, araçsal bir değeri söz konusudur. Bu bakış açısına göre hukukun, toplumun mevcudiyet şartlarını temin etmesi gerekir. Böyle bir gâî yönü söz konusudur ve bu gaye, ister istemez hukuku toplumun bir vasıtası, devleti de onun hizmetçisi hâline getirir²⁴. Bu noktada Jhering, bireyin iyiliğini ikincil bir konuma iter ve toplumsal iyiliğe hizmet eden bir hukukun dolaylı olarak tekil bireyin de yararına sonuç doğuracağı fikrini savunur. Bu yönüyle Jhering, kendisine benzer bir görüşü “en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu” maksimi üzerinden dile getirmiş olan Jeremy Bentham'a benzetilmektedir. Fakat İngiliz faydacılarından farklı olarak toplum karşısında bireyin kendi faydasına değer atfetmediği²⁵ için “sosyal faydacı” bir teorisyen olarak ifade edilir²⁶.

B. ROSCOE POUND: HUKUKTA GAYE DÜŞÜNÇESİNİN TARİHSEL DÖNÜŞÜMÜ

Roscoe Pound (1870-1964), hukukta gaye problemine özel olarak eğilmiş bir başka önemli düşünürdür. Bu konuda *Harvard Law Review*'da her biri hacimli üç

²⁰ Ihering, *Law as a Means to an End*, 176-7, 472.

²¹ “Hukuk sırf bir nazariye değil, belki canlı bir kuvvettir. Bunun içindir ki adalet bir elinde hukuku tartan bir teraziyi, öbür elinde bu hukuku müdafaa eden kılıcı tutuyor. Terazisiz kılıç bayağı bir kuvvet, kılıçsız terazi ise hukukun aczi demektir.” Jhering, *Hukuk Üçüncü Savaş*, 5.

²² Ihering, *Law as a Means to an End*, 240.

²³ Ihering, *Law as a Means to an End*, 380.

²⁴ Jhering, hukuku bu şekilde kendinin dışında, harici bir gayeye (toplumun varlığını idame ettirmesi) araç kılması dolayısıyla eleştirilir. Bkz. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 55.

²⁵ İngiliz faydacılığı ahlâkî davranışın temel gayesini ifade eden fayda ilkesi yani “en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu” maksimiyle, bireyin kendi faydasını görmezden gelerek hep daha fazla sayıdaki ötekileri düşünmesini salık vermez. Bu özgecilliktir (*altruism*); ve insanın haz arayan doğasını görmezden gelen bir anlayıştır. Bunun tam tersi olan bencillik (*egoism*) ile de faydacı ilkenin özdeşliği söz konusu değildir. Bentham'ın yazdıklarına bakınca, faydacı ilkenin hem egoizmden hem de özgecillikten (ya da Hristiyan ahlâkına sinen çileci versiyonundan) farklılığını defalarca dile getirdiğini görebiliriz. Faydacılık bu iki aşırı anlayışın ortasında insan doğasıyla daha uyumlu bir ahlâk teorisi olma iddiasındadır. Ahlâkî eylemin, hem bireyin kendi menfaatine uygun hem de diğer insanların menfaatlerine uygun ya da onlara zarar vermeyen eylem olduğunu savunur. Yani hem ‘ben’in hem de ‘öteki’nin hanesine (+) yazmaya çalışır. Diğer bir deyişle “en büyük sayıda insan”ın içine ‘ben’ de dahildir. Dolayısıyla bireysel çıkarı görmezden gelmez. Fakat Jhering’te bireysel çıkar, toplumsal iyilik karşısında bu derece önemli değildir, hatta değersizdir.

²⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (8. b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009), 258; Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Massachusetts: Harvard University Press, 1974), 89

müteakip makale yayımlamıştır. 1914-17 yılları arasında yaptığı bu yayınların²⁷ özet bir içeriğini 1922 yılında bastırması olduğu *An Introduction to the Philosophy of Law* başlıklı kitabındaki “The End of Law” isimli bölümde anlatır.

Pound hukukta gaye tartışmasına tarihsel bir perspektifle, ilkel toplumlardaki barış ortamının temini gayesinden başlar; ona göre ilkel hukukun ardındaki başlıca hedef barıştır²⁸. Antik Yunan filozoflarının ise bu gayeye erişmenin yolunun toplumsal *status quo*'nun korunmasından geçtiği yönünde bir düşünce ürettiklerinden bahseder²⁹. Buna göre, hukuk, herkesi toplumda onaylanmış ve olması gereken yerinde tutar. Erdem, *arete* (ἀρετή), herkesin doğanın kendisine biçtiği limitleri bilmesidir; bunun tersi olan *hybris* (ὕβρις) ise bilerek ve farkında olarak sınırları aşmak, küstahlık yapmaktır. Aristokratik Antik Yunan kültürünün sözcülerinin yazıp çizdiği kozmik adalet düşüncesi esasen bu küstahlığın cezalandırılmasını konu edinir. Örneğin Platon'daki adalet düşüncesi bu muhafazakâr bilinci yansıtır³⁰. Pound, toplumsal kurumların muhafazası yoluyla toplumsal statükonun, böylece de toplumsal barış hâlinin korunmasının sadece Antik Yunan değil, Antik Roma ve Orta çağın hukuk zihniyetinin ardındaki temel gaye olduğunu söyler³¹.

Pound, 16. yy.'da İspanyol hukukçu-teologlar vasıtasıyla, önceki yüzyıllarda toplumsal kısıtlarla çevrelenen bireyin düşünsel merkeze yerleşmesinden ve hukukun gayesinin de ahlâki ve rasyonel bir varlık olan bu bireyin doğal haklarının peşinden koşabilmesinin fırsatlarını temin etmeye dönüşmesinden bahseder. 17 ve 18. yy.'larda kapitalist üretim ilişkilerinin yoğunlaştığı coğrafyalarda, herkesin iyiliği için bireysel özgürlüğe olabildiğince alan açılmasının yasama faaliyetinin temel gayesi hâline geldiğini belirten Pound, bu mentalitenin oturmasında İngiliz faydacılarının tezlerine de önemli bir pay verir³².

Pound 20. yy. başları itibarıyla hukukun gayesini biçimlendiren yeni bir anlayışın ortaya çıktığından bahseder. Son iki-üç yüzyılın merkezî bir önem yüklediği bireyin³³ benlik (*self-assertion*) davası gütmesine olanak tanıyıp ve bunu

²⁷ Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, 27/3 (Jan.-1914), 195-234; Roscoe Pound, “The End of Law Developed in Juristic Thought”, *Harvard Law Review*, 27/7 (May-1914), 605-628; Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Juristic Thought - II”, *Harvard Law Review*, Vol. 30, No. 3 (Jan.-1917), 201-225.

²⁸ Roscoe Pound, *An Introduction to Philosophy of Law* (New Haven & London: Yale University Press, 1922) 73.

²⁹ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 74.

³⁰ Pound, konvansiyonel kabuller ve statükoya bağlılığın izlerini Aristoteles ve Aziz Paul'un düşünceleri ile *Institutiones*'te (I,i) de bulunduğunu ekler. Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 76-79; Pound, “The End of Law Developed in Juristic Thought”, 605-607.

³¹ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 75-76. Ortaçağda bu bağlılık geleneklere bağlılık biçimine dönüşerek geleneksel bir hukuk düzenini ortaya çıkarmıştır.

³² Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 86.

³³ Ki Pound'un bahsettiği bu birey, günümüz liberal hukuk ideolojisinin bir modeli olarak dilediği gibi ve gerekirse farklı olma ve farklı yaşamının tüm olanaklarını sonuna kadar talep eden ahlâkî bireyi

maksimuma çıkarmaya dönük bireyci bakış açısının yerini, bireylerin göreceli çıkarları ve değerlerini dengeleyerek tatmin etmeye, yahut aralarından bazılarını öncelemeye dönük yeni bir bakış açısının geliştiğini vurgular³⁴. Öyle ki kendisinin de içinde bulunduğu sosyolojik hukuk okulunun (*sociological jurisprudence*) temel meselesi de bu yeni bakış açısına uygun bir hukuki doktrin oluşturmaktır.

Pound içinde bulunduğu dönemin, toplumsal mühendisliğe dönük açılımlar barındıran ve hukuki düşünüşe toplumsal menfaatler üzerinde bir dengeleme ya da değerlendirme ve önceleme mantığını zerkeden bakış açısının, bazı Fransız hukukçularca “hukuki idealizmin yeniden yürürlüğe konusu” olarak ifade edildiğinden bahseder³⁵. İki dünya savaşının arasında (ve hatta öncesi ve kısmen sonrasında) çeşitli coğrafyalarda gelişmiş olan idari ve regülatif devlet mantığının, Pound’un alıntılıyarak zikrettiği idealist ve o ölçüde de gayeci bir hukuk düşüncesini beslediği söylenebilir. Pound’un sosyolojik hukuk akımının güçlendiği ABD’nin *New Deal* dönemi ve Jhering’in sosyal faydacılığının belirlediği kamealist Alman hükümetleri, gayeci bir hukuk mantığının biçimlenmesi ve hukukun belli gayeler ölçüsünde planlanıp işlemesine örnek teşkil edebilir.

C. GUSTAV RADBRUCH: ADALET, HUKUK GÜVENLİĞİ, AMAÇSALLIK

Weimar Cumhuriyeti döneminde Almanya’da adalet bakanlığı görevinde de bulunmuş olan ve Nazi dönemi yasalarına karşı 20. yy.’ın ilk yarısında doğal hukuk düşüncesinin tekrar güçlenişinde önemli bir pay sahipliği bulunan ünlü hukukçu Gustav Radbruch (1878-1949) hukukta gaye sorunsalına dair üç önemli kavramı ve bu kavramların birbirleriyle antinomik doğasını, son derece çarpıcı bir şekilde, hukuk felsefesinin gündemine getirmiştir. Hukukta gayeyi bildiren bu üç kavram: (i) adalet, (ii) hukuk güvenliği ve (iii) amaçsallıktır (pratik amaç). Hukuka bütünsel boyutuyla kendine has bir gaye atfedileceği zaman tarih boyunca önplana çıkan kavramlar bunlardır ve çoğu zaman bu kavramlar birbirleriyle çatışma içerisine girerler. Örneğin Antik Roma’nın cumhuriyet devrinde halkın iyiliği, hukukun gayesi olarak *salut populi suprema lex* gibi bir topiği bugünlere kadar ulaştırmıştır; fakat bu topiğin ortaya koyduğu anlayıştan, halkın genel olarak istekleriyle uyuşan her durumun “adil” olabileceğini çıkarsayamayız. Örneğin, genel faydaya dönük olduğu kabul edilerek benimsenmiş kölelik kurumundan, bu kurumun söz konusu konsensus nedeniyle adil olduğu sonucuna varamayız. Radbruch’un teleolojik antinomi konusundaki vurucu örneği kendi yaşadığı dönemden, Nazi Almanyası’ndandır. O dönemde “kinci muhbir” davaları olarak isimlendirilen davalara konu olan ve en

değil, eski çağların minör iktidar düzenlerinin çeperi içindeki patriyarkal zincirlerinden olabildiğince sıyrılarak ticari alanda istediği işlemleri yapmaya ehil hale getirilmeye çalışılan bireydir. Bu konudaki vurgu için bkz. Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 86.

³⁴ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 89.

³⁵ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 91.

yakın aile üyelerinin bile politik düzen-karşıtlığı ithamlarıyla ihbar edilmesine neden olmuş vakalar özelinde, muhbirlerin kendi haklılıklarını savunmalarının arkasında o dönemki (kişilere ihbar ödevi yükleyen) Nazi yasaları yer almaktadır. Fakat Nazi Almanyası çökünce, bir geçiş dönemi adalet problemi olarak, bu yasaların o dönem prosedüre uygun bir biçimde çıkarılıp tatbik edilmelerine rağmen adil olmamaları yahut adil yorumlanmamaları³⁶ ortaya ciddi bir ikilem çıkarmıştır: İçinde bulunulan dönemin hukukuna güvenin korunması suretiyle söz konusu muhbirlerin yaptıkları geçerli mi sayılacaktır, yoksa prosedürel olarak geçerli olmakla birlikte gayriadil yasal pratiklere dayanmaları nedeniyle tüm yaptıkları hukuk-dışı mı değerlendirilecektir? Burada belki hukukun üstün gayesi tartışması kapsamında akla gelecek iki kavram, “hukuka güven ya da hukuk güvenliği” ile “adalet” sağlama gayeleri arasında çok belirgin bir tezatlık ve aralarından birinin seçimi, diğerinden sarfı nazar edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Yani amaçsallık ile adaletin çatışma ihtimali gibi, hukuk güvenliği ile de adalet çatışabilir. Öyleyse hukukun gayeleri olarak ön plana çıkmış bu üç temel değer yahut gaye arasında bir hiyerarşiden bahsedebilir miyiz? Ya da bunlar arasında esas ve nihai gaye (*telos*) hangisidir? Radbruch şöyle bir değerlendirme yapar:

“Şüphesiz içeriğine hiçbir önem atfetmeden her pozitif yasa bir değer içerir; çünkü herhangi bir yasa, en azından hukuk güvenliği yarattığı için, hiç yasa olmamasından her zaman daha iyidir. Fakat hukuk güvenliği hukukun yaratacağı yegâne ve nihai belirleyici değer değildir. Hukuk güvenliğinden başka iki değer daha vardır: amaçsallık [Zweckmäßigkeit³⁷] ve adalet [Gerechtigkeit]. Bu değerlerin hiyerarşik sıralamasında, kamu yararına hizmet eden hukukun amaçsallığını en son yere [letzte Stelle] yerleştirmeliyiz. Hiçbir şekilde hukuk, “halka faydalı olan” herhangi bir şey veya herşey değil, tam tersine sonuç itibariyle halka faydalı olan şey hukukun hukuki güvenlik yaratması ve adalete yönelme çabasıdır. Yürürlüğe konulmuş olmasından ötürü her

³⁶ Adil yorumlanmama hususu önemlidir. O dönemin kinci muhbir davalarına temel teşkil eden ihbar yasalarının varlığına rağmen kişilerin kendi yakınları aleyhine tanıklıktan kaçınma hakları, Nazi Almanyasında dahi pozitif olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ihbar yasalarıyla, kişilere, kapalı kapılar ardında aile bireyleri arasında gerçekleşmiş konuşmaları ihbar etme görevi yüklenmemiş, aleni bir biçimde yazı veya söz yoluyla gerçekleştirilmiş düzen karşıtı söylemler hakkında ihbar görevi yüklenmiştir. Fakat o dönemin politize olmuş mahkemeleri, “iki kişinin bildiği artık alenilemiştir”e varan aşırı yorumlar üzerinden özel alandaki konuşmaları bile kural içinde yorumlamışlardır. Olağanüstü hal ve topyekün seferberlik dönemleri içerisinde otomize biçimde işleyen bu şedit politize yargı, kinci muhbirlerce, kurtulmak istedikleri kişilerden (hatta aile mensuplarından bile) kurtulabilmeleri için *araç* olarak kullanılabilmiştir. Yani atılan çamur öyle bir çamurdur ki, iz bırakmakla kalmıyor, zehirleyip öldürüyordu. Bkz. Sevtap Metin / Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (İstanbul: Tekin Yay., 2014), 44-48.

³⁷ “Belirlenmiş bir amaca uygun oluş” olarak da düşünülebilir. Radbruch amaca uygunluğun rölatif bir kavram olduğunu belirtir. Belli bir zamanda ve belli bir yerde mevcut felsefe, politika ve ekonomik koşullar çerçevesinde belirlenir. Metin/Heper, *age*, 31.

*pozitif yasanın taşıdığı karakteristik değer olan hukuk güvenliği, amaçsallık ve adalet değerleri arasında bir yerde bulunur. Zira hukuk güvenliği bir yandan kamu yararı bir yandan da adalet için gereklidir”.*³⁸

Radbruch’a göre bir hukuk sistemi bu üç değerden sadece birinin üzerine inşa olmaz, zaman zaman çatışan söz konusu üç temel değer arasında bir denge kurar³⁹. Bu üç değerden, kamu yararı kavramı ile yakın bağlar içeren amaçsallık, hukuk-politika ekseninde şekillenen rölatif bir değerken⁴⁰, adalet ve hukuk güvenliği mutlak değerlerdir⁴¹. Amaçsallık hiyerarşik olarak en alt kademedeki değerken, adalet, Radbruch tarafından nihai ve en üstün hedef ya da değer olarak sunulmaktadır. Aslında Radbruch hukuk güvenliğinin aynı zamanda şekli bir adaleti sağlaması itibariyle önemini yadsımaz. Radbruch formülünden, hukuk güvenliğinin, Nazi dönemindeki vakalar gibi yasal haksızlıklar ürettiğinde ve tahammül edilemez radde- de adaleti doğrudan yok etmeye dönük yasaların varlığı durumunda, adalet değeri karşısında geriye çekilmesi gerekliliği çıkar. Yani hukuk güvenliğinin üstünlüğü koşullu bir üstünlüktür. Koşulunu sağlayamazsa, “yasa üstü hukuk” olarak adalet, nihai bir gaye (*telos*) olarak hukuk güvenliğini bastırır⁴².

D. LON L. FULLER: GAYE AHLÂKİ VE PROSEDÜREL DOĞAL HUKUK

20. yy. doğal hukuk düşüncesinin, özellikle İngilizce konuşulan coğrafyalarda önde gelen isimlerinden biri olan Lon L. Fuller (1902-1978) hukuka gâî bakış açısının savunucularından biridir. *Hukukun Ahlakı* başlıklı ünlü eserinin “Hukuk Kavramı” başlıklı üçüncü bölümünü iki epigrafla açar: “*Hukukun ne olduğuna dair düşüncelerin altında büyük ölçüde hukukun ne için olduğuna dair düşünceler yattığı için, hukukun doğasına dair düşüncelerin kısa bir incelemesini yapmak ... faydalı olacaktır. (Roscoe Pound)*”. “*Amacın unutulması, en sık yapılan budalalıktır. (Friedrich Nietzsche)*”. Bu imâli açılışın peşinden Fuller’in hukuku tanımlayışı da gâî düşünce tarzını gösteren çok net açılımlar barındırır: “*hukuk, insan davranışlarını genel kuralların yönetimine ve kontrolüne tâbi kılma teşebbüsüdür.*”⁴³ *Teşebbüs* olması dolayısıyla bir “aktivite”dir, “oluş”tur. Hukuk sistemi bu yönüyle “amaca yönelik devamlı bir gayret”i içerir. Fuller, son derece

³⁸ Gustav Radbruch, “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk” (*içinde*) *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (çev. Sevtap Metin, Altan Heper, İstanbul: Tekin Yay., 2014, 74-101) 89.

³⁹ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 30

⁴⁰ Dikkat edilirse Pound ve Jhering’in üzerinde ziyadesiyle durmuş oldukları gaye, hukuk-politika ekseninde şekillenen pratik amaçtır. Her ikisi de bu bakış açısının yanında adalet ve hukuk güvenliğine o derece değer vermemişlerdir.

⁴¹ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 32

⁴² Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 66-67. Melike Belkis Aydın, “İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki Yay., 2015), 124.

⁴³ Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 128, 176.

naif bir amaç⁴⁴ olarak zikrettiği “insan davranışlarını kuralların yönetimine tâbi kılmayı” hukukun içsel ahlâki koşullarında⁴⁵ mümkün olabilecek bir hedef olarak tasarlar; fakat bu hedef, mükemmeliyetçi bir hedef⁴⁶ olması dolayısıyla daimi bir teşebbüs hâlini ifade eder. Diğer bir deyişle, hukukun içsel akhâki ilkeleri olarak Fuller’in zikrettiği ilkelerin tamamının en iyi seviyede gerçekleştirilmesi mükemmeliyetçi bir hedefi imler ve esas olan buna ulaşılması değil, ulaşmaya teşebbüstür, yaklaşımdır.

*“Bu görüşe karşı olarak hukukun toplumsal bir otorite veya gücün tecelli ettiği bir olgu olarak incelenmesi gerekir. Hukukun olduğu ve yapıldığı şeylere bakılır, olmaya veya yapmaya çalışıldığı şeylere değil”.*⁴⁷

Ama Fuller’in hukuk teorisi, bu olguculuğun tersine, hukuku, olmaya veya yapmaya çalışıldığı şeylerle tanımlar. Böylelikle “örneğin X ülkesinin hukuk sisteminin Y ülkesinin hukuk sisteminden daha büyük bir hukukiliğe ulaştığını” iddia edebiliriz⁴⁸. Ya da hukuki bozukluklar veya çelişkilerle ilgili konuşurken, bunların tanımlanıp giderilmesi hususunda ölçütler belirleyebiliriz. Bunun tersine hukuku bir otoritenin yaratımı olarak tanımlayan görüşlerde, o otoritenin belirlediği şey hukuk olmakla birlikte bu belirleme sürecinde bir seviye sorunu olmaz; yani o hukuka “başarılı” yahut “başarısız” bir hukuk diyebilmenin imkânı yoktur⁴⁹.

Özellikle Radbruch’ta gözümüze çarpan üç gâî kavramın, yani adalet, hukuk güvenliği ve amaçsallığın (ve bunların birbirlerinden üstünlüğü meselesinin) Fuller’in zihnindeki görünümü ilginçtir. *“Nasıl ki hukuk, iyi hukukun ön şartı ise, bilinen bir*

⁴⁴ Fuller, hukuk düzenine bütünsel bir hedef izafe edilmesinin, Alman ve İngiliz idealist felsefesine ve Hegel’in ruhunun yeniden canlanma “tehlikesi”ne uzanabilecek açılımları olduğunu, meselenin önünde sonunda “devletin amacı” sorunsalına dönüşebileceğini belirtir ve kendisinin hukuka yüklediği amacın son derece naif bir amaç olduğunu tekrar tekrar vurgular. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 175-6.

⁴⁵ Fuller’in hukukun içsel ahlâki dediği, ‘iyi’ hukukun kıstaslarını sunan, hukuktan beklenen ahlâkîlik ilkeleri şunlardır: (1) Kuralların genel oluşu, (2) Kuralların ilan edilmiş olması, (3) Kuralların geriye etkili olmaması, (4) Kuralların açık ve anlaşılır olması, (5) Kurallar arasında çelişkiler olmaması, (6) Kuralların imkânsız talep etmemesi, (7) Kuralların sürekliliği, (8) Resmî eylem ile ilân edilmiş kural arasındaki uyum. Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 62-112.

⁴⁶ Fuller, kitabının başında iki tip ahlâktan bahseder: “ödevci ahlâk” ve “gayeci ahlâk”. Fuller’in deyişle ödev ahlâki, ödev yükünün bitimiyle ahlâkî sorumluluğun oluştuğunu bildirirken; kendi deyişle görünmez bir ibrenin ahlâkî skalada ödev yükünün tamamlandığı noktadan itibaren mükemmeliyetçiliğe dönük seyri gayeci bir ahlâki imler. Yani Fuller’a göre gaye ahlâki *mükemmeliyetçi* bir anlayıştır, insan için en yüksek iyiye dair bir görüş ifade eder. Ödev ahlâki, mevcut durumla alakalı yapılması ya da yapılmaması gerekenleri bildirirken; gaye ahlâki olabileceklerin en iyisinin olmasını hedefler. Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 17, 20, 29. Kitabın Türkçe tercümesinde “gaye” olarak çevrilen “aspiration” üzerine Türkçe literatürdeki tercihler ve değerlendirmeler hakkında bkz. O. Vahdet İşsevenler, “Hukukun Erdemi ve Fuller’in Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74/2 (2016), 576.

⁴⁷ Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 174.

⁴⁸ Fuller, *age*, 176.

⁴⁹ Fuller, *age*, 177.

*kurala göre hareket etmek de hukukun adaletinin anlamlı bir şekilde kıymetinin takdir edilmesi için bir ön şarttır.*⁵⁰ Zira hukuki bilinebilirlik ve güvenlik en azından şekli adaletin teminatıdır. Dolayısıyla Fuller hukuk güvenliği ve adalet arasında ortaya çıkabilecek çatışki durumuna ilişkin Radbruch gibi maddi (içeriksel) adalet kavramına odaklı bir cevap vermez. Öyle ki onun doğal hukuk anlayışı, adalet kavramının içeriğinden çıkarsanacak önermelerle örülü bir doğal hukuk anlayışı değildir. Kendi deyişiyle bu anlayış, “usulî ve kurumsal bir doğal hukuk” anlayışı olup⁵¹, kendini hukukun içsel ahlâkî ilkelerinde açığa vurur. Tüm bunlar çerçevesinde Fuller’in Kral Rex hikayesiyle anlattığı hukukun bu içsel ahlâkî ilkelerine bakıldığında, öncelikle akıllara gelen şey, bu ahlâkî ilkelerin doğrudan hukuk güvenliği ile irtibatıdır.

III. TÜRK HUKUK FELSEFESİ LİTERATÜRÜNDE HUKUKUN TELEOLOJİSİ

A. RAHMİ ÇOBANOĞLU

Türk hukuk felsefesi literatüründe, hukukta gaye tartışmalarına ilişkin tek münhasır eserin yazarı Rahmi Çobanoğlu’dur. 1964 tarihli *Hukukta Gaye Problemi* başlıklı eserinin ilk kısımlarında, Çobanoğlu, tabii bilimler ile normatif bilimler arasında ayırım bir yapar. Buna göre, bilim, bir gerçeği ortaya koyarken, normatif bilimler “kıymet hükümleri teşkil etmekten ibaret bir objeye ve bu kıymet hükümlerinin tenkidinde kendini gösteren bir gayeye sahip olmaları itibariyle, realitenin sadece izahından, gerçek vakıalar arasındaki illiyet münasebetlerinin açıklanmasından ibaret bulunan tabii veya fiziki ilimlerden ayrılır. Bu bakımdan normatif ilimler <Teleolojik veya gaî ilimler>, tabii ilimler ise <Causal veya explicatif ilimler> diye de isimlendirilmektedirler.”⁵² Yani hukukun da içine girdiği normatif bilimler beğeni, temenni ve arzuları yansıtan değer yargılarıyla doludur ve bu değerler kültürel olarak çeşitlenir; örneğin aristokratik bir kültürde asalet ve onur temel değerken, din temelli bir kültürel çevrede iman ve itikat, militarist ya da ticari kültürel çevrelerde ise başka başka değerler ön plana geçer⁵³.

Çobanoğlu kitabının bir yerinde, bizim Radbruch sayesinde gözümüze çarpan üç temel gayeyi birleştiren bir gaye tanımlaması yapar: “*Hukukun gayesi, adalet vasıtasıyla nizam ve emniyeti sağlayarak, toplumu teşkil eden fertlerin hepsine ait hayrı, yani müşterek hayrı gerçekleştirmelerine imkan veren şartları yaratmaktan ibarettir*”.⁵⁴ Çobanoğlu güvenlik ve adaletin antinomik kavramlar

⁵⁰ Fuller, *age*, 189.

⁵¹ Fuller, *age*, 220; Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2011) 64 vd.

⁵² Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.-Sermet Matbaası, 1964), 6.

⁵³ Çobanoğlu, *age*, 7.

⁵⁴ Çobanoğlu, *age*, 13.

olmadığını, bunlardan biri olmaksızın diğerinin de olamayacağını, ortak iyiliğin bunların birarada olması hâlinde ortaya çıkacağını savunur⁵⁵. Hatta tartışma konusuna üçüncü kavram olan ‘ortak iyi’yi de katarak bu üç gaye arasında gerçek ve olumsuz manada bir antinomi olamayacağını, görünürdeki zıtlıkların “hayatın zenginliği için zaruri” olduğunu dile getirir⁵⁶.

Hukukun gayesini “ortak iyinin ... surette koşullarını kurmak” olarak tanımlaması Çobanoğlu’nun tanımındaki Kantçı izleri de gösterir. Kant felsefesinin bir diğer temsilini ise Çobanoğlu’nun hukukun gayesini, bireyin kendisi olarak zikredişinde görebiliriz. Buna göre insan toplum için değil, tersine toplum insan içindir. Aslında tek ve nihai gayenin tanrı olduğunu söyleyen Çobanoğlu, yeryüzünde bir gaye aranacaksa insandan başka bir yere varılamayacağını dile getirir. Totaliter rejimlerde ise, bireyle toplumun yerlerinin değiştirildiğinin ve böylelikle tanrının yeryüzündeki aksının da artık birey değil toplum olduğunun altını çizer⁵⁷. Bireyin, öncelikle türü (nev’i) içerisinde birey, sonrasında ise toplum içerisinde birey olduğunu ifade etmek suretiyle Çobanoğlu, Thomas Aquinas ve Jacques Maritain’nin görüşlerinden de yararlanmak suretiyle, bireyin toplum ve devlete, sunulan yaşama koşulları sayesinde şahsiyetini inkişaf ettirdiği ölçüde borçlu olduğunu ve hatta bu borcun kendini feda edebilmeye kadar ulaşabileceğini, ancak ve ancak toplumun ya da devletin hiçbir zaman bireyden manevi menfaatlerinden fedakârlık bekleyemeyeceğini söyler⁵⁸.

Çobanoğlu, Radbruch’taki amaçsallık olarak ifade edilen kavramın analizine odaklandığı “siyasetin icapları” başlıklı hacimli bölümde, siyasetin hukuka biçtiği pratik amaçların, adalet ve hukuk güvenliği karşısında görece değersizliğini dile getirir⁵⁹. Çünkü ona göre siyaset zamana bağlı değişken, dinamik bir zemindir. Hukuk ise tüm insan davranışları gibi insanın siyasi edimlerini de adalet değerini koruyarak belli kurallar alanı içerisinde örgütlemeye çalışır. Bu yönüyle siyasetin icapları ölçüsünde gayeler yüklenen bir hukuk düzeni, hukuk devleti kavramıyla çelişir⁶⁰.

⁵⁵ Çobanoğlu, *age*, 16.

⁵⁶ Çobanoğlu, *age*, 208. Çobanoğlu, kitabının bir başka yerinde, bu üç gaye arasında birinin diğerinden üstünlüğünü belirleyecek üst bir normun olmadığını, üçünün hukuk üzerinde birlikte hakimiyetinin (*condominium*) mevzubahis olduğunu belirtir. Bkz. Çobanoğlu, *age*, 115.

⁵⁷ Çobanoğlu, *age*, 22, 68.

⁵⁸ “Her beşeri şahıs, doğrudan doğruya kendi nihai hayrı demek olan Allah’a teveccüh eder. Fert olarak her şahıs, yani cemiyetin bir parçası olarak ele alınan insan, icabında hayatını cemiyete feda etmelidir. Fakat Allah’a yönelmiş bir şahıs olarak ele alındığı vakit, cemiyet ve devlet onun içindir.” Çobanoğlu, *age*, 187.

⁵⁹ Çobanoğlu, eserinin başka bir kısmında, ‘fayda’ ve ‘sosyal tesanüd’ (toplumsal dayanışmanın), ‘selameti umumiyeye’ (genel iyilik), ‘sosyal koruma’ ve ‘sosyal ahenk’in, münhasıran hukukun idesi, görevi veya gayesi olarak tanımlanamayacağını düşünür. Fayda ve dayanışma, ona göre, her bir bireyin faaliyet gayesidir. Bkz. Çobanoğlu, *age*, 42-43.

⁶⁰ Çobanoğlu, *age*, 66.

Dolayısıyla Çobanoğlu, çalışmasının başlarında, ortak iyi, düzen ve adaleti biraraya getirerek vermiş olduğu gaye tanımını, adaleti görece merkezileştirmek suretiyle tekrar tekrar formüle eder görünmektedir. Bu bakımdan şu pasajı dikkat çekicidir:

[H]ukukun gayesi adalettir. Adaletin gayesi ise, manevi kıymetlerin, vicdanlar dahilinde gerçekleşmek suretiyle, gelişmesidir. Öyle bir gaye ki, ancak şahısların serbest faaliyetleriyle takip olunabilir. Adalet ve hukuk böylece moral faaliyetin haricî garantileri olurlar. Adalet ve dolayısıyla hukuk, bu faaliyeti, mümkün olan bütün vasıtalarıyla himaye etmek mecburiyetindedirler. Şu halde hukuk, bu mânada, basit bir zabıta kuvveti karakterine sahip olmakla kalmayıp, aynı zamanda pozitif yaratıcı bir vazife ile bağlıdır. Bu vazife, bütün moral faaliyetlerin, yaşanmış manevi kıymetlerin tahakkuku vasıtasıyla serbestçe geliştirebilmeleri için en iyi sosyal şartları organize etmek vazifesidir.⁶¹

B. HUKUKA GAYE YÜKLEYEN DİĞER GÖRÜŞLER

Türk hukuk teorisi literatürü incelendiğinde, Çobanoğlu'nun münhasıran hukukta gaye sorunsalına özgülenmiş kitabı dışında, özgün bir kitap söz konusu değildir. Fakat bununla birlikte, çeşitli yazarlarca, hukukta gaye problemine ilişkin kitap bölümleri oluşturulmuş ve bu kısımlarda konu tartışmaya alınmıştır. Örneğin Vecdi Aral'ın, kitaplarında bu konuyu tartıştığı kısımlar incelendiğinde, onun, Radbruch'un yaklaşımını önemli ölçüde takip ettiği fark edilebilir. Aral, hukukun üç temel gayesini Radbruch'un zikrettiği üçlüyü aynı sırayla karşılayacak biçimde; (i) adalet, (ii) düzen ve (iii) sosyal ihtiyaçların karşılanması ya da bir diğer deyişle "pratik amaç" olarak ifade eder⁶². Tıpkı Radbruch'un da altını çizdiği gibi pek çok durumda bu üç gayenin birbirleriyle çatışık hale gelebildiğini ifade eden Aral'a göre, örneğin hukuk, düzen temin ederken çoğu zaman statüler oluşturur ve sınıflamalar yapar; fakat bunu yaparken tekil bireyler ya da olgular arasındaki spesifik özellikleri çoğu zaman görmezden gelerek, düzen uğruna hakkaniyeti (dolayısıyla adaleti) arka plana iter⁶³. Yani düzen gayesi ile adalet gayesi her an çatışma içerisine girebilir.

Aral'ın çalışmalarından da önce Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş* başlıklı hacimli eserinde, daha önce aktardıklarımıza benzer biçimde hukukun gayelerini üç başlıkta tasnif eder: (i) şekil, düzen ve emniyet, (ii) pratik gayeler (maksada uygunluk) ve (iii) adalet⁶⁴. Bunlardan en son başlık açıp işlediği

⁶¹ Çobanoğlu, *age*, 39.

⁶² Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. b., İstanbul: XII Levha Yay., 2010), 14.

⁶³ Aral, *age*, s. 14. Benzer şekilde: Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38.

⁶⁴ Çağıl, *age*, 24-34.

adalet gayesini “hedef gaye” olarak zikreder. Diğer gayeleri ise “vasıta gayeler” olarak tanımlar⁶⁵.

Radbruch’tan Çağıl’a dek, hiyerarşik olarak adalet ve hukuk güvenliğinin (düzen) altına yazılan “pratik amaç” kavramı, “maksada uygunluk” yahut bir kanunun kendi kastettiğini sağlayabilmesi ve faydalı olması ile de bağlantılı addedilir ve bu açıdan “kamu yararı”, *utilitas publica*, maslahat-ı müsele veya bunu sağladığı ölçüde “hikmet-i hükümet” ile ilişkili olduğu belirtilir⁶⁶. Bu kapsamda eski hukuk öğretilerinden müdahaleci devlet modeli içerisinde işlevselliği söz konusu olabilecek ve hukukçuya toplumsal mühendislik fonksiyonu yükleyen sosyolojik hukuk biliminden ve onun Kıta Avrupası’ndaki *Freirechtsschule* gibi öncüllerinden, bunun yeni versiyonlarına, örneğin hukukun ekonomik analizi akımının hukuki kural ve kurumların ekonomik etkinlik (*efficiency*) sağlaması yani toplumsal zenginliğe katkı yapması gerektiği yönündeki normatif çıktısına dek, tüm bu bakış açılarının maksada uygunluk yahut pratik amaç gayesinin şemsiyesi altında düşünülebilir olduğu bir kenara not edilebilir. Bu pratik amaç gayesi sıklıkla adalet ve düzen gayeleriyle çatışabilir. Örneğin düzen ile çatışmanın ortaya çıktığı koşullarda hukuk sülelerinin, fayda yahut pratik amaç uğruna, düzeni temin eden hukuk kurallarını dolanarak işlem yaptıklarını dile getirir, Çağıl⁶⁷.

Son bir husus olarak Çobanoğlu’nun, bir yerde Antik Yunan filozofları ve İslâm geleneğindeki gibi, gaye tanrıdır⁶⁸ ancak yüzümüzü yeryüzüne dönersek orada insandan başka bir gaye bulamayız diyerek, temel gayenin insan olduğuna dair bir vurgu yaptığını söylemiştik. Nihai gaye olarak “İnsaniyyet” vurgusunu Çobanoğlu gibi, Münif Paşa ve Çağıl’da da görürüz⁶⁹. Fakat satır aralarındaki bu insaniyyet gayesinin, yazarların ortak bir biçimde dile getirdikleri üçlü (gaye) tasniflerinin neresine oturduğu, hepsini kuşatıp kuşatmadığı konusunda açık bir tartışma yapmadıkları söylenebilir⁷⁰. Bununla birlikte, insaniyyet ile gaiyeti eşleştiren bakış açısının İslam Fıkhi geleneğinde takip edilebilir izleri olduğunu da

⁶⁵ Çağıl, *age*, 30.

⁶⁶ Çağıl, *age*, 36.

⁶⁷ Çağıl, *age*, 38.

⁶⁸ Çobanoğlu, kitabının bir başka kısmında da, hukuku uygulayan hâkimin çifte bir sorumluluk altında bulunduğunu; birinci olarak topluma ve ikinci olarak (adalette tezahür eden) tanrıya karşı sorumlu olduğunu; hâliyle ikincisinin daha ağır bir sorumluluk olduğunu ve gerektiğinde tanrıya müracaat edemeyecek bir hâkimin kendini basit bir siyasi memur durumuna indirgeyeceğini belirtmektedir. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 72.

⁶⁹ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38; Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk* (haz. Gökhan Doğan, Konya: Çizgi Kitabevi, 2016), 230.

⁷⁰ İstisna olarak Çağıl’ın hakikat, hürriyet ve insaniyyet’in adalet, düzen ve fayda’dan önce geldiği yönünde çok da doyurucu olmayan bir açıklamasını görürüz. Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38.

belirtmek gerekir. Bu bakış açısının ardında, büyük ölçüde, kâinattaki varlık ve oluşların insanın hizmetine verildiği inancı yatmaktadır. Bu yüzden İslam hukukunun da temel gayesi olarak zikredilen ve dünyevileştirilebilir yegâne kavram “insaniyyet” olmuştur⁷¹.

Yukarıda anılmış belli başlı çalışmalar dışında günümüzün hukuk teorisiyle ilgili yerli literatüründe gâî yaklaşımları örneklendiren çalışmalar sınırlı sayıdadır⁷². Modern akıl, gaye gibi kestirilebilmesi iddialı kavramlardan ziyade, görünürdeki işlevlere odaklanmıştır. Bununla birlikte, Işıktaç’ın hukuk tanımı, Antik Yunan teleolojisinde ve Fuller’in çalışmasında göze çarpan gâî yönelimi, tamamlanmamışlığı ve mükemmelliğe *yönelen* boyutu bildirir gibi görünüm arz eder: “Hukuk, adalete *yönelmış* toplumsal yaşama düzenidir.”⁷³

IV. HUKUKA GAYE YÜKLEYEN GÖRÜŞLERE DÖNÜK BAŞLICA ELEŞTİRİLER

Çobanoğlu, nihai gaye olarak ‘ortak iyi’yi öne alan amaçsallığı ‘polis devleti’ ile, ‘adalet’i ‘doğal hukuk düşüncesi’yle, ‘düzen ya da hukuk güvenliği’ni ise ‘hukuki pozitivizm’ düşüncesiyle irtibatlandırır ve yakın bulur⁷⁴. Hukukun teleolojisi üzerine, yine adalet, hukuk güvenliği ve pratik amaç kavramlarını ön plana çıkarmış olan Radbruch da, belki yukarıda sunduğumuz Pound’un görüşleriyle aynı paralellikte, üç farklı hukuk kültürü üzerinden teleoloji tartışmasını devam ettirir. Buna göre bir hukuk kuralı, (i) bireye, (ii) birey-üstü kolektif bir kişiliğe yahut (iii) medeniyet ürünlerine hizmet edebilir. Bu kavramlara odaklı hukuk kültürlerinde hukukun nihai gayesi de sırasıyla (i) özgürlük, (ii) millet/toplum ve (iii) kültür hâlini alır⁷⁵. Jhering gibi 19. yy. düşünürlerinin (ii) üzerinde

⁷¹ İslam hukuku felsefesine baktığımızda da hukuka gaye yükleyen bakış açılarını görebilmemiz mümkündür. *Makāsidi’ş-Şeria* (Şeriatın maksadı) konusuna temas edilen eserlerde “İslâm’ın getirdiği hükümlerin nihai gayesinin insanların maslahatlarını gerçekleştirmek, yani yararlı sonuçların elde edilmesini ve zararlı olanların giderilmesini sağlamak olduğu ve bu noktada İslâm âlimleri arasında görüş birliğinin bulunduğu ifade edilir”. Bunun temeli olarak da İslâm’ın bir fitrat dini oluşu, bu yüzden “İslâm hukukunun genel amacının insan fitratını koruma ve bozulan yanlarını düzeltme olduğu”, çünkü “kâinattaki varlık ve oluşların insanın hizmetine verildiği, bu durumun evrendeki bütün varlıklar içinde özellikle insanı gâiyyet planında merkezî bir konuma getirdiği”, insanın da fitratı gereği kendi iyiliği doğrultusunda yararlıyı arayan zarardan kaçınan bir varlık olduğu vurgulanmıştır. Hatta bu hususta Cüveynî ve Gazzalî’nin çalışmalarının etkisiyle, İslâmın teşrii gayeleri olarak korumayı hedeflediği insanı merkeze alan temel ‘iyi’ler, faydalar yahut insan için zaruriyetler (zarûriyyât), *i* - hayat (can), *ii* - nesil (nesep, ırz), *iii* - akıl, *iv* - mal ve *v* - din olarak sıralanmıştır. Bkz. Ertuğrul Boynukalın, “Mekāsidi’ş-Şeria”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seria> (26/04/2023)..

⁷² Münhasıran hukuk üzerine olmamakla birlikte “anayasa” kavramına, Aristoteles teleolojisi üzerinden dört farklı nedensellik ve erek-neden yani *telos* nokta-i nazarından bakan bir çalışma olarak bkz. O. Vahdet İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anaysanın Maddi ve Fail Nedeni* (İstanbul: Pinhan Yay., 2019) 67 vd.

⁷³ Bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi* (5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018) 439 vd.

⁷⁴ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Sorunu*, 115.

⁷⁵ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 31.

yoğunlaşmış toplumcu bakış açısının tersine, liberal felsefeyle zihinleri donatılı yazarlar, hukukun bireyi amaç edinen bir sistem oluşunu, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve iyiliğinin üstün gaye olduğunu dile getirirler. Örneğin John Stuart Mill, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu hedefleyen ve büyük sayıları dikkate alan (Benthamcı) fayda ilkesinin esas anlamını “bireysel özgürlük” ideali üzerinden bulabileceğinden bahisle, Benthamcı zihniyetten, bireyci-faydacı düşünceye geçişin en bilindik örneklerinden birini sunar⁷⁶. Keza Kant’ın, hukuku, evrensel özgürlüklerin yasalarına göre, bir kişinin iradi fiillerinin diğer kişilerin iradi fiilleri ile uzlaştıran şartların bütünü olarak tanımlaması da birey odaklı liberal hukuk kültürünün bir başka örneğini sunar. Hukuk üzerine vermiş olduğu tanımda bu husus oldukça belirgindir: “*Hukuk, birinin [dışsal, fiili, olgusal] seçimiyle diğer birinin [dışsal, fiili, olgusal] seçiminin, özgürlüğün genel yasaları altında birleştirilebildiği bir koşullar sistemidir.*”⁷⁷

Daha sonraki liberal düşünürler, bu bakış açısından daha da ilerleyerek, hukukun kendi başına bir gayesi olamayacağını, ancak ve ancak rasyonel varlıklar olarak bireylerin gayeleri olabileceğini ve bireylerin o gayelerin peşinden giderken tabiri caizse birbirlerinin ayaklarına basmamalarının koşullarının hukuk tarafından çizildiğini ve hatta hukukun bundan sebep varlık kazandığını savunurlar.

Dolayısıyla bireyi merkeze alan yaklaşımlar, hukuka gaye yüklenmesine karşı söz ve eleştirilerin ortaya çıktığı yaklaşımların başında gelir. Bunların en bilindik örneklerinden birini Friedrich August von Hayek (1899-1992) sunar. Hayek, hukuk devletinin yapısına uygun “yasa” kavramıyla, totaliter rejimlere özgü gördüğü “emir” kavramı arasındaki farkı, bunların amaç yahut hedef yüklü olup olmamaları kriteri üzerinden çizer. Buna göre *emir (command)*, münhasır ve somut olup, bireye dönük o bireyin üstünde bir kudretin direktifini ifade eder. Münhasır bir amaç/hedef yüklüdür. Emir icabı ifa edilen fiil de, emreden kudretin münhasır amaçlarına hizmet eder. Emir, ifa edilecek fiili spesifik bir biçimde belirlenir ve faille kendilerine bilgileri kullanma veya kendi tercih ve hedeflerini takip etme şansı bırakmaz. Buna karşılık, *yasa (law)* genel ve soyut olup, diğer insanların haklı beklentilerine zarar vermeden, bir failin genel eylem çerçevesini çizer. O alanda irade ve seçim özgürlüğü faildedir ve yasa sadece o failin vereceği kararlarda hesaba katılması gereken ilave bilgiler içerir. Dolayısıyla belli bir amaç/hedeften masundur⁷⁸. Hayek’in düzen tasavvuru içerisinde emirlerle örülü bir düzen mümkündür; fakat bu düzenler kurucu-rasyonel dizaynın mümkün olabileceği

⁷⁶ Bu konuda bkz. Muzaffer Dülger, “John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri”, *Beytulhikme Int. J. Phil.* 10/4 (2020), 1471-1493, 1475.

⁷⁷ Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziği: Hukuk Öğretisi* (çev. Altan Heper, İstanbul: Fol Kitap, 2022), 70.

⁷⁸ Friedrich August von Hayek, *Özgürlüğün Anayasası* (çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara: Binbang Yay., 2013), 235-6.

mikro düzenlerdir. Hayek'in *taxis* düzenler olarak zikrettiği bu düzenlere örnek olarak bürokrasi, kurucu-rasyonel iradenin hedefleri doğrultusunda emir-komuta zincirleriyle işletilebilir bir yapıya sahiptir. Hayek'in *kozmos* olarak zikrettiği kendiliğinden (*spontaneous*) doğal düzenler ise bu tip tepeden-inme emirlerle belli bir plan/tasarım doğrultusunda işletilebilecek düzenler değildir. Bu tip büyük, karmaşık ve gelişkin düzenlerde, kendi hedefleri peşinden sayısız yolla giden çok sayıda fail vardır ve bu failerin davranışları sadece genel bir çerçeve (yasa) içerisine alınabilir⁷⁹, münhasır bir hedef doğrultusunda yönlendirilemez. Tüm failerin eylemlerinin münhasır bir hedef doğrultusunda programlandığı, *taxis* karakterinin *kozmos* düzenlere yüklenmeye çalışıldığı düzenler ise Hayek'e göre tam anlamıyla totaliter olan düzenlerdir. Yukarıda zikrettiğimiz Smith-Spencer yaklaşımına benzer bir düzen tasavvuru olduğu pek açık olan Hayek'e göre, bu yüzden, sosyal düzenlere gaye yüklenmeyeceği gibi bu düzenin koşullarını kuran hukuk düzenlerine de gaye atfedilemez. Hukuk sadece oyunun kurallarını koyar; gayeleri ve bunlara dönük stratejileriye oyunculara bırakır.

Çobanoğlu, hukuka gaye yükleyen görüşlerin antitezlerine de kitabında yer verir. R. Bonnard'a atıfla, hukuk güvenliği sağlayan ve hukuki pozitivist düşünceler tarafından bir hedef olarak telakki edilen kanunilik, insanların subjektif kamusal hak ve hürriyetlerinin koruyucusudur. Bununla birlikte "*hukuk, bu hürriyetler önünde sanki hedefine varmış gibi duraklar. Fakat bu hedef bir gaye değil, bir duraklama noktası, bir basamaktır ki, asıl onun ötesinde, kendi kendilerini tayin eden ve kendilerine mahsus kanunları olan hürriyetler başlar. Bu bakımdan pozitif hukukun gayelerinin neler olduğunu araştırmak faydasız, hatta mütenakız olur. Zira bu gaye hürriyettir.*"⁸⁰

Yukarıda bahsedilen, bireyi ve bireysel özgürlükleri önplana alan liberal yaklaşımların gâî düşünüşe uzaklıkları yanında, hukuka gaye yükleyen bakış açılarının genellikle hiyerarşik olarak en alt kategoride konuşlandığı pratik amaçlara odaklı yaklaşımlar da, en azından adalet gibi mutlak ve nihai hedefler peşinde koşan yaklaşımlara nazaran, gâî açıdan vulgar ve göreceli bir tablo yansıtırlar. Gerçek Pound'un tarih içinde hukuki gayenin göreceliliğini ve evrimini vurgulayışı, gerekse kendi dönemi içerisinde hukuk-politika ekseninde hukuk pratiğine sosyal mühendislik işlevi yüklemesi bunu gösterir. Pound gibi evrimselliğe vurgu yapan sonraki yazarlar, gaye kavramına olabildiğince uzak olup, rastlantısallığı ve duruma bağlı değişkenliği ifade eden bir kavramı hukukun biçimleniş sürecini tarifte kullanırlar: *contingency* (olumsallık). Bu kavrama odaklı fikirler üretmiş hukuki

⁷⁹ Hayek, hukuk devleti kavramını tanımlarken, bir hukuk devletindeki yasaların sahip olması gerektiğini zikrettiği temel karakteristik özellikler şunlardır: (1) Genellik, (2) Soyutluk, (3) Süreklilik, (4) Geçmişe yürümeme, (5) Herkese eşit ve tarafsız olma, (6) İlan edilmiş ve Kesin olma. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, 314-5.

⁸⁰ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 117.

pragmatistler, hukuki kural ve kurumların, sistem içinde tutunumlarının pek çok değişkene bağlı olarak olumsal imkânından bahsederler. Örneğin bu yazarlardan en bilineni Richard A. Posner, bu olumsallığın arka planında söz konusu kural ve kurumların toplumsal zenginliğe katkı yapıp yapmadığı kriterini zikreder. Buna karşılık adalet gibi ahlâkî kavramları modern toplum açısından göreceli ve içeriği belirsiz kavramlar olmaları hasebiyle bir yüksek sınavıcı kriter olarak addetmez. Bu yönüyle hukuk dediğimiz fenomen de içeriği itibarıyla sınanabilir olmayan, dolayısıyla belli bir gaye-yüklü de olmayan, hukuk-politika ekseninde sürekli yeniden biçimlendirilebilir formel ve evrimsel bir fenomen hâlini alır. Hukuki kural ve kurumların da daimî bir evrimi ve doğal seleksiyonu söz konusudur ve kendi deyimiyle “doğal seleksiyonun bir teleolojisi olmaz”⁸¹

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Klasik “olan hukuk hukuk” ve “olması gereken hukuk” ayırımı yaparken, belki farkında olmadan “olması gereken” ile teleolojik bir vargıyı dile getiriyoruz. Buna göre *olan hukuk*, mükemmel nokta olarak *olması gereken hukukun* vulgar bir suretinden, tamamlanamamış bir versiyonundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu ikili yargı üzerinde çok fazla duran doğal hukuk düşüncesinin teleolojiyle sıkı bir irtibatı olduğunu söylesek yanlış bir şey demiş olmayız⁸². Fakat teleolojik bakış açısını yalnızca doğal hukuk düşüncesiyle ilişkili görmeyen yaklaşımlar da söz konusudur⁸³. Bir pozitif hukuk düzeninin de yetkin bir seviyeye ulaşması adına belli başlı kriterlere sahip olması gerektiği en sıkı pozitivistlerce bile dile getirilmiştir⁸⁴. Gözlerimizi hukukta gaye tartışmaları bağlamında ortaya çıkmış antinomik üç kavrama çevirdiğimizde ve bunların hangisinin diğerleri üzerinde nihai sınavıcı olduğu sorusuna odaklandığımızda ise, yine belki bu kavramların ilineksel birliklilikleri ve muğlaklıkları ölçüsünde yetkin sayılamayabilecek birkaç çıkarımda bulunabiliriz. Söz konusu gâî kavramlardan pratik amaçların karşılanması amacı, Radbruch’un dediği ölçüde rölatif olan ve siyasetin değişmesi ölçüsünde değişebilir, dinamik bir içeriğe sahiptir. Bunun önplana çekildiği bir düzende hukukun siyaset karşısında otonomisini kurabilmesi ve bir depolitik iktidar⁸⁵ oluşturabilmesi mümkün değildir. Bu göreceli kavramın üstünde teleolojik bir sınavıcı üstün ilke gibi duran adalet de rölativite eleştirisinden masun değildir. Radbruch’un taham-

⁸¹ Richard A. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2003), 9.

⁸² Ratnapala, *Jurisprudence*, 126.

⁸³ Copp, “Legal Teleology”, 64.

⁸⁴ Örneğin hukuki pozitivismizin en kaba versiyonlarından biri olarak addolunan Bentham-Austin iradeciliğinde bile hukukun anlaşılabilir bir biçimde ilan olunması (kodifikasyonu) gibi kriterler üzerinde durulmuştur.

⁸⁵ “Depolitik iktidar olarak hukuk” kavramı ödünç alınarak kullanılmaktadır: Mehmet Tefvik Özcan, “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism”, *Philosophy Study* 4/2 (Feb.-2014), 75-96, 76.

mül edilemez derecede adaletsizlik yaratmaya dönük olduğu gerekçesiyle hukuk kavramıyla özdeşleştiremediği Nazi yasalarını bile, o dönem aile üyelerini dahi ihbar eden kişiler pekâla tahammül edilebilir bulmuş olacaklardır ki, bu yasalara dayanarak ihbarlarda bulunmuşlardır. Keza o dönemin rövanşist ve intikamcı adalet düşüncesine göre, Almanya'nın düşmanı olan herkese bu şedit yasaları tatbik etmenin kendisi adalet olarak tasavvur edilmiştir. Bu eleştirilere karşı, gerçek manada adaleti tanımlama girdabına kapılmaksızın nihai gaye olarak adaleti gerçekleştirebilmek mümkün değildir. Bu zorluk karşısında 20. yy. doğal hukuk düşüncesi temsilcilerinden Fuller'in teleolojik kavrayışı, maddi adalet tartışmaları girdabına çekmeden, *prosedürel* bir doğal hukuk anlayışında dönüştürdüğünü ve bu kapsamda aslında hukuki güvenliğin kriterlerini zikrettiğini görürüz. Bu bakış açısı, doğal hukukçu düşüncenin çağdaş açılımlarında teşhis edilebilir bir boyutu örneklendirir: hukukun pratik amaçları ve kurallar düzeni üzerinde, maddi içeriği kesin bir biçimde kestirilebilir olmayan adalet kavramı yerine, kültürel atmosfere bağlı gelişen ahlâken kabul edilebilirliğin bir üst kriter olarak kabul edilmesini... Bu kabulün gerekçesini ise doğal hukukçu nazariye, insanın ahlâkî bir varlık olduğu gerçeğini sunarak, bir çırpıda verebilir. Fakat bir başka açıdan, bu boyut hukukun paradoksal doğasının bir yönünü de gözlerimize iştirir. Ahlâken kabul edilebilirlik ve adalet bilincinin her teleolojik kabulünde, bunun kültürel boyutu ve göreceliliği ölçüsünde, hukukun düzen boyutu belirsizliklere itilirken, öte yandan belki yeni olanakların hukuk düzeni içerisine dahiline kapı aralanırken, hukuk sistemi kendi dengesini Fuller ve Hayek'in örneklendirdiği teşrii standartları sağlamak suretiyle tekrar tesis eder. Pratik amaçlar, bu açıdan hukuk güvenliği ve adaletin sadece yardımcı ekipmanlarını teşkil eder. Hukukun bu üç kavramın antinomik olduğu ölçüde ilineksel ilişkisini ve hukukun yukarıda zikrettiğimiz şekilde kendini sürekli dengeye alma biçimini Çobanoğlu, Roma hukuku topikleri üzerinden şöyle açıklar⁸⁶:

Romalılardan beri hukukta adeta darbimesel olarak yerleşmiş bulunan dört eski cümle, hukukun üstün prensiplerini ve bu prensipler arasında hüküm süren derin ve kuvvetli antinomileri gözlerimizin önüne serer. İşte bunlardan birincisi: <Salus populi suprema lex esto>. Fakat ikinci cümle derhal buna cevap verir: <Iustitia fundamentum regnorum>. Hukukun gayesi müşterek hayır değil, adalettir. Bununla beraber bu adalet supra-pozitif bir adalettir ve bu, pozitif adalet, daha doğrusu <Fiat iustitia, pereat mundus> diye ifade edilen üçüncü cümlelerin nazara aldığı kanunilik değildir. Kanunun ihlal edilemezliği, müşterek hayrın dahi üstüne yerleştirilmek iktiza eder. Nihayet buna dördüncü bir cümle itirazda bulunur: <Summum jus, summa iniuria.> Kanunlara çok sıkı bir riayet, ekseriya, en bariz adaletsizliklere yol açar:

⁸⁶ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 101.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2011.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. b., İstanbul: XII Levha Yay., 2010
- Aristoteles, *Metafizik*, çev. Y. Gurur Sev, 2. b., İstanbul: Pinhan Yay., 2016
- Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975.
- Aydın, Melike Belkis, “İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki Yay., 2015.
- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 1974.
- Boynukalın, Ertuğrul “Mekasidü’ş-Şeria”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seria> (26/04/2023).
- Cevzici, Ahmet, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yay., 1999
- Copp, David, “Legal Teleology: A Naturalist Account of the Normativity of Law”, *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, ed. David Plunkett, Scott Shapiro, Kevin Toh, New York: Oxford University Press, 2019, 45-64.
- Davitt, Thomas E., “Law as Means to End: Thomas Aquinas”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 14 (Dec.-1960), 65-99.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1964.
- Dülger, Muzaffer, “John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri”, *Beytulhikme Int. J. Phil.* 10/4 (2020), 1471-1493.
- Dülger, Muzaffer, “Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri”, *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi (İskoç Aydınlanması)*, ed. Gökhan Murteza, Sayı: 16 (Nisan-2021), 62-81.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 8. b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009.
- Hayek, Friedrich August von, *Özgürlüğün Anayasası*, çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara: Binbang Yay., 2013
- Heper, Altan, *Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2016
- İşıktaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018
- İşsevenler, O. Vahdet, *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anaysanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan Yay., 2019
- İşsevenler, O. Vahdet, “Hukukun Erdemi ve Fuller’ın Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 74, Sayı: 2 (2016), 573-590
- Jhering (Ihering), Rudolf von, *Law as a Means to an End*, trans. by. Isaac Husik, Boston: Boston Book Co., 1913.

- Jhering, Rudolf von, *Hukuk Uğruna Savaş*, çev. Rasih Yeğengil, İstanbul: Sinan Basım ve Neşriyat Evi, 1935
- Kant, Immanuel, *Ahlak Metafiziği: Hukuk Öğretisi*, çev. Altan Heper, İstanbul: Fol Kitap, 2022
- Metin, Sevtap / Heper, Altan, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin Yay., 2014. (Kısaca: *Radbruch Formülü*)
- Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk*, haz. Gökhan Doğan, Konya: Çizgi Kitabevi, 2016.
- Özcan, Mehmet Tevfik, “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism”, *Philosophy Study* 4/2 (Feb.-2014), 75-96
- Peters, Francis E., *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü*, çev.& haz. Hakkı Hünler, İstanbul: Paradigma Yay., 2004.
- Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, Vol. 27, No. 3 (Jan.-1914), 195-234.
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Juristic Thought”, *Harvard Law Review*, Vol. 27, No. 7 (May-1914), 605-628.
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Juristic Thought - II”, *Harvard Law Review*, Vol. 30, No. 3 (Jan.-1917), 201-225.
- Pound, Roscoe, *An Introduction to Philosophy of Law*, New Haven & London: Yale University Press, 1922.
- Radbruch, Gustav; “Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk”, çev. Sevtap Metin, Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin Yay., 2014, 74-101.
- Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, New York: Cambridge University Press, 2009.
- Spencer, Herbert, *Devlete Karşı İnsan*, çev. Yavuz Selim Altındal, İstanbul: Litera Yay., 2016.



Rusya'nın Ukrayna'ya Yönelik Silahlı Saldırıları İçin İleri Sürdüğü Gerekçelerin Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirmesi^(*)

Review of the Justifications Put Forward by Russia for Its Armed Attacks on Ukraine in context of International Law

Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR^(**)

Öz

Uluslararası hukuka aykırı davranan hiçbir devlet bu aykırılığı kabul etmemekte, aksine devletler aykırılık teşkil eden fiillerini meşru göstermek için uluslararası hukukun temel normlarını çarpıtarak birtakım tezler veya sözde gerekçeler ileri sürebilmektedir. Ukrayna'nın Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü'ne (NATO'ya) üye olmak için girişimlerde bulunması ve dolayısıyla NATO'nun üye sayısını artırarak sınırlarını doğuya doğru genişletmesinin yarattığı kaygıyla hareket eden Rusya Federasyonu'nun (Rusya) 24 Şubat 2022'de Ukrayna topraklarına yönelik başlattığı saldırılarını uluslararası hukuk bağlamında meşrulaştırmak için halkların kendi kaderini tayin hakkı, iyileştirici ayrılma teorisi, davetle müdahale, bireysel meşru müdafaa ve kolektif meşru müdafaa hakkı, önleyici meşru müdafaa, insancıl müdahale gibi bir dizi sözde hukuki gerekçeye dayanması da bunun en yakın örneğidir. Rusya'nın, Batılı devletlerin açıkça uluslararası hukuka aykırı olan veya uluslararası hukuka uygunluğu tartışmalı olan askeri müdahalelerini, kendi saldırı eylemlerini meşrulaştırmak için emsal göstermesi, Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırılarının uluslararası toplumun geniş bir kesimi tarafından uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanımı olarak kabul edilmesine engel olmamıştır. Bu makalede Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırıları bakımından uluslararası toplum nezdinde meşru algısı yaratmak için ileri sürdüğü gerekçeler, genelde uluslararası hukuk özelde BM Şartı bağlamında analiz edilerek, hiçbirinin hukuki dayanağı olmadığı ve dolayısıyla Rusya'nın kuvvet kullanımının uluslararası hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 30.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 28.08.2023
DOI: 10.56701/shd.1273814

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan- Türkiye
E-posta: ndabanlioglu@erzincan.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3896-9787>

Anahtar Kelimeler

Rusya, Ukrayna, İşgal, Uluslararası Hukuk, Kuvvet Kullanma, İyileştirici Ayrılma, Kendi Kaderini Tayin Hakkı, Davetle Müdahale, Bireysel Meşru Müdafaa, Kolektif Meşru Müdafaa, Önleyici Meşru Müdafaa, İnsancıl Müdahale.

Abstract

Any state that violates international law does not accept that its action is contrary to international law. Instead of accepting this violation, the states can put forward some theses or baseless justifications by distorting the basic norms of international law in order to justify its acts against international law. The use of a number of legal justifications such as the right of peoples to self-determination, remedial secession theory, intervention by invitation, the right of individual self-defense and collective self-defense, preventive self-defense, and humanitarian intervention in order to justify the attacks launched in the territory of Ukraine on February 24, 2022 by the Russian Federation, (acting with the concern created by Ukraine's attempts to become a member of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) and therefore expanding its borders to the east by increasing the number of NATO members), is the most recent precedent for this situation. Although Russia has shown the military interventions of "the West", which are clearly against international law or whose compliance with international law is controversial, as a precedent to legitimize its own offensive actions, Russia's attacks on Ukraine are considered by a large part of the international community as the use of force against international law. In this article, the justifications put forward by Russia to create the perception of legitimacy for Russia's attacks against Ukraine in the eyes of the international community are analyzed in the context of international law in general, and the UN Charter in particular and it is concluded that none of them has a legal basis and therefore Russia's use of force is unlawful in terms of international law.

Keywords

Russia, Ukraine, Invasion, International Law, Use of Force, Remedial Secession, The Right of Self-Determination, Intervention by Invitation, Individual Self-Defense, Collective Self-Defense, Preventive Self-Defense, Humanitarian Intervention.

GİRİŞ

Uluslararası toplumun görüşü, Soğuk Savaş'ın Sovyetler Birliği tarafından kaybedildiği yönündedir. 26 Aralık 1991'de sona eren Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinin dağılması ile Varşova Paktı'nı oluşturan ve Sovyetler Birliği'nin etkisi altında hareket eden Doğu Avrupa devletlerinde komünist rejimler devrilmiş, söz konusu devletler yavaş yavaş batılı değerlerin etkisi altına girmeye başlamıştır. Bir başka ifadeyle, Sovyetler Birliği'nin dağılmasının uluslararası örgütlenme açısından ortaya çıkardığı en önemli gelişmelerden biri Sovyetler Birliği'nin parçası olan ve dağılmayla bağımsız hale gelen devletlerin kademeli olarak Avrupa Birliği¹, NATO² gibi Batılı ittifakların bir parçası olmaya başlamasıdır. Bu durum batılı

¹ AB'nin doğuya doğru en büyük genişlemesinin yaşandığı dönem olan 2004'te Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Letonya, Litvanya, Polonya, Slovakya ve Slovenya dâhil on yeni üye devlet Birliğe katılmıştır. Romanya 2007'de Birliğe dâhil olmuştur.

² Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya 1999'da NATO'ya katılmış, ardından 2004'te Bulgaristan, Estonya, Letonya, Litvanya, Romanya, Slovakya ve Slovenya ittifakın bir parçası haline gelmiştir.

devletlerin liderliğini yaptığı bazı ittifakların doğuya doğru sınırlarını genişletmesi anlamına gelmektedir. Özellikle NATO gibi bir askeri ittifakın Rusya'nın sınırlarına kadar dayanması Rusya'da siyasi, askeri birçok kaygıya neden olmuştur.

Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırılarının tarihsel geçmişini daha iyi anlayabilmek için Ukrayna'ya ait olan Kırım'ın 2014 yılında Rusya tarafından ilhakını kısaca ele almak gerekecektir. Ukrayna Parlamentosu 22 Şubat 2014'te görevlerini yerine getirmediği gerekçesiyle Rusya destekli cumhurbaşkanını görevden almış ve bu şekilde ülkenin Avrupa Birliği ile daha yakın ilişkiler tesis edeceği bir gelecek istediğini açıkça ortaya koymuştur. Bunun ardından yaşanan en önemli gelişme Rusya'nın 2014'te Ukrayna'nın özerk bölgesi olan Kırım'ı ilhakıdır. İlhakın uluslararası hukuka aykırı bulunması nedeniyle uluslararası toplumun gösterdiği tepkiye yanıt olarak Rusya, Kırım halkının %96'sının Rusya ile birleşme düşüncesinden yana olduğunu ortaya koyan bir referandum sonucunu göstermiş³, uluslararası hukukta kendi kaderini tayin hakkının devletlerin toprak bütünlüğü ile siyasi bağımsızlığını ihlal edecek şekilde kullanılmamasına rağmen Kırım halkının bu hakka dayanarak Rusya'ya bağlanmak istediğini belirtmiştir⁴. Rusya'nın Kırım'ı ilhakı BM Genel Kurulu tarafından da kınanmıştır⁵.

Mart 2014'te Rusya tarafından Ukrayna'ya bağlı Kırım Özerk Bölgesi'nin ilhakından yakın bir zaman sonra Donetsk ve Luhansk şehirlerinin bulunduğu Ukrayna'nın doğusundaki Donbass bölgesinde Rusya yanlısı ayrılıkçı grupların protestoları gerçekleşmiştir. Nisan 2014'te ayrılıkçılar Rusya'nın yardımıyla söz konusu bölgelerin kontrolünü ele geçirmiş ve isyancılar her iki şehirde de bağımsızlık için referandum yapılması çağrısında bulunmuş, kendilerini koruması için açıkça Rusya'nın bölgeye "barış gücü" göndermesini talep etmiştir⁶. Mayıs 2014'te Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin'in isyancılara referandumunu erteleme çağrısı

³ 18 Mart 2014'te Rusya'nın uluslararası hukuka aykırı olarak Kırım'ı Rusya'nın bir parçası ilan ederek fiilen ilhak etmesini meşrulaştırmak için Rusya Devlet Başkanı Putin'in uluslararası topluma verdiği yanıtlardan biri de Rusya'nın Kırım bölgesi ile güçlü tarihsel bağlarının olduğu ve Kırım'ın Rusça konuşan halkının 2011'de yaşanan olaylardan sonra baskıdan korkması nedeniyle Rusya'dan yardım talep etmesidir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Oleksandr Merezhko, "Crimea's Annexation by Russia-Contradictions of the New Russian Doctrine of International Law", *Heidelberg Journal of International Law*, 75 (2015).

⁴ Press Release, GA11493, Resolutions: 68th Session, General Assembly General Assembly Adopts Resolution Calling Upon States Not to Recognize Changes in Status of Crimea Region (27 March 2014), <https://press.un.org/en/2014/ga11493.doc.htm> (E.T:20.03.2023)

⁵ UNGA Resolutions, 68/262, *Territorial integrity of Ukraine* (27 March 2014). BM Genel Kurulu, Rusya'nın eylemlerini 58 çekimser oy, 11'e karşı 100 oyla kınadı. Ayrıca, Genel Kurul kararı, Rusya'yı BM Şartı'na ve Dostane İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukukun İlkeleri Hakkında 1970 Bildirgesi'ne uymaya çağırmıştır. Dostane İlişkiler Bildirgesi, başka bir ülkedeki isyancı bir gruba yardım etmenin hedef ülkenin "toprak bütünlüğünü" tehdit edeceğini ve devletlerin bu tür eylemlerde bulunmaktan kaçınma görevi olduğunu belirtmektedir.

⁶ <https://www.aa.com.tr/en/russia-ukraine-crisis/separatist-leaders-in-eastern-ukraine-seek-russia-s-help-to-repel-ukrainian-army-kremlin/2511815> (E.T:20.03.2023)

yapmasına rağmen gerçekleşen ve katılım düzeyinin yüksek olduğu referandum sonuçları seçmenlerin çoğunun Ukrayna'dan siyasi bağımsızlık kazanma ve Rusya'ya bağlanma düşüncesini desteklediğini göstermiştir. Fakat referandum süreci ve sonucu birçok devlet tarafından eleştirilmiş ve hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Sözde Donetsk Halk Cumhuriyeti ve Luhansk Halk Cumhuriyeti bağımsızlıklarını ilan ettikten hemen sonra Rusya Federasyonu'na katılmak istemiş ve Rusya, o aşamada bu talebe açıkça yanıt vermemiştir. İki referandumun ardından Ukrayna ordusu ile ayrılıkçı isyancılar arasında yaşanan şiddetli çatışmalar, Ukrayna'nın doğu bölgesinde binlerce can kaybına ve çok sayıda insanın evlerini terketmek zorunda kalmasına neden olan bir kaosa yol açmıştır. Donbas bölgesinde aylarca süren çatışmayı sona erdirmek için Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) himayesinde Belarus'un Minsk kentinde Rusya, Ukrayna, AGİT (Üçlü Temas Grubu) ve iki ayrılıkçı bölgenin temsilcilerinin bir araya geldiği kapsamlı görüşmelerin ardından 5 Eylül 2014'te bir barış anlaşması (Minsk Protokolü veya Minsk I Anlaşması) imzalanmıştır. Ancak, söz konusu anlaşma, Donbass'taki çatışmaları durdurmayı başaramamış ve bunu 12 Şubat 2015'te imzalanan gözden geçirilmiş ve güncellenmiş bir Minsk II Anlaşması' takip etmiştir. Söz konusu anlaşmayla, Ukrayna'nın doğusundaki Donetsk ve Luhansk bölgelerine 3 yıllık geçici bir süre için daha geniş özerklik verilmesi kararlaştırılmıştır. Anlaşmanın imzalanmasının ardından silahlı çatışmalar yatışsa da hiçbir zaman tamamen sona ermemiş ve anlaşma hükümleri hiçbir zaman tam anlamıyla uygulanmamıştır. Sonraki yıllarda artan gerilimin ortasında, 2021'de Rusya Federasyonu'nun Ukrayna sınırı boyunca askeri varlığını artırdığı ortaya çıkmıştır.

Aksini iddia etmesine rağmen, Rusya'nın Ukrayna'ya karşı bir askeri operasyon başlatmaya hazırlandığı yönünde spekülasyonlar arttığı bu süreçte, Rusya, düşmanca bir hareket olarak gördüğü NATO'nun Ukrayna'yı içine alması ve Ukrayna'yla daha

⁷ Minsk Anlaşmaları için “andlaşma” terimi yerine “anlaşma” teriminin kullanılması resmi ve yasal açıdan daha uygundur. “Anlaşma” ifadesi, bu uluslararası belgelerin yasal olmayan (bağlayıcı olmayan) karakterini vurgulamaktadır. “Andlaşma” terimi, Minsk Anlaşmalarının hukuki niteliği konusunda kamuoyunu ve uluslararası toplumu yanıltıcı nitelikte uluslararası andlaşmalarla özdeşleştirilmesine yol açmakta ve böylece belgeleri akdeden taraflar için bağlayıcı olduğunu düşündürmektedir. Ancak, uluslararası andlaşmalar hukuku kurallarına göre (1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve 1986 Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi) uluslararası andlaşma, sadece devletler ve uluslararası örgütler arasında akdedilen anlaşmaları ifade etmektedir. Sözde Donetsk Halk Cumhuriyeti ve Luhansk Halk Cumhuriyeti, devlet veya uluslararası örgüt olarak kabul edilmediğinden taraflarının hepsinin devlet veya uluslararası örgüt olmadığı-bir başka ifadeyle uluslararası andlaşma akdetme yetkisine sahip olmadığı- bu belge hukuki değil ancak siyasi ve ahlaki bağlayıcılığı olan bir belge olarak kabul edilmelidir. Ayrıca, bir anlaşmanın bağlayıcı bir uluslararası hukuk belgesi olarak kabul edilmesi isteği belgede geçen ifadelerden de anlaşılabilir. Ancak, Minsk Anlaşmaları bir uluslararası andlaşma olarak kabul edilemez, çünkü bu belgelerin tarafları imzalandığı sırada yasal bağlayıcılığı konusunda net bir tutum ortaya koymamışlardır. Bu durum, anlaşmaları resmi uluslararası anlaşma olarak kabul etme konusunda bilinçli bir isteksizliği gösterir.

yakın iş birliğine girmesi ihtimaline itirazlarını açıkça dile getirmiştir. Durumu yatıştırmaya yönelik, birkaç haftalık bir süre boyunca hem Ukrayna hem de Rusya ile birçok devlet ve uluslararası örgüt ile kapsamlı diplomatik görüşmeler yapmıştır. Rusya Devlet Başkanı Putin'in 21 Şubat 2022'de Ukrayna'nın doğusundaki Rusya yanlısı ayrılıkçıların sözde yönetimlerinin (Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyetlerinin) tanınmasına dair karamameyi imzalamasının⁸ ardından, Rusya Federasyon Konseyi ertesi gün Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanılmasına izin vermek için harekete geçmiş ve Rus askeri birlikleri her iki bölgeye de girmiştir. Bunu 24 Şubat'ta Putin'in Ukrayna'yı "askerden arındırmak (silahsızlaştırmak)" ve "Nazilerden arındırmak" gerekçesiyle "özel bir askeri operasyon" duyurusu izlemiştir. Ukrayna'ya karşı kara kuvvetlerinin konuşlandırılması, hava saldırıları ve füze silahlarından oluşan önemli bir askeri harekât başlatılmıştır. Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı uluslararası alanda geniş çapta kınanmıştır. Rusya'nın vetosu, BM Güvenlik Konseyi'nin olaya ilişkin kınama kararı almasını engelse de 2 Mart 2022'de gerçekleştirilen olağanüstü özel oturumda BM Genel Kurulu, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırılarını kınayan ve Rus askeri birliklerinin Ukrayna'dan derhal geri çekilmesini talep eden bir kararı ezici bir çoğunlukla kabul etmiştir⁹. BM Genel Kurul kararları, Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı niteliğinin aksine tavsiye niteliğinde olmasına rağmen, bu karar uluslararası toplumun saldırılara olan tepkisini açıkça ortaya koyarak söz konusu askeri müdahale karşısında çoğunluk, eylemin uluslararası hukuka aykırılığı tezini savunduğunu düşündürmesi bakımından önemli bir adımdır. NATO¹⁰, AB¹¹, AGİT¹² dahil olmak üzere diğer pek çok örgüt de benzer şekilde Rusya'nın eylemlerini kınamıştır. Rusya'nın BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olması sebebiyle sahip olduğu veto hakkını kullanabileceği göz önünde bulundurulursa, Rusya'ya karşı BM Güvenlik Konseyi kararıyla yaptırım uygulama ihtimali bulunmamaktadır. Ancak, ABD ve Birleşik Krallık dâhil pek çok devlet ve Av-

⁸ Rusya 21 Şubat 2022 de sözde Donetsk Halk Cumhuriyeti ile Luhansk Halk Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını ve egemenliğini tanımış daha sonra bu bölgelerin liderleri ile dostluk, iş birliği ve karşılıklı yardım antlaşmaları imzalamıştır.

⁹ Genel Kurul kararı 35 çekimser oyla 5'e (Rusya, Suriye, Beyaz Rusya, Eritre ve Kuzey Kore aleyhte oy kullanmıştır) karşı 141 oyla kabul edildi. Bkz. UN Doc. GA/12407, 2 March 2022. <https://press.un.org/en/2022/ga12407.doc.htm> (E.T:20.03.2023). Ayrıca, BM Genel Kurulu, 7 Nisan 2022'de Rusya'nın İnsan Hakları Konseyi üyeliğinin askıya alınmasına karar verdi. Bu gelişme özellikle Rusya'nın Ukrayna'ya saldırıları sürerken Ukrayna'nın Buça kentinde, Ukraynalı sivillerin toplu olarak öldürülmesi olayının ardından gerçekleşti.

¹⁰ Kuzey Atlantik Konseyinin açıklaması için bkz. https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_192404.htm (E.T: 20.06.2023); AB'nin Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırıları karşısında tutumunu ortaya koyan rapor hakkında bkz. <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9503/CBP-9503.pdf> (E.T: 21.03.2023)

¹¹ Bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/> ((E.T: 21.03.2023)

¹² Bkz. <https://www.oscepa.org/en/news-a-media/press-releases/2022/osce-troika-secretary-general-osce-pa-president-and-secretary-general-strenuously-condemn-russia-s-attacks-in-ukraine-s-civilian-centres> ((E.T: 21.03.2023)

rupa Birliği, Ukrayna'ya yönelik eylemlerine son vermesi için baskı uygulama amaçlı Rusya'yı zayıflatmaya, uluslararası alanda izole etmeye yönelik bankacılık ve finansal hizmetler sektörüne ilişkin önemli tedbirler ve finansal varlıkların dondurulması gibi bireylere yönelik tedbirler dâhil kapsamlı birçok yaptırım uygulamıştır. Buna rağmen her iki tarafın askeri kuvvetleri ve Ukraynalı siviller de dâhil olmak üzere iki tarafta da ağır kayıplara ve Ukraynalı sivillerin evlerini terk etmek zorunda kalmalarına neden olan silahlı çatışmalar günümüzde de devam ederken diğer yandan Rusya'nın Ukrayna'ya askeri müdahalesini meşru gösterme çabası çerçevesinde ileri sürdüğü gerekçelerin uluslararası hukuk bağlamında sorgulanması gerekmektedir.

I. KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI VE İYİLEŞTİRİCİ AYRILMA TEORİSİ

Self determinasyon hakkı, bir devletin istediği yönetim biçimini, hükümet biçimini herhangi bir dış müdahale olmaksızın serbestçe seçebilmesini, ülkesinin sahip olduğu doğal kaynaklar ve zenginlikler üzerinde kendi yararına serbestçe tasarrufta bulunabilmesini kapsaması yanında, bir halkın bağımsız bir devlet kurmak dâhil istediği devlete bağlı olmayı seçme hakkını (dış self-determinasyon) içermektedir¹³. Kendi kaderini tayin hakkı (self determinasyon hakkı), BM Şartı¹⁴ başta olmak üzere ikiz sözleşmeler olarak da bilinen BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md. 1) ile BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi (md. 1)¹⁵ gibi çeşitli uluslararası sözleşmelerde tanınmış bir haktır.

Henüz evrensel ve üzerinde uzlaşılmış net bir tanımı olmamakla birlikte uluslararası hukukta *jus cogens* norm (uluslararası hukukun emredici normu)¹⁶ niteliğinden söz edilen bu hak *erga omnes* (herkese karşı ileri sürülebilen) bir yükümlülüğü ifade etmektedir¹⁷. Uluslararası Hukuk Komisyonunun çalışması

¹³ Enver Bozkurt vd. Devletler Hukuku (Ankara, Yetkin Yayınevi, 11. Basım, 2021), 176-180; Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk (Ankara, Turhan Kitabevi, 19. Basım., 2020), 146-148; Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, çev. ed. İbrahim Kaya, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, 8. Basım, 2017), 88-89.

¹⁴ Self determinasyon hakkı, BM'nin amaçlarının sıralandığı BM Şartı'nın 1/2. maddesinde, "uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve halkların self determinasyon hakkı ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkileri geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer önlemleri almak" şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁵ 16 Aralık 1966'da BM Genel Kurul'un 2200 A (XXI) sayılı kararıyla İkiz Sözleşmeler olarak da ifade edilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi kabul edilmiş ve New York'ta devletlerin imza ve onayına sunulmuştur. Sözleşmeler, sırasıyla 23 Mart 1976 ve 3 Temmuz 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. maddesine göre, *jus cogens* norm, "Bir anlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur." şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷ Pigrau, Antoni, "Reflections On The Effectiveness Of Peremptory Norms And Erga Omnes Obligations Before International Tribunals, Regarding The Request For An Advisory Opinion From The Inter-

olan “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin” 48. maddesine göre uluslararası toplumun tamamının menfaatinin korunmasına yönelik bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uluslararası toplum adına herhangi bir devletin bu yükümlülükle ilgili sorumluluğu ve zarar gören tarafın zararının tazmin edilmesini talep etme hakkı vardır. Self determinasyon hakkının da bir erga omnes nitelikli norm olarak kabul edilmesinin sonucunda halkların kendi kaderini tayin hakkının ihlal edildiği durumlarda tüm devletlerin önlem alması gündeme gelebilecektir¹⁸. Uluslararası Adalet Divanı da 1995 yılında aldığı Doğu Timor kararında self determinasyon hakkının erga omnes niteliğine vurgu yapmıştır¹⁹. Ancak, bir halkın bağımsız bir devlet kurmasını da içermesi nedeniyle bu hak, çağdaş uluslararası hukuk sisteminin merkezinde yer alan ve kökleri mevcut sınırların korunmasını ifade eden *uti possidetis* ilkesine dayanan devletlerin toprak bütünlüğü ilkesiyle çatışır görünmektedir. Devletin ülkesel bütünlüğü ilkesi BM Şartı'nın da temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir. Sıkı şartlara tabi tutulmaması halinde uluslararası düzende tehlike yaratabileceğinden, genel kabul bu hak çerçevesinde ayrılmanın gerçekleşebilmesinin şartlarının sınırlı tutulmasıdır²⁰.

national Court Of Justice On The Chagos Islands”, *Questions of International Law*, 55 (2018), 133; Uluslararası hukukta *erga omnes* (Latince karşılığı: herkesle ilgili, herkese karşı) yükümlülükler kavramı, devletlerin bir bütün olarak uluslararası topluluğa karşı sahip olduğu belli yükümlülükleri ifade etmektedir. Bu yükümlülükler doğal hukuk yaklaşımına dayalı olarak daha da gelişen uluslararası hukukta, rızaya dayalı devletler arasındaki karşılıklı ilişkilerin ötesine geçmeyi sağlamaktadır. Uluslararası hukukta sorumluluğun ileri sürülmesi hakkı sadece doğrudan mağdur olanlar için tanınmıştır. Halbuki evrensel uluslararası değerlerin ve tüm uluslararası toplumun menfaatlerinin korunabilmesi için doğrudan zarar olmasa bile tüm uluslararası toplum tarafından uyulması istenebilecek ve aynı zamanda herkese karşı ileri sürülebilecek bazı normlar olmalıdır. *Erga omnes* kavramı bu ihtiyacın sonucudur. Kısacası *erga omnes* yükümlülükler uluslararası hukukta herkese karşı ileri sürülebilen yükümlülükleri ifade etmektedir. *Jus cogens* normlardan doğan yükümlülüklerin hepsinin *erga omnes* niteliğe sahip olmasına karşılık tam tersinin söz konusu olmadığını belirtmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Başlar, “Uluslararası Hukukta “Erga Omnes” Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22/2 (2002), 75-108.

¹⁸ Bkz. Matthew Saul, “The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of The Right?”, *Human Rights Law Review*, 11/4 (2011), 633.

¹⁹ *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, International Court of Justice (ICJ), 30 June 1995; Ayrıca bkz. Yaşar Ehtibarlı, *Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu* (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016), 132.

²⁰ Kendi kaderini tayin hakkının bir hak olarak bu şekilde sınırlandırılmasının açık sebepleri vardır. BM Genel Kurulunun belirttiği gibi “her etnik, dinsel veya dilsel grup devlet olma iddiasında bulunsaydı parçalanmanın önüne geçilemez ve barış, güvenlik ve refaha ulaşmak çok daha zor hale gelirdi”. An Agenda for Peace, 17.06.1992, UN Doc. A/47/277 [5], para. 17, <http://www.un-documents.net/a47-277.htm> (E.T:20.03.2023); Self determinasyon hakkının tek taraflı ayrılmaya sadece sınırlı durumlarda imkân tanıdığı hususu, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin Quebec'in Kanada'dan ayrılmasının meşruluğuna ilişkin istişari görüşünde vurgulanmıştır. Quebec'in ayrılmasına ilişkin Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>. (E.T:20.03.2023)

SSCB'den ve Yugoslavya'dan ayrılarak bağımsız olan devletler örneğinde olduğu gibi, uluslararası hukuk, anayasal normlar ve prosedürler çerçevesinde uygulandığı sürece rızaya dayalı ayrılmayı yasaklamamaktadır²¹. Tek taraflı ayrılmanın ise kural olarak sadece sömürgelikten kurtulma bağlamında ve haksız askeri işgale tâbi bir bölgenin geri alınması durumunda izin verilmektedir²². Genel kabul self determinasyon hakkının halk²³ olarak tanımlanan bir grubun tek taraflı olarak ayrılması için istendiği zaman bir gerekçe oluşturamayacağı yönündedir²⁴.

1970 tarihli Birleşmiş Milletler Anlaşmasına Uygun Olarak Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi'nde²⁵, bu belgede yer alan hiçbir ifadenin eşit haklar ve kendi kaderini tayin etme ilkesine uygun olarak hareket eden, dolayısıyla ırk, inanç veya renk ayrımı yapmaksızın bölgeye ait tüm insanları temsil eden bir hükümete sahip egemen ve bağımsız devletlerin toprak bütünlüğünü veya siyasi birliğini tamamen veya kısmen parçalayacak veya bozacak herhangi bir eyleme izin verecek veya teşvik edecek şekilde yorumlanmayacağı açıkça belirtilmiştir²⁶. Buna paralel şekilde 1993 tarihli İnsan Hakları Dünya Konferansı'nda kabul edilen Viyana Bildirisi²⁷ ve Eylem Programında hiçbir ayırım yapmadan tüm toplumu temsil eden bir hükümete sahip devletlerde bu haktan yararlanılamayacağı öngörülmüştür. Bu sebeple, doktrinde mefhumu muhalifinden yapılan yorumla tüm toplumun temsil edilmediği devletlerde halkların söz konusu haktan yararlanarak bağlı

²¹ Pazarıcı, 147.

²² İşgal Altındaki Filistin Bölgesinde Bir Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına İlişkin UAD'nın danışma görüşünde belirtilmiştir. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ, Rep. 136, para. 118.

²³ Uluslararası hukuk hakkın öznesi olan "halk" kavramının nasıl tanımlanacağına ilişkin net bir kriter ortaya koyamamakla birlikte doktriner bir tanım olarak UNESCO'nun 1989 UNESCO Uluslararası Halkların Hakları Kavramının Daha Fazla İncelenmesi Konusunda Uzmanlar Toplantısı'nda uluslararası uzmanlar tarafından sunulan "Nihai Rapor ve Tavsiyeler"de yapılan "halklar" tanımı dikkate alınabilir. Bkz. <https://atom.archives.unesco.org/international-experts-meeting-on-further-study-of-concept-of-peoples-rights> (E.T:20.03.2023). Uluslararası devletler topluluğunun, Ukrayna'nın tüm halkını "bölünmemiş bir benlik" olarak kabul ettiğini, hukuk bilminde hâkim bir konuma sahip olan çoğunlukçu perspektif görüşünün benimsenerek kendi kaderini tayin hakkını kullanacak olan "halk" kavramının burda karşılanmadığına ilişkin görüş için bkz. Loqman Radpey, "Remedial Peoplehood: Russia's New Theory on Self-Determination in International Law and its Ramifications beyond Ukraine", <https://www.ejiltalk.org/remedial-peoplehood-russias-new-theory-on-self-determination-in-international-law-and-its-ramifications-beyond-ukraine/> (E.T:20.03.2023)

²⁴ James Richard Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press, 2. Edition., 2007), 124.

²⁵ UN. General Assembly (25th session, 1970), A/RES/2625(XXV).

²⁶ BM Genel Kurulu 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Olarak Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri için bkz. <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> (E.T:20.03.2023)

²⁷ Bölüm I, para. 2; <https://www.ohchr.org/en/about-us/history/vienna-declaration>

oldukları devletten ayrılabilceği ileri sürülmektedir²⁸. Ancak böyle bir yorum uluslararası hukuk tarafından henüz teyit edilmediği gibi doktrinde ve içtihatlar da da yeterince destek görmemektedir²⁹ ve halen tartışmalı bir husustur³⁰. Genel kabul bir halkın ancak sömürgeci devlet tarafından yönetilmesi durumunda ayrılma hakkının mümkün olduğudur. Bu koşulun sağlanmadığı durumda halkların ancak mevcut devletlerinin çizeceği çerçevede kendi kaderini tayin hakkını elde etmesi beklenir³¹. Nitekim bazı yazarlara göre bu hakkın bütünüyle *jus cogens* olarak kabul edilmesi, hak ihlallerinin ileri sürülmesinin artmasına ve şiddetin derinleşmesine neden olabilir. Bir görüşe göre devletin ülkesel bütünlüğünü bozmak için kullanılan self determinasyon iddiası *jus cogens* niteliğe sahip değildir³². Bu hakkın sadece sömürge halkları ve yabancı tahakkümünde olan halklarla ilgili yönlerinin *jus cogens* statüsünde olduğudur³³.

Donetsk ve Luhansk'ın bağımsızlığını tanıma konusunda Rusya'nın ileri sürdüğü gerekçe ise bir halkın ana devlet tarafından zulme uğradığı ve ciddi insan hakları ihlallerine maruz kaldığı sömürge dışı durumlarda gündeme gelebilen “iyileştirici ayrılma (çözüm amaçlı ayrılma)” teorisidir³⁴. İyileştirici ayrılma teorisi ile insan haklarının sistematik, ağır ve uzun vadeli ihlali halinde bir devletten ayrılmanın baskıyı sona erdirmek için son çare olabileceği öne sürülmektedir³⁵. Rusya, Kırım'ı ilhakını haklı çıkarmak için Kırım halkının kendi kaderini tayin hakkına dayandığı gibi Donbass bölge halkının da iyileştirici ayrılma teorisi çerçevesinde kendi kaderini tayin hakkına sahip olduğunu ileri sürmüştür.

²⁸ Jure Vidmar, “Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice”, *St Antony's International Review*, 6/1 (2010), 37.

²⁹ Bu yönde sınırlı sayıda kararlardan biri olan Kanada Yüksek Mahkemesi söz konusu hakkın sınırlı tutulması gerektiğini belirtmenin yanında, kararında hükümete ulaşımın engellendiği toplulukların bu haktan yararlanabileceğini ima eden bir yorum ortaya koymuştur. *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217 [126], Quebec'in ayrılmasına ilişkin Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>. (E.T: 20.03.2023)

³⁰ Pazarıcı, 147.

³¹ Bkz. Roy M. Hanna, “Right to Self-Determination in In Re Secession of Quebec”, *Maryland Journal of International Law*, 23/1 (1999), 213.

³² Jorri Duursma, Fragmentation and The International Relations of Micro-States: Self Determination and Statehood, *International Comparative Law Quarterly*, 46/4, (1996), 103.

³³ Bkz. Ehtibarlı, 131.

³⁴ Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin 24 Şubat 2022 tarihli konuşmasında, “zorbalığa maruz kalan insanları koruma ve orada yaşayan milyonlarca insanın soykırımını durdurma” amacından söz ederek, Donbas Halk Cumhuriyetlerini tanıma kararının temel nedeninin bu olduğunu belirtmiştir. Putin konuşması: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>. Ancak uluslararası toplumun çoğunluğu tarafından Rusya Federasyonu'nun kararı Ukrayna'nın toprak bütünlüğü ve egemenliğinin ihlali olarak kabul edilmiştir.

³⁵ Evan M. Brewer, “To Break Free from Tyranny and Oppression”, *Vanderbilt Law Review*, 45/1 (2012), 245; Bkz. John R. Ablan, “Signal and Affirm: How the United Nations Should Articulate the Right to Remedial Secession”, *Vanderbilt Law Review*, 45/1 (2012), 211-243.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), *Burkina Faso-Mali Sınır Anlaşmazlığı* davasında *uti possidetis* ilkesine atıf yaparak kendi kaderini tayin etme hakkı bağlamında sömürge koşulları dışında önceliğinin ayrılıkçı kuralların uygulanması değil sınırların korunması olduğunu ileri sürmüştür³⁶. Bangladeş ve Kosova'nın her birinin bağlı oldukları devletlerden ayrılmaları iyileştirici ayrılma doktrinini destekleyen durumlar olarak belirtilse de bunların hiçbiri devlet uygulamasının iyileştirici ayrılmayı yasal bir hak olarak kabul ettiğini kanıtlamamaktadır³⁷. Bu nedenle, iyileştirici ayrılma doktrini yalnızca zayıf teorik temellere sahip olmakla kalmaz, aynı zamanda bu teorinin devlet uygulamasında da yeterince desteklenmediği söylenebilir.

Rusya destek verdiği Donbass bölgesinin Ukrayna'dan ayrılma durumunu kendi içinde uluslararası topluma meşru gösterme çabasıyla iyileştirici ayrılma teorisine dayansa da bu teori, insan hakları normlarının ciddi şekilde ihlal edildiği, bir halkın bağlı olduğu devlet tarafından zulme maruz bırakılması gibi “aşırılık” teşkil eden durumlarda tartışma konusu olabilmektedir. Rusya, Bölge halkının kendi topraklarında kendi dillerini konuşmak, kendi geleneklerini ve kültürlerini korumak için mücadele ettiklerini ileri sürmenin ötesinde Ukrayna güçleri tarafından korku ve soykırıma maruz kaldıklarına dayanarak tanıma kararını gerekçelendirmiştir³⁸. Rusya, bölge halkının Ukrayna Hükümeti tarafından soykırıma uğratıldığını ileri sürse de bu iddiasını kanıtlayacak hiçbir delil bulunmamaktadır. Bu sebeplerle iyileştirici ayrılma teorisi, uluslararası hukukta kabul edilmiş olsaydı dahi ayrılmanın uluslararası hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan şartların Donetsk ve Luhansk bakımından bulunmaması nedeniyle, ayrılmanın her halükarda meşru olamayacağını, Rusya'nın iyileştirici ayrılma tezinin açıkça başarısız olduğunu, bunun yanında pozitif uluslararası hukuk açısından da hukuken sonuçsuz kaldığını, bu nedenlerle Rusya'nın devlet olma kriterlerini karşılamayan bu bölgeleri tanımamasının da uluslararası hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Rusya'nın salt tanıma eylemi dahi, Ukrayna'nın içişlerine müdahaledir ve Rusya'nın Ukrayna devletinin bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne, egemenliğine saygı gösterme taahhütlerini içeren 1994 tarihli Budapeşte Muhtırası ile 2014 ve 2015 Minsk Anlaşmaları'na da aykırılık teşkil etmektedir.

³⁶ *Burkina Faso v. Republic of Mali, Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, 554, para. 20, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/69/069-19861222-JUD-01-00-EN.pdf>

³⁷ Kosova'nın 2008'de Sırbistan'dan tek taraflı bağımsızlığını ilan etmesi, durumun koşulları nedeniyle gerekli olan bir iyileştirici ayrılma biçimi olarak kendine özgü bir vaka kabul edilmektedir. Ancak bu gerekçe evrensel olarak kabul görmemiştir. Telafi edici (iyileştirici) ayrılma argümanı, Bangladeş'in Pakistan'dan (1971) bağımsızlığını ilan ettiği durumlarda ve Kuzey ve Güney Sudan'ın bölünmesinde (2011) kullanılmıştır. Bkz. Thomas W. Simon, “Remedial Secession: What The Law Should Have Done, From Katanga To Kosovo”, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40 (2011), 105-173; Vidmar, 42.

³⁸ Rusya Devlet Başkanı açıklaması için bkz. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>, (E.T: 20.03.2023); Bkz. Azizi, Sattar/ Mousa Karami, “Applicability of Remedial Secession Theory on the Recognition of Donetsk and Luhansk Oblasts' Independence”, *International Law Review*, 39/68 (2022), 141-172.

II. KUVVET KULLANMA YASAĞI BAĞLAMINDA RUSYA MÜDAHALESİ

Herhangi bir devletin diğerine karşı askeri kuvvet kullanmasının hukukiliğini değerlendirmenin başlangıç noktası, Rusya ve Ukrayna da dâhil olmak üzere 193 BM üyesi devletin tümü için bağlayıcı nitelikteki BM'nin kurucu belgesi olan BM Şartı'nın kuvvet kullanmaya ilişkin hükümleridir³⁹. BM Şartı, bir devletin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı açıkça yasaklamakta (BM Şartı, md. 2/4⁴⁰), taraf devletlere arasındaki anlaşmazlıkları barışçıl yollarla çözme yükümlülüğü yüklemektedir (BM Şartı, md. 2/3⁴¹). Bu iki ilke, modern uluslararası hukuk sisteminin temel taşlarıdır. Uluslararası teamül hukukundan *jus cogens* normuna dönüşmüş olan kuvvet kullanma yasağına BM Şartı'nda iki sınırlı istisna getirilmektedir: Bunlar, barışa yönelik bir tehdidin, barışın bozulduğunun veya saldırı eyleminin varlığının belirlenmesi halinde BM Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanmaya karar vermesi, (md. 42) ve silahlı bir saldırıya karşılık olarak bireysel veya kolektif meşru müdafaa hakkının kullanımı (md. 51). En yaygın olanı insancıl müdahale doktrini olmak üzere, madde 2/4'te yer alan kuvvet kullanma yasağının başka istisnaları⁴² olduğu ileri sürülse de bunlar tartışmalıdır ve uluslararası hukukta varlıkları konusunda fikir birliği yoktur.

BM Şartı kuvvet kullanma kavramını tanımlamasa da Rusya'nın Ukrayna topraklarında aylardır süren füze saldırılarının ve karadan, havadan, denizden yaptığı diğer tüm silahlı saldırılarının bu kavramın kapsamına girdiğine şüphe yoktur. Bu sebeple Rusya'nın eylemlerinin BM Şartı anlamında kuvvet kullanımı olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim Rusya da Ukrayna topraklarındaki askeri varlığını ve kuvvet kullanma eylemlerini inkâr etmemekte, kuvvet kullanımının uluslararası hukuka uygun olduğu noktasında uluslararası toplumu ikna etmek için çeşitli gerekçelere dayanmaktadır. Bazı gerekçelerin hukuki nitelendirmesi açıkça ifade edilmese de Rusya Devlet Başkanı Putin'in yaptığı açıklamalardan bunların neler olduğunu çıkarılabilmek mümkündür⁴³. Buna göre, Rusya'nın dayandığı hukuki gerekçeler ilk olarak, bireysel meşru müdafaa,

³⁹ Rusya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Sovyetler Birliği'nin birincil halefi olarak Aralık 1991'den itibaren Birleşmiş Milletler'in üyesidir.

⁴⁰ BM Şartı, madde 2/4: "Bütün üyeler, uluslararası ilişkilerinde, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletlerin amaçlarıyla bağdaşmayan başka herhangi bir şekilde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınacaktır.

⁴¹ BM Şartı, madde 2/3: *Tüm üyeler uluslararası nitelikteki uyumsuzluklarını uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde barışçı yollarla çözerler.*

⁴² Örneğin, demokrasi yanlısı müdahale ve kendi kaderini tayin hakkını destekleyen müdahaleler gibi. Bkz. David Wippman, Pro-democratic Action, Marc Weller (ed.) *The Oxford Handbook of The Use of Force In International Law*, (Oxford University Press, 2015), 797-815; Elizabeth Chadwick, *National Liberation In The Context Of Post- And Non-Colonial Struggles For Self-Determination*, Marc Weller (ed.) *The Oxford Handbook of The Use of Force In International Law* (Oxford University Press, 2015), 841-860.

⁴³ Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı Ofisi (24 Şubat 2022), Kremlin tarafından yayınlanan resmi İngilizce çevirisi, <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>; orijinal Rusça metin için bkz. <http://kremlin.ru/events/president/news/67843> (24 Şubat 2022).

davetle müdahale bağlamında BM Şartı'nın 51. maddesi uyarınca kolektif meşru müdafaa'dır. Ayrıca, Devlet Başkanı Putin'in yaptığı açıklamalarda "son altı yıldır Ukrayna tarafından yürütülen bir soykırımı sona erdirmeyi hedeflemek"ten söz edilmesi insancıl müdahale doktrinine de atıfta bulunulduğunu göstermektedir.

A. BİREYSEL MEŞRU MÜDAFAA GEREKÇESİ

BM Şartı'nın 51. maddesi, kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan bireysel veya kolektif meşru müdafaa hakkına yer vermektedir. Maddeye göre, *"Bu Şartın hiçbir hükmü Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu şart gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesis edilmesi için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez"*.

Bireysel meşru müdafaa, yalnızca fiili ve devam eden bir silahlı saldırıya karşı ve yalnızca bu saldırının doğrudan mağduru olan devlet tarafından yapılabilir. Ayrıca alınan önlemlerin gerekli, orantılı ve Güvenlik Konseyi'ne bildirilmiş olması gerekir. 51. maddede devletlerin meşru müdafaa hakkını kullanabilmeleri için ön koşul olarak öngörülen silahlı saldırı kavramının tanımı BM Şartı'nda yapılmamıştır. Ancak 14 Aralık 1974'te BM Genel Kurulu, saldırı teşkil edecek belirli eylemleri sıralama yöntemine dayanan bir tanımı 3314 (XXIX) sayılı Kararı ile kabul etmiştir⁴⁴. Kararın 1. maddesine göre "saldırı", bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya BM Şartı ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasını ifade etmektedir.

Rusya'nın Ukrayna topraklarına yönelik saldırıları başladığında ne Ukrayna ne de NATO tarafından Rusya'ya karşı silahlı bir saldırı olmadığı açıktır. Mevcut bir silahlı saldırının olmaması Rusya'nın gerçekleştirdiği saldırıları BM Şartı bağlamında meşru hale getirmek için farklı gerekçe arayışlarına itmektedir. Bu bağlamda, Rusya, Ukrayna'nın yakın zamanda NATO'ya katılma olasılığıyla bağlantılı olarak NATO'nun doğuya doğru genişlemesini ve askeri altyapısını Rusya sınırlarına yakınlaştırma çabalarını hızlandırmasını ve Ukrayna'nın nükleer silah edinmeye, biyolojik silah geliştirmeye çalıştığı iddiasını ileri sürerek ve bunu ülkesi açısından bir tehdit olarak gördüğünü belirterek, ilk aşamada "özel askeri operasyon" olarak nitelendirdiği saldırılarını önleyici meşru müdafaa doktrinini çerçevesinde Rusya'yı savunmak için yaptığını ileri sürmüştür⁴⁵.

⁴⁴ Definition of Aggression General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14.12.1974, <https://legal.un.org/avl/ha/da/da.html> (E.T: 20.03.2023)

⁴⁵ Rusya, BM Genel Sekreteri ve BM Güvenlik Konseyi'ne BM Şartı'nın 51. maddesine dayandığını resmen beyan etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) nezdinde de Rusya, BM Şartı'nın 51. mad-

Meşru müdafaa hakkının kullanılmasına imkân tanıyan BM Şartı'nın 51. madde metninde yer alan “silahlı saldırıya hedef olma” ifadesinin silahlı bir saldırının başlamasından sonra mı veya çok yakın bir tehlike ya da saldırı ihtimalinin varlığı halinde silahlı saldırı gerçekleşmeden meşru müdafaa amaçlı kuvvet kullanmaya imkân verir şekilde anlaşılıp anlaşılmayacağı meselesi tartışmalıdır⁴⁶.

Bu hususta, uluslararası krizlerde kuvvet kullanma bağlamında devletlerin sıkça başvurduğu doktrinler olmasına rağmen henüz gerçekleşmiş bir silahlı saldırı olmaması nedeniyle uluslararası hukuka uygunlukları tartışmalı olan ön alıcı meşru müdafaa ve önleyici meşru müdafaa kavramları bağlamında konunun ele alınması gerekir⁴⁷. Ön alıcı saldırı veya ön alıcı meşru müdafaa, bir devletin başka bir devletin saldırı hazırlığına karşı onun saldırısının dengesini bozmak, saldırıyı etkisiz hale getirmek ya da ona göre daha avantajlı duruma geçmek amacıyla gerçekleştirdiği saldırıdır. Burada belirleyici kriter, henüz gerçekleşmemiş saldırının çok yakın ve kaçınılmaz olmasıdır. Bir devletin diğer devlet sınırına doğru askeri kuvvetlerini kaydırması, lojistik ve destek unsurları dâhil sınıra doğru harekete geçmesi, savaş ilanının yapılması, savaş emrinin verilmesi ya da henüz hedef vurulmamış olsa da ateşlenen bir füzenin havalanması gibi artık saldırının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık durumlar buna örnek gösterilebilir⁴⁸. Bu durumda kaçınılmaz olan saldırı ile karşı karşıya olan devlet kendini korumak amaçlı ilk saldıran devlet olmaktadır. *Caroline* doktrini olarak da bilinen ön alıcı meşru müdafaa doktrinine göre saldırının kesin gerçekleşecek olması ilk yapılan saldırıyı meşru hale getirmektedir.

Başlamamış bir saldırıya karşı meşru müdafaa hakkından söz eden bir başka doktrin ise önleyici meşru müdafaa görüşüdür. Önleyici meşru müdafaa, gerçekleşmesinin yakın olduğuna inanılan bir saldırıyı engellemek amacıyla kuvvet kullanılmasıdır. Başlamamış ancak yakın bir silahlı saldırı ihtimaline karşı meşru müdafaa hakkının kullanılmasına ilişkin olan önleyici meşru müdafaa saldırının gerçekleşeceği ön alıcı meşru müdafaa aksine net değildir. Her ne kadar önleyici meşru müdafaa “hakkı”ndan söz edilse de böyle bir hakkın varlığına yer veren herhangi bir uluslararası belge bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukukta henüz netlik kazanmamış bir konu olmasının yanında uluslararası

desine ve uluslararası teamül hukukuna dayandığını belirterek Ukrayna'daki eylemlerini meşru müdafaa hakkı çerçevesinde haklı çıkarmaya çalışmıştır. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>

⁴⁶ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, (Ankara, Seçkin Yayınları, 6. Basım., 2021), 145.

⁴⁷ Bkz. Turgut Tarhanlı, “Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19/1 (2003), 20; Suat Dönmez, “Kuvvet Kullanma Kapsamında Ön Alıcı ve Önleyici Saldırı Kavramları”, *Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, 3/3 (2017), 11.

⁴⁸ Dönmez, 11; Denk, 237.

toplumun çoğunluğu tarafından da kabul görmemektedir⁴⁹. Yakın silahlı saldırı iddiasıyla önleyici meşru müdafaa hakkına dayanılarak gerçekleştirilen geçmişteki kuvvet kullanma örneklerinin, iddiaların daha sonradan asılsız olduğunun anlaşılması halinde kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurduğu görülmüştür⁵⁰. Bu tecrübeler uluslararası toplumun önleyici meşru müdafaa hakkına dayanılarak gerçekleşen kuvvet kullanmadan ders çıkarması gereken durumlardır⁵¹.

Kuvvet kullanma yasağı kural, meşru müdafaa hakkı ise bu kuralın istisnası niteliğindedir ve asli kuralın anlamını yitirmesine neden olmamak için istisnaların dar yorumlanması gerekir. Aksi görüş kabul edilse dahi, Rusya'nın Ukrayna'ya askeri müdahalede bulunduğu sırada ne Ukrayna ne de NATO, Rusya için acil bir tehdit oluşturmamıştır. Rusya her ne kadar Ukrayna'yı, kimyasal ve biyolojik silahlar da dâhil olmak üzere kitle imha silahları üretmekle suçlasa da Ukrayna'nın saldırıya uğramasından önce, Ukrayna'nın çok yakında Rusya'ya karşı silahlı bir saldırı başlatmak üzere olduğu fikrini destekleyecek hiçbir kanıt yoktu⁵². Bu nedenle, mevcut durum Rusya'nın saldırılarını bireysel meşru müdafaa hakkı bağlamında haklı çıkarmak için yeterli değildir. Rusya'nın çıkarlarıyla bağdaşmayan ABD dış politikasının, NATO'nun doğuya doğru genişlemesinin ve Ukrayna'nın askeri gelişiminin Rusya tarafında ileriye yönelik kaygılar doğurması haklı görülse dahi, BM Şartı bağlamında Rus devletinin varlığına ve egemenliğine yönelik açık bir tehdit olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Tüm bu durumlar göz önünde bulundurulduğunda Rusya'nın kuvvet kullanımı bakımından meşruiyet algısı yaratılması için ne ön alıcı meşru müdafaa ne de önleyici meşru müdafaa görüşlerinin dayanak olması mümkündür.

Ayrıca, uluslararası teamül hukuku uyarınca meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleşecek herhangi bir eylem hem gerekli hem de orantılı olmalıdır⁵³.

⁴⁹ Tarhanlı, 20.

⁵⁰ Aksar, 131.

⁵¹ Devlet uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda önleyici meşru müdafaa hakkı bağlamında kuvvet kullanmayı meşru sayan devletlerin başında Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve İsrail gelmektedir. 1981 İsrail'in İran saldırısı, ABD'nin 2003'te Bush Doktrini olarak da isimlendirilen önleyici meşru müdafaa doktrinine dayandırılan Irak'a yönelik saldırıları geçmiş örnekler olarak sayılabilir. Bkz. Christine Gray, "The US National Security Strategy and the New Bush Doctrine on Preemptive Self-defense", *The Chinese Journal of International Law*, 1/2 (2002), 437; Paul F. Diehl vd., "The Bush Doctrine and the Use of Force: Reflections on Rule Construction and Application", *The Loyola University Chicago International Law Review*, 9/1 (2011), 71.

⁵² Rusya 11 Mart 2022'de BM Güvenlik Konseyi'nde, Ukrayna'nın ABD ve NATO tarafından finanse edilen yaklaşık 30 biyolojik silah geliştirme tesisine ev sahipliği yaptığını, silah üretimi için gizli tesisler olduğunu iddia etmiş ancak bunu destekleyecek herhangi bir kanıt ortaya koyamamıştır. Rusya'nın bu iddiaları BM'ye sunduğu aynı toplantıda, Silahsızlanma İşleri Yüksek Temsilcisi, bu tür herhangi bir biyolojik silah programının var olduğuna BM'nin inanması için hiçbir nedeni olmadığını belirtmiştir. Açıklama için (Briefing by Izumi Nakamitsu, Under-Secretary-General and High Representative for Disarmament Affairs, on Ukraine.) bkz. <https://media.un.org/en/asset/k1n/k1nwy2r7os> (E.T: 20.03.2023)

⁵³ Christopher O'Meara, *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law* (Oxford University Press, 2020); Mary Ellen O'Connell, "The Limited Necessity of

Savaş araç ve yöntemlerinin sivillere yönelik kasıtlı bir silahlı saldırı için kullanılmasını veya sağlanmak istenen askeri avantaja kıyasla aşırı olacak şekilde, kazara sivil can kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil nesnelerin hasar görmesine neden olması muhtemel olan askeri hedeflere yönelik saldırıların gerçekleştirilmemesine yönelik bir silahlı çatışmalar hukuku ilkesi⁵⁴ olan orantılılık ilkesine göre, meşru müdafaa hakkının doğması halinde dahi gerçekleştirilecek saldırının kendisine yönelik silahlı saldırının bertaraf edilmesiyle sınırlı olması gerekmektedir. Bu nedenle ancak başlamış ve devam eden bir silahlı saldırıyı bertaraf etmek için silahlı kuvvet kullanarak karşılık verilmesinden söz edilebilecektir. Bir başka ifadeyle gelecekte olması muhtemel bir silahlı saldırının bertarafı amacıyla kuvvet kullanımı söz konusu olamayacaktır⁵⁵. Orantılılık ilkesi, savaşan tarafların saldırıları düşmana zarar vermek için sınırsız bir araç seçeneği olarak kullanmasını engellemeye ve sağlanmak istenen askeri avantaj ile siviller ve sivil nesnelere açısından ortaya çıkabilecek zarar arasında denge kurulmasına yöneliktir⁵⁶. Bu bakımdan Rusya'ya yönelik herhangi bir silahlı saldırı gerçekleşmeden Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırıları meşru müdafaa amacını aşan, orantısız, aşırı, cezalandırma amacı taşıyan bir uluslararası hukuk ihlali niteliğindedir ve ilk saldıran devlet olarak Rusya'nın uluslararası hukukta dayanaktan yoksun bu saldırı fiilleri, Ukrayna'nın mevcut uluslararası hukuk kurallarına göre bireysel meşru müdafaa hakkını kullanmasına olanak tanımaktadır.

B. DAVETLE MÜDAHALE VE KOLEKTİF MEŞRU MÜDAFAA GEREKÇESİ

Rusya Devlet Başkanı Putin'in Donbass'taki duruma ilişkin, “*Orada yaşayan ve Rusya'ya umut bağlamış milyonlarca insanın bu zulmünü, bu soykırımını hepimizin durdurması gerekiyordu. (...) Donbass Halk Cumhuriyetleri Rusya'dan yardım istedi.*” şeklindeki açıklaması Ukrayna'ya müdahalesinin hukuki gerekçesi bağlamında davetle müdahale, kolektif meşru müdafaa ve insancıl müdahale kavramlarını gündeme getirmektedir⁵⁷.

Resort to Force”, Dale Stephens and Paul Babie (edts.), *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam* (University of Adelaide Press, 2016), 37; Sina Etezazian, “The Nature of the Self-Defence Proportionality Requirement”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 3/2 (2016), 260; David Kretzmer, The Inherent Right of Self-Defence and Proportionality in Jus ad Bellum, *European Journal of International Law*, 24/1 (2013), 235.

⁵⁴ 1977 tarihli 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Birinci Protokol'ün (Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol) 51. maddesinde sivillerin korunmasına yönelik bu tür saldırıların yasaklandığı açıkça belirtilmiştir.

⁵⁵ Denk, 236.

⁵⁶ Gökhan Güneysu, “Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 4/14 (2003), 453.

⁵⁷ Rusya, Irak ve Suriye'de ABD de dâhil olmak üzere diğer devletlerin dayandığı kuvvet kullanımı gerekçesi olan “davet yoluyla müdahale” gerekçesine dayanmak istemiştir.

Bir devletin silahlı saldırıya uğraması halinde bu saldırıya karşı kendini müdafaa etmekte zorlanması veya tek başına mücadele etmek istememesi, bu nedenle başka bir devleti yardıma davet etmesi halinde söz konusu devleti koruma ve saldırıyı defetme amaçlı diğer devletler tarafından askeri güç kullanımı olarak tanımlanabilecek olan davet yoluyla müdahale, BM Şartı'nda açıkça belirtilmese de uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmanın tanınmış bir şekli olarak kabul edilir⁵⁸. Ancak bununla birlikte kavramın tam tanımı, kapsamı ve kriterleri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁹. Bu tür durumlarda kolektif meşru müdafaa mı davetle müdahale kavramının mı hukuki olarak tercih edilmesinin doğru olacağı net olmamakla birlikte, bu iki kavramın birbiriyle çok yakından ilgili olduğuna şüphe yoktur⁶⁰. En genel ifadeyle, davetle müdahale, bir devletin hükümetinin, kendi ülkesindeki bir iç silahlı çatışmaya müdahale etmesi için yabancı bir devletten yardım talep etmesi üzerine, yabancı devletin askeri birliklerinin ilgili devlet ülkesine müdahalesi olarak tanımlanabilir⁶¹.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2011 yılında davet yoluyla müdahalenin tanımını, kapsamını ortaya koymaya çalışan Komisyon kararında⁶², askeri yardımın amacını, “talepte bulunan devlete, insan haklarına ve temel özgürlüklere tam saygı gösterecek, topraklarındaki devlet dışı aktörlere veya bireylere karşı mücadelesinde yardımcı olmak” şeklinde ifade etmektedir⁶³. Bazı yazarlara göre, davetle müdahale, kuvvet kullanma yasağının BM Şartı dışındaki istisnalarından biri olarak ifade edilirken, bazı yazarlara göre ise, davetle müdahale bağlamında kuvvet kullanılması, madde 2/4 için bir istisna teşkil etmemektedir⁶⁴. İkinci görüşü savunanlara göre, ilgili devletin hükü-

⁵⁸ Louise Doswald-Beck, “The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government”, *British Yearbook of International Law*, 56/1 (1985), 189; Olivier Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart Publishing, 2010), 253; Karine Bannelier, “Theodore Christakis, “Under the UN Security Council’s Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict”, *Leiden Journal of International Law*, 26/4 (2013), 855, 860; Gregory H Fox, “Intervention by Invitation”, Marc Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2015), 816; Laura Visser, “Intervention By Invitation and Collective Self-Defence: Two Sides of The Same Coin?”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 7/2 (2020), 292.

⁵⁹ Örneğin bir devlet içinde kimin rızasının meşru kabul edileceği ve bir iç savaş sırasında böyle bir müdahalenin mümkün olup olmadığı sorunu gibi. Konuyla ilgili bkz. Visser, 294

⁶⁰ Visser, 293.

⁶¹ George Nolte, “Intervention by Invitation”, *Max Plack Encyclopedia of Public International Law*, 2010, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1702?prd=EPIL> (E.T: 20.03.2023)

⁶² “Talep üzerine askeri yardım” şeklinde ifade edilen durumun, bir devletin talebi üzerine diğer bir devlete silahlı kuvvetler göndermesi yoluyla doğrudan askeri yardım anlamına geldiği ifade edilmektedir.

⁶³ Institut de Droit International (IDI) Resolution Session of Rhodes 2011, Tenth Commission, ‘Present Problems of the Use of Force in International Law-Sub-Group C-Military Assistance on Request’, md. 2/2, Raportör: M. Gerhard Hafner, https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2011_rhodes_10_C_en.pdf (E.T: 20.03.2023).

⁶⁴ Bu sonuç kuvvet kullanma yasağının geniş yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Aksar, *Uluslararası Hukuk-II*, s.138; İkinci görüşü benimseyen bazı yazarlar, BM Şartı'nın üye devletlere açıkça uluslararası

metince yapılan davet (askeri yardım talebi), BM Şartı'nın 2/4. maddesinde korunan devletin toprak bütünlüğünü veya siyasi bağımsızlığını desteklemek ve güçlendirmek için verildiğinden kuvvet kullanma yasağının dışında kalmaktadır⁶⁵.

Uluslararası hukuk, egemen bir devletin meşru hükümetinin, müdahale uluslararası hukukun herhangi bir emredici kuralıyla veya herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla çelişmediği sürece, kendi topraklarında devlet dışı bir varlığa karşı bir askeri müdahaleye davet etme veya buna rıza gösterme yetkisini tanır. Bu tür rızaya dayalı müdahalenin yasal dayanağı, devletin egemenliği ve buna bağlı olarak kendi toprakları üzerindeki otoritesidir.

BM Şartı'nın 51. maddesinde meşru müdafaa hakkının bireysel ya da kolektif (ortaklaşa) şekilde kullanılabilmesi açıkça belirtilmiştir⁶⁶. Kolektif meşru müdafaa, BM üyesi bir devletin hukuka aykırı bir silahlı saldırıya maruz kalması durumunda kendisini savunmasına başka bir üye devletin yardım etmesini ya da savunma hakkını diğer devletlerle birlikte kullanmasını ifade etmektedir⁶⁷.

Ayrıca, uluslararası hukuk, egemen bir devletin meşru hükümetine, müdahale uluslararası hukukun herhangi bir emredici kuralıyla veya herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla çelişmediği sürece, kendi topraklarında devlet dışı bir varlığa karşı başka bir devleti askeri bir müdahaleye davet etme veya buna rıza gösterme yetkisini tanır. Askeri müdahale talebi, müdahale edecek devletin, talepte bulunan devletin meşru müdafaa için kuvvete başvurma hakkının hukuki dayanağını bağımsız olarak değerlendirmesini gerektirir. Bu nedenle müdahale edecek devlet, bu değerlendirmeyi yapmadan talepte bulunan devletten açık bir talep alsa dahi müdahale edemez.

Bireysel meşru müdafaa için gerekli olan tüm şartlar, kolektif meşru müdafaa için de geçerlidir⁶⁸. Yalnızca fiili ve devam eden bir silahlı saldırıya karşı, saldırıyı

ilişkilerde herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmaktan kaçınma yükümlülüğünü yükleyen 2/4. maddesinden, kuvvet kullanımının devletlerin toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına aykırı olmaması koşuluyla yasal olarak kabul edilebileceği sonucunun mantıksal olarak çıkarılabileceğini ileri sürmektedir. Bu açıdan bakıldığında davetle müdahale bağlamında kullanılan kuvvet, o devletin toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığının bir yansıması olarak görülmekte ve hukuka uygun kabul edilmektedir. John A. Perkins, "The Right of Counterintervention", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 17/2 (1986), 183; Max Byrne, "Consent and the use of force: an examination of 'intervention by invitation' as a basis for US drone strikes in Pakistan, Somalia and Yemen", *Journal on the Use of Force and International Law*, 3/1 (2016), 99.

⁶⁵ Christopher Le Mon, "Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested", *International Law and Politics*, 35 (2003), 753; David Wippman, "Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent", *Duke Journal of Comparative International Law*, 7 (1996), 212.

⁶⁶ Aksar, 147; Erdem Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku-Birleşmiş Milletler Sistemi* (Ankara, Siyasal Kitabevi, 2015), 238.

⁶⁷ Denk, 238.

⁶⁸ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press, 6th edition, 2017), 317, 320.

defetmek için gerekli ve saldırı ile orantılı olmak ve yine Güvenlik Konseyi'ne bildirimde bulunmak koşuluyla kolektif meşru müdafaa hakkı kullanılabilir. Saldırının doğrudan mağduru olan devlet, saldırıya uğradığını açıkça beyan etmeli ve diğer devletlerden askeri destek istemelidir⁶⁹. Ayrıca, her ne kadar müşterek güvenlik kaygısı taşıyan devletler aralarında oluşturdukları askeri ittifak örgütleri bünyesinde kolektif meşru müdafaa yoluna gidebilseler de örgüt düzenlemelerinde öngörülen bu hakkın da BM Güvenlik Konseyi kararı ve yetkisi çerçevesinde kullanılması mümkündür.

Nikaragua davası, davetle müdahale ve kolektif meşru müdafaa savunmasının varlığını sınırladığı için Rusya-Ukrayna durumuyla yakından ilgilidir. Bu davada UAD, “bir devlet hükümetinin talebi üzerine zaten izin verilen müdahaleye, muhalefetin talebi üzerine de izin verilirse, uluslararası hukukta müdahale etmeme ilkesinden geriye ne kalacağını görmek zordur” ifadelerini kullanarak sadece bir devletin hükümetinin talepte bulunma olasılığını açıkça kabul etmiştir⁷⁰. Bir başka ifadeyle, Divan'a göre davet yoluyla müdahale, davet muhalefetten/muhalif gruplardan değil, iktidardan yani devleti temsile yetkili hükümetten geldiği sürece hukukidir.

UAD Nikaragua davasında verdiği kararla, sadece bir devlet içindeki bir muhalif grubun yardım talebine dayanarak davetle müdahale yoluna başvurulamayacağına açıklık getirmiştir. Müdahaleye, muhalif grubun talebi üzerine izin verilirse, müdahale etmeme kuralının uluslararası hukukta anlamını yitireceği aşikârdır. Aksinin kabulü ister yönetimin ister muhalefetin talebi üzerine, herhangi bir devletin herhangi bir zamanda, başka bir devletin iç işlerine müdahale etmesine izin verecektir. UAD verdiği kararda, böyle bir yorumun uluslararası hukukun mevcut konumuyla tutarlı olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle daha önce uygulamada sıklıkla başvuru olan davetle müdahalenin uygulanabilmesi için davette bulunan varlığın devletin meşru hükümeti olması gereklidir⁷¹.

⁶⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (1986) ICJ Rep 14, para. 195; James A Green, The “Additional” Criteria for Collective Self-Defence: Request but not Declaration, *Journal on the Use of Force and International Law*, 4/1 (2017), 4; Dino Kritsiotis, “A Study of the Scope and Operation of the Rights of Individual and Collective Self-Defence under International Law”, Nigel D. White/Christian Henderson (ed.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus Post Bellum*, (Edward Elgar Publishing, 2013), 170; Sir Michael Wood, “Self-Defence and Collective Security: Key Distinctions”, Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2015), 649, 654.

⁷⁰ *Nicaragua case*, para. 246, Burada Divan, hükümetin talebine dayalı bir müdahalenin ayrıksız teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Ayrıca UAD, davada, Nikaragua'nın başka devletlere herhangi bir askeri müdahalesinin olmadığına, davada adı geçen devletlerin silahlı saldırıya muhatap kalmadığına ve ayrıca Nikaragua'ya müdahalede bulunan Amerika Birleşik Devletleri'ne herhangi bir yardım talebinin söz konusu olmadığına dayanarak kolektif meşru müdafaa kriterlerinin Nikaragua olayında gerçekleşmediğine karar vermiştir.; Wippman, *Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent*, 214.

⁷¹ Bir davetle müdahale örneği olarak bkz. Yasin Öztürk, *Syria Operation Of Russia In Context Of Intervention By Invitation*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/44 (2021), 191-203.

Davetle müdahale ve kolektif meşru müdafanın Rusya'nın eylemlerine bir gerekçe teşkil edip edemeyeceği, Donetsk ve Luhansk'ın uluslararası hukuk kapsamında devlet olarak kabul edilip edilmediğine ve devlet olarak kabul edilse dahi Ukrayna'nın onlara saldırıp saldırmadığına bağlıdır. Her ne kadar 1933 Montevideo Sözleşmesinde, bir devletin varlığından söz edilebilmesi için sürekli bir insan topluluğu, belirlenmiş bir toprak parçası, siyasi otorite (hükümet) ve diğer devletler ile ilişki kurabilme yeterliliği⁷² şeklinde dört kriterin karşılanması gerektiği belirtilmiş olsa da genel kabul bir devletin varlığından söz edilebilmesi için ilk üç unsurun varlığının yeterli olduğu yönündedir. Diğer devletlerle ilişki kurabilme yeterliliği bir devletin kurucu unsuru olmaktan ziyade devletin varlığının bir sonucudur ve tanınması ile ilgilidir. “Devletin siyasi varlığı diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır” diye devam eden aynı Sözleşmenin 3. maddesi, söz konusu unsurun devletin varlığı ile ilgili olmadığı şeklinde yorumlanabilir.

Rusya'nın Ukrayna'ya askeri müdahalede bulunmasıyla ilgili kolektif meşru müdafaa veya davetle müdahale gerekçesi, Ukrayna'nın Donbas bölgesindeki ayrılıkçı iki bölgeyi (Donetsk ve Luhansk) egemen devletler olarak tanımasına dayanmaktadır. Bir başka ifadeyle, Rusya meşruiyet gerekçesi olarak, uluslararası toplumun neredeyse tamamına yakını tarafından tanınması reddedilen⁷³ sözde Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyetlerinin yardım talebine karşılık kuvvet kullandığını ileri sürmektedir⁷⁴. Ancak yasal olarak Ukrayna devletinin bir parçasını oluşturan Donbas bölgesinde bağımsızlığını ilan eden bu topluluklar, self determinasyon başlığı altında yapılan açıklamalara paralel olarak hukuken devlet sayılmadığından askeri müdahaleye davet etme veya buna rıza gösterme yetkileri bulunmamaktadır. Rusya tarafından tanınmış olmaları onları egemen devletler haline getirmemektedir⁷⁵. Bu sebeplerle Donetsk ve Luhansk'taki ayrılıkçı oluşumların liderlerinin rızasının Rusya'nın müdahalesini meşrulaştırıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

Diğer yandan, davetle müdahale için aranan tüm şartların olayda var olduğunun varsayılması halinde dahi yapılan müdahalenin yine orantılılık ilkesine uygun olması gerekirdi. Bir başka ifadeyle, söz konusu bölgelerin bağımsızlığının uluslararası hukuka uygun ve dolayısıyla “devlet” olarak varlıklarının kabul edilmesi ve askeri yardıma yönelik rızalarının hukuken geçerli sayılması halinde dahi Rusya'nın eylemlerinin davetle müdahale çerçevesinde meşru görülmesi

⁷² Ezeli Azarkan, Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15/4 (2016), 1063.

⁷³ Ayrılıkçı cumhuriyetler, Rusya dışında sadece Suriye, Güney Osetya, Kuzey Kore ve Abhazya tarafından tanınmıştır.

⁷⁴ Uluslararası toplumun büyük çoğunluğu bu iki topluluğu Ukrayna'nın bir parçası olarak görmektedir ve bağımsızlığını ilan eden iki sözde cumhuriyet diğer egemen devletlerin tanınmasından yoksundur.

⁷⁵ Hükümetin tanınması ve davetle müdahale arasındaki ilişki hakkında bkz. Le Mon, 753.

imkânı bulunmamaktadır. Çünkü davetle müdahale de bir kuvvet kullanma şekli olduğundan gereklilik ve orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Oysa Rusya sadece söz konusu Donbass bölgesine değil Ukrayna'nın geri kalan topraklarına da ağır silahlı saldırılar gerçekleştirerek amacı aşan aşırı güç kullanımıyla uluslararası hukuku ihlal etmiştir⁷⁶.

C. İNSANCIL MÜDAHALE GEREKÇESİ

Rusya Devlet Başkanı Putin'in, Ukrayna Hükümetinin Donbass bölgesinde yaşayan vatandaşlarına özellikle Rus etnik kökenli bireylere yönelik soykırım suçunu işlediği ve soykırıma maruz kalan insanları korumak için insani gerekçelerle Ukrayna topraklarında askeri müdahalede bulunduğu iddiası insancıl müdahaleye dayalı kuvvet kullanımını gerekçesine atf niteliğindedir.

İnsancıl müdahale, bir devletin (veya bir devletler grubunun) kendi vatandaşları dışındaki bireylere yönelik yaygın ve ağır insan hakları ihlallerini sona erdirmeye amacıyla bireylerin tabi olduğu devletin izni olmaksızın bu eylemlerden sorumlu devlete yönelik askeri kuvvet kullanması veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmasıdır⁷⁷. İnsancıl müdahale, bu çerçevede bir devlet, devletler topluluğu veya uluslararası örgüt tarafından gerçekleştirilebilen bir silahlı kuvvet kullanımını ifade etmektedir⁷⁸. İnsancıl amaçlı kuvvet kullanılmasında amaç, soykırım, savaş suçları, etnik temizlik, insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçların işlenmesine son vermek ve önlemektir. Bu hususta belirtilmesi gereken önemli noktalar, müdahale eden devletin kendi vatandaşlarını koruma veya kurtarma amacını taşımaması ve müdahale edilecek devletin askeri yardım talebi olmadığı gibi, müdahalede bulunan devletin BM Güvenlik Konseyi tarafından herhangi bir şekilde yetkilendirilmemiş olmasıdır⁷⁹. Tek taraflı insani müdahale lehine olan argümanın temeli, uluslararası toplumun bir bütün olarak hareket etmesi, BM Güvenlik Konseyinde veto yetkisine sahip olan “bencil” veya “sorumsuz” devlet-

⁷⁶ Uluslararası Adalet Divanı geçidi tedbirler kararında Rusya Federasyonu'nun özel askeri operasyon adı altında başlattığı saldırıların çok sayıda sivilin ölümüne, yaralanmasına neden olduğunu, binaların ve alt yapının yıkılması da dâhil önemli maddi hasara neden olduğunu, birçok kişinin en temel gıda maddelerine, temel ilaçlara, içme suyuna, elektriğe veya ısınmaya erişimini ortadan kaldırdığını ve çok sayıda insanın ülkesini terk etmek zorunda bırakılmasına neden olduğunu belirtmiştir. *Ukraine v. Russia, ICJ, Order*, para. 75.

⁷⁷ Sercan Reçber, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu* (İstanbul, Oniki, Levha Yayınları, 2016), 67; Aksar, 148; J. L. Holzgrefe, “The Humanitarian Intervention Debate”, ed. Holzgrefe, J.L-Keohane, R. O. Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas (Cambridge University Press, 2003), 18.

⁷⁸ Reçber, 67.

⁷⁹ Bu husus insancıl müdahaleyi koruma sorumluluğundan ayıran noktadır. Aynı amaçlarla benzer şekilde kuvvet kullanılmasını öngören koruma sorumluluğu doktrini bir devletin ancak BM Şartı çerçevesinde (BM Güvenlik Konseyinin kararıyla) yetkilendirilmesi şartıyla insancıl müdahalede bulunmasına ilişkindir.

ler tarafından engellendiğinden, bir devletin veya devletler topluluğunun, zulmü durdurmak veya barışı yeniden sağlamak için uluslararası toplum adına hareket etmek zorunda olması düşüncesine dayanmaktadır⁸⁰. Geçmişte birçok örneği bulunmakla birlikte⁸¹ devletlerin keyfi ve kötü niyetli askeri müdahalelerine kapı açabileceğinden insancıl müdahalenin meşruluğu günümüzde hala tartışmalıdır⁸² ve devlet uygulamasında da yeterince desteklenmemektedir.

Rusya, Ukrayna'ya yönelik askeri müdahalesini insancıl müdahale gerekçesiyle uluslararası hukuk çerçevesinde gerçekleştirdiği konusunda uluslararası toplumu ikna etmeye çalışırken ABD ve müttefiklerinin uluslararası hukukta dayanağı tartışmalı olan daha önceki askeri müdahalelerini emsal göstermiştir. Özellikle, NATO'nun insani gerekçelerle Sırbistan'a müdahalesi (1999), Rusya'nın 2014'te Kırım'ın ilhakına, 2008'de Güney Osetya'yı işgaline kadar uzanan benzer argümanlara başvurması için zemin hazırlamıştır. Kosova Savaşı'ndan uluslararası hukukun ihlali olarak söz etmesine ve dolayısıyla Batılı devletlerin dayandığı insancıl müdahale doktrinine geçmişte ısrarlı bir şekilde muhalefet etmesine rağmen, NATO'nun Sırbistan müdahalesi bir çelişki yaratacak şekilde Rusya için Ukrayna saldırısında bir dayanak olmuştur⁸³.

Sırbistan yönetimi tarafından Kosova'daki Arnavutlara yönelik gerçekleşen ağır insancıl hukuk ihlallerini BM'nin sona erdirmeye yeterli olamayışı, barış müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanması, ateşkes antlaşmalarının çok sayıda ihlali 1999'da NATO'nun Sırbistan'a müdahale gerçekleştirme kararı almasına neden olmuştur. NATO'nun bu müdahalesi, herhangi bir BM Güvenlik Konseyine dayanmaması ve BM Şartı'nda yer alan kuvvet kullanma yasağının istisnalarından birini oluşturan durumların taşınması gereken koşulların var olmaması yanında Sırların Arnavutla-

⁸⁰ Robert Knox, "Civilizing Interventions? Race, War and International Law", *Cambridge Review of International Affairs*, 26/1 (2013), 126.

⁸¹ Irak (1991)-ABD önderliğindeki koalisyon birlikleri tarafından etnik Kürtlere insani yardım sağlanması ve Irak hava kuvvetlerinin saldırısını önlemek için uçuşa yasak bölge oluşturulmasına yönelik operasyonu, ABD ve BM'nin, Güney Somali'de uluslararası insani yardımın ulaştırılmasını sağlamak için gerçekleştirdiği askeri müdahale (1992), isyancı güçler tarafından işlenen ağır insan hakları ihlallerinden sivilleri korumak için BM barışı koruma güçlerini desteklemek üzere Sierra Leone'da Birleşik Krallık birliklerinin konuşlandırılması (2000), Afrika Birliği'nin, Sudan'ın Darfur Bölgesinde sivilleri, özellikle de mülteci kamplarındakileri korumak için barışı koruma birlikleri konuşlandırması (2004) geçmişteki insani müdahale örneklerinden sadece bazılarıdır.

⁸² BM Şartı'nın kuvvet kullanma yasağını düzenleyen 2/4. maddesi ve taraf devletlere iç işlerine müdahale etmeme yükümlülüğü yükleyen 2/7. maddesi esasında insancıl müdahaleyle ilişkin tartışmalara nokta koyabilecek kadar açıkken, az sayıda uluslararası hukuk akademisyeni, insancıl müdahaleyi BM'nin *jus ad bellum* rejimiyle uzlaştırmayı amaçlayan çeşitli argümanlar ileri sürmektedirler. Bkz. Holzgrefe, 39 vd.

⁸³ Rusya'nın o dönemde NATO müdahalesine karşı siyasi tutumu hakkında bkz. Muhamed Jashari, *The Position of Russian Diplomacy toward the Kosovo Issue (1998-1999)*, *Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 7 (2022).

ra yönelik işlediği “etnik temizlik” fiillerine son verme ve önleme amaçlı yapıldığı iddia edilmesine rağmen bu müdahalenin bombalamalar sonucu birçok sivilin hayatını kaybetmesine neden olması, bir başka ifadeyle orantılılık ilkesine aykırı hareket edilmesi nedenleriyle meşruluğu tartışılan bir konu olmuştur. Ayrıca bu müdahalenin ardından Kosova’nın önce Sırbistan’ın egemenlik alanından çıkarılmasıyla BM idaresine alınması ve ardından bağımsızlığını ilan etmesiyle yeni bir devlet oluşumu NATO müdahalesinin amacının da sorgulanmasına neden olmuştur⁸⁴.

Rus Hükümetinin Ukrayna saldırısının meşruluğunu savunmak için dayandığı insani müdahale doktrini, NATO’nun Kosova’daki askeri operasyonundan önce Birleşik Krallık tarafından dile getirilmiş ve daha sonra ABD’li ve Avrupalı akademisyenler tarafından desteklenmiştir⁸⁵. NATO müdahalesi, ulusal egemenlik ilkesini ihlal etse de insani bir müdahale ve dolayısıyla insanların hayatlarını kurtarma eylemi olarak ABD tarafından meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. BM Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından 1999’da devletlerin egemenliğine ve içişlerine müdahale edilmeme ilkesi ile ağır insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik uluslararası toplumun sorumluluğu arasında ikilem yaratan bu durumun emsal teşkil etmesinin tehlikesine vurgu yapılması, koruma sorumluluğu kavramının tartışılmasına neden olmuştur⁸⁶. 2005 Dünya Zirvesi Sonuç Bildirgesi’nde “koruma sorumluluğu” kavramına yer verilmiş ve bu kapsamında Güvenlik Konseyi aracılığıyla kuvvet kullanmaya izin verilmesi öngörülmüştür⁸⁷. Yaygın görüş de bir devletin vatandaşlarının uluslararası insancıl hukukun ciddi ve ağır ihlallerine maruz kalmasını önlemek amacıyla yabancı devletlerin askeri bir müdahalede bulunabilmesi için Güvenlik Konseyi’nin izninin gerekli olduğudur⁸⁸.

Bazıları, madde 2/4’ün insani amaçlar için kuvvet kullanımını yasaklamadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini savunsa da BM Şartı’nın 2/4. maddesinde yer alan kuvvet kullanma yasağına mevcut istisnalar dışında bir istisna oluşturmak için yeterli

⁸⁴ Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (İstanbul, Derin Yayınları, 2015), 298; Füsün Arsava, “Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/1 (2011), 105.

⁸⁵ Anastasiya Kotova-Ntina Tzouvala, In Defense Of Comparisons: Russia and The Transmutations Of Imperialism In International Law, *American Journal of International Law*, 116/4 (2022), 714; Robert Knox, “Civilizing Interventions? Race, War and International Law”, *Cambridge Review of International Affairs*, 26/1 (2013), 126.

⁸⁶ Reçber, 216.

⁸⁷ 2005 Dünya Zirvesi Sonuç Bildirgesinde geçen “Koruma Sorumluluğu” kavramı hükümetlere sivil halkı “soykırım”, “insanlığa karşı işlenen suçlar”, “etnik temizlik” ve “savaş suçlarına” karşı koruma sorumluluğu getirmiştir. Bu çerçevede yapılan ilk askeri operasyon ise NATO’nun BM Güvenlik Konseyi’nin 1970 ve 1973 (2011) sayılı kararlarıyla Libya’ya müdahalesi olmuştur. S/RES/1973 (2011), Resolution on Imposes additional measures in connection with the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, 17 March 2011, S/RES/1970 (2011), Resolution on Imposes an arms embargo, a travel ban and an assets freeze in connection with the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, 26 February 2011.

⁸⁸ Koruma Sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reçber, 187 vd.

devlet uygulaması ve hukuk görüşü bulunmamaktadır⁸⁹. Şu ana kadar yaşanandan çok daha fazla uygulama olsaydı dahi, bu durum, madde 2/4'te bulunan yasağı etkilemezdi. İnsani müdahaleye izin veren bir uluslararası teamül kuralının var olduğu gösterilebilse dahi-ki mevcut uygulamaya bakıldığında böyle bir istisnanın ortaya çıktığını gösterecek yeterli devlet uygulaması ve hukuk görüşü bulunmamaktadır-, neredeyse tüm BM üyeleri Şart'ın VII. Bölümü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyinin yetkilendirdiği durumlar ve meşru müdafaa durumu dışında kuvvet kullanmama konusunda anlaşma yükümlülüklerine tabi olacaktır⁹⁰. İnsancıl müdahaleye izin veren herhangi bir kural, Şart'ın kuvvet kullanma yasağına ve bir *jus cogens* normuna yeni bir istisna oluşturacağından, bu değişiklik yalnızca teamül temelinde gerçekleşemez⁹¹. Kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* statüsüne sahip olması, bu kuralın ancak aynı nitelikteki başka bir norm tarafından değiştirilebileceği anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle, bu yönde yeni bir teamül kuralının belirlenmesi için yalnızca devlet uygulaması ve *opinio juris* gerekliliklerinin karşılandığının gösterilmesi yeterli değildir, uluslararası devletler topluluğunun bir bütün olarak *jus cogens* normunun artık bu tür güç kullanımlarını yasaklamadığını kabul etmesi ve kanıtlaması da gerekir. Uluslararası toplumun çoğunluğunun itiraz ettiği bir ortamda ise bunun gerçekleşmediği açıktır.

Kuvvet kullanma ve iç işlerine müdahale yasağından ötürü BM Şartı'nın kurduğu sisteme göre yetkisiz insani müdahalenin yasak olması, devletlerin kendi vatandaşlarına istedikleri gibi davranmakta özgür oldukları anlamına elbette gelmemektedir. Aksine, çoğu devlet, egemenliği altındaki bireylerin insan haklarına saygı göstermeyi yasal olarak zorunlu kılan sözleşmelere taraf olmaktadır. Bunlardan biri de hem Ukrayna'nın hem de Rusya'nın tarafı olduğu 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmedir. Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, soykırımı “ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek kasıtlı işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri” olarak tanımlamaktadır:

“Grubun üyelerini öldürmek, grubun üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek, grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacağı hesaplanan yaşam koşullarını kasıtlı olarak uygulamak, grup içinde doğumları önlemeye yönelik önlemler almak ve grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek⁹².”

⁸⁹ Dapo Akande-Katie A. Johnston, “Implications of the Diversity of the Rules on the Use of Force for Change in the Law”, *The European Journal of International Law*, 32/2 (2021), 689.

⁹⁰ Akande-Johnston, 689.

⁹¹ Akande-Johnston, 679

⁹² “Yok etmek”, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Prosecutor - *Radislav Krstic davasında* tanımlandığı gibi, bir insan grubunu kalıcı olarak yok etme veya sakat bırakma niyetiyle gerçekleştirilen eylemler olarak anlaşılır. *Prosecutor v. Radislav Krstic, Case No. IT-98-33, Judgement, 490-503 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2 August 2002).*

26 Şubat 2022 tarihinde, Ukrayna, UAD'ye Rusya Federasyonu aleyhine 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin yorumlanması, uygulanması ve yerine getirilmesi ile ilgili bir başvuruda bulunmuştur⁹³. Ukrayna, başvurusunda Sözleşmedeki hiçbir hükmün, Rusya Federasyonu'na, Sözleşmenin 1. maddesi kapsamındaki soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirme aracı olarak Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanma yetkisi vermediğini belirtmiştir. Ukrayna, Sözleşmenin amacına uygun olarak Rusya Federasyonu'nun Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olduğunu ve Rusya Federasyonu'nun Sözleşmede öngörülen hak ve görevleri kötüye kullandığını, “özel askeri hareketinin” soykırımı önleme ve cezalandırma görevi “kisvesi altında” girilen bir saldırı olduğunu belirtmektedir⁹⁴. Bu bağlamda başvuru, Rusya Federasyonu'nun 24 Şubat 2022 tarihinde ilan ettiği ve sonrasında gerçekleştirdiği “özel askeri harekât” adını verdiği eylemlerinin asılsız bir soykırım iddiasına dayandığının ve bu nedenle Rusya'nın eylemlerinin Soykırım Sözleşmesi'nde hiçbir dayanağı bulunmadığının karara bağlanmasına yöneliktir.

UAD, Ukrayna'nın başvurusu üzerine 16 Mart 2022 tarihli geçici tedbirler kararında, Divan soykırımı önleme görevini yerine getirirken Sözleşme kapsamında açılan önceki bir davada⁹⁵ belirtildiği “her devletin ancak uluslararası hukukun izin verdiği sınırlar içinde hareket edebileceği”ne yönelik görüşünü yinelese de⁹⁶, şu ifadeleri kullanmıştır:

“Divan, başvuruçunun iddiaları hakkında ancak dava esasa inerse karar verebilir. Yargılamanın bu aşamasında, Mahkeme'nin Rusya Federasyonu'nun Ukrayna topraklarında soykırım yapıldığına dair iddiasını doğrulayacak kanıtlara sahip olmadığını gözlemlemek yeterlidir. Ayrıca, Sözleşme'nin, amacı ışığında, bir Sözleşmecî tarafın, iddia edilen bir soykırımı önlemek veya cezalandırmak amacıyla başka bir devletin topraklarında tek taraflı güç kullanmasına izin verdiği şüphelidir”⁹⁷.

⁹³ “Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması” başlıklı 9. maddesine göre, “Sözleşmecî devletler arasında, bu Sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fillerinden veya 3. maddede belirtilen fillerin herhangi birinden bir devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyumsuzluklar, uyumsuzluğun taraflardan birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı önüne götürülür”. Sözleşmenin bu hükmü, Rusya Federasyonu'nun davanın açık yetkisizlik nedeniyle Divan tarafından davanın görülmesinin reddedilmesi talebini geçersiz kılmaktadır.

⁹⁴ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)- Provisional measures, Ukraine v. Russia, ICJ, Order of 16 March 2022*, para. 53.

⁹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, 221, para. 430.

⁹⁶ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)- Provisional measures, Ukraine v. Russia, ICJ, Order of 16 March 2022*, para. 57.

⁹⁷ *Ukraine v. Russia, ICJ, Order*, para. 59.

Soykırım Sözleşmesi taraf devletlere soykırım yapmama, soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğü yüklemekle birlikte bir devletin başka bir devlete karşı soykırımı önleme gerekçesiyle kuvvet kullanmasına izin verdiğine yönelik açık bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, Divan, Sözleşme bağlamında kuvvet kullanma hakkının var olup olmadığına ilişkin kanaatini “şüpheli” ifadesi ile ortaya koyarak⁹⁸ söz konusu Sözleşme kapsamında Rusya'nın bu türden bir müdahalede bulunmaya hakkı olup olmadığı hususunda net bir tutum ortaya koymamıştır.

Sözleşme soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmek için tarafların alabileceği önlem türlerini açıkça belirlememektedir, ancak taraf devletlerin bu yükümlülüğü iyi niyetle yerine getirmeleri gerekmektedir⁹⁹. Divan, meseleyi Ukrayna tarafından ele alarak, bu koşullar altında, Ukrayna'nın Ukrayna topraklarında sözde bir soykırımı önlemek ve cezalandırmak amacıyla Rusya Federasyonu tarafından askeri operasyonlara tabi tutulmama konusunda makul bir hakka sahip olduğu kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Soykırım Sözleşmesinin metni, devletlerin tek taraflı kuvvet kullanma olasılığını düşüncelerine yol açabilecek herhangi bir “şüpheli” uyandırmamaktadır. Bu nedenle, Sözleşmenin sözde bir soykırımı önlemek veya cezalandırmak amacıyla bir Sözleşme tarafının başka bir devletin topraklarında tek taraflı kuvvet kullanmasına izin vermediğine şüphe yoktur.

Sözleşmenin “Birleşmiş Milletlerle iş birliği” başlıklı 8. maddesine paralel şekilde soykırım veya diğer insanlığa karşı suçları önleme veya sona erdirmeye, sadece “BM Şartı'na göre ve BM prosedürlerine uygun olarak alınan önlemler” çerçevesinde meşru görülebilecektir. Bu da bu türden bir sebeple kuvvet kullanımının Güvenlik Konseyi kararıyla belirlenebileceği anlamına gelmektedir¹⁰⁰. BM Güvenlik Konseyi, Rusya'nın müdahalesini onaylamış değildir. Mevcut uluslararası hukuk kurallarına göre Ukrayna topraklarında insancıl müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanılabilmesi, Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı VII. Bölüm çerçevesinde alabileceği bir yetkilendirme kararının çıkması siyasi saiklerle hareket eden Güvenlik Konseyi daimî üyelerinden başta ABD olmak üzere diğer batılı devletlerin veto hakkını kullanmaları kuvvetle muhtemel olduğundan imkânsızdır.

İnsancıl müdahale için tetikleyici olay, soykırımı varan temel insan hakları ihlali, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçlarına varan silahlı çatışma hukukunun ciddi ve geniş çaplı ihlalidir. Rusya, Ukrayna'nın Ukrayna'da Rusça konuşan

⁹⁸ Divanın bu tutumunun analizi hakkında bkz. Fethullah Bayraktar, “On the Controversial Illegality of the Unilateral Use of Force for the Prevention of Genocide: The ‘Doubtfulness’ Clause Adopted by the ICJ in the Case Filed by Ukraine Against Russia”, *Uluslararası İlişkiler*, 19/76, (2022), 39-52, <https://doi.org/10.33458/uidergisi.1213906> (E.T: 21.03.2023)

⁹⁹ *Ukraine v. Russia, ICJ, Order*, para. 56.

¹⁰⁰ Bayraktar, 5.

halka karşı soykırım politikası yürüttüğünü ve bunu müdahale için gerekçe olarak kullandığını iddia etmiştir. Soykırım suçu, ırk, din, milliyet veya etnik köken temelinde belirli bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek anlamına gelirken Ukrayna'nın Donetsk ve Luhansk'ta Ruslara karşı soykırım olarak nitelendirilebilecek herhangi bir eylemde bulunduğu ilişkin herhangi bir kanıtın varlığı doğrulanmamıştır. Divan da verdiği kararlarla bunu teyit etmiştir. 2014 yılından günümüze kadar Ukrayna'da bulunan ve görevi Ukrayna'daki durumu objektif bir şekilde gözlemlemek ve raporlamak olan Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı bünyesindeki Ukrayna Özel İzleme Misyonu, insani müdahalenin Rus saldırganlığının gerekçesi olamayacağını belirtmiştir¹⁰¹. Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü korumak ve ayrılıkçı hareketleri bastırmak için Donbass bölgesi halkına karşı askeri fiillerinin soykırım bağlamında değil ancak insanlığa karşı suç kapsamında tartışılması söz konusu olabilir ki böyle bir durumun varlığının kabulü dahi yabancı devletlerin müdahalesini meşru hale getirmek için yeterli bir hukuki dayanak değildir¹⁰².

Ayrıca, insani amaçlarla gerçekleştirilecek askeri bir müdahale için Güvenlik Konseyi'nin iznine ihtiyaç duyulmayacağı hukuken kabul edilmiş olsaydı dahi insani gerekçelerle yapılan Rusya'nın müdahalesinin orantılılık ilkesi ihlalinden ötürü Ukrayna'ya yönelik saldırgan eylemini hukuka uygun görülmesi imkânsız olacaktır.

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR) sözcüsü, Cenevre'de yaptığı konuşmada, 24 Şubat'ta başlayan Rus saldırılarının ardından Ukrayna'da Rus kuvvetlerinin nüfuslu bölgelerde veya yakınında füzeler, msket bombaları, ağır top mermileri ve roketler ile hava saldırıları da dahil geniş etki alanına sahip patlayıcı silahlar kullandığını, ayırım gözetmeyen saldırılarda sivillerin öldürüldüğü ve yaralandığını belirtmiştir¹⁰³. Rusya'nın Ukrayna'daki askeri faaliyetlerinin kapsamı, herhangi bir insani amaç için gereklilik ve hatta orantılılık ilkesini fazlasıyla aşmaktadır. Çok sayıda sivil zayıat ve sivilleri de etkileyen büyük ölçekli hava saldırıları, insani müdahale gerekçesi ile çelişecek boyuttadır¹⁰⁴. Görüldüğü gibi her koşulda, Rusya'nın gerekçelerinin uluslararası hukuk bakımından meş-

¹⁰¹ Ukrayna Özel İzleme Misyonu raporu için bkz. <https://www.osce.org/ukraine-smm/reports> (E.T: 20.03.2023)

¹⁰² Çok taraflı insan hakları sözleşmelerinde bulunan yükümlülüklerin hiçbiri, herhangi bir dış aktör tarafından zorlayıcı bir şekilde uygulanamaz. Jack Donnelly, "Human Rights, Humanitarian Crisis, and Humanitarian Intervention", *International Journal*, 48/4 (1993), 623.

¹⁰³ <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/turk-deplores-human-cost-russias-war-against-ukraine-verified-civilian>; BM kaynaklarına göre bugüne kadar sekiz bin sivilin öldüğü, 18 milyondan fazla insanın evlerini terk etmek zorunda kaldığı belirtilmiştir.

¹⁰⁴ Ukrayna'da evlerin, okulların, hastanelerin (doğum ve çocuk hastanesi) bombalanması, Kiev yakınındaki Buça kasabasında sivil ölümlerine tüm dünyanın tanık olması bu durumun açık göstergesidir.

ru görülmesi ihtimalinde dahi askeri müdahalelerde amaca ve gerekçeye uygun olmadan orantılılık ilkesinin ihlali dahi tek başına Rusya'nın eylemlerini hukuka aykırı kabul etmeye yetmektedir.

SONUÇ

Devletler uluslararası hukuka aykırı hareket etmeleri halinde özellikle uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma durumlarında bu aykırılığı kabul etmek veya sessiz kalmak yerine fiillerini meşrulaştırmak için uluslararası hukuk normlarını manipüle ederek bu normları kendi fiillerini meşru gösterecek şekilde yorumlama yoluna gidebilmektedirler. Rusya'nın eylemlerini savunmak için hukukun dilini kullanması da bu açıdan alışılmadık bir durum değildir. Ancak Rusya'nın Ukrayna müdahalesini uluslararası hukuka göre meşrulaştırma çabasıyla ileri sürdüğü yukarıda değerlendirilen gerekçeleri, uluslararası toplumu tatmin etmekten uzak görünmenin yanında, uluslararası hukuk bakımından da dayanaktan yoksundur. Rusya'nın Ukrayna'ya müdahalesine yönelik uluslararası toplumun tepkisi, Rusya'nın ileri sürdüğü argümanları güçlendirmek için uluslararası hukuk normlarını manipüle etme veya yeniden oluşturma niyetinin kitlesel olarak reddedildiğini göstermektedir. Rusya'nın Ukrayna saldırıları Rusya'nın bölgedeki egemenliğini yeniden tesis etme politikasının ölçsüz ve aşırı olarak nitelendirilebilecek düzeyde gerçekleştirme çabasıdır. Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırısının, sınırlı amaçlara sahip sınırlı bir askeri harekât oluşturmak bir yana, nihai amacı Ukrayna hükümetini devirmek olan tam anlamıyla uluslararası hukuka aykırı bir saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

Rusya, Batılı devletlerin uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağını nasıl baltaladığını göstermek için özellikle ABD ve müttefiklerinin nükleer ve biyolojik silahlar geliştirdiği ve El Kaide ile bağları olduğu iddiasıyla ABD'nin Irak'ı işgali (2003), uluslararası hukukta hala tartışmalı olan BM Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın NATO tarafından insani müdahale gerekçesiyle Sırbistan'a yapılan askeri müdahale ve ardından Kosova'nın bağımsızlığa kavuşması gibi emsallere atıfta bulunmuştur. Ancak, Rusya'nın, diğer devletlerin uluslararası hukuka saygı gösterme konusunda kendisinden daha iyi bir geçmişe sahip olmadığını ileri sürmesinin kendi eylemlerini hukuka uygun hale getirme etkisi bulunmamaktadır.

Rusya Ukrayna müdahalesini, Donbass Bölge halkının Ukrayna Hükümeti tarafından soykırıma tabi tutulduğu iddiasıyla insani müdahale çerçevesinde meşrulaştırmaya çalışırken ve bölge halkının bağımsızlığını ilan etmesini tanıırken NATO'nun Kosova müdahalesini ve Kosova'nın bağımsızlığının tanınmasını emsal göstermiştir. Ancak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kosovalı Arnavutların karşı karşıya kaldığı kitlesel vahşeti belgelemesinden sonra dahi Kosova halkının iyileştirici ayrılma teorisi çerçevesinde Sırbistan'dan

ayrılmasının uluslararası hukuka aykırı olduğunu iddia eden Rusya'nın, Kosova halkının yaşadığı baskı ve zulmün en azından aynısını yaşadığını dahi kanıtlamayıp Donbass bölgesinin bu hakka dayanarak bağımsız olması gerektiğini ileri sürmesi tutarsızdır.

Rusya'nın BM Şartı'nın 2/4. maddesinde yer alan kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olarak bireysel meşru müdafaa ve kolektif meşru müdafaa gerekçelerine başvurusunun da yukarıda açıklanan sebeplerle hukuken geçersiz olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, daha önce belirtildiği üzere Rusya'nın Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanımının hukuka uygunluğu için ileri sürdüğü tüm gerekçelerin uluslararası hukukta yeri olduğunun kabul edilmesi ihtimalinde dahi, silahlı çatışmalar hukukunun ve kuvvet kullanmanın temel kurallarından biri olan orantılılık ilkesine aykırı şekilde Donbass bölgesinin sınırlarını aşarak diğer Ukrayna topraklarına yönelik de saldırıların orantısız ve asker-sivil ayrımı gözetmeksizin gerçekleşmesi nedeniyle dahi Rusya'nın eylemlerinin uluslararası hukuka aykırılığı açıktır.

Rusya'nın, Ukrayna'daki silahlı saldırıyı haklı çıkarmak için, ülke güvenliği, soykırım, Nazizm ve tarihi haklar gibi başvurduğu argümanlar ancak kuvvet kullanımının uluslararası hukukça meşru sayıldığı hallerin varlığı halinde bir anlam ifade edecektir. Rusya tarafından ileri sürülen gerekçelerin meşruluğunun kabul edilmesi İkinci Dünya Savaşı'nın küllerinden doğan uluslararası hukukun temel ilkelerini yok etme ve dolayısıyla uluslararası sistemde kaosu yayılmasına sebep olma potansiyeline sahiptir. Sonuç olarak, Rusya'nın gerçekleştirdiği askeri müdahalenin hukuka uygun olduğuna uluslararası toplumu ikna etmeye çalışırken ileri sürdüğü tüm gerekçeler hukuki dayanaktan tamamen yoksundur.

KAYNAKÇA

- Ablan, John R., “Signal and Affirm: How the United Nations Should Articulate the Right to Remedial Secession”, *Vanderbilt Law Review*, 45/1 (2012), 211-243.
- Akande, Dapo-Johnston, Katie A., “Implications of the Diversity of the Rules on the Use of Force for Change in the Law”, *The European Journal of International Law*, 32/2 (2021), 679-697.
- Aksar, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara, Seçkin Yayınları, 6. Basım., 2021.
- Arsava, Füsün, Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/1 (2011), 101-124.
- Azarkan, Ezeli, “Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15/4 (2016), 1055-1068.
- Azizi, Sattar-Mousa Karami, “Applicability of Remedial Secession Theory on the Recognition of Donetsk and Luhansk Oblasts’ Independence”, *International Law Review*, 39/68 (2022), 141-172.
- Bannelier, Karine, Theodore Christakis, “Under the UN Security Council’s Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict”, *Leiden Journal of International Law*, 26/4 (2013), 855-874.
- Başlar, Kemal, Uluslararası Hukukta “Erga Omnes” Kavramı, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22/2 (2002), 75-108.
- Bayraktar, Fethullah, “On the Controversial Illegality of the Unilateral Use of Force for the Prevention of Genocide: The ‘Doubtfulness’ Clause Adopted by the ICJ in the Case Filed by Ukraine Against Russia”, *Uluslararası İlişkiler*, 19/76, (2022), 39-52.
- Beck, Louise Doswald, The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government, *British Yearbook of International Law*, 56/1 (1985), 189-252.
- Bozkurt, Enver vd. Devletler Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınevi, 11. Basım, 2021
- Brewer, Evan M., “To Break Free from Tyranny and Oppression”, *Vanderbilt Law Review*, 45/1 (2012), 245-291.
- Byrne, Max, “Consent and the use of force: an examination of ‘intervention by invitation’ as a basis for US drone strikes in Pakistan, Somalia and Yemen”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 3/1 (2016), 97-125.
- Chadwick, Elizabeth, “National Liberation In The Context Of Post- And Non-Colonial Struggles For Self-Determination”, Marc Weller (ed.) *The Oxford Handbook of The Use of Force In International Law*, Oxford University Press, 2015, 841-860.
- Corten, Olivier, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, 2010.
- Crawford, James Richard, *The Creation of States in International Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, 2007.

- Demirel, Naim, BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması, İstanbul, Derin Yayınları, 2015.
- Denk, Erdem, Uluslararası Örgütler Hukuku-Birleşmiş Milletler Sistemi, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2015.
- Diehl, Paul F. / Kulkarni, Shyam / Irish, Adam, “The Bush Doctrine and the Use of Force: Reflections on Rule Construction and Application”, *The Loyola University Chicago International Law Review*, 9/1 (2011), 71-101.
- Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 6th Edition, 2017.
- Donnelly, Jack, “Human Rights, Humanitarian Crisis, and Humanitarian Intervention”, *International Journal*, 48/4 (1993), 607-640.
- Dönmez, Suat, “Kuvvet Kullanma Kapsamında Ön Alıcı ve Önleyici Saldırı Kavramları”, *Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, 3/3 (2017), 8-15.
- Duursma, Jorri, *Fragmentation and The Interntional Relations of Micro-States: Self Determination and Statehood*, Cambridge University Press, 1996.
- Ehtibarlı, Yaşar, *Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Etezazian, Sina, “The Nature of the Self-Defence Proportionality Requirement”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 13/2 (2016), 260-289.
- Fox, Gregory H, “Intervention by Invitation”, Marc Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, 2015.
- Güneysu, Gökhan, “Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 4/14 (2003), 451-465.
- Gray, Christine, “The US National Security Strategy and the New Bush Doctrine on Pre-emptive Self-defense”, *The Chinese Journal of International Law*, 1/2 (2002), 437-448.
- Green, James A, The “Additional” Criteria for Collective Self-Defence: Request but not Declaration, *Journal on the Use of Force and International Law*, 4/1 (2017), 4-12.
- Hanna, Roya M., “Right to Self-Determination in In Re Secession of Quebec”, *Maryland Journal of International Law*, 23/1 (1999), 213-246.
- Holzgrefe, J. L., “The Humanitarian Intervention Debate”, Holzgrefe, J.L.-Keohane, R. O. (ed.) *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, 2003, 15-52.
- Knox, Robert, “Civilizing Interventions? Race, War and International Law”, *Cambridge Review of International Affairs*, 26/1 (2013), 111-132.
- Kotova, Anastasiya-Tzouvala, Ntina, “In Defense Of Comparisons: Russia and The Transmutations Of Imperialism In International Law”, *American Journal of International Law*, 116/4 (2022), 710-719.
- Kretzmer, David, “The Inherent Right of Self-Defence and Proportionality in Jus ad Bellum”, *European Journal of International Law*, 24/1 (2013).

- Kritsiotis, Dino, "A Study of the Scope and Operation of the Rights of Individual and Collective Self-Defence under International Law", Nigel D. White-Christian Henderson (ed.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus Post Bellum*, Edward Elgar Publishing, 2013, 170-228.
- Merezhko, Oleksandr, "Crimea's Annexation by Russia-Contradictions of the New Russian Doctrine of International Law", *Heidelberg Journal of International Law*, 75 (2015).
- Mon, Christopher Le, "Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested", *International Law and Politics*, 35 (2003), 741-793.
- Nolte, George, "Intervention by Invitation", Max Plack Encyclopedia of Public International Law, 2010, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1702?prd=EPIL>
- O'Connell, Mary Ellen, "The Limited Necessity of Resort to Force", Dale Stephens and Paul Babe (eds.), *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*, University of Adelaide Press, 2016.
- O'Meara, Christopher, *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*, Oxford University Press, 2020.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, 19. Basım, 146-148.
- Perkins, John A., "The Right of Counterintervention", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 17/2 (1986), 171-224.
- Pigrau, Antoni, "Reflections On The Effectiveness Of Peremptory Norms And Erga Omnes Obligations Before International Tribunals, Regarding The Request For An Advisory Opinion From The International Court Of Justice On The Chagos Islands", *Questions of International Law*, 55 (2018), 131-146.
- Radpey, Loqman, "Remedial Peoplehood: Russia's New Theory on Self-Determination in International Law and its Ramifications beyond Ukraine", <https://www.ejiltalk.org/remedial-peoplehood-russias-new-theory-on-self-determination-in-international-law-and-its-ramifications-beyond-ukraine/>
- Reçber, Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016.
- Saul, Matthew, "The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of The Right?", *Human Rights Law Review*, 11/4 (2011), 609-644.
- Shaw, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, çev. ed. İbrahim Kaya, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, 8. Basım, 2017
- Simon, Thomas W., "Remedial Secession: What The Law Should Have Done, From Katanga To Kosovo", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40 (2011), 105-173.
- Tarhanlı, Turgut, *Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19/1 (2003), 11-34.

- Vidmar, Jure “Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice”, *St Antony’s International Review*, 6/1 (2010), 37-56.
- Visser, Laura, “Intervention By Invitation and Collective Self-Defence: Two Sides of The Same Coin?”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 7/2 (2020), 292-316.
- Wippman, David, “Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent”, *Duke Journal of Comparative International Law*, 7 (1996), 209-240.
- Wippman, David, “Pro-democratic Action”, Marc Weller (ed.) *The Oxford Handbook of The Use of Force In International Law*, Oxford University Press, 2015, 797-815.
- Wood, Sir Michael, *Self-Defence and Collective Security: Key Distinctions*, Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, 2015, 649-660.



Uluslararası Örgüt Olarak Güney Amerika Ortak Pazarı (MERCOSUR): Ulusüstü Yapıya Dönüşme Düzleminde Avrupa Birliği ile Mukayeseli Bir İnceleme^(*)

The Southern Common Market (MERCOSUR) as an International Organization: A Comparative Review with the European Union within the Transformation to the Supranational Organization

Dr. Öğr. Üyesi Sezercan BEKTAŞ^(**)
Arş. Gör. Görkem KAYACIK^(***)

Öz

Güney Amerika Ortak Pazarı (Mercado Común del Sur - MERCOSUR) Güney Amerika'da kurulmuş bölgesel nitelikli uluslararası örgütlerden biridir. Kurulduğu günden bugüne dalgalı bir gelişim süreci geçiren MERCOSUR bölgesel ölçekli ve temelde ekonomik bütünleşmeye dayanan bir uluslararası örgüt olma vasfından Avrupa Birliği (AB) gibi ulusüstü bir örgüte dönüşüm noktasında birçok farklı tartışmaya konu olmaktadır. Bu kapsamda MERCOSUR'un kurumsal yapısı, karar alma usulleri, örgüt içi uyumsuzluk çözümü ve yargı organları, üye devletlerin egemenliklerinin bir bölümünün örgüt bünyesine devri gibi konulardaki konumu MERCOSUR'un ulusüstü bir yapıya dönüşümü noktasında incelenmesi gereken hususlar olarak ön plana çıkmaktadır. Öte yandan üye devletlerin MERCOSUR bünyesindeki bütünleşme sürecine bakışı ve bu sürece destekleri MERCOSUR'un ge-

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 11.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 04.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1312925

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: sezercanbektas@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7395-5375>

^(***) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: gorkemkayacik@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7530-2722>

leceği için belirleyicidir. Çalışmamız bu kapsamda MERCOSUR'un tarihsel gelişim sürecini, amaçlarını, kurumsal yapısını, MERCOSUR bünyesinde meydana getirilen normatif yapıyı, uyumsuzluk çözümlü mekanizmalarını, yargısal yapıyı ve nihayetinde MERCOSUR'un ulusüstü bir yapıya dönüşüm noktasında bulunduğu durumu AB ile karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Çalışmamızın sonucunda MERCOSUR'un halihazırda bölgesel nitelikli bir uluslararası örgüt olarak tanımlanabileceği ve MERCOSUR'u AB gibi ulusüstü örgütlerden ayıran birçok husus olduğu tespit etmektedir.

Anahtar Kelimeler

MERCOSUR, Güney Amerika Ortak Pazarı, Ulusüstü Örgütler, Bölgesel Örgütler, Avrupa Birliği.

Abstract

The Southern Common Market ("MERCOSUR") is one of the regional international organizations established in South America. MERCOSUR, which has undergone a fluctuating development process since its establishment, has been the subject of many different discussions at the point of transformation from a regional organization to supranational organization. MERCOSUR's current position in matters such as its institutional structure, decision-making procedures, dispute resolution mechanism and judicial bodies, and the transfer of some of the sovereignty of the member states to the organization come to the fore as the issues that need to be examined in terms of the transformation of MERCOSUR into a supranational organization. On the other hand, the positive views and supports of the member states regarding the integration process within MERCOSUR are decisive for the future of MERCOSUR. In this context, our study examines the historical development process of MERCOSUR, its aims, institutional, normative and judicial structure, the dispute resolution mechanisms and finally transformation into a supranational organization in comparison with the EU. As a result of our study, it is determined that MERCOSUR can currently be defined as a regional international organization and many aspects distinguish MERCOSUR from supranational organizations such as the EU.

Keywords

MERCOSUR, The Southern Common Market, Supranational Organizations, Regional Organizations, European Union.

GİRİŞ

Güney Amerika Ortak Pazarı (*Mercado Común del Sur* - MERCOSUR) 1991 tarihli Asunción Andlaşması¹ (*Treaty Establishing a Common Market between the Argentine Republic, the Federal Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay*) ile kurulmuş, Brezilya, Arjantin, Uruguay, Paraguay ve Venezuela'nın üyesi olduğu bölgesel nitelikte bir uluslararası örgüttür.² Dünya genelindeki en büyük bölgeselleşme hareketlerinden biri kabul

¹ Andlaşma'nın İngilizce metni için bkz.: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/mrcsrtoc.asp> (Erişim 09.06.2023).

² MERCOSUR, Ouro Preto Protokolü'nün 34'üncü maddesi uyarınca tüzel kişiliğe sahip, uluslararası anlaşmalar ile teşkil edilmiş organları olan ve üye devletler tarafından başta ekonomi olmak üzere diğer birçok alanda entegrasyonu sağlamayı hedefleyen bir örgüt olduğu üzere MERCOSUR'u bölgesel nitelikli bir uluslararası örgüt olarak tanımlamak mümkündür. Ouro Preto Protokolü'nün İngilizce metni için bkz.: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/ourop/ourop_e.asp (Erişim 09.06.2023).

edilebilen ve Dünyanın beşinci en büyük ekonomisini teşkil eden MERCOSUR, 14.869.775 km² alanı ve 295.007.000 insanı kapsayacak şekilde büyük bir bölgesel örgütlenme örneği olarak karşımıza çıkar.³

Bölgesel örgütlenme hareketleri 1970’li yıllardan sonra, ulus devletler arasındaki ticari engellerin bölgesel ölçekte kaldırılması ve bu devletler arasında ekonomik bloklar oluşturulması akımı ile başlamıştır. Küresel ekonomi düzeni içerisinde rekabet edebilmek adına bölgesel örgütler çatısı altında bir araya gelen ulus devletler böylece piyasa içerisinde daha avantajlı bir duruma geçebilmişlerdir. Bu amacı gerçekleştirmek için bölgesel örgütler kendi içlerinde, iç ve dış gümrük birlikleri, mal ve hizmetlerin birlik içerisinde dolaşımı ile mal ve hizmet piyasasının maksimize edilmesi gibi yollara başvurmuşlardır.

MERCOSUR’un dahil olduğu temelde ekonomik bütünleşmeye dayanan bölgesel uluslararası örgütlerde, ilk başlardaki amaç ekonomik bütünleşme iken sonradan politik ve kültürel alanlarda bütünleşmenin örgütün kapsamına dahil edilmesiyle bütünleşmenin genişlemesi eğilimi ortaya çıkmaktadır. Ekonomik entegrasyon ile başlayıp diğer alanları da içine alan bu bütünleşme süreci içerisinde ulus-devletler küresel düzende rekabet güçlerini arttırmak için egemenlik yetkilerini de bu büyük politik birliklere aktarma ihtiyacı duymaktadırlar. Dolayısıyla hükümetler arası bir uluslararası örgüt niteliği ile başlayan bölgesel bütünleşme hareketleri sonraki dönemlerde ulusüstü yapıya doğru dönüşme eğilimi göstermektedir.

Bu bağlamda söz konusu dönüşümü yaşayarak bütün bölgeselleşme hareketlerine örnek teşkil eden ve bölgesel örgütlerin ilk ve en başarılı örneklerinden biri olan Avrupa Birliği (AB) karşımıza çıkar. Zira halihazırda ulusüstü bir yapıya dönüşebilmiş yegâne örnek olan AB, diğer bölgesel örgütlerin yaşaması muhtemel dönüşüm süreci hakkında fikir vermekte ve benzer bütünleşme girişimlerine bu yönde ilham kaynağı olmaktadır. Öte yandan AB bünyesinde hayata geçirilen kurumsal ve hukuki yapı diğer bölgesel örgütlerce de örnek alınarak benzer kurumsal yapılar ve normatif düzen bölgesel örgütlerde de hayata geçirilmektedir.

1970’li yıllardan sonra, Dünya geneline sirayet eden bölgesel bütünleşme hareketleri Güney Amerika’da da gözlemlenmiştir.⁴ Bu kapsamda Güney Amerika’nın en büyük iki devleti olan Brezilya ve Arjantin’in bütünleşme politikaları belirleyici olmuştur. Nitekim bu iki devletin bu dönemlerde askeri yö-

³ MERCOSUR hakkında genel bilgi için bkz.: <https://www.mercosur.int/en/about-mercotur/mercotur-in-brief/> (Erişim 06.06.2023).

⁴ Güney Amerika’da MERCOSUR’a ek olarak And bölgesinde And Devletler Topluluğu (“ANDEAN”) adında Bolivya, Kolombiya, Ekvador ve Peru’dan oluşan başka bir bölgesel örgüt daha bulunmaktadır. ANDEAN üyesi devletler MERCOSUR’a “ortak üye” statüsünde dahil oldukları üzere iki örgüt arasında sıkı ilişkiler mevcuttur.

netimlerle ve dışarıya kapalı olarak yönetilmesi ve yaşadıkları siyasi istikrarsızlıklar Güney Amerika'daki bölgesel bütünleşmeyi geciktirmiştir. Nihayet 1980'li yıllardan itibaren Arjantin ve Brezilya'nın sivil ve liberal politikaları benimseyen yönetimlerinin başa gelmesiyle bölgesel bütünleşmeler hayata geçebilmiştir. Arjantin ve Brezilya ile başlayan entegrasyon süreci hem diğer ülkelerin katılımı ile genişlemiş hem de ilerleyen yıllarda yapılan anlaşmalar ve anlaşmalara ek protokoller ile derinleşmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti de Dünya'daki bölgesel bütünleşme hareketlerine uyarak diğer devletler gibi AB ve diğer bölgesel uluslararası örgütlere dahil olma yönünde çalışmalar yürütmüştür. Bu kapsamda dahil olunan örgütlerden birisi de Türk Devletleri Teşkilatı'dır (TDT). TDT, Sovyetler Birliği'nin dağılması ile hız kazanan bir süreç içerisinde gelişen, temeli 1992 yılındaki girişimlere dayanana ve 2009 yılında imzalanan "Nahçıvan Anlaşması"⁵ ile kurulan bir bölgesel uluslararası örgüttür.⁶ Türkiye'nin yanı sıra Azerbaycan, Kırgızistan, Kazakistan ve Özbekistan TDT'ye üye diğer devletlerdir. TDT, henüz bölgesel entegrasyonu belirli alanlarda ve sınırlı olarak gerçekleştirebilmiş, gelişmekte ve bütünleşme düzeyini derinleştirme gayesinde olan bir bölgesel örgüt niteliğindedir.⁷ Bu kapsamda ilerleyen yıllarda TDT'nin daha gelişmiş bir örgütsel yapıya sahip olması, bütünleşme düzeyini genişletmesi ve daha kompleks bir hal alması da muhtemeldir. Bu noktada bütünleşme düzeyi daha derinleşmiş olan AB ve MERCOSUR gibi bölgesel örgütler TDT için birer örnek teşkil etmektedir. Özellikle MERCOSUR bünyesinde ölçek olarak Türkiye'ye oldukça benzer olan Brezilya'nın konumu dikkate alındığında TDT'nin geleceği açısından MERCOSUR'un incelenmesi önem arz edecektir.

AB ile Türkiye arasında uzun yıllardır süregelen katılım sürecinin de etkisiyle Türkçe literatürde AB ile ilgili kaynaklar oldukça fazla sayıda ve yetkinlikte mevcut olsa da diğer bölgesel bütünleşme örneklerine ilişkin çalışmalar sınırlıdır. Türkiye'ye fiziki coğrafya açısından uzak olan Güney Amerika'da hayata geçen ve AB'den sonra ulusüstü yapıya dönüşümün emarelerini veya en azından bu yöndeki niyetleri ortaya koyan bir bölgesel örgüt olarak MERCOSUR hakkında ise Türkçe literatür daha da sınırlıdır. Uluslararası örgütlere ilişkin genel nitelikli kitaplardaki sınırlı başlıklar⁸ haricinde doğrudan MERCOSUR ile ilgili olarak

⁵ Anlaşma'nın Türkçe metni için bkz.: https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/Nahcivan_Anlasmasi_Turkce_20140417_193951.pdf (Erişim 11.06.2023).

⁶ Hakkı Hakan Erkiner - İlayda Eray, "Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı", *Güvenlik Stratejileri Dergisi* TDT Özel S (2022), 226.

⁷ Erkiner - Eray, "Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı", 245.

⁸ Örneğin; Uğur Özgöker - Güney Ferhat Batı, *Uluslararası Siyasi, Akeri, Ekonomik ve Sosyo- Kültürel Örgütler* (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 182-185.

uluslararası ilişkiler disiplinine dahil edilebilecek makaleler⁹ ve yakın tarihli tez çalışmaları¹⁰ bulunmakla birlikte Türkçe literatürde müstakil olarak uluslararası hukuk açısından MERCOSUR'un ve MERCOSUR dahilinde meydana getirilen hukuki yapının incelendiği çalışmaya rastlanılmamaktadır. Çalışmamız bu kapsamda MERCOSUR'un kurumsal ve normatif yapısını incelemek gayesi ile kaleme alınmıştır. Özellikle çalışmamızın muhteiyatında, bölgesel uluslararası bütünleşmenin ulusüstü yapıya dönüşümünün incelenmesi açısından MERCOSUR ile AB mukayesesine de yer verilmiştir.

I. TARİHSEL GELİŞİM VE AMAÇLARI BAKIMINDAN MERCOSUR VE AB'İN MUKAYESESİ

A. MERCOSUR'UN TARİHSEL GELİŞİMİ VE AMAÇLARI

Güney Amerika'yı tek bir siyasi bütün içerisinde birleştirme ideali Simon Bolivar ile başlamaktadır. Literatürde MERCOSUR'u yaratan dinamikleri Bolivar'ın ülküsü ile bağdaştırıp MERCOSUR'un teşkil edilmesini Bolivar'ın birleşik Güney Amerika idealinin devamı olarak kabul edenler olmakla birlikte MERCOSUR'un özünde Bolivar'ınki gibi ideallerin değil somut ekonomik ilişkilerin olduğunu ileri sürenler de mevcuttur.¹¹ Simon Bolivar 19'uncu yüzyılda

⁹ Hamza Çeştepe - Tuğba Mıstaçoğlu, "Gelişmekte Olan Ülkelerde Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Ekonomik Entegrasyon: ASEAN ve MERCOSUR Örneği", *Yönetim ve Ekonomi* 17/2 (2010), 93-106; Özden Selcen Özmelek, "Bütünleşme Bünyesindeki Kurumlar: Örnek Olay İncelemesi (MERCOSUR)", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi* 9/2 (2017), 92-106; Ahmet Bilal Tüzgen, "MERCOSUR'un Ekonomik Bölgeselleşmesi: 2006-2016 Yılları Bölge İçi Ticari İlişkilerin Analizi", *Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentel Araştırmalar Dergisi* 7/Özel Sayı (2019); Gökhan Kattaş, "Latin Amerika'da Örtüşen Bölgeselcilik", *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi* 14/52 (2019), 255-293; Can Donduran, "Bölgesel Bütünleşmeye İnşacı Bir Yaklaşım: MERCOSUR'un Ortaya Çıkışı ve Düşünsel Süreçler", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)* 6/2 (2020), 249-260; Hatice Erkekoğlu - Burcu Yılmaz, "MERCOSUR Ülkelerinin AB ile Dış Ticaretinin Serbest Ticaret Andlaşması Kapsamında Değerlendirilmesi", *Pamukkale Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 45 (2021), 71-90; Yaşar Pınar Özmen, "Latin Amerika'da Siyasi Birlik Düşüncesinin Dünü ve Bugünü", *Novus Orbis: Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Dergisi* 4/2 (2022), 127-159.

¹⁰ Ezgi İlhan, *Small States in MERCOSUR: An Asymmetrical Relationship* (Ankara: Ortadoğu Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019); Cemre Çağla Atamer, *Latin Amerika'da Entegrasyon Çabaları: Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Bir Analiz* (Aydın: Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020); Altınay Kılıç, *Bölgeler Arasıcılık ve Bölgeler Ötesicilik Kavramları Çerçevesinde AB ve MERCOSUR İlişkileri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021); Yunus Emre Karan, *Neorealist ve Neofonksiyonalist Uluslararası İlişkiler Teorileri Bağlamında Güney Ortak Pazarı (Mercosur) ve Avrupa Birliği'nin (AB) Kıyaslamalı İncelemesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021); Aziz Ertakgöz, *Bölgeselleşme Hareketlerinin Politik Ekonomi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Türkiye ve Güney Ortak Pazarı (MERCOSUR) Örneği* (Mardin: Mardin Artuklu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022).

¹¹ Michael Mecham, "Mercosur: a failing development project?", *International Affairs* 79/2 (2003), 376.

bağımsızlığını ilan eden Güney Amerika Cumhuriyetleri'nin kendilerini dış müdahaleye karşı korumaları ve Eski Kıta'nın büyük monarşilerine karşı cumhuriyet ideallerini gerçekleştirmeleri için bir araya gelmeleri gerektiğini, ulusüstü bir yapı içerisinde müşterek bir ordu ile kendilerini savunup, devlet temsilcilerinden teşkil olunan demokratik bir meclis kurmalarını ve kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözmelerine imkan tanıyacak bir yapının kurulmasını hedeflemekteydi.¹² Bu kapsamda 1827 Panama Kongresi ve devamındaki görüşmeler önem arz etmektedir. Her ne kadar bu görüşmeler olumsuz sonuçlansa da Güney Amerika'nın tek bir çatı altında birleşmesi ideali burada ateşlenmiştir.¹³ Bu bağlamda ileri sürülen ilk görüş MERCOSUR'u Güney Amerika'yı bir araya getirmeyi hedefleyen Bolivarcı çizgide konumlandırmakta, örgütün itici gücünü burada bulmaktadır.

Bu konuda bir diğer görüş ise Bolivarcı ideallere dayanan MERCOSUR tahayyülünün bir mit olduğunu, Güney Amerika'nın ekonomik etkenler dahilinde bir araya gelerek MERCOSUR'u teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bu görüş MERCOSUR'u oluşturan süreci Güney Amerika'nın iki büyük ülkesi olan Brezilya ve Arjantin'in bir gümrük birliği içerisinde ticari ve siyasi entegrasyona erişme yolunda ilk adımları olan 1961 Uruguaiana görüşmeleri ile başlatmaktadır.¹⁴ Bu tarihten bir yıl önce 1960'da imzalanan Montevideo Andlaşması¹⁵ ile kurulan Latin America Free Trade Association (LAFTA) da bu yoldaki ilk uluslararası örgütsel girişimdir.¹⁶ LAFTA'nın yerini 1981'de yürürlüğe giren Latin Amerika Entegrasyon Topluluğu (ALADI) almıştır. Bugün hala Montevideo Andlaşması ile teşkil edilen ALADI, MERCOSUR'a temel teşkil etmekte ve MERCOSUR'a üye olacak devletlerin önce Montevideo Andlaşması'nı imzalaması gerekmektedir. Bu kapsamda MERCOSUR'a hem "tam üye" hem de "ortak üye" statüsünde dahil olacak devletler için ALADI'ye katılmak bir ön koşuldur.

Güney Amerika'nın entegrasyon süreci böylece başlamış olsa da iki ülkede de gerçekleşen askeri darbeler ve askeri yönetimlerin ulusalcı eğilimleri süreci kesintiye uğratmıştır. Ayrıca 60'lı yıllar ile 80'li yıllar arasında Arjantin ve

¹² Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo, "The Foundational Myth of Mercosur and the European Union Analogy", *German Law Journal* 20 (2019), 736 Yazar Bolivar'ın idealinin ulusüstü (supranational) bir yapı kurmak olduğunu ifade etmektedir.

¹³ Bu noktada MERCOSUR'un başat unsuru olan Brezilya'nın Bolivar'ın ideallerine uzak oluşu ve Bolivarcı bir tutumdan ziyade Monroe Doktrinine yakın olması MERCOSUR ile Bolivarcı Güney Amerika birliği ideallerini bağdaştırmayı zorlaştırmaktadır. Vauthier Borges de Macedo, "The Foundational Myth of Mercosur and the European Union Analogy", 737-739.

¹⁴ Vauthier Borges de Macedo, "The Foundational Myth of Mercosur and the European Union Analogy", 740-741.

¹⁵ Andlaşma'nın İngilizce metni için bkz.: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90730069.pdf (Erişim 11.06.2023).

¹⁶ Peter Coffey (ed.), *International Handbooks on Economic Integration MERCOSUR Latin America* (New York: SPRINGER SCIENCE BUSINESS MEDIA, LLC, 1998), 1/2.

Brezilya'nın içine girdikleri ekonomik krizler gümrük birliği ve serbest ticaret gibi liberal girişimleri olumsuz etkilemiştir. İki ülke arasındaki yakınlaşma 1980'lerin ikinci yarısında iki ülkenin de askeri yönetimlerden sivil idareye geçmeleri ve daha stabil bir ekonomiye kavuşmaları ile hız kazanmıştır.¹⁷ Bu dönem ayrıca Soğuk Savaş'ın sonuna gelmesi ve Dünya'da esen liberal ve bölgesel entegrasyonu teşvik eden rüzgarları da arkasına alarak hızlı bir gelişim sürecine sahne olmuştur.¹⁸ 1986 yılında iki ülke arasında imzalanan Brezilya-Arjantin Entegrasyon Andlaşması ile oluşturulan Arjantin ve Brezilya Arasında Entegrasyon ve Ekonomik İşbirliği Programı (PICE) bu sürecin başlangıcını temsil etmektedir.¹⁹ Söz konusu andlaşma ile iki ülke bir yaşam biçimi olarak demokrasiyi güçlendirme ve stabil bir şekilde büyüme ve kalkınmayı izleme noktasında bir araya gelmişlerdir.²⁰ Bu andlaşmadan iki yıl kadar sonra 1988 yılında imzalanan Entegrasyon, İşbirliği ve Gelişme Andlaşması (*Ratado de Integracion, Cooperacion y Desarrollo Entre La Republica Argentina Y La Republica Federativa Del Brasil - TICA*)²¹ ile bu iki ülke entegrasyon sürecini daha da ileri taşımış ve iki ülkenin dahil olduğu ortak Pazarın 1995 yılına kadar işler hale getirilmesi böylece bir hedef olarak konulmuş ve MERCOSUR'a giden yolda kritik bir eşik aşılmıştır.²²

Böylece TICA ile iki ülke arasında kurulan bu yapı temel teşkil ederek genişletilmiş ve 26 Mart 1991'de Paraguay ve Uruguay'ın da dahil edilmesi ile MERCOSUR'u oluşturan Asunción Andlaşması imzalanmıştır. Asunción Andlaşması'nın 1. maddesinde MERCOSUR'u²³ teşkil eden başlıklar zikredilmiştir. Bunlar malların, hizmetlerin ve üretim faktörlerinin serbest dolaşımı; üye

¹⁷ John A. E. Vervaele, "Mercosur and Regional Integration in South America", *The International and Comparative Law Quarterly* 54/2 (2005), 387.

¹⁸ Meham, "Mercosur: a failing development project?", 376. İki ülke arasında bu yıllarda yaşanan yakınlaşma Falkland Adaları Savaşı'nda Brezilya'nın tarafsız kalması ve Arjantin'e askeri yardımlarda bulunması ile desteklenmiştir. Bölgede 80'lerde başlayan ve MERCOSUR ile gelişen gümrük tarifelerindeki azalma trendine dair bkz. Sam Laird, *MERCOSUR- Objectives and Achievements* (Geneva, 1997), 52-56.

¹⁹ Coffey, *International Handbooks on Economic Integration MERCOSUR Latin America*, 1/6. Laura Lavia Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", *International Law News* 44/2 (2015), 31.

²⁰ The Origins of MERCOSUR, s. 53.

²¹ Andlaşma metni için bkz.: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/97/norma.htm> (Erişim 11.06.2023).

²² Coffey, *International Handbooks on Economic Integration MERCOSUR Latin America*, 1/6. TICA, MERCOSUR ile ortak pazarın tam anlamıyla teşkil edilmesine giden süreçte gümrük tarifelerinde doğrusal ve otomatik indirimler, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı, ortak dış gümrük tarifesi, politik eşgüdüm ve hukuki senkronizasyonun sağlanması gibi hususları öngörerek MERCOSUR'un ana başlıklarını da tespit etmiştir. Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", 31.

²³ MERCOSUR (*Mercado Común del Sur*) kısaltması Arjantin dış ticaret müsteşarı Raúl Ochoa'nın önerdiği aktarılmaktadır. Gian Luca Gardini, *The Origins of Mercosur: Democracy and Regionalization in South America*, ed. Maxine Molyneux (New York: Palgrave Macmillan, 2010), 95.

devletler arasındaki tüm tarife ve tarife dışı engellerin kaldırılması, ortak bir dış gümrük tarifesi oluşturulması, üçüncü ülkelerle yürütülen ticarete ortak bir politikanın izlenmesi ve son olarak da makroekonomik politikaların eşgüdümüdür. Ayrıca taraflar bu entegrasyon amaçlarına ulaşmak için ilgili alanlarda iç hukuklarını uyumlu hale getirmeyi de hedeflemişlerdir.

Asunción Andlaşması bu çerçevede altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde örgütün amaçları, ilkeleri ve bunları gerçekleştirmelerine hizmet edecek araçları düzenlenmiştir. Bu bölüm ortak pazarın oluşturulması noktasında bir geçiş sürecini öngörmekte ve devletlere birtakım yükümlülükler yüklemektedir. İkinci bölüm ise MERCOSUR'un kurumsal yapısına ilişkindir. Bu bölümde Ortak Pazar Konseyi ve Ortak Pazar Grubu düzenlenmiş, bunların kurumsal yapısı, amaçları, işleyişi gibi hususlar ele alınmıştır. Bu bölümde ayrıca MERCOSUR'un başkanlığına ilişkin hususlar ile idari sekreteryasına ilişkin hususlar da yer almaktadır. MERCOSUR'un burada temeli atılan organizasyonel yapısı daha sonra "MERCOSUR'un Örgütsel Yapısına İlişkin Asunción Andlaşması'na Ek Protokol" (*Ouro Preto Protokolü* veya *OPP*) ile detaylandırılmış ve organizasyonel yapı tamamlanmıştır. Üçüncü bölüm andlaşmanın süresiz olarak geçerli olduğunu, yürürlüğe giriş usulünü belirlemekte, Paraguay'ı depoziter devlet kabul etmekte; dördüncü bölüm andlaşmaya katılım usulünü düzenlemekte, beşinci bölüm ise andlaşmadan çekilme usulünü düzenlemektedir. Altıncı ve son bölüm ise genel hükümler başlığı altına alınmıştır ve bu bölümde yer alan 24'üncü madde MERCOSUR parlamentosunun ilk örneği olan Ortak Parlamenter Komisyonu'nun kurulmasını öngörmektedir.

Asunción Andlaşması'ndan sonraki süreçte andlaşmayı tadil eden veya andlaşmada düzenlenmeyen diğer hususları düzenleyen ek protokoller hayata geçirilmiştir. Bunlardan ilki 17 Aralık 1991 tarihli "Anlaşmazlıkların Çözümü için Brasilia Protokolü"dür.²⁴ Bu protokol daha sonra Şubat 2002'de imzalanan "MERCOSUR'da Uyuşmazlıkların Çözümü için Olivos Protokolü"²⁵ne yerini bırakmıştır. MERCOSUR'un örgütsel yapısı ise yukarıda da zikredildiği üzere Aralık 1994'te imzalanan Ouro Preto Protokolü ile detaylı olarak düzenlenmiştir. Netice olarak 1991 tarihli Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Brasilia Protokolü, 2002 tarihli Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Olivos Protokolü, kurumsal yapıya ilişkin Ouro Preto Protokolü ve 2005 tarihli MERCOSUR Parlamentosunu Kuran Protokol MERCOSUR'un temel hukuki kaynaklarını teşkil etmektedir.²⁶

²⁴ Protokolün İngilizce metni için bkz.: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/brasil/pbrasilie_e.asp (Erişim 11.06.2023).

²⁵ Protokolün İngilizce metni için bkz.: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e148.013.1/law-oxio-e148-regGroup-1-law-oxio-e148-source.pdf> (Erişim 11.06.2023).

²⁶ Marcilio Toscano Franca Filho vd. (ed.), *The Law of MERCOSUR* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 59.

B. AB'NİN TARİHSEL GELİŞİMİNİN MERCOSUR İLE MUKAYESESİ

AB, birleşik Avrupa ülküsü ile teşkil edilmiş bir ulusüstü yapıdır. Birleşik Avrupa idealinin düşünsel temellerini Roma'nın bütün Avrupa'yı hakimiyeti altına aldığı dönemlerine ve Orta Çağ'da Roma'nın mirasına duyulan özlemle birleşen Hristiyan dünyasının birliği idealine²⁷ kadar dayandırmak mümkünse de daha yakın tarihlerde Dubois, Dante, I. Kant, Abbé de Saint-Pierre ve V. Hugo gibi düşünürlerin tahayyül ettiği birleşik Avrupa, Avrupa Birliğinin düşünsel temeli kabul edilebilir.²⁸ Öte yandan Napolyon ve Hitler gibi politikacılar da farklı bağlamlarda olsa da birleşik Avrupa ideallerini hayata geçirmeyi hedeflemiş siyasetçilerdir. Avrupa Birliği'nin bu temeller üzerinde kurulması ise İkinci Dünya Savaşı sonrasında mümkün olmuştur.²⁹ 1951 Paris Andlaşması ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) ile temeli atılan ekonomik bütünleşme süreci 1957 yılında kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ile devam etmiştir. İlerleyen yıllarda hem üye sayısı artan hem de bütünleşme seviyesini geliştiren bu topluluklardan ikisi tek bir çatı altında toplanmış ve bu yapı Avrupa Birliği adı altında ekonomik bütünleşmenin yanında diğer alanlarda da bütünleşme yoluna gitmiştir. Bu sürecin bir neticesi olarak Avrupa Birliği bünyesinde tek bir çatı altında bütünleşme Maastricht Andlaşması ile gerçekleşmiş, sonrasında Amsterdam Andlaşması, Nice Andlaşması ve en son ve kapsamlı olarak Lizbon Andlaşması ile Avrupa Birliği'nin nihai hali ortaya çıkmıştır. Çalışmanın amacı esas olarak MERCOSUR'u AB ile karşılaştırmalı incelemek olduğundan bu noktada AB'nin tarihsel gelişimi anlatılmayacak, yalnızca MERCOSUR'un tarihsel gelişimi ile AB'nin tarihsel gelişiminin karşılaştırılmasına yer verilecektir.

Avrupa'da ekonomik temelli bölgeselleşmenin ilk ciddi adımı AKÇT olsa da MERCOSUR'a benzer kapsamda, üye ülkeler arasında genele yayılmış bir şekilde ortak bir Pazar'ın ve gümrük birliğinin teşkil edilmesi aranacak olursa kurulan ilk örgüt AET'dir.³⁰ AET, Paris Andlaşması ile AKÇT'yi kuran ülkeler arasındaki kömür çelik alanında gerçekleştirilen ortak pazarın diğer alanlara genişletilmesi amacıyla 1957 Roma Andlaşması ile kurulmuştur. AET'nin amaçları, kurumsal yapısı ve gelişimi bu bağlamda MERCOSUR ile benzerlik göstermektedir. Avrupa Birliğine varan tarihsel gelişim süreci içerisinde AET ile MERCOSUR

²⁷ Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1979), 265.

²⁸ M. Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Derstleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 43. Işıl Özkan, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 39, 40. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 265-266.

²⁹ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 295. Enver Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2011), 4.

³⁰ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 15.

arasındaki bu benzerlikler MERCOSUR'un geleceğine dair bir fikir vermekte, MERCOSUR'un geçirdiği tarihsel gelişimi ve üye ülkeler arasında gerçekleştirilen bütünleşmeyi anlamlandırmayı kolaylaştırmaktadır.

Roma Andlaşması'na göre AET'nin amacı üye ülkeler arasında ortak bir pazarın kurulması, ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi ve ekonomik politikaların uyumlaştırılması olarak tanımlanmış ve bu kapsamda içeride gümrük vergilerinin kaldırılması, dışarıya karşı ortak bir gümrük tarifesinin belirlenmesi, ortak bir ticaret politikası teşkil edilmesi, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin üye ülkeler arasında serbest dolaşımının sağlanması, ulusal yasaların bu kapsamda yeknesaklaştırılması ve düzenlenmesi gibi hususlar öngörülmüştür.³¹ AET'ye benzer şekilde MERCOSUR'u kuran Asunción Andlaşması'nın birinci maddesi de benzer hususları düzenlemektedir. Andlaşma'nın söz konusu maddesi üye ülkeler arasında malların hizmetlerin ve üretim faktörlerinin serbest dolaşımı; üye devletler arasındaki tüm tarife ve tarife dışı engellerin kaldırılması, ortak bir dış gümrük tarifesinin oluşturulması, üçüncü ülkelerle yürütülen ticarete ortak bir politikanın izlenmesi ve son olarak da makroekonomik politikaların eşgüdümü gibi hususları, ayrıca tarafların bu entegrasyon amaçlarına ulaşmak için ilgili alanlarda mevzuatlarını uyumlu hale getireceğini öngörmektedir. Öte yandan AET ile MERCOSUR'un kurumsal yapıları da benzerdir. AET, komisyon, konsey, parlamento ve Adalet Divanı'ndan oluşmaktadır³² ve AET'nin bu örgütsel yapısı MERCOSUR'un aşağıda detaylıca anlatılan ve temelde Ortak Pazar Konseyi, Ortak Pazar Komisyonu, Ortak Parlamenter Komisyon (ilerleyen süreçte PARLASUR olacaktır) ve Sürekli Gözden Geçirme Mahkemesi'nden oluşan yapısı ile oldukça benzerdir. Her iki örgüt de normal üyeliğin yanında "ortak üye" olarak adlandırılan başka bir kategoride üyeliğe imkân vermekte ve üçüncü devletlerin "ortak üye" sıfatını alarak örgüt ile olan ilişkilerini geliştirmelerine imkân tanımaktadır.

Örgütlerin amaçları ve kurumsal yapısı bakımından bakıldığında Avrupa Birliğine temel teşkil eden AET ile MERCOSUR'un benzerliği dikkat çekicidir. AET ilerleyen yıllarda ilk başta Avrupa Toplulukları adı altında Avrupa Birliğinin üç sütunundan birine dahil olacak, daha sonra üç sütünün da birleşmesi ile Avrupa Birliği çatısı altına alınarak ortadan kalkacaktır. Bu kapsamda en başta AKÇT'deki ortak pazarın genişletilmesi için kurulan AET, sonrasında ortak dışişleri ve güvenlik politikası ve güvenlik ve adalette iş birliği alanlarında yaşanan bütünleşme ile daha geniş kapsamlı bir örgütlenmeye dönüşmüştür. Bu süreçte hem yeni üyeler örgüte dahil olmuş hem de Avrupa Tek Senedi ile AET'nin

³¹ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 17. İlke Göçmen - Sanem Baykal, *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 102.

³² Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 308.

kurumsal yapısı, parlamento üyelerinin belirlenmesi için doğrudan seçimlerin yapılması ve parlamentonun güçlendirilmesi, örgüt normlarının normatif gücünün artması, nitelikli çoğunluk ile karar alma prosedürünün daha yaygın hale getirilmesi gibi gelişmeler yaşanmıştır. Bu açıdan bakıldığında MERCOSUR'un bütünleşme seviyesi AET'nin kurulduğu dönemdeki bütünleşme seviyesine benzerdir. MERCOSUR'un parlamento için doğrudan seçimler yapmayı planlaması, yeni üyeler ile örgüte katılımı genişletmesi, ekonomik bütünleşmenin yanı sıra diğer alanlarda da bütünleşmenin hedeflenmesi gibi hususlar AB'nin AET ile başlayan bu gelişim sürecinin MERCOSUR için daha çok başına tekâmül edecek bir noktada olduğunu göstermektedir.

II. MERCOSUR VE AB'NİN KURUMSAL YAPISINA GENEL BAKIŞ

Bütün uluslararası örgütler, kurucu andlaşmalarında zikredilen hedeflerini gerçekleştirmek ve örgütsel işleyişlerini sağlamak adına genellikle kurucu andlaşmalarında düzenlenen belirli organlara sahiptirler.³³ Bu organlar genelde bütün üyelere oluşan bir genel kurul, belirli sayıda üyeden oluşan bir yönetim kurulu bir de bu organların işleyişini ve genel olarak örgütün genel idaresini yürüten bir genel sekreterliktir.³⁴ Her ikisi de bölgesel bir uluslararası örgüt olan MERCOSUR ve AB de benzer kurumsal yapılara sahiptirler. AB'nin kurumsal yapısı ve tarihsel süreç içerisinde bu yapının farklı görünümleri MERCOSUR'un kurumsal yapısı ile benzerlikler barındırmaktadır. Öte yandan iki örgüt de işlevleri açısından birbirleriyle eşleşebilecek organlara sahiptirler. Bu kapsamda söz konusu organların birlikte incelenmesi ve MERCOSUR'un kurumsal yapısı ile AB'nin kurumsal yapısı arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların tespit edilmesi MERCOSUR'un yapısını daha iyi anlamaya ve ulusüstü bir yapıya dönüşme sürecinde MERCOSUR'u AB ile kıyaslamaya imkân vermektedir.

A. MERCOSUR'UN KURUMSAL YAPISI

MERCOSUR'un kurumsal yapısı Ouro Preto Protokolü'nün birinci bölümünün 1'inci maddesinde sayılmıştır. Buna göre³⁵ MERCOSUR; Ortak Pazar Konseyi "Konsey" (Consejo Mercado Comun), Ortak Pazar Grubu "Grup" (*Grupo Mercado Comun*), MERCOSUR Ticaret Komisyonu (*Comission de Comercio del MERCOSUR*), Ortak Parlamenter Komisyon (*Comissao Parlamentar Conjunta*, ilerleyen süreçte PARLASUR bu organın yerini alacaktır.), Sosyo-Ekonomik Danışma Forumu (*Forum Consultivo Economico y Social*) ve MERCOSUR İdari Sekreterliği'nden (*Secretaria Administrativa del MERCOSUR*) müteşekkil-

³³ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 269. Cengiz Başak, *Uluslararası Örgütler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 131.

³⁴ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 271. Başak, *Uluslararası Örgütler*, 132.

³⁵ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 442.

dir. Bu yapı kurucu andlaşma olan Asunción Andlaşmasından beri örgütün yaşadığı dönüşüm ve gelişim ile paralel olarak birçok değişiklik geçirmiştir. İlk olarak Asunción Andlaşmasında düzenlenmekle birlikte, bu kurucu andlaşmada yer alan görece ilkel olan kurumsal yapı esas olarak OPP’de tekrar ele alınmış ve daha detaylı bir şekilde ayrıca düzenlenmiştir. Asunción Andlaşması’nın 9. maddesi andlaşmanın yönetimi ve uygulanması için iki esas organ teşkil etmiştir. Bu organlar Ortak Pazar Konseyi ve Ortak Pazar Grubu’dur.

1. Ortak Pazar Konseyi

Asunción Andlaşması’nın 10’uncu, 11’inci ve 12’nci maddeleri ile OPP’nin 3 ile 9’uncu maddeleri arasında Ortak Pazar Konseyi düzenlenmektedir. Ortak Pazar Konseyi, MERCOSUR’un en yüksek organıdır ve entegrasyon sürecinin siyasi liderliğinden, Asunción Andlaşması’nda tanımlanan hedeflere ulaşılmasını sağlamak için gerekli kararların alınmasından ve ortak pazarın teşkilinden sorumludur.

Asunción Andlaşması’nın 11’inci maddesi ve OPP’nin 4’üncü maddesi uyarınca Konsey üye devletlerin ekonomi bakanları ile dışişleri bakanlarından veya üye ülkelerde bunlara karşılık gelen bakanlardan oluşmaktadır. İlk başta Asunción Andlaşması’nda yılda bir kez üye devletlerin devlet başkanlarının katılımı ile toplanması öngörülen Konsey’in toplantı aralığı OPP ile altı ay olarak revize edilmiş ve her altı ayda bir devlet başkanlarının da katılımı ile toplanması öngörülmüştür. Ayrıca uygun görüldüğü takdirde herhangi bir zaman da Konsey ayrıca toplanabilmektedir. Dışişleri bakanlarının koordinasyonunda icra edilecek Konsey görüşmelerine uygun görülmesi halinde davet ile diğer bakanlar ve bakanlık otoriteleri de katılabilmektedir. Konsey başkanlığının ise altı ayda bir üye devletler arasında alfabetik sıraya göre dönüşümlü olarak icra edilmesi düzenlenmiştir. OPP’de Konsey’in 11 adet görevi sayılmıştır. Bu görevler, Asunción Andlaşması’nın, Protokollerinin ve Andlaşma kapsamında imzalanan diğer andlaşmaların uygulanmasını denetlemek, politikalar oluşturmak ve ortak pazarı oluşturmak için gerekli önlemleri teşvik etmek, MERCOSUR tüzel kişiliğini temsil etmek, üçüncü ülkeler, ülke grupları ve uluslararası kuruluşlarla MERCOSUR adına anlaşmalar müzakere etmek ve imzalamak (Bu yetki, 14’üncü maddenin VII’nci paragrafında belirtilen koşullar altında Ortak Pazar Grubuna açıkça devredilebilir), Ortak Pazar Grubunun Konsey’e sunduğu teklifleri karara bağlamak, bakanlar toplantılarını düzenlemek ve bu toplantılar sonucunda ortaya çıkan ve Konsey’e sunulan anlaşmaları karara bağlamak, uygun göreceği organları oluşturmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak, gerektiğinde kararlarının özünü ve kapsamını netleştirmek, MERCOSUR İdari Sekreterliği Müdürünü atamak, mali kararları ve bütçe kararlarını almak, Ortak Pazar Grubunun usule ilişkin kararlarını onaylamak şeklinde sıralanabilir.

Asunción Andlaşması'nın 16'ncı maddesi ile OPP'nin 37'nci maddesine göre Konsey kararlarını (*Decision*) bütün üye devletlerin katılımı ile konsensüs ile almaktadır. Konsey'in aldığı bu kararlar bütün üye ülkeler için bağlayıcıdır. Konsey'in aldığı kararların üye devletlerin iç hukuk düzenlerine aktarılması gerekmektedir. MERCOSUR İdari Sekreterliği bütün üye devletlerin Konsey kararını iç hukuklarına tatbik ettiklerine dair bildirimleri almasına müteakip üye devletlere alınmış olan kararın 30 gün içerisinde yürürlüğe gireceğine dair bildirimde bulunmaktadır. Üye devletler Konsey kararları doğrultusunda iç hukuk düzenlerinde yaptıkları düzenlemeleri, eylemleri MERCOSUR İdari Sekreterliği'ne bildirmelidir.

Ortak Pazar Konseyi'nin görevlerinde ona yardımcı olacak şekilde Konsey'e bağlı başka birtakım kurumlar da kurulmuştur. Bunlar: Politik Koordinasyon ve Danışma Forumu, MERCOSUR Daimî Temsilciler Komitesi ve Bakanlar Zirvesidir. Bu kurumlardan Politik Koordinasyon ve Danışma Forumu, 1998 yılında Konsey'in kararı ile kurulmuştur.³⁶ Bu organ adından da anlaşılacağı üzere Konsey'e politika üretme noktasında yardımcı olacak şekilde üye devletlerin ilgili bakanlıklarının üst düzey görevlilerinden oluşmaktadır. Politik Koordinasyon ve Danışma Forumu bu kapsamda MERCOSUR'un ulusüstü yapıya dönüşümü ve bütünleşme alanlarının genişlemesi noktasında da çalışmalara kaynaklık edecek şekilde örgüt içinde ortak politikaların oluşturulmasını amaçlamaktadır. MERCOSUR Daimî Temsilciler Komitesi ise üye devletlerin Montevideo şehrindeki merkezde daimî olarak bulunan diplomatik temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu organın ayrıca seçilmiş bir başkanı da mevcuttur. Daimi Temsilciler Komitesi MERCOSUR'u dışarıda temsil etmek ve üçüncü ülkelerle ve uluslararası örgütlerle ilişkileri yürütmek ile görevlendirilmiştir.³⁷ Bakanlar Zirvesi ise üye devletlerin bakanlıklar seviyesinde bir araya gelerek bütünleşmeyi ekonomi dışındaki diğer alanlarda da gerçekleştirebilmek adına istişarelerde bulunmalarını sağlamak adına Politik Koordinasyon ve Danışma Forumu koordinatörlüğünde üye devletlerin ilgili konuya ilişkin bakanlarının bir araya gelmesiyle gerçekleştirilen toplantılardır.³⁸

2. Ortak Pazar Grubu

Ortak Pazar Grubu, Ortak Pazar'ın yürütme organıdır ve Dışişleri Bakanlıkları tarafından koordine edilir. Ortak Pazar Grubu "inisiyatif yetkilerine" sahip olacaktır. Grupü OPP'nin 15'inci maddesine göre kararlarını rezolüsyon (*resoluciones*) olarak almakta ve bu kararlar bütün üye devletler için bağlayıcılık teşkil

³⁶ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 41. MERCOSUR, Ortak Pazar Konseyi Kararı (CMC), Karar No. 18/98, <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1481>.

³⁷ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 42.

³⁸ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 43.

etmektedir. Grup'un ilk olarak AA'nın 13'üncü maddesinde sayılan, sonrasında OPP'nin 14'üncü maddesi ile tekrar düzenlenen görevleri, kendi yetkisi dahilinde Asunción Andlaşması'na ve andlaşma dahilinde imzalanan diğer protokol ve andlaşmalara uyumu gözlemlemek, Ortak Pazar Konseyi'nin görüşüne sunmak üzere taslak kararlar (*decisions*) teklif etmek; (bu husus OPP m.14 ile öngörülmüştür), Konsey tarafından kabul edilen kararları uygulamak için gerekli adımları atmak, Ticaretin Serbestleştirilmesi programının uygulanması, makroekonomik politikaların koordinasyonu ve üçüncü taraflarla Anlaşmaların müzakere edilmesi için özel önlemler önermek, Ortak Pazarın kurulmasına yönelik ilerlemeyi sağlamak için çalışma programları oluşturmak, Çalışma grupları ve Grup'un amaçlarını gerçekleştirmeyi amaçlayan olağandışı toplantılar gibi yapıları, kurmak, düzenlemek veya ortadan kaldırmak, diğer MERCOSUR kurumları tarafından Grup'a iletilen herhangi bir teklif veya tavsiyeye dair yetkisi dahilinde görüşlerini belirtmek, Ortak Pazar Konseyi tarafından açıkça yetki verildiğinde ve bu amaçla verilen özel yetkilerde belirtilen sınırlar dahilinde, tüm Taraf Devletlerin temsilcilerinin katılımıyla, üçüncü ülkelerle, ülke gruplarıyla ve uluslararası örgütlerle MERCOSUR adına anlaşmalar müzakere etmek, (Grup, Konsey tarafından yetki verildiğinde bu andlaşmaları imzalayabileceği gibi bu yetkisini MERCOSUR Ticaret Komisyonu'na da devredebilir.), MERCOSUR İdari Sekreterliği tarafından sunulan bütçeyi ve yıllık hesap özetini onaylamak, Ortak Pazar Konseyi tarafından belirlenen yönergelere dayalı olarak mali ve bütçesel kararlar vermek, Grup'un usul kurallarını Ortak Pazar Konseyi'ne sunmak³⁹, Ortak Pazar Konseyi'ni toplantıları düzenlemek ve Kurul tarafından talep edilen rapor ve çalışmaları hazırlamak, MERCOSUR İdari Sekreterliği Başkanını seçmek, MERCOSUR İdari Sekreterliğinin faaliyetlerini denetlemek, Ticaret Komisyonu ve Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu Usul Kurallarını onaylamak, şeklinde sıralanabilir.

Asunción Andlaşması'nın 13'üncü maddesinin son fıkrası Grubun amaçlarına ulaşmak için gerekli gördüğü çalışma gruplarını oluşturabileceğini belirtmekte, ilk aşamada hangi çalışma gruplarının kurulacağını da Andlaşma'nın 5'inci ek listesinde aktarmaktadır. Bu çalışma grupları: Ticari Konular Çalışma Grubu, Gümrük Konuları Çalışma Grubu, Teknik Standartlar Çalışma Grubu, Ticaretle Bağlantılı Maliye ve Para Politikası Çalışma Grubu, Kara Taşımacılığı Çalışma Grubu, Deniz Taşımacılığı Çalışma Grubu, Endüstriyel ve Teknolojik Politikalar Çalışma Grubu, Tarım Politikası Çalışma Grubu, Enerji Politikası Çalışma Grubu, Makroekonomik Politikaların Koordinasyonu Çalışma Grubu'dur. Asunción

³⁹ Ortak Pazar Grubu'nun iç işleyişine ilişkin usul kuralları bu çerçevede Ortak Pazar Grubu'nun 1/91 Numaralı Rezolüsyonu ile oluşturulmuş ve Ortak Pazar Konseyi'nin 4/91 numaralı Kararı ile onaylanmıştır Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 43.

Andlaşması, Grup'un kurulmasından sonraki 30 gün içinde bu çalışma gruplarının kurulmasını öngörmektedir. Ayrıca Ortak Pazar Grubu, Ortak Pazarın oluşturulmasından sonraki 60 gün içinde kendi usul kurallarını da oluşturacaktır.

Asunción Andlaşması'nın 14'üncü maddesine göre Grup, her üye ülkenin dışişleri bakanlıkları, Ekonomi bakanlıkları veya bunların eşdeğerleri ve Merkez Bankalarını temsil edecek 4 asil ve 4 yedek üyeden oluşmaktadır. Bu yapı OPP'nin 11'inci maddesi ile de korunmuş, buna ek olarak dışişleri bakanlıklarının Grup'u koordine edeceği eklenmiştir. Grup kendi çalışma esaslarına göre olağan ve gerekli olduğu tarihte olağanüstü toplantılar tertip edebilecektir. Grup karar verirken gerekli olduğu takdirde diğer hükümetlerin veya MERCOSUR'un kurumsal yapısının temsilcilerini davet edebilmektedir. Grup ayrıca evrakı ve grup aktivitesine ilişkin raporları tutan bir idari sekreteryaya da sahiptir.

Grup'un bu yapısına ek olarak Grup'a bağlı alt organlar da mevcuttur. Bunlardan ilki Ortak Pazar Grubu'nun Ulusal Bölümleri'dir. Ulusal Bölümler üye devletlerde yerleşik bulunarak MERCOSUR normlarından zarar gören ya da ayırıcı veya kısıtlayıcı etkilere maruz kaldığını düşünen kişilerin bireysel başvuru yapabileceği yapılardır.⁴⁰

3. MERCOSUR Ticaret Komisyonu

MERCOSUR Ticaret Komisyonu'nun kurulması Konsey'in 9/94 sayılı kararı ile (*decision*) öngörülmüş ve Ticaret Komisyonu 1 Ekim 1994'te faaliyete geçirilmiştir.⁴¹ Bu kararda Ticaret Komisyonu'nun görevi, yapısı vs. gibi hususlara değinilse de esas olarak Ticaret Komisyonu'na ilişkin hususlar detaylı bir şekilde MERCOSUR'un kurumsal yapısını düzenleyen OPP'nin 16'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Ticaret Komisyonu'nun üye ülkeler arası ve üçüncü ülkelerle ticarete ilişkin sorunları ve konuları takip etmesi, gözden geçirmesi ve gümrük birliğini amaçlayan ortak pazar ticari politikalarının uygulanmasında Grup'a yardımcı olması öngörülmüştür. Ticaret Komisyonu, Dışişleri Bakanlıkları koordinasyonunda, her üye devletten dört asil dört yedek üyeden oluşmaktadır. Ticaret Komisyonu, en az ayda bir ve Grup'un ya da üye ülkelerin talebi ile herhangi bir zaman toplanabilecektir.

Ticaret Komisyonu'nun görev ve yetkileri, hem MERCOSUR bünyesinde hem de ticaret andlaşmaları, uluslararası örgütler ve üçüncü ülkeler nezdinde ortak ticaret politikasının araçlarının uygulanmasını denetlemek, müşterek dış gümrük tarifesinin ve diğer ortak ticaret politikası araçlarının uygulanması ve bunlara uyulmasıyla bağlantılı olarak Taraf Devletler tarafından sunulan talepleri değerlendirmek ve karara bağlamak, taraf devletlerde ortak ticaret politikası araçlarının

⁴⁰ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 44.

⁴¹ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 45.

uygulanmasını takip etmek, gümrük birliğinin uygulanmasına ilişkin ortak ticaret politikası araçlarının gelişimini incelemek ve bu konuda Ortak Pazar Grubuna “Teklifler” (*proposal*) sunmak, taraf devletlerce kabul edilen müşterek dış gümrük tarifesi ve ortak ticaret politikası araçlarının yönetimi ve uygulanması ile ilgili kararlar (*decisions*) almak, ortak ticaret politikası araçlarının geliştirilmesi ve uygulanması konusunda ve gelen taleplerin durumu ve bu taleplere ilişkin alınan kararlar hakkında Ortak Pazar Grubuna rapor vermek, Ortak Pazar Grubuna yeni ticaret ve gümrük düzenlemeleri veya mevcut MERCOSUR düzenlemelerinde değişiklikler önermek, ortak dış tarife ile ilgili olarak belirli kalemler için tarife oranlarının revize edilmesini önermek ve diğer şeylerin yanı sıra MERCOSUR bünyesindeki yeni üretim faaliyetlerine ilişkin durumları ele almak, Komisyonun amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli teknik komiteleri kurmak, faaliyetlerini yönlendirmek ve denetlemek, Ortak Pazar Grubu tarafından talep edilen ortak ticaret politikası ile bağlantılı görevleri yerine getirmek, Ortak Pazar Grubunun onayına sunulmak üzere usul kurallarını kabul etmek, şeklinde sıralanmaktadır.

Ticaret Komisyonu, yukarıda sayılan görevlerini yerine getirirken direktif (*directive*) ve öneri formatında kararlar almaktadır. Bu kararlardan direktifler bütün üye ülkeler için bağlayıcılık teşkil etmektedir.

4. MERCOSUR Parlamentosu (PARLASUR)

MERCOSUR Parlamentosu örgütün gelişimini sürekli sürdüren, en önemli organlarından biridir. MERCOSUR bünyesinde üye ülkeleri temsil eden bir tür meclis oluşturulması fikri örgütün kuruluşu ile yaşıttır. Asunción Andlaşması'nın 24'üncü maddesi ortak pazarın uygulanmasını kolaylaştırmak adına Ortak Parlamenter Komisyon'un kurulmasını ve üye ülkelerin yürütme organlarının ortak pazara ilişkin gelişmelere dair yasama organlarını bilgilendireceğini düzenlemektedir. İlk başta parlamentoların MERCOSUR kararlarıyla uyumunu ve üye ülkelerin parlamentoları arasında eşgüdümü sağlamayı hedefleyen komisyon icrai yetkilerle donanmamış, Konsey aracılığı ile Grup'a yönelik tavsiye niteliğinde kararlar vermek ile yetkilendirilmiştir. OPP'nin 4'üncü bölümünde 22 ile 27'nci maddeler arasında Ortak Parlamenter Komisyon düzenlenmiştir. OPP'nin yürürlüğe girdiği zamanlarda Ortak Parlamenter Komisyon'un üye ülkelerin parlamentolarından eşit sayıda üyenin parlamentolar tarafından seçilerek teşkil olunması planlanmıştır. Fakat PARLASUR'a giden süreçte bu yapı değişime uğramıştır.

12 yıl kadar bu şekilde var olan Ortak Parlamenter Komisyon'un yapısının değişmesine yönelik ilk girişimler 1999'da yapılmış ve MERCOSUR bünyesinde bir parlamento kurulması hususu gündeme alınmıştır. Bir parlamentonun kurulmasındaki amaç MERCOSUR kararlarının meşruiyetini arttırmak ve siyasi katılımı güçlendirmek, MERCOSUR içerisindeki güçler dengesini değiştirerek daha demokratik hale getirmek ve parlamenterler aracılığı ile karar süreçlerinde şeffaf-

lığı sağlamak, MERCOSUR kurallarının hızlı bir şekilde yürürlüğe girmesi için her üye devlette iç prosedürlerin hızlandırılmasına yardımcı olunması gibi hususlardır.⁴² 2004 yılında Konsey tarafından MERCOSUR Parlamentosunun Kurucu Protokolünü hazırlamak üzere Ortak Parlamenter Komisyon'a yetki veren karar imzalanmış, 14 Aralık 2006 tarihinde ise Kurucu Protokol'ün üye ülkelerce imzalanması ile MERCOSUR Parlamentosu (PARLASUR) kurulmuştur.⁴³ 7 Mayıs 2007 tarihinde ise PARLASUR'un merkezinin yer alacağı Montevideo şehrinde PARLASUR ilk oturumunu gerçekleştirmiştir.

Böylece Kurucu Protokol'de öngörüldüğü üzere PARLASUR'un gelişiminde ilk geçiş süreci olan 2007-2010 süreci başlamıştır. Bu süreçte her üye ülkenin eşit sayıda olacak şekilde 18 adet parlamenter, ulusal yasama organları vasıtasıyla seçerek göndermesi planlanmıştır. 2010-2014 arası kapsayan ikinci geçiş sürecinde ise üye ülkelerin nüfuslarına göre eşit temsili sağlamak adına "azaltılmış oransal paylaşım" yoluyla parlamenterler üye ülkelere paylaştırılmış, böylece hem MERCOSUR üyesi devletlerinin vatandaşlarının temsili sağlanmak istenmiş hem de üye ülkeler arasındaki nüfus farklılıklarının etkisi azaltılmıştır.⁴⁵

Bunun yanı sıra parlamenterlerin 31 Aralık 2010'a kadar üye ülkelerde yapılacak doğrudan seçimlerle belirlenmesi planlanmış ve bu seçimlerin bütün üye ülkelerde aynı zamanda, belirlenecek "MERCOSUR Vatandaşlık Günü"nde yapılması öngörülmüştür.⁴⁶ 2007'den beri Paraguay PARLASUR üyelerini doğrudan seçimlerle belirleyerek bu konuda öncü olmuştur. Fakat henüz bütün üye ülkeler doğrudan seçimler ile parlamenterlerini belirlemediğinden bu gerçekleşene kadar azaltılmış oransal paylaşım neticesinde üye dağılımı, 26 Arjantin, 37 Brezilya, 18 Paraguay, 18 Uruguay ve 23 Venezuela parlamenterleri olacak şekilde belirlenmiş; sonrasında ise bu dağılımın 43 Arjantin, 75 Brezilya, 18 Paraguay, 18 Uruguay ve 33 Venezuela parlamenterleri olacak şekilde değiştirilmesi planlanmıştır.⁴⁷ Halihazırda Paraguay parlamento

⁴² Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", 32. Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 49.

⁴³ Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", 32.

⁴⁴ Söz konusu usul Avrupa Parlamentosunda uygulanan "azalan şekilde orantılı" üye dağılımına benzer görünmektedir. Bu noktada başta Brezilya nedeniyle üye devletler arasında nüfus açısından oransızlıklara sahip olan MERCOSUR AB'nin benimsediği çözümü MERCOSUR'a aktarmış görünmektedir.

⁴⁵ Juan José Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation* (ts.), 64.

⁴⁶ Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation*, 64.

⁴⁷ PARLASUR parlamenterlerinin sayısının üye ülkelerin nüfusuna göre orantılanması hususu, Brezilya diğer üye ülkelerden çok daha fazla nüfusa sahip olduğundan ve bu durum Brezilya'ya parlamento üzerinde daha fazla söz hakkı tanıyacağından hep tartışmalı olmuştur. Mikhail Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration* (Cambridge: Palgrave Macmillan, 2019), 107.

seçimlerini doğrudan yapan tek ülkedir.⁴⁸ 2015 seçimlerinde Arjantin de PARLASUR üyelerini doğrudan seçmiş olsa da sonraki 2019 tarihinde doğrudan seçim yapılmamıştır ve önümüzdeki 2023 Arjantin seçimlerinde de bu durum değişmeyeceği görülmektedir.

PARLASUR üyelerinin doğrudan seçimlerle belirlenmesine ilişkin olarak ilk başta 2010 yılı zikredilmiş olsa da bu gerçekleşmemiş, sonrasında Ortak Pazar Konseyi üye devletlerin 31.12.2020 tarihine kadar doğrudan seçimlerle PARLASUR üyelerini belirlemelerini sağlayacak yasal düzenlemelerini yapmalarını ve en geç bu tarihte doğrudan seçimlerin hayata geçirileceğini düzenlemiştir.⁴⁹ Fakat bu tarihe gelindiğinde de doğrudan seçimlerin gerçekleştirilmesi adına birlik örgüt içerisinde bir gelişme sağlanamamıştır. Neticede Ortak Pazar Konseyi 2020 yılında bu süreç için öngördüğü son tarihi 31.12.2030 olarak revize etmiştir.⁵⁰

Halihazırda PARLASUR, icrai yetkilerden ziyade danışma ve görüş verme mahiyetinde yetkilerle donanmıştır. Bu kapsamda örgüt organlarından bilgi talep etme, kendi inisiyatifi ile üye ülkelerin entegrasyonu ile ilgili hususlarda raporlar düzenleme ve tavsiyelerde bulunma ve Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'nden danışma görüşü isteme gibi hususlarda yetkilidir.⁵¹ PARLASUR ayrıca entegrasyon sürecine katkı sunmak adına ulusal parlamentolara sunulmak üzere taslak kanunlar oluşturabilmektedir. Her ne kadar PARLASUR üye ülkeleri bu kanunları uygulamaya zorlayamasa da teklifleri kabul edilen PARLASUR kararları 180 gün içerisinde üye devletlerin parlamentolarında gündeme alınmak zorundadır.⁵² PARLASUR ayrıca Ushuaia Protokolü gereği üye devletlerde demokrasinin korunması noktasında da görevlendirilmiştir. Bu çerçevede PARLASUR üye devletlerdeki demokrasi ve insan hakları ile ilgili yıllık raporlar hazırlamaktadır. Bu kapsamda üye devletlerdeki siyasi seçim süreçleri de PARLASUR tarafından takip edilmektedir.⁵³

⁴⁸ 2010 yılında alınan karar ile her üye ülkenin PARLASUR üyelerini seçme usulünü kendilerinin belirleyeceği düzenlenmiştir. Bu neticede Paraguay kapalı liste nisbi temsil D'hont usulünü belirleyip 5 parlamento üyesini seçmiştir. Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation*, 64.

⁴⁹ Ortak Pazar Konseyi'nin 11/14 sayılı Kararı.

⁵⁰ Ortak Pazar Konseyi'nin 09/20 Sayılı Kararı.

⁵¹ Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation*, 61, 62.

⁵² Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation*, 62.

⁵³ PARLASUR bu görevini 2007 tarihinde kurulan "MERCOSUR Parlamentosu Demokrasi Gözlemevi" vasıtasıyla yerine getirmektedir. Lucci, *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalemate. Analysis six years after its formation*, 62, 63.

B. AB VE MERCOSUR'UN KURUMSAL YAPILARININ MUKAYESESİ

AB'nin kurumsal yapısı kurulduğu günden bugüne sürekli bir değişime sahne olmuştur. İlk başta hükümetler arası örgütler olarak kurulan AKÇT, AET ve AAET bünyelerinde oluşturulan organlar daha sonra üç örgütü de kapsayacak şekilde birleştirilmiş nihayetinde ise AB'nin kurulması ile AB bünyesindeki organlara dönüşmüşlerdir. MERCOSUR'un kurumsal yapısı ile karşılaştırmak adına AB'nin halihazırdaki kurumsal yapısı esas alınacak fakat AB kurumlarının yukarıda zikredilen dönüşüm sürecindeki görünümleri de MERCOSUR organlarının örgütün ulusüstü yapıya dönüşümündeki durumları ve gelecekleri üzerinde tespitlerde bulunmak adına dikkate alınacaktır.

AB ile MERCOSUR'un kurumsal yapısında birçok benzerlik bulunmaktadır.⁵⁴ Söz konusu benzerlikler diğer birçok bölgesel entegrasyonu amaçlayan uluslararası örgüt gibi MERCOSUR tarafından da AB'nin örnek alınmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan MERCOSUR'un bazı kurumsal yapıları ve uygulamaları da AB kurumlarının daha önceki hallerine benzerliklere de sahiptir.

1. Ortak Pazar Konseyi ve Avrupa Konseyi (Avrupa Birliği Zirvesi) ile Bakanlar Konseyi

Avrupa Konseyi (Avrupa Birliği Zirvesi) ve MERCOSUR'un Ortak Pazar Konseyi hem ismen hem de bazı işlevleri açısından birbirine benzerlik göstermektedir. Her iki organ da örgütlerinin en yüksek politika belirleme organı olup Avrupa Konseyi ve MERCOSUR Ortak Pazar Konseyi, bakanlar seviyesindeki temsilcilerden, devlet veya hükümet başkanlarından oluşur.⁵⁵ Her ne kadar Ortak Pazar Konseyi ilk başta Avrupa Konseyi gibi devlet başkanları veya hükümet başkanları seviyesinde bir organ olmasa da sonradan yapılan düzenlemeler gereği altı ayda bir yapılan toplantılara devlet başkanı seviyesinde katılım gerçekleştirilmesi planlanmıştır. İki organ da örgütlerin yürütme kanadını temsil etmekte, bu yönde yetkilere sahip bulunmaktadır. Bu kapsamda örgütlerin aldığı kararların devletler nezdindeki meşruiyeti bu organlar eliyle sağlanmaktadır. Örgütün genişlemesi ve bütünleşme sürecinin gelişiminde bu iki organ da kendi örgütleri içerisinde belirleyici konumdadır. Söz konusu iki organın işlevleri bakımından karşılaştırılması için ilgili andlaşmalarda düzenlenen görevlerinin ve yapısının incelenmesi faydalı olacaktır.

İki organ arasındaki ilk farklılık başkanlık yapısına ilişkindir. Yukarıda da açıklandığı üzere Ortak Pazar Konseyi'nde dönemsel başkanlık sistemi geçerlidir ve Konsey başkanlığı üye devletler arasında alfabetik sırayla değişmektedir. Ortak Pazar Konseyi'nin söz konusu dönemsel başkanlık usulü Avrupa Konseyi'nin ilk

⁵⁴ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 104.

⁵⁵ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 105.

halinde yer alan usul ile aynıdır. Avrupa Konseyi'nde de ilk başlarda altı aylık dönemlerle üye devletlerin hükümet başkanları Konsey Başkanlığı görevini yürütmekteyken Lizbon Andlaşması ile bu başkanlık usulü kaldırılmış ve yerine daimî başkanlık makamı teşkil edilmiştir.⁵⁶ Lizbon Andlaşması'nın 15'inci maddesi ile gelen usule göre Avrupa Konseyi başkanı hükümet başkanları dışından iki buçuk yıllık bir süre ile nitelikli çoğunluk ile seçilmektedir. Avrupa Konseyi'nin bu şekilde ayrı bir başkanlık makamı tesis etmesi Birliğin iradesinin hükümet başkanlarının iradesinden ayrıştırılması anlamında önemlidir. Bu kapsamda ayrı ve daimî bir başkanlık makamı ulusüstü bir yapının da bir gerekliliğidir.

Avrupa Konseyi, AB'nin organlarına üye atamalarının yapılması, örgüte yeni üyelerin alınması veya üyelikten çıkarılması, kurucu andlaşmaların basitleştirilmiş prosedür uyarınca tadil edilmesi, üye devletlerdeki demokratik düzenin ve değerlerin tehdit edildiğinin tespiti gibi temel görevlere sahiptir. Avrupa Konseyi'nin söz konusu yetkileri yukarıda sayılan Ortak Pazar Konseyi'nin yetkileri ile benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda Ortak Pazar Konseyi de Avrupa Konseyi gibi örgüte yeni üye alımlarında başvuru ve bütün üye ülkelerin ve Ortak Pazar Grubu'nun olumlu kararları sonrasında örgüte katılma kararını onaylayan organdır. Avrupa Konseyi'nin basitleştirilmiş prosedürünün aksine Ortak Pazar Konseyi'nin andlaşmaları tadil etme noktasında bir yetkisi bulunmamaktadır.

Her iki örgütün de üye ülkelerdeki demokratik düzenlerin bozulması neticesinde işletecekleri ve bu sayede demokratik düzenin bozulduğu devlete, üyeliği askıya alma, belirli haklardan yoksun kılma gibi yaptırım uygulayabileceği mekanizmaları mevcuttur. Bu kapsamda Avrupa Birliği'nde AB Andlaşması'nın 7'nci maddesinde bir düzenleme yer alırken MERCOSUR bünyesinde bu mekanizma "MERCOSUR'da Demokratik Katılım Hakkında Ushuaia Protokolü" (Ushuaia Protokolü) ile düzenlenmiştir. Her iki mekanizma içerisinde Avrupa Konseyi ve Ortak Pazar Konseyi'nin görevleri olmakla birlikte AB Andlaşması'nın 7'nci maddesinde düzenlenen mekanizma Avrupa Konseyi'ne (Avrupa Birliği Zirvesi) bu konuda daha ciddi yetkiler vermektedir. AB Andlaşması'nın 7'nci maddesine göre "... üye devletlerin üçte birinin veya Avrupa Komisyonu'nun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra..." oybirliği ile Avrupa Konseyi 2'nci maddedeki ilkelerin ciddi ve sürekli ihlalini tespit edebilmekte ve bu tespit neticesinde ilgili devletin Konsey'deki oy haklarını ve Birliğin andlaş-

⁵⁶ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 112. Dönem başkanının AT/AB dönem başkanlığını yürüten devlet mi olduğu yoksa bu devletin hükümet başkanının mı olduğu bu noktada tartışmalıdır. Buna ek olarak Lizbon Andlaşması ile gelen daimi başkanın nasıl bir başkan olacağı, yetkilerinin neler olacağı gibi hususlar da tartışılmıştır. Ercüment Tezcan, "Avrupa Konseyi/ Avrupa Birliği Zirvesi", *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar, Politikalar*, ed. Belgin Akçay - İlke Göçmen (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 179.

malarından kaynaklanan diğer haklarını askıya alabilmektedir. MERCOSUR'da ise Ushuaia Protokolü'nün 5'nci maddesi bu yetkiyi üye devletlere vermiş ve üye devletlerin temsilcilerinin oybirliği ile alacağı karar ile demokratik düzenin bozulduğu veya tehdit edildiği ülkenin üyelikten doğan haklarını askıya alabilmektedir. MERCOSUR'da bu mekanizma içerisinde Ortak Pazar Konseyi yalnızca üye devletlerin aldığı bu kararın uygulanmasını Ortak Pazar Grubu'ndan talep etme noktasında görevlidir.

Öte yandan Avrupa Birliği'nin Bakanlar Konseyi bir yandan bakanlar seviyesinde bir organ olması nedeniyle Ortak Pazar Konseyi ile benzeşirken aynı zamanda Ortak Pazar Konseyi bünyesindeki Bakanlar Toplantısı ile işlevsel açıdan ilintilidir. Avrupa Birliği'nin Bakanlar Konseyi AB Andlaşması'nın 16'ncı maddesi uyarınca toplantının konusuna göre her üye devletten, o devleti taahhüt altına sokabilecek ilgili bakanın katılımı ile toplanmakta ve nitelikli çoğunluk ile AB'nin politika belirleme ve koordinasyon işlerini yerine getirmektedir.⁵⁷ MERCOSUR Bakanlar Zirvesi de benzer şekilde Ortak Pazar Konseyi'nin planlaması dahiline fakat Ortak Pazar Konseyi'nden bağımsız olarak üye devletlerin ilgili konudaki bakanlarının toplanması ile teşkil edilmekte ve bütünleşmenin ekonomik alanın dışında diğer politik alanlara da yayılmasına yönelik çalışmalar üstlenmektedir.⁵⁸

2. Ortak Pazar Grubu ve Avrupa Komisyonu

MERCOSUR ile AB'nin bir diğer benzer organları AB Komisyonu ve Ortak Pazar Grubu'dur. Komisyon'un Grup'dan en önemli farkı komisyon üyelerinin üye devletlerce gönderilmesine rağmen bir ölçüde gönderen ülkeden bağımsız hareket edebilmesi⁵⁹, en azından yürütmeden ayrışabilmesi söz konusu iken Grup'un üyeleri doğrudan yürütmenin içerisinde dahil olan bakanlardan oluşmaktadır. Grup'un bu üye yapısı onun Komisyon gibi üye ülkelerden kendini soyutlamasını ve örgütün menfaatine hareket etmesini imkânsız kılmaktadır.⁶⁰

Her iki organın görevleri açısından bakıldığında ise benzer görevler olmakla birlikte bu görevlerin muhteviyatı itibarıyla farklılıklar da mevcuttur. Örneğin Grup her ne kadar OPP madde 14'te sayıldığı üzere örgütün andlaşmalarına uyulmasını gözlemlene yetkisini haiz ise de Komisyon'un Avrupa Birliği Anayasası (ABA) 17/1'inci maddesi ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın (ABİA) 258'inci maddesindeki ihlal davası yolu gibi yetkilerinin aksine üye ülkelerin Birlik hukukuna uymasını denetleyecek enstrümanlardan yoksundur.

⁵⁷ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 116.

⁵⁸ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 42.

⁵⁹ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 123.

⁶⁰ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 106.

Grup'un diğer yetkileri Komisyon'un ABA'nın 17'nci maddesinde sayılan görevleri ile paralellik göstermektedir. Buna göre iki organ da yürütme organı görevini üstlenmekte ve bu kapsamda karar alma yetkisine sahip bulunmaktadır. Öte yandan her iki organ da üçüncü taraflarla örgütleri adına ticaret ve iş birliği andlaşmaları müzakere edebilmektedir. Komisyon AB Konseyi'ne sunmak üzere yasa teklifi hazırlama görevine sahipken⁶¹ Grup da Ortak Pazar Konseyi'ne sunmak üzere taslak kararlar oluşturabilmektedir.

3. PARLASUR ve Avrupa Parlamentosu (AP)

Her iki örgüt de kuruluşlarından bugüne bütünleşme sürecinde üye devletlerin parlamentoları arasında diyalog kurmak ve bütünleşme sürecini hızlandırmak amacıyla bir parlamentoya veya meclise sahiptir. AP⁶², AB'nin temelini teşkil eden AKCT, bünyesinde "Meclis" adı altında ihdas edilmiş bir organ iken sonra AAET ve AET'nin kurulması ile bu kurumların meclisi olarak da görev yapmıştır.⁶³ Bu dönemde yetkileri oldukça sınırlı olan ve tavsiye niteliğinde kararlar alabilen meclisin yetkileri ilerleyen yıllarda giderek artmıştır.⁶⁴ 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi'nden beri "parlamento" olarak adlandırılan organ bugün, AB Andlaşması'nda düzenlendiği şekliyle AB'nin Bakanlar Konseyi ile birlikte yasa organı haline gelmiştir.

PARLASUR, AP'nin önceden sahip olduğu gibi yalnızca icrai olmayan yetkilerle donanmıştır ve tavsiye niteliğinde kararlar verebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında PARLASUR AP'nin tarihsel süreçte yaşadığı dönüşümün başlarına tekâmül edecek bir noktadadır.⁶⁵ Bu noktada MERCOSUR üyesi devletlerin PARLASUR'u AP gibi daha etkin ve örgüt içerisinde denetim yetkileri olan bir organ haline getirme idealine sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Zira PARLASUR'u teşkil eden protokolün ilk taslaklarında PARLASUR'un örgütün bütçesi üzerinde söz sahibi olacağını ve MERCOSUR Teknik Sekreterliği Direktörünü atayacağını düzenleyen hükümler üye ülkelerin talepleri doğrultusunda kaldırılmış ve protokolün son halinde bu hükümler yer almamıştır.⁶⁶ Bu durum en azından PARLASUR'un kurulduğu yıllarda üye ülkelerin PARLASUR'a icrai yetkiler devretme konusundaki isteksizliğini göstermektedir.

⁶¹ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 125.

⁶² Avrupa Parlamentosu'nun tarihsel süreçte her zaman "parlamento" olarak adlandırılmamıştır. Avrupa'daki bütünleşmeyi başlatan AKÇT zamanında "Meclis" olarak adlandırılan organ 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi le kurucu andlaşmalarda "parlamento" olarak anılmaya başlamıştır. Ercüment Tezcan, "Avrupa Parlamentosu", *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, ed. Belgin Akçay - İlke Göçmen (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 149.

⁶³ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 124; Tezcan, "Avrupa Parlamentosu", 149-150.

⁶⁴ Tezcan, "Avrupa Parlamentosu", 167 vd.

⁶⁵ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 105.

⁶⁶ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*.

AP Birlik kararlarına meşruiyet kazandıracak şekilde teşkil edilmiş bir organ olarak, AB Komisyonu'nu denetlemek adına bazı yetkilere sahipken PARLASUR bu yönde yetkilerle donatılmamıştır. Bu kapsamda PARLASUR'un örgütün demokratik meşruiyetini sağlayacağı ve örgütün kararlarına meşruiyet kazandıracığı yönündeki görüşlerin, AB örneğinde AP'nin işlevi dikkate alınarak ifade edildiği, fakat örgüte üye devletlerin parlamentolarına hesap vermeyen Komisyon'un hesap verilebilirliğini sağlamak adına AP'ye yüklenen misyonun aksine MERCOSUR'da Grup üye devletlerin parlamentoları tarafından denetlenen hükümetlerin temsilcilerinden oluştuğu için Grup'un ayrıca PARLASUR tarafından denetlenmesinin gerekmediği, PARLASUR'un bu nedenle AP'ninki gibi yetkilere sahip olmasının gerekmediği ifade edilmektedir.⁶⁷

AP ve MERCOSUR'un üyelik yapısı da bazı benzerlikler içermekle birlikte bu iki yapının üyelik yapısı farklılıklara da sahiptir. Her iki organ özelinde de parlamento üyeliklerinin üye devletlere nasıl dağıtılacağı tartışmalıdır. Avrupa Parlamentosu üyeleri AB üyesi devletlere temelde nüfusa dayalı olarak belirli bir oranda dağıtılmaktadır. Bu noktada üye devletlerin vatandaşlarının eşit şartlarda temsili gözetilirken aynı zamanda nüfusu fazla olan devletlerin parlamentoya hâkim olmasına mâni olacak bir formül geliştirilmiştir.⁶⁸ Söz konusu formül “azalan nispi formül” olarak tanımlanmaktadır. Bu formül ile hem nüfusu az olan ülkelerinin temsil gücü korunurken hem de nüfusu fazla olan ülkelerin de nüfusları ile orantılı olarak daha fazla temsil edilmeleri sağlanmış, ayrıca parlamenter sayısı belirli bir oranda tutulmuştur.⁶⁹ PARLASUR açısından da yukarıda anlatıldığı üzere parlamento üye sayıları belirlenirken “azaltılmış oransal paylaşırma” metodu esas alınmış ve AP'dekine benzer şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir.

Öte yandan AP ve MERCOSUR'un üyelerini belirleme yolları da benzerlikler içermektedir. AP ve AP öncesi AKÇT, AET gibi kurumlardan beridir Avrupa Birliği bütünleşmesinde Parlamento daima üye devletlerde yapılacak doğrudan ve tek bir biçimde yapılacak seçimlerle üyelerini belirlemektedir.⁷⁰ Her ne kadar bu husus ilgili örgütlerin andlaşmalarında öngörülse de AB bünyesinde doğrudan seçimlerle belirlenen bir Parlamantonun varlığı daima tartışmalıdır. Bu kapsamda andlaşmalarda öngörülen doğrudan ve tek biçimli seçimler uzun yıllar gerçekleştirilememiştir.⁷¹ 1974 tarihli Paris Zirvesi parlamento seçimlerine ilişkin önemli

⁶⁷ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 108.

⁶⁸ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 82 vd.

⁶⁹ Avrupa Parlamentosu'nun üye yapısına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tezcan, “Avrupa Parlamentosu”, 149-152.

⁷⁰ Tezcan, “Avrupa Parlamentosu”, 155.

⁷¹ Tezcan, “Avrupa Parlamentosu”, 155-156.

kararların alındığı bir zirve olarak önem arz etmektedir. Bu zirvede üye ülkelerde tek biçimli olmasa da doğrudan seçimlerin 1978 yılından itibaren yapılması planlanmış, Haziran 1979'da ilk seçimler yapılmıştır.⁷² Akabinde Amsterdam Andlaşması ile tek biçimli seçimden vazgeçilirken 2002 yılındaki kararlarla AP üyelerinin seçimlerinde bazı kriterler getirilmiştir.

PARLASUR'da ise yukarıda anlatıldığı üzere en başında üyelerin üye devletlerde yapılacak doğrudan seçimlerle belirlenmesi gibi bir yöntem benimsenmemiştir. En başında benimsenen kural Ortak Parlamenter Komisyon ve sonrasında PARLASUR üyelerinin üye devletlerin ulusal parlamentolarından belirli sayıda üyenin seçilmesi ile organların üyelik yapısının teşekkül etmesidir. Fakat ilerleyen yıllarda bu durum değişmiş ve AP'deki gibi PARLASUR üyelerinin üye devletlerde yapılacak doğrudan seçimlerle belirlenmesi yönünde bir irade ortaya çıkmış ve karar alınmıştır. Fakat ilk olarak 2010 yılı hedef olarak belirlense de bu hedef önce 2020'ye sonra 2030'a ertelenmiş ve parlamento üyelerinin doğrudan seçimlerle belirlenmesi ilkesi hayata geçirilememiştir. Bu noktada yalnızca Paraguay'da yapılan doğrudan seçimler ile bir dönemle sınırlı olarak Arjantin'de yapılan doğrudan seçimler istisna teşkil etmektedir. Söz konusu süreç, PARLASUR üyelerinin üye devletlerde yapılacak doğrudan seçimlerle belirlenmesi açısından henüz başarıya ulaşmış görünmese de AP'nin de doğrudan seçimleri gerçekleştirme sürecinde birçok tartışmaya konu olduğunu ve doğrudan seçimlerin andlaşmalarda öngörülmelerinden yıllar sonra ancak gerçekleştirilebildikleri unutulmamalıdır. Sonuç olarak PARLASUR'da doğrudan seçim idealinin henüz gerçekleşmese de ileride gerçekleşeceğine dair bir umut vaat ettiğini söylemek mümkün görünmektedir.

4. MERCOSUR Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu ve AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi

Hem MERCOSUR hem de AB, örgüt bünyesinde iş dünyasının ve toplumsal grupların çıkarlarını temsil eden bir organa da sahiptir. Bu bağlamda AB bünyesinde Ekonomik ve Sosyal Komite bulunurken MERCOSUR bünyesinde ise Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu bulunmaktadır.⁷³ MERCOSUR Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu, ekonomik ve sosyal konularda danışma organı işlevi görmektedir. Forum, üye ülkelerin sektör temsilcileri, işçi ve işveren örgütleri içerisinden ulusal yetkiye bağlı olarak farklılaşacak şekilde fakat eşitlik ilkesi dahilinde seçilecek, her üye devletten eşit sayıda üyeden oluşmaktadır ve ekonomik ve sosyal sektörlerin de karar alma sürecine dahil olmasını hedefler. Forum görüşlerini Grup'a tavsiye niteliğindeki kararlar ile iletmektedir.

⁷² Tezcan, "Avrupa Parlamentosu", 156.

⁷³ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 105.

AB'nin Ekonomik ve Sosyal Komitesi ise 1958 Roma Andlaşması ile kurulmuştur ve MERCOSUR Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu'na benzer şekilde ekonomik sektörlerin temsilcilerini bir araya getirerek karar alma süreçlerine dahil etmeyi hedefler.⁷⁴ Komite'nin üyeleri Avrupa Konseyi tarafından atanmaktadır ve işverenler ve ticaret odaları, işçiler ve sendikalar ile çeşitli meslek gruplarından oluşacak şekilde üç gruptan oluşur. MERCOSUR Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu'ndakine benzer şekilde danışma organı işlevi gören ve bazı durumlarda ihtiyari bazı durumlarda zorunlu olarak başvurulması öngörülen⁷⁵ Komite, kendi inisiyatifi ile ilgili konularda görüşlerini de bildirebilmektedir.⁷⁶

İki organın da işlevi bu kapsamda birbiri ile benzer şekilde ekonomik bütünleşme süreci içerisinde karar alma süreçlerine çeşitli sektörlerin temsilcilerini dahil ederek hem karar alma süreçlerini demokratikleştirmek hem de bu sayede alınan kararları meşru bir zemine oturtmaktır. Ekonomik bütünleşmeyi hedefleyen her bölgesel örgütlenmede benzer organlar mevcut olsa da 1958 gibi çok erken bir tarihte kurulan AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin hem MERCOSUR'a hem de diğer bölgesel örgütlere bu kapsamda örnek teşkil ettiğini söylemek mümkün görünmektedir.

5. MERCOSUR İdari Sekreterliği ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği

Her iki örgüt de idari işlerini yürütmek adına bir sekreteryaya sahiptir. Fakat MERCOSUR'un sekreteryası olan MERCOSUR İdari Sekreterliği AB'nin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine nazaran çok daha küçüktür.⁷⁷

Her iki örgütün merkezleri örgütlerin üyesi olarak baskın durumda olan üye ülkelerde değil, görece küçük olan diğer ülkelerde bulunmaktadır. MERCOSUR'un merkezi Uruguay'ın başkenti Montevideo'da yer alırken AB'nin merkezi Belçika'nın Brüksel şehrinde yer almaktadır. Böylece üye ülkeler arasında olası bir uyuşmazlığın ortaya çıkması önlenmiş ve entegrasyon açısından bütün üye ülkelerin önemi vurgulanmıştır.⁷⁸ Ayrıca her örgütün de yargı organı merkezlerinin bulunduğu yerden farklı bir yere konumlandırılmıştır. MERCOSUR'un Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi Asunción'da yer alırken AB'nin Adalet Divanı Lüksemburg'da yer almaktadır. Böylece yargı organlarının yürütmenin etkisinden uzak olması amaçlanmıştır.⁷⁹

⁷⁴ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 152.

⁷⁵ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 152.

⁷⁶ Özkan, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, 172-173.

⁷⁷ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 107.

⁷⁸ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 105.

⁷⁹ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 105.

III. MERCOSUR VE AB'NİN NORMATİF KAYNAKLARININ MUKAYESESİ

Bütün uluslararası örgütler kurulmaları ile birlikte normatif bir düzen inşa etmekte bu düzen dahilinde amaçlarını gerçekleştirme ve faaliyetlerini sürdürme imkânına sahip olmaktadır. Örgütlerin kurucu andlaşmalar, diğer uluslararası hukuk süjeleri ile yaptığı uluslararası andlaşmalar, bu andlaşmalara ek protokoller, organlarının aldığı kararlar gibi yollar ile ihdas ettiği normların bazıları üye devletleri bağlamakta, bazıları bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğine sahip olmakta, bazıları uluslararası örgütün işleyişine ilişkin iken bazıları üye devletlerin iç hukuk düzenlerine veya uluslararası topluluğun düzenine sirayet etmektedir. AB'nin ve MERCOSUR'un da bu kapsamda birer normatif hukuk düzenleri mevcuttur. AB Hukukunun bu kapsamda uluslararası hukuktan farklı olarak kendine özgü bir topluluk hukuku teşkil ettiği ifade edilmektedir.⁸⁰ Fakat AB Hukukunda olduğu gibi uluslararası hukuktan müstakil olarak bir MERCOSUR hukukunun var olup olmadığı, MERCOSUR'un ulusüstü bir teşkil etmemesi nedeniyle tartışmalıdır.⁸¹ Zira MERCOSUR'un hem kurucu andlaşmaları hem de organlarının aldığı kararlar üye devletlerin iç hukuklarına aktarılmak mecburiyetinde olup AB'de olduğu gibi doğrudan uygulanamamaktadır. Fakat geniş bir açıdan bakıldığında her ne kadar MERCOSUR ulusüstü bir yapı olmasa ve doğrudan uygulanabilen normlar öngöremese de kurucu andlaşmaları ve protokolleri ve organlarının aldığı kararlar ile normatif bir düzen öngörmektedir. Bu noktada öngörülen normatif düzenin uluslararası hukuktan ayrı bir hukuk mu teşkil ettiği yoksa uluslararası hukuk içerisinde mi ele alınması gerektiği tartışması baki olmakla birlikte MERCOSUR'un öngördüğü söz konusu normatif düzeni "MERCOSUR hukuku" olarak adlandırmak mümkün görünmektedir.

Her iki örgütün normatif hukuk düzeni belirli hukuk kaynaklarına dayanmakta ve bu kapsamda sınıflandırılmaktadır. Bu bağlamda her iki örgütte de var olan ve bu sayede mukayeseye imkân tanıyan birincil ve ikincil normlar sınıflandırması temel alınarak MERCOSUR hukuku ile AB Hukuku incelenecektir. Bu kapsamda birincil kaynaklar örgütlerin kurucu andlaşmalarını ve bunlara ek protokolleri ve hukukun genel ilkelerini, ikincil kaynaklar ise geçerliliğini birincil kaynaklardan alan örgüt bünyesindeki organların kararlarından meydana gelmektedir.

MERCOSUR hukukunun kaynaklarının bu bağlamda ele alınması ve AB hukukunun kaynakları ile mukayese edilmesi hem MERCOSUR hukukunu anlamayı kolaylaştıracak hem de iki örgütün hukuk düzenleri arasındaki farklılıkları ortaya çıkararak ulusüstü bir örgüt olan AB'ye kıyasla bu yoldaki MERCOSUR'un yerini tespit etmeyi sağlayacaktır.

⁸⁰ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 160.

⁸¹ Jan Kleinheisterkamp, "Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law/Community Law", *Law and Business Review of the Americas* 6/1 (2000), 8.

A. MERCOSUR'UN NORMATİF KAYNAKLARI

MERCOSUR hukukunu nelerin teşkil ettiğine dair ilk düzenleme AA olmakla birlikte MERCOSUR hukukunun kaynakları saymak suretiyle, esaslı olarak OPP'nin 5'inci bölümünde, 41 ve 42'nci maddelerde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde söz konusu kaynaklar sayılmakla birlikte bu kaynaklar arasında bir hiyerarşi olup olmadığına ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir.

1. Birincil Kaynaklar

MERCOSUR hukukunun birincil kaynakları MERCOSUR'un kurucu andlaşmaları ve bunlara getirilen ek protokollerdir.⁸² Asunción Andlaşması ve ona getirilen beş ek protokol, Ouro Preto Protokolü, Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Brasilia Protokolü, Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Olivos Protokolü ve MERCOSUR Parlamentosunu Kuran Protokol bu kapsamda MERCOSUR'un birincil hukuk kaynaklarını teşkil etmektedir.⁸³ Bunlara ek olarak hukukun genel ilkelerinin AB'de olduğu gibi MERCOSUR için de birincil hukuk kaynağı olduklarını söylemek mümkündür. Zira Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Olivos Protokolü'nün 34'üncü maddesi Ad Hoc Tahkim Mahkemesi ve Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'nin topluluk hukukuna ilişkin üye devletler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku düzenlerken kurucu andlaşmalar, ek protokoller ve ikincil normların yanı sıra uluslararası hukukun geçerli ilkelerini de saymıştır.

2. İkincil Kaynaklar

MERCOSUR hukukunun ikincil kaynakları ise örgüt organlarının ürettikleri normlardır. Bu kapsamda Ortak Pazar Konseyi'nin Kararları, Ortak Pazar Grubu'nun Rezolüsyonları, MERCOSUR Ticaret Komisyonu'nun Direktifleri ikincil kaynaklar olarak sayılabilir. Ayrıca 2006 yılında PARLASUR'un kurulması ile Parlamento tarafından alınan görüş, tavsiye rapor, öneri gibi karar türleri de ikincil normlara dahil olacak şekilde ihdas edilmiştir.

Bunlar içerisinde Konsey kararları, Grup rezolüsyonları ve Komisyon'un direktifleri bütün üye devletler için bağlayıcıdır. Fakat bu normların bağlayıcılık teşkil etmesi için ilk önce üye devletlerin üç hukuk düzenleri içerisine entegre edilmesi gerekir. Bunun akabinde onaylayan üye devletler bu hususta MERCOSUR idari sekreterliğini bilgilendirecektir. MERCOSUR İdari Sekreterliğinin bütün üye devletler tarafından gönderilen onay bildirimlerinin en sonucusunu teslim almasından itibaren 30 gün sonra yürürlüğe girecektir. MERCOSUR hu-

⁸² Belén Olmos Giupponi, "International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship", *Leiden Journal of International Law* 25/3 (2012), 709.

⁸³ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 59. Giupponi, "International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship", 710.

kukunun bu ikincil normları açıklanan şekilde iç hukuklara entegre edilmeyi gerektirdiğinden doğrudan uygulanabilir normlar değildirler.⁸⁴

İkincil normların üye devletlerin üç hukuklarına nasıl entegre edileceği ise üye devletlere bırakılmıştır. Bu durum iç hukuklara entegre edilen topluluğun ikincil normlarının iç hukuk ile hiyerarşik ilişkisinin üye devletlerde farklılaşmasına neden olmaktadır.⁸⁵

B. AB'NİN NORMATİF KAYNAKLARI İLE MUKAYESE

AB Hukukunun temel kaynaklarını da birincil ve ikincil kaynaklar olarak sınıflandırmak mümkündür. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), hukukun genel ilkelerini de Birlik hukukuna dahil kaynaklardan kabul etmektedir. Bunlara ek olarak üçüncü taraflarla Birlik tarafından yapılan anlaşmalar, yazılı olmayan Birlik hukuku kuralları ve ABAD kararları gibi diğer hukuk kaynaklarının da olduğu ifade edilmektedir.⁸⁶ Birlik'in birincil kaynakları MERCOSUR hukukuna benzer şekilde kurucu anlaşmalar ve bunlara ek protokollerden oluşmaktadır. Fakat AB'nin daha uzun süreli ve daha gelişkin entegrasyon süreci MERCOSUR hukukundan hem sayıca daha fazla hem de derinlemesine daha yoğun düzenlemeleri barındıran kurucu anlaşmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. AB hukukunun ikincil kaynakları da MERCOSUR hukukuna benzer şekilde organların aldıkları çeşitli şekillerdeki kararlardan müteşekkildir. AB hukukun ikincil normlarının MERCOSUR hukukundan en önemli farkı bu ikincil normların iç hukuklarda onaylanmasına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilme kabiliyetine sahip olmalarıdır. Diğer bir ifadeyle AB Hukuku özel kişilere doğrudan uygulanan ve bu kişilerin üye devletleri harekete geçirebilecekleri normlara sahip iken MERCOSUR hukuku direkt etkiye sahip normlardan yoksundur.⁸⁷

MERCOSUR bünyesinde alınan kararların ve imzalanan anlaşmaların üye ülkelerde iç hukukun gerektirdiği usullerle iç hukuka dahil edilmesi gerekmekte ve bunun tüm üye devletler tarafından sekreterliğe bildirilmesinden itibaren 30 gün sonra ilgili norm yürürlüğe girmektedir. Bu düzenleme AB pratiği ile farklılık arz etmekte ve örgütün hukuki işleyişini yavaşlatmaktadır. AB ülkeleri AB normlarının uygulanmasına ilişkin iç hukuk düzenlerinde gerekli düzenlemeleri yapmışlarken MERCOSUR ülkeleri içerisinde sadece Arjantin ve Paraguay'ın benzer düzenlemeleri yaptığı yeknesak olarak üye ülkelerin AB'dekine benzer düzenlemelere sahip olmadığı ifade edilmektedir.⁸⁸

⁸⁴ Giupponi, "International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship", 713.

⁸⁵ Kleinheisterkamp, "Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community LawCommunity Law", 11.

⁸⁶ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 159.

⁸⁷ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 109.

⁸⁸ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 110.

AB hukukunun kaynakları arasında yer alan hukukun genel ilkeleri de MERCOSUR hukukundakinden çok daha önemli ve kapsamlı bir hukuk kaynağıdır. MERCOSUR hukukunda da OPP'nin 41'inci maddesinde hukukun genel ilkeleri zikredilmiştir fakat ABAD'ın yargısal yetki sınırları içerisinde, hukukun genel ilkelerini bir hukuk kaynağı olarak kabul ederek bu kaynaktan Birliğin diğer normlarında düzenlenmeyen hususları, aktif bir rol üstlenerek Birlik hukukuna dahil ettiği söylenebilir. Bu kapsamda özellikle temel insan haklarını Birlik hukukuna dahil etme noktasında ABAD hukukun genel ilkelerine dayanmaktadır.⁸⁹

AB hukuku içerisinde hiyerarşi MERCOSUR hukukundakine benzerdir. Her iki örgüt hukukunda da birincil normların ikincil normlardan üstün olduğunu ve ikincil normların birincil normlara uygun olmasının gerektiğini söylemek mümkündür. Öte yandan ikincil ve birincil normların kendi içlerinde bir hiyerarşiye sahip olup olmadığı noktasında AB hukukunun ikincil normlarının birbirlerine eşit olduğu yorumunu⁹⁰ MERCOSUR için de yapmak mümkündür.

IV. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMALARI KAPSAMINDA MERCOSUR VE AB'NİN MUKAYESESİ

MERCOSUR hukukunda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ilk kaynak Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Brasilia Protokolü iken bu protokolün yerini daha sonra Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Olivos Protokolü almıştır. Bu kapsamda MERCOSUR bünyesindeki uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve yargısal sistem AB'dekinin aksine çoğunlukla yalnızca devletler arasındaki uyuşmazlıklara odaklanmıştır. Öte yandan ilgili protokollerden düzenlenen uyuşmazlık çözümleri yolları uluslararası hukukun uluslararası bir örgüt içerisindeki iki devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin genel yapısını korumakta, ilk olarak taraf devletlerin ikili görüşmelerini öngörmekte, akabinde Tahkim Mahkemesi ve örgüt bünyesindeki bir daimî mahkeme önüne uyuşmazlığın götürülmesini öngörmektedir.

AB'nin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeleri ve yargısal sistemi ise daha farklı bir mahiyettedir ve ulusüstü bir yapının da gereği olarak ciddi yetkilerle donatılmıştır ve devletler dışında diğer gerçek veya tüzel kişilerin de doğrudan başvurabildikleri daha karmaşık bir yargısal sistem teşkil etmektedir. Bu bölümde ilk olarak MERCOSUR'un uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelerine yer verilecek daha sonra ise bu düzenlemeler AB ile mukayese edilecektir.

⁸⁹ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 171.

⁹⁰ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 177.

A. MERCOSUR DAHİLİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

MERCOSUR üyesi devletlerin uyuşmazlıklarının örgüt içerisinde çözümüne ilişkin süreç içerisinde farklı düzenlemeler öngörülmüştür. İlk olarak Asunción Andlaşması'nın akabinde imzalanan Brasilia Protokolü uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir usul oluşturmuştur. Daha sonra 2004 yılında yürürlüğe giren Olivos Protokolü ise Brasilia Protokolünün yerini alarak uyuşmazlık çözüm mekanizmasını güncellemiş ve genişletmiştir. Olivos Protokolüyle birlikte Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi adı ile sürekli bir mahkeme de teşkil edilmiştir.

Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi, Olivos Protokolü'nün 1'inci maddesinde öngörüldüğü üzere örgüt içerisindeki uyuşmazlıklarda mutlak yetkili yargı organı değildir. MERCOSUR hukukuna ilişkin olarak aralarında uyuşmazlık olan taraflar diğer uluslararası tahkim mahkemelerine başvurabilmektedir. Merkezi bir yargı organı olup AB'nin ortak Pazar etrafında entegrasyonunda önemli bir fonksiyonu olan ve Birlik hukukuna uyulmasını sağlayan ABAD'ın aksine MERCOSUR Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'nin örgüt içerisinde merkezi bir yargı organı olamadığı ve bu durumun hukukun sistematik ve yeknesak yorumuna engel olarak örgütün yargısal performansını olumsuz etkilediği ifade edilmektedir.⁹¹

Olivos Protokolü'ne göre üye devletler arasında MERCOSUR hukukunun yorumu, uygulanması ve ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda ilk olarak doğrudan görüşmeler ile çözüm aranmalıdır. Doğrudan görüşmelerin uyuşmazlığı çözme noktasında etkisiz kalması halinde taraf devletler MERCOSUR İdari Sekreteryasına başvurarak uyuşmazlığı doğrudan Olivos Protokolünde öngörülen Ad Hoc Tahkim Mahkemesine taşıyabilmektedir.⁹² Öte yandan Ad Hoc Tahkim Mahkemesi'ne gitmeden önce uyuşmazlığa taraf devletler uyuşmazlığı Grup önüne götürerek Grup'tan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tavsiye niteliğinde görüş de alabilmektedir. Ek olarak Olivos Protokolü'nün 23'üncü maddesi uyarınca uyuşmazlığa taraf devletler doğrudan görüşmelerin sonuçsuz kalmasının akabinde doğrudan Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'ne de başvurabilmektedir.

Ad Hoc Tahkim Mahkemesinin kararları taraflar için bağlayıcıdır. Uyuşmazlığa taraf devletler Ad Hoc Tahkim Mahkemesinin kararının yeniden incelenmesi için Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'ne başvurabilmektedir. Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi bu noktada bir yüksek yargı organına benzer şekilde Ad Hoc Tahkim Mahkemesinin kararını incelemekte ve bu kararı ve gerekçelerini onayabilmekte, düzeltebilmekte veya değiştirebilmektedir. Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi'nin kararları kesindir ve bütün üye devletler için bağlayıcıdır. Neticе olarak MERCOSUR hukukunun yorumlanmasında ve nasıl uygulanacağını

⁹¹ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 109.

⁹² Ad hoc Tahkim Mahkemesi'ne ilişkin hükümler Olivos Protokolü'nün 6. bölümünde düzenlenmektedir. Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, vd.

tespitinde nihai yetkili organ Daimî Gözden Geçirme Mahkemesidir. Öte yandan üye devletlerin MERCOSUR hukukunu ihlallerine karşı başvurulabilecek nihai organ olan Mahkeme MERCOSUR hukukunun da bekçisi konumundadır. Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi yargısal görevlerinin yanında danışma görüşü verme görevine de sahiptir. Konsey'in ihdas edeceği mekanizma dahilinde Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi danışma görüşü de vermektedir.

MERCOSUR bünyesinde üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü haricinde özel kişilerin de başvurabildikleri bir yargısal yol da mevcuttur. Üye devletlerden herhangi biri tarafından sınırlayıcı, ayrımcı veya haksız rekabet etkisine sahip yasal veya idari tedbirlerin benimsenmesi veya uygulanması ile bağlantılı olarak MERCOSUR hukukunun ihlal edilmesi halinde özel kişiler (bireyler veya tüzel kişiler) bu yola başvurabilmektedir. Bu durumlardan özel kişiler Ortak Pazar Grubu'nun ulusal bölümlerine yapacakları başvuru ile bu durumun Grup tarafından tespit edilmesini sağlamaktadır. Bu tespitin akabinde herhangi bir taraf devlet, bu durumun düzeltilmesi veya bu duruma yol açan düzenlemele- rin kaldırılması talebinde bulunabilmekte, bu talebe karşılık verilmez ise Ad Hoc Tahkim Mahkemesi usulüne başvurulabilmektedir.

B. AB DAHİLİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE YARGISAL YAPININ MERCOSUR İLE MUKAYESESİ

AB'de uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve yargısal yapı MERCOSUR'a göre çok daha gelişkindir. Bunda AB'nin üye devletler arasında MERCOSUR'a nazaran hem daha derin hem de daha yaygın bir entegrasyon sağlaması ve karmaşık ve yoğun bir hukuk sistemi tesis edilmesi ve de AB'nin MERCOSUR'un aksine ulusüstü bir yapı olması etkilidir.

AB Hukukunun uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme Genel Mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'dır (ABAD). Öte yandan AB Hukuku üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir normlar olduğu üzere üye devletlerin ulusal mahkemeleri de AB hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yetkilidir.⁹³ AB Hukukunda yargısal denetim iki başlık altında ele alınmaktadır. Bunlardan ilki AB Hukukunun denetimine ve bunlardan doğan zararların tazminine ilişkin iken bir diğer yargısal denetim türü üye devletlerin Birlik hukukuna uyumunun denetlendiği ihlal davalarıdır. Bunlara ek olarak AB hukukunu uygulayan ulusal mahkemelerin Birlik hukukunun yeknesak yorumunu sağlamak adına ön karar prosedürü adı verilen bir prosedür ile ABAD'a başvurabilecekleri bir yargı yolu da mevcuttur.

AB'nin uyuşmazlık çözümü ve yargısal denetim mekanizmaları AB'nin bir ulusüstü yapı olması nedeniyle MERCOSUR'daki yapıdan oldukça farklıdır.

⁹³ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 209.

MERCOSUR bu kapsamda hükümetler arası olarak tanımlanabilecek diğer bölgesel entegrasyon örgütleri gibi temelde üye devletler arasındaki uyumsuzlukların örgüt içerisinde çözülmesine odaklanmıştır.⁹⁴ AB’de ise Birlik normlarının doğrudan uygulanabilirliği neticesinde Birlik hukukunun normatif hiyerarşisine ve uygulanmasına ilişkin sorunların yargısal çözümü iç hukuklardakine benzer bir şekilde idari yargıda mevcut bulunan iptal ve tam yargı davaları gibi yolların ihdas edilmesini gerektirmiştir.

Bunun yanı sıra AB’nin yargısal düzeninde yer alan ihlal davaları da ulusüstü yapının bir gereği olarak Birlik hukukuna aykırı davranan veya yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlere karşı diğer devletlerin açabileceği bir dava türüdür. Bu bağlamda MERCOSUR’un yargısal düzeninde yer alan ve Olivos Protokolünde düzenlenen, devletler arasındaki MERCOSUR hukukuna ilişkin uyumsuzluklara dair çözüm yollarının AB’deki ihlal davaları ile işlevsel benzerliği mevcuttur. Fakat ihlal davalarında Komisyon’un rolü, gerçek ve tüzel kişilerin de Komisyon’a başvurarak ihlal davalarını tetikleyebilme kabiliyetinde olmaları ve ihlal davasının daha karmaşık olan yargısal süreci iki yargısal yolu birbirinden ayırmaktadır. Her iki yargısal yol da alınan mahkeme kararlarına üye devletler tarafından uyulmasına ilişkin tazminat gibi zorlayıcı yollara sahip olsa da AB’nin ihlal davalarında sahip olduğu zorlayıcılık çok daha ciddidir.

AB’nin yargısal mekanizmaları gerçek veya tüzel kişilerin de Birlik hukukunun yargısal denetimine dahil olmasını sağlayacak yollara sahiptir. Bu kapsamda gerçek veya tüzel kişiler Birlik tasarruflarına karşı iptal davası açabilmekte, Birlik hukukunu uygulamayan organlara karşı ihmal davası açabilmekte, AB’nin neden olduğu zararlara karşı tam yargı davası açabilmekte ve Birlik hukukuna uymayan devletlere karşı ihlal davası açılabilmesi için Komisyon’a başvuru yaparak Komisyonu harekete geçirebilmektedir. AB’de durum böyle iken MERCOSUR’da yargısal mekanizmalar genellikle üye devletler arasındaki uyumsuzluklara göre düzenlenmiştir. Gerçek veya tüzel kişiler yalnızca üye devletlerden herhangi biri tarafından sınırlayıcı, ayrımcı veya haksız rekabet etkisine sahip yasal veya idari tedbirlerin benimsenmesi veya uygulanması ile bağlantılı olarak MERCOSUR hukukunun ihlal edilmesi halinde bireysel olarak Grup’un ulusal bölümlerine başvuru yapabilmektedirler.⁹⁵ Gerçek veya tüzel kişilerin MERCOSUR’un yargısal düzeni içerisinde başvurabilecekleri yargısal yolların olmaması ve temelde bu devlet dışı kişilerin Ad Hoc Tahkim usulünü işletmemeleri literatürde eleştirilmektedir.⁹⁶

⁹⁴ Giupponi, “International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship”, 713.

⁹⁵ Giupponi, “International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship”, 715-716.

⁹⁶ Giupponi, “International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship”, 719.

Ouro Preto Protokolü ticari uyuşmazlıkların hızlı çözüme kavuşturulması adına Ticaret Komisyonu'na üye devletlerin ve özel kişilerin başvurabilecekleri bir yol da teşkil etmiş olmakla birlikte bu yolun 1995-1999 yılları arasında sadece 11 kez kullanıldığı ve bu durumun MERCOSUR'un uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının iyi işlemediğine delalet ettiği ifade edilmektedir.⁹⁷

ABAD'ın ön-karar prosedürüne benzer olarak MERCOSUR Daimi Gözden Geçirme Mahkemesi de ulusal mahkemelerin örgüt hukuku ile ilgili hususlarda mahkemeye başvurabilmesine imkan tanıyan bir mekanizmaya sahiptir.⁹⁸ Olivos Protokolüne göre MERCOSUR hukukunun yorumuna ilişkin hususlarda ulusal mahkemeler Daimi Gözden Geçirme Mahkemesi'ne danışma başvurusunda bulunabilecektir. MERCOSUR hukukunda öngörülen bu danışma görüşü yolu AB'nin ön karar prosedürüne göre hem uygulama alanı sınırlı hem de daha az etkindir. MERCOSUR'daki danışma görüşü yoluna yalnızca üye devletlerin Anayasa Mahkemeleri başvurabilecekken⁹⁹ AB'nin ön karar prosedürü üye devletlerin bütün ulusal mahkemelerine olduğu gibi mahkeme olmayan bazı ulusal mercilere dahi açıktır.¹⁰⁰ Öte yandan MERCOSUR'daki danışma görüşü yoluna başvurma noktasında ulusal yargı mercileri tam bir takdir yetkisine sahipken AB'de ön karar prosedürüne başvurmanın zorunlu olduğu haller de mevcuttur. Bu durumun MERCOSUR'daki danışma görüşü yolunu AB'nin ön karar prosedüründen daha az etkili hale getirdiği ifade edilmektedir.¹⁰¹

Neticede AB'nin yargısal sistemine göre oldukça az gelişmiş olan MERCOSUR yargısal sistemi ve uyuşmazlık çözümü yolları MERCOSUR açısından ABAD'ın AB'de sahip olduğu kadar büyük bir öneme sahip görünmemektedir. MERCOSUR'un az üyeli yapısı, az sayıdaki uyuşmazlık başvuruları ve göreceli olarak AB'den düşük olan ticari işlem hacmi göz önüne alındığında MERCOSUR Daimi Gözden Geçirme Mahkemesi'nin ABAD'ın AB bünyesinde olduğu gibi bölgesel entegrasyonun sağlanmasına kilit rol oynaması beklenmemektedir.¹⁰²

V. ULUSLARARASI ÖRGÜTTEN ULUSÜSTÜ YAPIYA DÖNÜŞÜM AÇISINDAN AB İLE MERCOSUR'UN MUKAYESESİ

MERCOSUR'un gelişim süreci üç döneme ayrılarak ele alınmaktadır. Buna göre ilk dönem, 1991-1998 yıllarını kapsayan "Altın Dönem"dir. Bu süreçte üye ülkeler arasında ekonomik entegrasyon sağlanmış, ticaret hacmi artırılmış

⁹⁷ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 110.

⁹⁸ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 109.

⁹⁹ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 83.

¹⁰⁰ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 244.

¹⁰¹ Filho vd., *The Law of MERCOSUR*, 83.

¹⁰² Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 111.

ve üyeler arasındaki ticareti zorlaştıran vergiler yeniden düzenlenmiş, ortak dış gümrük tarifesi gibi araçlar geliştirilmiştir. MERCOSUR hızlı ve başarılı bir şekilde daha çok ortak pazarın teşkil olunmasına yönelik başarılı adımlar atmıştır.¹⁰³ 1999-2003 arasındaki dönem ise gerileme dönemi olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde MERCOSUR'un iki öncü ülkesi Arjantin ve Brezilya arasındaki ekonomik problemlerin yarattığı uyuşmazlıklar ve sorunlar MERCOSUR'un gelişimini engellemiştir. Bu dönemde yaşanan sorunlar Arjantin Ekonomi Bakanı'nın MERCOSUR'u basit bir serbest ticaret bölgesine indirgeme teklifi ile tepe noktasına ulaşmıştır.¹⁰⁴ Sonraki dönem ise 2003'te üye ülkelerde gerçekleştirilen iç seçimler ve yönetim değişiklikleri ve 2006'da Venezuela'nın da MERCOSUR'a katılımı ile ivme kazanan bir reform dönemidir. Bu dönem içerisinde önce Paraguay'ın sonra Venezuela'nın demokratik düzenlerinin bozulması nedeniyle Ushuaia Protokolü kapsamında haklarının kısıtlanması ve üyeliklerinin askıya alınması önemli olaylardandır. 2017 tarihinden beridir devam edecek şekilde günümüzde de Venezuela MERCOSUR üyesi olarak kalmaya devam etse de Ushuaia Protokolü'nün 5. maddesi uyarınca üyelik haklarından faydalanamamaktadır.¹⁰⁵

MERCOSUR ekonomik entegrasyon ve gümrük birliğinin sağlanması, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi ekonomik bütünleşmeye dayalı bölgesel bir örgüt olarak kurulmuştur. Her ne kadar ekonomik entegrasyonu desteklemek adına örgüt üyesi devletlerin dış politikaları, ekonomi ve ticaret politikaları gibi alanlarda eşgüdüm içerisinde hareket edeceği öngörülse de bu alanlardaki bütünleşme esasında ekonomik entegrasyonu gerçekleştirmek adına gerçekleştirilen, bu amaçla sınırlı ve ikincil önemi haiz bir konudur. Bunun yanı sıra Ushuaia Protokolü ile getirilen ve üye devletlerdeki demokratik düzenin korunmasını hedefleyen düzenlemeler de örgüt üyesi devletlerin demokratik değerlerde birleşmesini dolaylı yoldan sağlasa da esas olarak ekonomik entegrasyonun üye ülkelerde gerçekleşecek demokratik olmayan girişimlerle sekteye uğramasını önlemeye ilişkindir. Bu açıdan bakıldığında MERCOSUR halihazırda temelinde ekonomik entegrasyon olan ve üye ülkeler arasındaki bütünleşmenin bu çerçevede sınırlandığı bir örgüttür.

AB söz konusu olduğunda ise AB'ye varacak olan bütünleşme süreci İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1951 yılında Paris'te imzalanan andlaşma ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ile başlamaktadır. Bunu daha sonra Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu takip etmiştir. Günümüze kadar gelen gelişim sürecinin başında ekonomik bütünleşme amacıyla ku-

¹⁰³ Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", 33.

¹⁰⁴ Haidempergher, "An Introduction to Mercosur", 33.

¹⁰⁵ <https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercotur/>

ruhan Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Topluluğu) zamanla hem bütünleşmenin kapsadığı alanı hem de yeni üyeler ile yayılma çapını önemli ölçüde arttırmıştır. Netice olarak ilk başta ortak pazar ve gümrük birliğine dayanan ekonomik bütünleşmeye dahil olan hususlar Maastricht Andlaşması ile tek bir sütun olarak “Topluluklar ve Ekonomik ve Parasal Birlik” başlığı altında birleştirilmiş ve bunlara ek olarak üye devletlerin bütünleşmesini genişletecek şekilde “Ortak Dışışleri ve Güvenlik Politikası” ve “Adalet ve İç İşlerinde İş Birliği Politikası” birer sütun olarak Avrupa Birliği bünyesine dahil edilmiştir.¹⁰⁶ Neticede Avrupa Birliği bu üç sütunu da kapsayacak şekilde tek bir çatı altında birleşerek bütünleşmesini ekonomik hususların ötesine taşımış bir ulusüstü yapı haline gelmiştir.

MERCOSUR’un ulusüstü bir yapıya henüz dönüşmediğini gösteren hususlardan bazıları, örgüt içi karar alma ve bu kararlar ile bağlanma usulü ve MERCOSUR Parlamentosunun üye seçim usulüdür. OPP’nin ikinci maddesinde sayılan MERCOSUR organları olan Grup, Konsey ve Ticaret Komisyonu’nun kararları üye devletlerin hepsinin katılımı ile ve konsensüs usulü ile alınmaktadır ve bu organların aldığı kararlar bütün üye devletler için bağlayıcıdır. Böylece söz konusu organlar karar alırken bütün üye devletlerin aynı görüşte olması gerekmektedir.

Bağlayıcı ve üye ülkelerin egemenliklerini sınırlayıcı olan karar alma usulleri uluslararası örgütten ulusüstü yapıya dönüşüm açısından bir gösterge teşkil etmektedir. Fakat konsensüs ile bütün ülkeleri bağlayıcı karar almanın karar alma sürecini zorlaştırması sorunu bir yana bu durum herhangi bir üye devletin kendi iradesine aykırı olan fakat diğer üye devletlerin iradeleri doğrultusunda kabul edilerek o devlet için de bağlayıcı hale gelen bir kurala uyulması zorunluluğu gibi bir halin ortaya çıkmasına imkân vermediğinden, MERCOSUR açısından kararların üye ülkeler için bağlayıcı olması ulusüstü yapıya dönüşüm noktasında bir anlam ifade etmemektedir. Diğer bir ifadeyle bu karar alma usulü içerisinde hiçbir devlet kendi iradesine aykırı bir karara uymak zorunda kalmamaktadır. Bu durumda üye devletlerin egemenliklerinin örgüt lehine sınırlanmasından da bahsetmek mümkün değildir.

Ulusüstü bir örgüt olarak AB söz konusu olduğunda ise konsensüsten ziyade nitelikli çoğunluğa ya da salt çoğunluğa dayalı karar alma yöntemlerinin kabul edildiği görülmektedir. Nitekim AB Konseyi belirli durumlardan basit çoğunlukla belirli durumlarda da nitelikli çoğunlukla kararlar almakta¹⁰⁷, AB Komisyonu da üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar almaktadır.¹⁰⁸ Dolayısıyla MERCOSUR’un aksine AB üyesi devletler örneğın Konsey bünyesinde alınan bir kararda, kararın aleyhinde oy kullanmış olmasına rağmen söz konusu karar

¹⁰⁶ Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 52.

¹⁰⁷ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 108 vd.

¹⁰⁸ Bozkurt vd., *Avrupa Birliği Hukuku*, 124.

ile bağlı hale gelebilmektedir. Netice olarak ilgili devlet egemen iradesine aykırı olarak Birliğin iradesine boyun eğmektedir.

Buna ek olarak yukarıda zikredilen MERCOSUR organlarının aldıkları kararlar, üye devletlerin iç hukuklarında öngörülen onay prosedürlerini tamamlamaksızın bağlayıcı hale gelmemektedirler. Bu kararların önce üye devletlerce onaylanması, bu onaylamaların MERCOSUR idari sekreterliğinde bildirilmesi ve bunun akabinde MERCOSUR idari sekreterliğinin bu kararların bağlayıcı olacak şekilde yürürlüğe gireceğini bütün üye devletlere bildirmesi gerekmektedir. Söz konusu kararlar ancak bu bildirimden 30 gün sonra bağlayıcı hale gelmektedir. Bahsedilen bu kararları bağlayıcı hale getiren usul devletlerin örgütün aldığı bir karar ile egemenliklerinin sınırlanmadığını gösteren başka bir durumdur. Bu usul dahilinde üye devletler alınan kararları kendi egemenlik yetkileri dahilinde onaylayarak bunları kendi egemenlik yetkilerine dayanan birer iradenin parçası haline getirmektedirler. Halbuki ulusüstü yapılardan söz edebilmek için ilgili örgütün böyle bir iç hukukta onaylanma mekanizmasına ihtiyaç duymaksızın üye devletlerin egemenliğinden daha üstün bir egemen yetkiyi içermesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Bu açıdan bakıldığında da MERCOSUR bir ulusüstü yapı olmaktan uzaktır.

Uluslararası bir örgütten ulusüstü yapıya dönüşümün bir diğer göstergesi uluslararası örgütün karar alma süreçlerine üye devlet vatandaşlarının doğrudan dahil olmasını sağlayacak şekilde teşkil edilen bir organın varlığıdır. Örneğin bu kapsamda AB'nin bir organı olan AP üyelerini doğrudan üye ülkelerde yapılan seçimler vasıtasıyla belirlemektedir. Buna ek olarak AP gibi organların aldıkları kararların bağlayıcılık teşkil edip etmemesi ve yetkilerinin kapsamının genişliği ulusüstü yapının varlığını gösteren diğer delillerdir. MERCOSUR söz konusu olduğunda ise yukarıda da açıklandığı üzere PARLASUR'un üyelerinin doğrudan seçimlerle belirlenmesi hedefine hala daha ulaşamadığı görülmektedir. Öte yandan PARLASUR AP'ninkilerin aksine çok daha sınırlı yetkilere sahip, tavsiye niteliğinde kararlar alan bir organ iken AP'nin Birlik içerisindeki yasama süreçlerine dahli ortak karar prosedürü gibi enstrümanlarla günden güne artmaktadır. İlerleyen yıllarda Avrupa Birliği bünyesine alınan Avrupa Topluluklarının kurucu anlaşmaları ile kurulan ve MERCOSUR Parlamentosu'na benzer yapılar AB içerisinde zamanla değişime uğramış ve hükümetler arası bir örgütün üye devletlerinin parlamentoları arasında diyalog kurma işlevini aşarak ulusüstü bir yapının parlamentosu haline dönüşmüştür. Avrupa Parlamento'sunun bu geçmişi ve günümüzde nihai olarak kavuştuğu yapısı ulusüstü bir yapının gerektirdiği nitelikleri haiz bir Parlamento örneği teşkil etmektedir. Öte yandan PARLASUR üye devletlerin parlamentoları arasındaki irtibatı kurma fonksiyonunu aşabilmiş görünmemektedir.

¹⁰⁹ Özmen, "Latin Amerika'da Siyasi Birlik Düşüncesinin Dünü ve Bugünü", 148.

Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde MERCOSUR'un tipik bir bölgesel uluslararası örgüt olduğu tespit edilmektedir. Her ne kadar ulusüstü bir yapıya dönüşme noktasında birtakım girişimler söz konusu olsa da bu girişimler hali-hazırda nihayete ermiş bulunmadığından MERCOSUR'un ulusüstü bir yapının gerektirdiği gibi üye ulus devletlerin egemenliklerinden taviz verdikleri ve bazı egemenlik yetkilerini örgüte aktardıkları bir yapısı bulunmamaktadır. Bu neticeye varılmasında MERCOSUR'un kararlarının konsensüs ile alınması, iç hukuklara aktarılmadan doğrudan uygulanmaya imkân tanınmaması, AP örneğinde olduğu gibi egemenliğin kaynağı olan üye devletlerin vatandaşlarının doğrudan katılımı ile örgüt kararlarına meşruiyet kazandıran doğrudan yönetim mekanizmalarına sahip olunmaması ve hatta AB vatandaşlığı gibi üye devletlerin ulusal vatandaşlık bağından ayrı bir vatandaşlık bağının geliştirilememesi gibi hususlar etkilidir.

SONUÇ

MERCOSUR, 1991 tarihli Asunción Andlaşması ile kurulmakla birlikte bütünleşme süreci çok daha önce başlamış bir bölgesel uluslararası örgüttür. Hali-hazırda temelde ekonomik bütünleşmeyi hedeflerken bunun yanı sıra kültürel ve politik bütünleşmeyi de sınırlı da olsa öngörmekte, en azından bütünleşmeyi bu alanlara da taşımayı hedefler görünmektedir. Ekonomik bütünleşme noktasında Balassa aşamaları¹¹⁰ olarak adlandırılan bütünleşme aşamaları içerisinde bir ortak Pazar bütünleşmesi olarak kendini adlandırsa da bu aşamanın ne kadar gerçekleştirildiği tartışmalıdır. Tarihsel gelişimine ve kurucu andlaşmasına bakıldığında MERCOSUR'un bulunduğu bütünleşme düzeyinin AET ile benzerlik teşkil ettiği görülecektir. Bu noktada iki örgütün de kurucu andlaşmasında sayılan amaçlar neredeyse örtüşür görünmekte ise de AET'nin karar alma prosedürleri AKÇT'den beri devam edecek şekilde ulusüstü modele uygun olarak doğrudan etki prensibini karşılamakta, egemenlik devrini doğrular şekilde nitelikli ve salt çoğunluklara dayanmakta olduğundan¹¹¹ MERCOSUR ile önemli farkları da mevcuttur.

MERCOSUR'un organları OPP'de detaylıca düzenlenmektedir. Buna göre MERCOSUR, Ortak Pazar Konseyi, Ortak Pazar Grubu, MERCOSUR Ticaret Komisyonu, MERCOSUR Parlamentosu (PARLASUR), Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu ve İdari Sekreteryana organlarından oluşmaktadır. MERCOSUR'un kurumsal yapısı diğer bölgesel uluslararası örgütler ile benzerlik göstermektedir. Öte yandan işlevsel olarak AB'nin bazı organları ile MERCOSUR organları arasında benzerlik kurmak da mümkündür. Fakat MERCOSUR organlarının üye yapısı, karar alma usulü ve yetkileri göz önüne alındığında AB organları ile

¹¹⁰ Özmen, "Latin Amerika'da Siyasi Birlik Düşüncesinin Dünü ve Bugünü", 131.

¹¹¹ Tuğrul Arat vd., "Avrupa Bütünleşmesi: 1957-1993 Arası", *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 59.

farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Ortak Pazar Konseyi AB Konseyi ile amaçları ve görevleri bakımından benzerliklere sahip olsa da AB Konseyi'nin müstakil başkanlık makamının olması onu Konseyi oluşturan üye devlet yetkililerinden bağımsızlaştırmakta ve AB Konseyi'nin kurucu andlaşmaları tadil etme gibi ciddi yetkilere sahip olması da onu Komisyon'dan ayırmaktadır. Ortak Pazar Grubu ile AB Komisyonu arasında da işlevsel olarak benzerlik olmakla birlikte AB Komisyonu'nun üyelerinin seçildikleri Birlik üyesi devletlerden bağımsız oluşu ve Birlik hukukuna uyumu göz etme noktasında andlaşmalarda sağlanan imkanlar ile AB Komisyonu Grup'tan ayrılmaktadır.

Öte yandan AP ve PARLASUR iki organın meclis tipi organları olmakla birlikte PARLASUR üye devletlerin parlamentoları arasında diyalog kurma ve bazı hususlarda örgüt organlarına tavsiyelerde bulunma gibi yetkiler dışında icrai yetkilere sahip değilken AP'nin yetkileri sürekli arttırılmakla birlikte AP ortak karar prosedürü ile AB Komisyonu'nun yanında yasama alanında da yetkili kılınmıştır. Ayrıca AP'nin üyelerinin doğrudan üye ülkelerde yapılan seçimler ile belirlenmesi her ne kadar benzer bir düzeni hayata geçirmeyi hedeflese de henüz bunu başaramamış PARLASUR'dan AP'yi ayırmaktadır.

Neticede MERCOSUR'un kurumları daha az özerk, daha az merkezi ve ulusal hükümetlerden daha az bağımsızdır. Tamamen hükümetler arası niteliktedirler, oysa AB kurumları uluslarüstü ve hükümetler arası unsurların bir karışımını temsil etmektedir. AB kurumlarının belirli alanlarda ulusal makamlar üzerinde yasal üstünlüğü vardır, ancak MERCOSUR organları her zaman ulusal egemenliğe tabidir.¹¹²

Her iki örgüt de kurucu andlaşmaları ile başlamak üzere üye devletler arasında imzaladıkları andlaşmalar ve örgüt organlarının çeşitli kararları ile birer normatif yapı meydana getirmiştir. Bu kapsamda AB Hukukunun ve MERCOSUR hukukunun kaynaklarının neler olduğu kurucu andlaşmalardan anlaşılmaktadır. İki örgütün de birincil ve ikincil nitelikli hukuk kaynakları mevcut olmakla birlikte bunların niteliği noktasında farklılıklar mevcuttur. Özellikle MERCOSUR'un ikincil hukuk kaynaklarının üye devletlerin iç hukukuna aktarılmaksızın uygulanma kabiliyetini haiz olmaması ve daha önce ifade edildiği üzere bu kararların konsensüs ile alınması¹¹³ hususları ikincil normların oluşumunu sınırlamakta ve etkisini azaltmaktadır. Zira MERCOSUR'un birçok ikincil nitelikli normu henüz üye devletlerin hepsinde iç hukuklara aktarılmadığından uygulanma imkânı bulamamıştır. Öte yandan konsensüse dayalı karar alma usulü alınan karar sayısına da ciddi sınırlılıklar getirmektedir.

¹¹² Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 111.

¹¹³ MERCOSUR'un kararlarını konsensüs ile alması, örgütün ulusüstü bir yapıya dönüşüp AB gibi üye ülkeler için bağlayıcı kararlar vermesindeki en büyük engel olarak görülmektedir. Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 106.

MERCOSUR ve AB örgüt hukukunun uygulanması ve yorumlanması amacıyla yargısal düzenler teşkil etmiş ve uyuşmazlık çözümü hakkında anlaşmalar akdetmişlerdir. Bu kapsamda MERCOSUR bünyesinde hem ilgili uyuşmazlığa istinaden Ad Hoc Tahkim Mahkemelerinin kurulması öngörülmüş hem de Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi adında sürekli bir yargı organı ihdas edilmiştir. AB’de ise Genel Mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Birlik hukukunun uygulanması noktasındaki uyuşmazlıklar ve Birlik hukukunun yorumunda yetkili yargısal organlardır. Fakat Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi’ne doğrudan bireylerin başvuru imkanının olmaması, mahkeme önüne yalnızca devletler arasındaki uyuşmazlıkların götürülebilir olması, mahkemenin yegâne uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak öngörülmemesi gibi hususlar Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi’ni ABAD’dan ayırmaktadır. Bu noktada Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi klasik bir devletlerarası mahkeme görünümündeyken ABAD ulusüstü bir yapının gerektirdiği şekilde yetkileri çok daha fazla olan, zorunlu yargı yetkisini haiz ve hükmettiği müeyyideleri çok daha ciddi olabilen bir yargı organıdır. Bu kapsamda ABAD’ın AB’nin bütünleşme süreci içerisinde oynadığı hayati rolün bir benzerinin MERCOSUR’da Daimî Gözden Geçirme Mahkemesi için öngörüldüğünü söylemek mümkün değildir.

Neticede MERCOSUR’un AB gibi ulusüstü bir yapı olmadığı, her ne kadar ulusüstü bir yapıya dönüşme noktasında bazı girişimlere sahne olduysa da bunların henüz başarıya ulaşmaması nedeniyle MERCOSUR’un halihazırda bölgesel nitelikli bir uluslararası örgüt olduğu tespit edilmektedir. Bunun yanı sıra MERCOSUR’un bölgesel entegrasyonu diğer alanlara yaymadaki başarısızlıkları ve hatta ekonomik entegrasyonun uygulanmasında yaşanan çatışmaların varlığı MERCOSUR’un bölgesel nitelikli bir uluslararası örgüt olarak amaçlarını ne kadar gerçekleştirdiğini dahi tartışmaya açmaktadır.

MERCOSUR’un amaçlarını gerçekleştirme ve bütünleşmeyi genişletme noktasında başarısız bir uluslararası örgüt olduğuna dair görüşler birçok farklı nedene dayanmaktadır. Bunlardan ilki üye ülkeler arasındaki ekonomik, demografik ve coğrafik asimetridir.¹¹⁴ Brezilya örgütün her açıdan en gelişmiş üyesi iken Arjantin hariç diğer üye devletler Brezilya’ya nazaran oldukça küçük ülkelerdir.¹¹⁵ Söz konusu asimetri neticesinde üye devletlerin bütünleşmeye ilişkin çıkarlarının ve stratejilerinin önemli ölçüde farklılaştığı, ortak çıkarların daraldığı, politika tercihlerinin bu ölçüde farklılaştığı, bu durumun da bütünleşme sürecini olumsuz etkilediği ifade edilmektedir.¹¹⁶

¹¹⁴ Özmen, “Latin Amerika’da Siyasi Birlik Düşüncesinin Dünü ve Bugünü”, 148.

¹¹⁵ MERCOSUR üyesi ülkeler arasındaki asimetriye dair bkz. İlhan, *Small States in MERCOSUR: An Asymmetrical Relationship*, 46-66.

¹¹⁶ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 112.

Üye devletlerin asimetrisine ek olarak Örgüt içerisinde bir liderlik tartışması da mevcuttur. Brezilya yukarıda bahsedilen görece büyüklüğü nedeniyle doğal lider konumunda olsa da Arjantin'in Brezilya ile olan bölgesel politik rekabeti MERCOSUR'a da sirayet etmektedir. Bunun dışında üye ülkelerdeki iktidar değişimlikleri de bütünleşme sürecine etki etmekte, mevcut iktidarların bütünleşme yanlısı olması ya da bütünleşmeye karşı olması MERCOSUR bütünleşmesinin duraksamasına neden olmaktadır.

Nitekim bütün bu unsurların bir sonucu olarak MERCOSUR'un geleceği sıklıkla tartışılır haldedir. Örneğin MERCOSUR'ın 30. yılı münasebetiyle Covid-19 pandemisi öncesinde planlanan ancak pandemi nedeniyle ertelenerek ancak 7 Aralık 2022 tarihinde gerçekleştirilebilen devlet başkanları toplantısında Uruguay Devlet Başkanı Luis Lacalle Pou tarafından Uruguay'ın Çin ile kurduğu ticari ilişki neticesinde MERCOSUR'un ortak ticaret politikasının ve gümrük birliğinin Uruguay'a zarar verdiği savı ile MERCOSUR'un varlık amacı sorgulanmıştır. Buna karşı özellikle Arjantin tarafından sert bir karşılık verilmiş ve "... *artık bu sorunların nasıl çözüleceğini bulmanın vakti geldiği...*" ifade edilmiştir.¹¹⁷ MERCOSUR'un dağılma noktasına gelip Güney Amerika'daki birçok başarısız bölgesel örgütten biri mi olacağı yoksa AB örneğindeki gibi bütünleşmeyi genişletip nihayetinde ulusüstü bir yapıya mı varacağı söz konusu başarısızlıklara bulunacak çözümlere ve Güney Amerika ülkelerindeki politik gidişata bağlı görünmektedir.

Öte yandan MERCOSUR'un ulusüstü bir yapı olarak AB'yi örnek alması ve AB örneğinde olduğu gibi daha güçlü kurumlar etrafında şekillenerek entegrasyonu güçlendirmesi gerektiği genel bir kanı olmakla birlikte bunun aksini düşünmek de mümkündür. Zira belirtildiği üzere konsensüse dayalı karar alma mekanizması MERCOSUR'un kararlarında üye devletlerin büyüklük farklılıklarından doğacak bir dayatmayı önlemekte ve daha demokratik karar alma süreçleri sağlamaktadır. Ayrıca MERCOSUR'un AB kadar katı olmayan kurumsal yapısının üye ülkelerin zaman zaman içerisinde bulunduğu zor dönemlerde de bir esneklik sağladığı ve böylece örgütün işleyişinin sekteye uğramadığı ifade edilmektedir. MERCOSUR'un ulusüstü bir yapıdan ziyade şimdilik hükümetler arası bir yapıyı tercih etmiş olması, üye devlet sayısının azlığı gibi yapısal farklılıklar da AB'nin MERCOSUR için ulaşılmaması gereken bir ideal olup olmadığını tartışmaya açmaktadır.¹¹⁸

¹¹⁷ Dünya Bülteni, "Uruguay'ın küresel pazara açılma isteği Güney Amerika Ortak Pazarında gerilime yol açtı" (Erişim 06.06.2023).

¹¹⁸ Mukhametdinov, *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*, 113-114.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Arat, Tuğrul vd. “Avrupa Bütünleşmesi: 1957-1993 Arası”. *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*. 55-75. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2023.
- Atamer, Cemre Çağla. *Latin Amerika’da Entegrasyon Çabaları: Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Bir Analiz*. Aydın: Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Başak, Cengiz. *Uluslararası Örgütler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2012.
- Bayram, M. Hanifi. *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2021.
- Bozkurt, Enver vd. *Avrupa Birliği Hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 5. Baskı, 2011.
- Çeştepe, Hamza - Mıstaçoğlu, Tuğba. “Gelişmekte Olan Ülkelerde Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Ekonomik Entegrasyon: ASEAN ve MERCOSUR Örneği”. *Yönetim ve Ekonomi* 17/2 (2010), 93-106.
- Coffey, Peter (ed.). *International Handbooks on Economic Integration MERCOSUR Latin America*. New York: SPRINGER SCIENCE BUSINESS MEDIA, LLC, 1998.
- Donduran, Can. “Bölgesel Bütünleşmeye İnşacı Bir Yaklaşım: MERCOSUR’un Ortaya Çıkışı ve Düşünsel Süreçler”. *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)* 6/2 (2020), 249-260.
- Erkekoğlu, Hatice - Yılmaz, Burcu. “MERCOSUR Ülkelerinin AB ile Dış Ticaretinin Serbest Ticaret Andlaşması Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Pamukkale Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 45 (2021), 71-90.
- Erkiner, Hakkı Hakan - Eray, İlayda. “Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı”. *Güvenlik Stratejileri Dergisi TDT Özel S* (2022), 217-250.
- Ertakgöz, Aziz. *Bölgeselleşme Hareketlerinin Politik Ekonomi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Türkiye ve Güney Ortak Pazarı (MERCOSUR) Örneği*. Mardin: Mardin Artuklu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Filho, Marcilio Toscano Franca vd. (ed.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Gardini, Gian Luca. *The Origins of Mercosur: Democracy and Regionalization in South America*. ed. Maxine Molyneux. New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- Giupponi, Belén Olmos. “International Law and Sources of Law in MERCOSUR: An Analysis of a 20-Year Relationship”. *Leiden Journal of International Law* 25/3 (2012), 707-737.
- Göçmen, İlke - Baykal, Sanem. *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. baskı, 2016.
- Haidempergher, Laura Lavia. “An Introduction to Mercosur”. *International Law News* 44/2 (2015), 31-34.

- İlhan, Ezgi. *Small States in MERCOSUR: An Asymmetrical Relationship*. Ankara: Orta-doğu Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Karan, Yunus Emre. *Neorealist ve Neofonksiyonalist Uluslararası İlişkiler Teorileri Bağ-lamında Güney Ortak Pazarı (Mercosur) ve Avrupa Birliği'nin (AB) Kıyaslamalı İn-celemesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Katıtaş, Gökhan. "Latin Amerika'da Örtüşen Bölgeselcilik". *Marmara Üniversitesi Öne-ri Dergisi* 14/52 (2019), 255-293.
- Kılıç, Altınay. *Bölgeler Arasıcılık ve Bölgeler Ötesicilik Kavramları Çerçevesinde AB ve MERCOSUR İlişkileri*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Kleinheisterkamp, Jan. "Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law/Community Law". *Law and Business Review of the Americas* 6/1 (2000).
- Laird, Sam. *MERCOSUR- Objectives and Achievements*. Geneva, 1997.
- Lucci, Juan José. *MERCOSUR Parliament: Institutional weakness and political stalema-te. Analysis six years after its formation* (ts.).
- Mecham, Michael. "Mercosur: a failing development project?" *International Affairs* 79/2 (2003), 369-387.
- Meray, Seha L. *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*. Ankara: Ankara Üni-versitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2. baskı, 1979.
- Mukhametdinov, Mikhaïl. *MERCOSUR and the European Union Variation and Limits of Regional Integration*. Cambridge: Palgrave Macmillan, 2019.
- Özgöker, Uğur - Batı, Güney Ferhat. *Uluslararası Siyasi, Akeri, Ekonomik ve Sosyo- Kül-türel Örgütler*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Özkan, Işıl. *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2022.
- Özmelek, Özden Selcen. "Bütünleşme Bünyesindeki Kurumlar: Örnek Olay İncelemesi (MERCOSUR)". *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi* 9/2 (2017), 92-106.
- Özmen, Yaşar Pınar. "Latin Amerika'da Siyasi Birlik Düşüncesinin Dünü ve Bugünü". *Novus Orbis: Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Dergisi* 4/2 (2022), 127-159.
- Tezcan, Ercüment. "Avrupa Konseyi/ Avrupa Birliği Zirvesi". *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar, Politikalar*. ed. Belgin Akçay - İlke Göçmen. 173-194. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2023.
- Tezcan, Ercüment. "Avrupa Parlamentosu". *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*. ed. Belgin Akçay - İlke Göçmen. 147-172. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2023.
- Tüzgen, Ahmet Bilal. "MERCOSUR'un Ekonomik Bölgeselleşmesi: 2006-2016 Yılları Bölge İçi Ticari İlişkilerin Analizi". *Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentsel Araştırmalar Dergisi* 7/Özel Sayı (2019).

Vauthier Borges de Macedo, Paulo Emilio. “The Foundational Myth of Mercosur and the European Union Analogy”. *German Law Journal* 20 (2019), 734-747.

Vervaele, John A. E. “Mercosur and Regional Integration in South America”. *The International and Comparative Law Quarterly* 54/2 (2005), 387-409.

MERCOSUR’a İlişkin Uluslararası Andlaşmalar

Montevideo Andlaşması (14.03.1960). Erişim 11 Haziran 2023. https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90730069.pdf.

Entegrasyon, İşbirliği ve Gelişme Andlaşması (*Ratado de Integracion, Cooperacion y Desarrollo Entre La Republica Argentina Y La Republica Federativa Del Brasil* (15.08.1989). Erişim 11 Haziran 2023. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/97/norma.htm>.

Asunción Andlaşması (26.03.1991). Erişim 09 Haziran 2023. <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/mrcsrtoc.asp>.

Uyuşmazlıkların Çözümü için Brasilia Protokolü (17.12.1991). Erişim 11 Haziran 2023. http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/brasilian/pbrasilian_e.asp.

Ouro Preto Protokolü (17.12.1994). Erişim 11 Haziran 2023. http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/ourop/ourop_e.asp.

Uyuşmazlıkların Çözümü için Olivos Protokolü Protokolü (18.02.2002). Erişim 11 Haziran 2023. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e148.013.1/law-oxio-e148-regGroup-1-law-oxio-e148-source.pdf>.

İnternet Kaynakları

Dünya Bülteni. “Uruguay’ın küresel pazara açılma isteği Güney Amerika Ortak Pazarında gerilime yol açtı”. (2022). Erişim 11 Haziran 2023 <https://www.dunyabulteni.net/amerika/uruguay-in-kuresel-pazara-acilma-istegi-guney-amerika-ortak-h547886.html>.

MERCOSUR. “MERCOSUR in brief”. (2023). Erişim 11 Haziran 2023. <https://www.mercosur.int/en/about-mercocur/mercocur-in-brief/>.

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



Dolandırıcılık Suçunun Basın ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m.158/1-g)^(*)

Committing the Fraud Crime by Benefiting from the Convenience Provided by the Press and Broadcasting Tools (TPC, Art.158/1-g)

Dr. Öğr. Üyesi Zahit YILMAZ^(**)

Öz

Teknolojinin gelişmesi, dolandırıcılık suçunun işleniş biçimlerinin de artmasına neden olmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158'inci maddesinin birinci fıkrasının g bendinde dolandırıcılık suçunun daha ağır cezayı gerektiren halleri arasında suçun, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Özellikle dolandırıcılık suçunun iletişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi hali (TCK m.158/1-f) ile bahse konu düzenleme kimi zaman karıştırılmaktadır. Öğreti ve yargı kararları açısından, suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle işlenmesine ilişkin farklı değerlendirmeler göze çarpmaktadır. Oysa belirlilik ilkesi açısından, düzenlemenin sınırlarının olabildiğince net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Çalışmamızın başında dolandırıcılık suç tipine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek ardından suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle işlenmesine ilişkin genel bir bakış açısı sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Dolandırıcılık, Basın ve Yayın, Bilişim Sistemi, Hile, Mağdur.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 25.05.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 07.07.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1302516

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): zahityilmaz@marmara.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-3959-3141>

Abstract

The development of technology has led to an increase in the crime of fraud and the ways it is committed. In subparagraph g of the first paragraph of Article 158 of the Turkish Penal Code No. 5237, among the cases that require more severe punishment, the case of committing the crime by taking advantage of the convenience provided by the media and broadcasting is regulated. Especially the case of committing the crime of fraud by using information systems as a tool (Article 158/1-f of the TPC) and the regulation in question are sometimes confused. There are different evaluations regarding the commission of the crime by taking advantage of the convenience provided by the press and broadcasting tools according to the doctrine and the judicial decisions. However, in terms of the principle of certainty, the boundaries of the regulation should be revealed as clearly as possible. At the beginning of our study, general explanations about the type of fraud crime will be given, and then a general point of view will be presented regarding the commission of the crime by making use of the convenience provided by the press and broadcasting tools.

Keywords

Fraud, Press and Broadcast, Information System, Cheating, Victim.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK),¹ amaç başlıklı birinci maddesinde ifade edildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun amaçları arasında, hem kişi hak ve özgürlüklerini korumak hem de suçun işlenmesini önlemek yer almaktadır. İşte Anayasa'nın 35'inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkı da bu temel haklardan biri olup, kanun koyucu, ceza normları ile bu hakka yönelik saldırıları önlemek, bu mümkün olmadığı takdirde ihlal eden kişileri cezalandırmak üzere TCK'da, malvarlığına karşı suçlara yer vermiştir.

Esasen malvarlığına karşı suçların özünde hırsızlık bulunduğu ifade edilmektedir². Dolandırıcılık suçunun da özünde hırsızlık olduğu ifade edilebilirse de suç tiplerinin, teknoloji ve ekonominin gelişmesi sebebiyle çeşitliliği, işlenme sayıları ve zararları artmıştır. İşte bu sebeple günümüzde malvarlığına karşı işlenen yeni suç tiplerine veya klasik suçların işleniş biçimlerine eklenen çeşitli nitelikli hallere rastlamaktayız.

¹ Türk Ceza Kanunu (TCK), Resmi Gazete 25611 (12 Ekim 2004) 5237.

² Dolandırıcılık suçunun, hırsızlığa dayandığına ilişkin bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, (İstanbul: Beta, 1998), s. 378; R.Yılmaz Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı", *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, (2013), 776, 777; Fulya Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 69/3, (2020), 1416; Berrin Akbulut, "Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/ 4, (2022), 2268; Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçu", 776, 777. Birbirine karışma ihtimali yüksek olan bu suç tiplerinin ayırımına ilişkin öğretilerde "suça konu eşyanın fiili hâkimiyetinin kimde olduğu ve bu hâkimiyetin devrinin bir iradeye dayanıp dayanmadığı, ortada bir irade var ise, bu iradenin hukuka uygun tecelli edip etmediğine" dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ersan Şen - Erkam Malbeleş, "Malvarlığına Karşı Suçlarda İrade ve Fiili Hakimiyet Kriterleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/141, 117.

TCK'nın, 2. kitabının 2. kısmının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı 10'uncu bölümünde ve 157 ve 159'uncu maddeleri arasında düzenlenen “*Dolandırıcılık*” suçu, sıklıkla işlenen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır³. Suçun temel haline, TCK'nın 157'nci maddesinde yer verilmişken, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller ise 158'inci maddede düzenlenmiştir. Suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ise 159'uncu maddede kendine yer bulmuştur.

Çalışmamız, dolandırıcılık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil eden ve suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi haline ilişkin değerlendirmelerimizi içermektedir. Değerlendirmeyi yaparken, öncelikle suçun temel haline ilişkin açıklamalar yapılacak ardından suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle işlenmesine ilişkin, öğretici ve uygulamaya ilişkin bilgi verilmeye gayret edilecektir. İlgili bendin, suçun bilişim sisteminin araç olarak kullanılarak işlenmesi nitelikli halinden farkı ve özellik arz eden birtakım konulara da çalışmamızda değinilecektir.

I. DOLANDIRICILIK SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Dolandırıcılık suçu ile korunan hukuki değer öncelikle, mülkiyet hakkı veya malvarlığı üzerindeki haklardır⁴. Suç tipinde, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp*” ifadelerine yer verilmesi ve *hile* kavramının, hukukumuz açısından iradeyi ifsat eden haller arasında yer almasından hareketle, irade özgürlüğünün de bu suçla korunan hukuki değerler arasında yer aldığı ifade edilmelidir⁵. Ancak

³ M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet, 2022), 662.

⁴ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 663; Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022), 866; Nur Centel vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 5.Bası, (İstanbul: Beta, 2021), 505. 765 sayılı TCK'da dolandırıcılık ve iflas cürümlerinin düzenlendiği fasılda yer alan suçlar açısından, korunan hukuki değer, üçüncü kişilerin iyiniyeti olduğu ifade edilmiştir. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı*, 378. Bahse konu görüşün, 5237 sayılı TCK döneminde de iyiniyet ve güven ilişkisinin korunduğu şekilde ileri sürüldüğünü ifade etmek mümkündür. Devrim Aydın, “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe HFD*, 11/2 (2021), 655.

⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 663; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2022), 725; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 866, 867; Behiye Eker Kazancı - İlker Zeyrek, “TCK'da Dolandırıcılık Suçu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21/Özel S, (2019), 521; Begüm Datlı, *Türk Ceza Kanununda Hırsızlık*, (Ankara: Adalet, 2021), 167; Mahmut Koca- İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin 2022), 806; Korkmaz, “Dolandırıcılık Suçu”, 1418. Bahse konu suç açısından, iyi niyet ve güven duygusunun da korunan hukuki değerler arasında olduğu belirtilmektedir. A. Caner Yenidünya, *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md.141-147)*, (Ankara: Adalet, 2013), s. 226. Centel vd., *Kişilere Karşı*, 505. Akbulut, “Hile”, 2272. Alman Ceza Kanunu açısından meseleye yaklaşan bir yazara göre, Alman Ceza Kanunu'nun 263'üncü maddesi ile düzenlenen dolandırıcılık suçu ile korunan hukuki değer, hakikat ya da irade özgürlüğü olmayıp malvarlığıdır. Buna göre her türlü aldatma, suç olmayıp sadece malvarlığına yönelik zarar verici hile ve desiselerin sebep olduğu aldatma fiilleri bu suça sebebiyet

bu görüş karşısında, ilgili suçla irade özgürlüğü, toplumsal ilişkilerdeki güven, hakikati bilme hakkı gibi değerlerin değil bütünüyle malvarlığının korunduğu şekilde görüşe de rastlanmaktadır⁶. Belirtmek gerekir ki toplumun ve bireyin ekonomik menfaatlerinin ihlal edildiği suçlar, ekonomik suç olarak kabul edildiği takdirde dolandırıcılık da ekonomik bir suçtur⁷. Kanaatimizce çalışmamızla ilgili olarak haberleşme özgürlüğü, basın ve yayın araçlarına duyulan güven gibi değerler de dolaylı olarak korunan hukuki değerler arasında kabul edilebilir.

B. MADDİ UNSUR

1. Fiil

Dolandırıcılık suçunun fiil unsurunu, mağduru aldatabilecek, kandırabilecek nitelikteki hileli davranışlar oluşturmaktadır⁸. Esasen bu suç açısından fiil ve netice unsurlarının neler olduğu hususu da farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin bir görüşe göre, failin hileli bir davranışta bulunması ve bunun neticesinde mağdurun aldatılmış olması, suçun fiil unsurunu oluştururken mağdurun veya üçüncü bir kişinin zararına olarak failin kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması ise netice olarak kabul edilmektedir⁹. Yine bir diğer görüşe göre ise hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak suçun hareket unsurunu, mağdurun veya başkasının zararına olarak, failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmış olması ise netice unsurunu oluşturmaktadır¹⁰. Öğretide Aydın ise, failin, hileli davranışlarla muhatabı aldatıp onun ya da üçüncü bir kişinin zararına şekilde kendisi veya bir başkası lehine yarar sağlamasını fiil, hileli davranışlara bağlı olarak aldatılmış olan mağdurun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasını nedensellik bağlantısı, fail ya da bir üçüncü kişinin, aldatılan kişi ya da üçüncü kişi zararına yarar sağlamış olmasını ise netice olarak kabul etmektedir¹¹.

verir. Sibel Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", *Rechtsbrücke- Hukuk Köprüsü*, 4/9, (Aralık, 2015) 81.

⁶ Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu, Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı bir İnceleme*, (Ankara: Adalet, 2019), 83.

⁷ Yazar, bu fikre katılmamakta olup ekonomik suçlar açısından korunan hukuki yararın bütün olarak ekonomik düzenin kendisi veya bu düzene duyulan güven olduğunu belirtmektedir. Konu hakkındaki ayrıma ilişkin bilgi ve detaylı açıklama için bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, "Ekonomik Suçlar", *Gala-tasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1, (Haziran 2020) 125, 126.

⁸ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 671. Belirtmek gerekir ki madde metninde her ne kadar hileli davranışlar şeklinde çoğul bir ifade kullanılmışsa da bu durum, suçun tek bir hareketle işlenmesi mümkün olduğu gibi zamansal ve bütünsel oluşturan birden fazla hileli davranışla da dolandırıcılık suçu işlenebilmektedir. Ersin Şare, "Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile", *SDÜHFD*, 12, /2, (2022), 677. Suçun hareket unsurunun, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması olduğu görüşü için bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 185.

⁹ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 871.

¹⁰ Özbek vd., *Özel Hükümler*, 726.

¹¹ Aydın, "Dolandırıcılık", 653.

Hile kavramının karmaşıklığı, dolandırıcılığın tanımlanmasını zorlaştırdığı gibi¹² esasen özel hukuk ihtilafı teşkil eden meselelerin, dolandırıcılık kapsamında görülerek bu suçun mağduru olduğunu ifade eden kişilerin dolandırıcılık suçunun mağdurları olduklarından bahisle şikayetçi oldukları görülmektedir¹³.

Aldatıcılık, hileli hareketin bir vasfı olup, aldatma yeteneği olmayan bir fiil, hileli hareket olarak kabul edilemez. Bu anlamda soyut yalan hile olarak kabul edilemese de somut olay açısından, mağdurun, söylenen sözün doğruluğunu denetleme imkânı bulamadığı ve somut olay açısından bunun beklenmeyeceği hal-lerde, soyut yalan da hile olarak mütalaa edilmektedir¹⁴.

Kanun koyucu, hilenin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin bir sınırlama yapmamış olup bu itibarla bahse konu suçun, hareketin önemi açısından serbest hareketli olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Esasen hareketin önemine ilişkin yapılan bu tasnife göre bahse konu suçun serbest hareketli mi yoksa bağlı hareketli bir suç mu olduğu sorusuna verilecek cevap, değişiklik arz eder. Suçun, *hileli hareketler* ile işlenmesi açısından *bağlı* bir suç olduğu söylenebilecekken, *hileli hareket* konusunda bir özgüleme yapılmadığından *serbest hareketli* bir suç olduğu da pekâlâ söylenmektedir¹⁶. Hareketin sayısı açısından ise dolandırıcılık suçu tek hareketli bir suçtur¹⁷. İleride de ifade edileceği üzere, öğretilde, hilenin yapılması ve yararın sağlanmasının aranması sebebiyle suçun, çok hareketli bir suç olduğu da ifade edilmektedir¹⁸.

Hareketin meydana geliş biçimine göre dolandırıcılık, kural olarak icrai şekilde işlenebilir bir suçtur¹⁹. Madde gerekçesinden hareketle, bu suç tipinin,

¹² Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 672.

¹³ Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 703.

¹⁴ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 671, 672; Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 228; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 512; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı*, 381, 382; Aras Türay, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar'a Armağan*, 2/1, (2010), 1688. Öğretilde, meseleye, dolandırıcılık suçunun zorunlu bir beyan suçu olmadığı açısından da yaklaşılarak bu suçun ihmali şekilde işlenebileceği ifade edilmektedir. bkz. Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 706. maddede açıkça hilenin kandırıcı nitelikte olması şeklinde bir şart aranmamakla birlikte, suçun niteliğinin bunu gerektirdiği ifade edilmektedir. Akbulut, "Hile", 2282. Yine madde gerekçesinde susmanın ancak bir beyan açıklaması niteliği taşıdığı durumlarda ihmali hareketten bahsedilebileceği görüşü ise dolandırıcılık suçunun, ihmali hareketle gerçekleştirilebileceği görüşünü bertaraf etmeyen ancak aşırı derecede sınırlayan bir görüş olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Türay, "Basit Dolandırıcılık", 1687.

¹⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 672.

¹⁶ Açıklamalar için bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 871, 872.

¹⁷ Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 187. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 187.

¹⁸ Akbulut, "Hile", 2271. Ayrıca bkz. Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 808.

¹⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 672. Nitekim öğretilde de dolandırıcılık suçunun bağlı bir suç olduğu ifade edilmekle birlikte hileli hareketler açısından bir sınırlama olmadığı belirtilmiştir. Aydın,

ihmali şekilde de işlenebileceği ifade edilmekle birlikte failin bu ihmalden sorumlu tutulabilmesi için karşı tarafı bilgilendirmekle yükümlü olması gerekir²⁰. Şunu da ifade etmek gerekir ki dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebileceğini savunan görüşe göre suçun ihmali şekilde işlenebilirliği, eğer icrai şekilde dolandırıcılık söz konusu değilse kabul edilmelidir²¹.

İhmali hareketle bahse konu suçun işlenebilirliğine ilişkin tartışmanın sebebi, Kanun koyucunun bazı suçların ihmal suretiyle işlenmesine ilişkin açık düzenlemeye yer vermesinden kaynaklanan (m.83/88) ve kanunilik esaslı tartışmalardır. Gerçekten öğretilde ifade edildiği üzere sadece gerekçeden hareketle, ihmali hali açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiili cezalandırmak, TCK sistemiyle de çelişmektedir²². Öğretilde bu hususla ilgili genel hükümlerde bir düzenleme yapılması önerilmişse de²³ kanaatimizce bireylerin özgürlük alanına en yoğun müdahalenin söz konusu olduğu ceza hukuku açısından sadece belirli suç tiplerinin ihmali halinin cezalandırılması mümkün olmalıdır. Aksi takdirde, kişilerin doğru söyleme, yanlışlara müdahale etme gibi ahlaki görev ihlallerinin, ceza hukukunun sorumluluk sahasına çekilmesi gibi bir tehlike doğacaktır²⁴.

Esasen yapısal olarak dolandırıcılık suçu, ihmali şekilde işlenmeye müsait bir suç olmasına karşın kanaatimizce suç tipinde, irtikap suçunun ihmal suretiyle irtikap suçuna benzer bir düzenleme vermek ve bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçunun cezasında, indirim yapılması hususunda hakime takdir hakkı bırakmak yerinde olacaktır. Ancak her suçun ihmali şekilde işlenebileceğini düşünmemektir. Örneğin dolandırıcılığa birçok yönden benzeyen hırsızlık suçunun ihmali şekilde işlenme ihtimali mümkün değildir²⁵. Zira, hırsızlık suçunda taraflar arasında ne bir hukuki ilişki ihtimalinden ne de sakatlanmış olsa dahi rıza ile bir

“Dolandırıcılık”, 660. Dolandırıcılık suçunun, bağlı hareketli bir suç olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Mustafa Atalan, “Türk Ceza Kanunu’nun 158/1-f ve 245/1. maddelerinde Düzenlenen Suçlar ve Bu Suçlar Arasındaki İlişki Sorunsalı”, *TBB Dergisi*, 161, (Temmuz 2022), 33; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 186. Maddede, hileli davranışların nelerden oluştuğunun açıkça belirtilmediği için serbest hareketli bir suç olduğu görüşü için bkz. Kazancı-Zeyrek, “Dolandırıcılık” 526.

²⁰ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 672; Yenedünya, *Hırsızlık Suçu*, 227; Aydın, “Dolandırıcılık”, 662; “Hile”, 2278, 2279; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 811, 812. Aks. görüş için bkz. Özbek vd., *Özel Hükümler*, s. 728; Kazancı-Zeyrek, “Dolandırıcılık” 531. Ayrıca bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 874, 875.

²¹ Akbulut, “Hile”, 2279.

²² Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 875. Eleştiri için ayrıca bkz. Centel vd., *Kişilere Karşı*, 511. Şahin de hilenin, ihmali hareketle gerçekleşebilmesinin mümkün olmasına rağmen bu konuda yasal düzenleme eksikliğinden kaynaklanan engeller olduğunu ifade etmektedir. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 248.

²³ Bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 875.

²⁴ 765 sayılı Kanun döneminde, ticari ilişkide soyut yalanla aldatma eyleminin dolandırıcılık suçunu teşkil etmeyeceği, zira 363’üncü maddede bu duruma ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiği belirtilmiştir. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı*, 381.

²⁵ Bkz. Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçu”, 781.

devirden söz etmek mümkün olduğu gibi bilgilendirme yükümlülüğünden de bahsetmek mümkün değildir. Alman hukuku açısından dolandırıcılığın ihmali şekilde işlenmesinin mümkün olduğu, bunun için failin hareketsizliğinin veya ihmalde bulunmasının sosyal anlam içeriği açısından icrai hareketle aldatmaya eş değer görülmesi gerektiği belirtilmektedir²⁶.

Öğretide, gelecekte meydana gelecek olayların, vakıa olarak kabul edilmediği bu anlamda iddia niteliğinde olan bu tür hususların, hileye konu teşkil etmeyeceği belirtilmektedir²⁷. Bununla birlikte bilimsel bulguların, dayanak gösterilmek suretiyle ileride gerçekleşecek olaylarla ilgili aldatmanın, hile teşkil edeceği ifade edilmektedir²⁸.

2. Netice

Dolandırıcılık suçu, neticeli bir suç tipi olup, bu suç tipi açısından, failin, bir kimsenin aldatılması neticesinde kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması ve bu yararın, mağdurun veya üçüncü bir kişinin zararına olması gerekir. Bu anlamda kişinin sadece aldatılmış olması yetmemekte aynı zamanda bu aldatılma sebebiyle kişinin kendisine veya başkasına, bir başkasının zararına olacak şekilde yarar sağlaması da gerekmektedir²⁹. Esasen bu suç açısından birden fazla neticenin varlığından bahsedilebilir ki bunlar; mağdurun hileli hareket sonucunda aldanmış olması ve bu aldanma sebebiyle, failin, suça konu yararı sağlamasıdır³⁰.

Failin kendisine yahut üçüncü bir kişiye sağladığı yararın, verilen zarar ile birebir örtüşmesi gerekli değildir³¹. Ayrıca geçici yararlanmanın da dolandırıcılık kapsamında olduğunu savunan görüş açısından suçun konusunun mülkiyetinin faile ya da üçüncü bir kimseye geçmesi şart değildir³². Dolandırıcılık suçunda, hırsızlık suçuna benzer bir biçimde kullanma dolandırıcılığı şeklinde bir düzenleme yer almadığından (TCK m.146) bu ihtimal, failin cezasının belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

²⁶ İsfen, "Alman Ceza Hukukunda Dolandırıcılık", 86

²⁷ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 674.

²⁸ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 674.

²⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 674.

³⁰ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 674, 675. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, suçun fiil unsuru ile netice unsurunun nelerden oluştuğu husus tartışmalıdır. Öğretide, aldatma eyleminin hareket, yarar sağlamanın ise netice olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş açısından hile ile aldatılmanın tek bir fiil olarak kabul edildiği söylenebilir. Özbek vd., *Özel Hükümler*, 726. Hileli hareket ve aldatılmanın fiil, yarar sağlamanın ise netice olarak ifade edildiği görüşüne rastlamak da mümkündür. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 871. Suçun netice kısmının hileli davranışlar sonucunda aldanma ve bu aldanma neticesinde yarar sağlama olduğu, bu itibarla bu suçun çok neticeli bir suç olduğu görüşüne rastlamak da mümkündür. Centel vd., *Kişilere Karşı*, 508. Ancak öğretide hilenin yapılması ve yararın sağlanmasının aranması sebebiyle suçun, çok hareketli bir suç olduğu da ifade edilmektedir. Akbulut, "Hile", 2271. Ayrıca bkz. Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 808. Menfaatin, mutlaka malvarlığına ilişkin bir yarar olması gerektiği konusunda bkz. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı*, 393.

³¹ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 898; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 518.; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 336.

³² Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 898

Zararın, kime ait olduğu önemli olmadığı gibi, zararın miktarı da önem taşımamaktadır³³. Konu kısmında da belirtileceği üzere bir zarar suçu olan dolandırıcılık suçu açısından zararın sonradan giderilmesi suçun oluşumu açısından bir önem taşımaya da diğer şartlarının da varlığı halinde bu husus etkin pişmanlık hükümlerinin tatbikini gerektirebilir³⁴. Zararın, malvarlığının aktifinde azalma şeklinde olabileceği gibi pasifte artma şeklinde olabileceği de ifade edilmektedir³⁵.

3. Nedensellik Bağlantısı

Neticeli bir suç olduğu için dolandırıcılık açısından, fail tarafından gerçekleştirilen aldatıcı fiil ile mağdurun aldatılmış olması ve bu aldanma neticesinde gerçekleştirdiği tasarruf ile onun veya bir başkasının zararına, faille veya bir başkasına yarar sağlama arasında nedensellik bağlantısı kurulmalıdır³⁶. Bununla birlikte aldatıcı hareket ile mağdurun aldanmasının aynı anda olması şeklinde bir zorunluluk yoktur³⁷. Mağdurun yanılması, failin hilesi sebebiyle olmayıp bir başka sebepten kaynaklanmışsa dolandırıcılık suçundan bahsedilemez³⁸. Eğer kişi, aldatılmış olmasaydı da aynı şekilde tasarıfta bulunacak idiyse bu takdirde suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir³⁹.

Mağdur tarafından sağlanan yararın, aldatma neticesinde elde edilmesi gerektiğinden hareketle, kişinin sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra bir takım hileli hareketlere yönelmesi, dolandırıcılık olarak nitelendirilmez⁴⁰. Bu itibarla, yararın önceden elde edilmiş olması, dolandırıcılık suçuna vücut vermez⁴¹. Ayrıca önceden elde edilmiş olan bir yararın gizlenmesi için hileye başvurulmasının dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağı da söylenmelidir⁴².

³³ Özbek vd., *Özel Hükümler*, 726. Bu anlamda zararın varlığı, suçun oluşumu için şart olsa da zararın miktarının tespitinin önemli olmadığı ifade edilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 895. Dolandırıcılık suçu açısından zararın, belli ya da belirlenebilir olması gerekir. Aydın, "Dolandırıcılık", 668.

³⁴ Özbek vd., *Özel Hükümler*, 731; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 897; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 518.

³⁵ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 894. Sadece hileli davranışlarla mağdurun malvarlığının zarara uğratılma ve bunun neticesinde yarar elde etme ihtimalinin ortaya çıkmasının, eylemin teşebbüs aşamasında kalması anlamına geleceği ifade edilmektedir. Centel vd., *Kişilere Karşı*, 519, Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 326. Suçun zarar suçu olması, zarar tehlikesinin, bu kapsamda yeterli olmayacağına işaret etmektedir. Bununla birlikte Alman öğretisinde, somut zarar tehlikesinin de zarara eşdeğer olması ihtimalinde suçun oluşacağı savunulduğu belirtilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 894.

³⁶ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 675.

³⁷ Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 230

³⁸ Bununla birlikte bu ihtimalde failin, -dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebileceğini savunan görüş açısından- mağduru bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Akbulut, "Hile", 2285

³⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 675.

⁴⁰ Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 231. Böylece kişi, sırf sözleşmeden doğan bir edimini yerine getirmemek için hileye başvurursa, aldatma neticesinde elde edilen bir yarar söz konusu olmadığından dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 895; Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 681.

⁴¹ Özbek vd., *Özel Hükümler*, 731.

⁴² Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 336.

Acaba failin, hileli hareketinin, mağdurun aldatılması için yeterli olmamasına rağmen mağdurun aldanması durumunda nedensellik bağlantısı mevcut mudur? Öğretide bu durumun tartışmalı olduğu ifade edilse de hileli davranışların bu şekilde bir kritere tabi tutulmasının, kolayca aladanabilecek kişileri korumasız bırakabileceği sebebiyle suçun oluşacağı ifade edilmektedir⁴³. Kanaatimizce bu hususta, failin ortaya koyduğu hareketlerin, basit yalan seviyesinden çıkıp çıkmadığı ve soyut yalan dahi olsa somut olay açısından mağdurun, bu yalanı denetleme imkânı olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilerek bir sonuca varmak gerekir.

4. Fail

Dolandırıcılık suçunun temel hali açısından, fail olmak için herhangi bir ayırt edici özellik ya da özgüleme olmadığından, bahse konu suç, herkes tarafından işlenebilir⁴⁴. Bu suçun, bazı nitelikli halleri açısından failin sıfatı özellik arz eder (TCK md. 158/1-h, m. 158/1-i). Bu durum, suça iştirak açısından dikkate alınmaktadır. Kamu görevlisi, görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanırsa, dolandırıcılık suçunun tanımında kamu görevlisi sıfatı göz önünde bulundurulmadığından, verilecek ceza üçte bir oranından artırılabacaktır (TCKm.266). TCK açısından, sadece gerçek kişiler fail olabileceğinden, tüzel kişiler bu suçun faili olamaz. Ancak 169'uncu madde kapsamında, bu suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, TCK m.60'ta belirtilen güvenlik tedbirleri tatbik edilebilir. Belirtelim ki kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak kendisine menfaat temin etmesi halinde, ikna suretiyle irtikap suçu meydana gelmektedir⁴⁵.

5. Mağdur

TCK açısından, suçun mağduru, sadece gerçek kişiler olabilir, tüzel kişiler ise bu suç açısından zarar gören olarak kabul edilir⁴⁶. Bahse konu suç tipi açısından mağdurun, aldatılan ve aynı zamanda mal üzerinde tasarrufu, hakimiyet ve

⁴³ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Kazancı-Zeyrek, "Dolandırıcılık", s. 530. Soyut yalanın, hile olarak kabul edilmemesini, sadece uyanık kişilerin mal varlıklarının koruma altına alınmış olacağı ancak saf ve tecrübesiz kişilerin malvarlığının korunamayacağı şeklinde kabul edilemez bir sonucun oluşacağı ifade edilmektedir. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 229.

⁴⁴ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 668; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 867; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 806; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, 154.

⁴⁵ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 867; Kazancı-Zeyrek, "Dolandırıcılık" 522; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, 154.

⁴⁶ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 668. Tüzel kişinin de mağdur olabileceği hakkındaki görüş için bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 868; Aydın, "Dolandırıcılık", 657. Tüzel kişilerin, gerçek kişiler aracılığıyla aldatıldığı ve malvarlığına zarar verilen kişi olarak mağdur olduklarına ilişkin bkz. Centel vd., *Kişilere Karşı*, 505. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 168. Örneğin yazar, faillik ve mağdurluk sıfatının aynı kişide birleşmeyeceğinden hareketle şirket ortağının, hileli davranışlarla ortağı olduğu şirketi zarar uğratması halinde tüzel kişi olan şirketin mağdur olacağını ifade etmiştir. Konu hakkında açıklama için bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 155.

idare gücü olan kişi olması gerekir⁴⁷. Mal üzerinde tasarrufta bulunan kişi, malın maliki olabileceği gibi, bir başkasının malının üzerinde hukuki birtakım sebeplerle tasarruf hakkına sahip olan bir kişi de olabilir. Aldatılma sebebiyle malvarlığı zarar görmeyen ancak tasarruf hakkına sahip olan kişi, mağdur olarak kabul edilirken, malvarlığı itibariyle zarar gören kişi, suçtan zarar gören olarak kabul edilir⁴⁸. Bir kimsenin, üzerinde tasarruf hakkı olmadığı bir mal üzerinde, bir başka kimse tarafından aldatıcı fiillerle yarar elde edilmişse, işlenen suç dolandırıcılık olmayıp dolaylı faillik suretiyle hırsızlık olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Dolandırıcılık suçu açısından, mağdurun mutlaka algılama yeteneğine sahip olması gerekir; aksi takdirde dolandırıcılık suçundan değil hırsızlık suçunun varlığından bahsetmek gerekir⁵⁰. Eğer suç, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmiş ise bu takdirde dolandırıcılık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden sorumluluk söz konusu olur (TCK m. 158/1-c)⁵¹.

6. Konu

Dolandırıcılık suçunun konusu yarardır⁵². Yararın niteliğinin ne olduğu konusunda bir netlik yok ise de kanaatimizce bu yarar, mal varlığı itibariyle bir

⁴⁷ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 669; Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 236; Özbek vd., *Özel Hükümler*, 726 Centel vd., *Kişilere Karşı*, 506; Aydın, "Dolandırıcılık", 656; Kazancı-Zeyrek, "Dolandırıcılık" 523; Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçu", 1419; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 807.

⁴⁸ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 669. Ancak öğretilerde bu ihtimalde, mağdurun malvarlığı itibarıyla zarara uğrayan kişi olduğu, zira malvarlığının, asıl korunan hukuki yarar olduğu da ifade edilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 867. Bununla birlikte yazarlar da aldatılan kişi ile mal üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisi olan kişinin, aynı olmasının dolandırıcılık suçu açısından şart olması gerektiğini ifade etmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 868. Öğretilerde Şahin, dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değerinin münhasıran malvarlığı değerleri olduğundan hareketle, mağdurun, failin hileli hareketleri sonucunda zarar uğrayan malvarlığı değerlerinin sahibi olduğunu belirtmektedir. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 161.

⁴⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 669; Özbek vd., *Özel Hükümler*, 726; Aydın, "Dolandırıcılık", 656.

⁵⁰ Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 238; Datlı, *Hırsızlık*, 167; Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçu", 781; Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 674. 765 sayılı TCK'nın 505'inci maddesinde düzenlenen ve ehliyetizlerin sömürülmesi şeklinde ifade edilen suç tipine yer verilmediği; bu sebeple bahse konu hal haricinde de bu durumdaki kişilerin dolandırıcılık suçunun mağduru olarak kabul edildiği de ifade edilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 869.

⁵¹ Alman hukuku açısından mağdurun saf ve umursamaz bir kişi olması halinde dikkate alınması gereken hususun, aldatma fiilinin, *mağdurun saflığı, sorumsuzluğu ve normal bir insandan beklenemeyecek derecedeki hafifliği veya algılama eksikliği sebebiyle* etkili olsa da mağdurun korunmasının gerektiği ifade edilmektedir. İsfen, "Alman Ceza Hukukunda Dolandırıcılık", 89. Bununla birlikte mağdurun, gerekli dikkat ve özeni göstermemesinin, fail açısından hafifletici sebep olabileceği belirtilmiştir. İsfen, "Alman Ceza Hukukunda Dolandırıcılık", 89.

⁵² Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 670. Konunun, malvarlığına ilişkin herhangi bir değer olarak da ifade edildiği görülmektedir. Özbek vd., *Özel Hükümler*, 725. Ayrıca bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 184. Ekonomik bir değer taşıyan herhangi bir değer, bu suçun konusu olabileceği söylenmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 870. Konunun, malvarlığı değerleri olduğunu ifade eden Aydın'a göre malvarlığı değerleri, mülkiyeti de kapsayan bir üst kavramdır. Aydın, "Dolandırıcılık", 658. Korkmaz ise yararın, ekonomik yararın yanı sıra faili tatmin eden ve ona zevk veren şeyleri de kapsadığını ifade etmektedir. Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçu", 1421.

yarar olmalıdır. Şüphesiz mal varlığı açısından yarar, manevi yararlar birlikte elde edilebilir⁵³. Ekonomik bir değeri olan iş, hizmet, fikir, sanat gibi değerlerden yararlanma da dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır⁵⁴. Bu suç, konu açısından zarar suçu olarak kabul edilmektedir. Dolandırıcılık suçu açısından yararın, haksız olması gerekir. Bununla birlikte TCK'da, yararın haksız olduğuna ilişkin açık bir ibareye yer verilmediği ve haklı bir yararın elde edilmesi ihtimaline ilişkin olarak ayrıca bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir (TCK m.159)⁵⁵.

Kişilerin meşru olmayan bir amaca ulaşmak gayesiyle bir başkası tarafından aldatılarak malvarlığı itibarıyla zarar uğratılması, dolandırılanın amacının bu suç açısından bir önem arz etmemesi sebebiyle, dolandırıcılık olarak cezalandırılmadır⁵⁶. Zira, hukukun gayri meşru bir araca başvurarak yarar sağlayan veya buna teşebbüs eden kişiyi koruması beklenemez.

7. Nitelikli Haller

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerine, 158'inci maddede yer verilmiştir. Şu var ki suçun nitelikli hallerinin fazlalığı, suçun temel halinin işlenmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir⁵⁷. Benzer bir durum, hırsızlık suçu açısından da geçerlidir (bkz. TCK m.142 vd). Dolandırıcılık suçunun *bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi* TCK m.159'da daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri açısından da kanaatimizce 159'uncu madde tatbik alanı bulur. Örneğin, çalışma konumuzu oluşturan dolandırıcılık suçunun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde de 159'uncu madde uygulanabilir. Bu takdirde şartlarının varlığı halinde failin, nitelikli halden sorumlu tutulmaması gerektiği kanaatindediriz. Çalışmamızın kapsamını aşmakla birlikte *bir hukuki ilişkiye dayanan* alacak kavramının eksik borç niteliğindeki kumar ve bahis alacaklarının tahsili için tatbik imkânı bulup bulmayacağı hususunun tartışmalı olduğunu söylemek gerekir⁵⁸.

⁵³ Öğretide, ekonomik olmayan fakat mağdur bakımından manevi değeri haiz şeylerin de dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabileceği ifade edilmektedir. Kazancı-Zeyrek, "Dolandırıcılık" 522.

⁵⁴ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 670; Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 240. benzer görüş için bkz. Aydın, "Dolandırıcılık", 659; Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 680. Öğretide de emeğin piyasa değerinin olması ve hukuka uygun bir iş için verilmiş olması şartıyla dolandırıcılık suçunun konusunu teşkil edebileceği söylenmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 870. Ancak ekonomik değeri olmayan şeylerin, dolandırıcılık suçuna konu olmayacağı söylenmelidir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 870, 871.

⁵⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 670. Yararın haksız veya ahlaka uygun olmasının şart olmadığı görüşü için ayrıca bkz Centel vd., *Kişilere Karşı*, 519.

⁵⁶ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 676

⁵⁷ Aynı yönde eleştiriler için bkz. Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçu", 1418.

⁵⁸ Bir görüşe göre bu ihtimalde, 159'uncu madde tatbik alanı bulmaz. Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 244. Diğer görüş açısından ise kanunda yararın açıkça haksız olmasından bahsedilmediği için bu ihtimalde 159'uncu madde, fail açısından tatbik imkanı bulmaktadır. Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*,

C. MANEVİ UNSUR

Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru kast olup, bahse konu suçun temel hali ve saik içeren nitelikli halleri haricindeki (dolandırıcılık suçunun, banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla (TCK m.158/1-j), sigorta bedelini almak maksadıyla (TCK m.158/1-k), ve bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi (TCK m159)) nitelikli hallerin, olası kastla işlenmesi de mümkündür⁵⁹. Bu suç açısından zarar verme yahut yarar sağlama şeklinde bir saik söz konusu değildir⁶⁰. Kişi, hareketlerin hileli olduğunun farkında olmamasına rağmen karşı taraftan bir yarar elde etse de bahse konu suç oluşmayacaktır⁶¹.

Suç ani kastla işlenen bir suç olup, failde, hileli davranış ile yararın farklı zamanlarda elde edilmesi ihtimalinde, kastın süre boyunca devam etmesi gerekir⁶². Bu anlamda failin olayın başlangıcından itibaren dolandırıcılık kastıyla hareket ettiğinin her somut olayın özelliğine göre tespit edilmesi gerekir⁶³. Öğretide “*dolandırıcılık suçunda kastın varlığı için gerekli unsurların fazla oluşu, fiili hatanın uygulanması imkânını artırmaktadır*” görüşüne de yer verilmektedir⁶⁴.

D. HUKUKA AYKIRILIK

Dolandırıcılık suçu, hukuka uygunluk sebepleri açısından bir özellik arz etmez. Bu sebeple şartlarının bulunması kaydıyla genel hukuka uygunluk sebepleri, bu suç açısından da tatbik edilebilir. Bu açıdan rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği, zira her ne kadar kişinin, malvarlığını kendi rızasıyla teslim ettiği ifade edilebilirse de bu rızanın, hukuken geçerli bir rıza olmayıp fiili meşru hale getirmediğini belirtmek gerekir⁶⁵. Rıza, malın zilyedliğinin devri açısından,

670. Maddede, yararın haksız olması gerektiğine ilişkin açık bir ifade olmamasına rağmen bir görüşe göre, dolandırıcılık suçundan sağlanan yarar yine de haksız olmalıdır. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 898.

⁵⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 676; Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 243; Özbek vd., *Özel Hükümler*, 747; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 817. Avrupa Konseyi'nin, Avrupa Topuluğu'nun Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin 6.12.1993 tarih ve 94/C/355/02 sayılı kararında Topuluğu, mali zarara uğratabilecek dolandırıcılık fiillerini, tüm üye devletlerde suç olarak düzenlenmesi ve düzenlemenin bilinçli taksir durumlarını da kapsamı gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, “Ekonomik Suçlar”, 149.

⁶⁰ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 676. Bilindiği üzere hırsızlık suçu açısından failde, genel kastın yanında yarar sağlama maksadı da aranmaktadır. Datlı, *Hırsızlık*, 167. Öğretide, kast edilen kişi dışındaki bir kişinin zarara uğramış olmasının, kastı ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 918.

⁶¹ Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 344.

⁶² Aydın, “Dolandırıcılık”, 671.

⁶³ Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 345.

⁶⁴ Kazancı-Zeyrek, “Dolandırıcılık” 540. Esasen malvarlığına karşı işlenen suçların tespitinin, maddi unsurları itibarıyla birbirine benzediği için zor olduğu ifade edilmektedir. Şen - Malbeleş, “Malvarlığına Karşı”, 115.

⁶⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 693; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 519; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 348.

dolandırıcılık suçunun, güveni kötüye kullanma suçundan (m.155) ayırt edilmesinde temel husus olarak esas alınmaktadır. Her ne kadar her iki suç açısından da suç konusu mal, mağdurun rızası ile devredilmiş ise de dolandırıcılık suçunda rıza, hukuken geçerli bir rıza değildir⁶⁶. Zira dolandırıcılıkta, kişi hileli hareketlerle normal şartlarda gösterilmeyecek bir rızanın gösterilmesini sağlamaktadır⁶⁷. Özetle dolandırıcılık suçunda mal, hile ile elde edilmektedir⁶⁸.

Kişilerin, hileli hareketler olmaksızın, alım-satım ilişkisinde malın bedeli konusunda uyuşmazlıklar yaşaması da mümkündür ki bu durumun, sözleşme özgürlüğü içerisinde yer alıp hukuki ihtilaf olarak değerlendirilmesi gerekir⁶⁹. Belirtmek gerekir ki kişinin iddia ettiği bir hakkını elde etmek için hileli davranışlara başvurması, TCK açısından bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak belirlenmiştir (TCK m.159)⁷⁰.

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE UNSURLARIN DIŞINDA KALAN HALLER

1. Teşebbüs

Suç, neticeli bir suç olup, bu suç açısından mağdurun, hileli hareketlere rağmen aldanmaması yahut aldanmış olsa dahi failin, elinde olmayan sebeplerle yararı elde edememesi, suçun teşebbüs aşamasında kalmasına sebep olur⁷¹. Elbette teşebbüs hükümlerinin tatbiki için, failin, *elverişli hareketlerle* icra hareketlerine

⁶⁶ Serkan Meraklı, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/Özel S, 2009, (Basım Yılı: 2010), 1662. Bu anlamda her iki suç açısından da dışarıdan iradi bir zilyetlik devri görünse de güveni kötüye kullanma suçu açısından, hukuken geçerli ve taraf iradesine uygun bir zilyetlik devri vardır. Oysa dolandırıcılık suçu açısından, devir, hileli davranışlarla sağlanmaktadır. Fatih Şahin, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK 155/1-2)", *TBB Dergisi*, 34/155, (Temmuz 2021), 194

⁶⁷ Meraklı, s. 1662; Şen-Malbeleşli, "Malvarlığına Karşı", 117. Keza hırsızlık suçu açısından, rıza söz konusu dahi değilken dolandırıcılık suçunda hileli davranışlar neticesinde de olsa sakatlanmış bir rıza vardır. Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçu", 780. Ayrıca bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/1, (Ocak 2018), 42.

⁶⁸ İnceoğlu, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", 42.

⁶⁹ Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 230, 231. Belirtmek gerekir ki dolandırıcılık suçu açısından başlangıçta suç işleme kastı olmalıdır. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda, zilyetliğin devrinden sonra fail, suç işleme kastı ile hareket etmeye başlamaktadır. Şahin, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", 175. Güveni kötüye kullanma suçunda, sözleşmesel ilişkinin gereği olarak taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunması gerektiği fikrine karşı çıkılarak ultima ratio ilkesi gereğince sözleşmeye aykırı davranışların, ceza hukukunun konusunu oluşturmadığı belirtilmektedir. İnceoğlu, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", 44, 45.

⁷⁰ Yenidünya, *Hırsızlık Suçu*, 243. Öğretide, bahse konu düzenlemenin, ihkakı hakkın, mağduru aldatmak suretiyle kendiliğinden hak alma şeklini yaptırım altına alan özel bir düzenleme olduğu ve düzenleme yerinin yanıltıcı olduğu ifade edilmektedir. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 339.

⁷¹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 697. 5237 sayılı TCK açısından eksik-tam teşebbüs ayrımı mevcut olmadığından bu husus, teşebbüs yönünden cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınması gereken bir husustur. Özbek vd., *Özel Hükümler*, 747. Ayrıca bkz. Kazancı-Zeyrek, "Dolandırıcılık" 541.

başlaması gerekir ki hareketin elverişli olup olmadığı konusunda objektif ve sübjektif görüş açısından farklı değerlendirmeler yapılmaktadır⁷². Teşebbüs açısından cezanın belirlenmesinde, hilenin, neticeye yakınlığı veya meydana getirdiği tehlikenin farklılığa neden olacağı söylenmektedir⁷³. Kişinin, bir başkasının güvenini elde etmek için, malvarlığı üzerinde tasarrufa sevk edici nitelikte olmayan birtakım hareketlere girişmesi, hazırlık hareketi olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Ancak belirsiz sayıdaki kişilere yönelik dolandırıcılık içeren hareketlere ilişkin ilan suretiyle yapılan açıklamaların, dolandırıcılık suçu açısından icra hareketleri niteliğinde olduğu da belirtilmektedir⁷⁵. İlgili suç tipi açısından, gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki mümkündür (TCK m.36, 41).

2. İştirak

Suç, iştirak açısından bir özellik arz etmez⁷⁶. Bununla birlikte, suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde (TCK m.158/3) müşterek failliğin; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise, TCK m.220 kapsamında kabul edilecek bir örgütün varlığı şarttır.

3. İçtima

İçtima açısından, somut olayda şartları var ise zincirleme suç hükümleri veya aynı neviden fikri içtima hükümleri tatbik edilir⁷⁷. Bahse konu suç açısından, fiili

⁷² Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 419. Objektif görüş, hilenin objektif olarak aldatmaya elverişli olmasını gerekli görmekteyken sübjektif görüş açısından somut olayda, mağdurun kişisel özelliklerine göre belirleme yapılmalıdır. Konu hakkındaki detaylı bilgi için bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 420 vd.

⁷³ Centel vd., *Kişilere Karşı*, 538.

⁷⁴ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 919. Bununla birlikte fail bu aşamada, kendisini olduğundan farklı göstermek için başka bir takım suç tipleri işlese (örn. resmi belgede sahtecilik) bu suçlardan cezalandırılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu hazırlık hareketlerinin, dolandırıcılık suçunun işlenmesi için kullanılması ve dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından icra safhasına geçilmesi halinde, TCK m. 212 gereğince hem dolandırıcılık hem de belgenin türüne göre belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırmanın söz konusu olacağıdır.

⁷⁵ İsa Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 243, 244.

⁷⁶ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 697; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 442. Maddede “başkasına yarar sağlanma” ile ifade edilen husus, neticeye ilişkin bir tanım olup kendisine menfaat sağlanan kişi, suça iştirak etmemiş ise sadece kendisine yarar sağlanmış olması sebebiyle dolandırıcılık suçundan sorumluluğu söz konusu olmaz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 924; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 541. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı*, 398; Kazancı-Zeyrek, “Dolandırıcılık” 543; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 830. Bununla birlikte bu ihtimalde 165’inci maddede belirtilen suçun söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir Centel vd., *Kişilere Karşı*, 541; Aydın, “Dolandırıcılık”, 676; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 153.

⁷⁷ Belirtmek gerekir ki malvarlığının sahibi ile malvarlığı üzerinde tasarruf hakkını haiz olan kişilerin farklı olmaları halinde dahi korunan hukuki değer malvarlığı olması sebebiyle, malvarlığı açısından zarara uğratan tek bir kişiye karşı suç işlendiği ifade edilmektedir Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 921. Kanaatimize göre bu ihtimalde, konunun tek olması sebebiyle aynı neviden fikri içtima hükümleri, tatbik edilemeyecektir.

oluşturan hileli hareketler, belgede sahtecilik suçunun işlenmesi suretiyle gerçekleşirse, fail TCK'nın 212'nci maddesi gereğince belgede sahtecilik suçlarından da cezalandırılacaktır⁷⁸. Tek bir fiil ile birden fazla kişiye yönelik aldatici hareketlerin yapılması halinde de aynı neviden fikri içtima hükümleri tatbik alanı bulunmaktadır. Bu durum, özellikle çalışma konumuzu oluşturan nitelikli hal açısından söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, farklı mağdurlara, farklı fiillerle bahse konu suç işlenmişse her bir mağdur bakımından, ayrı ayrı dolandırıcılık suçlarının oluştuğu ifade edilmelidir⁷⁹. Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki kişinin, tek bir dolandırıcılık suçunu işlemek amacıyla birden fazla hileli hareket gerçekleştirmesi halinde, ihlalin ve suçun tek olmasından hareketle tek bir suçtan bahsetmek gerekir⁸⁰. Kaldı ki kanun koyucu da zaten 157'nci maddede “Hileli davranışlar” ifadesine yer vermiştir.

4. Unsurların Dışında Kalan Haller

Dolandırıcılık suçunun, belirli akrabalar arasında işlenmesi halinde cezasızlık yahut cezayı ortadan kaldıran sebeplerin varlığı söz konusu olur ki (TCK m.167) cezasızlık durumunun varlığı halinde, özel hukuk ilişkisinden doğan sorumluluk devam eder⁸¹. Ayrıca bu suç açısından, etkin pişmanlık hükümlerinin tatbiki mümkündür (TCK m.168).

II. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN BASIN VE YAYIN ARAÇLARININ SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN YARARLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ (TCK m.158/1-g)

A. GENEL BİLGİLER

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi için tipiklik açısından herhangi bir sınırlama olmadığını, serbest hareketli bir suç olduğunu ifade etmiştik. Dolandırıcılık suçunun, basın ve yayın yolu araçlarıyla işlenmesi gerek verdiği zarar gerekse de kişilerin bu araçlara duyduğu güven sebebiyle ikna ediliği yüksek olması sebebiyle isabetli olarak TCK'nın 158/1-g bendinde, dolandırıcılık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hali olarak düzenlenmiştir⁸². Bununla birlikte, ilgili bendin ne şekilde tatbik edileceğine ilişkin olarak belirsizlikler mevcuttur.

Basın ve yayın, kitle iletişimini ifade eden bir kavramdır. Bu husus TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesinde de “*Basın ve yayın yolu ile*” deyimine ilişkin

⁷⁸ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 697; Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 445, 446.

⁷⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 698.

⁸⁰ Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, 448.

⁸¹ Aydın, “Dolandırıcılık”, 655.

⁸² Aydın, “Dolandırıcılık”, 684, 685. Ayrıca bkz. İrem Beril Metin, *Dolandırıcılık Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m.158/1)*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 103.

tanım, sadece kitle iletişim araçlarını kapsayacak biçimde değiştirilmiştir. Tasarıdaki bireysel iletişimi de içine alacak şekilde ifade edilmiş olan tanımın oluşturduğu sakıncanın giderilmesi için, tanımda değişiklik yapılarak “kitle iletişim araçları” ifadesine vurgu yapılmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Sözlük anlamı itibariyle “Duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, komünikasyon” anlamına gelen iletişim kavramı⁸³ temel insani ihtiyaçlar arasında yer alır. Teknik anlamda iletişimin, “telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, bildirişim, muhabere, komünikasyon” anlamına geldiği belirtilmektedir⁸⁴. Bu anlamda iletişim, ortak semboller aracılığıyla gerçekleşmektedir⁸⁵. İletişim, daha çok bireysel iletişim anlamında kullanılan haberleşmeden farklı olup⁸⁶ iletişimin temel unsurları; kaynak, mesaj ve muhataptır⁸⁷. İletişim, yüz yüze- yüz yüze olmayan; bireysel- kitlesel ve sözlü- yazılı iletişim şeklinde tasnif edilmektedir⁸⁸.

Kitle iletişimi, “kitle iletişimi araçları adı verilen basın, radyo-televizyon, sinema filmleri video bantları ve internet ile yapılan her türlü yayınları kapsamaktadır” şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁹. Belirtelim ki öğretide, kitle iletişim araçlarının, etkisi açısından sınıflandırıldığı, bu açıdan internetin, oldukça üstün bir konumda olduğu söylenmektedir⁹⁰. Öyle ki internet web sayfasına sahip olan her kişinin bir yayın organı olduğu, hatta web sayfası olmayıp da sadece e-posta veya sosyal medyadan yararlanan kişi ya da kuruluşların dahi yayın yapabildiği ifade edilmektedir⁹¹. Belirtelim ki bu değerlendirmeler, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından oldukça önem arz eder.

⁸³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2022)

⁸⁴ Sinan Bayındır vd., *Kitle İletişim Hukuku*, (Ankara: Adalet, 2023) 20.

⁸⁵ Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2021), 42.

⁸⁶ Konu hakkında açıklama için bkz. Bayındır vd. *Kitle İletişim Hukuku*, 21, 22.

⁸⁷ Buna göre kaynak, iletişimin konusunu oluşturan bilgi, düşünce, duygu veya durumların ortaya çıktığı yeri; mesaj, bilgi, düşünce, duygu veya durumların yüklendiği ses, koku, tat, dokunma yoluyla algılanan işaretleri; muhatap ise iletişim kaynağından gelen, bilgi, düşünce, duygu veya durumların yüklendiği ses, görüntü, işaret ve sembolleri alarak, bu bilgi, düşünce, duygu veya durumları algılayan kişi veya kişileri ifade eder şeklinde tanımlanmaktadır. Bayındır vd. *Kitle İletişim Hukuku*, 22-25. Yazarlar, bu unsurlara geri bildirim (feedback) dahil etmektedir. Bayındır vd. *Kitle İletişim Hukuku*, s. 24, 25.

⁸⁸ Bayındır vd. *Kitle İletişim Hukuku*, 26. İletişimin türleri açısından ayrıca bkz. İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 43-46.

⁸⁹ İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 48.

⁹⁰ İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 47

⁹¹ İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 47.

B. MADDENİN TATBİK ŞARTLARI

1. Genel Bilgiler

TCK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının g bendinde “*Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar (...) anlaşılır*” denilmektedir. Bahse konu tanım, oldukça geniş olup teknolojik gelişmeler karşısında, sınırlayıcı bir tanım yapılmak istenmemiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki TCK'nın 6'ncı maddesinin 1-g bendinde sadece “*basın ve yayın yolu ile*” ibaresi yer almakla birlikte TCK'nın 158'inci maddenin g bendinde “*basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma*” ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu, TCK'da, sadece dolandırıcılık suçu açısından bu ibareye yer vermiş olup diğer suçlar açısından ortak bir biçimde ve 6/1-g bendine uygun şekilde “*basın ve yayın yoluyla*” ifadesini tercih etmiştir⁹².

Basın ve yayın yoluyla işleme koşuluna yer verilen düzenlemeler açısından 5187 sayılı Basın Kanunu'na (BasK.)⁹³ işaret edildiği görülmektedir⁹⁴. BasK'nın kapsamı son değişiklikle birlikte, basılmış eserlerin basımı ve yayımı ile internet haber sitelerini kapsamaktadır (BasK. m.1). Kanunda basılmış eserden maksadın, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları olduğu görülmektedir (BasK. md.2-a). Bu anlamda yayının, süreli, süresiz yayın veya internet haber ajansı şeklinde gerçekleşmesi mümkündür (BasK., md.2/ c, h, m). Basın ve yayının sağladığı kolaylık açısından BasK. esas alındığında, sadece süreli ve süresiz basılmış eserler ile internet haber ajansları dikkate alınmalıdır.

BasK. açısından basılı eserden bahsedebilmek için objektif ve sübjektif şartların sağlanması gerekir. Bu anlamda objektif unsurların, eserin fikri bir içeriğe sahip olması ve basılması veya çoğaltılması olduğu söylenebilirken sübjektif unsurun, eserin basılması veya çoğaltılması filininin, yayımlanması amacıyla yapılması olduğu söylenebilir⁹⁵. Yayın ise “basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması” şeklinde tanımlanmıştır (BasK., md.2-b).

⁹² Bkz. TCK m.132/3, 133/3, 134/2, 218, 220/8, 226/2-5, 267/1-9, 269/5, 318/2. Belirtmek gerekir ki Kanun koyucu kimi suçlar açısından açıkça basın ve yayın yolu ile işlenmesine değinmemekle birlikte suçun, basın ve yayın yolu işlenmesi ile aleniyet hususunun gerçekleşeceği de ifade edilmektedir. Fatih Selami Mahmutoglu, “Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Basın Yayına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 3/14, (Ocak 2011), s. 30.

⁹³ Basın Kanunu (BasK.), Resmi Gazete 25504 (26 Haziran 2004) 5187.

⁹⁴ Mahmutoglu, “Basın Yayına İlişkin Hükümler”, 14.

⁹⁵ Mahmutoglu, “Basın Yayına İlişkin Hükümler”, 14. Öğretide, objektif şartları, maddi varlık, düşünsel içerik ve çoğaltma şartı; sübjektif şartın ise çoğaltmanın yayımlanmak üzere yapılması şartı olarak tanımlandığını da görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayındır vd. *Kitle İletişim Hukuku*, 102 vd.

TCK açısından “*Basın yayın aracı*”nın, *görsel, işitsel, yazılı ve elektronik kitle iletişim araçlarının her türlü şekli*” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶. Bu anlamda basılı yayınları yapan araçlarla birlikte radyo, televizyon, internet, online platformlar⁹⁷ da bu kapsamda kabul edilmektedir.

İlgili bendin tatbiki için muhatap bulmak maksadıyla gerçeğe aykırı açıklamaların, kitle iletişim vasıtaları ile üçüncü kişilere sunulması ve muhatapların, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylık ile hataya düşürülmüş olması şeklinde iki şartın gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁸.

2. Basın ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanma Konusu

Dolandırıcılık suçunun, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, bu basın ve yayın araçlarının, hile açısından *araç olarak* kullanılmasına bağlıdır⁹⁹. Bu araçlar, mevcut hilenin güçlendirilmesi amacıyla da kullanılabilir¹⁰⁰. Bununla birlikte hangi hallerde basın ve yayın araçlarının dolandırıcılık suçu açısından *araç olarak* kullanıldığı hususu tartışmalıdır.

Kanun koyucunun, dolandırıcılık suçunun “*d) Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” ve “*f) Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle*” nitelikli halleri açısından “*araç olarak kullanılma*” ibaresine yer vermesine rağmen basın ve yayın araçları açısından bunların “*sağladığı kolaylıktan yararlanma*” ibaresini tercih etmesinin bilinçli bir tercih olup olmadığı belirsizdir. 158’inci maddenin gerekçesinde de bu ayrıma ilişkin bir açıklama mevcut değildir.

Lafzi bir yorumla, “*araç olarak kullanma*”nın, bahse konu araçların kullanımının hile açısından mutlaka bu araçların niteliğinden yararlanma; “*sağladığı kolaylıktan yararlanma*” ifadesinin ise, bu araçların suçun işlenmesinde kullanılmasının doğrudan doğruya faile avantaj sağladığı şeklinde yorumlanması mümkündür¹⁰¹. Bununla birlikte, ceza hukukunun temel mantığı açısından meseleye

⁹⁶ Kazancı -Zeyrek, “Dolandırıcılık” 556.

⁹⁷ Aydın, “Dolandırıcılık”, 685.

⁹⁸ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 236.

⁹⁹ Kazancı-Zeyrek, “Dolandırıcılık” 556.

¹⁰⁰ Kazancı -Zeyrek, “Dolandırıcılık” 556. Bu anlamda hilenin basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle desteklenmesi de nitelikli hale örnek teşkil etmektedir. Mesut Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), 225.

¹⁰¹ Ayrıma ilişkin olarak, bilişim sisteminin mağdurun aldatılmasını sağlamayıp sadece mağdura ulaşılmasını kolaylaştırmakta olduğu, bilişim sisteminin sağladığı kolaylıktan yararlanmaktan değil, bilişim sisteminin suçta araç olarak kullanılmasından bahsedildiğinden hareketle sistemin, hile açısından bir fonksiyon arz etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Beyza Melek Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu ve Özel Olarak Bilişim Sistemlerinin, Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 84, 85. Bir

yaklaşıldığında, her iki nitelikli hal açısından da suçun işlenmesinde, bu araçların bir fonksiyon icra etmesi, hileyi meydana getiren veya mevcut hileyi artıran bir işlev görmesi gerektiği ifade edilebilir. TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesinde, basın ve yayın yoluyla işlenme ifadesinin, sadece kitle iletişim araçlarına işaret etmekte olup bireysel iletişimin bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Öğretide, basın ve yayın araçlarının, suçun icrasında doğrudan doğruya kullanılmış olmasından bahsedilmediği bu araçların sağladığı kolaylıktan yararlanmanın gerektiği de ifade edilmiştir¹⁰².

Kanaatimizce meseleye iki türlü yaklaşmak mümkündür. Buna göre, birinci görüş açısından, bir kimsenin sadece ilan vermesi ve ardından bu ilan aracılığıyla iletişim kurduğu kişileri dolandırması ihtimalinde, basın yayın ve araçları, sadece mağdurlara ulaşmakta bir vasıta olarak kullanıldığı için nitelikli halden söz edilemez. Oysa, bir kimse, kanser hastası olduğu yalanıyla bir gazeteye ilan verir ve bu yalanla kendisine menfaat sağlarsa bahse konu nitelikli hal gerçekleşir¹⁰³. Bu durumda, fail, gerçek olmayan bir durumun bir basın organında yayınlaması suretiyle aldatma eylemi açısından bu araçların sağladığı kolaylıktan yararlanmış olmaktadır¹⁰⁴. Bir diğer görüşe göre de basın ve yayın aracı üzerinden ilan vererek mağdura ulaşan kişinin, dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine basın ve yayın aracı üzerinden devam etmemesi, nitelikli hali teşkil etmez¹⁰⁵.

TCK m.6/1-g'de "*Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar (...) anlaşılır*" ibaresi, TCK'da suçun "*basın ve yayın yolu ile*" işlenmesine ilişkin olan hükümlerde tatbik imkânı bulan ve bu anlamda BasK. esas alınarak değerlendirme yapılması gereken bir düzenlemedir. Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma ifadesi ise TCK'da sadece dolandırıcılık suçu açısından yer verilen bir ibare olup, bu noktada önemin *basın ve yayına* değil de *basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma sureti ile işlenmesine* verildiği söylenebilir. Bu itibarla, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde herhangi bir biçimde araç olarak kullanma, ister mağdurlara ulaşmada bir vasıta olsun isterse de hileyi ortaya koyma veya mevcut hileyi güçlendirme için kullanılсын, bahse konu nitelikli halin tatbik edilmesi gerekir.

görüğe göre, araç olarak kullanma ifadesi, kolaylıktan yararlanmaya göre daha dar bir anlam içermektedir. Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 230.

¹⁰² Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 824.

¹⁰³ Nurşen Selen Agin, *Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 134.

¹⁰⁴ Agin, *Bilişim*, 134, 135

¹⁰⁵ Metin, *Dolandırıcılık Suçunun Nitelikli Halleri*, 104. Benzer şekilde, ilanın sadece mağdura ulaşmada bir vasıta olarak kullanılmasının bu bent kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 380.

Konu ile ilgili son olarak nitelikli halin, sadece basın mensuplarınınca mı yoksa herkes tarafından bu araçların kullanılması halinde mi tatbik alanı bula-çağı hususunun belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirildiği söylenebilir¹⁰⁶. Öğre-tide, nitelikli hal açısından, araçları kimin kullandığının bir önemi olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷. Zira kanun koyucu, nitelikli hale ilişkin özgülemeyi, fail değil araç odaklı yapmıştır. Bununla birlikte, basın ve yayın mensupları tarafından bu araçlarla suçun işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak tercih edilebilirdi. Ancak günümüzde basın ve yayının kapsamının oldukça genişlediği, vatandaş muhabirliğinin yaygınlaştığı göz önünde bulundurulduğunda, bu ihti-malin, adaletsizliklere neden olabileceği söylenebilir.

3. Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi Halinden Farkı

TCK'nın 158'inci maddesinin 1-f bendinde, dolandırıcılık suçunun, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak dü-zenlenmiştir. Bilişim sistemi, “*bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem*” şeklin-de ifade edilmektedir¹⁰⁸. Bu açıdan, “*gönderebilme*”, “*alabilme*”, “*toplayıp depo-layabilme*”, “*otomatik işlemlere tabi tutma* ve “*manyetik olma*” niteliklerini haiz bir sistem, bilişim sistemi olarak kabul edilecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Kazancı -Zeyrek, “Dolandırıcılık” 557. TCK m.158/1-f bendi ile yapılan mukayese neticesinde, “basın ve yayın araçlarının dolandırıcılık suçunun işlenişinde araç olarak kullanılması” şeklindeki ifadenin, bu fiilin sadece basın mensupları tarafından işlenebileceği anlamına geleceği vurgulanmıştır. Bu gö-rüşe göre, aslında bent ile hedeflenen, bahse konu araçların, dolandırıcılık suçu açısından söz konusu olan hileli davranışın, kişilere yöneltilmesi bakımından bir kolaylık sağlamasıdır. Korkmaz, “Dolandır-ıcılık Suçu”, 1425. Öğretide Şahin de nitelikli halin uygulanmasının nedeninin basın ve yayına araçları-nın suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması değil bu araçların, suçun işlenişinde özel bir kolaylık sağlaması olduğunu ifade etmektedir. Şahin, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 379.

¹⁰⁷ Aydın, “Dolandırıcılık”, 685; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 909; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 532; Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 237; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 824; Külçe, *Dolandırıcılık Suçu*, 85; Bilen, *Dolandırıcılık Suçu*, 226; Metin, *Dolandırıcılık Suçunun Nitelikli Halleri*, 103.

¹⁰⁸ Korkmaz, “Dolandırıcılık Suçu”, 1422. Belirtilim ki öğretilerde haklı olarak bu nitelikli halin, kendisi ile ilgisiz “banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle” işlenmesi nitelikli hali ile birlikte düzenlenmesi eleştirilmektedir. Bilen, *Dolandırıcılık Suçu*, 220.

¹⁰⁹ Korkmaz, “Dolandırıcılık Suçu”, 1422. Tanım için ayrıca bkz. Aydın, “Dolandırıcılık”, 684; Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar” 30; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 906; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 529; Özbek vd., *Özel Hükümler*, 738; Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, (Bursa: Beta, 2008), s. 3.; Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 63 vd. Türk ceza kanunu'nun 158/1-f ve 245/1. Mad-delerinde düzenlenen suçlar ve bu suçlar arasındaki ilişki sorunsalı, TBB Dergisi 2022 (161), s. 30. Şüphesiz gelecekte meydana gelecek teknolojik gelişmeler, bilişim sistemine ilişkin tanımın da de-ğişmesine neden olacaktır. M. Siddık Çinko, “Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık (Türk Ceza Kanunu Uygulaması)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14/158, (Ekim 2019), 1971. Belirtmek gerekir ki bilişim suçları ile bilişim yoluyla işlenen suçların birbirinde farklı olduğu belirti-lerek bilişim yoluyla işlenen suçların, hırsızlık, dolandırıcılık, hakaret vb. gibi asayiş suçlarının bilişim teknolojileri kullanılarak işlenmesi; bilişim suçlarının ise her türlü teknoloji kullanılarak, kanuni olmayan yollarla kişisel ya da kurumsal bilgisayarlarda, sistemler üzerinde zarar verici etki bırakmak

Bilişim sistemi; bilgisayarlar, yazılımlar, banka ve kredi kartları, cep telefonları, elektronik imza, pos cihazlarını da içeren geniş bir alanda kabul edilmektedir¹¹⁰. Bununla birlikte öğretide, hesap makinesi, elektronik tartı, takometre, gibi programlandığı şekilde çalışan aygıtların, veri toplama ve işleme fonksiyonundan yoksun oldukları için nitelikli hal kapsamında olmadığı belirtilmektedir¹¹¹. Öğretide, bendin tatbik alanı bulması için bilişim sisteminin, suçta araç olarak kullanılması ve fail ile mağdurun yüz yüze gelmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹². Ayrıca dolandırıcılık suçunun bu nitelikli halinden bahsetmek için, hileli hareketlerin kişilere yönelmesi gerekir; sistemlerin teknik açıklarından yararlanarak menfaat temini etmek ise hırsızlığın 142/2-e bendindeki nitelikli haline ya da 244/4'teki suç tipine sebebiyet verir¹¹³. Kişinin, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan manyetik sistemlerden araç olarak yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde dolandırıcılık suçunun, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmak suretiyle işlendiği söylenebilir¹¹⁴.

Kişilerin, e-posta ya da sosyal medya hesaplarının ele geçirilerek dolandırılması, internet üzerinden yapılan satımlar¹¹⁵, bir bankadan gönderilmiş izlenimi meydana getirir bir internet sitesi üzerinden bedava hizmet sağlandığı söylenmesine rağmen uluslararası telefon görüşmesi üzerinden tarife tatbiki, sosyal medya hesabı ele geçirilen kişinin, hesap listesindeki kişilerle iletişime geçilerek menfaat sağlanması örnekleri¹¹⁶ bu kapsamda görülmektedir¹¹⁷. Bununla birlikte, failin, başkasına ait hesaba girmek suretiyle muhatapla iletişime geçmesinin, bu sistemin

olduğu ifade edilmektedir. Ümit Sönmez, "Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Dolandırıcılık Suçu", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 1/2, (2017), s. 51. Benzer bir ayrıma doğrudan bilişim (gerçek bilişim) ve dolayısıyla bilişim suçu (bilişim bağlantılı suç) şeklinde de rastlamak mümkündür. Çinko, "Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması" 1972.

¹¹⁰ Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçu", 1423. Yine "tablet, ATM (Automated Teller Machine), POS (Point of Sale) ve telefonlar", Atalan, "158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar", 31.

¹¹¹ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 226.

¹¹² Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçu", 1424. Ayrıca bkz. Aydın, "Dolandırıcılık", 684.

¹¹³ Çinko, "Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması", 1973. TCK'nın 142/2 e düzenlemesi hırsızlık suçunun daha ağır cezayı gerektiren hallerinden olan ve suçunu "e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle" işlenmesine ilişkin olup 244/4'üncü maddedeki düzenleme ise sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçuna ilişkin olarak "(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturulmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolünür" şeklindeki bir hüküm içermektedir.

¹¹⁴ Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 822.

¹¹⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 682, 683.

¹¹⁶ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 906.

¹¹⁷ Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen dolandırıcılık suçu açısından tercih edilen yöntemlerde de çoğunlukla, basın ve yayının tercih edildiği görülmektedir. Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen dolandırıcılık türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sönmez, "Bilişim Sistemleri", 51 vd.

hileli açıklamaları muhataba ulaştırmak üzere iletişim aracı olarak kullanıldığı şeklinde yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁸. Bu durumun, başkasının cep telefonunu ele geçiren kimsenin, o kimseymiş gibi muhataplarını dolandırmak amacıyla mesaj göndermesi vb. hareketler ile aynı olduğu; oysa GSM üzerinden gerçekleştirilen hileli hareketlerin, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işleme olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹¹⁹.

Bilişim sisteminin, hileli hareketler açısından araç olarak kullanılması gerektiği, aldatmanın ardından yarar sağlanma aşamasında bu sistemlerden yararlanılmasının ise bahse konu nitelikli bent kapsamında görülemeyeceği ifade edilmiştir¹²⁰. İnternet sitesinin araç olarak kullanılmasının, bu nitelikli hal kapsamında değerlendirileceğine ilişkin Yargıtay görüşü, suçun basın veya yayın araçlarının sağladığı kolaylık suretiyle işlenmesi şeklinde düzenlenen bent ile uyumsuzluğu sebebi ile eleştirilmektedir¹²¹. Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmadan farklı olarak bu bilişim sistemi araçları açısından, araç olarak kullanmanın yeterli olmasının adilane olmadığı öne sürülmektedir¹²². Bentte yer alan “sağladığı kolaylık” ifadesinin, basın ve yayın araçlarının, ikna edicilik gücünden yararlanılması noktasında daraltıcı bir yoruma sevk ettiği söylenmektedir¹²³. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bu bendin tatbik edilebilmesi için bilişim sisteminin bir unsurundan yararlanmış olmanın yeterli olmadığı, sistemin, doğrudan aldatıcı hareketin bir unsuru olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁴.

Bahse konu bendin ve dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için gerçek kişinin aldatılmasında bilişim sisteminin araç olarak kullanılması gerekir ki hile, eğer gerçek kişiye değil de bilişim sistemine yöneltilirse, TCK m. 244, 245’inci maddedeki suç tipleri oluşur¹²⁵. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması

¹¹⁸ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 229.

¹¹⁹ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 229, 230.

¹²⁰ Korkmaz, “Dolandırıcılık Suçu”, 1428.

¹²¹ “Saniğin, www.sahibinden.com isimli internet sitesine... ismi ile satılık araç ilanı verdiği, ilandaki numarayı arayan katılana bu kez de ismini ... olarak söyleyip aracın satışı konusunda pazarlık yapıp anlaşıkları, saniğin aracın vergi borcunu kapatması gerektiğini söyleyip para istemesi üzerine katılanın 750,00 TL parayı saniğin adına açılmış banka hesabına havale ettiği, ertesi gün katılabı tekrar arayan saniğin bu kezde Ankara’ya aracın satışı için geldiğini, ancak parasının olmadığını söyleyip katılandan tekrar 400,00 TL para göndermesini istediği, bunun üzerine katılanın bu miktar parayı yine aynı hesaba havale etmesi ile birlikte saniğin, katılanın aramalarına cevap vermediği, olayda” bu bendin uygulandığı ifade edilmiştir. Yargıtay 15. Ceza Dairesi’nin, 7 Aralık 2017 tarih ve 24187/26381 sayılı kararı ve açıklamalar için bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 906, 907.

¹²² Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 906, 907.

¹²³ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 240.

¹²⁴ Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 84.

¹²⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 683. Ayrıca bkz. Akbulut, “Hile”, 2274. Öğretilde, bilgisayar ve bilişim sistemlerinin iradeleri olmaması sebebi ile hukuka aykırı veri girilmek suretiyle bilgisayarların aldatılması eylemlerinin, dolandırıcılık suçu olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Yazıcıoğlu,

suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, TCK'nın m.244/4'üncü maddesinde yer alan, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasına ilişkin düzenleme ve TCK'nın 245/1'inci maddesinde yer alan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması düzenlemeleri ile ilişkisi de önem arz etmektedir. TCK'nın 244/4'üncü maddesi “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması halinde (...)*” şeklinde düzenlendiğinden, bu ihtimalde, dolandırıcılığa ilişkin hükmün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶. TCK m.245'te yer alan banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun oluşması halinde ise konunun farklı neviden fikri içtima hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir¹²⁷.

Esasen internet üzerinde meydana gelen dolandırıcılıklar bakımından hangi nitelikli unsurun tatbik edileceği, internetin niteliği ile doğrudan ilgilidir. Bu anlamda internetin bir bilişim sistemi olduğu şüphesiz ise de aynı zamanda bir basın ve yayın aracı olarak kullanıldığı da gözden kaçmamalıdır¹²⁸. Gazetelerin internet siteleri ile ilan siteleri arasında herhangi bir fark olmadığını savunan bir görüşe göre her ikisi de bilişim faaliyeti destekli basın yayın aracıdır¹²⁹.

Bu konuda yapılan bir ayrıma göre, bir kimsenin cep telefonuna SMS ile reklam gönderilmesi ile bunun internet aracılığıyla yapılması ihtimallerinde ne hileli hareket ne de bilişim sistemi açısından özel bir aldaticılık durumu mevcuttur¹³⁰. Ancak failin, internet sitesi vasıtasıyla, sistem üzerinden mağdurla doğrudan iletişime geçmesi ihtimalinde, bilişim sisteminin, hem mağdura araç olarak ulaşmakta kolaylık elde ettiği hem de sistemi bir araç kullandığından hareketle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan TCK m.158/1-f'nin tatbik edilebileceği söylenmektedir¹³¹.

“Hırsızlık Suçu”, 778. Bu nitelikli hal açısından muhatabın, gerçek kişi olması gerektiği konusunda bkz. Özbek vd., *Özel Hükümler*, 739; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 530.

¹²⁶ Centel vd., *Kişilere Karşı*, 530. 244/4'üncü madde metninde “*başka bir suç oluşturulmaması*” ifadesine yer verilmesine rağmen gerekçede, failin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturulmaması şeklinde bir açıklamaya yer verilmesi, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Bu görüşe göre gerekçe, cezanın belirlenmesinde belirleyici olmadığından, gerçekleşen diğer suçun cezası ne olursa olsun, fail o suçtan ceza verilmelidir. Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 57. Bununla birlikte yazarın da ifade ettiği üzere en doğrusu, madde metninin, gerekçeye uygun olarak değiştirilmesidir. Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 58.

¹²⁷ Centel vd., *Kişilere Karşı*, 530.

¹²⁸ *Dolandırıcılık Suçu*, 83.

¹²⁹ Yazar haklı olarak bu ihtimalde, gazetelerin internet sitelerinin basın ve yayın aracı olarak kabul edilip de ör. sahibinden.com gibi sitelerin bilişim sistemi aracılığıyla işlenen nitelikli hal kapsamında sayılmasını eleştirmektedir. Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 84.

¹³⁰ Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 84.

¹³¹ Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 84, 85.

Kanaatimizce bilişim sisteminlerinin gerçek kişilerin aldatılmasında bir araç işlevi görmesi halinde TCK m.158/1-f bendi uygulanmalıdır. Zira bu bentte *araç olarak kullanılması* ifadesine yer verilmiştir. Bilişim sistemlerinin aynı zamanda basın ve yayın aracı olarak da kullanılabilirdiği düşünüldüğünde, TCK m.158/1-g bendinin “*Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak*” şeklindeki düzenlemesinin, TCK m.158/1- f bendindeki *araç olarak kullanılma* ifadesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Esasen, basın ve yayın aracının aynı zamanda bilişim sistemi olması halinin daha ağır cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi düşünülebilirdi. Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak ifadesinin ister mağdurlara ulaşmada bir kolaylık sağlaması isterse de hilenin sergilenme ve artırılması için söz konusu olsun 158/1-g bendinin tatbik edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi bir değerlendirmenin, bentlerin tatbiki açısından adaletsiz sonuçlara yol açacağını düşünmekteyiz. Mevcut durumda, her iki nitelikli halin aynı olayda gerçekleşmesi ihtimalinde, TCK m.61 in gerekçesinden hareketle ve 158’inci maddede “*Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz*” şeklindeki düzenleme dikkate alınarak suçun, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi şeklindeki nitelikli halinden hüküm tesisi gerekmektedir. Ayrıca bu ihtimalde üst sınıra yaklaşarak ceza verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte TCK m.158/1-f ile 158/1-g bentlerinin, teknolojik gelişmeler ışığında yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Sosyal Medya Üzerinden Dolandırıcılık

Kişinin, sosyal medya hesaplarında kendisini olduğundan farklı bir şekilde tanıtır ve bu şekilde kandırdığı kişilerden menfaat elde etmesi, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesine (TCK m.158/1-f) örnek teşkil etmektedir¹³². Failin, başkasının sosyal medya hesabına girerek dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde ise öncelikle 243/1’inci maddedeki bilişim sistemine izinsiz girme suçu gerçekleşir¹³³. Sosyal medya hesabına yahut e-posta adresine girerken sistemin işleyişinin engellenmesi ve bozulması durumunda TCK m.244/1; sistemdeki verilere zarar vermesi yahut şifrenin kırılması suretiyle sisteme erişim imkânsız hale gelmişse 244/2’nci fıkradaki suçun oluşacağı belirtilmektedir¹³⁴. Failin, sosyal medya hesabı üzerinden birden fazla mağdura yönelik toplu mesaj göndermesi ihtimalinde, TCK m.43/2 hükmünün tatbik edilmesi gerektiği söylenmiştir¹³⁵. Belirtelim ki Yargıtay, bir kimsenin, başkası-

¹³² Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar”, 45.

¹³³ Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar”, 46.

¹³⁴ Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar”, 46.

¹³⁵ Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar”, 46.

nın sosyal medya hesabının şifresini kırarak, hesap sahibi kişi gibi davranmak suretiyle, bu kimsenin sosyal medya hesabının listesindeki kişilerden menfaat sağlanmasını, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı nitelikli dolandırıcılık olarak değerlendirmektedir¹³⁶.

Sosyal medya vasıtasıyla suçun işlenmesine örnek olarak verilen haller, çoğunlukla suçun bilişim araçlarının kullanılması ile kesişmektedir. Örneğin “*arkadaş dolandırıcılığı*” olarak adlandırılan ve bilişim sistemi aracılığıyla işlenen suçlara örnek verilen yöntem açısından kişi, kendisini farklı şekilde tanıtarak, internet ortamında yakınlık kurduğu kişilerden yardım adı altında para talep etmektedir¹³⁷. Yine “*oltalama (yemleme)*” olarak adlandırılan bir yöntemde de tanınmış ulusal ya da uluslararası bir firmanın veya kişinin, fail ya da faillerce taklit edilmesi, bunlara ait resmi sitelerin kod ve tasarımlarının kopyalanarak sahte internet siteleri yapılarak işlenebilmektedir¹³⁸. Sosyal medya, bir basın ve yayın aracı olarak kullanılabilir gibi bireysel iletişim aracı olarak da kullanılabilir. Dolayısıyla, sosyal medya aracılığıyla işlenen dolandırıcılık suçunda, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma ancak sosyal medyanın, bu amaçla kullanıldığı dolandırıcılık fiilleri açısından söz konusu olabilir. Elbette bu durumda hem bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması hem de basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıkla ilgili bentlerin tatbik alanı bulunduğu ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere failin TCK m.61’in gerekçesinden hareketle en ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan TCK m.158/1-f bendinde öngörülen ceza ile cezalandırılması gerektiğini ve cezanın, üst sınıra yaklaşarak verilmesi gerektiğini ifade etmek istiyoruz.

5. İnternet Aracılığıyla Yapılan İlanlarla Dolandırıcılık Konusunda Yargıtay’ın Yaklaşımı

Dolandırıcılık suçunun, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle işlenmesi nitelikli haline ilişkin yol gösterici olmasını beklediğimiz Yargıtay kararlarında yeknesaklık söz konusu değildir.

¹³⁶ “*Sanığın, olay tarihinde kendi adına olan cep telefonu hattı ile internete girmek suretiyle şikayetçi C... S...’in e-mail ve buna bağlı oluşturduğu facebook hesabının şifresini kırmak suretiyle şikayetçinin izni ve bilgisi olmaksızın erişim sağladığı ve şikayetçinin erişimini şifresini değiştirerek engellediği, ardından da arkadaş listesinde bulunan şikayetçi C... C...’dan 290 TL para göndermesini isteyerek, bu parayı internette oyun satın aldığı M... Z... E... hesabına gönderttiği, şikayetçi E... U...’dan ise babası adına olan cep telefonu numarasına cebe havale yöntemi ile 60 TL para göndertmek suretiyle şikayetçiler C... C... ve E... U...’a karşı bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu işlediği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.*” Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay K. 2018/2664), (17 Nisan 2018).” Karar için bkz. Çinko, “Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması”, 1975.

¹³⁷ Sönmez, “Bilişim Sistemleri”, 52.

¹³⁸ Sönmez, “Bilişim Sistemleri”, 51, 52. Konu hakkında ayrıca bkz. Şahin, *Dolandırıcılık*, s. 377.

Sorun, özellikle internet üzerinden yapılan ilanlar açısından tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, birçok kararında internet üzerinden yapılan ilanlar açısından basın ve yayın yoluyla nitelikli dolandırıcılık durumunun oluşup oluşmayacağına ilişkin farklı içtihatlar arz etmiştir. Bu anlamda Yargıtay'ın kimi kararlarında, ilanın gazetede veya internet sitesinde verilir verilmeyeceğine bakmaksızın suçun nitelikli haline işaret ettiği görülmektedir¹³⁹. Yargıtay, diğer bir kısım kararında ise ilanın aldatıcılık özelliğinin bulunup bulunmadığının araştırılarak duruma göre bir değerlendirme yapılmasına işaret etmiştir¹⁴⁰. Yüksek Mahkeme, gazetede

¹³⁹ “İddianame içeriğinde şüphelinin kendisine ait olmayan, herhangi bir yetkisi ve vekâleti olmayan evi kendisininmiş gibi göstererek gazeteyle ilan verip bu ilan üzerine arayan mağdura haricen satarak 400 Lira kaporo aldığı belirlenmesi ve mağdurun aşamalarda ilk buluşmada tapuyu görme imkanının bulunmadığını, gazete ilanına güvenerek sanığa 400 Lira kapora verdiğini beyan etmesi karşısında sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 158. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde düzenlenen Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık” suçunu oluşturup oluşturmayacağını tartışılması gerekmektedir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2013/135 K. (9 Nisan 2013). “İddianame içeriğinde “şikâyetçinin, şüphelinin gazeteyle verdiği ilanı görüp spor malzemesi sipariş ettiği, ancak parasını göndermesine karşın kendisine kâğıt ve naylon parçaları gönderilmek suretiyle dolandırıldığı” hususunun dava konusu yapılması nedeniyle bu konuda bir araştırma yapıp, söz konusu gazete sayfası da temin edilerek incelendikten sonra sanığın eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 158. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde düzenlenen “Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık” suçunu oluşturup oluşturmayacağını tartışılması, (...) gerekmektedir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2012/204 K. (22 Mayıs 2012). “Sanık tarafından bir gazetenin 08 Kasım 2006 tarihli baskısında Renault marka araçlara ait ilanlar kısmında “2000 Toros 6,550- Orjinal LPG li ...” şeklinde ilan verdiği, kendisini alıcı olarak arayan katılana gerçekte böyle bir araba satmadığı halde araç satıyormuş gibi davranıp pazarlık yaptığı, anlaştığı, banka havalesi suretiyle 250 TL kaporo aldığı, vermiş olduğu telefonlara daha sonra başkaları çıkarak değişik bahanelerle katılanı caydırmaya ve bıktırmaya çalıştıkları, sanığın böylece katılanın 250 TL'sini mal edindiği anlaşıldığından basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir”, Yargıtay 23. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/5358 K. (19 Ekim 2015).

¹⁴⁰ Aynı dönemde verilen bazı kararlarda ise ilanın, aldatıcılık özelliğinin bulunup bulunmadığının araştırılarak duruma göre bir değerlendirme yapılması istenmiştir. (“Şikâyetçinin ilanda gördüğü 2001 model ... marka LPG ve klimalı araç için verilen telefonu aradığını, sanık ile görüşüp anlaşarak istediği kaporayı gönderdiğini beyan etmesi karşısında, TCK'nın 158/1-g maddesinde düzenlenen basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için gazeteyle verilen ilanın şikâyetçinin aldanmasında ve hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde kolaylık sağlamasının gerektiği, bu nitelikte olmayan ilanın failin sadece şikâyetçiye ulaşmasına yardımcı olduğu hallerde “basit dolandırıcılık” suçunu oluşturacağı gözetilerek, denetime olanak verecek şekilde suça konu gazete ilanının getirtilip şikâyetçinin aldatılması ve hileli hareketin gerçekleşmesinde kolaylık sağlayıp sağlamadığı belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/26412 K. (8 Haziran 2015). Yargıtayın bahse konu dönemde bazı kararlarında da, ilanın sadece mağdurlara ulaşmada bir araç niteliği taşıdığı şeklindeki kanaatle dolandırıcılık suçunun temel halinin gerçekleştirilmesine işaret ettiği görülmektedir. “Sanığın gazeteyle verdiği ilanın sadece şikâyetçiye ulaşmasına yardımcı olduğu, hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve şikâyetçinin aldatılmasında bir kolaylık sağlamadığından hareketle; eyleminin 5327 Sayılı TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen “Basit dolandırıcılık” suçunu oluşturduğu gözetilmeden “Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık” suçundan 5237 sayılı TCK'nın 158/1-g maddesi uyarınca hüküm tesis edilmesi”

verilen ilanlar açısından, ilan verilmesinin, ilanda aldatıcılık vasfı bulunmadığı takdirde dolandırıcılık suçunun temel halini teşkil edeceğini ifade etmiştir¹⁴¹. Bu anlamda Yargıtay'ın, tarafların yüz yüze gelmediği, sadece gazetede yayınlanan ilana kanmak suretiyle yarar sağlanması hallerini nitelikli hal olarak kabul ettiği kararları da mevcuttur¹⁴².

Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/10251 K. (22 Mayıs 2014) (Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/13094 K. (2 Temmuz 2014) Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/20895 K. (10 Aralık 2014) Belirtelim ki bu görüş internetin, mağdurlara kolay ve hızlı bir şekilde ulaşma açısından kullanılmasında itibariyle eleştirilmektedir. Eryiğit, Dolandırıcılık Suçu, 85.

¹⁴¹ “Katılanın Posta gazetesinin ilan sayfasında ... marka bir aracın satış ilanını görmesi üzerine araç sahibi sanığı aradığı, 5.500 TL karşılığında anlaşmaları, bu paranın 3.500 TL'sini sanığın İş Bankası ... şubesinde bulunan hesabına gönderdiği, daha sonra aracı almak için sanığın verdiği adrese gittiğinde sanığı bulamadığı, sanığa tekrar telefon açtığına 500 TL para istemesi üzerine bunu vermeyeceğini aracı teslim etmesi halinde kalan 1.500 TL'yi ödeyeceğini söylediği, ancak bundan sonra sanığa ulaşamadığı olayda, yerel Mahkeme'nin 18/09/2007 tarih 2009/416 E. 2010/130 sayılı kararıyla sanığın mahkumiyetine karar verildiği, Dairemizin 02/06/2014 tarih ve 2012/17654 esas, 2014/10914 sayılı kararıyla suçta konu gazete ilanının aslı ya da onaylı örneği getirtilip, sanığın verdiği ilan değerlendirilerek, ilanda aldatıcılık özelliği olan cümleler bulunup bulunmadığı tespit edilip, hilenin varlığı halinde eylemin 5237 sayılı TCK'nın 158/1-g maddesinde düzenlenen basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturacağı; ilanda hile bulunmayıp, sadece haber verme şeklinde ise ve aldatıcılık özelliği sadece şahıslarla birebir konuşma sırasında oluşmuşsa, eylemin aynı Kanununun 157. maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık kapsamında olacağı gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması gerekçesiyle bozulmasına karar verildiği anlaşılmalıdır... isabetsizlik görülmemiştir.”, Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/30609 K. (2 Kasım 2015). “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hilenin kullanılmasından sonra, paranın banka aracılığı ile sanığa gönderilmesi eyleminde, hilenin gerçekleşmesinde ödeme aracı durumunda bulunan bankanın rolünün bulunmadığı dikkate alınarak, 5237 sayılı TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında bankanın araç olarak kullanılması suçunun oluşmayacağı, aynı zamanda gazete ilanının da suçun işlenmesini kolaylaştırmadığı ve hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde veya katılanın dolandırılmasında etkili olmadığı, katılanın gazete ilanına güvenerek sanığa para göndermesinden söz edilemeyeceğinden; sanığın eyleminin, aynı yasanın 157/1. maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülmek suretiyle sanık hakkında aynı yasanın 158/1-f, g, son maddesi uyarınca hüküm kurulması” Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2013/13544 K. (18 Eylül 2013) Karar için bkz. Kazancı -Zeyrek, “Dolandırıcılık” 557. Öğretide de salt ilan verilmiş olmasının bu nitelikli hale sebep olma açısından yeterli olamayabileceği, “hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde veya desteklenmesinde kolaylık sağlamış, mağduru aldatılmasında araç olarak kullanılmış olması” gerektiği ifade edilmektedir. Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 684. Benzer şekilde bu bendin tatbiki için, basın veya araçlarının suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması gerektiği ifade edilmektedir. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 909; Ebru Külçe, *Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi,), 84; Bilen, *Dolandırıcılık Suçu*, 225.

¹⁴² “Sanığın, *Tüketici gazetesindeki 1997 model SLX orjinal hasarlı 4.600 TL bedelle satılık araç ilanını* görerek belirtilen telefon numarasından arayan katlına kendisini ... olarak tanıtp doktor olduğunu, aracı banka hasarlı olarak beklediğini, satıştan önce kapora istediğini, raporanın hesabına yatırılması halinde aracı kendisine satabileceğini söylediği, bunun üzerine katılanın 16/04/2007 tarihinde Zeytinburnu İş Bankası kanalı ile sanığın adına 300 TL para gönderdiği ancak sanığın aracı göndermediği, satışını yapmadığı, katılanla telefonla görüşmediği ve bu şekilde ...'nin adını kullanarak TCK'nın 157/1. maddesindeki dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; sanık savunması ve katılan beyanı ile tüm dosya kapsamından; katılanın, parayı banka aracılığıyla sanıkla yüzyüze

Özellikle son yıllardaki kararlarında Yargıtay, internet siteleri üzerinden verilen ilanlarla dolandırıcılık yapılması halinde, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma halinden değil bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleşen nitelikli halden hüküm kurulması gerektiğine işaret etmektedir¹⁴³.

Yargıtay, nitelikli halden sorumluluk için, gerçek dışı içeriğe sahip yayın ile muhatabı tasarrufa sevk eden hata arasında, sebep-sonuç ilişkisinin varlığını aramaktadır¹⁴⁴. Bununla birlikte, failin internet sitesi üzerinden sadece yazı yayınlamasının, bilişim sisteminin özellikleri arasında yer alan otomatik olarak işleme tabi tutma koşulunu sağlamadığı için bahse konu nitelikli halin değil diğer şartları da var ise suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle işlenmesi nitelikli halinin gündeme geleceği de savunulmaktadır¹⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki internet yoluyla verilen ilan kapsamındaki satışlarda, ürünün bedeli veya kaporasının gönderilmesine rağmen, ürünün alıcıya gönderilmemesi veya farklı ürün gönderilmesi, öğretide bilişim sisteminin araç olarak kullanıldığı nitelikli hal olarak ifade edilmektedir¹⁴⁶.

görüşme olmaksızın gönderdiğinin anlaşılması karşısında sanık tarafından basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiğine ilişkin mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir". Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay) 2021/926 K. (8 Aralık 2021)). Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/28841 K. (17 Eylül 2015).

¹⁴³ "Sanık ...'un "sahibinden.com" isimli internet sitesine satılık araç ilanı verdiği, bu ilanı gören katılanın, sanık ... üzerine kayıtlı telefonu arayarak aracın alım-satımı konusunda 23.000,00 TL'ye anlaştığı, katılanın anlaşma gereği 11.500,00 TL'yi sanık ...'in bildirdiği hakkında verilen beraat hükmü kesinleşen sanık ...'in hesabına gönderdiği, paranın çekilmesine rağmen sanığın söz konusu aracın satışını katılana vermeyerek ortadan kaybolduğu anlaşılmıştır. (...) Gereğçeli karar başlığında "Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık" şeklinde yanlış yazılan suç adının "Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" olarak mahallinde düzeltilmesi mümkün görülmüştür". Yargıtay 11. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2023/72 K. (11 Ocak 2023). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2022/9495 K. (23 Mayıs 2022); Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2018/5536 K. (12 Eylül 2018).

¹⁴⁴ Konu ile ilgili örnek karar için bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2016/7348 K., (17 Nisan 2019). Karar ve konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 241-243.

¹⁴⁵ Külçe, *Dolandırıcılık Suçu*, 82.

¹⁴⁶ Çinko, "Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması", 1975. "Sanığın ...com isimli bir internet sitesine girerek parti satın almak için ilandaki numarayı aradığı ve yapılan anlaşma neticesinde sanığın adına olan hesaba para yolladığı halde sonrasında sanığa ulaşamadığı, böylece sanığın haksız menfaat temin ettiği iddia edilen olayda; Sanığın eyleminin TCK'nın 158/1-f maddesinde öngörülen bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde, basit dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması..." Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2017/19787 K. (10 Ekim 2017). Karar ve açıklama için bkz. Çinko, "Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması", 1975.

Öğretide, 158/1-g bendininin amacının, bu araçlarla dolandırıcılık suçunun daha çok kişiye ulaşması olduğu, kişilerin hileye kanmaması durumunun ise teşebbüsle ilgili bir durum olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, internet üzerinden verilen ilan suretiyle işlenen dolandırıcılık suçu açısından hileli hareketlere ilanda yer verilmemesi halinde, suç tipinin temel halinin oluşacağına işaret ettiği görülmektedir¹⁴⁸. Yargıtay, başka bir kararında ise yine internet sitesi üzerinden verilen bir ilan üzerine kendisini arayan mağduru aldatarak dolandırıcılık suçunu işleyen kişinin hem bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması hem de basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmaya ilişkin nitelikli hallerin birlikte gerçekleşmesinden hareketle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁹.

Seri ilanlarla işlenen dolandırıcılık açısından, ilgili bendin tatbik edilip edilemeyeceği hususunda da Yargıtay'ın kararları, yeknesak değildir¹⁵⁰. Kanaatimizce, bu ko-

¹⁴⁷ Eleştiri için bkz. Kazancı -Zeyrek, "Dolandırıcılık" 557.

¹⁴⁸ "Kanun koyucunun amacı ve öğretilerdeki bu görüşler dikkate alındığında; dolandırıcılık suçunun işlenmesinde failin basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlandığından söz edebilmek için öncelikle dolandırıcılık suçunun maddi unsuru olan hileli hareketlerin sergilendiği ve kitlelerin ilgisini çekmeye yönelik bir duyuru, ilan, reklam gibi görsel, işitsel ya da yazılı bir verinin olması ve bu şekilde hazırlanmış verinin önceden belirsiz muhataplara ulaştırılması amacıyla basın ve yayın araçlarının kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesinde basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan, basın ve yayın araçlarının, failin, hileli hareketlerinin muhatabı olmasını arzu ettiği geniş kitlelere ulaşabilmesi hususundaki etkisi anlaşılmalıdır. Aksi halde, mağdurun basın ve yayın araçlarını kullanarak kendisine ulaşılması amacıyla ilan ettiği iletişim bilgilerinden mağduru arayarak hileli hareketlerde bulunan failin basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlandığından bahisle nitelikli dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulması, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi ceza adaletinin sağlanması gayesinin de zedelenmesine yol açacaktır". Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2021 / 257 K., (8 Haziran 2021).

¹⁴⁹ "Basın ve yayın araçlarının kullanılmasının suçun işlenmesini kolaylaştırması, hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve mağdurun aldatılmasında etkili olması gerekmektedir. Ayrıca suçun işlenmesinde basın ve yayın araçlarının kim tarafından kullanıldığı önemli değildir. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; "www.....com" adlı internet sitesinde satılık bilgisayar için ilan veren sanık ...'in, bu ilanı görüp arayan katılan ...'a kendisini ... ismi ile tanıtır bilgisayar karşılığında 700 TL göndermesi gerektiğini söyleyerek annesine ait hesap numarasına paranın havale edilmesini sağladığı olayda; sanığın hem bilişim sistemini araç olarak kullanmak hem de basın ve yayın aracının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçu işlediği anlaşıldığından, sanığın bu eylemi ile TCK'nın 158. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen "bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" ve aynı fıkranın (g) bendinde düzenlenen "basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık" olmak üzere dolandırıcılık suçunun iki farklı nitelikli hâlinin oluştuğu, bu durumda aynı fıkranın son cümlesi uyarınca suçun daha ağır cezayı içeren nitelikli hâli olan "bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" suçundan hüküm kurulması gerektiği kabul edilmelidir". Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2021 / 68 K. (2 Mart 2021).

¹⁵⁰ "(...) Gazeteye verilen ilanın sadece sanığa ulaşılmasına yardımcı olduğu, şikâyetçinin aldanmasında ve hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde kolaylık sağlamadığı takdirde TCK'nın 158/1-g maddesi-

nuda yapılacak değerlendirme açısından önemli olan, *sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle* ifadesinin ne şekilde değerlendirileceği ile ilgilidir. Eğer kişilere ulaşma açısından kolaylıktan bahsedilecekse şüphesiz seri ilan, bu kolaylığı sağlamaktadır. Hilenin aldaticılığından maksat, aldatma açısından bir kolaylık sağlaması ise bu durum salt ilan ile gerçekleşmez denilebilir. Öğretide, içeriklerinin yayın organının kurumsal denetiminden ziyade ilan sahibinin iktidarında olan seri ilanlar açısından bu hükmün tatbik edilmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵¹. Yargıtay, bir kararında, basın ve yayın organının isminin, mağdurun aldatılmasında kullanılmasını, basın ve yayın organının araç olarak kullanılması olarak değerlendirmemiştir¹⁵².

6. Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

a. Suçun İşlendiği Yer ve Zamanın Tespiti

Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarında, suçun işlendiği yerin tespiti önem taşımaktadır. Öğretide mağdurun korunması amacıyla, bahse konu suçun hileli hareketlerinin gerçekleştiği yer ile yararın sağlandığı yerin farklı olması halinde (ör: mesafeli satım sözleşmesi), failin yararı sağladığı yer mahkemesinin yetkili yer olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵³. Buna göre, özellikle telefon ve internet üzerinden yoluyla yapılan dolandırıcılık suçlarında, mağdurun ödemeyi yaptığı yerin, mağdurun korunması amacıyla yetkili yer olarak kabul edilmesi¹⁵⁴, suçun işlendiği zamanın ise haksız menfaatin temin edildiği zamana göre tespit edilmesi gerekir¹⁵⁵.

nin varlığından söz edilemez., Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/19149 K. (18 Kasım 2014). “Sanığın “kepçe operatörleri aranıyor” şeklinde verdiği ilan üzerine irtibat telefonu olarak belirttiği telefondan kendisi ile irtibata geçen katılan ...’a kendisini Mustafa Yılmaz olarak tanıtıp, kendi banka hesabına pasaport ve evrak gideri olarak 250 TL para havale etmesini sağlaması şeklindeki eylemin TCK’nın 158/1-g maddesinde yer alan “basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık” suçunu oluşturduğu gözetilmeden”, Yargıtay 15. Ceza Dairesi, (Yargıtay) 2017/229 K. (12 Ocak 2017). Konu ilgili kararlar ve açıklama için ayrıca bkz. Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 241.

¹⁵¹ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 241, 242.

¹⁵² “Suç tarihinde sanığın katılanın cep telefonunu arayarak Ankara’dan aradığını... adlı televizyon şirketinde kadının dünyası adlı program yaptıklarını, kendisinin sosyolog olduğunu ve bir anket çalışması yaptığını belirterek sorular sorduğu katılanın bir arkadaşının da adını vererek katılana güven telkin ettiği ve programda yapılan çekilişlerde güzel hediyeler olduğunu bunun için bir miktar para yatırması gerektiğini söylediği, katılanın sanığın belirttiği hesap numarasına 1100 TL yatırdığı bundan sonra sanığa ulaşamadığı böylece sanığın dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen olayda, iddia, katılanın anlatımı, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı incelendiğinde dolandırıcılık suçunun sanık tarafından işlendiğine yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.”, Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/21516 K., (25 Şubat 2015). Karar için bkz. Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 237.

¹⁵³ Aydın, “Dolandırıcılık”, 696.

¹⁵⁴ Aydın, “Dolandırıcılık”, 696.

¹⁵⁵ Atalan, “158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar”, 35.

b. İctima Açısından Değerlendirme

Suçun mağdurunun belirlenebilir kişi ya da kişiler olması gerektiğini ifade etmiştik. Basın ve yayın araçları yoluyla işlenen dolandırıcılık suçu açısından bu husus önem arz eder. Buna göre hileli hareketlerin sadece ilan edilmesi, suçun ne nitelikli halini ne de temel halini teşkil eder¹⁵⁶. Zira bu ihtimalde hile, belli ya da belirlenebilir kişilere yönlendirilmemiştir. Bununla birlikte eğer ilan sebebiyle aldatılan kişiler, ilanda belirtilen hesaba para yatırılırsa artık dolandırıcılık suçu tamamlanmış olacaktır¹⁵⁷.

Mağdurun, madde metninden hareketle belirli bir kişi/kişiler olması gerektiği ifade edilmekle birlikte belirsiz kişilere yönelik aldatıcı hareketler neticesinde de belirli bir/birden fazla kişi aldatılmış ise dolandırıcılık suçunun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Tek ilanla birden fazla kişinin dolandırılması halinde ise TCK'nun 43/2'nci hükmünün tatbik edilmesi gerekir¹⁵⁹. Her bir mağdura karşı, farklı fiiller tatbik edilerek dolandırıcılık suçu işlenmiş ise mağdur adedince suç oluşur¹⁶⁰.

İctima açısından ele alacağımız bir başka görüşe göre internette ilan vermek suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarının, iki nitelikli hal kapsamında da ele alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶¹. Bu durumda TCK m.158/1-f'de yer alan nitelikli halden faile ceza verilmesi bu yapılırken de alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶². Başka bir görüşe göre ise basın ve yayın, interneti de kapsadığından ve kanun koyucunun iki ayrı bent halinde düzenleme yapmak suretiyle ortaya koyduğu iradedden hareketle, bilişim sistemleri suretiyle suçun işlenmesinin daha özel bir düzenleme olduğu da dikkate alınarak fail hakkında verilecek ceza, bilişim sistemleri araç olarak kullanılmasına ilişkin olarak tatbik edilmelidir ki buna göre zaten fikri ictima hükümleri açısından da aynı sonuca varılması mümkündür¹⁶³.

c. Yanıltıcı Reklam Yapmak veya Bilgi Verilmesi

Yanıltıcı reklam ve bilgi verilmesinin, TCK m.158/1-g kapsamında olduğu öğretide ifade edilmektedir¹⁶⁴. Bununla birlikte meselenin, tüketici haklarıyla ilgili özel hukuka ilişkin bir ihtilaf mı yoksa dolandırıcılık mı teşkil ettiği, her somut olay

¹⁵⁶ Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 674.

¹⁵⁷ Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 675.

¹⁵⁸ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 869; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 540.

¹⁵⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 697, 698; Centel vd., *Kişilere Karşı*, 540.

¹⁶⁰ Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 698

¹⁶¹ Agin, *Bilişim*, 139.

¹⁶² Agin, *Bilişim*, 140.

¹⁶³ Metin, *Dolandırıcılık Suçunun Nitelikli Halleri*, 105.

¹⁶⁴ Aydın, "Dolandırıcılık", 685.

açısından ayrıca ele alınmalıdır. Gerçekten de hiç inşa edilmemiş bir binanın, oturmaya hazır şekilde satılması, bahse konu nitelikli hale örnek verilmektedir¹⁶⁵. Bu ihtimalde, hilenin gerçekten mağduru aldatıcı nitelikte olup olmadığı, mağdurun denetleme ihtimalinin olup olmadığını dikkate almak ve bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili daha önce bahsettiğimiz hususları da değerlendirmek gerekir. İlanla satışa konan ürün yerine alıcıya çok değersiz bir ürün gönderilmesi yahut ürünün hiç gönderilmemesi halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluştuğu; istenen özelliklerde olmayan yahut kalite itibarıyla daha az kaliteli bir ürün gönderilmesi halinde ise meselenin hukuki ihtilaf boyutunda kaldığı öne sürülmüştür¹⁶⁶.

Kanaatimizce bu ihtimalde, bahse konu kriterler esas alınabilir olmakla birlikte ifanın neden gerçekleşmediği, failin gerçekte bahse konu işle iştirigal edip etmediği gibi hususlar bütün deliller kapsamında dikkate alınarak failin kastının tespit edilmesi gerekir.

d. Bireysel İletişim Yoluyla Dolandırıcılık Açısından Değerlendirme

İnternetin hem bireysel hem de kitle iletişimi için tercih edilmesi, internet aracılığıyla işlenen dolandırıcılık suçları açısından, farklı değerlendirmelere sebebiyet vermiştir. Nitelikli halin tatbikinin, kitle iletişim aracılığıyla yapılması gerektiğini ifade eden görüş açısından bireysel olarak birden fazla kişiye internet üzerinden elektronik posta gönderilmesi, çevrimiçi görüşme yapılması, nitelikli hal kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁶⁷. Aynı görüş açısından, ilan içeriklerini, üçüncü kişilerin erişimine açık tutmak için aracılık hizmeti veren siteler açısından da işlev itibarıyla kitle iletişim aracı özelliği yoktur¹⁶⁸.

Bireysel iletişim araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmanın (*örneğin* cep telefonuna gönderilen mesajla aldatma) bilişim faaliyeti olmadığı bu anlamda TCK m.158/1-f'nin tatbik edilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁶⁹. Bununla birlikte, 765 sayılı TCK'ya benzer şekilde telefon işletmesinin haberleşme araçlarını vasiya olarak kullanılması ile ilgili nitelikli halin düzenlenmesi gerektiği de belirtilmektedir¹⁷⁰. Telefonla dolandırıcılık olaylarının oldukça arttığı günümüzde kişilerin, terör örgütleriyle ilişkili olduğundan mağdurları bahisle kandırarak men-

¹⁶⁵ Aydın, "Dolandırıcılık", 685.

¹⁶⁶ Atalan, "158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar", 37. Failin kastının tespiti, diğer bir ifade ile gerçekten hukuki ihtilaf olup olmadığına ortaya konması için bir çok kriter ileri sürülmüştür. Özellikle failin gerçekten böyle bir iş yürütüp yürütmediğinin ilgili belge ve kayıtlardan tespiti, fail ve mağdur arasındaki görüşmeler, tespit açısından önem taşımaktadır. Kriterler hakkında ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz. Atalan, "158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar", 38.

¹⁶⁷ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 238.

¹⁶⁸ Başbüyük, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 238.

¹⁶⁹ Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 85, 86.

¹⁷⁰ Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu*, 86, 87.

faat temin ettikleri bilinmektedir. Mevcut düzenleme açısından basın ve yayın araçlarıyla suçun işlenmesi yahut bilişim sistemleri ile ilgili nitelikli halin tatbiki mümkün değildir.

Öncelikle bahse konu ifadelerin, soyut yalan olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Öğretide ifade edildiği üzere ülkemizde terör sorununun ciddiyeti karşısında kişilerin, bu tarz sözlerle etkilenmeleri, esasen gerçeği rahatlıkla ortaya çıkarılabilecek bu ifadelerin, *somut olay* açısından aldatici vasfa sahip olabileceğini göstermektedir¹⁷¹. Her ne kadar bu konuda kamu spotları ve haberler vasıtasıyla bilgilendirmeler yapılmakta ve kişi basit bir araştırmayla bu durumun gerçek olmadığını anlayabilecek durumda ise de soyut yalanın, o an kişinin içerisinde bulunduğu psikolojik durum dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir¹⁷².

Öğretide bu durum karşısında yeni düzenlemelerin ihdasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹⁷³. Gerçekten, telefonda gerçekleşen bu tip dolandırıcılık olaylarında, kişilerin yaşadığı endişenin ciddi boyutlarda olduğu ifade edilmelidir. Bu yüzden telefonun araç olarak kullanıldığı bu tarz durumlar açısından, dolandırıcılık ve yağma suçlarında bu hususla ilgili düzenlemelerin yapılması gerektiği fikrini paylaşıyoruz¹⁷⁴.

SONUÇ

Dolandırıcılık suçu gerek geçmişte gerekse de günümüzde sıklıkla işlenen bir suç tipi olduğu için güncel teknolojik gelişmeler ışığında ilgili suçla ilgili değişikliklerin ve suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerin, güncellenmesi, suç siyasetinin bir gereğidir. Bununla birlikte, bu yapılırken ceza hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesi, göz ardı edilmemelidir.

Dolandırıcılık suçu, birçok nitelikli hali mevcut olan bir suç tipidir. Bu durum, suçun temel halinin işlenmesini neredeyse imkânsız hale getirmekte ve uygulama açısından nitelikli hallerin hangisinin uygulanacağı açısından da tereddütlere yol açmaktadır. Çalışma konumuzu teşkil eden dolandırıcılık suçunun, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali de bu durumun en açık bir biçimde görülebileceği nitelikli hallerdendir.

Kanun koyucunun, madde metninde yer verdiği ifadelerin birbirinden ayırımı kimi durumlarda oldukça güçleşmekte ve uygulamada, aynı konuda farklı kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu anlamda TCK m.158/1-g bendinde

¹⁷¹ Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 695.

¹⁷² Şare, "Dolandırıcılık Suçu", 695.

¹⁷³ Konuya ilişkin olarak açıklama ve öneriler için bkz., Ersan Şen, "Telefon Dolandırıcılığı Suçlarına Karşı Öneri", *Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık*, 06.04.2023).

¹⁷⁴ Şen, "Telefon Dolandırıcılığına Karşı Öneri".

“*Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” ifadesine yer verilmişken TCK m.158/1-f bendinde “*Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle*” şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi, araç olarak kullanmak ile aracın sağladığı kolaylıktan yararlanmak ifadesinin farklı anlamlara gelip gelmediği konusunda belirsizlikler meydana getirmektedir. Her iki bent için tatbik edilecek cezaların farklı olması, bu sorunun daha net bir içimde ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, “*basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” ifadesinin, basın ve yayın aracının ister mağdura ulaşmada isterse de hilenin sergilenmesi ve artırılmasında ortaya konması için araç olarak kullanılması şeklinde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Özellikle iletişim imkanlarının engellenemez bir biçimde genişlemesi, bilişim sistemlerinin her alanda olduğu gibi iletişim açısından da vazgeçilmez araçlardan olması karşısında, suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi (TCK m.158/1-g) ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenmesi (TCK m.158/1-f) nitelikli hallerinin birbirinde ayrılması güç hale gelmektedir. Bu durum, ilgili bentlerin cezalarının farklılığı da göz önünde alındığında daha da ciddi bir sorun olarak görülmelidir.

Yargıtayın dönem dönem değişen kararları, bu konuda net bir uygulama olmadığı intibai vermekte ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu itibarla ya her iki bendin cezasının aynı miktarı içerecek şekilde düzenlenmesi ya da suçun, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinin, bilişim araçları ile işlenmesi durumunun daha ağır şekilde cezalandırılması gerekir. Ancak mevcut durum açısından daha önce de ifade ettiğimiz üzere, basın ve yayın araçlarının gerek dolandırılmak istenen mağdurlara ulaşmada bir kolaylık sağlanması; gerekse de hilenin sergilenmesi veya mevcut hilenin artırılması için kullanılması amacıyla kullanılması söz konusu ise kanaatimizce ilgili nitelikli hal tatbik edilmelidir. Bu ihtimal açısından bent içinde verilecek cezada üst sınıra yaklaşılarak karar verilmelidir. Her iki nitelikli halin gerçekleşme ihtimalinde ise daha ağır cezayı gerektiren TCK'nın 61'inci maddesinin gerekçesinden hareketle, daha ağır cezayı gerektiren 158/1-f bendinden hüküm tesis edilmeli ancak ceza belirlenirken üst sınıra yaklaşılmalıdır.

Son dönemlerde sıkça rastlanan ve telefonda, kendisini polis, savcı gibi kamu görevlisi olarak tanıtarak, kişileri terör örgütleri ile ilişkili olduklarından bahisle kandırarak dolandırma fiillerinin, mutlaka Kanun koyucu tarafından ayrıca mücadele edilmesi gereken bir durum olduğunu düşünmekteyiz. Son olarak suçun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi şeklindeki düzenlemesinin, *iletişim araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle* şeklinde değiştirilmesinin de olumlu olabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Tezler

- Agin, Nurşen Selen, *Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019).
- Akbulut, Berrin, “Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/ 4 (2022).
- Artuk, M. Emin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet, 2022).
- Atalan, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar ve Bu Suçlar Arasındaki İlişki Sorunsalı”, *TBB Dergisi*, 161, (Temmuz 2022).
- Aydın, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe HFD*, 11/2 (2021).
- Başbüyük, İsa, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019).
- Bayındır, Sinan vd., *Kitle İletişim Hukuku*, (Ankara: Adalet, 2023).
- Bilen, Mesut, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012).
- Centel, Nur vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 5. Bası, (İstanbul: Beta, 2021).
- Çinko, M. Sıddık, “Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık (Türk Ceza Kanunu Uygulaması)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14/158, (Ekim 2019).
- Datlı, Begüm, *Türk Ceza Kanununda Hırsızlık*, (Ankara: Adalet, 2021).
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, (İstanbul: Beta, 1998).
- Eryiğit, Beyza Melek, *Dolandırıcılık Suçu ve Özel Olarak Bilişim Sistemlerinin, Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019).
- İçel, Kayıhan, *Kitle İletişim Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2021).
- Inceoğlu, Asuman Aytekin, “Ekonomik Suçlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1, (Haziran 2020).
- Inceoğlu, Asuman Aytekin, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/1, (Ocak 2018).
- İsfen, Sibel Kılıçarslan, “Alman Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma”, *Rechtsbrücke- Hukuk Köprüsü*, 4/9, (Aralık, 2015).
- Kazancı, Behiye Eker- Zeyrek, İlker, “TCK'da Dolandırıcılık Suçu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21/Özel S (2019).
- Koca, Mahmut - Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin 2022).
- Korkmaz, Fulya, “Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 69/3, (2020).
- Külçe, Ebru, *Dolandırıcılık Suçu*, (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi)

- Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Basın Yayına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 3/14, (Ocak 2011).
- Meraklı, Serkan, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 11, Özel S.: 2009, (Basım Yılı: 2010).
- Metin, İrem Beril, *Dolandırıcılık Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m.158/1)*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019).
- Özbek, Veli Özer vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2022).
- Sönmez, Ümit, “Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Dolandırıcılık Suçu”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 1/2, (2017).
- Şahin, Fatih, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK 155/1-2)”, *TBB Dergisi*, 34/155, (Temmuz 2021).
- Şahin, Meral Ekici, *Dolandırıcılık Suçu, Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı bir İnceleme*, (Ankara: Adalet, 2019).
- Şare, Ersin, “Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile”, *SDÜHFD*, 12, /2, (2022).
- Şen, Ersan - Malbeği, Erkam, “Malvarlığına Karşı Suçlarda İrade ve Fiili Hakimiyet Kriterleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/141.
- Şen, Ersan, “Telefon Dolandırıcılığı Suçlarına Karşı Öneri”, *Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık*, 06.04.2023).
- Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, (Bursa: Beta, 2008).
- Tezcan, Durmuş vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022).
- Türay, Aras, “Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan*, 2/1, (2010).
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, (2013).
- Yenidünya, A. Caner, *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md.141-147)*, (Ankara: Adalet, 2013).

Mahkeme Kararları

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2013/135 K. (9 Nisan 2013).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2012/204 K. (22 Mayıs 2012).
- Yargıtay 23. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/5358 K. (19 Ekim 2015).
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/26412 K. (8 Haziran 2015).
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/10251 K. (22 Mayıs 2014).
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/13094 K. (2 Temmuz 2014).
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/20895 K. (10 Aralık 2014)
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/30609 K. (2 Kasım 2015).

- Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2013/13544 K. (18 Eylül 2013)
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2021/926 K. (8 Aralık 2021))
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/28841 K. (17 Eylül 2015)
Yargıtay 11. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2023/72 K. (11 Ocak 2023).
Yargıtay 11. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2022/9495 K. (23 Mayıs 2022).
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2018/5536 K. (12 Eylül 2018).
Yargıtay 23. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2016/7348 K. (17 Nisan 2019).
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2017/19787 K. (10 Ekim 2017)
Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2021 / 257 K. (8 Haziran 2021).
Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2021 / 68 K.(2 Mart 2021).
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/19149 K. (18 Kasım 2014).
Yargıtay 15. Ceza Dairesi, (Yargıtay) 2017/229 K. (12 Ocak 2017).
Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2015/21516 K. (25 Şubat 2015).

Mevzuat

Türk Ceza Kanunu (TCK), Resmi Gazete 25611 (12 Ekim 2004) 5237.
Basın Kanunu (Bas. K), Resmi Gazete 25504 (26 Haziran 2004) 5187.

Elektronik Kaynaklar

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2022)



Ukrayna ve Hollanda/Rusya Kabul Edilebilirlik Kararı Doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yetki Yaklaşımına İlişkin Analiz^(*)

An Analysis of the European Court's Approach to Extraterritorial Application in the light of the European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v. Russia

Arş. Gör. Dr. Ceren KARAGÖZÖĞLU^(**)

Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yetki, uluslararası hukuktaki karşılığında farklı olarak, taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülükleriyle ilişkilendirilmektedir. Sözleşme'nin ülke dışına uygulanması çerçevesinde devletin yetkisinin tespiti, taraf devletin belirli bir bölge veya birey üzerinde otorite ve kontrol uygulaması üzerine kurulmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2022 tarihli Ukrayna ve Hollanda/Rusya kabul edilebilirlik kararı ise Sözleşme'nin ülke dışına uygulanabilirliği çerçevesinde yetki kavramına, yetki ve atfedilme kavramları arasındaki ilişkiye ve Sözleşme'nin uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar sırasında uygulanmasına dair değerlendirme içermesi bakımından önemli bir kararı teşkil etmektedir. Çalışmada söz konusu karar çerçevesinde Mahkeme'nin yetki yaklaşımı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yetki, Ülke Dışı Uygulama, Atfedilme, Silahlı Çatışmalar.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 11.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1281066

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: cerenkaragozoglu@hotmail.com
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0757-9767>

Abstract

In European Convention on Human Rights the concept of jurisdiction is laid down in connection with the obligations arising from the Convention for states, which is different from its international law counterpart. In the Convention system, it is observed that the State is obliged to fulfill its obligations arising from human rights treaties to the extent that it exercises authority and control beyond its territory. The monitoring bodies of the Convention establish the factual relationship of extraterritorial jurisdiction through two criteria: the respondent State exercises effective control over an area beyond its territory or the victims come under the authority and control of State's official agents functioning abroad. In the admissibility decision of Ukraine and Netherlands/Russia by the European Court of Human Rights in 2022, the Court evaluated the concept of extraterritorial application of the ECHR, the relationship between jurisdiction and attribution, and the application of the treaty during international armed conflicts. This study will examine the Court's special approach to extraterritorial application within the framework of this decision.

Keywords

European Convention on Human Rights, Jurisdiction, Extraterritorial Application, Attribution, Armed Conflict.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹ çerçevesinde devletin yetkisi, devletin belirli bir bölge veya görevlileri ya da daha doğru ifadeyle eylem ve ihmalleri kendisine atfedilen kişiler aracılığıyla hak sahibi birey üzerinde uyguladığı otorite ve kontrolden hareketle tespit edilmektedir. Ancak bu tespit için uygulanan kriterler ile ihlal teşkil ettiği iddia edilen eylem veya ihmalin devlete atfedilmesi hususunda uygulanacak olan testin kriterlerinin aynı olgusal koşullar çerçevesinde bir değerlendirme gerektirmesi, uygulamada iki kavram arasında ayırım yapılmasını zorlaştırmakta²; denetim mekanizmalarının, devletin yetkisine ilişkin tespitinden hareketle atfedilmeye ilişkin hükme varması ile sonuçlanmaktadır.

2022 tarihli Ukrayna ve Hollanda/Rusya kabul edilebilirlik kararı³ ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin ülke dışına uygulanabilirliği çerçevesinde devletin yetkisinin tespitinde ortaya koyduğu yaklaşımlara dair geniş değerlendirmeler ve hatta önceki içtihatlarında vardığı birtakım sonuçlara ilişkin gerekçelendirmeler içermesi, yetki ve atfedilme kavramları arasındaki ilişkiye yer vermesi bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme'nin silahlı çatışmalar

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European *Treaty Series* - No. 5, Council of Europa https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 3 Mart 2023. Türkiye, Sözleşme'yi 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır. 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgesi, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

² Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012), 67.

³ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-222889>, 2 Şubat 2023.

sırasında Sözleşme'nin uygulanmasını devletin yetkisi temelinde ele alan yaklaşımı, mevcut başvuruya konu eylemler bağlamında bu hususta değerlendirmede bulunmasına da imkan vermiştir. Bu sebeple karar, Sözleşme'nin silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilirliğine ilişkin gelişen içtihadın önemli bir parçasını teşkil etmekte, Mahkeme'nin önceki kararlarında benimsediği yaklaşımdan ayrılan yönleri barındırması bakımından ayrıca önemli kabul edilmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde 2022 tarihli Ukrayna ve Hollanda/Rusya kabul edilebilirlik kararına ilişkin incelemeye temel oluşturması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk maddesi bağlamında Sözleşme sistemi ve denetim mekanizmaları uygulamaları çerçevesinde oluşan yetki kavramına değinilecektir. İkinci bölümde ise incelemeye konu karar çerçevesinde Mahkeme'nin devletin yetkisinin tespitinde ortaya koyduğu yaklaşım, devletin yetkisi ve atfedilme ilişkisine dair benimsediği tutum ve mevcut başvuruya konu eylemler bağlamında Sözleşme'nin silahlı çatışmalar sırasında uygulanmasına ilişkin yorumu incelenecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE 'YETKİ' KAVRAMI

Uluslararası hukukta yetki kavramı, devletin yasama, yürütme ve yargı erkini kapsar şekilde kullanılmakta ve devletlerin örtüşen yetkileri bakımından sınırların çizilmesi ve bu çerçevede uygulanacak kuralların belirlenmesi amacını taşımaktadır⁴.

İnsan hakları sözleşmelerinde ise yetki, uluslararası hukuktaki karşılığında farklı olarak, devletlerin sözleşmelerden doğan yükümlülükleriyle ilişkilendirilerek ele alınmakta⁵; devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ve sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi⁶ çerçevesinde yorumlanmaktadır⁷. Bu bağlamda sözleşmelerin yetkiye ilişkin maddesi, genel itibarıyla, hem taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkin genel çerçeveyi çizmekte hem de bu yükümlülüklerin kapsamına dair referanslar içermektedir.

⁴ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 297-9.

⁵ Karen Da Costa, *Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013) 16.

⁶ Haydar Burak Gemalmaz, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonunun Amerika Birleşik Devletlerine Karşı Guantanamo Bay'de Alikonulanlara İlişkin Olarak Verdiği Önleyici Tedbiler Hakkındaki Kararın Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22/2 (2002), 1100; Wouter Vandenhoe, "The 'J' Word: Driver or Spoiler of Change in Human Rights Law?", *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Eds. Stephen Allen, Daniel Costelloe, Malgosia Fitzmaurice, Paul Gragl, Edward Guntrip (Oxford University Press 2019), 415.

⁷ İnsan hakları sözleşmelerinde yer alan yetki kavramının, uluslararası hukuktaki karşılığını yansıtmadığı için otonom nitelikte olduğuna hatta Latince ifadesi ile *sui generis* nitelik arz ettiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. ECtHR, 48787/99, 08.07.2004, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Partly Dissenting Opinion of Judge Bratza, joined by Judges Rozakis, Hedigan, Thomassen and Pantiru, para. 8, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886>, 13 Nisan 2018.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yetki hükmü olarak adlandırılacak 1. maddesi de bu genel yaklaşım çerçevesinde şekillenmiş; maddede taraf devletlerin, yetkisine tâbi bulunan herkes için Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alacakları belirtilmiştir⁸. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında devletin, ülkesi dahilinde tasarrufta bulunacağı kabulü ile hareket edildiğinden devletin yetkisi ve ülkesi kavramları birbirine yakın ifadeler olarak kabul görmüştür⁹. Devletin yetkisi ve ülkesi arasındaki ilişki; dolayısıyla yetki kavramının mahiyeti, Sözleşme'nin taraf devletin ülkesi dışında uygulanmasının gündeme gelmesiyle birlikte denetim mekanizmaları kararlarında ve öğretide tartışılmaya başlanmıştır¹⁰.

Bu sebeple söylenebilir ki Sözleşme sisteminde yetki kavramının şekillenmesi, Sözleşme'nin taraf devletin ülke dışı tasarrufları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi kıstaslar çerçevesinde uygulanacağı büyük ölçüde denetim mekanizmalarının uygulamalarıyla ortaya çıkmış; Sözleşme'nin taraf devlet ülkesi dışında uygulanabilirliğinin tespitinde kullanılan ölçütler Sözleşme'nin yorumlanması çerçevesinde denetim mekanizmalarının kararları aracılığıyla ortaya koyduğu yaklaşımlardan doğmuştur.

Denetim mekanizmalarının ise Sözleşme'nin ülke dışına uygulanabilirliği çerçevesinde devletin yetkisinin tespitinde, genel itibarıyla, belirli bir bölge veya hak sahibi birey üzerinde uygulanan otorite ve kontrol bağlamında ortaya konulan fiili ilişkiyi kıstas aldığı ve devletin, otorite ve kontrolü sağladığı ölçüde Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğunu kabul ettiği görülmektedir¹¹.

⁸ “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.” Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayınlanan çevirisi, “Yüksek Akid Taraflar kendi kaza haklarına tâbi her ferde işbu Sözleşme'nin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar.” şeklindedir. Maddenin resmi çevirisinde “... within their jurisdiction” ifadesi, “... kaza haklarına tâbi her ferde” olarak kullanılmıştır. İnsan hakları sözleşmelerinin yetki hükümlerine egemenlik kavramına dayalı olarak bir anlam yüklenmesi, sözleşmelerin taraf devletin ülkesi dışında uygulanmasını engelleyebileceğinden Sözleşme'nin ingilizce metninde kullanılan “jurisdiction” kavramı çalışmada, resmi çevirisinde ya da öğretide kullanılan “yargı/yargılama yetkisi”, “egemenlik”, “egemenlik yetkisi” ve benzeri ifadelerin yerine “yetki” şeklinde ifade edilecektir.

⁹ Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında devletin ülkesi dahilinde tasarrufta bulunacağı kabulü ile hareket edildiğinden devletin ülkesi ve yetkisi kavramlarının birbirine yakın ifadeler olarak kabul edildiği, devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin ülkesi dışına uzanabileceği durumların değerlendirilmediği ancak Sözleşme ile öngörülen korumanın mümkün olduğu kadar genişletilmesi amacıyla taraf devletlerin topraklarında bulunan kişilerin varlığını nitelendirebilecek ifadelerden kaçınıldığı görülmektedir. Hazırlık çalışmalarına ilişkin analiz için bkz. Ceren Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023), 30-7.

¹⁰ Katarzyna Urszula Galka, “The Jurisdiction Criterion in Article 1 of the ECHR and a Territorial State, Considerations Inspired by the ‘Sargsyan v. Azerbaijan’ Case” *International Community Law Review* 17 (2015), 478-481.

¹¹ Ralph Wilde, “Legal ‘Black Hole’? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights” *Michigan Journal of International Law* 29/3 (2005), 804-6.

Ancak belirtmek gerekir ki yetkinin mahiyetinin belirlenmesinde uluslararası hukuk belirleyici olmasa da tamamen ilgisiz de değildir. Sözleşme'deki yetki kavramı ile uluslararası hukuktaki yetki kavramını buluşturan ortak unsur devletin ülkesidir¹². Sözleşme ile kurulan denetim mekanizmaları da Sözleşme'nin devletin ülkesi dışında uygulanabilirliğini değerlendirdiği kararlarında, Sözleşme'nin esas olarak ülkesel nitelikte olduğunu vurguladıktan sonra, devletin ülke dışı yetkisinin istisna teşkil ettiğini ifade ederek somut olay çerçevesinde bir değerlendirme gerçekleştirilmektedir.

II. UKRAYNA VE HOLLANDA/RUSYA KABUL EDİLEBİLİRLİK KARARI ÇERÇEVESİNDE MAHKEME'NİN YETKİ ANLAYIŞI

A. BAŞVURU

17 Temmuz 2014 tarihinde Malaysia Airlines'ın MH17 sefer sayılı uçağının, Rusya Federasyonu tarafından sağlanan BUK-TELAR füze sistemi ile Doğu Ukrayna bölgesinde düşürüldüğü ve 196'sı Hollanda vatandaşı olan 298 kişinin ölümlü sebebiyle Rusya'nın sorumlu olduğu iddia edilerek Hollanda tarafından Rusya aleyhine 28525/20 numaralı devletlerarası başvuru yapılmıştır. Bu başvuru ile Doğu Ukrayna'da ihlal teşkil eden idari uygulamalar sebebiyle Sözleşme ve Ek Protokol hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Ukrayna tarafından Rusya aleyhine yapılan 8019/16 numaralı devletlerarası başvuru ve Haziran-Ağustos 2014 tarihleri arasında Doğu Ukrayna'da üç grup çocuğun kaçırıldığı ve Rusya'ya nakledildiği iddiasına dayanan 43800/14 numaralı devletlerarası başvuru Büyük Daire kararı ile birleştirilmiş, birleştirilen davanın Ukrayna ve Hollanda/Rusya (Ukraine and the Netherlands v. Russia) adıyla anılacağı bildirilmiştir¹³.

Üç devletlerarası başvuru da Doğu Ukrayna'nın Donbas Bölgesinde bulunan ayrılıkçı kuvvetlerin 11 Mayıs 2014 tarihinde "bağımsızlık referandumları" düzenleyerek bağımsızlığını ilan ettiği Donetsk ve Luhansk'ta yaşanan silahlı çatışmaları konu almaktadır¹⁴. Ukrayna Hükümeti iki başvurusunda da Rusya'nın, bölgedeki ayrılıkçı kuvvetlere askeri, ekonomik ve siyasi desteği sebebiyle bölgede etkin kontrole sahip olduğunu belirterek Sözleşme'nin ihlali niteliği taşıyan birçok idari uygulama bakımından; Hollanda Hükümeti ise MH17 sayılı uçağın

¹² Rick Lawson, "Life After Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Ed. Fons Coomans/Menno T. Kamminga (Antwerp, Oxford: Intersentia, 2004) 90; Kjetil Mujeznovic Larsen, "Territorial Non-Application' of the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law* 78 (2009), 38.

¹³ European Court joins three inter-State cases concerning Eastern Ukraine, 04.12.2020 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6875827-9221606>, 20 Şubat 2023.

¹⁴ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 59.

Rusya'nın etkin kontrolünün bulunduğu Donetsk Bölgesi'nde düşürüldüğünü ve söz konusu eylemin Rusya devlet görevlileri/temsilcileri aracılığıyla gerçekleştirildiğini ileri sürerek uçakta bulunan kişiler bakımından Rusya'nın yetkisinin doğduğunu ileri sürmüştür¹⁵.

B. MAHKEME'NİN YETKİ YAKLAŞIMI

Mahkeme 2022 tarihli Ukrayna ve Hollanda/Rusya kabul edilebilirlik kararında, Sözleşme'nin ülke dışına uygulanabilirliği hususunda gündeme gelen devletin yetkisinin tespitinde benimsenen yaklaşımlara ve yetki ve atfedilme kavramları arasındaki ilişkiye dair açıklamalarda bulunmuştur.

Mahkeme, Sözleşme sisteminde yetkinin; Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerinde¹⁶ tanımlanan Mahkeme'nin yetkisi ve Sözleşmesi'nin 1. maddesi kapsamında devletin yetkisi şeklinde iki ayrı ama birbiriyle ilişkili konuyu ifade ettiğini belirterek Mahkeme'nin yetkisinin doğması için öncelikle devletin yetkisinin varlığının tespit edilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁷.

Mahkeme, Sözleşme'nin denetim mekanizmalarının insan haklarının bölgesel bağlamda etkin şekilde korunması için ilkeler geliştirerek 1. maddenin yorumlanması ve uygulanması bakımından bir çerçeve oluşturduğunu ve söz konusu ilkelerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin 2001 tarihli Taslak Maddeler'den¹⁸ öncesine dayandığını belirterek¹⁹ ise yetki ve atfedilme kuralları arasındaki ilişkiye dair tartışmalara dikkat çekmiştir.

Mahkeme devletin ülkesi dışında gerçekleştirdiği ihlal iddiaları bakımından yetki tespitinin *ratione loci* veya *ratione personae* ya da her ikisi bakımından bir değerlendirme içerebileceğini belirttikten sonra söz konusu kavramları devletin

¹⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 520-538.

¹⁶ AHİS md. 19; "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Bu Sözleşme ve onun Protokolleri ile Üstlenilen Taahhütlere uyulmasının temini için bundan böyle "Mahkeme" olarak anılacak olan bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulacaktır. Mahkeme süreklilik esasına göre çalışacaktır." şeklindedir.

AHİS md. 32; "1- Mahkemenin yargılama yetkisi, 33., 34. ve 37. maddelerde öngörüldüğü biçimde kendisine havale edilmiş olup, Sözleşmenin ve onun Protokollerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına dair bütün konuları kapsayacaktır. 2- Mahkemenin yargı yetkisi olup olmadığına dair bir uyuşmazlık halinde, bu husustaki kararı Mahkeme verecektir." şeklindedir. Çalışma kapsamında Sözleşme metninden yararlanırken "Mehmet Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt- Bölgesel Sistemler*, (Legal Kitabevi, 2011)" isimli eser kullanılmıştır.

¹⁷ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 503-7.

¹⁸ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two. Söz konusu belge metin içerisinde "Taslak Maddeler" şeklinde kısaltılacaktır.

¹⁹ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 547.

yetkisinin tespitine esas alınan yaklaşımlarla açıklamış²⁰; Mahkeme'nin yetkisi ve Sözleşme'nin ilk maddesince devletin yetkisinin farklı olduğunu, Mahkeme'nin yetkisi için öncelikle devletin yetkisinin tespitinin gerektiğini belirtmesine karşın, devletin yetkisinin tespitine ilişkin değerlendirmesinde *ratione loci* ve *ratione personae* terimlerini kullanmıştır.

Mahkeme yetki ve atfedilme kavramları arasında ilişkiye değinirken de devletin yetkisini *ratione loci* ve *ratione personae* terimleri ile açıklayan yaklaşımını sürdürmüş; devletin, belirli bir bölge üzerinde etkin kontrole sahip olduğu (*ratione loci*) durumlarda dahi, yalnızca *ratione personae* bakımından yetki sahibi olması halinde sorumluluğunun doğacağı kabul edildiğini, söz konusu kabulün ise eylem ve ihmalleri kendisine atfedilen kişilerce gerçekleştirilen tasarruflar bağlamında devletin sorumlu olduğu anlamına geldiğini ifade etmiştir²¹.

Mahkeme ihlal teşkil ettiği iddia edilen eylem veya ihmallerin devlete atfedilmesi ve devletin sorumluluğuna ilişkin hususların davanın esası aşamasında incelenmesi gerekliliğinin, belirli kişi veya kurumların devlet görevlisi/yetkilisi olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirmenin kabul edilebilirlik aşamasında yapılmasını engelleyemeyeceğini; bu değerlendirme sonucu ortaya çıkan kabulün ise söz konusu kişi veya kurumlar tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin davanın esası aşamasında devletin sorumluluğunun ortaya çıkması ile sonuçlanabileceğini belirtmiştir²². Mahkeme bu doğrultuda Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince yetkinin tespitine ilişkin testin, devletin sorumluluğuna ilişkin test ile aynı olmadığını ancak yetkiye ilişkin testin, atfedilme unsurlarını barındırdığı ölçüde atfedilme testi ile örtüşebileceğini vurgulamıştır²³.

Mahkeme'nin bu vurgusuna rağmen devletin, belirli bölge üzerinde etkin kontrole sahip olsa dahi sorumluluğunun doğması için, *ratione personae* bakımından yetkisinin bulunması gerektiğini ifade etmesi²⁴ ve devletin sorumluluğu hususunda vargıya ulaşırken atfedilmeye ilişkin kural ve ilkelere bağimsız bir biçimde -yetkiye ilişkin- *ratione personae* kavramına başvurması, belirli bir bölge ve hak sahibi birey üzerinde uygulanan otorite ve kontrolü ölçüt alan

²⁰ Mahkeme bu başlıklar altında sürdürdüğü değerlendirmesinde devletin belirli bölge üzerinde etkin kontrol uygulayıp uygulamadığının eğer böyle bir etkin kontrolü söz konusu değilse; devletin görevlileri/yetkilileri (State agents) aracılığıyla hak sahibi birey üzerinde yetki kullanıp kullanmadığının tespit edileceğini bildirmiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 548.

²¹ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 549.

²² ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 550.

²³ Mahkeme kararlarında bireylerin ve kurumların devletin görevlisi/yetkilisi kabul edilip edilmeyeceği hususunda ise Taslak Maddelere başvurulduğunu ayrıca belirtmiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 551.

²⁴ ECtHR, 8019/16, 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 549.

yetki yaklaşımlarını *ratione loci* ve *ratione personae* kavramlarına eşitleme anlayışından²⁵ doğmuştur. Halbuki *ratione loci* ve *ratione personae* kavramları Mahkeme'nin yargı yetkisi ile ilgilidir; Sözleşme'nin ilk maddesi bağlamında devletin yetkisi ile eş değildir. Zira böyle eşitlemenin kabulünde Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan soruşturma yükümü bağlamında devletin yetkisinin tespitinde Mahkeme'nin “*özel koşullar*” başlığı altında topladığı yaklaşımın²⁶ *ratione personae* mi *ratione loci*'ye mi indirgeneceği yeni bir tartışma konusunu doğuracaktır.

Sözleşme'nin ülke dışına uygulanmasında tartışılan söz konusu denetim mekanizmalarının değil devletin yetkisidir²⁷. Yetkinin, devletin Sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerinin devamında sorumluluğunun değerlendirilmesi için bir eşik olduğu kabulü, kavrama ek bir kabul edilebilirlik şartı veya bir dava koşulu anlamı yüklememelidir²⁸. İnsan hakları sözleşmeleri kapsamında devletin yetkisi ile söz konusu sözleşmelerle kurulan denetim mekanizmalarının yargılama yetkisi birbirinden farklıdır²⁹. Sözleşmenin diğer hükümleri veya ek Protokollerle ayrıca düzenlenen yargılama yetkisine dair dava koşulları, devletin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin kapsamını etkilememekte sadece söz konusu başvurunun kabul edilebilirliği bakımından yapılan incelemeye ilişkin usul kurallarını belirlemektedir. Bu sebeple denetim mekanizmalarının devletin yetkisini tespit bakımından yarattığı yaklaşımlar herhangi bir dava koşulu ile ilişkilendirilmemelidir.

²⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 548.

²⁶ Mahkeme söz konusu kararda Sözleşme'nin ilk maddesinin amacı bağlamında yetki bağının varlığını aradığı kararlarında 2. madde kapsamında etkili bir soruşturma yürütmeye ilişkin usuli yükümlülüğün, maddenin maddi kısmından ayrılabilir bir yükümlülük olarak değerlendirilebilecek ayrı ve özerk bir yükümlülüğe evirildiğini vurgulamıştır. Mahkeme yetki bağının varlığı kapsamında değerlendirilen unsurları özel koşullar başlığı altında değerlendirmiş; söz konusu unsurların her somut olay bakımından farklılık arz edebileceğini bu sebeple bu koşulların kapsamlı bir listesini çıkarmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 573-5. Mahkeme'nin benzer yaklaşım sergilediği kararlar için bkz. ECtHR, 4871/16, 16.02.2021, Hanan v. Germany, para. 142 (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-208279>, 2 Ekim 2021; ECtHR, 36925/07, 29.01.2019, Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey, para. 191-6 (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-189781>, 10 Eylül 2021.

²⁷ Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties-Law, Principles, and Policy*, (Oxford Press, 2011), 19-20. *Milanovic*'in karara ilişkin değerlendirmesi için ayrıca bkz. Marko Milanovic, The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly - Part I, (EJIL:Talk!) <<https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/>> 3 Nisan 2023.

²⁸ Martin Scheinin, “Just Another Word? Jurisdiction in the Roadmaps of State Responsibility and Human Rights”, Eds. Malcolm Langford Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, Willem Van Genugten *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press 2013) 214.

²⁹ Marko Milanovic, “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review* 8/3 (2008), 416-7.

Ayrıca belirtmek gerekir ki etkin kontrole sahip olması sebebiyle belirli bölge üzerinde yetkisinin varlığı kabul edilen devletin, bölgede gerçekleştirilen eylem veya ihmalden sorumluluğunu belirleyen atfedilme kurallarıdır; Mahkeme'nin yetkisi ile ilişkilendirilen *ratione personae* değildir. Mahkeme, belirli bölge üzerinde etkin kontrole sahip olan devletin sorumluluğunun doğması için *ratione personae* bakımından yetkisinin varlığını arayan ifadesiyle ihlal teşkil eden eylem veya ihmalin devlete atfedilmesi gereğini vurgulamak istemiş olabilir³⁰. Ancak Mahkeme'nin varmak istediği sonuç doğru olsa da izlediği yöntem muhakeme olarak hatalıdır. Dolayısıyla Mahkeme'nin söz konusu ifadesi, devletin belirli bölge üzerinde etkin kontrolü olsa dahi sorumluluğunun doğması için ihlal teşkil eden eylem veya ihmalin devlet organları tarafından işlenmesi veya söz konusu eylem veya ihmalin devlete atfedilebilir olması gerektiği şeklinde okunmalıdır.

Ayrıca söz konusu meseleye devletin yetkisinin tespitinde hak sahibi birey üzerinde uygulanan otorite ve kontrolü kıstas alan yaklaşım bakımından da değinmek gerekmektedir. Yetkinin tespitinde ölçüt alınan otorite ve kontrolün, devletin görevlisi/yetkilisi veya eylem ya da ihmali devlete atfedilen kişiler tarafından kullanılmasını icap ettirdiğinden bu yaklaşımda, öncelikle söz konusu tasarrufun devlete atfedilip atfedilmeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekebilir. Ancak söz konusu gereklilik yetkinin varlığına ölçüt kabul edilen otorite ve kontrolü uygulayan kişilerin, devletin organı ya da resmi görevlisi olduğu veya devletin yönetim ve denetiminde bulunduğu ön kabulünden kaynaklanmaktadır³¹. Bu nedenle söz konusu atfedilme testi, devletin sorumluluğu ve atfedilme meselelerinin davanın esasında değerlendirilmesi icabı diğer bir deyişle yetkinin, devletin sorumluluğuna ilişkin değerlendirme bakımından eşik olduğu kabulünden bağımsız; uygulanan yetki yaklaşımının bir gereğidir³².

Ancak görülmektedir ki Mahkeme, devletin yetkisinin tespitine ilişkin yaklaşımlar doğrultusunda yaptığı değerlendirmelerde de söz konusu yaklaşımları *ratione loci* ve *ratione personae* kavramlarına eşitleyen anlayışını sürdürmüş³³ ve yetki ve atfedilme arasındaki ayrıma sadık kalamamıştır.

³⁰ Mahkeme'nin bir kişinin eylem veya ihmalinin devlete atfedilmesi veya devlet görevlisi olup olmadığı noktasında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen 2001 tarihli Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in kullanıldığı belirtilerek Taslak Maddelere açık atıfta bulunması bu kabulle hareket ettiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Bkz. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 551.

³¹ Marko Milanovic, "Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court", *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Eds. Anne Van Aaken/Iulia Motoc (Oxford University Press, 2018), 107.

³² Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği*, 359.

³³ Mahkeme kararın ilgili bölümünde söz konusu yaklaşımları "*spatial concept of jurisdiction, or jurisdiction ratione loci*" ve "*personal concept of jurisdiction, or jurisdiction ratione personae*" şeklinde açıklamıştır. ECtHR, 8019/16, 43800/14, 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 559.

Mahkeme Sözleşme'nin ilk maddesi ile öngörülen devletin, yetkisi altında bulunan herkes bakımından Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümünün; devletin kendi ülkesinde yetki uygulaması ve devletin ülkesi dışında yetki uygulamaması şeklinde iki karineyi barındırdığını ancak bu karinele- rin çürütülebilir nitelikte olduğunu belirtmiştir³⁴. İlk karinenin, ilgili bölgeyi etkin bir şekilde kontrol eden başka bir devletin askeri işgali, savaş veya isyan eylemleri ya da ayrılıkçı bir yerel yönetimin/idarenin kurulmasını destekleyen yabancı bir devletin eylemlerinin sonucu devletin kendi ülkesinde yetkisinin kullanmasının engellendiğinin tespiti halinde çürütülebileceğini belirtmiş ancak söz konusu durumun ülke devletinin pozitif yükümlülüklerini engellemediğine dikkat çekmiştir³⁵. Mahkeme ikinci karinenin ise devletin, ülkesi dışında gerçekleştirdiği faaliyetler sebebiyle yetkisinin tespiti halinde çürütülebileceğini kabul etmiştir³⁶.

Mahkeme belirli bir bölge üzerinde otorite ve kontrol uygulanmasına da- yanan yaklaşım doğrultusunda devletin yetkisinin tespitinde, devletin bölgedeki askeri varlığının ve bölgedeki ayrılıkçı yerel yönetime/idareye verdiği askeri, ekonomik ve siyasi desteğin ölçüt alındığını³⁷, devletin silahlı kuvvetleri veya yerel yönetim aracılığıyla etkin kontrole sahip olması durumunda *ratione loci* bakımından yetkili olduğunu ve böyle bir durumda söz konusu bölgenin, kendi ege- men sınırları içindeki bölge ile ayırt edilemez şekilde ele alınacağını belirterek devletin, ülkesellik bağlamında söz konusu bölgede gerçekleşen ihlallerden sorumlu olacağını kabul etmiştir³⁸.

Mahkeme'nin bu kabul doğrultusunda yaptığı yorumun devamında, yerel yönetimlerin eylem ve ihmallerinin "*kendiliğinden (automatically)*" ülke dev- letine atfedileceğinden hareketle; devletin, belirli bir bölge üzerinde etkin kont- role sahip olması durumunda söz konusu bölgedeki ayrılıkçı yerel yönetimin/ idarenin eylem ve ihmallerinden "*kendiliğinden (automatically)*" sorumlu ola- cağını ifade etmiştir³⁹. Mahkeme bu yorumu ile yetkinin varlığına ilişkin yaptığı testi, ihlal teşkil eden eylem ve ihmallerin devlete atfedilmesine dayanak olarak kabul etmiş; bu kabulüne de yetkinin ülkeselliği ilkesi temelinde bir meşruiyet kazandırmaya çalışmıştır. Bir anlamda yetkinin ülkeselliği ilkesini, ihlal teşkil eden eylem ve ihmallerin devlete atfedilmesine dayanak olarak kabul etmiştir. Ancak uluslararası hukukta ülkesel yetki devletin egemenliğinin bir tezahürüdür.

³⁴ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 553.

³⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 554.

³⁶ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 555.

³⁷ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 560.

³⁸ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 561.

³⁹ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 564. Mahkeme'nin söz konusu kabulü, yetki ve atfedilme testinin birbirinden farklı olduğuna ilişkin yaptığı vurgudan sonra buna aykırı olarak hareket ettiği bir diğer hususu teşkil etmektedir.

Sözleşme bağlamında ise yetki tespiti, egemen tespitinden bağımsızdır⁴⁰. Kaldı ki uluslararası hukuk kurallarınca ülke devletinin yerel idarenin eylem ve ihmallerinden sorumlu olduğu kabulü, bu kişi veya kurumların hukuki bir temelde devletle organik bir bağının bulunması diğer bir deyişle devletin organı olduğu kabulüne dayalıdır.

Mahkeme Sözleşme'nin ülke dışında uygulanması bağlamında devletin yetkisinin tespiti ve bu tespit yolunda geliştirdiği yaklaşımlarla Sözleşme sistemi dahilinde yeni bir kavram yaratmıştır. Diğer bir ifadeyle devletin egemenliğinin bir sonucu olarak kullanılan ve devletin uluslararası hukuktaki yetkisinin sınırlarını belirleyen yetkinin ülkeselliği kavramı, Sözleşme sisteminde üretilen yetki kavramına uygun ya da uyumlu değildir. Zira Sözleşme ile öngörülen yükümlülükler bağlamında devletin ülkesinde yetkili olduğu karinesinin çürütülebileceğini, değerlendirmesinin başında Mahkeme kendisi de ifade etmiştir. Bu durumda Sözleşme sisteminde uluslararası hukuktan ayrılacak *lex specialis* nitelikli bir sorumluluk rejimi geliştirilmediği⁴¹ de göz önünde bulundurulduğunda; devletin, ülkesi dışında belirli bir bölgede yetkili olduğunun kabulü halinde söz konusu

⁴⁰ Mahkeme devletin yetkisinin etkin kontrol ölçütü üzerine kavramsallaşmasını, 2021 tarihli Ukrayna/Rusya kararında açık bir biçimde açık bir biçimde; 2004 tarihli Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan ve Sargsyan/Azərbaycan kararlarında ise örtülü biçimde doğrulamıştır. Kararlar için bkz. ECtHR, 20958/14; 38334/18, 16.12.2020, Ukraine v. Russia (Re Crimea) (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207622>, 7 Eylül 2021; ECtHR, 48787/99, 08.07.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886>, 20 Nisan 2022; ECtHR, 13216/05, 16.06.2015, Chiragov and Others v. Armenia (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155353>, 12 Mart 2021; ECtHR, 40167/06, 16.06.2015, Sargsyan v. Azerbaijan, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155662>, 8 Eylül 2021.

⁴¹ Mahkeme'nin, belirli bir bölge üzerinde uygulanan otorite ve kontrolden hareketle devletin yetkisini tespit ederken yararlandığı "yerel yönetimin bir diğer devletin desteği ile ayakta kalması" ve türevi kavramlardan hareketle, ihlal teşkil eden eylem ve ihmal bakımından ayrı bir değerlendirmede bulunmaksızın, devletin sözleşme bağlamında sorumlu olduğuna karar vermesi, Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin 2001 tarihli Taslak Maddeler'de bir karşılığı bulunmayan ölçütlerle, Sözleşme bağlamında atfedilmeye ilişkin *lex specialis* nitelikte kurallar yaratılıp yaratılmadığı sorusunun doğmasına sebep olmaktadır. Ancak görülmektedir ki Mahkeme'nin yetkinin tespitinde esas aldığı bu ölçütler, *lex specialis* nitelikte atfedilme kuralı oluşturduğu kabul edilebilecek kadar açık bir kullanıma sahip değildir, Mahkeme de içtihadında aksi yaklaşımı besleyecek bir tutarlılıkta ilerlememektedir. Taslak Maddeler ile oluşturulan sorumluluk rejimi özü itibarıyla genel niteliklidir. Söz konusu ölçütlerin, *lex specialis* nitelikte bir atfedilme kuralı olarak kabul edilebilmesi için, belli bir alana özgü olarak genel kurallardan sapması ve öngörülen yükümlülüğün kapsamından ziyade atfedilme unsuruna ilişkin olması gerekmektedir. Bu sebeplerle Mahkeme'nin sergilediği yaklaşımın, sorumluluk veya daha özelinde atfedilmeye ilişkin bir kural yaratma amacından ziyade metodolojik olarak hatalı bir değerlendirmenin sonucu olduğu kabul edilmektedir (Marko Milanovic, "Special Rules of Attribution of Conduct in International Law", *International Law Studies* 20 (2020), 353-363, 386-9). Sözleşme sistemi dahilinde yükümlülüklerin belirlenmesi ve ihlal teşkil eden eylem veya ihmallerin atfedilmesi meselelerinin analitik olarak birbirinden ayrı tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Vandenhoele, "The 'J' Word", 430. Konu hakkında detaylı inceleme için bkz. Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği*, 351-8.

bölgede bulunan ayrılıkçı yerel yönetimin veya idarenin eylem ve ihmallerinden sorumluluğunun doğması için, ihlal teşkil eden eylem ve ihmallerin uluslararası hukuk kuralları gereğince kendisine atfedilebilir olması gerekmektedir.

Bununla birlikte görülmektedir ki Mahkeme, Sözleşme'nin koruma alanında boşluk olmaması gereğine ve Sözleşme'nin Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı olduğuna dikkat çekerek devletin, sadece Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birinin toprakları içinde olması durumunda etkili bir kontrol sağlayabileceğini hiçbir zaman söylemediğini⁴²; ancak bugüne kadar Sözleşme'nin hukuki alanı diğer bir deyişle Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin ülkesi bağlamında devletin, *ratione loci* bakımından yetkili olduğunu tespit etmediğini belirtmiştir⁴³. Mahkeme önceki içtihatlarına atıfla Sözleşme hukuki alanı içindeki topraklarda devletin *ratione loci* bakımından yetkisinin var olduğu sonucuna vardığı; aksi durumda diğer bir deyişle söz konusu bölge Sözleşme'nin hukuki alanı dışında ise *ratione loci* bakımından bir yetkiye hükmetmediği tespitinde bulunmuştur⁴⁴.

Mahkeme, birey üzerinde uygulanan otorite ve kontrolü ölçüt alan yaklaşım bakımından -belirli bir bölge üzerinde uygulanan otorite ve kontrolü ölçüt alan yaklaşımdan farklı olarak- Sözleşme'nin hukuki alanı dışında devletin yetkisinin varlığına hükmettiğini vurgulayarak⁴⁵ Sözleşme'nin hukuki alanına ilişkin sınırlamaya özel bir nitelik atfetmiştir. Mahkeme bu yorumuyla yetki yaklaşımlarının uygulanmasına ilişkin bir tasnife gitmiş ve bu tasnifte Bankovic kararında⁴⁶ yarattığı, Al-Skeini/Birleşik Krallık kararında reddettiği⁴⁷ “Sözleşme'nin hukuki alanı” sınırlandırmasına, belirleyici bir etki tanımıştır. Mahkeme'nin söz konusu kavrama tanı-

⁴² ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 562.

⁴³ Mahkeme ifadesini devletin, ülkesi dışında bulunan belirli bir bölge üzerinde yetkili olduğunu kabul ettiği kararlarına atıfta bulunarak desteklemiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 563.

⁴⁴ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 563.

⁴⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 572.

⁴⁶ ECtHR, 52207/99, 12.12.2001, Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic and Dragan Sukovic v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom (Grand Chamber Decision as to the Admissibility), para. 80-5 (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["52207/99"\],"documentcollectionid":\["DECGRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-22099"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 24 Mayıs 2019. Karar ismi dipnotlarda “Bankovic v. Belgium”; metin içinde “Bankovic” şeklinde kısaltılacaktır.

⁴⁷ Mahkeme, 2011 tarihli Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında, askeri işgal sırasında devletin Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerden doğan yükümlülüğünün devam ettiğini, işgal edilen ülkede yaşayan kimselerin o zamana kadar sahip olduğu haklardan mahrum bırakılmaması gerektiğini ifade ederken bu ifadenin mevhumu muhalifinden hareket edilerek yetkinin sadece Avrupa Konseyi'ne üye devletlerle sınırlandırılmayacağını belirtmiştir (ECtHR, 55721/07, 07.07.2011, Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, para. 142 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105606>, 4 Aralık 2022). Mahkeme bu karardan Sözleşme'nin hukuki alanı bağlamında öngörülen sınırlandırmayı red ederken uygulanan yetki yaklaşımları bakımından bir ayırım öngörmemiştir.

dığı bu etki⁴⁸, temelde devletin yetkisini tespitinde kullandığı yaklaşımları *ratione loci* ve *ratione personae* kavramlarına indirgemesinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme devletin belirli bölge üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt aldığı yaklaşımı, Mahkeme'nin *ratione loci* bakımından yetkisine indirgememiş olsa devletin etkin kontrol sahibi olması sebebiyle yetkili olduğu bölge bağlamında böyle bir sınırlamaya gitmesine veya diğer bir deyişle vardığı sonuçları Sözleşme'nin hukuki alanı sınırlandırmasını öngörür biçimde gerekçelendirmesine gerek kalmayacaktı.

Mahkeme'nin yetkinin tespitinde birey üzerinde uygulanan otorite ve kontrolü ölçüt alan yaklaşım bağlamında yaptığı değerlendirmesinin devamında ise söz konusu yaklaşıma ilişkin geniş bir açıklamada bulunduğu görülmektedir. Mahkeme söz konusu yaklaşımın, diplomatik ya da konsolosluk görevlilerince fiziksel güç ve kontrol uygulanması⁴⁹ veya bir devletin, ilgili devlet hükümetinin rızası veya daveti üzerine, görevlileri/yetkilileri veya onların komutası ve doğrudan denetimi altındaki kişiler aracılığıyla kamu gücü kullanması şeklinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir⁵⁰. Bu bağlamda hak sahibi birey üzerindeki otorite ve kontrolün, devlet görevlilerinin/yetkililerinin mağdur olan birey veya mal varlığı üzerinde fiziksel kontrol ve güç uyguladığı eylemler ve 2021 tarihli Gürcistan/Rusya kararında⁵¹ belirtilen yakınlık unsuru içeren münferit ve spesifik şiddet eylemleri -kişinin ateşli silahla vurulması, dövülmesi, yargısız infazı- şeklinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir⁵². Bununla birlikte Mahkeme birey üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan bu yaklaşımın sonucu tespit edilen yetkinin, ihlal edilen hak veya özgürlük bağlamında olduğunu dolayısıyla Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin bölünebilir ve uyarlanabilir ifade ederek Bankovic kararında benimsediği aksi yaklaşımın⁵³, Sözleşme'nin ilk maddesi ile uyumlu olmadığını kabul etmiştir⁵⁴.

⁴⁸ Mahkeme bu yorumuyla bir anlamda önceki kararlarındaki yetki anlayışını gerekçelendirmiştir. Zira Mahkeme, Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında davalı devletin ihlal niteliği taşıyan eylemleri gerçekleştirildiği Irak topraklarında etkin kontrole sahip olduğunu kabul etmesine rağmen devletin yetkisinin tespitini birey üzerinde kurulan kontrol ve otorite üzerine kurmuştur. ECtHR, 55721/07, 07.07.2011, Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, para. 144-9.

⁴⁹ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 566.

⁵⁰ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 567.

⁵¹ Mahkeme Gürcistan/Rusya kararında birey üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan yaklaşımı çerçevesinde hak sahibi birey üzerinde uygulanan fiziksel güç ve kontrol esas alındığını ve bununla birlikte söz konusu yaklaşımın tutuklama ve gözaltı bağlamında uygulanan fiziksel güç ve kontrolün ötesine geçen silahlı kuvvetler/polis tarafından ateş edilmesi hallerinde de uygulandığını ancak bu durumların "*yakınlık unsuru içeren belirli ve münferit eylemler (solated and specific acts involving an element of proximity)*" olduğunu belirtmiştir. ECtHR, 38263/08, 21.01.2021, Georgia v. Russia (II), para. 130-2 (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207757>, 31 Ocak 2023.

⁵² ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 568-570.

⁵³ ECtHR, 52207/99, 12.12.2001, Bankovic v. Belgium, para. 75-6.

⁵⁴ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 571.

C. SÖZLEŞME’NİN SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA UYGULANMASI

Mahkeme, Sözleşme’nin silahlı çatışmalar sırasında uygulanmasını devletin yetkisi ile temellendirdiği için, söz konusu kabul edilebilirlik kararında bu hususta yorumda bulunabilmiştir. Mahkeme mevcut başvuru bakımından davalı devletin Doğu Ukrayna’da bulunan Donetsk ve Luhansk bölgeleri üzerinde etkin kontrolü olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin, Rus askeri kuvvetlerinin bölgedeki varlığı veya böyle bir mevcudiyet etkin kontrolün kurulması için tek başına yeterli değilse devletin, bölgedeki ayrılıkçı kuvvetlere/yerel yönetimlere askeri, siyasi ve ekonomik desteği çerçevesinde yürütüleceğini belirtmiş⁵⁵; bu doğrultuda taraflarca sunulan delilleri oldukça kapsamlı bir şekilde ele almıştır.

Mahkeme, Nisan 2014’te farklı ayrılıkçı gruplar tarafından kontrol altına alınmaya başlamış olan Doğu Ukrayna’da, Rusya’dan alınan desteğin derecesinin silahlı gruplar arasında önemli ölçüde farklılık göstermiş olabileceğini ancak 11 Mayıs 2014 tarihinde yapılan referandumlarla birlikte bölgedeki ayrılıkçı kuvvetlerin elindeki tüm alanların Nisan 2014’te bağımsızlığını ilan eden “*Donetsk Halk Cumhuriyeti*” ve “*Luhansk Halk Cumhuriyeti*” kontrolü altında olduğunu tespit etmiştir⁵⁶. Mahkeme, 11 Mayıs 2014’ten 26 Ocak 2022’e kadar Doğu Ukrayna’daki askeri varlığı ve ayrılıkçı oluşumlara verdiği askeri, ekonomik ve siyasi destek sebebiyle ayrılıkçı güçlerin kontrolü altında olan bölgelerin, Rusya’nın etkin kontrolü altında bulunduğu belirtmiş ve Ukrayna Hükümeti tarafından ileri sürülen başvurular bakımından Rusya’nın, Sözleşme’nin ilk maddesi bağlamında yetkili olduğunu tespit etmiştir⁵⁷. Rusya’nın bölgedeki etkin kontrolünün -yetkiye ilişkin kabulünde öngördüğü biçimde ülke devleti yaklaşımından hareketle- bölgedeki ayrılıkçı grupların/yerel yönetimlerin eylem ve ihmallerinin Rusya’ya atfedilebilmesi ile sonuçlanacağını ifade etmiştir⁵⁸.

Mahkeme, sivillere, sivil nesnelere yönelik hukuka aykırı askeri saldırıların (unlawful military attacks) ve özel mülkler ve okulların tahrip edilmesinin Sözleşme’nin ihlali niteliğinde idari uygulama özelliği kazandığı iddiasıyla Ukrayna tarafından yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmesinde söz konusu eylemlerin önemli bir kısmının topçu ateşi saldırıları sonucu gerçekleştiğini; bu tür saldırılarda silahın ateşlenmesi Rusya kontrolü altında bulunan bölgelerde ger-

⁵⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 578.

⁵⁶ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 694.

⁵⁷ Mahkeme, Ukrayna Hükümeti tarafından yapılan başvurular bağlamında Rusya’nın Sözleşmenin ilk maddesi çerçevesinde *ratione loci* bakımından yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 690-6.

⁵⁸ Mahkeme ayrılıkçıların gerçekte belirli bölgeleri kontrol etmedikleri veya davanın temelini oluşturan belirli eylemleri işlemediklerine ilişkin iddialarının ispatının ise davanın esas aşamasında Hükümete düşeceğini belirtmiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 697.

çekleşmiş olabilirken, kişilere ve malvarlığına verilen zararın Ukrayna kontrolü altında bulunan alanda ortaya çıktığını belirterek söz konusu saldırıların belirli bölge üzerinde uygulanan kontrol ve otorite bağlamında Rusya'nın yetkisi dahilinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁹. Mahkeme birey üzerinde kurulan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan yaklaşım doğrultusunda yaptığı değerlendirmesinde ise söz konusu eylemler bakımından yapılacak incelemenin silahlı çatışmaların aktif aşamasına ilişkin içtihadı çerçevesinde yapılması gerektiğini, bu durumun ise davanın esası ile yakından bağlantılı olduğunu ve kabul edilebilirlik aşamasında karara bağlanamayacağını ifade etmiştir⁶⁰.

Mahkeme MH17 sefer sayılı uçağın Rus BUK-TELAR hava savunma sistemi füzesi ile düşürülmesi ilişkin Hollanda Hükümeti tarafından yapılan başvuruda ise uçağın, Rusya Federasyonu tarafından sağlanan BUK füzesiyle, Rusya'nın etkin kontrolü altında olduğu kabul edilen ayrılıkçıların kontrolündeki topraklar üzerinde uçarken ve bu bölgeden yapılan ateşleme sonucu düşürüldüğünü tespit etmiştir⁶¹. Bu tespiti bağlamında Rusya'nın yetkisinin -ülkesellik ilkesi gereği- söz konusu bölgenin üzerindeki hava sahasını da kapsadığını belirtmiştir⁶². Mahkeme söz konusu eylemin silahlı çatışmaların aktif aşaması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin muhakemesinde ise eylemin, iki güç arasındaki aktif çatışma sırasında gerçekleşse dahi etkin kontrolün tespitini engelleyen "kaos" bağlamında değerlendirilemeyeceğini; kullanılan füzenin niteliği, füze fırlatma veya uçağın vurulma sahasının doğrudan ilgili olduğu alanlarda böyle bir çatışma olduğuna dair hiçbir delil olmaması ve uçağın vurulduğu ve füzenin ateşlendiği yerin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gereğince yetki tespitinde bulunulmasına bir engel olmadığına karar vermiştir⁶³.

Görülmektedir ki Mahkeme'nin devletin hava sahası üzerinde yetkisinin varlığına ilişkin temellendirmesi, belirli bir bölge üzerinde yetkili kabul edilmesi halinde bölgede bulunan yerel idarenin eylem ve politikalarından sorumlu olduğu kabulüne benzer şekilde yetkinin ülkeselliğine ilişkin uluslararası hukuk ilkesidir. Ancak devletin hava sahası bakımından yetkisinin dayanağını, ilgili bölgede uyguladığı etkin kontrol teşkil etmektedir. Bu sebeple -her ne kadar vardığı sonuç değişmeyecek olsa da- Mahkeme'nin söz konusu gerekçelendirmesi kararın ge-

⁵⁹ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 699.

⁶⁰ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 700.

⁶¹ Mahkeme bu tespiti yaparken topladığı delillerin güvenilir ve gerçek olduğu kabul edilen kurumların soruşturmaları sonucu ortaya konulan delillerden yararlanmışır. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 701-2.

⁶² ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 702.

⁶³ Mahkeme ayrılıkçı kuvvetlerin kontrolü altında olan bölgede Rusya'nın etkin kontrolü bulduğundan hareketle Rusya'nın yetkisinin bulunduğu karar vermiştir. ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 703-6.

neline yaydığı yetki yaklaşımlarını *ratione loci ve ratione personae* bakımından çitilemesinin bir sonucu olarak metodolojik olarak hatalıdır.

Mahkeme'nin silahlı çatışmalar sırasında Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin yorumu ise 2021 tarihli Gürcistan/Rusya kararı ile silahlı çatışmaların aktif süreci bağlamında Sözleşme'nin uygulanmamasına ilişkin yorumuna açıklık getirmesi ve bir anlamda bu karardan dönüşün kapısını aralaması bakımından önemlidir. Mahkeme Gürcistan/Rusya kararında Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yaptığı değerlendirmede, silahlı çatışmaların aktif aşamasının yarattığı kaos nedeniyle devletin yetkisine ilişkin tespitte bulunamayacağını ve dolayısıyla söz konusu zaman diliminde Sözleşme'nin uygulanamayacağını hükmederken⁶⁴; Ukrayna ve Hollanda/Rusya kararında, Ukrayna tarafından yapılan başvuruda ihlal teşkil eden eylemler bakımından yapılacak incelemenin, -silahlı çatışmaların aktif aşamasına ilişkin içtihadı çerçevesinde- davasını esası aşamasında yapılması gerektiğini bildirerek silahlı çatışmaların aktif aşaması olarak nitelendirilebilecek zamanlarda da Sözleşme'nin uygulanabileceğinin kapısını aralamıştır. Hollanda tarafından yapılan başvuru bakımından ise söz konusu eylemin hava saldırısı şeklinde uygulanmasını, silahlı çatışmaların yarattığı kaos ortamının yetkinin tespitini engellediği dolayısıyla söz konusu zaman diliminde Sözleşme'nin uygulanmasını sınırlayan içtihadının alanını daraltmak bağlamında bir araç olarak kullanmıştır.

Mahkeme Gürcistan/Rusya kararında, beş gün süren aktif çatışma sürecinden (8-12 Ağustos) sonra Ateşkes Andlaşması yapıldığı ve Andlaşmaya büyük oranda riayet edildiği için karara konu ihlal iddiaları bakımından silahlı çatışmaların aktif aşaması bakımından öngördüğü ayırımın, böyle bir ateşkes andlaşmasının yokluğunda nasıl yapılacağına ilişkin değerlendirmesinde ise Gürcistan/Rusya kararında aktif aşaması bağlamında sıraladığı, bombalama, bombardıman ve topçu ateşi eylemlerine atıfla yetinmiştir⁶⁵. Ancak Ukrayna/Rusya başvurusuna konu eylemlere ilişkin değerlendirmenin silahlı çatışmaların aktif aşaması çerçevesinde birey üzerinde uygulanan kontrol ve otorite bağlamında yapacağını belirtmesi, kararın esası aşamasında bu hususta daha fazla yorumda bulunacağını işaret etmektedir.

⁶⁴ ECtHR, 38263/08, 21.01.2021, Georgia v. Russia (II), para. 136-144. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Mahkeme Gürcistan/Rusya kararında, silahlı çatışmalar sonrası başlığında yürüttüğü yargısında, gözaltı ve bu süreçte maruz kalınan koşullar bağlamında yaptığı değerlendirmesinde gözaltına alınan kişilerden bahsederken “çoğunlukla”; savaş esirleri bakımından yaptığı değerlendirmesinde ise silahlı çatışmalar sonrasında alıkonulmuş olan savaş esirlerden bahsederken “diğerlerinin yanı sıra” ifadelerini kullanarak silahlı çatışmaların aktif aşamasında alıkonulmuş ya da gözaltına alınmış olsalar dahi bu kişilerin Rusya'nın yetkisi içinde olduğunu tespit etmiştir (ECtHR, 38263/08, 21.01.2021, Georgia v. Russia (II), para. 238-9, 268-9).

⁶⁵ ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, para. 558.

SONUÇ

Mahkeme inceleme konusu kararına Sözleşme sistemi bağlamında devletin yetkisi ile Mahkeme'nin yetkisinin belirli noktalarda örtüşse de farklı kavramlar olduğu kabulü ile başlamasına rağmen, devletin yetkisini tespitinde benimsediği belirli bölge üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan yaklaşımı *ratione loci*; hak sahibi birey üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan yaklaşımı ise *ratione personae* ile temellendirmiş, devam eden muhakemesini de bu temellendirme üzerinden sürdürmüştür. Mahkeme'nin Bankovic kararında yarattığı “Sözleşme'nin hukuki alanı” kavramına devletin yetkisine ilişkin yaklaşımların uygulanmasında belirleyici bir etki tanınması da devletin yetkisinin tespitine ilişkin yaklaşımları *ratione loci* ve *ratione personae* ile eşleştirmesinden doğmuştur. Ancak Sözleşme'nin taraf devletin yükümlülüklerine ilişkin ilk maddesi, Sözleşme ile kurulan denetim mekanizmasının değil taraf devletin yetkisini düzenlemektedir.

Mahkeme'nin devletin yetkisinin tespitine ilişkin yaklaşımları *ratione loci* ve *ratione personae* eşleştirmesi, devletin ülke dışı tasarruflarından doğan sorumluluğunun belirlenmesi noktasında *yetki* ve *atfedilme* arasında ayırımın gözetilmesine ilişkin yaptığı vurgunun, devam eden muhakemesinde uygulanmasını da engellemiştir. Mahkeme'nin *ratione loci* yaklaşımı doğrultusunda, devletin ülkesinde yetkili olduğu karinesinin getirdiği sonuçları, Sözleşme bağlamında devletin yetkisinin varlığından hareketle öngörmesi, -en azından kararın bu aşamasında- yetki ve atfedilme kavramlarının birleşmesiyle sonuçlanmıştır. Ancak Sözleşme'nin ilk maddesi bağlamında devletin yetkisi Sözleşme sisteminde yaratılan bir kavramdır. Dolayısıyla Sözleşme'nin ilk maddesi bağlamında devletin yetkisi, uluslararası hukukta yetki kavramını karşılamamaktadır. Bu sebeple devletin yetkisine ilişkin analizden hareketle ihlal teşkil eden eylem ve ihmalin devlete atfedileceğine karar verilmemeli; devletin sorumluluğunun tespiti -davanın esası aşamasında-; Sözleşme sisteminde uluslararası hukuktan ayrılacak *lex specialis* nitelikli bir sorumluluk rejimi geliştirilmediği kabulü çerçevesinde, Mahkeme'nin karar içinde çok defa belirttiği gibi yetki ve atfedilme arasındaki ayırım gözetilerek, devletin söz konusu eylem ve ihmalleri gerçekleştiren kişi veya kurumlar bakımından atfedilme kuralları ölçüt alınarak ayrı bir değerlendirmeyle yapılmalıdır.

Ayrıca görülmektedir ki Mahkeme'nin silahlı çatışmalarda sırasında Sözleşme'nin uygulanmasını devletin yetkisi temeline indirgeyen yaklaşımı mevcut başvuruya konu eylemler bağlamında bu hususta değerlendirmede bulunmasına izin vermiştir. Mahkeme kararında, Gürcistan/Rusya kararında silahlı çatışmaların aktif aşaması bağlamında yaptığı sınırlamadan sıyrılarak, silahlı çatışmalar bakımından söz konusu sınırlamayı öngören zamansal ya da olgusal di-

yebileceğimiz bu ayrımın yapılabilmesinin getirdiği güçlkle de birlikte, devletin yetkisinin tespit edilebilmesi durumunda Sözleşme'nin de silahlı sırasında uygulanabileceğinin yolunu açmış; silahlı çatışmaların aktif aşamasının yarattığı kaosun devletin yetkisini tespiti için Sözleşme'nin uygulanmasının mümkün olmayacağına ilişkin içtihadını, yine devletin yetkisini tespit ile aşmıştır. Mahkeme Ukrayna tarafından yapılan başvuruda topçu ateşi saldırıları sonucu gerçekleşen ihlaller bakımından belirli bir bölge üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteyi ölçüt alan yaklaşım bağlamında zararın ortaya çıktığı yerin davalı devletin yetkisi altında olması gerektiğini ortaya koyarak, bunun yokluğunda devletin yetkisinin doğmadığına karar verirken; söz konusu ihlal iddialarının hak sahibi birey üzerinde uygulanan kontrol ve otorite bağlamında değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme yetki tespitinde izlediği bu yöntemle, silahlı çatışmalar sırasında hak sahibi birey üzerinde uygulanan kontrol ve otoriteye ilişkin değerlendirmeyi gerekli görmediği Bankovic kararından ayrılmıştır.

Mahkeme Hollanda tarafından yapılan başvuru bakımından yaptığı yetki değerlendirmesinde ise eylemin, iki güç arasındaki aktif çatışma sırasında gerçekleşse dahi etkin kontrolün tespitini engelleyen "kaos" bağlamında değerlendirilemeyeceğini belirterek bu tespiti ölçüt aldığı unsurlar bakımından bütüncül bir yaklaşım sergilemiş ve devletin yetkisinin varlığına hükmederek Sözleşme'nin uygulanacağını kabul etmiştir. Mahkeme'nin kabulü Gürcistan/Rusya kararında silahlı çatışmaların aktif aşaması bağlamında Sözleşme'nin uygulanmasını sınırlandıran yaklaşımının mutlak nitelik arz etmediğini, silahlı çatışmalar sırasında Sözleşme'nin uygulanmasındaki engelin, silahlı çatışmaların aktif süreci şeklinde zamansal ya da olgusal bir kısıtlama değil; devletin yetkisinin varlığına ilişkin tespit olduğunu göstermesi bakımından önemli bir adımdır.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Da Costa, Karen: *Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Den Heijer, Maarten: *Europe and Extraterritorial Asylum*, Hart Publishing, 2012.
- Galka, Katarzyna Urszula: "The Jurisdiction Criterion in Article 1 of the ECHR and a Territorial State, Considerations Inspired by the 'Sargsyan v. Azerbaijan' Case" *International Community Law Review* 17 (2015).
- Gemalmaz, Haydar Burak: "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonunun Amerika Birleşik Devletlerine Karşı Guantanamo Bay'de Alıkonulanlara İlişkin Olarak Verdiği Önleyici Tedbiller Hakkındaki Kararın Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22/2 (2002).
- Gemalmaz, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt- Bölgesel Sistemler*, Legal Kitabevi, 2011.
- Karagözoğlu, Ceren: *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- Larsen, Kjetil Mjuzinovic: "Territorial Non-Application' of the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law* 78, (2009).
- Lawson, Rick: "Life After Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Ed. Fons Coomans/Menno T. Kamminga, Antwerp, Oxford: Intersentia, 2004.
- Milanovic, Marko: "Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court", *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Eds. Anne Van Aaken/Iulia Motoc, Oxford University Press, 2018.
- Milanovic, Marko: *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties -Law, Principles, and Policy*, Oxford Press, 2011.
- Milanovic, Marko: "Special Rules of Attribution of Conduct in International Law", *International Law Studies* 20/8, (2020).
- Milanovic, Marko: The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly - Part I, (EJIL: Talk!) <<https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/>> 3 Nisan 2023.
- Scheinin, Martin: 'Just Another Word? Jurisdiction in the Roadmaps of State Responsibility and Human Rights', Eds. Malcolm Langford Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, Willem Van Genugten *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press 2013).
- Vandenhoe, Wouter: "The 'J' Word: Driver or Spoiler of Change in Human Rights Law?", *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Eds. Stephen Allen, Daniel Costelloe, Malgosia Fitzmaurice, Paul Gragl, Edward Guntrip (Oxford University Press 2019).

Wilde, Ralph: “Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights”, *Michigan Journal of International Law* 29/3, (2005).

Mahkeme Kararları ve Uluslararası Belgeler

ECtHR, 8019/16; 43800/14; 28525/20, 30.11.2022, Ukraine and the Netherlands v. Russia, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222889>, 2 Şubat 2023.

ECtHR, 38263/08, 21.01.2021, Georgia v. Russia (II) (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207757>, 31 Ocak 2023.

ECtHR, 52207/99, 12.12.2001, Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic and Dragan Sukovic v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom (Grand Chamber Decision as to the Admissibility), (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["52207/99"\],"documentcollectionid2":\["DECGRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-22099"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 24 Mayıs 2019.

ECtHR, 55721/07, 07.07.2011, Al-Skeini and Others v. The United Kingdom (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105606>, 4 Aralık 2022.

ECtHR, 4871/16, 16.02.2021, Hanan v. Germany (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-208279>, 2 Ekim 2021.

ECtHR, 36925/07, 29.01.2019, Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189781>, 10 Eylül 2021.

ECtHR, 20958/14; 38334/18, 16.12.2020, Ukraine v. Russia (*Re* Crimea) (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207622>, 7 Eylül 2021.

ECtHR, 48787/99, 08.07.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886>, 20 Nisan 2022.

ECtHR, 13216/05, 16.06.2015, Chiragov and Others v. Armenia (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155353>, 12 Mart 2021.

ECtHR, 40167/06, 16.06.2015, Sargsyan v. Azerbaijan (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155662>, 8 Eylül 2021.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European *Treaty Series* - No. 5, Council of Europa https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 3 Mart 2023.



Retributive or Restorative?: A Descriptive Research on the Criminal Justice Understandings of Law Enforcements in Istanbul^(*)

Cezalandırıcı mı yoksa Onarıcı mı?: İstanbul'da Çalışan Hukukçuların Ceza Adaleti Anlayışları Üzerine Betimsel Bir Çalışma

Res. Asst. Dr. Gülçin CEBECİOĞLU^(**)

Abstract

The main purpose of this study is the role of punishment philosophies in the determination of punishments; from this point of view, it is to determine the understanding of criminal justice that dominates the Turkish Criminal Justice system. In this context, among the criminal justice theories, *retributive* justice seeing punishment as the first and primary way of dealing with injustices in the criminal justice system and believes that justice is established when the courts sentence the defendants, and *restorative* justice questioning the adequacy and necessity of this system and renewing the sense of justice with the alternatives it offers are focused on. Here, the parameters through which law enforcement judges, prosecutors and lawyers evaluate these two dimensions in the determination of penalties are aimed to be revealed. The data of the research, in which the qualitative research method was used, were obtained from in-depth interviews with 62 judges, prosecutors and lawyers working in criminal law in Istanbul. The data obtained were analyzed using the *Maxqda Plus 2020.4* computer program. As a result, it was observed that the law enforcement officers did not focus on only one dimension of the punishment, but made different evaluations according to the crime committed, the severity of the crime, the damage it caused, and the characteristics of the accused. The most striking point here is that clear-cut distinctions cannot be seen between retributive and restorative features contrary to what is claimed in foreign researches.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 27.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 29.05.2023
DOI: 10.56701/shd.1271713

In this research, the relevant data of the doctoral thesis titled "*Socio-Economic Factors Affecting Decision-Making Processes of Judges, Prosecutors and Lawyers Working in Criminal Law*" were used.

^(**) Kirsehir Ahi Evran University, Arts and Sciences Faculty, Department of Sociology, Kirsehir - Türkiye
E-posta: aktas_glc@hotmai.com
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3036-9717>

Keywords

Punishment, Criminal justice, Retributivism, Restorative Justice.

Öz

Bu çalışmanın temel amacı cezaların belirlenmesi sürecinde cezalandırma felsefelerinin rolünün; bu noktadan hareketle de Türk Ceza Adaleti sistemine hakim ceza adaleti anlayışının belirlenmesidir. Bu bağlamda ceza adaleti teorileri içerisinde ceza adaleti sisteminde adaletsizliklerle baş edebilmenin ilk ve öncelikli yolunun cezalandırma olarak kabul edildiği ve mahkemeler sanıklara ceza verdiklerinde adaletin tesis edildiğine inanıldığı cezalandırıcı adalet ile mevcut cezalandırıcı adalet anlayışının hakim olduğu bu sistemin yeterliliği ve gerekliliğini sorgulayan ve sunduğu alternatiflerle adalet duygusunu yeniden inşa etmeye çalışan onarıcı adaletle odaklanılmıştır. Burada da kanun uygulayıcıları hakim, savcı ve avukatların cezaların belirlenmesi sürecinde bu iki boyutu hangi parametreler üzerinden değerlendirdikleri ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Nitel araştırma yöntemi kullanılan çalışmanın verileri İstanbul'da ceza hukuku alanında görev yapan 62 hakim, savcı ve avukatla yapılan derinlemesine mülakatlardan elde edilmiştir. Elde edilen veriler Maxqda Plus 2020.4 bilgisayar programı kullanılarak analiz edilmiştir. Çalışma sonucunda kanun uygulayıcılarının cezaların yalnızca bir boyutuna odaklanmadıkları, işlenen suçta, suçun ağırlığına, ortaya çıkardığı zarara, sanığın özelliklerine göre değişen değerlendirmelerde buldukları göze çarpmıştır. Burada en dikkat çekici nokta, yabancı araştırmalarda iddia edilen aksine, cezalandırıcı ve onarıcı özellikler arasında kesin ayrımların görülmemesidir.

Anahtar Kelimeler

Ceza, Ceza Adaleti, Cezalandırıcılık, Caydırıcılık, Onarıcılık.

INTRODUCTION

Throughout the history of humanity, different approaches and acceptances have been displayed regarding how to react to criminal acts, that has led to the emergence of different senses of justice¹. These different senses of justice are accepted as the main reason for the differences in punishments and their relations with many other factors such as the ideology and personality traits of law enforcement are among the issues that are discussed².

Among the criminal justice theories that constitute the theoretical framework of the research, retributive justice focuses on the necessity of punishing the act of the accused in its most general form while the focus is on the need for a restorative response to the accused in return for his crime in restorative justice. In this context, since crime is seen as a violation of the legal order in the understanding of retributive justice, criminality of the perpetrator and the gravity of the crime are taken into consideration more. On the other hand, in restorative justice, which

¹ Arthur J. Lurigio vd., "Understanding Judges' Sentencing Decisions", *Applications of Heuristics and Biases to Social Issues*, ed. Linda Heath vd. (Boston, MA: Springer, 1994), 93.

² John S. Carroll vd., "Sentencing Goals, Causal Attributions, Ideology, And Personality", *Journal of Personality and Social Psychology* 52/1 (1987), 107.

sees crime as destruction and damage, the main reasons underlying the criminal behavior of the accused as well as the severity of the crime are tried to be revealed. Therefore, while punishment is the main goal in the understanding of retributive justice, the main goal of restorative justice is reparation rather than punishment³.

In the researches, besides the theoretical background of these aims listed above, it has been tried to determine what kind of behaviors they correspond to in practice. At this point, for example, McFatter⁴ in his research on the decision-making processes of university students, looked for an answer if there is a relationship between direct retributive, deterrent and restorative justice understandings and, the length of the prison sentence, the severity of the crime, the potential of the accused to re-offend and the accusations attributed to the accused and the victim. And he concluded that participants with a deterrent understanding of criminal justice argue that all crimes should be responded to with the heaviest sentence, while participants with a restorative justice approach make suggestions for punishment according to the severity of the crime.

Similarly, in researches on how judges' sense of justice plays a role in the type and weight of punishments they give, it has been concluded that the sense of justice and the type and severity of punishments are closely related. At this point, Forst and Wellford⁵ state that judges with a deterrent sense of justice impose the longest sentences. According to Hogarth⁶, judges who focus on the rehabilitative nature of sentences consider the characteristics of the accused more and argue that these defendants should receive supervision. On the other hand, he underlines that judges, who have a punitive approach, focus more on the crime committed.

When evaluated in the context of Turkish literature, there exists a body of literature on criminal justice. On the other hand, it is striking that the researches addressing the question just and fair sentencing, sentencing strategies, philosophies, practices and attitudes are generally theoretical in nature. Only a small number of empirical researches focus on the factors involved in sentencing decisions. From this point of view, in this paper, it is tried to determine which sentencing strategies the law enforcers are closer to which criminal justice sense in Turkey's criminal justice system, and it is hoped that it will contribute to the literature and other studies to be done in the field of practice.

³ Lurigio vd., "Understanding Judges' Sentencing Decisions", 93.

⁴ Robert M. Mcfatter, "Sentencing Strategies and Justice: Effects of Punishment Philosophy on Sentencing Decisions", *Journal of Personality and Social Psychology* 36/12 (1978), 1490.

⁵ Brian Forst ve Charles Wellford, "Punishment and Sentencing: Developing Sentencing Guidelines Empirically from Principles of Punishment", *Hofstra University Law Review* 9 (1981), 799-837.

⁶ John Hogarth, *Sentencing as a Human Process* (Toronto: University of Toronto Press, 1971).

I. LITERATURE REVIEW

A. TYPES OF CRIMINAL JUSTICE

1. Retributive Justice

Retributive justice, one of the oldest criminal justice philosophies, is a reflection of the Classical School's point of view, which sees crime as a violation of the social contract⁷. At this point, according to retributive justice, which defines crime as a rebellion against the will of the state, impunity for crime will reveal the potential of committing crimes in the society and will fundamentally disrupt the order of the society⁸. For this reason, even if the victim of the crime forgives the perpetrator, the state still has to punish him/ her in retributive justice, which acts with the principle of zero tolerance towards crime and the criminal⁹.

Punishment and deterrence lie on the basis of the retributive justice which approaches crime and punishment with a logical legal technique¹⁰. The main purpose of punishments is to give the criminal the punishment he deserves and to prevent him from committing a crime by deterring him from committing a crime again, to avenge the victim and to prevent crime in general by giving the message to the society that the criminals are getting the punishment they deserve¹¹. In addition, according to this point of view, the punishments given to the crimes should not be applied only for punitive purposes; if a punishment is to be imposed, it should be done by considering the benefit of the society¹². In other words, since punishments are inherently painful and bad, the main purpose of imposing punishments should be to prevent crime. In addition, punishments should not be determined according to the characteristics of crime victims or perpetrators. Punishments should be determined directly taking into account the harm done to society¹³.

According to the retributive justice approach, punishments must have certain qualities¹⁴. First and foremost, the punishments should be mandatory. To put it more clearly, a punishment should be imposed for each crime that will ensure

⁷ Osman Dolu, *Suç Teorileri* (Ankara: Global Politika ve Strateji, 2015), 95.

⁸ Mehmet Arıcan, *Ceza adaleti: Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 72.

⁹ Dolu, *Suç Teorileri*, 89.

¹⁰ Şener Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar" *Polis Bilimleri Dergisi* 13/4 (2011), 139.

¹¹ Sulhi Dönmezer ve Salih Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1* (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 103; Werner J. Einstadter ve Stuart Henry, *Criminological Theory: An Analysis of Its Underlying Assumptions* (Boulder, CO: Rowman and Littlefield, 2016), 61.

¹² Andrew Ashworth, "Criminal Justice, Rights and Sentencing: A Review of Sentencing Policy and Problems" *Sentencing in Australia* (35, 1986), 43.

¹³ Cesare Beccaria, (2015), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk (Ankara: İmge Kitabevi, 2015), 45-48.

¹⁴ Dolu, *Suç Teorileri*, 69-70.

that the damage caused by that crime to the society is relieved and that crime is prevented from being committed again. Thus, the punishments defined for each crime committed give the message to the society that when a crime is committed, it will not be unreciprocated¹⁵. Another feature that increases the effectiveness of punishments is that the punishments are imposed quickly. The faster the punishment is done after the crime has been committed, the greater the expected benefit from punishment will be. Because imposing punishment fast will help the individual to perceive the cause-effect relationship between crime and punishment more easily¹⁶.

Moreover, in the retributive justice understanding, two types of approaches are adopted, which are still valid today and comply with the proportionality criterion of universal law, at the point of determination of punishment¹⁷. First of all, it is necessary to consider the loss and victimization caused by the crime in determining the punishment. More clearly, the penalty should be imposed to the extent that the criminal act reveals. In this context, if the victim's loss due to the crime is less, the punishment will be less; if the loss is more, the punishment will be too. Secondly, the material or moral benefit of the offender from the crime should be taken into consideration while determining the punishment. Since the penalty here will vary according to the rate of benefit obtained by the criminal, for example, the penalty given to a thief who steals a small amount of money will not be the same as a thief who steals a large amount of money¹⁸. Briefly, no matter which of the features listed above is prioritized, the main aims of avenging the victims of crime and deterring others who have the potential to commit crimes in the understanding of retributive justice have not changed.

2. Restorative Justice

Restorative justice, defined as a problem-solving approach that includes the victim, the offender, social networks, justice institutions and society, does not consider criminal behavior as a violation of the law. According to this approach, criminal behavior also offends the victim and society. Based on this idea, in restorative justice approach the needs of both parties by evaluating the consequences of criminal behavior in terms of the victim and society as well as the offender need to be met¹⁹.

According to the restorative justice approach, which argues that the crime phenomenon should be handled at a more macro level, punishment cannot be

¹⁵ Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, 45-48.

¹⁶ Kazım Seyhan, "Klasik Okul Teorileri", *Kriminoloji*, ed. M. Alper Sözer ve Ercan Balcıoğlu (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016), 42.

¹⁷ Kayıhan İçel vd., *Yaptırım Teorisi* (İstanbul: Beta Basım, 2002), 135.

¹⁸ Mehmet Arıcan, *Ceza adaleti: Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 73.

¹⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes* (New York, NY: United Nations, 2006), 6.

considered as a concept only related to the criminal. Punishment is also related to the victim who has got harmed by the crime and, more importantly, to the restoration of the social order that has been disrupted by the criminal behavior. In this sense, restorative justice evaluates crime and punishment not only in terms of the offender, but also in terms of the victim and social order²⁰.

In restorative justice, which acts within the framework of a victim-centered understanding, it is aimed to eliminate the damage and hostility caused by the crime by ensuring the active participation of the individuals affected by the crime in the process. At this point, it does not allow the trial process to be carried out entirely by state organs; instead, places them in the position of passive observer and intermediary²¹. Trying to build an understanding that respects human dignity and equality, the offender is approached in a constructive, responsible and supportive manner in negotiations and interactions; to establish a balance between the criminal, the victim and the needs of the society is prioritized. From this point of view, it can be claimed that the restorative justice approach eliminates or reduces the stigmatizing effect of other crime and criminal justice approaches on the criminal²².

Although restorative justice has emerged as an alternative to the classical punishment system, it does not aim to replace it. Restorative justice complements classical understandings of crime and criminal justice²³. The response and result of criminal behavior is expected to be punishment, for sure. However, classical punishment does the same harm to the accused as it has done to the victim, but it does not compensate the victim. Based on this idea, restorative justice is applied on the grounds that it will provide more constructive results for both the victim and the accused and the society while resolving the damage suffered by the victim²⁴.

While restorative justice, which favors a victim-focused criminal justice model and argues that the accused cannot be avenged for his crime by being imprisoned, does not completely reject the amnesty of the accused but offers more fundamentalist programs such as mediation (mediation), family and group conferences, rings, community service, victim aid and ex-victim assistance programs²⁵. Moreover, the concept of restorative justice, in which the problem is tried to be resolved by dealing with the main causes of the conflict, has a flexible

²⁰ Gökhan Gökulu, "Klasik Ceza Adaleti Felsefesinin Eleştirisi ve Onarıcı Ceza Adaleti Anlayışı", *International Journal of Social, Humanities and Administrative Sciences* 6/32 (2020), 1725.

²¹ Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", 129.

²² Vahit Bıçak, *Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet İsteminin Yeniden İnşası* (Adalet Şurası, Ankara, 2019), 4.

²³ Bıçak, *Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet İsteminin Yeniden İnşası*, 4.

²⁴ Püren Akçay, "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9 (2011), 134.

²⁵ Akçay, "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması", 134.

structure that can be easily adapted to different conditions, legal traditions, current crime and criminal justice systems. From this point of view, it can be said that restorative justice can be applied to almost all crimes and perpetrators. It provides appropriate responses to the criminal act, particularly in cases where there are defendants under the age of eighteen and the primary aim is to teach new values and skills to the perpetrators²⁶. In this way, defendants under the age of eighteen, in other words, juvenile delinquents learn how their acts can cause harm, criminal law sanctions, the importance of living in harmony in society, and the elimination of the damage; as a result, it enables them to take responsibility²⁷.

II. METHODOLOGY

A. RESEARCH DESIGN

The subject of this research is about the views of law enforcement officers working in the field of criminal law on criminal justice. In the research, it is aimed to determine the understanding of criminal justice that dominates our criminal justice system, based on the shared experiences and thoughts of the judges, prosecutors and lawyers. The fact that the understanding of criminal justice has not been adequately examined from the perspective of the judges, prosecutors and lawyers makes it a necessity to investigate the subject. In this context, it is anticipated that the results of the study will contribute to the literature. In this direction, the following problem statement has been determined in order to address the subject.

- Which criminal justice approach do the judges, prosecutors and lawyers stand closer to?

Within the framework of the determined problem sentence, it is aimed to define the essence of the criminal justice understanding by revealing the common experiences and meanings of the law enforcements on whether they are closer to the restorative or punitive criminal justice understanding. As the study focuses on shared experiences and meanings, the phenomenological method, one of the qualitative research methods, was adopted. The phenomenological method is a method that enables individuals to reveal their interpretations, perspectives, thoughts and experiences. In this direction, the study was designed according to the phenomenological understanding of Van Manen²⁸. Van Manen's interpretive phenomenology is a method that interprets the subject under study based on the experiences of the participants.

²⁶ Bıçak, *Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet İsteminin Yeniden İnşası*, 4.

²⁷ Akçay, "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması", 130.

²⁸ Max Van Manen, *Researching Lived Experience: Human Science for an Action Sensitive Pedagogy* (New York: State University of New York Press, 1990).

B. TARGET POPULATION AND SAMPLE

The population of the research consists of the province of Istanbul. Istanbul is the focus of attention of the research in many aspects such as its cosmopolitan structure, crime rates and crime diversity, as well as the high number of cases.

The sample design of the research was created with maximum variation sampling, one of the purposive sampling methods. Purposive sampling methods aim to obtain more detailed information about the researched subject, without any concern of quantitative research methods to create the representative power of the sample and to allow generalization to the whole universe²⁹. In maximum diversity sampling, all samples that reflect similar and different situations in the universe are used. Thus, it can be revealed whether there are similarities in various situations, in other words, different dimensions of the research problem³⁰. In the research, which focuses on punishment philosophies in criminal courts, it is foreseen that the maximum diversity on the subject can be reached through the criteria of discretion and conscientiousness; these criteria have led us to the main subjects of criminal courts, judges, prosecutors and lawyers. From this point of view, the sample design of the research was determined as 22 judges, 19 prosecutors and 21 lawyers.

C. DATA COLLECTION TOOLS

Considering the subject, purpose and methodology of the research, it was thought that the most appropriate technique to be used was in-depth interview and participatory observation. In the in-depth interview, which is one of the most frequently used techniques among the qualitative research method data collection techniques, the researcher conducts face-to-face, long-term and in-depth interviews and can obtain information about the problematic of the research. Within the scope of the study, in-depth interviews with judges, prosecutors and lawyers working in criminal courts made it possible to reach the opinions and experiences of the participants on criminal justice. Within the scope of another technique, participation observation, which allows the researcher to follow the subject he is dealing with in its natural environment, the hearings of the criminal courts, especially the heavy penal hearings, were attended in almost all courthouses, and information was obtained about the atmosphere of the courtroom by dissecting attitudes of judges, prosecutors and lawyers and their approaches to the criminals.

Pre-prepared interview question format was used as a guide for in-depth interviews. The questions were directed to the participants according to the flow of

²⁹ Michael Quinn Patton, *Qualitative Research & Evaluation Methods* (Thousand Oaks: Sage Publications, 2002), 40- 46.

³⁰ Ali Yıldırım ve Hüseyin Şimşek, *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 20-21.

the interview without considering a certain order. The interviews lasted between 45 minutes and three hours. Interviews were recorded at the request of the participants. Interviews with 45 people were mostly recorded using smart phones and, whenever possible, a voice recorder. The remaining 17 participants did not want audio recordings and these interviews were conducted by taking notes. Immediately after the field research, the interviews were transferred to the computer environment by the researcher. Considering the confidentiality principle, the names of the participants were not given in data analysis, for the interviewed judges Judge_1, Judge_2 etc., for the interviewed prosecutors Prosecutor_1, Prosecutor_2 etc. encodings are used. Due to ethical requirements of a scientific research, the ethics committee approval was obtained from the Social and Human Sciences Scientific Research and Publication Ethics Committee of Bolu Abant İzzet Baysal University, with the decision numbered 2017/ 32 during the data collection process.

The interviews firstly started with familiar judges, prosecutors and lawyers. Since interviews with judges and prosecutors were held in courthouses, other meeting plans were also made according to them. Interviews with lawyers were arranged for the remaining days of the judges and prosecutors who attend the hearings intensively on certain days of the week. During the meetings, I crossed paths with the associations of which some of the lawyers were member. In this way, meetings were easily arranged in Istanbul, where a large number of lawyers worked. In general, I can say that the participants approached the study positively. So much so that some interviews took three hours and there were days where only 1 participant was interviewed. As such, the interviews could only be completed in one year.

D. DATA ANALYSIS

Although the number of participants in qualitative studies is small, the data obtained can be high³¹. So much so that in this research, pages of data were obtained from a 3-hour interview. At this point, *Maxqda 2020 20.0.4* program was used to control the data more easily.

In the research, van Manen's³² selective and emphatic approach was used to reveal the perspectives and ideas of the participants. In this direction, first of all, the participant statements that were considered important were coded. The themes were reached based on the relationships between the codes that emerged later. At the last stage, the opinions of the law enforcements about criminal justice were evaluated based on the experiences of the law enforcements through the themes reached.

³¹ Semra Coşgun İlgar ve M. Zeki İlgar, "Nitel Veri Analizinde Bilgisayar Programları Kullanılması", *İzÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 3/5 (2014), 51-52.

³² Van Manen, *Researching Lived Experience: Human Science for an Action Sensitive Pedagogy*, 93-94.

III. FINDINGS

A. SOCIO-DEMOGRAPHIC CHARACTERISTICS OF THE PARTICIPANTS

In this part of the study, the socio-demographic characteristics of the participants were discussed. First of all, starting with the gender of the participants, as seen in Table 1, 12 of the judges participating in the research were female and 10 were male; 10 of the prosecutors are women, 9 are men, and lastly, 11 of the lawyers are women and 10 are men. If we look at the ages of the participants, 1 of the 3 participants between the ages of 20-30 is a judge and 2 is a prosecutor. Among the participants aged 31-40, 6 are judges and prosecutors and 7 are lawyers. It can be seen that 8 of them are judges, 6 of them are prosecutors and 5 of them are lawyers in the 41-50 age range, where there are 21 participants. Of the 15 participants aged 51-60, 7 are lawyers, 5 are judges, 3 are prosecutors, and lastly, of the 4 participants aged 61 and above, 2 are judges and 2 are lawyers.

Table 1: Socio-demographic characteristics of the participants

		Judge	Prosecutor	Lawyer	Total
Gender	Female	12	10	11	33
	Male	10	9	10	29
Age	20-30	1	2	-	3
	31-40	6	6	7	19
	41-50	8	8	5	18
	51-60	5	3	7	15
	61 and over	2	-	2	4
Marital Situation	Married	14	13	12	39
	Single	4	5	7	16
	Divorced	3	1	2	6
	Widow	1	-	-	1
Years of Professional Work	1-10	5	8	3	16
	11-20	7	2	5	14
	21-30	8	7	8	23
	31-40	1	1	4	6
	41 and over	1	-	1	2

Continuing with the marital status of the participants from the table, the majority of the participants (39) are married, of which 14 are judges, 13 are prosecutors and 12 are lawyers. The remaining 16 participants were single, 6 divorced and 1 widowed. Finally, 5 judges, 8 prosecutors and 3 lawyers 1-10; 7 judges, 2 prosecutors and 5 lawyers 11-20; 1 judge, 1 prosecutor and 4 lawyers 31-40; 1 judge and 1 lawyer also stated that they worked in the profession between the years 41 and above.

B. CRIMINAL JUSTICE IN PRACTICE

It is striking that the theories of criminal justice, which emerged in order to eliminate the deficiencies of the previous ones in order to provide justice in punishment were shaped according to the characteristics of the period in which it emerged. Researches try to show differences of each one of these theories. As for the difference between retributive and restorative features³³ illustrated it well with the notion that the punishment used to be made to fit the crime while the treatment is now made to fit the individual. Hogarth³⁴ clarified this idea more with his studies that with a rehabilitation sentencing philosophy a great deal more weight was claimed to be placed on the characteristics and background of the offender. On the other hand, with other penal philosophies, it is tended to attach relatively greater importance to the characteristics of the offense. He also added that for serious crimes more severe sentences were positively related to retribution and deterrence orientations whereas for relatively minor offenses more severe sentences were positively related to a rehabilitation orientation.

According to data of this study, aimed to determine the understanding of criminal justice that dominates Turkish criminal justice system, above all the differences put thorough by the researchers can be seen in criminal justice practices. However, although the law enforcement officers participating in the research seem to have adopted the classical understanding of punishment with criminal justice, taking into account the characteristics of the accused and the crime committed, clear-cut distinctions cannot be seen between these retributive and restorative features. The most striking point here is that law enforcement officials make assessments that vary according to the situation, rather than focusing only on one sense of criminal justice.

1. The Character of the Accused

As stated above researches on criminal justice theories have revealed clear-cut distinctions between retributive and restorative philosophies. It is pointed out that restorative justice mainly focuses on the characteristics of the accused when determining penalties. However, in the research, it is striking that the characteristics of the accused are an important issue for both law enforcements who espoused retributive and restorative philosophies, only their approaches differ.

Asworth and Roberts³⁵ suggested that in order to ensure justice in sentencing, certain characteristics of the accused must be taken into account. For example,

³³ David Matza, *Delinquency and Drift* (Routledge, 2018).

³⁴ Hogarth, *Sentencing as a Human Process*.

³⁵ Andrew Ashworth ve Julian V. Roberts, "Re-evaluating the Justifications for Aggravation and Mitigation at Sentencing", *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, ed. Julian V. Roberts (London: Cambridge University Press, 2011), 30.

if the accused is a woman, incarceration of the woman may cause her to suffer more harm because she is a woman. For this reason, it would be more appropriate to mitigate the sentence by applying positive discrimination to the accused because he is a woman. Similarly, in this study, participant law enforcements with restorative justice understanding do not find it appropriate to directly imprison the defendants who are in a disadvantageous position such as women, the elderly and children; they argue that alternatives should be sought to rehabilitate and reintegrate these defendants into society:

Lawyer_18, (Female): Giving another chance to the accused, you know, can be an approach like giving lighter penalties, especially if they come to their senses and at least know that they have a sanction. In other words, I find the differentiation correct for some situations. I mean, people... I don't think to punish and put them in prison is efficient because I don't think people are rehabilitated in any way anyway.

Moreover, the participant stated that an educated defendant is approached more punitively when compared to an uneducated defendant:

"The uneducated are actually luckier in this regard. Because judges approach like this: 'Look, son, you didn't study at work, but you went through mill. How did you get into such a thing?' and they can approach them in a more paternalistic way. For example, when they are educated, they can react more harshly: 'You know, you're an educated man, how did you get into such a thing... You know, it should have never occurred to you or something.' Educated people are less fortunate in this regard. Especially in criminal proceedings. I mean they think the uneducated must have done this to his/ her ignorance and illiteracy. And they also gain sympathy for that matter."

Another participant, Judge_1, (Male) thinks that male defendants have a more punitive approach when compared to women:

"In my opinion, punishments against women and girls are more protective, and more favorable laws are used. Penal sanctions are more severe for men. If a woman has committed a crime once, she is a student, a girl, etc. He stole a couple of clothes. You can decide that there is no need for a penalty because the amount stolen is small. More decisions are being made to prevent women from entering prisons."

The participating judge explained, with an example from his own case files, that the application of alternative sanctions for an elderly or young defendant who has committed a crime for the first time can prevent the defendant from being involved in the crime again:

“For example, if an older man does not have a criminal record, if he has a certain age, you do not imprison that person, you apply other sanctions. If a younger person commits a crime for the first time, you apply the same sanctions to him. You can give it another chance because the person’s past is clean. This can prevent him from being involved in a crime again. Some may even thank you. For example, one of them came to me in the same situation. He came, thanked me, said he found a job again and something. I am happy too.”

On the other hand, some participants argue that a punitive approach is applied to individuals of different ethnic origins or different sexual orientations, both in terms of whether they have committed the crime or not:

Lawyer_14, (Male): But in terms of premise, if a transgender person comes before the president of a high criminal court for the crime of plunder, he says that he has already plundered. If a blackish citizen goes before the criminal judge of the first instance on the charge of stealing, he says, the judge of the first instance has already done this job.

Lawyer_6, (Male): It (he means transgender) increases upwards. The quality of what we have comes into play. Libertarian point of view, traditional point of view, our judges may tend to give harsher sentences on this issue...

As Asworth³⁶ stated in his study, in England a principle called loss of mitigation was being applied as for the previous criminal record of the accused. If s/he was a first offender, s/he must be given concession thanks to her/ his previous good record. However, this mitigation decreases as the previous convictions increase in number. So much so that after more than four convictions the offender should be given full sentence. Similarly, some of the law enforcers participating in this research also argued that a punitive approach should be followed for the accused who are repeat offender:

Lawyer_2, (Male): For example, this may have become repetitive. The man has a criminal record for similar crimes. The judge does not discount it. He says this has already made it into a thing. It’s become a habit.

Lawyer_11, (Female): First of all you will look at that person’s past and also the status of the registry. Someone has a record for theft. The other is his first crime, maybe as an adventure. ... As I said, the man may make crime a profession. He’s doing this for 40 years. He was living off theft. Now the whole community knows him. But this means that the sentences given are not a deterrent, that this man was able to commit this crime enough to create a criminal record for his entire life. Therefore, they should be evaluated differently.

³⁶ Ashworth, “Criminal Justice, Rights and Sentencing: A Review of Sentencing Policy and Problems”, 53-54.

The defendant's demeanor in court also play a role in the evaluations of the imposition of punishments. At this point, a punitive approach is displayed for the accused who behaved inappropriately in court:

Lawyer_2, (Male): He comes and starts a fight in the court. He argues. He has acted inappropriately. Or he has got too much of a record. A repeat offender. I impose a heavy penalty.

The female participant, Judge_18, also stated that the behavior of the accused during the hearings played a role in their approach to him/ her:

Judge_18, (Woman): While using the right of discretion, how the event has happened, the attitude of the accused in the event, his attitude after the event, his attitude during the hearings...

The participating judge also added that whether the accused feels remorse for his/ her crime or not is also effective in the determination of the sentences:

"Some, for example, do something out of anger. He regrets it later. You can tell by his actions that he truly regrets it. It cannot be said otherwise. You can tell by their behavior. He constantly expresses his regret. He is trying to make up for the damage of the other party, to make up to him/her. Of course these are always effective."

Another participant, Prosecutor_13, (Male) stated that the repentance of the accused was effective in their approach to the accused with the following words:

"The post-incident attitude of the accused and the perpetrator of the crime. Some comes and says: 'I did fairly well. I would kill you anyway.' Some of them regret: 'I lost my consciousness. It wasn't something I could accept if I have all my marbles. I didn't know what I was doing.'"

Participating Judge_21, (Male) also, based on the example of a traffic accident, stated that if the accused exhibits a conciliatory attitude with remorse, s/he can be approached within the scope of restorative justice; on the other hand, he stated that a more punitive approach could be shown to him if he behaved otherwise:

"Did the victim in the traffic accident withdraw the complaint? Even that affects it. He came and apologized to me after the accident. I forgive. We had financial needs. He met. Even the behavior of the accused affects the punishment. If he never apologized. He didn't take a blind bit of notice. He didn't meet his needs. He didn't apologize or etc. This is why we call the punishment, he never felt remorse or apologized. You go up on discretion."

Judge_14, (Male) exemplified that alternative sanctions can be applied to the accused at the point of repentance of the accused's crime as follows:

“If the person is unemployed, for example, if he/she has committed a crime for the first time, if he/she has deep regrets about it, although there are institutions that will deal with it, for example, you have given a prison sentence for that moment. Unemployed... The courts usually choose the first alternative to this. The person can conditionally postpone the punishment. You can delay. Or you can turn your punishment into some other cautions. For example, you can turn it into working in a publicly useful business.”

To summarize briefly, the character of the accused is considered among the features that should be taken into consideration during the determination of the sentence. However, there is a significant difference between the evaluations of law enforcers with a punitive approach and those with a restorative justice approach. Law enforcements with a restorative justice understanding argue that a more moderate approach to a disadvantaged defendant should be approached, and they underline that practices should be made to reintegrate them into society. On the other hand, according to law enforcements who have a punitive justice understanding, the behavior and actions of the accused in court, whether they regret the crime they have committed, whether they have committed the crime for the first time or not, are the issues that they put emphasis on in determining the severity of the punishment to be given to them. Moreover, the ethnic affiliation and sexual preferences of the accused are among the factors evaluated in terms of the severity of the sentences given to them. Here, it can be interpreted that apart from the punitive understanding of lawyers, different characteristics of themselves also play a role in the decision-making process.

2. Elements of Criminal Features

According to researches criminal features are important mainly for law enforcements with punitive criminal justice understanding³⁷. In this study it can be seen that the criminal characteristics are other factors that play a role in shaping the punishment philosophies adopted by the participants for law enforcements not only with punitive understanding but also with restorative understanding. However, their approaches to the criminal features differ. In the data obtained from the interviews with the participants, the features of crime can be discussed under 3 headings. In this context, the type of crime, the characteristics and the reason of the crime allow us to see whether the law enforcers are closer to classical criminal justice or restorative justice in their sentences.

³⁷ Ashworth, “Criminal Justice, Rights and Sentencing: A Review of Sentencing Policy and Problems”, 50.

a. Types of Criminal Offenses

The seriousness and the type of the crime and the harm caused by it should be taken into consideration when evaluating the sentence³⁸. According data obtained from the interviews with the participants, it is striking that what crime the accused committed, directly related with the issue that its seriousness and the harm caused by it, is among the important factors that determine their approach to the accused in the punishment process. In this context, individuals who are prosecuted for sexual crimes, murder and fraudulent crimes can be approached more harshly, while individuals who are prosecuted for theft can be approached more moderately, taking into account the characteristics of the accused.

To start with the participants who first focused on sexual crimes, some participants argue that more severe punishment should be given to the accused in cases where the victim is at a young age and the accused is married and has children:

Judge_2, (Male): ... If a person who is married and has children is the subject of a crime of sexual abuse against minors, must be given a heavier punishment.

Participating Lawyer_1 (Male) also thinks that a defendant involved in sexual crimes should be given a heavier penalty if he is married, without pointing out any characteristics related to the victim:

“It can affect in sexual abuse-related crimes. If he is married, he should be given even much heavier punishment.”

Participant Judge_6, (Male) stated that there has been a significant increase in sexual crimes in recent years; he argues that these crimes should be considered as another crime in the laws and regulations made, as it includes an act of interference with the freedoms of the victim, such as dressing and the freedom to go out at night, as well as the act committed for sexual purposes. At this point, the participant shares the following example from a case in England:

“A young girl is crossing a park in England at a late hour... when she goes through the park she can get her home more quickly. He goes through the park, not on the main light road, and someone starts molesting there. English judge, of course, Anglo-Saxon cultures are very different from ours, gives the perpetrator a one-year sentence. The girl has already been punished for being molested, but because he has also created a fear for British girls and disrupt their freedom to walk on the street or in the park at night he gives 15 more years. Therefore, it is in compliance with the law. This is also regulated by law and penal sanctions are decided accordingly.”

³⁸ Christine Piper ve Susan M. Easton, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice* (United Kingdom: Oxford University Press, 2005), 92.

When considered in the context of the crime of homicide, the female participant Judge_5 stated that there should be a proportionality between the sentences given and the severity of the crime:

“Like I said, you can’t say work and serve your sentence for a person who murdered a person. He needs to go to prison. The nature of the crime is serious. But for example, I said stealing. Theft... He stole a melon. He stole 3 balls. If you put him in prison, it would be against the principle of proportionality. You say serve your sentence by working. So that he doesn’t get out of his job, but he will be punished as well.”

Aggravated fraud comes along the crimes considered that the accused should be given heavier sentences, Lawyer_5 (Male) stated that in this type of crime, which is encountered random, the defendants are definitely arrested and sentenced to heavier sentences. Another participant, Lawyer_2, (Male) exemplified the crime of qualified fraud by associating it with the profession of the accused as follows:

“For example, in aggravated fraud crimes, we lawyers who are educated and abuse it, for example, are prosecuted with heavy penalties. When we abuse our power. We will be tried with aggravated punishment for the crime of misconduct.”

Finally, in terms of theft, some participants argue that the accused should be approached more moderately, taking into account such characteristics as age, income status, etc.:

Prosecutor_4, (Male): So, let’s say that a child at the age of 13, 14 stole from the canteen of the school. Ok, theft is a bad thing. But you may think that it is of no use to us socially to convict this child of stealing. Okay, the canteen may have lost 3,5 cents. The child may have made a mistake. As I said there, it is more important to integrate the child into society in the future, to be an individual, than to fight against crime, after using the powers widely, you may give lighter punishments and save that child from theft conviction.

b. How is the Crime Committed?

Another factor that plays a role during the evaluation of the sentence to be given to the accused is the way the crime is committed. In other words, situations such as whether the accused is involved in the crime deliberately or negligently, at night or during the day, the number of people involved in the crime, whether he uses a crime tool or not, are taken into account when determining the severity of the punishment to be given to the accused. At this point, participant Lawyer_2, (Male) explained how the defendant’s intentional or negligent involvement in the crime was evaluated as follows:

“If you can foresee that, then something new has become popular, called eventual intent. Murder with eventual intent, this is not like killing intentionally. But it’s not like reckless killing, either. Right in the middle. For example, the law regards the car as a weapon here. So you used this car as a weapon to kill people. And as a result, you have to foresee that if you have an accident, you can kill yourself or the people in the car or another person. Then, let’s say that you killed a person with an eventual intent, not intentionally, let’s say that his punishment is two years for imprudence, but it increases to 10 years, 12 years there. But when you kill by planning, he now gets a life sentence, instead of execution.”

Another participant, Lawyer_9, (Female) exemplified the role of the way the crime was committed in punishment as follows:

“Let’s say you’re passing by on the way. Children came in front you, thinner addict and so on. Knife in hand. He said give me money. Let’s say other children with him are not involved. Even so the judge he can see that they are all together in the event as a group. You know the story of day or night, knives and guns because of robbery or qualified robbery.”

c. What is the Intent to Commit a Crime?

Finally, it was found out that why the defendants were involved in the crime played an important role in the approach of the participants to the defendants. To put it more clearly, a defendant who is involved in theft can be approached more moderately in order to earn a living, to heat, to buy medicine for a sick relative:

Judge_6, (Male): They also do things to survive. This is the situation. An 18-year-old boy, who was stealing money from someone to maintain his own life, to make a living, to steal a coat, to keep warm or to support his house, was reflected in the newspapers. He steals money for that purpose, to buy medicine for her because her mother cannot work, because her brother is sick. But they are of course in the minority. I think these should not be ignored.

Prosecutor_12, (Woman): Let’s say he is stealing. If he is a very poor person, I will give him lighter punishment. The man is hungry. He steals a phone. He sells and buys bread. Of course, I approach him leniently. But if he steals just for fun, state changes.

The participating prosecutor added that if a rich person steals arbitrarily, she will not impose a lighter penalty.

As for the elements of the crime it can be concluded from the data of the research that the type of crime committed, how and with what intention it has been committed are taken into consideration in determining the type and

severity of the penalty. At this point, in serious crimes such as rape and murder, which cause great harm, the defendants and to a defendants who have been also intentionally involved in a crime are approached more punitively. On the other hand, for example, a defendant who has been involved in a theft crime in order to meet certain needs can be approached more moderately.

CONCLUSION, DISCUSSION AND IMPLICATIONS

The issue of securing justice and equity in punishment, one of the main problematics of criminal justice, is discussed from different perspectives. At this point, especially in foreign literature, it is underlined that which punishment philosophy the law enforcers are closer to plays an important role in their approach to the accused and their decisions. In this research, it is aimed to reveal the criminal justice understanding of judges, prosecutors and lawyers working in the Turkish criminal justice system. While doing this, it was tried to determine which parameters law enforcement focused on in the decision-making process.

According to the findings obtained from the research, it is striking that the understanding of criminal justice in Turkish criminal justice practices is shaped on two main themes. To put it more clearly, law enforcement officers participating in the research seem to have adopted the classical understanding of punishment with retributive and deterrent features, or restorative criminal justice, taking into account the characteristics of the accused and the crime committed.

Hogarth stated that while the judges who adopt the retributive justice approach mostly focus on the features related to the crime, the judges who focus on the rehabilitative feature of the sentences consider the characteristics of the accused in their decisions. In the aforementioned study, it was seen that the participants, who adopted both retributive and restorative justice understanding, considered the characteristics of the crime and the accused in the type and severity of the punishments they gave. Firstly, as for the characteristics of the accused, the characteristics of the accused such as gender, age or ethnicity, his behavior in the court and his feeling remorse for the crime directly affect the approach of law enforcement to the accused, in other words, their understanding of criminal justice. In this context, while women, children and the elderly are approached more leniently; a more retributive attitude is displayed towards men, individuals with different sexual orientations or different ethnic affiliations. Moreover, while defendants who exhibit inappropriate behavior in court and do not regret their crimes are approached more punitively, individuals who express their regrets can be approached within the scope of restorative justice.

According to the type of crime committed in the context of crime-related features, individuals who are prosecuted for serious crimes such as sexual crimes,

murder and qualified fraud are approached more punitively, while individuals who are prosecuted for theft can be approached more leniently, taking into account the characteristics of the accused. Again, how the crime is committed determines whether the participants will be approached within the scope of punitive or restorative justice. In this context, for example, while a more punitive approach is applied to an individual who has been involved in a crime deliberately, by planning, alternative sanctions can be applied to an individual who has been involved in a crime by negligence, within the scope of restorative justice. Finally, it has been noted that why the defendants are involved in the crime plays an important role in the approach of law enforcement to the defendants in punishment. To put it more clearly, a defendant who is involved in theft in order to earn a living, to warm up, to buy medicine for a sick relative can be approached more leniently.

It can be concluded that law enforcement officers do not focus on only one aspect of the punishment, but make evaluations that vary according to the crime committed, the severity of the crime, the damage it causes, and the characteristics of the accused. From this point of view, punishment can be brought down not only to the retributive and deterrent characteristics of punishments from the classical school point of view; nor to a restorative criminal justice approach, which favors a victim-oriented criminal justice and argues that the accused should be subjected to different programs instead of imprisoning them. Ultimately, it is hoped that the study will contribute to the literature and further studies in terms of revealing the theoretical background of criminal justice, as well as the parameters and how it is evaluated in criminal proceedings.

REFERENCES

- Akçay, Püren. "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması". *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9 (2011), 129-144.
- Arıcan, Mehmet. *Ceza Adaleti: Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Ashworth, Andrew. *Criminal Justice, Rights and Sentencing: A Review of Sentencing Policy and Problems*. Sentencing in Australia, 35, 1986.
- Ashworth, Andrew ve V. Roberts, Julian. "Re-evaluating the Justifications for Aggravation and Mitigation at Sentencing", *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, ed. Julian V. Roberts. London: Cambridge University Press, 2011.
- Bıçak, Vahit, *Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet İsteminin Yeniden İnşası*. Adalet Şurası, Ankara, 2019.
- Beccaria, Cesare. (2015), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. çev. Sami Selçuk. Ankara: İmge Kitabevi, 2015.
- Carroll, John S., Perkwitz, William S. Lurigio, Arthur J. ve Weaver Frances M. "Sentencing Goals, Causal Attributions, Ideology, And Personality", *Journal of Personality and Social Psychology* 52/1 (1987), 107-118.
- Dolu, Osman. *Suç Teorileri*. Ankara: Global Politika ve Strateji, 5. basım, 2015.
- Dönmezer, S. Sulhi ve Erman, Salih. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I*. İstanbul: Der Yayınları, 14. baskı, 2016.
- Einstadter, Werner J. ve Henry, Stuart. *Criminological Theory: An Analysis of Its Underlying Assumptions*. Boulder, CO: Rowman and Littlefield, 2016.
- Forst, Brian ve Wellford, Charles. "Punishment and Sentencing: Developing Sentencing Guidelines Empirically from Principles of Punishment". *Hofstra University Law Review* 9 (1981), 799-837.
- Gökulu, Gökhan. "Klasik Ceza Adaleti Felsefesinin Eleştirisi ve Onarıcı Ceza Adaleti Anlayışı", *International Journal of Social, Humanities and Administrative Sciences* 6/32 (2020), 1721-1728.
- Hogarth, John. *Sentencing as a Human Process*. Toronto: University of Toronto Press, 1971.
- İçel, Kayıhan vd., *Yaptırım Teorisi*. İstanbul: Beta Basım, 2. Baskı. 2002.
- İlgar, Semra Coşgun ve İlgar, M. Zeki. "Nitel Veri Analizinde Bilgisayar Programları Kullanılması". *İZÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 3/5 (2014), 31-78.
- Lurigio, Arthur J. vd., "Understanding Judges' Sentencing Decisions". *Applications of Heuristics and Biases to Social Issues*. ed. Linda Heath vd. Boston, MA: Springer, 1994, 91-115.
- McFatter, Robert. "Sentencing Strategies and Justice: Effects of Punishment Philosophy on Sentencing Decisions". *Journal of Personality and Social Psychology* 36/12 (1978), 1490.

- Patton, Michael Quinn. *Qualitative Research & Evaluation Methods*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002.
- Piper, Christine ve M. Easton, Susan. *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, United Kingdom: Oxford University Press, 2005.
- Seyhan, Kazım. “Klasik Okul Teorileri”. *Kriminoloji*. ed. M. Alper Sözer ve Ercan Balcıoğlu. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016, 38-47.
- Uludağ, Şener. “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar”. *Polis Bilimleri Dergisi* 13/4 (2011), 127-151.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. New York, NY: United Nations, 2006. https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf.
- Van Manen, Max. *Researching Lived Experience: Human Science for an Action Sensitive Pedagogy*. New York: State University of New York Press, 1990.
- Yıldırım, Ali ve Şimşek, Hüseyin. *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.



T.C. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında İdarenin Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluğu^(*)

Administrative Liability Arising from Neglect of Duty in Decisions on Individual Applications by the Constitutional Court of the Republic of Türkiye

Arş. Gör. Cihan YAYLAK^(**)
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM^(***)

Öz

Bireysel başvuru kararları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (AY) 153. maddesi kapsamında, iç hukuk yollarının tamamlanmasında son aşamayı temsil eder ve bu kararlar mahkemeler ile kamu gücü kullanan idare üzerinde bağlayıcılık sağlar. Bu bağlamda, bu çalışma özel olarak bireysel başvuru kararlarında odaklanmıştır.

Araştırma, özellikle hizmet kusuru gibi bir konunun bireysel başvuru kararlarına nasıl yansıdığını açığa çıkarmayı hedeflemektedir. Hizmet kusuru, hizmet sunan tarafın kusurlu davranışları sonucunda ortaya çıkan zararları içeren bir alandır ve bu alanda bilimsel ve teknik gelişmelerin sürekli olarak ilerlemesiyle birlikte sınırları genişlemektedir.

Bu çalışma, bireysel başvuru kararlarının içeriğini, ilgili hukuki düzenlemeleri ve mevcut bilimsel yaklaşımları inceleyerek, idarenin hizmet kusurunun nasıl ele alındığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu sayede, bireysel başvurularla ilgili kararların nasıl şekillendiği ve bu kararların toplumsal etkileri hakkında daha kapsamlı bir anlayış sağlanması hedeflenmektedir. Ayrıca, bu çalışma

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 10.05.2023 - [Makale Kabul Tarihi](#): 07.08.2023
[DOI](#): 10.56701/shd.1295176

^(**) Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Kırklareli - Türkiye; İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): cihan.yaylak@klu.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-5942-0056>

^(***) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya - Türkiye
[E-posta](#): ramazan.yildirim@selcuk.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0009-0003-4062-9057>

aynı zamanda gelecekteki araştırmalar ve hukuki reformlar için bir temel oluşturmayı amaçlamaktadır, çünkü hizmet kusuru gibi konuların sürekli olarak değişen ve gelişen doğası dikkate alınarak daha etkili politikalar ve düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Bireysel Başvuru, Hizmet Kusuru, İdarenin Sorumluluğu, Mülkiyet Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı.

Abstract

Individual application decisions, within the scope of Article 153 of the Constitution of the Republic of Turkey, represent the final stage in exhausting domestic remedies and have binding effects on courts and administrative bodies exercising public power. In this context, this study specifically focuses on individual application decisions.

The research aims to uncover how a subject such as service negligence is reflected in individual application decisions. Service negligence encompasses damages resulting from the negligent behavior of service providers and its boundaries continuously expand with scientific and technical advancements.

This study aims to reveal how the issue of service negligence is addressed by examining the content of individual application decisions, relevant legal regulations, and existing scientific approaches. The goal is to gain a comprehensive understanding of how decisions related to individual applications are shaped and their societal impacts. Additionally, this study also aims to provide a foundation for future research and legal reforms, as effective policies and regulations need to be developed considering the constantly evolving nature of topics like service negligence.

Keywords

Individual Application, Neglect of Duty, Administrative Liability, Right to Property, Right to Fair Trial.

GİRİŞ

İdare bir tüzel kişilik olarak hukuk alanında varlık göstermekte ve gerçek kişiler gibi kusurlu veya kusursuz olarak işlem veya eylemlerde bulunabilmektedir. İdarenin kusurlu olarak icra ettiği eylem veya işlemleri “hizmet kusuru” adı altında değerlendirilmektedir. İdarenin sahip olduğu tek yanlı, üstün ve ayrıcalıklı yetkiye dayanarak bireyler üzerinde icrai kararlar alabilme yahut eylemlerde bulunabilme yeteneği dolayısıyla doğabilecek mağduriyetler yargı yoluyla giderilmektedir. Bireysel başvuru yolu bireylere idarenin işlem veya eylemleri sebebiyle maruz kalacakları zararlarını giderme konusunda tanınmış son iç hukuk hamlesi olarak 12.09.2010 Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize girmiştir.

Çalışmamız üç ana bölümden teşekkül etmiştir. İlk olarak, konuya temel olması açısından idarenin sorumluluğuyla, ancak hizmet kusuru özelinde temas etmek kaydıyla başlanılmıştır. Akabinde bireysel başvuru yolu genel hatlarıyla izah etmeye çalışılmış, hakkın amaç ve işlevi ifade edildikten sonra idari uyumsuzluklar özelinde kapsamına temas edilmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) hizmet kusuruna yönelik önüne gelen tüm bireysel başvurularını inceleyerek esas olarak değerlendirmeler üç hak üzerinde toplanmıştır. Bu hakların, AY

md. 17 anlamında yaşam hakkı, AY md. 36 anlamında adil yargılanma hakkı ve AY md. 35 anlamında mülkiyet hakkı şeklinde başvuruların ekseriyetini teşkil ettiği tespit edilmiştir. Bunların dışında AY md. 2 veya 40 bağlamında hak talepleri görülse de AYM'nin verdiği ihlal kararlarından hareketle zikrettiğimiz üç hak etrafında değerlendirmeler yapıldığı müşahede edilmiştir.

I. İDARENİN HİZMET KUSURU

A. GENEL OLARAK

Devlet teşkilatının kuruluş amacına bakıldığında, üzerinde mutabakata varılmış bir yaklaşım bulunmamakla birlikte, kendini oluşturan bireylerin yönetim yetkilerini devretmeleriyle onların ortak yararlarını sağlamak şeklinde ifade edilmektedir.¹

Kuvvetler ayrılığına dayalı modern anlayışta yasama, yürütme ve yargı olarak beliren devlet mekanizması, çatısı altındaki bireylere en iyi şekilde hizmet etmek için faaliyetlerini yürütmektedir.² Görülecektir ki devlet faaliyetleri, insanların gündelik yaşantılarında idare olarak somutlaşmaktadır. Yasama ve yargı organlarının organik anlamdaki faaliyetlerinin haricindeki işlemlerinin maddi anlamda idare işlevine dahil olduğu ifade edilse de³ devlet teşkilatı içerisinde idari faaliyetlerin icra edildiği mekanizma daha ziyade yürütme organı olmaktadır.⁴ İdari yapılanmanın açıklanmasıyla birlikte aslında yürütme organizasyonunun tanımından anlaşılacak olan bu konu, idari faaliyetlerin toplumda güvenliğinin, düzeninin ve genel sağlığının korunması, kamu hizmetlerinin belirlenmesi ve düzenli bir şekilde yerine getirilmesi gibi unsurlarla yönetilenlerin en düşük refah seviyesinde yaşamlarını sürdürebilmelerini sağlamaya çalışan faaliyetler olduğunu ifade eder.⁵ Bu faaliyetler, kaynakları herhangi bir makam veya organa bağlı olmayan üstün yetkilere sahiptir, böylece kamu yararı engellere takılmadan gerçekleştirilebilir. Bu üstün yetki, devletin egemenlik gücünün bir yansımasıdır ve idareyi her zaman bireylere karşı ayrıcalıklı ve baskın bir konumda tutar. Ancak güç sahibinin kötüye kullanma eğilimi göz önüne alındığında, idare hukuk kurallarıyla sınırlanmış ve kanuniliğin sağlanması amaçlanmıştır. Bu husus, Anayasamızın 6/2 maddesiyle “Egemenlik kullanımı, hiçbir şekilde hiçbir kişiye, gruba veya sınıfa devredilemez. Anayasadan kaynaklanmayan bir devlet yetkisi hiçbir kişi veya organ tarafından kullanılamaz” ve 123. maddesiyle de “İdare, yapılanması ve görevleriyle bir bütündür ve kanunlarla düzenlenir” şeklinde ifade edilmiştir.

¹ Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021), 30-40.

² Turan Yıldırım (ed.), *İdare Hukuku*, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2019), 3.

³ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2022), 104.

⁴ Ramazan Yıldırım vd., *Türk İdare Hukuku Dersleri*, (Astana Yayınları, 2020), C. II, 23.

⁵ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 36, Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), C. 1, 68.

İdare, faaliyetlerini kamu hizmeti ve kolluk olarak yürütmektedir. Her iki faaliyeti de icra ederken bireylerle kamu tüzel kişiliği hüviyetiyle karşı karşıya gelmektedir ki bu husus AY md. 123'te "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" gibi şartların mevcudiyetine bağlıdır. Bilineceği üzere hukuk düzeni tüzel kişilere bireylerden bağımsız bir varlık tanımakta ve irade kabiliyeti atfetmektedir. Dolayısıyla idare, iradesini açıklamaya yetkili organ ve ajanları vasıtasıyla hak elde edip ve borç altına girebilecektir. Günümüzde insan hakları anlayışında yaşanan gelişmeler, bireylerin *hikmet-i hükümet* anlayışıyla yönetilen konumundan, kamu hizmetinden yararlanan ve aktif bir şekilde katıldığı interaktif bir yönetim anlayışına doğru bir geçişi ortaya koymaktadır.⁶ İdarenin tamamen özel hukukun kurallarına tabi ve kamusal kimliğinin herhangi bir önem arz etmediği sözleşmeler yapabildiği bilinen bir gerçektir. Ancak idari faaliyetleri yerine getirirken kullandığı üstün yetkiler idareyi birey karşısında güçlü bir konuma yerleştirerek bireylerin muhafaza ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İdare hukukunun "*hukuk devletin hukuku*" olarak nitelendirilmesi de bireyi idareye karşı koruyan ve idari faaliyetlerin yargısal denetiminin sağlandığı bir sisteme ihtiyacın neticesidir.⁷

Hukuk aleminde sahip olduğu kişilikle faaliyet gösteren idare, kamu hizmetlerini yerine getirirken yahut kolluğa dair görevlerini icra ederken sahip olduğu üstün yetkilerin tabii neticesi olarak bireyler üzerinde zarar oluşturan işlem veya eylemler yapabilmektedir. Sahip olunan bir yetkinin o nispette sorumluluğu da peşinde getireceği izahatın varestedir. Sorumluluk da zaten kişinin davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın neticelerini üstlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ Yetki sahibi, yetkisi dahilindeki bir işi gereği gibi yerine getiremez ve bu durumdan bir zarar doğarsa, meydana gelen zarar kendisine yüklenecek ve söz konusu zarardan kaynaklanan hak kayıplarının giderilmesi gerekecektir.

Özel hukuktaki sorumluluk esaslarına göre yeni sayılabilecek bir mahiyete sahip idarenin sorumluluğu hakkında ilk defa Fransa'da verilen, Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli "Blanco" kararıyla Conceil d'État'nın 1895 tarihli "Cames" kararı bulunmaktadır. Blanco kararıyla kusura dayalı, Cames kararıyla da kusursuz sorumluluk esası dile getirilmiştir.⁹ Ülkemiz açısından ise idarenin sorumluluğuna dair ilk gelişmeler Şurây-ı Devlet'in faaliyete başladığı 1927 yılından sonra yaşanmış, tam olarak kusura dayalı sorumluluğa dair 1947, kusursuz sorumluluğa dair ise 1952 tarihli kararlarıyla meseleyle alakalı tespitler yapılmıştır.

⁶ Akylmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 30.

⁷ Akylmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 36.

⁸ TDK, Türk Dil Kurumu, "Genel Türkçe Sözlük", (Erişim 09.12.2017).

⁹ Paul Duez, *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti*, çev. İbrahim Senil, (Ankara, 1950), 69.

maya başlanmıştır.¹⁰ İdare hukukunun içtihadî özelliği gereği kusura dayalı ve kusursuz sorumluluk ayrımı yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştır.¹¹ Kusur sorumluluğunun hukuki temeline bakıldığında hukuk devleti ilkesi göze çarpmaktadır.¹² Zira bir hukuk devletinde kamu gücü kullanan makamların kusurlu olarak bireylere verdikleri zararların karşılanması gerekmektedir. Bu husus “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklindeki AY md. 125 ve “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” şeklindeki İYUK md. 2/1-b ile pozitif bir temele sahiptir. Zira bir hukuk devletinden, zarar doğuran fiilleri neticesinde, bu zararların giderilmesini görev bilmesinin yanı sıra, zarar doğuran faaliyetlerden kaçınmayı ve bunları önlemeyi de hedeflemesi beklenmektedir. İşte tüm bu mülahazalarla, yargısal içtihatlarla gelişim gösteren idarenin sorumluluğu esas, kusura dayalı ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusur sorumluluğu denilince anlaşılması gereken kavram da hizmet kusuru olmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu, risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklinde iki başlıkta incelenmektedir. Çalışmamız kusur sorumluluğu etrafında şekilleneceği için kusursuz sorumluluğa dair bu kadar açıklamayla yetiniyoruz.

B. HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

İdarenin, faaliyetlerini yerine getirirken kusurlu eylem veya işlemleri sebebiyle bireylere verdiği zararlar, hizmet kusuru adı altında mali sorumluluğunu doğurmakta ve bu zararların tazmini gündeme gelmektedir.¹³ Hizmet kusuru adı altında mali sorumluluk, ortada tutum ve davranış ifade eden bir fiil, bu fiil neticesinde birey üzerinde oluşmuş zarar ve fiil ile oluşan zarar arasında kurulacak illiyet bağının mevcudiyetine bağlıdır.¹⁴ En eski tanımlardan birini veren

¹⁰ Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007), s. 83 vd. Danıştay, bu tarihten önce vermiş olduğu kararlarda “*idarenin kusuru, hizmet hatası*” gibi tabirler kullansa da 1947 tarihli kararında “*...idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti şarttır.*” diyerek kavramı ilk kez telaffuz etmiştir. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu (Danıştay), K. 1947/164, DKM, s. 38-39, s. 41. Kusursuz sorumluluğa dair kararında ise bir uçaksavar mermisi havada patlamamış ve davacının sahibi olduğu fabrikanın üstüne düşmek suretiyle patlayarak maddi zarara sebep olmuştur. Olayla ilgili açılan davada Danıştay, “*... merminin hariçte imal edilmiş olması, idari bir fiilin icrasıyla meydana gelmiş olan zararın tazmin edilmemesi için bir sebep teşkil etmeyip, bilakis bu zararın tafisi hakkaniyet ve adalet esaslarından bulunduğu...*” şeklinde idarenin tehlike ihtiva eden faaliyetleri hakkında gereken tedbiri almaması sebebiyle oluşan zararı kusuru olmasa dahi tazmin etmesi gerektiği yönünde değerlendirmiştir. Danıştay, K. 84/1952, (17.1.1952).

¹¹ Akyılmaz vd., a.y.

¹² Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 601.

¹³ A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku-İdarî Yargılama Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2016), 679; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 369; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1694.

¹⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2090), s. 1275. Danıştay da bir kararında, “*idarelerin tesis ettikleri ve mahkemeler tarafından hukuka aykırılıkları saptanan işlemleri sonucunda,*

SARICA'da hizmet kusuru, “*idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir.*” diye ifadesini bulmaktadır.¹⁵ Her ne kadar tanımda kamu hizmeti üzerinden yapılan bir izah göze çarpsa da burada koluğu da içine alan genel olarak idari faaliyet ve görevlerin anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁶ Yani idarenin vermekle görevli olduğu hizmetin ya kötü işlemesi ya geç olarak işlemesi ya da hiç işlenmemesi söz konusudur.¹⁷

İdare bir tüzel kişilik olması hasebiyle faaliyetlerini organ veya ajanlarıyla yerine getirmektedir. Esasında birey karşısında idareyi temsilen yine idarenin kendisinde somutlaştığı birey bulunmaktadır. Bireylerin de kusurdan azade olmayacağını izaha gerek bulunmamaktadır. İdari yargının ülkemizdeki gelişim sürecine bakıldığında, idareyi temsilen hizmet yürüten bireylerin (idare ajanlarının) fiillerinden tüzel kişiliğin sorumlu olması fikrinin 19. Yüzyılın ikinci yarısındaki idari yargı anlayışında yer almadığı görülecektir. Bu anlayış, memurun hükümdarı “icra ve infaza vekil ve naip” sıfatıyla temsil etmesi sebebiyle, devletin hükümdarın şahsında erimesine yorulmaktadır. Dolayısıyla bugünkü kavrayışta yer alan devlete isnadiyet kabul edilmemiş, görev esnasında zarar vermeye iznli sayılmayan memurun şahsen sorumlu tutulması esasının benimsendiği ifade edilmiştir.¹⁸ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere müstakil ve idare hukukuna özgü bir hizmet kusuru anlayışı 1927 tarihinde Şuray-ı Devlet'in işlerlik kazanmasından sonra başlamıştır.

oluşan zarardan sorumlu olacakları idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Ancak, her hukuka aykırı işlemin iptali, mutlaka idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirmez. İdarenin tazmin sorumluluğu için, bir zararın doğması ve zararın, idarenin işlem ya da eyleminden kaynaklanması gerekmektedir.” diyerek bu noktaya temas etmiştir. Daniştay, K. 2007/4631, (10.10.2007).

¹⁵ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İÜHFİM*, C. 15, S. 4, İstanbul, (1949), 856.

¹⁶ Günay, *İdare Hukuku*, 369.

¹⁷ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, 858; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, 679; Günay, *İdare Hukuku*, 320. Daniştay da bu tanım paralelinde bir kararında, “*Hizmet kusuru, idari hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya bu faaliyet beklenen hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Kişilerin can ve mal güvenliğini korumakla görevli olan İdare, üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmek, hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurmak ve yine doğması olası bazı olayların önlenmesi ve anında bertaraf edilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır.*” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. Daniştay, K. 1996/1913 (10.4.1996).

¹⁸ Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 1989), 120.

Yargısal içtihatların itici gücüyle şekillenen hizmet kusuru kavramı yine bu kararlarla temas edilen noktalar esas alınarak doktrin tarafından sistematize edilmiştir. Eserlerde ifade edilen hususlar ile hizmet kusurunun özel hukukta yer alan kusurdan farkları sebebiyle kişi temelinden tüzel kişilik temeline hamledilmesi anlayışı ifade edilmiştir.¹⁹ Hizmet kusurunun bu denli spesifik mahiyete sahip olması, bünyesinde barındırdığı birtakım özelliklerden ileri gelmektedir.²⁰ Hizmet kusuru, zarara sebebiyet veren ajanın fiilinden bağımsız olarak varlık gösterir. Objektif ve anonimdir. Tespiti subjektif değerlendirmelerle değil önceden belirlenmiş standartlar üzerinden yapılır ve meydana gelen zararın kime ait olduğu bilinemeyeceği için idareye atfedilmesi gerekmektedir. Asli ve doğrudan doğrudandır ki bu husus idarenin *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararlarını tazmin etmesi esasında kendini göstermektedir (AY md. 125). Ayrıca hizmet kusuru, esnek ve genel bir mahiyet arz etmektedir. Olayın şartlarına göre yorumlanmakta ve ilk olarak müracaat edilecek sorumluluk türü olmaktadır.²¹

Son olarak, hizmet kusurunun varlığının her durumda idarenin sorumluluğuna yol açması da kabul görmemekte ve birtakım şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Şöyle ki hizmet kusuru, kamu görevlilerinin yürütülen hizmetle bütünleşmiş, kişiye atfı kabil olmayan kusurlarını ifade eder şeklinde izah edilmiştir.²² O halde idare adına hizmet yürüten gerçek kişilerin fiillerinin tüzel kişiliğe isnadı, fiilin yürütülen hizmetle alakalı olması, ondan ayrılamaz bir mahiyet arz etmesine bağlıdır. Daha sonra ortada bireyin menfaatinin zedelendiği bir zarar ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.²³ Her halükarda kusurun mevcudiyeti idarenin sorumluluğunu doğurmamakta, yine içtihatlar vasıtasıyla kusurun ağır veya basit olarak derecelendirilmesi söz konusu olmaktadır.²⁴ Zira her faaliyetin mahiyeti değişiklik arz etmekte, kimisinin yürütülmesinde zorluk bulunması sebebiyle kusurun daha ağır dereceden takdir edilerek sorumluluğa hükmedilmesi söz konusudur.²⁵ Bu da zikredildiği üzere hizmet kusurunun esneklik özelliğinden ileri gelmektedir.

¹⁹ Bkz. Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", 859 vd. SARICA bu hususu ifade sadedinde, hizmet kusurunu kişisel kusurun zıttı olarak görmekte ve şöyle bir izahta bulunmaktadır: "*Hizmet kusuru, -hizmetin idarenin kusuru olmak hasebiyle - idare hukuku çerçevesine giren bir mefhum olup; hususi hukuk esaslarına göre değil, idare hukuku zaviyesinden, hususiyetle idari kaza içtihatlarına nazaran mütalaası gerekir. Başka bir söyleyişle hizmet kusuru Borçlar Kanunu'ndaki "haksız fiil" den bambaşka bir şey olup; idare hukukuna has, nev'i şahsına münhasır, muhtar, müstakil, orijinal bir mefhumdur.*"

²⁰ Detaylı izah için bkz. Yasin Yerebasmaz, *Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012), 12 vd.

²¹ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 164; Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", 859.

²² René Chapus, *Droit Administratif Général*, 14. Bs, C. 1, Paris 2000, 1359'dan nak. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 612.

²³ Muhammed Ali Aydın, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 28 vd.

²⁴ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010), 364; Günday, *İdare Hukuku*, 374.

²⁵ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, s. 1275'ten nak. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 610.

III. BİREYSEL BAŞVURU HAKKI²⁶

Önceki bölümde kamu kudretine sahip idarenin işlem ve eylemleriyle bireyler üzerinde zarar verici neticelere sebep olabileceğinden bahsedilmişti. Nitekim hukuk devletini düstur edinmiş bir ülkede bireylerin idare karşısında korunması maksadıyla idari yargı mekanizmaları kurularak yaşanabilecek hak ihlallerinin önüne geçilmesi istihdaf edilmektedir. Bununla birlikte, insanların sırf “insan” olmaları sebebiyle sahip oldukları temel hak ve özgürlüklere özel bir önem atfedilerek anayasal bir koruma sağlanmaktadır. Günümüz insan hakları anlayışında gelinen son noktada, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kamu gücü karakterli ihlallerin anayasa yargısıyla denetlenerek giderilmesi esas alınmıştır.²⁷

Türkiye bu anlamda, önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yolunu uygulamaya koymuş, ardından 1960’lı yıllardan beri tartışılabilen AYM’ye bireysel başvuru hakkını 12.09.2010 referandumuyla kabul edilen 16.04.2011 tarihli ve 6771 Sayılı Kanun’la Anayasa’nın 148. maddesine derç etmiştir. Buna göre AYM, soyut ve somut norm denetimi ve Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılama görevlerine ilaveten bireysel başvuru taleplerini karara bağlayacaktır.²⁸

A. HAKKIN AMAÇ VE İŞLEVİ

Bireysel başvuru hakkını düzenleyen AY md. 148’deki çerçeve hükmü izah sadedinde çıkarılan 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un 45. maddesine göre “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*”

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin denetim vasıtalarına bakıldığında, AYM’nin söz konusu hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemeler üzerindeki soyut ve somut norm denetiminin yanında cezai, idari ve hukuki anlamda uğranılan ihlallerin ilk derece, istinaf ve temyiz gibi yargı yolları vasıtasıyla halli sağlanabilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla korunması, diğer tüm çözümlerin etkisiz olduğu veya kullanılmadığı durumlarda başvurulabilecek bir “son çare” olarak kabul edilmekte ve temel

²⁶ Türkiye Anayasasında yer alan “Bireysel başvuru” ifadesinin isabetsiz olduğuna, “Anayasa Şikâyeti” ifadesinin kullanılması gerektiğine dair bkz. Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 4.

²⁷ Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 5.

²⁸ Hüseyin Ekinci-Musa Sağlam, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014), 1-2.

hak ve özgürlüklerin hukuk devletindeki önemine dayanan bir telafi aracı olarak görülmektedir.²⁹ Dolayısıyla bireysel başvuru, bir başka tabirle Anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü kullanan makamların işlemleriyle ihlal edilen bireylerin başvurdukları “*olağanüstü bir kanun yolu*” olarak tanımlanabilir.³⁰ Bireysel başvuru bu görüntüsüyle bir dava olup, dava konusu kamu gücüne dayalı olarak yapılan işlem ve eylemlerdir.³¹ Ancak bu tanımlamadan mevcut sistem içerisinde yer alan istinaf ve temyiz incelemesinin üstünde bir “*süper temyiz*” sisteminin anlaşılması gerekmektedir.³² 6216 S. Kanun’un 45/2. maddesinde ifade edildiği üzere, iç hukukun öngördüğü tüm idari ve adli başvuru yollarının tüketilmesinden sonra başlayan bir inceleme süreci söz konusudur. Ayrıca kişi ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının kişisel, güncel ve doğrudanlığını ispat etmek durumundadır. Neticede AYM, md. 50 çerçevesinde, yaptığı incelemeyle başvuruya konu hakkın ihlal edilip edilmediği, edildiyse ihlalin sonuçlarının kaldırılması için yapılacaklara hükmetmektedir.

Hakkın amaç ve kapsamına bakıldığında objektif ve subjektif olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği, doktrinin birinci, mahkeme kararlarının ikinci amaca meyilli olduğu görülmektedir.³³ Bireysel başvurunun nihai bir iç hukuk çaresi olması ve temel hakların korunması için en yüksek yargı merciince çaba gösterilmesi onun subjektif hakları koruma fonksiyonunun bir uzantısıdır.³⁴ AYM’nin temel hak ihlalleriyle ilgili verdiği kararlar, temel haklar hukukunun tüm ülke genelinde daha kesin, belirgin, parçalanmamış ve muğlak olmayan bir şekilde nesnelleşmesine, birleşmesine ve devletin tüm organları tarafından daha tutarlı ve önceden tahmin edilebilir bir şekilde uygulanmasına önemli katkılar sağlayabilir. Bu işlev aynı zamanda hukuk devletinin objektif koruma işlevi olarak adlandırılmaktadır. Çeşitli yasal ve yargısal düzenlemeler, duruma göre birinci veya ikinci işleve farklı ağırlık verebilirler.³⁵ Ülkemiz açısından belki de en önde gelen amaçlardan olarak, kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, AİHM önüne

²⁹ Bahadır Kılıç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 25, Y. 2008, 26.

³⁰ Kılıç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, 23.

³¹ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Y. 2011, S. 4, 131.

³² Rudolf Mellinshof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*, C. 25, Y. 2008, 39.

³³ Kılıç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, s. 26, dn. 13; Şirin, *Anayasa Şikâyeti*, 68.

³⁴ Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, 2011, 20.

³⁵ Zafer Gören, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, 321-325.

giden dosyalara bir filtre görevi görmesi ve yüklenilen ağır tazminatların önüne geçebilmek de bu kapsamda zikredilebilir.³⁶ Zira istatistiki göstergelere bakıldığında AİHM tarafından verilen ihlal kararları sıralamasında Türkiye ilk sıralarda yer almaktadır.³⁷ Bireysel başvuru yolunun oluşan bu olumsuz sicilini düzeltilmesi için kullanılması anlaşılabilir.³⁸

B. HAKKIN İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KAPSAMI

Bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi hakların kapsamına bakıldığında gerek AİHM gerekse AYM'ye yapılan başvurularda incelemeye esas olarak AİHS'te düzenlenen haklar çerçevesinde karar verilmesi söz konusudur. Nitekim AY md. 90'a 2004 yılında yapılan 5. fıkra ilavesiyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere kanun kuvveti verilerek, bu tür sözleşmeler iç hukumuza dahil edilmiştir.³⁹ AY md. 148 düzenlemesinde de bireysel başvuru yapılabilecek hak kapsamının Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlükler değil de AİHS bünyesinde düzenlenen hak ve özgürlüklerle oluşturduğu kesişim kümesine tahsis edilmesi bu anlayışın tezahürüdür.

Öncelikle belirtilmelidir ki AİHM önüne gelen başvuruları incelerken hukuki nitelendirmeyi başvuru tabi olduğu devletin iç hukuk kurallarına bağlı olmadan yapmaktadır. İster medeni isterse cezai veya idari bir hak ihlali olsun tamamen otonom (özerk) bir yorumla sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler temelinde nitelendirerek karar vermektedir.⁴⁰ Mahkemenin idari uyuşmazlıklara ilişkin tutumuna bakıldığında, vermiş olduğu kararlarından hareketle şu tespit yapılmaktadır: Eğer a) Şikâyet konusu olan eylem veya işlem sadece kamu hukukunu ilgilendiriyor ve idarenin egemenlik yetkisinin kullanılması sonucu ortaya

³⁶ Gereke için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Yeni Anayasa Gereke". (Erişim 10.12.2017).

³⁷ Önceki yıllarda Rusya'nın ardından ikinci sırada olan Türkiye, AİHM'in yayınladığı 2022 yılı ihlal tablosunda Ukrayna'dan sonra ikinci sırada yer almaktadır. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "İhlaller". (Erişim: 27.02.2023). Rusya, Avrupa Konseyi'nin aldığı kararla, Ukrayna'ya karşı yürüttüğü ve uluslararası hukuku hiçe sayan savaş sebebiyle AİHM'den çıkarılmıştır. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Sayfalar". (Erişim: 27.02.2023).

³⁸ AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Raporlar", (Erişim: 11.12.2017).

³⁹ Danıştay da 1989 tarihli bir İBK'sinde AİHS'in iç hukukun bir parçası olduğunu, Anayasaya aykırı olsa bile yasaların önce ya da sonra olduklarına bakılmadan uygulanacağını, yasanın sözleşmeyi değiştiremeyeceğini, çünkü yasalar üstü olduğunu belirtmiştir. Oğuz Sancakdar, "AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 38, S. 1, Mart 2005, 100.

⁴⁰ Jale Kalay, *AİHM Kararları İşığı Altında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007), 196 vd; Sancakdar, "AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler", 90. Sancakdar otonom yargı yetkisini tanımlarken, "Otonom yorum ile AİHM'in sözleşmede yer verilen terim ve kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini hiçbir taraf devletinin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemesi ve anlamı özerk olarak belirlemesi anlaşılır." demektedir. Otonom yoruma ilişkin atf yapılan karar için bkz. Schenk/İsviçre, B.No. 10862/84, (12.07.1988).

çıkan bir zarara yol açıyor b) Bireylerin özel hakları veya menfaatleri bu eylem ve işlemlerden etkilenmiyor c) Cezai bir boyuta ulaşmıyorsa sözleşme organları bu tür idari anlaşmazlıkları ele almamaktadır.⁴¹ AYM için kural olarak böyle bir durum söz konusu olmamakla beraber, yerindelik denetimi şeklinde, genel mahkemenin verdiği karara ilişkin temyize benzer bir inceleme değil hak ihlaline yönelik bir inceleme söz konusu olmaktadır (6216 S. K. md. 50). Ancak tabiidir ki AİHM yaklaşımının yanı sıra iç hukukun nitelemeleri çerçevesinde bir değerlendirmeden bahsedilmektedir.

Bireysel başvuru hakkının kapsamı 6216 Sayılı Kanun md. 45/1’de “*Anayasa güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin ...*” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz üzere Anayasa’da yer alan tüm hak ve özgürlükler değil, AİHS ve taraf olunan protokollerde düzenlenenler başvuruya tabidir.⁴² Maddenin 3. fıkrası ise hakkında başvuru yapılamayacak durumları göstermektedir. Şöyle ki, “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*” denilerek dört sınıf kamu gücüne dayalı eylem ve işlem kapsam dışında bırakılmıştır. İdari uyumsuzluklar açısından bu sınıflardan belki de en çok su götüreni *düzenleyici idari işlemler* olmaktadır. Bu tür işlemlerin bireysel başvuruya açık olmamasının, ihlale doğrudan sebebiyet vermemesinden ileri geldiği ifade edilmektedir. Zira düzenleyici işlemlerin uygulama işlemine dönüşmediği takdirde kişi haklarını doğrudan ihlal etmesinin düşünülmemeyeceği savunulmaktadır. Ancak bu kabule karşı

⁴¹ Durmuş Tezcan, “Adil (Dürüst) Yargılama Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”, *Yıldızhan YAYLA’ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Yay. No: 4, (İstanbul 2004), 469-470.

⁴² Söz konusu hak ve özgürlükler tek tek sayılacak olunursa: yaşam hakkı (AİHS madde 2), işkence yasağı (AİHS madde 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS madde 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS madde 5), adil yargılanma hakkı (AİHS madde 6, fıkra 1), masumiyet karanesi (AİHS madde 6, fıkra 2), sanık hakları (AİHS madde 6, fıkra 3), suç ve cezaların kanuniliği (AİHS madde 7); özel ve aile hayatına saygı (AİHS madde 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS madde 9), ifade özgürlüğü (AİHS madde 10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (AİHS madde 11), etkili başvuru hakkı (AİHS madde 13), ve ayrımcılık yasağı (AİHS madde 14) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kapsamında da korunan temel hak ve özgürlüklerdir. Ayrıca taraf olunan protokollerle korunan: mülkiyetin korunması (Ek Protokol Madde 1), eğitim hakkı (Ek Protokol Madde 2), serbest seçim hakkı (Ek Protokol Madde 3), ölüm cezasının kaldırılması (6 Numaralı Protokol, madde 1), ölüm cezasının kaldırılmasının sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak askıya alınması yasağı (6 Numaralı Protokol, madde 3), ölüm cezasının (savaş hali vb. dahil) her durumda kaldırılması (13 Numaralı Protokol, Madde 1) ve ölüm cezasının her durumda kaldırılmasının askıya alınması yasağı (13 Numaralı Protokol, Madde 2), Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerden olacaktır. Detaylı açıklama için bkz. Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, 130 vd.

çıkılarak bireysel işlemlerin dayanağı olan yasama işlemlerinin başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmemesinin hakkın etkili şekilde kullanılmasına engel olacağı ileri sürülmüştür.⁴³ Kamu gücünü yoğun olarak barındıran düzenleyici işlemlerinin menfaati ihlal etmeden iptali mümkün olmadığı için bireysel başvuruya tabi tutmak, zarar meydana gelmeden önlemeyi sağlayabilecekken bunun önüne geçilmesi, kanaatimizce de isabetli olmamıştır.

III. İNCELENEN HAKLAR BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

A. YAŞAM HAKKI

Yaşam hakkı, insanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu ve doğumuyla beraber kazandığı, devredilmez ve vazgeçilmez bir hak olarak devlet tarafından diğer haklara nispetle öncelikli olarak korunması gerekli bir mahiyet arz etmektedir. AİHS 2. maddesinde yaşam hakkını, “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.” şeklinde düzenlemiştir. Anayasamızda ise yaşam hakkı, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı 2. bölümünde “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” İdarenin hizmet kusuruna dair bireysel başvuru kararları incelendiğinde kararların ekseriyetle AY md. 17 çerçevesinde kümelendiği dikkati çekmektedir. Zira tüm kararlarda atıf yapılan *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* başvurusunda, devletin yaşam hakkının korunmasına yönelik yükümlülüklerine dikkat çekilmiştir: “Devletin, negatif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra pozitif bir yükümlülük olarak yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaktanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.”⁴⁴

Kararlar incelendiğinde, yaşam hakkının ihlalinin mutlaka idarenin kusurlu işlem veya eylemi sebebiyle mağdur bireyin hayat kaybı yanı sıra, vücut bütünlüğünde meydana gelen eksiklikler de hakkın kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁵

⁴³ Tacettin Şimşek, “İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKAYETİ / ANLAMI, KAPSAMI VE OLASI SORUNLAR), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 201 TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını: 13, (Ankara 2011), 135; Benzer değerlendirmeler için bkz. Ebru Gündüz-Alkım Aktaş, “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, S. 3, 69; Hacı Sarıgül, “BİREYSEL BAŞVURUYA KONU YAPILAMAYACAK İŞLEM VE KARARLAR”, Adalet Dergisi, Y. 2013, S. 45, 78.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2012/752, (17.09.2013).

⁴⁵ AYM, K. 2014/11855, (13.9.2017); AYM, K. 2013/2084, (15.10.2015); AYM, K. 2013/4194, (14.10.2015).

Hatta bir olayda, İzmir'in Göztepe semtinde yaşayan gayrimüslim bir vatandaş, evinin yakınındaki camiden her gün sabah vakti ezan okunmasından duyduğu manevi zararın tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açmış, talebin reddedilmesi üzerine AY md. 2., 5., 10., 12., 13., 24., 56. ve 136. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. AYM ise söz konusu talebin yaşam hakkını ihtiva eden 17. madde dahilinde, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı çerçevesinde değerlendirileceğini ifade etmiştir.⁴⁶ AYM, hak ihlallerini incelerken izlediği çözüm yolunda ihlali iddia edilen hakkın korunmasına yönelik maddi ve usulî boyut bulunduğunu ifade ederek, her iki boyut hakkında ayrı ayrı değerlendirmeler yaparak ihlalleri tespit etmeye çalışmaktadır. Mahkemenin bu husustaki temel yaklaşımı, her kararında atıf yapmakla yerleşik hale getirdiği *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* başvurusunda görülmektedir. Devletin yaşama hakkının korunması hakkında üzerine düşen yükümlülüğün maddi boyutuyla ilgili söz konusu kararda AYM, "*Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.*" ifadelerini kullanmaktadır. Hakkın korunmasına yönelik usul boyutuyla ilgili ise, "*Devletin yaşama hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin usule ilişkin yönü de bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir. Bu soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve kamu görevlilerinin müdahalesiyle veya onların sorumlulukları altında meydana gelen ya da diğer bireylerin fiilleriyle gerçekleşen ölümler nedeniyle ilgililerin hesap vermelerini sağlamaktır.*" diyerek devletin yaşam hakkına yönelik ihlal durumları hakkında kurması gereken teşkilatın ve izlemesi gereken yolun mahiyetini açıklamaktadır. Kararın devamında AİHM'in yaklaşımına istinaden yaşam hakkını ihlal eden olayların etkililiği konusunda kurulacak sistemin her zaman cezai anlamda tedbirleri öngören mahiyette olmasının şart olmadığını, eğer kas-

⁴⁶ AYM, K. 2014/3977, (30.6.2016). Söz konusu kararda AYM, "*Yukarıda yer verilen tespitler ışığında kamusal makamların olaya gereken özenle yaklaşmadıkları ve olayda söz konusu olan kamusal ve bireysel menfaatleri gerektiği şekilde değerlendirmedikleri, başvuruçunun maddi ve manevi varlığını koruma hakkının korunması bağlamında kamusal makamların negatif ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri sonucuna varılması mümkün değildir.*" diyerek 17. madde çerçevesinde çözüme gitmiştir.

ten veya kötü muamele sonucu meydana gelen bir ihlal yoksa bunun hukuk veya idare mahkemelerinde tazminat şeklinde de izale edilebileceğini beyan etmektedir.

AY md. 17 kapsamında yapılan başvuruların idarenin hizmet kusuru kapsamında başlıca şu konular üzerinde toplandığı müşahede edilmiştir: a) Terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler ve tatbik edilen muamelelerden doğan olaylar b) Ceza ve tutukevlerinde maruz kalınan muameleler sebebiyle yaşanan olaylar c) Gerek devlet gerekse özel sağlık kuruluşları eliyle verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan olaylar d) Askerlik hizmeti sırasında veya sonrasında meydana gelen olaylar e) Kolluk kuvvetlerinin olumlu veya olumsuz eylemleriyle sebebiyet verdiği olaylar. AYM, yaptığı inceleme ve değerlendirmelerde yaşanan olaylarda, hakkının ihlal edildiğini iddia eden bireyin zararı doğuran olaydaki mütefarik kusurunu ve yapması gerekip de yapmadığı müracaatlara yer vermektedir. Daha sonra devletin gerek olaydan önce önleyici tedbir ve yasal düzenlemeler gerekse olaydan sonra mağdurun hakkının telafisine yönelik etkili bir gayret göstermesini aramaktadır. Kamuoyunu uzun müddet meşgul eden Agos gazetesi genel yayın yönetmeni Hrant Dink'in öldürülmesine yönelik dava bu konuda dikkat çekici bir örnektir. Söz konusu davada başvurucular Türkiye'de yapılan yargılamalardan sonra AİHM'e başvurmuş ve yaşam hakkının maddi ve usuli boyutu itibarıyla tazminat hakkı kazanmışlardır. Ancak AİHM kararının uygulanması sürecinde soruşturmadan beklenen etkililiğin görülmemesi üzerine AYM'ye bireysel başvuru talebinde bulunmuşlardır. Taleplerinde, "*Birinci derece yakınları olan kişinin öldürülmesi olayı üzerine başlatılan soruşturmanın özellikle kamu görevlileri yönünden etkili bir şekilde yürütülmediği soruşturma dosyasının kendilerine karşı gizli tutularak evrak verilmediği konu ile ilgili olarak AİHM tarafından verilen kararın gereklerinin iç hukukta yerine getirilmediği nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiği*" iddiasında bulunmuşlar, AY md. 17 ve 36 yönlerinden ihlalin bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. AY md. 36 anlamında adil yargılanma haklarının ihlal edildikleri iddiası AYM tarafından konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulunmuştur. Zira AİHM'e göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, Şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır.⁴⁷ Ancak md. 17 çerçevesinde devletin yaşam hakkının korunmasına yönelik yükümlülüklerinin usuli boyutu yönünden idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu veçhile ihlal kararı verilmiştir. Kararın ilgili kısmında şu ifadeler bulunmaktadır: "*Buna göre gerek kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuatın uygulanmasında gerekli özenin gösterilmemesi ve kamu görevlilerinin soruşturulması hususunda izlenen yöntemlerdeki hatalar gerekse de adli birimlerin*

⁴⁷ Perez/Fransa, B. No: 47287/99, (02.02.2004).

yeterince hızlı ve özenli davranmamaları sebepleri ile; ... Açıklanan nedenlerle, Hrant Dink cinayetinde sorumlulukları ve ihmalleri olduğu iddia edilen Trabzon jandarma ve emniyet personeli ile İstanbul emniyet görevlileri ve mülki amirleri hakkında özellikle AİHM kararı üzerine yeniden açılan soruşturmanın bir bütün olarak etkili olmadığına ve Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü Devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olan usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”⁴⁸

Yaşam hakkının ihlaline yönelik kararlar kapsamında “Yeşil” kod adlı Mahmut Yıldırım'ın adının geçtiği olay da ilgi çekicidir. 1992 yılında şahsın kızları, terörist faaliyetlere iltisak ettiği için güvenlik güçleri ve kontrgerilla mensupları tarafından kaçırılıp, işkenceye tabi tutularak öldürüldüğü iddiasıyla 17. md kapsamında bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM ise yaptığı inceleme ve değerlendirmede yaşanan olayın sorumlularının uzunca bir müddetten beridir yakalanamaması ve bu konuda gerekli olan çalışmanın etkililikten uzak olması sebebiyle yine 17. maddenin usulü boyutu hakkında ihlale hükmetmiştir. Kararda, “Dolayısıyla soruşturma kapsamında ölüm olayının nedenini ortaya çıkarmak için gerekli adımların zamanında ve yeterli bir şekilde atıldığı söylenemeyeceği, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması konusunda ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından gerekli sürat ve özenin gösterilmediği ve bu şekilde soruşturmanın çok uzun bir süre sonuca götürecek hiçbir işlem yürütülmesinin sürüncemede bırakılarak Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yeterlilik ve süratte bir inceleme içermediği sonucuna varılmıştır.” denilerek soruşturmanın kamu yararına ilişkin boyutuna da temas edilmiştir.⁴⁹ Benzer şekilde Ulucanlar Cezaevinde “Hayata Dönüş Operasyonu” adıyla beş mahkumun ölümüyle sonuçlanan olayda yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ancak maddi boyutunu incelerken AYM, hakkın AY md. 13 anlamında yapılacak sınırlamalar dahilinde ihlal edilmediği içtihadında bulunmuştur. Zira cezaevinde yaşanan isyan olayında olayı bastırmak amacıyla güç kullanımı, kanun çerçevesinde öngörülen usule uygun olarak derece derece artırılarak tatbik edilmiş, meydana gelen ölümler ise bu suretle hukuka uygun addedilerek idarenin hizmet kusuru bulunmadığına hükmedilmiştir.⁵⁰ Yine cezaevinde gerçekleşen asi olaylarına ilişkin başvurularda, AYM idareden makul bir seviyede beklenebilecek hassasiyeti aşan durumlarda ihlale hükmetmemekte ve şu ölçütü geliştirmektedir: “Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin ter-

⁴⁸ Aynı yönde bkz. AYM, K. 2019/25727, (28.07.2022); AYM, K. 2015/1645, (15.12.2021).

⁴⁹ AYM, K. 2013/7832, (21.4.2016).

⁵⁰ AYM, K. 2013/8475, (21.5.2015).

*cihi dikkate alınarak pozitif yükümlülük yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesince yapılacak incelemede basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun cezaevi yetkililerine atfedilebilir atfedilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir.*⁵¹ Benzer şekilde askerlik hizmeti esnasında yaşanan ve ölümle sonuçlanan intihar vb. olaylarda da AYM aynı mantık silsilesini takip etmiştir.⁵² Sağlık hizmetlerine yönelik hizmet kusuru ihtiva eden olaylarda genel itibarla zarara yol açan fiillere müdahil olan personel hakkında soruşturma izni verilmemesinden dolayı ihlal talepleri göze çarpmaktadır. AYM de incelemelerinde, devletin yaşam ve diğer haklar yönünden yukarıda ifade edilen yükümlülüklerle uygun olarak yürüttüğü adli yahut idari bir soruşturmanın mevcudiyetini aramaktadır.⁵³

Son olarak, yaşam hakkına yönelik idarenin hizmet kusuru oluşturan işlem veya eylemleri bu durumların dışında, mobbing,⁵⁴ işkence veya kötü muamele içeren olaylar⁵⁵, tehlike arz eden hizmetlere yönelik alınması gereken tedbirler-

⁵¹ AYM, K. 2014/18274 (21.9.2017); AYM, K. 2013/3782 (21.4.2016).

⁵² AYM, K. 2013/19, (7.3.2014). Kararda AYM, "... Benzer bir şekilde, teşhise imkân vermeyen ve psikolojik tedaviye gerektirecek düzeyde ortaya çıkmayan psikolojik sorunların kişilerin intihar eylemine girişebileceği konusunda idarece fark edilmesi gerektiği söylenemeyecek olup bunun da ötesinde ilgili kişinin şahsi ve ailevi geçmişinden bu konuda bir eğilimi olabileceği şüphesinin bulunması veya ilgili kişinin söz ve davranışlarından bu konuda bir eylemi olabileceğinin somut ve açık bir şekilde görülebilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki bir değerlendirme, insan davranışlarının öngörülemezliği nedeniyle yetkililer üzerinde aşırı bir yük oluşturacaktır." diyerek aynı noktaya temas etmiştir.

⁵³ AYM, K. 2013/829, (11.12.2014); AYM, K. 2013/7528 (9.9.2015); AYM, K. 2013/2960, (23.3.2016); AYM, K. 2019/14642, (17.06.2021). Bunun dışında sağlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülememesi sonucu doğan zararlarla ilişkin bkz. AYM, K. 2015/10945, (19.07.2018).

⁵⁴ AYM, K. 2014/7998, (19.07.2018). Çalışanların yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşarak onların manevi bütünlüklerini tehdit eden ve psikolojik taciz olarak nitelendirilen eylem, işlem ya da ihmaller konusunda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında devletin üstlenmesi gereken pozitif yükümlülükler hakkında bkz. AYM, K. 2014/6100, (20/6/2019).

⁵⁵ AYM, K. 2014/17591 (19.4.2017). Söz konusu olayda şizofren hastası A. Ç'nin polis marifetiyle hastaneye kaldırılması olayında taşkınlık çıkararak sekiz polisten beşini yaralaması üzerine yaşanan arbede ve kullanılan yöntemlerin ağırlığı neticesinde A. Ç. Hayatını kaybetmiştir. AYM ise olaya ilişkin yaptığı değerlendirmede, işkence yaşağının maddi yönüne ilişkin değil de usule ilişkin yönünde ihlal tespit ederek şu ifadeleri kullanmıştır: "*Buna rağmen soruşturmada, A.Ö'nün bir sağlık kuruluşunda hemşire olarak görev yapıp yapmadığı, A.Ö. ve diğerlerinin, bir engellinin nakledilmesi ve gerektiğinde bu kişiye acil yaşamsal tıbbi müdahalede bulunulması konularında mesleki yeterliliğe ve eğitime sahip olup olmadıkları ve dolayısıyla olayın yetkisiz tıbbi girişim niteliğinde olup olmadığı araştırılmamıştır. Yine soruşturmada, bu kişilerin olay yerine getirdikleri ambulansın hasta nakli ve gerektiğinde bir hastayı hayata döndürmek için gerekli teknik cihaz ve donanımı olup olmadığı da belirlenmemiştir. Olay Yeri İnceleme ekibi tarafından ambulans üzerinde bir inceleme yapılmışsa da bu inceleme söz konusu hususları aydınlatmaya yönelik değil müteveffanın ambulansa verdiği maddi zarara ve olayın diğer yönlerine ilişkindir... Dolayısıyla soruşturmada, olayın tüm yönlerinin aydınlatılması ve buna göre ölümden varsa sorumlulukları bulunanların belirlenmesi için gerekli tüm delillerin toplanmadığı sonucuna varılmıştır.*" Yine eziyet yaşağıyla ilgili bkz. AYM, K. 2017/37237, (17.03.2021). Kararda Gezi Parkı olaylarıyla alakalı

deki eksiklikler⁵⁶ ve çevresel zararlara ilişkin yükümlülüklerin ihlali sebebiyle ortaya çıkabilmektedir.⁵⁷

B. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, adil, doğru, dürüst ve hakkaniyete uygun bir yargılama süreci olarak tanımlanır ve uluslararası belgelerde öncelikle yer almıştır. Ülkemiz de 1990 yılından sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) referans aldığı AİHS'nin 6. maddesiyle bu hakkı ve içeriğini kapsayan diğer ilkeleri kabul etmiştir. Maddenin amacı, adalete ulaşmanın ve korunmanın belirli bir yargısal süreç sonunda sağlanması için genel yargılama usullerine yönelik düzenlemeleri içermektedir: Yargılamanın makul bir sürede, yasalara dayanan bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, açık bir şekilde ve adil bir biçimde gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.⁵⁸ Türkiye'de AİHM'e bireysel başvuru imkanı getirildikten sonra yapılan başvurular neticesinde özellikle md. 6 ihlali kararlarıyla karşılaşılmış, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle hak arama özgürlüğünün düzenlendiği 36. maddeye, kapsamını genişletmek üzere, "... iddia ve savunma ile 'adil yargılanma hakkı'na sahiptir." ibaresi eklenmiştir.⁵⁹

İdarenin hizmet kusuruna ilişkin AYM önüne gelen bireysel başvuru kararlarına bakıldığında adil yargılama hakkının kapsamına dahil edilmek üzere özellikle⁶⁰: Makul sürede yargılanma, mahkemeye erişim, gerekçeli karar, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ve etkili başvuru hakkı dolayısıyla yapılan tazminat taleplerinin söz konusu olduğu müşahede edilmektedir. Sayılan hakların

kolluğun kuvvet kullanma eylemlerinin hukuka aykırılığını değerlendirirken, "*Olayın koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde özellikle başvurucuda yarattığı etki nazara alındığında yaralama eyleminin eziyet olarak nitelendirilmesi mümkündür.*" ifadesini kullanmıştır.

⁵⁶ AYM, K. 2014/11855 (13.9.2017). Kararda, tren hattına kişilerin girişini engellemek için inşa edilen duvarın yıkık olması sebebiyle hattaki elektrik akımına kapılan zihinsel engelli kızın ağır şekilde yaralanması dolayısıyla idarenin hizmet kusuruna yönelik iddia yer almaktadır. AYM de, "*Sonuç olarak somut olayda kamu makamlarının yaşama yönelik öngörebilecekleri gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu, anılan makamların bu tehlikeyi önleyebilmek için makul ölçüler çerçevesinde kendilerinden beklenebilecek herhangi bir tedbiri almadıkları kanaatine varılmıştır.*" diyerek tazminata hükmetmiştir. Yine askeri hizmetlerin kusurlu ifasından kaynaklanan zarar dolayısıyla bkz. AYM, K. 2014/1924, (17.05.2018). Kararda ihlal talebi cezai takibatın gereği gibi icra edilmediğinden hareket etmekle beraber, AYM, tazminat yolunun da olayın şartlarına göre etkili olabileceğine işaret ederek başvurucunun bu yola müracaat etmemesini başvuru yollarını tüketmemesi sebebiyle kabul edilemez olarak değerlendirmiştir.

⁵⁷ AYM, K. 2014/4686, (01.02.2018). Kararda idarenin çevresel zarara yol açan fiiline karşı başvurucunun manevi tazminat talebinin caydırıcılığına işaret edilmiş, talebi reddeden yargı yerinin bu tutumu özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.

⁵⁸ TÜSİAD Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma Hakkı İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, (Ankara: TÜSİAD Yayınları, 2003), No: 2003/12-369, 19.

⁵⁹ TÜSİAD, *Yargı Reformu*, 21.

⁶⁰ AYM, K. 2012/13, (2.7.2013).

içinde adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet veren durumların kahir ekseriyeti ise yargılamaların makul sürede neticelendirilememesine dayanmaktadır. Bu hususu vurguladığı çoğu kararında AYM, “*Hukuk sistemimizde idari yargı alanında yer alan uyuşmazlıklara ilişkin dava sürelerinin makul yargılama süresini aştığı yönündeki tespitlere, AİHM kararlarında yer verilmiş olup, özellikle idari yargı alanındaki yapısal sorunlar ve Danıştay nezdinde temyiz ve karar düzeltme incelemelerinde geçirilen uzun yargılama sürelerinin ihlal kararlarına temel oluşturduğu anlaşılmaktadır.*” diyerek AİHM nezdinde ülkemizin maruz kaldığı tazminat yüklerinde idari yargılamanın yapısal sorunları sebebiyle yargılamaların makul süreyi aşmasının önemli bir rolü olduğunu belirtmektedir.⁶¹

Başvuru konusu bir olayda, geçirdiği kaza sonrası görevli doktorun kişisel kusuruyla parmağının sakatlandığını iddia eden başvurucu doktor aleyhine adli yargıda açtığı tazminat davası husumet yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. Davanın uzun bir süre sonra husumet yönünden reddi nedeniyle idari yargıda dava açılabilmesi mümkün olmamıştır. Yaşanan yargısal süreçte makul süreyi aşacak şekilde bir neticeye varılamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddia edilmektedir. AYM, yargılamanın neticelendirilmesi gerekli makul sürenin hesabı konusunda Güher Ergun ve Diğerleri kararında belirttiği üzere şu kriteri benimsemektedir: “*Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir.*” Buna göre AYM, yaptığı değerlendirmede makul sürede yargılanmaya ilişkin kalıplaştırdığı şu cümleleriyle uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur: “*Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu haksız fiile dayalı tazminat davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucunun, tutum ve davranışları, usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranması neticesinde yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep olduğu da söylenemez.*”⁶²

Bazı kararlarda süre yönünden ret kararları itibarıyla mahkemeye erişim hakkının ihlali tespit edilmiştir. Bir olayda başvurucu, askerlik görevi esnasında geçirdiği rahatsızlık sebebiyle ileri sürdüğü tazminat talebinin süre yönünden reddedilmesinin ihlal teşkil ettiğini bireysel başvuru yoluyla iddia etmiştir. AYM, askerliğe elverişli olmadığına dair raporun kendisine ulaşmaması üzerine dava

⁶¹ AYM, K. 2014/2496, (25.2.2015).

⁶² AYM, K. 2013/474, (9.9.2015). Benzer değerlendirmeler için bkz. AYM, K. 2013/1943 (9.9.2015); AYM, K. 2013/1280, (28.5.2014); AYM, K. 2014/2496, (25.2.2015); AYM, K. 2013/865, (01.06.2016); AYM, K. 2013/3044, (17.12.2015).

süresi geçtiği halde esnek yorum yaparak mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁶³

Adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama haklarına ilişkin bireysel başvuru kararları bulunmaktadır. Bir davada AYM, su-bay sözleşmesinin feshedilmesi işlemine karşı açılan davada kusuru bulunduğu ileri sürülen kuruma bilirkişi incelemesi yaptırılmasının silahların eşitliği ilkesine yönelik orantısız bir müdahale oluşturmasından hareketle adil yargılanma hakkının ihlaline hükmetmiştir.⁶⁴ Bir başka davada ise AYM, AYİM dairelerinin aynı konu hakkında farklı içtihatları hukuki öngörülemezliğe sebep olduğu için adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönünde tespit yapmıştır.⁶⁵

Son olarak etkili başvuru hakkı kapsamında verilen bir ihlal kararında AYM, idare ve ceza mahkemelerinin delil değerlendirmelerine ilişkin ilkeleri ortaya koymuş, hakkında AİHM kararıyla ihlal tespit edildiği halde idare mahkemesinin davayı reddetmesini hak ihlali olarak görmüştür.⁶⁶

C. MÜLKİYET HAKKI

AYM'ye yapılan bireysel başvuruların kayda değer bir ekseriyetini mülkiyet hakkına ilişkin talepler teşkil etmektedir. Mülkiyet hakkıyla ilgili idarenin hizmet kusuruna dair başvurular genel itibarla: Hukuka aykırı olarak vergi tahakkuku, kolluk tedbiri olarak uygulanan el koyma, müsadere veya idari para cezaları yahut tazminat taleplerinin yerine getirilmemesi gibi durumlar için yapılmaktadır.

⁶³ AYM, K. 2013/9094, (4.2.2016). Süre yönünden ihlal kararı verilen bir başka başvuru için bkz. AYM, K. 2013/4686, (4.11.2015). Söz konusu kararda, Adnan Hocacılar diye bilinen yapılanma içinde olduğu gerekçesiyle gözaltına alınarak işkenceye maruz kaldığını iddia eden başvuruçunun tazminat talebine yönelik; mahkemeye erişim hakkı kapsamında sürenin ne zaman başlayacağıyla ilgili AYM, "Görülüşü üzere somut başvuruya konu İlk Derece Mahkemesi kararında, dava açma süresinin hesaplanmasında, işkence fiilinin işlendiği tespit edilen tarih esas alınmış ve Danıştay içtihatlarında istikrarlı olarak vurgulanan "eylemin idariliğinin ve doğurduğu zararın ortaya çıktığı tarih" bakımından davanın süre yönünden kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Bir başka ifadeyle İlk Derece Mahkemesi, başvuruçunun gözaltında maruz kaldığı işkence eyleminin idariliğinin ve doğurduğu zararın ortaya çıkışının, ceza yargılamasını sonuçlandıran nihai kararın kesinleştiği tarihte gerçekleşebileceğini tartışmamış ve davanın esas yönünden incelenmesinin bu bağlamda mümkün olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmamıştır." tespitinde bulunmuştur.

⁶⁴ AYM, K. 2013/7727, (4.2.2016).

⁶⁵ AYM, K. 2014/94, (8.6.2016).

⁶⁶ AYM, K. 2015/12486, (05.11.2020). "AİHM'in ihlal kararıyla İdare Mahkemesinin tam yargı davasının reddi kararlarının gerekçe ve sonuçları arasında açık bir uyumsuzluk bulunduğu kuşkusuzdur. AİHM tarafından -başvuruçunun yasa dışı gösteriye katıldığı kabul edilse dahi- başvuruçunun üzerinde kolluk görevlileri tarafından kullanılan gücün oluşan tehlikeyle orantılı olmadığı ve yaralanmanın kolluk görevlilerinin kusurlu eylemleri nedeniyle meydana geldiği kabul edilmiştir. İdare Mahkemesinin ise AİHM'in ihlal kararını ve bu kararda yapılan tespitleri dikkate almaksızın salt başvuruçunun yasa dışı gösteride yer almasının yaralanma nedeniyle uğradığı zararların tazminine engel bir durum olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır."

Başvurucu, yurt dışından ithal ettiği gıda maddelerinin beyannamelerini tescil ettirmek istemiş, ancak idare, satış faturalarındaki fiyat yerine bir Tebliğ'de belirtilen fiyatı esas alarak tescil işlemlerini gerçekleştireceğini belirtmiştir. Bunun üzerine, idare tarafından belirlenen fiyat üzerinden hesaplanan on altı beyanname ihtirazi kayıt düşülerek tescil edilmiş ve tahakkuk eden gümrük ve katma değer vergileri ödenmiştir. Başvurucu daha sonra, ödediği verginin ödemesi gereken vergiden fazla olduğunu iddia ederek fazla ödenen vergilerin faiziyle iade edilmesini talep etmiştir. Mahkeme, 2008 yılında verdiği kararlarla, davalı idarenin belirlediği satış bedelinin gerçek olup olmadığına dair somut bir tespit olmadığı ve ticari bir değeri bulunmayan proforma fatura ile referans alınan fiyatın esas alınarak vergi tahakkuk ettirilmesinin hukuki olarak mümkün olmadığı gerekçesiyle davayı kısmen kabul etmiş, fazla ödenen vergilerin iadesine karar vermiş ve dava kesinleşmiştir. Başvurucunun talebi üzerine gümrük idaresi söz konusu faizi davacıya ödememeye devam etmiştir. Ödememe gerekçesi olarak gösterdikleri 213 S. VUK 112. maddesinin 4. fıkrası AYM tarafından iptal edilmiş ve *“Vergi, devletin vatandaşlardan kamu gücüne dayalı ve karşılıksız tahsil ettiği bedel olsa da idarece yapılmış olan vergi tahsilâtının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilât, mükellefler için bir ‘alacak’ haline gelmektedir.”* ifadesiyle idarelerin vergi adıyla fazla veya yersiz tahsil ettikleri bedellerin, bu konudaki mahkeme hükmü ile devlet için borç, bireyler için alacağa dönüştüğüne hükmetmiştir. Netice olarak AYM, faiz talebi karşılanmayan şirketin mağdur olduğunu tespit edip, *“mağduriyete hatalı vergi tahakkuk ve tahsil işlemlerinin neden olduğu, uygulamanın alacaklı-borçlu ilişkisinin alacaklı başvuru aleyhine ve gümrük/vergi idaresi lehine bozulmasına yol açtığı, bahsedilen mağduriyetler dikkate alındığında, başvuru üzerine haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvuru hakkı arasında kurulması gereken adil denge bozulduğu sonucuna ulaşılmıştır.”* şeklinde AY md. 35 anlamında mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁷

Başka bir olayda Ordu Valisinin müteveli heyeti başkanı olduğu OR-GE vakfına Turnasuyu ve Melet Dere ağzlarının temizlenmesi ve malzeme çekilmesi için Melet Irmağının 0-11 km arasının tahsisi yapılmış, işin gördürülmesi için ise başvuru sahibi firma ile protokol imzalanmıştır. Daha sonra başvuru sahibinin ruhsatsız faaliyette bulunmasından hareketle protokol hükümlerine uymadığı gerekçesiyle faaliyetleri durdurulmuş, malzemesine el konulmuş ve idari para cezası kesilmiştir. Uyuşmazlığın özü, vakfa yapılan tahsisin ruhsat yerine geçip geçmeyeceğindedir. AYM, yaptığı tespitte bu konuya açıklık getirecek, *“Sonuç olarak yönetiminde kamu idarecilerinin bulunduğu bir kamu vakfı olan Or-Ge’ye başvuru hakkı dahil olmaksızın ihalesiz yapılan tahsis sonrasında*

⁶⁷ AYM, K. 2013/28, (25.2.2015).

başvurucu ile bahsedilen vakıf arasında imzalanan, bedeli ödenen ve İl Valisince onaylanan protokollere dayalı olarak sulh ceza mahkemesinin tespitiyle idarenin bilgisi, rızası, gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilen madencilik faaliyetleri kapsamında çıkarılan malzemeye başvurusunun ruhsatı bulunmadığı gerekçeyle üzerinden sekiz ay geçtikten sonra el konulmasında iyi yönetim ilkesine uygun hareket edilmediği, idarenin eylem ve işlemlerinin tutarlı olmadığı ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile kıyaslandığında başvuru üzerinde aşırı bir yüke sebep olduğu anlaşılmıştır.” diyerek mülkiyet hakkının idarenin hizmet kusuru neticesinde ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁸

Yeni tarihli bir kararda AYM, idarenin hukuki ve fiili imkânsızlık halini gerekçe göstererek yargı kararını uygulamaması neticesinde sebep olduğu hak ihlaline yer verilmiştir. Kararın dikkat çekici bir ifadesi olarak, “... idare, kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve başvurucuya eski hâle getirme ilkesine göre en uygun alternatif çözümü önererek söz konusu karara uyma iradesinde olduğunu ortaya koymalıdır.” denilerek bu konuda idarenin sahip olması gereken tutum vurgulanmıştır.⁶⁹ Kararın karşılığında, “Bu konuda Danıştay’ın farklı içtihatları bulunmakla beraber, genel eğilim, ilâmların icrasına yönelik 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde ilgilinin bu konuda bir tam yargı davası açabileceği ve yargı kararının tam veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının tazminini talep edebileceği şeklindedir.” denilerek başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesi ileri sürülmüştür. Bu tutum, uygulanmayan yargı kararları sebebiyle tazminat talebinde bulunmayı “etkili bir başvuru” şeklinde göstermekle birlikte esasında uygulamama konusunda idareye bir açık kapı bırakmaktadır. Tazminat yoluyla *aba altından sopa gösterircesine* idareyi uygulamaya zorlama düşüncesine dayandığını gözlemlediğimiz bu usulün isabetinden şüphe duymaktayız.

SONUÇ

Hukuk sistemimize bireysel başvuru yolunun ilave edilmesiyle idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan zararlara yönelik önemli bir giderim imkânı sağlanmıştır. AİHM tarafından tespit edildiği üzere, idari yargının yapısal sorunlarından kaynaklanan davaların uzaması, bireylerde haklarını hukuk yoluyla talep etmeleri ve elde etmelerine dair güvenlerinin kırılmasına sebep olmaktadır. İkincil ve olağanüstü karakteriyle bireysel başvuru incelemeleri, hak taleplerini, henüz AİHM’e gitmeden tazmin suretiyle karşılamakta, soruşturma veya yargılamaların etkili yapılması hususunda idarelerin kendilerini baskı altında hissetmelerine vesile olmaktadır.

⁶⁸ AYM, K. 2014/6241, (29.9.2016).

⁶⁹ AYM, K. 2016/11026, (12.12.2019).

Çalışmamız boyunca dikkat çekmeye çalıştığımız üzere, söz konusu üç hak, AYM'ye bireysel başvuru yolu kabul edilmeden evvel AIHM önünde Türkiye'nin olumsuz sicile sahip olmasına sebep olan hak ihlallerinin başını çekmektedirler. AYM, yaşam hakkına yönelik incelemelerinde, bu hakkın korunması hususunda devletin yükümlülüklerine işaret etmiş, hakkın maddi ve usuli boyutları yönünden ihlal olup olmadığını denetlemiştir. Adil yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmelerinde özellikle davaların makul sürede neticelendirilememesi sebebiyle yaşanan mağduriyetler göze çarpmaktadır. AYM'nin bu konuda verdiği ihlal kararları ve idareleri ödemeye mahkûm ettiği tazminatlar, meselenin halli noktasında umut vaat edici mahiyettedir. Mülkiyet hakkıyla ilgili olarak, sahip olunan mülkün yanı sıra haklı beklenti içinde olunan durumların da hakkın kapsamına dahil edilmesi korumanın alanını genişletecektir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar. vd. *Türk İdare Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 15. Basım, 2022.
- Aydın, Muhammet Ali. *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, (2011), S. 4, 121-170.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Basım, 2022.
- Çağlayan, Ramazan. *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- Duez, Paul. *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes’uliyeti*. çev. İbrahim Senil. Ankara, 1950.
- Ekinci, Hüseyin.-Sağlam, Musa. *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.
- Gören, Zafer. *Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz*. Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 11. Basım, 2021.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 3. Basım, 2019.
- Göztepe, Ece. “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, (2011), 13-40.
- Gözübüyük, Ahmet Şeref.-Tan, Turgut. *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*. C. 1, Ankara: Turhan Yayınevi, 2016.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 11. Basım, 2017.
- Gündüz, Ebru.-Aktaş, Alkım. “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”. *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017), S. 3, 55-78.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri*. C. 1, Ankara: Seçkin Yayınevi, 5. Basım, 2019.
- Kalay, Jale. *AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi*. Ankara: Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007.
- Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”. *Anayasa Yargısı*, C. 25, (2008), 19-59.
- Mellinghof, Rudolph. “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*. C. 25, (2008), 31-44.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, C. 3, 1966.
- Ozansoy, Cüneyt. *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1989.
- Sancakdar, Oğuz. “AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler”. *Amme İdaresi Dergisi*, C. 38, S. 1, (Mart 2005), 89-112.

- Sarıca, Ragıp. “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”. *İÜHFİM*, C. 15, S. 4, (İstanbul, 1949), 858-895.
- Sarıgüzel, Hacı. “Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar”. *Adalet Dergisi*, (2013), S. 45, 63-88.
- Şimşek, Tacettin. “İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar). *Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 2011, TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını: 13*, Ankara, (2011), 129-142.
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Şirin, Tolga. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tezcan, Durmuş. *Adil (Dürüst) Yargılama Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu, Yıldızhan Yayla’ya Armağan*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Yay. No: 4, 2004.
- TÜSİAD Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma Hakkı İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Ankara 2003, *TÜSİAD Yayınları*, No: 2003/12-369.
- Yayla, Yıldızhan., *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Yerebasmaz, Yasin. *Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Yıldırım, Ramazan.-Çınarlı, Serkan. *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II*. Ankara: Astana Yayınları, 2020.
- Yıldırım, Turan (ed.). *İdare Hukuku*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2020.

Çevrimiçi Kaynaklar

- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Raporlar”. Erişim: 11.12.2017. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data>
- TDK, Türk Dil Kurumu, “Genel Türkçe Sözlük”. Erişim 09.12.2017. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a2c23ad407341.17454066,
- TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Yeni Anayasa Gerekeç”. Erişim 10.12.2017. <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf>, s.e.t.
- AİHM, Avrupa İNSAN Hakları Mahkemesi, “İhlaller”. Erişim: 27.02.2023. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2022_ENG.pdf
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Sayfalar”. Erişim: 27.02.2023. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51

Mahkeme Kararları

- Danıştay, Danıştay 6. Dairesi, K. 84/1952, (17.1.1952)
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2012/752, (17.09.2013).
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/11855, (13.9.2017)
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/2084, (15.10.2015)

- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/4194, (14.10.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/3977, (30.6.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2019/25727, (28.07.2022)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2015/1645, (15.12.2021)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/7832, (21.4.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/8475, (21.5.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/18274 (21.9.2017)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/3782 (21.4.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/19, (7.3.2014)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/829, (11.12.2014)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/7528 (9.9.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/2960, (23.3.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2019/14642, (17.06.2021)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/7998, (19.07.2018)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/6100, (20/6/2019)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2015/10945, (19.07.2018)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/17591 (19.4.2017)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2017/37237, (17.03.2021)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/11855 (13.9.2017)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/1924, (17.05.2018)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/4686, (01.02.2018)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2012/13, (2.7.2013)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/2496, (25.2.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/474, (9.9.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/1943 (9.9.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/1280, (28.5.2014)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/2496, (25.2.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/865, (01.06.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/3044, (17.12.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/9094, (4.2.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/4686, (4.11.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/7727, (4.2.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/94, (8.6.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2015/12486, (05.11.2020)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/28, (25.2.2015)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2014/6241, (29.9.2016)
AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2016/11026, (12.12.2019)



Deepfake Technology: A Criminological Literature Review^(*)

Deepfake Teknolojisi: Kriminolojik Bir Literatür Taraması

Fatih ARSLAN^(**)

Abstract

Cybercrimes are rapidly evolving with the advancement of technology and reaching new dimensions. Deepfake technology, which is the subject of this article, has also become a part of cybercrime. Deepfake technology, which has similar features to the CGI technology we have encountered in the cinema, is a technology that allows the image or voice of a person - or both - to be transferred to another image or video file in a hyper-realistic way and first came to the agenda in 2017 in social media platform which called as Reddit. Although this technology has many benevolent uses, its malicious use is more prominent. This study aims to compile the criminological studies and current events in the literature on Deepfake for researchers who will study this field in the future. Within the scope of this purpose, the study examines what Deepfake technology is, the methods that can be used to detect Deepfake videos, the criminal dimensions of Deepfake technology and the violations it causes, the characteristics of victims and criminals, and the measures/decisions taken by countries regarding the negative use of Deepfake technology through relevant databases, judicial decisions and newspaper reports.

Keywords

Criminology, Cybercrime, Deepfake, Regulations, Victimology.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 07.05.2023 - Makale Kabul Tarihi: 27.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1293642

I would like to thank Prof. Mehmet Tayfun Amman, Assoc. Prof. Nesrin Akıncı Çötök and Salih Tzampaz for their valuable contributions to this article.

^(**) Sakarya University, Humanities and Social Sciences Faculty, Sakarya - Türkiye
E-posta: fatih.arslan10@ogr.sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9722-2042>

Öz

Siber suçlar teknolojinin ilerlemesiyle birlikte hızla gelişmekte ve yeni boyutlara ulaşmaktadır. Bu yazının konusu olan Deepfake teknolojisi de siber suçların bir parçası haline gelmiştir. Sinemada karşılaştığımız CGI teknolojisine benzer özellikler taşıyan Deepfake teknolojisi, bir kişinin görüntüsünün ya da sesinin -ya da her ikisinin birden- hiper-gerçekçi bir şekilde başka bir görüntü ya da video dosyasına aktarılmasını sağlayan bir teknolojidir ve ilk olarak 2017 yılında Reddit isimli bir sosyal medya platformunda gündeme gelmiştir. Bu teknolojinin birçok iyi niyetli kullanımı olsa da kötü niyetli kullanımı daha çok göze çarpmaktadır. Bu çalışma, gelecekte Deepfake teknolojisinin kriminolojik boyutu hakkında çalışacak araştırmacılar için Deepfake üzerine literatürde yer alan kriminolojik çalışmaları ve güncel olayları derlemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç kapsamında çalışmada Deepfake teknolojisinin ne olduğu, Deepfake videoların tespitinde kullanılabilecek yöntemler, Deepfake teknolojisinin kriminal boyutları ve neden olduğu ihlaller, mağdurların ve suçluların özellikleri ve Deepfake teknolojisinin olumsuz kullanımına ilişkin ülkelerin aldığı önlemler/kararlar ilgili veritabanları, yargı kararları ve gazete haberleri vasıtasıyla incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Deepfake, Düzenlemeler, Kriminoloji, Mağdurbilim, Siber Suçlar.

INTRODUCTION

It is possible to see changes in the quality and quantity of crimes as time passes. The technological age we are living in has led to a serious change in the nature of crimes through the opportunities it provides, leading to crimes being committed on the virtual plane rather than the physical plane. The changes it has brought about have enabled it to be evaluated in a different crime category under the concept of cybercrimes. The main distinction between cybercrimes and physical crimes is that cybercrimes take place in the digital environment. However, while physical crimes are evaluated within the framework of physical injuries and property damages, cybercrimes have brought innovations in the nature of the crime such as digital financial robberies and information theft¹. It is clear today that cybercrime is becoming a serious concern. According to a 2011 study, 74 million people in the US were victims of cybercrime, resulting in direct financial losses of \$32 billion². In 2021, this number increased tremendously, causing worldwide damage of 6 trillion dollars, while there are expectations that this damage will reach 10.5 trillion dollars in 2025³.

Cybercrimes are reaching very different dimensions with the rapidly developing technology. Deepfake technology, which is the subject of this study,

¹ Yanping Zhang et al., "A Survey of Cyber Crimes: A Survey of Cyber Crimes," *Security and Communication Networks* 5/4 (April 2012), 422-437.

² Hemraj Saini et al., "Cyber-Crimes and Their Impacts: A Review," *International Journal of Engineering Research* 2/2 (2012), 202-209.

³ Steve Morgan, "Cybercrime to Cost the World \$10.5 Trillion Annually by 2025," *Cybercrime Magazine* (blog), 2020.

has also become a part of cybercrimes. Deepfake technology, which has similar features to the CGI technology we have come across in cinema, is a technology that allows the image or voice of a person - or both - to be transferred to another visual or video file in a hyper-realistic way and first came to the agenda in 2017. With good intentions, it can provide serious benefits in many fields from education to art, from art to health, and from health to entertainment. However, when used maliciously, it has the potential to negatively affect everything from pornography to violations of personal rights, perception operations, international crises, and even the fate of countries. Taking this potential seriously, international organizations see Deepfake as one of the biggest threats of the future⁴. This study aims to present criminological studies on Deepfake in the literature. It aims to create a holistic compilation for future research in this field by presenting examples from current situations and events.

Within the scope of this purpose, this study examines the nature of Deepfake technology, the methods that can be used to detect videos through Deepfake, the criminal dimensions of Deepfake technology and the violations it causes, the characteristics of victims and criminals, and the measures / senate decisions taken by countries regarding the negative use of Deepfake technology. The method chosen for the realization of this study is document analysis. Document analysis is a systematic procedure for examining or evaluating documents, both printed and electronic (computer-based and internet-transmitted). Like other analytical methods in qualitative research, document analysis requires examining and interpreting data to uncover meaning, gain understanding and develop empirical knowledge⁵. In line with these objectives, the studies, regulations and news on the criminological content of Deepfake since 2017 have been searched in the following databases:

- ProQuest,
- Google Scholar,
- WorldLII,
- LexisNexis,
- WestLaw,
- Web of Science
- Google News

⁴ European Union Agency for Law Enforcement Cooperation., *Facing Reality?: Law Enforcement and the Challenge of Deepfakes : An Observatory Report from the Europol Innovation Lab.* (LU: Publications Office, 2022).

⁵ Glenn A. Bowen, "Document Analysis as a Qualitative Research Method," *Qualitative Research Journal* 9/2 (August 3, 2009), 27-40.

I. EMERGENCE OF DEEFAKE

The term Deepfake was first used on a social media platform called Reddit in 2017⁶. This concept is a combination of the words Deep learning and fake. People working in this field used to define Deepfake as the use of artificial intelligence to modify the facial map to create new hyper-realistic images. However, with the development of Deepfake technology, sound, and image can now be produced simultaneously or individually⁷.

Deepfake videos are produced through GAN (Generative Adversarial Network) technology used in artificial intelligence⁸. GAN is formed by using two different networks together⁹. The first one is the generator network. The generator network can generate realistic images, sounds and data from noise or vectors. The second network is the discriminator network. This network tries to distinguish between the real data and the fake data produced by the generator. Thus, the discriminator network's correct prediction rate increases, and more realistic images are produced. In other words, GANs are used in the production of media files such as images, audio, and video¹⁰. This may sound complicated for people who are not very tech-savvy. But today, with a few applications (FaceApp, ReFaceApp, FaceMagic, etc.) that can be downloaded to your smartphones, Deepfake videos can be created with a couple of clicks.

Deepfake technology has positive uses. For example, it can be successfully used for good purposes in the movie industry under the name of CGI. For example, the same character can play the youth or old age of the main character in a scene, or the main character can speak different languages¹¹. The positive uses of Deepfake are not limited to cinema. It is also very useful in the fields of education and entertainment. In the field of education, it is possible to make education more fun,

⁶ Matthew B. Kugler - Carly Pace, "Deepfake Privacy: Attitudes and Regulation," *SSRN Electronic Journal* 116/3 (2021), 611-680.

⁷ Kweilin T. Lucas, "Deepfakes and Domestic Violence: Perpetrating Intimate Partner Abuse Using Video Technology," *Victims & Offenders* 17/5 (July 4, 2022), 647-659; Bahar Uddin Mahmud - Afsana Sharmin, "Deep Insights of Deepfake Technology : A Review," *Dhaka University Journal of Applied Science & Engineering* 2 (2021), 13-23.

⁸ Peipeng Yu et al., "A Survey on Deepfake Video Detection," *IET Biometrics* 10/6 (November 2021), 607-624.

⁹ Md Shohel Rana et al., "Deepfake Detection: A Systematic Literature Review," *IEEE Access* 10 (2022), 25494-25513.

¹⁰ Md Shohel Rana et al., "Deepfake Detection: A Systematic Literature Review," *IEEE Access* 10 (2022), 25494-25513.

¹¹ Mehmet Emin Masca, "Advantages and Disadvantages of Deepfake Technology," *Geek Culture* (blog), December 3, 2021; Geraint Rees, "Here's How Deepfake Technology Can Be a Good Thing," *World Economic Forum* (November 25, 2019); Mika Westerlund, "The Emergence of Deepfake Technology: A Review," *Technology Innovation Management Review* 9/11 (January 1, 2019), 39-52.

effective and interactive by simulating people's faces and voices¹². In the field of entertainment, it is also possible to create entertainment in the imitation category by changing faces and voices. An example of this is Mr. Peele's imitation of Barack Obama. Mr. Peele is a very successful comedian and his Barack Obama impersonation made him famous¹³. By using Deepfake technology, he has taken this talent to the next level. In short, the use of Deepfake technology is increasing in many areas from education to art, from health to entertainment.

The fact that Deepfake technology is increasingly being used by ordinary people, rather than experts and people who are aware of the responsibility of this work, paves the way for malicious use and causes us to see Deepfake among the biggest threats of the future. The Deepfake video, which was previously produced for comedic purposes and dealt with a political figure, can lead to international crises, nuclear wars and even the end of the world for humans with malicious use. In an interview with the Wall Street Journal, Hany Farid, an expert on the subject, illustrates this point:

"Imagine the following scenario the video is produced by Donald Trump saying "I've just launched a nuclear weapon against North Korea that video goes on to Twitter and goes viral in 30-60 seconds. North Korea responds in another 60 seconds before anybody figures out that video is fake"¹⁴

As we have seen, a successful Deepfake video can cause an international crisis in as little as 120 seconds. This is the most extreme example of Deepfake technology being used for malicious purposes, a problem that we will probably never face. But in addition to political problems, Deepfake can also cause a lot of problems on a personal level.

II. DETECTION OF DEEPAKE CONTENTS

Deepfake technology is producing increasingly realistic images. According to experts in the field, it is not possible to identify a good Deepfake video¹⁵. example, the TikTok account DeepTomCruise produces content from Deepfake videos produced using Tom Cruise's face¹⁶. When you watch this person's videos,

¹² Simon Chandler, "Why Deepfakes are a Net Positive For Humanity," *Forbes* (2020); Shadrack Awah Buo, "The Emerging Threats of Deepfake Attacks and Countermeasures," (2020).

¹³ John Fletcher, "Deepfakes, Artificial Intelligence, and Some Kind of Dystopia: The New Faces of Online Post-Fact Performance," *Theatre Journal* 70/4 (2018), 455-471; Cristian Vaccari - Andrew Chadwick, "Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News," *Social Media + Society* 6/1 (January 2020), 205630512090340.

¹⁴ Wall Street Journal, Deepfake Videos are Getting Real and That's a Problem | Moving Upstream, Youtube, October 15, 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=Ex83dhTn0IU>

¹⁵ Mahmud - Sharmin, "Deep Insights of Deepfake Technology : A Review."

¹⁶ Shruti Agarwal - Hany Farid, "Detecting Deep-Fake Videos from Aural and Oral Dynamics," 2021 *IEEE/CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops (CVPRW)* (2021 IEEE/

you may believe that the person in the video is Tom Cruise. This is normal if your eyes are untrained. But for the average technology user, there are a number of things that can help them distinguish Deepfake videos from normal videos.

Table 1. Detection of Deepfake Videos¹⁷

Deepfake Detection	
- Unnatural Eye Movements	- Awkward Face position with respect to other subjects
- Unnatural Lip Movements	- The angle formed by the Shadow of the human body
- Unnatural Facial Expressions	- Emotionless Body
- Difference between skin color tones	- Artificial Hair looks
- Unnatural Body Movement	- Unnatural Teeth
- Awkward-looking body posture	- Non-aligned body parts
- Low Quality	

As seen in the table above, the things to look out for in detecting moderate Deepfake videos are, in short, anything unnatural in the video. Since the Deepfake video is realized by superimposing another face on top of the original image, pixel shifts are likely to occur. For example, if the person in the original video is looking to the right and the impersonator is looking the other way, this will result in an unnatural eye movement. This can be observed in all other unnatural movements¹⁸.

In Deepfake videos, hair is visually added, so if there is no movement or natural movement of the hair, or if pixels can be seen moving when viewed closely, this can also be a sign of a Deepfake video. Deepfake videos are increasingly being produced in very high quality. However, this can vary depending on the technology used. For example, in Türkiye, a social media influencer allegedly sent a video of himself masturbating to a young girl. This social media influencer was known among his followers as a modest, calm, extremely humble, and very nice person. But after this video hit the internet, he had serious problems. To prove that this video was a Deepfake production, reasons such as the low quality of the video and the presence of an earring in one of the ears were put forward, and the social media influencer was cleared of public accusations.

CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops (CVPRW), Nashville, TN, USA: IEEE, 2021), 981-989; Rachel Metz, "How a Deepfake Tom Cruise on TikTok Turned into a Very Real AI Company | CNN Business" (2021).

¹⁷ This table is based on Mankoo's (2023) study.

¹⁸ Sandeep Singh Mankoo, "DeepFakes- The Digital Threat in the Real World," *Gyan Management Journal* 17/1 (2023), 71-77.

III. AS A CRIMINOLOGICAL THREAT “DEEFAKE”

With its malicious use, Deepfake causes many problems ranging from fraud to violation of personal rights. Mankoo categorized the problems caused by Deepfake under 4 main headings¹⁹.

First, *Sockpuppets*, a term also used in traditional media, refers to a person who does not exist. Sockpuppets are one of the most frequently used methods of fraud. The second is *Politics*. Through the production of Deepfake images, the reputation of politicians can be damaged²⁰, the fate of elections and even countries can change²¹. Third, *Pornography* is the precursor to the negative use of Deepfake which has made it a societal concern. Every conceivable category can be involved in this type of offense. For example, revenge porn²², child pornography²³, etc. Scanlon mentioned that over 700k hours of Deepfake videos are uploaded to the internet every day²⁴. The last one is *Blackmail*. New images produced through Deepfake can expose innocent people to blackmail. In the next section, I will examine the problems caused by Deepfake through press coverage to help better understand the concepts.

A. FRAUD

You may have experienced or heard of telephone scams before. When you receive a call from a telephone operator or bank with a different number than the customer service number, you are likely to immediately suspect that it is a scam. After all, you don't know the caller and since it's an organization, you can call back in case of a problem. But what if it was the CEO of your company? What would you do if he or she appeared in person, perhaps in an online meeting, with the same voice? This is what happened to a UK-based energy company. By copying the CEO's voice, the scammers called the company's partner firm in Germany and asked them to transfer \$243,000 to the account of their supplier in Bulgaria. Claiming that this payment was urgent and the deadline was overdue, the fraudster achieved his goal²⁵.

¹⁹ Mankoo, “DeepFakes- The Digital Threat in the Real World.”

²⁰ Robert Chesney - Danielle Citron, “Deepfakes: A Looming Crisis for National Security, Democracy and Privacy?” *The Lawfare Blog*, (2018).

²¹ Bobby Chesney - Danielle Citron, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security,” *California Law Review*, 107/6 (2019).

²² Nicola Henry et al., “Technology-Facilitated Domestic and Sexual Violence: A Review,” *Violence Against Women* 26/15-16 (December 2020), 1828-1854.

²³ S Eelmaa, “Sexualization of Children in Deepfakes and Hentai,” *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences* 26/2 (2022), 229-248.

²⁴ Dr. Thomas P Scanlon, “Data Science & Cybersecurity,” *Data Science*, (2023).

²⁵ Jesse Damiani, “A Voice Deepfake Was Used to Scam a CEO Out of \$243,000,” *Forbes* (2019).

In 2020, the manager of a bank in Hong Kong was called and asked by a familiar voice to approve a \$35 Million transfer for an acquisition. Transactions then began to take place through a retained lawyer. Ultimately, \$400,000 in stolen money and transfers to other accounts resulted in robberies through the United Arab Emirates²⁶.

Another example of fraud comes from the family factor, which perhaps most people cannot escape. Imagine that one day your son or daughter calls you on the phone. Your child asks you for money because they are in a very difficult financial situation. You think it is your child with the same voice, the same facial expressions, and everything, but the reality is very different. The Canadian family targeted by fraudsters sent 10,000 dollars to people they thought their children, and the fraudsters reached their target²⁷.

While fraud is already a serious problem, it seems that Deepfake technology is causing an even more serious problem as it contributes greatly to the most important factor in fraud: credibility. In 2023, Redins wrote that 26 percent of small companies and 38 percent of large companies suffered more than 50 identity fraud attacks in 2022, resulting in losses of up to \$480,000²⁸. Marks, writing in 2023, noted that last year, damage through impersonated voices amounted to \$11 million²⁹.

B. CYBERBULLYING

Cyberbullying is another crime that can be committed through Deepfake. The scope of cyberbullying is very wide and its effects are quite high. The ability to edit a person's face into a video or image that has nothing to do with them facilitates the use of Deepfake technology in the field of cyberbullying. People can be blackmailed with new images obtained using Deepfake, and their reputation in the social and institutional sphere can be shaken.

In 2021, a woman allegedly used multiple images of girls on a school cheerleading squad to create Deepfake images of herself naked, drinking alcohol and vaping. At the same time, the suspect allegedly harassed these girls by texting them with a phone number obtained from the internet³⁰. In 2023, a student

²⁶ Thomas Brewster, "Fraudsters Cloned Company Director's Voice in \$35 Million Bank Heist, Police Find," *Forbes* (2021).

²⁷ Mark Quinn, "N.L. Family Warns Others Not to Fall Victim to the Same Deepfake Phone Scam That Cost Them \$10K | CBC News," *CBC* (2023).

²⁸ | Larisa Redins, "Surprise! Deepfake Fraud on the Rise | Biometric Update" (April 27, 2023).

²⁹ Gene Marks, "It Sounds like Science Fiction but It's Not: AI Can Financially Destroy Your Business," *The Guardian* (April 9, 2023), sec. Business.

³⁰ BBC, "Mother 'Used Deepfake to Frame Cheerleading Rivals,'" *BBC News* (March 15, 2021), sec. Technology.

allegedly uploaded Deepfake nude images of his teacher online and tried to sell them. Although the institution denied the student's guilt, the seriousness of the situation is obvious, no matter who did it³¹.

C. DATA MANIPULATION

Deepfake technology can mislead the public by manipulating media files. The potential dangers of this situation are frequently mentioned by academics working in the field. According to academics, media files created through Deepfake can jeopardize the course of elections, reduce trust in institutions, and be used as weapons to create national and international crises. As mentioned above, a successful Deepfake video can cause a nuclear war in 120 seconds. However, there are a couple of cases where hypothetical examples have come true.

On February 24, 2022, Russian forces began their invasion of Ukraine. A video circulated while the war was going on provided an example of the use of Deepfake technology even on the battlefield. In the video, Ukrainian president Volodymyr Zelensky said that Russian soldiers had won the war, Ukraine had given up and the soldiers should lay down their arms. However, this video was soon confirmed to be fake. But a more successful Deepfake video could have caused bigger problems and changed the course of the war.

Deepfake may not only involve political figures and political malevolence. Scholars in the field are also concerned about the use of Deepfake technology to produce pornographic content. This has been one of the most researched topics on the criminological dimension of Deepfake. Today, 96% of Deepfake videos produced contain pornographic content. Celebrities such as Gal Gadot and Scarlet Johansson have had an unfortunate encounter with the negative side of this technology³². But the danger is not limited to celebrities and politicians. Noelle Martin begins a TED talk by asking the question "Have you ever Googled yourself?"³³. For Noelle Martin, the nature of this question is as follows. After Googling herself, Martin saw her own face in a porn video. This painful experience makes many people ask themselves whether they too have been victims of this crime. In addition, on April 18, 2023, it was reported that a suspect named Patrick Carey manipulated the images of his former schoolmates under the age of 18 through Deepfake technology to produce sexual content. The suspect who

³¹ MaryAnn Martinez, "Texas Teacher Latest Victim of Deepfake Nude Pics," 2023.

³² Marie-Helen Maras - Alex Alexandrou, "Determining Authenticity of Video Evidence in the Age of Artificial Intelligence and in the Wake of Deepfake Videos," *The International Journal of Evidence & Proof* 23/3 (July 2019), 255-262.

³³ Wall Street Journal, Deepfake Videos are Getting Real and That's a Problem | Moving Upstream, Youtube, October 15, 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=Ex83dhTn0IU>

published these images on a website was caught 2 years after the incident and sentenced to 6 months in prison³⁴.

As seen, data manipulation through Deepfake leads to many violations of personal rights. By means of Deepfake technology, another person can register on your behalf on financial sites where you register with your identity and photographs, and this can lead to serious financial losses.

D. FALSE TESTIMONY

Another problem created by the malicious use of deepfake technology is perjury. Today, many legal experts are discussing this issue intensively. Deepfake technology can produce active images. This enables the production of misleading evidence³⁵. Today, video and audio recordings are very valuable in the legal system. However, media files that can be produced through Deepfake can be presented as evidence in courts, leading to the punishment of innocent people. Deepfake technology may become one of the biggest dangers awaiting the legal systems of countries that are not sufficiently aware of it. Or, as Sawan & Sawan put it, “Thus, the justice that is sought can just go out of the window with a click of the play button”³⁶.

IV. CHARACTERISTICS OF VICTIMS AND OFFENDERS

As the area of use of Deepfake technology expands and the number of users increases, its victims diversify at the same rate. In other words, Deepfake can victimize anyone in a literal sense. However, there is generally a reason why the victimized person is targeted due to the malicious origin of the victimization. The characteristics of the victims of Deepfake, which generally lead to scandalous incidents, are as follows:

Popular and well-known people are those who are constantly in the public eye and periodically appear on the agenda of society. This is a sought-after situation for those who use Deepfake technology maliciously. The images produced using the faces and voices of these people have a damage network that ranges from simple entertainment to the pornography industry.

Young women, young women are seen as a disadvantaged group in almost all areas of research in criminology. The possibilities provided by deepfake

³⁴ Dennis A Clark - Priscilla DeGregory, “Patrick Carey Gets 6 Months for Posting Deepfake Pics of Underage Girls on Porn Sites” (2023).

³⁵ Matthew B. Kugler - Carly Pace, “Deepfake Privacy: Attitudes and Regulation,” *SSRN Electronic Journal* 116/3 (2021), 611-680.

³⁶ Sawan & Sawan, “Deepfake Videos as Evidence in Court - Sawan & Sawan LLC | Trial Lawyers,” *Sawan and Sawan - Injury Lawyers* (blog), January 27, 2020.

technology can target a perfectly normal person, as seen in the example news reports above. In another news report, people who can use this technology can harm young women for revenge or for personal gratification. It is worth noting that 96% of Deepfake victims are women³⁷. According to another study cited by Berk, it is seen that the victims of Deepfake videos on porn sites are all women, while on Youtube, men are more targeted with a rate of 61%³⁸.

Political figures, those who govern the country or are candidates for governance are constantly battling armies of trolls and unfounded news about them. Fighting some allegations can be very tiring at times. Especially at critical times, such as election times, old files are constantly opened and politicians are targeted. By manipulating media files, deepfake technology can permanently damage their reputation.

Business Leaders, as exemplified by previous news stories, companies can suffer major financial damage through media files produced by copying the voices and images of business leaders. It is therefore very likely that professional theft gangs will target business leaders when using Deepfake.

Articles written about the criminological dimension of Deepfake always talk about the victims or the damage that Deepfake has caused or could cause. If we accept that Deepfake is one of the biggest threats that awaits us in the future, it is important to know what and who we are up against. When the news and court records related to Deepfake are analyzed, it is seen that the suspects have the following characteristics.

Articles written about the criminological dimension of Deepfake always talk about the victims or the damage that Deepfake has caused or could cause. If we accept that Deepfake is one of the biggest threats that awaits us in the future, it is important to know what and who we are up against. When the news and court records related to Deepfake are analyzed, it is seen that the suspects have the following characteristics.

- 15-25 years old
- Socially and mentally challenged
- Having unsupervised parents

The main reason why the suspects are 15-25 years old is that new technologies are used and preferred especially by young people aged 15-25. In her study, Suvurova identifies Deepfake pornography with Jenkins' participatory culture³⁹.

³⁷ Henry Ajder et al., "The State of Deepfakes: An Overview," *Deeptrace*, (2017), 1-20.

³⁸ Mustafa Evren Berk, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi 'Deepfake,'" *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 16/28 (August 31, 2020), 1508-1523.

³⁹ Inna Suvorova, "Deepfake Pornography as a Male Gaze on Fan Culture," (2022).

According to Suvurova, participatory culture has five main characteristics: relatively unhindered artistic and civic participation, encouragement of people to share their creations, informal mentoring based on the exchange of experience, individuals who feel their contributions are important, and members who feel a social connection. Social media platforms such as Reddit are a home for all the main features mentioned by Jenkins.

When cybercrimes, especially stalking, are examined, we can see that people are mentally and socially troubled. In a news article in the New York Post, the suspect described himself as socially and mentally problematic⁴⁰. It is possible that this is a fabrication by the suspect. However, in the WSJ reporter's interview with a person who produces harmful content through Deepfake, the interviewee's lack of empathy is striking. According to this person, the people harmed by Deepfake videos do not matter.

Since there are no psychology studies conducted on suspects in the field, it is difficult to draw more detailed conclusions. However, people who do not have such problems and who commit fraud professionally have similar characteristics with those in the cyber fraudster category.

V. LEGAL REGULATIONS WORLDWIDE

Today we can clearly see that Deepfake technology is also seen as a serious problem by countries. Many countries have introduced new regulations on Deepfake or expanded the scope of old regulations. Many countries that have not taken concrete steps for legal regulations are also preparing for concrete steps. However, in this section, the legal regulations introduced or committed by countries that have taken direct steps to combat Deepfakes or have made official statements that they will do so will be discussed.

A. UNITED STATES OF AMERICA

Several states in the United States are leading the way in reforming Deepfakes. On May 18, 2021, the state of New York amended its law on the detection of harassment through electronic and digital communications to provide victims with a private right of action to track and prevent the illegal dissemination of Deepfake content, according to a senate resolution passed on May 18, 2021. In addition, under this law, those who harass and blackmail people through illegally produced Deepfake images will be prosecuted for felony harassment (S 6829A).

According to the State of Hawaii's decision, the production of Deepfake videos, threatening or exposing a person through such videos constitutes a

⁴⁰ Clark - DeGregory, "Patrick Carey Gets 6 Months for Posting Deepfake Pics of Underage Girls on Porn Sites" (2023).

violation of the right to privacy in the first degree. The 21st Century Privacy Law Task Force, established in 2019, also recommended that states swiftly pass legislation aimed at combating Deepfake (SB 2292).

With the widespread use of Deepfake technology, the State of Georgia has also revised old legal regulations. Accordingly, persons who distribute and maliciously use images produced through Deepfake will be deemed to be guilty of a gross misdemeanor, punishable by imprisonment from 1 year to 5 years or a fine of not more than \$100,000 (SB 78).

The Senate of the State of New Jersey in 2020 passed a bill aimed at securing elections. According to this decision, Deepfake videos produced to damage the reputation of candidates during election times will be criminalized. However, according to this law, videos with humorous purposes will be excluded from this scope (AB 4985).

The law of the State of Texas, enacted in 2023, aims to prevent the targeting of young people under the age of 18 through Deepfake videos. According to this law, using people's faces and images to create pornographic images will be criminalized as of 2023 (HB 2700).

The State of California has enacted 2 different laws to address both the sexual and political aspects of Deepfake technology. AB 602 stands against media files with pornographic content produced without the consent of individuals. AB 730 was enacted to ensure the security of the electoral process. This bill would prohibit, until January 1, 2023, a person, committee, or other entity from distributing, within 60 days of an election in which a candidate is on the ballot, materially deceptive audio or visual media of the candidate to discredit the candidate or deceive a voter into voting for or against the candidate, unless the media contains a statement that the media was manipulated.

B. CHINA

China has introduced very strict new provisions on the use of Deepfake technology. However, the provisions directly target the artificial intelligence companies that are instrumental in the production of Deepfake images. According to the provisions adopted by the CAC, any content produced using an AI system must bear the watermark of the program from which the content was produced and must be annotated. AI companies providing these services must undertake not to process personal data. However, companies should also consider processes such as the verification of user identities⁴¹. Hine and Floridi have argued that these

⁴¹ CAC, “国家互联网信息办公室等三部门发布《互联网信息服务深度合成管理规定》-中共中央网络安全和信息化委员会办公室” (2022); Asha Hemrajani, “China’s New Legislation on Deepfakes: Should the Rest of Asia Follow Suit?” (2023).

regulations could restrict people's online freedoms in China⁴². Of course, these provisions may harm people's lives by causing restrictions, but it is important to remember that freedoms can cause as much harm as restrictions.

C. UNITED KINGDOM

The UK is also highly vulnerable to the harms of Deepfake. In the UK, 1 in 14 adults are at risk of having inappropriate images of themselves spread online. From 2015 to 2021, there were 28,000 complaints of non-consensual sexual content recorded in police reports⁴³. To address this problem seriously, the UK aims to enact the Online Safety Bill. This law will have a wide scope in terms of content, from pornography to political content⁴⁴. It is also envisaged that suspects will be imprisoned under this law. However, it should be noted that this law has not yet come into force. Therefore, we do not have more information.

According to the pie chart in the conclusion section of the study by Firc et al., it is seen that the majority of searches for the word "deepfake" between 2021 and 2022 originated from the USA and China⁴⁵. Not surprisingly, the most serious steps taken against the malicious use of deepfake technology are also coming from the USA and China. In the rest of the world, although Deepfake technology is not directly mentioned, some laws refer to such situations. For example, the Turkish Criminal Code (TCK art. 267/1) has regulations on the fabrication of images to be used for slander⁴⁶. However, although many countries such as Türkiye⁴⁷ and Australia⁴⁸ have expressed their concerns on this issue, it is seen that they have not taken a concrete step directly on Deepfake crimes.

CONCLUSION

The use of deepfake technology is on the rise. Moreover, this increase is not only among experts or responsible people working in the field but also among

⁴² Emmie Hine - Luciano Floridi, "New Deepfake Regulations in China are a Tool for Social Stability, but at What Cost?," *Nature Machine Intelligence* 4/7 (July 20, 2022), 608-610.

⁴³ GOV UK, "New Laws to Better Protect Victims from Abuse of Intimate Images," *GOV.UK* (2022).

⁴⁴ Monika Plaha - Joseph Lee, "Sharing Pornographic Deepfakes to Be Illegal in England and Wales," *BBC News* (November 25, 2022), sec. Technology.

⁴⁵ Anton Firc et al., "Deepfakes as a Threat to a Speaker and Facial Recognition: An Overview of Tools and Attack Vectors," *Heliyon* 9/4 (April 2023), e15090.

⁴⁶ Beşir Babayığıt, "Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Öneriler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (November 4, 2021), 655-703.

⁴⁷ Elif Karakoç - Burcu Zeybek, "Görmek İnanmaya Yeter Mi? Görsel Dezenformasyonun Ayırt Edici Biçimi Olarak Siyasi Deepfake İçerikler," *Öneri Dergisi* 17/57 (August 25, 2021), 50-77.

⁴⁸ Federica Celli, "Deepfakes are Coming: Does Australia Come Prepared?," *Canberra Law Review* 17/2 (2020), 193-204.

ordinary people. This characteristic of the situation makes it difficult to control Deepfake technology and may increase the number of victims and the potential damage that can be done in general. For example, as seen in the news report above, the problem caused to other girls on the same cheerleading squad as her daughter because the girl's mother was able to use Deepfake technology illustrates the severity of the situation. In Table 1 above, I have listed many ways in which Deepfake videos can be detected by normal people, and according to the table, any unnatural movement can potentially indicate Deepfake content. However, for those who do not have a basic level of knowledge about Deepfake, it will not be easy to detect the relevant content. The negative use of Deepfake technology can lead to many financial, psychological, legal, and political problems. Financially, successful Deepfake content can mean the end of your company. Psychologically, you may face problems such as depression and suicidal tendencies. Legally, fake evidence produced through Deepfake technology can lead to you being declared guilty. Politically, Deepfake technology can change the course of elections and cause international crises.

Another aspect related to Deepfake technology is the characteristics of victims and criminals. Victims are, to summarize very briefly, people worth victimizing⁴⁹. This may seem like a very harsh statement at first reading, but I think this statement will be justified when the news I have shared above and the sources in the literature are examined. Nevertheless, victims are women, politicians, celebrities, public figures, and business leaders. Anyone can, of course, become the content of a Deepfake video, as I mentioned earlier. But according to the current literature, the targeted people have the listed characteristics. One of the main problems in cybercrime is that almost 90% of criminals are not caught⁵⁰. The 3 characteristics of those who use Deepfake technology for criminal purposes, which are mentioned based on captured criminals, are not based on any field research. This can be said to be one of the most important gaps in the literature. Criminals can be profiled more clearly through psychological research in this field.

When the relevant literature is examined, a serious deficiency is observed. This deficiency stems from the fact that the topic under study is relatively new and does not have a clear sample. To clarify what is meant by a clear sample, it can be said as follows. In Deepfake-related crimes, many of the victims may not even be aware that they are victims. However, the sample that is the source of the problems is very difficult to reach or unknown. This situation weakens the effectiveness of social scientists in developing solutions.

⁴⁹ This expression refers to the journalistic term "newsworthy". It refers to the rational cost-benefit thinking in the targeting of suspects.

⁵⁰ Zhang et al., "A Survey of Cyber Crimes."

Another problem is that the studies conducted in the field are only aimed at revealing the current situation since the related subject is quite new. As the related literature develops, it is possible to observe a significant increase in studies aimed at solving the problems related to this issue. However, the current situation did not have enough infrastructure for solution proposals.

But in spite of everything, governments are working to prevent and reduce the negative consequences of Deepfake. These efforts are realized through new draft laws or the revision of old ones. Today, it seems that the Chinese Government has the most stringent solution to this problem. Today, many states in the US do not seem to have addressed this issue. In the current situation, the legal systems of countries that do not address this problem sufficiently can be abused by criminals who take advantage of this situation.

REFERENCES

- Agarwal, Shruti - Farid, Hany. "Detecting Deep-Fake Videos from Aural and Oral Dynamics." *2021 IEEE/CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops (CVPRW)*. 981-989. Nashville, TN, USA: IEEE, 2021. <https://doi.org/10.1109/CVPRW53098.2021.00109>
- Ajder, Henry et al. "The State of Deepfakes: An Overview." *Deeptrace*, 1-20.
- Babayiğit, Beşir. "Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Öneriler." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 655-703. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018877>
- BBC. "Mother 'Used Deepfake to Frame Cheerleading Rivals.'" *BBC News* (March 15, 2021), sec. Technology. <https://www.bbc.com/news/technology-56404038>
- Berk, Mustafa Evren. "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi 'Deepfake.'" *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 16/28 (August 31, 2020), 1508-1523. <https://doi.org/10.26466/opus.683819>
- Bowen, Glenn A. "Document Analysis as a Qualitative Research Method." *Qualitative Research Journal* 9/2 (August 3, 2009), 27-40. <https://doi.org/10.3316/QRJ0902027>
- Brewster, Thomas. "Fraudsters Cloned Company Director's Voice in \$35 Million Bank Heist, Police Find." *Forbes*. 2021. Accessed May 1, 2023. <https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2021/10/14/huge-bank-fraud-uses-deep-fake-voice-tech-to-steal-millions/>
- CAC. "国家互联网信息办公室等三部门发布《互联网信息服务深度合成管理规定》-中共中央网络安全和信息化委员会办公室." 2022. Accessed May 2, 2023. http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949318230.htm
- Celli, Federica. "Deepfakes are Coming: Does Australia Come Prepared?" *Canberra Law Review* 17/2 (2020), 193-204.
- Chandler, Simon. "Why Deepfakes are a Net Positive for Humanity." *Forbes*. 2020. Accessed May 1, 2023. <https://www.forbes.com/sites/simonchandler/2020/03/09/why-deepfakes-are-a-net-positive-for-humanity/>
- Chesney, Bobby - Citron, Danielle. "Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security." *California Law Review*, 107/6 (2019).
- Chesney, Robert - Citron, Danielle. "Deepfakes: A Looming Crisis for National Security, Democracy and Privacy?" *The Lawfare Blog*.
- Clark, Dennis A - DeGregory, Priscilla. "Patrick Carey Gets 6 Months for Posting Deepfake Pics of Underage Girls on Porn Sites." 2023. Accessed May 1, 2023. <https://nypost.com/2023/04/18/ny-man-patrick-carey-gets-6-months-for-posting-deepfaked-pics-on-porn-sites/>
- Damiani, Jesse. "A Voice Deepfake Was Used to Scam a CEO Out of \$243,000." *Forbes*. 2019. Accessed May 1, 2023. <https://www.forbes.com/sites/jessedamiani/2019/09/03/a-voice-deepfake-was-used-to-scam-a-ceo-out-of-243000/>

- Eelmaa, S. "Sexualization of Children in Deepfakes and Hentai." *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences* 26/2 (2022), 229-248. <https://doi.org/10.3176/tr.2022.2.07>
- European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. *Facing Reality?: Law Enforcement and the Challenge of Deepfakes: An Observatory Report from the Europol Innovation Lab*. LU: Publications Office, 2022. <https://data.europa.eu/doi/10.2813/08370>
- Firc, Anton et al. "Deepfakes as a Threat to a Speaker and Facial Recognition: An Overview of Tools and Attack Vectors." *Heliyon* 9/4 (April 2023), e15090. <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2023.e15090>
- Fletcher, John. "Deepfakes, Artificial Intelligence, and Some Kind of Dystopia: The New Faces of Online Post-Fact Performance." *Theatre Journal* 70/4 (2018), 455-471. <https://doi.org/10.1353/tj.2018.0097>
- GOV UK. "New Laws to Better Protect Victims from Abuse of Intimate Images." *GOV.UK*. 2022. Accessed May 2, 2023. <https://www.gov.uk/government/news/new-laws-to-better-protect-victims-from-abuse-of-intimate-images>
- Hemrajani, Asha. "China's New Legislation on Deepfakes: Should the Rest of Asia Follow Suit?" 2023. Accessed May 2, 2023. <https://thediplomat.com/2023/03/chinas-new-legislation-on-deepfakes-should-the-rest-of-asia-follow-suit/>
- Henry, Nicola et al. "Technology-Facilitated Domestic and Sexual Violence: A Review." *Violence Against Women* 26/15-16 (December 2020), 1828-1854. <https://doi.org/10.1177/1077801219875821>
- Hine, Emmie - Floridi, Luciano. "New Deepfake Regulations in China are a Tool for Social Stability, but at What Cost?" *Nature Machine Intelligence* 4/7 (July 20, 2022), 608-610. <https://doi.org/10.1038/s42256-022-00513-4>
- Karakoç, Elif - Zeybek, Burcu. "Görmek İnanmaya Yeter Mi? Görsel Dezenformasyonun Ayırt Edici Biçimi Olarak Siyasi Deepfake İçerikler." *Öneri Dergisi* 17/57 (August 25, 2021), 50-77. <https://doi.org/10.14783/maruoneri.908542>
- Kugler, Matthew B. - Pace, Carly. "Deepfake Privacy: Attitudes and Regulation." *SSRN Electronic Journal* 116/3 (2021), 611-680. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3781968>
- Kugler, Matthew B. - Pace, Carly. "Deepfake Privacy: Attitudes and Regulation." *SSRN Electronic Journal* 116/3 (2021), 611-680. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3781968>
- Lucas, Kweilin T. "Deepfakes and Domestic Violence: Perpetrating Intimate Partner Abuse Using Video Technology." *Victims & Offenders* 17/5 (July 4, 2022), 647-659. <https://doi.org/10.1080/15564886.2022.2036656>
- Mahmud, Bahar Uddin - Sharmin, Afsana. "Deep Insights of Deepfake Technology : A Review." *Dhaka University Journal of Applied Science & Engineering* 2 (2021), 13-23.
- Mankoo, Sandeep Singh. "DeepFakes- The Digital Threat in the Real World." *Gyan Management Journal* 17/1 (2023), 71-77. <https://doi.org/10.48165/gmj.2022.17.1.8>

- Maras, Marie-Helen - Alexandrou, Alex. "Determining Authenticity of Video Evidence in the Age of Artificial Intelligence and in the Wake of Deepfake Videos." *The International Journal of Evidence & Proof* 23/3 (July 2019), 255-262. <https://doi.org/10.1177/1365712718807226>
- Marks, Gene. "It Sounds like Science Fiction but It's Not: AI Can Financially Destroy Your Business." *The Guardian* (April 9, 2023), sec. Business. <https://www.theguardian.com/business/2023/apr/09/it-sounds-like-science-fiction-but-its-not-ai-can-financially-destroy-your-business>
- Martinez, MaryAnn. "Texas Teacher Latest Victim of Deepfake Nude Pics," 2023. <https://nypost.com/2023/04/14/texas-student-faked-nudes-of-teacher-report/>
- Masca, Mehmet Emin. "Advantages and Disadvantages of Deepfake Technology." *Geek Culture* (blog), December 3, 2021. <https://medium.com/geekculture/advantages-and-disadvantages-of-deepfake-technology-ccfa7c12b1ae>
- Metz, Rachel. "How a Deepfake Tom Cruise on TikTok Turned into a Very Real AI Company | CNN Business." 2021. Accessed May 1, 2023. <https://edition.cnn.com/2021/08/06/tech/tom-cruise-deepfake-tiktok-company/index.html>
- Morgan, Steve. "Cybercrime to Cost the World \$10.5 Trillion Annually by 2025." *Cybercrime Magazine* (blog), 2020. <https://cybersecurityventures.com/hackerpocalypse-cybercrime-report-2016/>
- Plaha, Monika - Lee, Joseph. "Sharing Pornographic Deepfakes to Be Illegal in England and Wales." *BBC News* (November 25, 2022), sec. Technology. <https://www.bbc.com/news/technology-63669711>
- Quinn, Mark. "N.L. Family Warns Others Not to Fall Victim to the Same Deepfake Phone Scam That Cost Them \$10K | CBC News." *CBC*. 2023. Accessed May 1, 2023. <https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/deepfake-phone-scame-1.6793296>
- Rana, Md Shohel et al. "Deepfake Detection: A Systematic Literature Review." *IEEE Access* 10 (2022), 25494-25513. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3154404>
- Rana, Md Shohel et al. "Deepfake Detection: A Systematic Literature Review." *IEEE Access* 10 (2022), 25494-25513. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3154404>
- Redins, | Larisa. "Surprise! Deepfake Fraud on the Rise | Biometric Update." April 27, 2023. Accessed May 1, 2023. <https://www.biometricupdate.com/202304/surprise-deepfake-fraud-on-the-rise>
- Rees, Geraint. "Here's How Deepfake Technology Can Actually Be a Good Thing." *World Economic Forum*. November 25, 2019. Accessed May 1, 2023. <https://www.weforum.org/agenda/2019/11/advantages-of-artificial-intelligence/>
- Saini, Hemraj et al. "Cyber-Crimes and Their Impacts: A Review." *International Journal of Engineering Research* 2/2 (2012), 202-209.
- Sawan, Sawan &. "Deepfake Videos as Evidence in Court - Sawan & Sawan LLC | Trial Lawyers." *Sawan and Sawan - Injury Lawyers* (blog), January 27, 2020. <https://sawanandsawan.com/deepfake-videos-as-evidence-in-court/>

- Scanlon, Dr Thomas P. "Data Science & Cybersecurity." *Data Science*.
- Shadrack Awah Buo. "The Emerging Threats of Deepfake Attacks and Countermeasures." <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.23089.81762>
- Suvorova, Inna. "Deepfake Pornography as a Male Gaze on Fan Culture."
- Vaccari, Cristian - Chadwick, Andrew. "Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News." *Social Media + Society* 6/1 (January 2020), 205630512090340. <https://doi.org/10.1177/2056305120903408>
- Westerlund, Mika. "The Emergence of Deepfake Technology: A Review." *Technology Innovation Management Review* 9/11 (January 1, 2019), 39-52. <https://doi.org/10.22215/timreview/1282>
- Yu, Peipeng et al. "A Survey on Deepfake Video Detection." *IET Biometrics* 10/6 (November 2021), 607-624. <https://doi.org/10.1049/bme2.12031>
- Zhang, Yanping et al. "A Survey of Cyber Crimes: A Survey of Cyber Crimes." *Security and Communication Networks* 5/4 (April 2012), 422-437. <https://doi.org/10.1002/sec.331>.



Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğü ve İhlali Halinde İlgililerin Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerine Değerlendirme^(*)

Evaluations on the Obligation of Reporting Suspicious Transaction and the Criminal Liability of the Related Persons in case of Breach of the Obligation

Uğur YAZICI^(**)

Öz

Hukuk devleti iddiasında olan ülkeler ekonomik kazanç elde etmek amacıyla suç işlenmesine müsaade etmezler. Özellikle örgütlü suçluluk neticesinde önemli miktarda suç geliri elde edilmektedir. Elde edilen bu suç gelirlerinin aklanması ise günün teknolojik ve ekonomik gelişmelerine göre çeşitlenmektedir. Suç gelirlerinin aklanması suretiyle elde edilen ekonomik değerler ülkelerin ekonomik düzenini, sosyal yapısını ve siyasi alanlarını etkileyebilecek seviyelere ulaşmıştır. Suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele için çeşitli uluslararası örgütler ve uluslararası birlikler belli ülkeleri bağlayacak farklı öneri ve kuralları metin haline getirmişlerdir. Sınır aşan bir nitelik kazanan suç gelirlerinin aklanması ile mücadelede önleyici tedbirlerin etkin bir şekilde yürütülmesi son derece önemlidir. Suç gelirlerinin aklanması ile mücadelede en önemli önleyici tedbir ise şüpheli işlem bildirimidir. Şüpheli işlemlerin bildirilmesi suçtan elde edilen gelirlerin önlenmesini ve suçun kazanç kapısı olarak veya meslek olarak ya da geçim kaynağı olarak görülmesinin önüne geçecektir. Çalışmamızda şüpheli işlem bildiriminin suç gelirlerinin aklanması ile mücadelede ortaya çıkan uluslararası metinlerdeki kapsamı ve çerçevesi belirtilerek ulusal mevzuatımızdaki güncel durum açıklanacaktır. Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğündeki ilgili yükümlüler ile yükümlülüğün kapsamı anlatıldıktan sonra yükümlülüğün ihlali veya yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesine bağlanan idari ve cezai sorumluluk ortaya konulacaktır.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 07.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 04.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1310965

^(**) Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü;
Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: ugur.yazici@hbv.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4999-3851>

Anahtar Kelimeler

Suç Geliri, Şüpheli İşlem Bildirimi, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değeri, Suçu Bildirmeme.

Abstract

States claiming the rule of law do not allow crime to be committed in order to gain economic gain. Especially as a result of organized crime, a significant amount of proceeds of crime is obtained. The laundering of these proceeds of crime varies according to the technological and economic developments of the day. The economic values obtained by laundering the proceeds of crime have reached levels that can affect the economic order, social structure and political fields of the countries. In order to deal with laundering the proceeds of crime, various international organizations and international associations have put different proposals and rules that will bind certain countries into text. It is extremely important to carry out preventive measures effectively in order to fight against laundering the proceeds of crime, which has gained a transnational feature. The most important preventive measure in the fight against laundering the proceeds of crime is suspicious transaction report. Reporting the suspicious transactions will prevent not only the proceeds of crime but also the crime from being seen as a source of income, as a profession or as a source of livelihood. In our study, the current situation in our national legislation will be explained by specifying the scope and framework of the reporting of suspicious transactions in the fight against laundering the proceeds of crime in the international texts. After explaining the relevant obligors under the obligation to report suspicious transactions and the scope of the obligation, the administrative and penal liability related to the breach of the obligation or failure to fulfill the obligation properly will be revealed.

Keywords

Proceeds of Crime, Suspicious Transaction Reporting, Value of Property Resulting from Crime, Failure to Report a Crime.

GİRİŞ

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar, çoğu zaman bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir¹. “*Uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, petrol kaçakçılığı, doku ve organ ticareti, fuhuş*” gibi ekonomik çıkar amacı ile işlenen suçların oluşturduğu geniş çaptaki küresel ekonomi, bu suç örgütleri tarafından kontrol edilmektedir². “*Suç örgütleri bu faaliyetlerini yasal şirketler veya ticari işletmeler yoluyla yerine getirmektedirler*”³.

Ekonomik çıkar amacı ile işlenen suçlar yoluyla elde edilen yüksek miktardaki kazancın, meşru yollardan elde edilmiş gibi çeşitli araçların kullanılması suretiyle ekonomik sisteme dâhil edilmesi, ciddi toplumsal ve ekonomik sorunla-

¹ İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) s. 145; Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap - Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 34.

² Fatih Yurtlu, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme*, Cumhuriyet Şahin, *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) s. 447.

³ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap*, s. 35.

ra neden olmaktadır⁴. Çıkar amaçlı suç örgütlerinin ekonomik ve siyasi alandaki faaliyetleri sebebiyle ekonomik ve siyasi mafya tabiri de kullanılmaktadır⁵. Suç örgütleri faaliyetleri sonucunda elde ettikleri ekonomik güçle birlikte ülkelerdeki siyasi, adli, idari ve askeri makamlara nüfuz etme imkânını elde etmektedirler⁶. Dolayısıyla suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanmasına yönelik faaliyetler, yalnızca meşru ekonomik düzeni değil hukuk toplumunun bütün yapısal unsurlarını da derinden etkilemektedir⁷.

Siyasi amaçlarına ulaşmak için şiddeti bir yöntem olarak seçen terör örgütleri de çoğu zaman ihtiyaçları olan mali kaynağı ekonomik çıkar elde ettikleri bu suçlardan temin etmektedir. Dolayısıyla suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanmasıyla terörizmin finanse edilmesinin, çoğu zaman birbiriyle yakın ilişki içerisinde olduğu görülebilmektedir⁸.

Tüm bu gerekçelerle, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin meşru ekonomik sisteme sokulmasına yönelik fiillerle mücadele etmek, günümüz ulusal ve uluslararası otoriteleri bakımından bir zaruret halini almıştır.

I. GENEL OLARAK SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASI VE TERÖRİZMİN FİNANSMANI

A. SUÇ GELİRİNİN AKLANMASI

Suç gelirlerini aklama eyleminin ilk örneği, Amerika Birleşik Devletleri'nde içki yasağının olduğu dönemde, bir suç örgütü lideri olan Al Capone tarafından gerçekleştirilmiştir. Al Capone, “içki kaçakçılığından elde ettiği gelire yasal görünüm kazandırmak için öncelikle çamaşırhaneler satın almış, akabinde içki kaçakçılığından elde ettiği geliri çamaşırhane zincirinden elde ettiği gelirlerle karıştırarak muhasebelendirilmesini sağlamıştır”⁹.

Yasal olmayan yollardan hukuka aykırı olarak elde edilen gelire, organize bir şekilde meşruiyet kazandırma çabası, “karapara aklama” kavramını ortaya çıkarmıştır. Söz konusu kavram ABD'deki yasadışı örgütlerin yasadışı elde ettikleri gelirleri legal hale getirmek için açtıkları çamaşır yıkama merkezleri sonrasında kullanılmıştır¹⁰. Amaçlarına ulaşmak isteyen suç örgütleri, buldukları

⁴ Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 145.

⁵ Özbek, *Ekonomi ceza hukuku birinci kitap*, s. 35.

⁶ Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 145.

⁷ Yurtlu, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme*, 448.

⁸ Yurtlu, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme*, 448.

⁹ Sedat Güner, *Organize Suç Örgütleri, Kara Para ve Aklanması*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, s. 193.

¹⁰ Devrim Aydın, Çetin Arslan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerini Aklama ve Terörün Finansmanı Suçları*, (Ankara: Yetkin, 2021), s. 17.

ülkelerde ihtiyaçları olan parasal desteğin büyük kısmına suç olan fiilleri gerçekleştirerek ulaşmaktadırlar¹¹. Aklamaya konu gelirler ise çoğunlukla uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, silah ticareti, insan ticareti gibi suçlardan elde edilmektedir.

Karapara öğretide, “*genel olarak, suç sayılan bir fiilin işlenmesinden elde edilen para, mal, gelir veya değer*” olarak tanımlanmaktadır¹². Karapara, uluslararası anlaşmalarda ve literatürde “*suç geliri*” kavramına karşılık gelen “*dirty money*” veya “*proceeds of crime*” gibi ifadelerle anılmaktadır¹³.

Çeşitli hukuki metinlerdeki karapara ve bunun aklanması ile ilgili tanımlamalara göz atıldığında, ilk olarak, 91/308/EEC Sayılı Avrupa Konseyi Direktifinde karapara, “*Uyuşturucu maddelerle ilgili faaliyetlerden ve bu faaliyetlere iştirak edilmesinden elde edilen her türlü kazanç*” olarak tanımlanmıştır. Viyana Sözleşmesinin 3. Maddesinin 1/a bendine göre ise 91/308/EEC Sayılı Direktif çerçevesinde, uyuşturucu madde ticareti ile ilişkilendirilerek bir karapara tanımı yapılmış, “*Bir iktisadi değere sahip maddi yada gayri maddi, taşınır yada taşınmaz her türlü varlık ile bu varlıklar üzerindeki bir hakkı veya menfaati kanıtlayan her türlü hukuksal belgeler ve araçlar suç sayılan faaliyetlerden kazandığı takdirde karapara olarak nitelendirilirler.*” ifadesi ile karaparanın tanımı genişletilmiştir. Nitekim Strazbourg Konferansı’nda bu tanım “*her türlü kriminal aktivitelerden elde edilen kazanç*” olarak ifade edilmiştir¹⁴.

Mevzuatımıza ilk defa 4208 Sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun’da düzenlenen karapara aklama suçu ile giren karapara terimi hukuki kavram olma niteliği bakımından eleştirilmiştir; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ilgili fiillere karşılık gelen suçun suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama olarak karşılık bulması ile karapara teriminin mevzuatta yerini suç geliri terimine bıraktığı söylenebilecektir¹⁵. 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile 4208 Sayılı Kanun’da yer alan karapara ibaresi yerini suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri, karapara aklama

¹¹ Mehmet Aksakal, *Karapara Aklama Suçu ile Organize Suçu ve Terörizmin Finansmanı Suçu Arasındaki İlişki ve Mücadele Yöntemleri*, (Balıkesir: Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), s. 12.

¹² Ümit Kocasakal, *Karapara Aklama Suçu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), 13.

¹³ Uğur Dönmez, *Karapara ve Türkiye’de Karaparanın Aklanması ile Mücadele*, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 3.

¹⁴ Ramazan Başak, *50 Soruda Karapara ve Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi*. (Türkiye Bankalar Birliği, Yayın no: 206, 1998), 2.

¹⁵ Kerim Çakır, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) s. 11, Murat Balcı ve Kerim Çakır, “Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 16(46), 313.

suçu ibaresi ise yerini aklama suçu ibarelerine bırakmıştır¹⁶. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri, suç geliri ve karapara kavramları literatürde eş anlamlı terimler olarak kullanılmaya devam etmektedir.

Karapara kavramının içeriğinin tespitinde, her türlü suçtan elde edilen malvarlığını, sayma suretiyle belirlenen suçlardan elde edilen malvarlığını ve belirli ağırlıktaki cezayı gerektiren suçtan elde edilen ekonomik değeri bu kapsamda kabul etme şeklinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır¹⁷. 4208 Sayılı Kanun döneminde karapara sayma suretiyle belirlenen suçlardan elde edilen geliri ifade etmekte iken 5549 sayılı Kanun ile suç listesi yaklaşımı terk edilmiştir. TCK m. 282 suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklama suçu düzenlemesinde *“alt sınırı 6 ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan elde edilen para, altın, hisse senedi, menkul mal vb. malvarlığı değerlerinin”* suçta konu olması sebebiyle öncül suçların belirlenmesinde belirli ağırlıktaki cezayı gerektiren suçtan elde edilen ekonomik değeri bu kapsamda kabul etme yaklaşımın esas alındığı görülmektedir.

Bir görüşe göre karapara aklama, *“Yasadışı faaliyetlerden elde edilen para veya para ile ölçülebilen ekonomik değerın mali sisteme sokularak yasal bir zeminde kavuşturulması ya da diğer varlıklara dönüştürülmesidir”*¹⁸.

Sonuç itibarıyla karaparanın aklanması, *“Kanunlarca tespit edilen belirli suçların işlenmesi neticesinde edinilen her türlü ekonomik değerın, meşruluk kazandırılması amacıyla yasadışı niteliğinden çıkarılarak, yasal ekonomik değere dönüştürülerek yasal ekonomik sisteme dâhil edilmesine yönelik tüm işlemler”* olarak tanımlanmaktadır¹⁹.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri (karapara) ile kayıt dışı ekonomik değer kavramlarının karıştırılarak eş anlamlı olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Ancak karapara kelimesinin anlamı, kayıt dışı ekonomik değerden farklıdır²⁰. Karapara, suçtan kaynaklanan malvarlığı değeridir ve öncül bir suçun işlenmesi yoluyla karşımıza çıkar²¹. Kayıt dışı ekonomik değer ise belgeye bağlanmamış ve bu nedenle vergilendirilememiş ekonomik bir değerdir ve mutlaka bir suçun işlenmesinden elde edilmesi gerekmez²². Kayıt dışı ekonomik değerlerde amaç vergiden ve diğer birtakım mükellefiyetlerden kaçınmaktır²³. Kayıt dışı ekono-

¹⁶ 5549 Sayılı Kanun madde 26/3: “Diğer mevzuatta yer alan “karapara” ibaresinden “suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri”, “karapara aklama suçu” ibaresinden aklama suçu anlaşılır.”

¹⁷ Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, 45.

¹⁸ Güner, *Organize Suç Örgütleri, Kara Para ve Aklanması*, 193.

¹⁹ Bkz. www.masak.gov.tr, (E.T. 15.05.2021).

²⁰ Arslan - Aydın, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerini Aklama ve Terörün Finansmanı Suçları*, 19.

²¹ Özgenç, *Suç örgütleri*, 181.

²² Özgenç, *Suç örgütleri*, 181.

²³ Arslan - Aydın, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerini Aklama ve Terörün Finansmanı Suçları*, 19.

mik değerler, yasal ve meşru faaliyetlerin sonucunda da elde edilebilmektedir²⁴. Karapara ise suç teşkil eden fiillerden ekonomik kaynağının gizlenmesi suretiyle yasal bir biçimde elde edildiği izlenimi verilmek amacıyla işlemlere tabi tutulmaktadır²⁵.

B. TERÖRİZMİN FİNANSMANI

Terör ve terörizm kavramları yakından ilişkilidir ancak farklı anlamlara gelmektedir²⁶. Terör kavramı, “*yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş*” gibi anlamlara gelir.²⁷ Terörizm ise “*siyasal bir hedefe ulaşmak amacıyla devlete, halka veya bireylere karşı şiddet eylemlerine başvurma*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁸. Terörle mücadelenin en önemli veçhelerinden biri de terör örgütlerinin eylemlerini mali yönden besledikleri kaynakların kesilmesidir.

Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu, terörizmin finansmanı kavramını “*Herhangi bir şekilde terörizmi veya terörizmi teşvik eden, planlayan veya onunla bağlantılı olan kişileri finansal olarak desteklemek*” olarak tanımlamaktadır²⁹.

Terörün finansmanı ve karapara aklama ile mücadeledeki yöntemlerin benzerliği, bizi her iki olgunun aynı olduğu sonucuna götürmemelidir. Nitekim terörün finansmanında kullanılan veya tedarik edilen ekonomik değerler meşru kaynaklardan elde edilmesi de mümkündür. Aklamaya konu ekonomik değer ise suç işlenmesi sonucunda elde edilir. Bu iki kavramın arasında amaçları bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Terörün finansmanında gayri meşru ve hukuk dışı birtakım faaliyetlerin desteklenmesi amaçlanırken; aklama suçunda, gayri meşru bir yolla elde edilmiş olan ekonomik değer, meşru bir yolla elde edilmiş olduğu izlenimi uyandırmak amaçlanmaktadır³⁰.

C. EKONOMİK SUÇLAR BAĞLAMINDA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ekonomik suç kavramı, 1929 yılı ve devamında yaşanan ekonomik buhran sonrası ortaya çıkmış, akademik çalışmalarda kavramsal düzeyde incelemelere konu olmuştur. Ekonomik hayata etkili fiillerin özel hukuk bağlamında değerlendiril-

²⁴ Kocasakal, *Karapara aklama suçu*, 14.

²⁵ Kocasakal, *Karapara aklama suçu*, 14.

²⁶ Ayrıntılı kavramsal tartışma için bkz. Faruk Turinay, *Ceza hukukunda terör amaçlı örgütlenme suçu*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 23 vd.; Faruk Turinay, “*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*” Ceza hukukunda terör örgütü kavramı., s. 40 vd.

²⁷ Türk Dil Kurumu, “*Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*”, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 15.04.2021).

²⁸ Türk Dil Kurumu, “*Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*”, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 15.04.2021).

²⁹ Fatma Umay Genç, *Terörizmin finansmanı ve suçtan elde edilen gelirlerin aklanması, aranması, elkonması ve müsaderesi hakkında avrupa konseyi sözleşmesi ve Türk hukuku*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), s. 14.

³⁰ Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 237.

dirilmesi yaklaşımının yerini ceza hukuku yaptırımlarıyla korunması yaklaşımına bırakması da bu büyük ekonomik buhran sonrasında rastlamaktadır³¹.

Hukuki değer, “*Füilin üzerinde icra edildiği ve suçun konusunu oluşturan insan veya şey gibi duyu organlarıyla algılanabilen, somut veya gerçek varlıklar olmayıp, toplumsal düzenin devamının korunması için gereken soyut, manevi ve ideal değerler*” olarak tanımlanmaktadır³². Diğer bir tanımlamada ise; korunan hukuki değer “suçla ihlal olunan hak ve menfaat”³³ şeklinde ifade edilmiştir. Birreylere suç işleyerek korunan hukuki değerlere karşı çıktıklarını gösterirler³⁴.

Ekonomik suçlar ile korunan hukuki değerler öğretilde toplumun veya kişilerin ekonomik menfaatleri veya ekonomik düzenin kendisi, ekonomik düzene duyulan güven ve istikrar olarak kabul edilmektedir³⁵. Korunan hukuki değerden hareketle ekonomik suçlar, “*ekonomik suçların düzenli işleyişindeki genel ekonomik yararı ve bu hukuksal yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden eylemler*” olarak tanımlanabilecektir³⁶. Türk Hukukunda da ekonomik suç, mali suç ve ticari suç terimleri benzer anlamları ifade eder şekilde kullanılmaktadır³⁷. Bu bağlamda 6329 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Kanunu ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’da yer alan suçların ekonomik suçlar olarak nitelendirilmesi mümkündür³⁸.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu ile birden çok hukuki değer koruma altına alınmaktadır. Bu suçla korunan hukuksal değerler, “*adalet sisteminin etkin olarak çalışmasının sağlanması; suç örgütlerinin ekonomik güçlerinin çökertilmesi ve dolayısıyla suçun finansmanının önlenmesi; özellikle organize suçluluk, yasa dışı uyuşturucu ticareti ve fuhuşun önlenmesi; ekonominin bütünlüğünün, güvenliğinin, denge ve istikrarının korunması; piyasa koşullarına göre hareket eden yasal girişimcilerin ve dolayısıyla tüm ekonominin korunması; yolsuzluğun önlenmesi ve dolayısıyla tüm kamu güveninin korunma-*

³¹ Aytekin İnceoğlu, Ekonomik suçlar, “*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*”, 19(1), 2020, s. 120-121.

³² Yener Ünver, *Ceza hukukuyla korunması amaçlanan hukuksal değer*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), s. 149, 474.

³³ Emin Artuk, Ahmet Gökçen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) s. 385.

³⁴ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021), 224.

³⁵ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap*, 30-31; İnceoğlu, *Ekonomik suçlar*, 123-125.

³⁶ Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, 218.

³⁷ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap*, 30-31.

³⁸ İnceoğlu, *Ekonomik suçlar*, 126.

si” olarak sıralanmaktadır³⁹. Bu düzenleme ile suç örgütlerine mali kaynak sağlayan suçların işlenmesinin önlenmesi ve bu suretle suç örgütlerinin mali güçten yoksun bırakılarak tesirinin kırılması amaçlanmaktadır⁴⁰. Suç işlemek suretiyle elde edilen maddi menfaatlerin meşru ekonomik sisteme dâhil edilmesi, hem kişilerin hukuk sistemine olan güvenini zedeleyecek hem de var olan finansal düzeni bozacaktır. Bu durum da bireylerin “barış ve güven esasına dayalı hukuk toplumunda yaşama hakkına” müdahale niteliğindedir⁴¹. Doktrinde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu ile suç tipinin “Adliye Karşı Suçlar” arasında düzenlenmiş olmasından dolayı devletin “adil yargılama fonksiyonunun” ve adalet sisteminin etkin olarak çalışmasının koruma altına aldığı belirtilmiştir⁴². Zira bu suç tipiyle öncül suçlar ve failleri gizlendiği, suç gelirinin kaynağı ile olan bağlantısının silindiği ve öncül suç gelirinin müsadere imkânı ortadan kaldırıldığı için ceza adaletinin işleyişi engellenmektedir⁴³. Bunun dışında ayrıca dolaylı olarak öncül suçlarla korunan hukuki değerlerin de korunduğu ifade edilebilecektir⁴⁴.

Terörizmin finansmanı suçu ile terör suçlarının önüne geçmek ve toplumu bu suçların olası ağır sonuçlarından korumak amaçlanmaktadır. Bu amacı sağlamanın bir yöntemi olarak ise terör örgütlerinin mali gücünü ortadan kaldırma veya zayıflatma seçilmektedir⁴⁵. Terörizmin finanse edilmesi hem terör örgütlerinin güçlenmesini hem de yeni terör eylemlerinin gerçekleşmesi riskini artırdığından, bu suç tipi ile siyasal, sosyal, ekonomik ve askeri yapıdaki istikrar ve güven hukuki değer olarak korunmaktadır. Bu bağlamda terörizmin finansmanı

³⁹ Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 452.

⁴⁰ Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 237.

⁴¹ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun madde gerekçesinde şu açıklamalar yer almaktadır: “Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görülmesine neden olmaktadır. Suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan ekonomik değerlerin meşruiyet görüntüsü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması, aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu düşüncelerle, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurt dışına transfer edilmesi veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır”.

⁴² Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 105; Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 455.

⁴³ Kocasakal, s. 70; Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), s. 113.

⁴⁴ Özgenç, *Suç örgütleri*, s. 145; İzzet Özgenç, “Şüpheli İşlem Bildirimiminin Hukuki Mahiyeti, Masak’ın Rolü”, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (3), 2021, s. 283; Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 455.

⁴⁵ Kocasakal, *Terörizmin Finansmanı- Ulusal Rapor*, s. 134.

suçu ile terör suçları ve terör eylemlerinin cezalandırılmasındaki korunan hukuki değerlerin ortak olduğu söylenebilecektir⁴⁶. Terörizmin finansmanı suçu ile finanse edilen terörün hedef aldığı anayasal düzen ve anayasal hak ve hürriyetler de dolaylı olarak koruma altına alınmaktadır⁴⁷.

II. AKLAMA VE TERÖRÜN FİNANSMANI İLE MÜCADELEDE ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ

A. GENEL OLARAK

Küreselleşmenin hız kazanması ile teknolojik gelişmeler de hızlanmıştır. Teknolojik gelişmelerin sunduğu yeni imkân ve araçlarla beraber, suçtan elde edilen gelirlerin aklanması, daha hızlı, kolay ve düşük maliyetlerle gerçekleştirilebilir faaliyetler haline gelmiştir.

Aklamanın önü alınamaz düzeye gelmesi, çeşitli tehditleri de beraberinde getirmektedir. Bu sebeple ülkelerce öncelikli olarak ulusal seviyede, akabinde uluslararası seviyede aklamaya mücadele amacıyla çeşitli adımlar atılarak, bu alanda yeni yöntemler geliştirmeye çalışılmaktadır.

Suç gelirinin aklanmasının önlenmesi amacıyla, uluslararası iş birliğinin sağlanması ve ülke mevzuatının uyumlu hale getirilmesine yönelik uluslararası girişimler ile anlaşmalar konusunda çalışmalar yapılmaya başlanmıştır⁴⁸. Bu girişimlerin başlıcaları; “1988 tarihli Viyana Konvansiyonu”, “1989 tarihinde oluşturulan Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force -FATF)”, “1990 tarihli Strasburg Konvansiyonu”, “1995 tarihinde kurulan EGMONT Grubu” ve “2000 tarihli Palermo Konvansiyonu”dur.

Karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının engellenmesine matuf uluslararası düzenlemelerde benimsenen yöntemlerin, genel olarak üç ayrı temele dayandığı ifade edilmektedir⁴⁹. Bunlar; bastırıcı tedbirler, önleyici tedbirler ve etkin uluslararası iş birliğidir.

Bastırıcı tedbirler, suçun işlenmesinden sonra faillerin ve suçtan elde edilen gelirin tespiti ile “suçluların cezalandırılması ve suç gelirlerinin müsaderesini” hedeflemektedir. Bu bağlamda bastırıcı tedbirlerin ilgili suçlara uygulanacak ceza hukuku müesseseleri olduğu ifade edilebilir⁵⁰. Hukuk sistemimizde bastırıcı tedbirlerin ilki TCK m.282’de yer alan “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini

⁴⁶ Mehmet Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), s. 289.

⁴⁷ Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, s. 290.

⁴⁸ Hasan Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, *Bankacılık Dergisi*, no. 65, 2008, s. 38.

⁴⁹ Genç, *Terörizmin Finansmanı*, s. 3.

⁵⁰ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 24.

aklama” suçu ile verilecek cezadır, bir diğeri ise güvenlik tedbirleri olarak TCK m. 54 ve 55’te düzenlenen eşya ve kazanç müsaderesi kurumlarıdır⁵¹.

Önleyici tedbirle, suçun işlenmesine imkân sağlayan durumları azaltmak ve suç işlendikten sonra faillerin yakalanmalarını artırmak suretiyle potansiyel suçluları, suçu işlemekten vazgeçirmek ve suçun tekrarlanmasını engellemek amaçlanmaktadır. Önlemenin mümkün olmaması halinde ise en azından faillerin suçun işlenmesi sırasında tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Önleyici tedbir kavramı, ekonominin dikkatli şekilde kayıt altına alınması, yasadışı etkinliklerin sonucunda sisteme giren gelirlerin erken fark edilmesi ve inceleme sürecinin başlatılması süreçlerine ilişkin gerekli önlemlerin alınması ve bu hususlarda gerekli duyuruların yapılması gibi başlıkları içermektedir; bilginin toplanması ve değerlendirilmesi önleyici tedbirlerin temel işlevleridir⁵².

Önleyici tedbirler kapsamında bilginin toplanması kimlik tespiti, nakit işlem bildirimini, şüpheli işlem bildirimini gibi para akış işlemlerine dahil olan kimsele-re getirilecek yükümlülükler ile mümkün kılınmaktadır. Bu anlamda banka ve finans kurumları ve bağlantılı bazı meslek gruplarının bilginin toplanmasında özel bir sorumluluk altında olduğu söylenebilecektir. Getirilen yükümlülükler ile toplanan bilginin değerlendirilmesi süreci ise uzman mali işlem kurumları tarafından yapılacaktır; ülkemizde önleyici tedbirlerin değerlendirilmesinde görevli yapı, idari model örgütlenmesi ile Mali Suçlar Araştırma Kurulu (MASAK) dur⁵³.

Genel olarak önleyici tedbirler; yükümlü kişilerin müşterilerini tanımaları, müşterilerine ve hesaplarına yönelik kayıtları belirli bir zaman saklayarak yetkililer tarafından istenilmesi halinde ibraz etmeleri ve şüpheli işlemler hakkında bildirimde bulunmalarıdır⁵⁴. Suç gelirlerinin aklanmasının engellenmesine yönelik bu faaliyetlerden önleyici tedbirler, bastırıcı tedbirlere oranla daha etkili sonuçlar vermektedir⁵⁵.

Suç gelirlinin aklanması ile mücadele sistemi içinde en önemli yeri, şüpheli işlem bildirimleri almaktadır. Şüpheli işlem bildirim sisteminin etkin kullanımının, aklama ile mücadeledeki başarının sırrı olduğu söylenebilir. Şüpheli işlem bildirim sistemi, aklama ile mücadelede kullanılan bir yöntem olduğu gibi, aynı zamanda terörün finansmanının önlenmesi için de kullanılan bir yöntemdir.

⁵¹ Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 634.

⁵² Murat Kuru, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesinde Şüpheli İşlem Bildirimi ve Avukatlık Mesleği ilişkisi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(195), 2020, s. 1781; Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 240.

⁵³ Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, s. 233 vd.

⁵⁴ Eda Erol, *Suç Gelirlinin Aklanması Sürecinde Bankacılık Sisteminin Rolü*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 18.

⁵⁵ Sermet Aydın, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensibi. *Bankacılar Dergisi*, S. 65, 2008, s. 66-88.

Şüpheli işlem bildirimini, “suç gelirlerinin aklanmasına hizmet eden muhtemel ve şüphe uyandıran işlemler konusunda belirlenen yetkili otoritelerin uyarılmasıdır”⁵⁶. Bu anlamda yükümlülerin, aklama ile mücadelede görevli kamu otoritelerinin gözü ve kulağı oldukları ifade edilebilir.

Şüpheli işlem bildirimini bir sistem olarak değerlendirildiğinde, sistemin bir tarafında mücadelede görevli “mali istihbarat birimi” diğer tarafında ise “yükümlüler” yer almaktadır. Şüpheli işlemler, sistemin objesini oluşturmaktadır⁵⁷.

Şüpheli işlem bildirimini, işleme konu malvarlığı değerinin bir suç işlenmesinin sonucu olarak elde edildiğinin kesin olduğu durumlarla sınırlı değildir; bu bakımdan suç bildirmeme suçundan ayrılmaktadır⁵⁸.

B. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ SİSTEMİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI NİTELİKTEKİ ÇEŞİTLİ DÜZENLEMELERE İLİŞKİN İLKELER

1. Mali Eylem Görev Gücü (FATF)

Karaparanın mali sistemleri kullanarak ekonomileri tahakküm altına aldığını gören G-7⁵⁹ ülkeleri tarafından, uyuşturucu üretimi, tüketimi ve ticareti suçlarından elde edilen gelirlerin aklanması ile mücadelede acil ve etkili adımların atılması amacıyla⁶⁰, Temmuz 1989’da OECD⁶¹ bünyesinde hükümetler arası bir organizasyon olarak FATF (Financial Action Task Force)⁶² kurulmuştur. FATF, suç işlenmesiyle elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ile ve bu değerlerin yasadışı kaynağını saklamak için birtakım işlemlere tâbi tutulmasına karşı mücadelede politikalar geliştirmeyi ve özendirmeyi amaçlamaktadır⁶³.

FATF’in görevi ise, “Suç gelirinin aklanması, terörün finansmanı, kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ve finansal sistemlerin bütünlüğüne yönelik teh-

⁵⁶ Reuter, M. Truman, Chasing dirty money: the fight against money laundering, *Institute for International Economics* 2004, 46.

⁵⁷ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 40.

⁵⁸ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 274; Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, s. 247; Çakır, *Aklama Suçu*, s. 72.

⁵⁹ FATF’in kuruluşunda yer alan G-7 ülkeleri; ABD, İtalya, Fransa, İngiltere, Japonya, Kanada ve Almanya’dan oluşmaktadır

⁶⁰ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 44.

⁶¹ “OECD açılımı, Organisation for Economic Co-operation and Development; Türkçe karşılığı ise İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı’dır. OECD, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa ekonomilerini desteklemek ve iyileştirmek amacı ile oluşturulmuştur. Organizasyon, Marshall Planı doğrultusunda Kanada ve ABD’nin o dönemde yaptığı yaklaşık 12 milyar dolar mali yardımın dağıtımını sağlamak için faaliyete geçmiştir.”

⁶² FATF 2021 yılı itibarıyla ikisi uluslararası örgütler olmak üzere 39 ülkeden oluşmaktadır. Türkiye 1991 yılında üye olmuştur.

⁶³ Kürşat Türker Ercan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s. 50.

ditlerle mücadelede standartlar belirleyerek yasal ve operasyonel tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik etmek”tir⁶⁴. Bu amaç doğrultusunda yapılan çalışmalar neticesinde 1990 yılının Nisan ayında, 40 no.lu Tavsiye Kararı⁶⁵ olarak anılan bir rapor yayımlanmıştır. Bu rapor, karapara aklama konusu ile ilgili olarak tüm sorunları ortaya koyması bakımından, bugüne dek konu ile ilgili yapılmış kapsamı en geniş olan araştırmadır⁶⁶. 11 Eylül saldırılarından sonra, terörün finansmanını önlemeye yönelik olarak 40 no.lu Tavsiye Kararlarına özel tavsiyeler ilave edilmiştir.

FATF tarafından oluşturulan 40 no.lu Tavsiye Kararları incelendiğinde, önemli ölçüde Viyana Konvansiyonu’ndan yararlandırıldığı görülmektedir.⁶⁷ Buna karşın FATF, farklı bir yaklaşım ortaya koyarak, “suç gelirlerinin aklanması ile mücadelede aklama filinin suç haline getirilmesi” ile yetinmeyip, bunun yanında “çeşitli önleyici tedbirlerin de gerekliliğini” vurgulamıştır.

FATF, terörün finansmanı ve suç gelirlerin aklanması ile mücadelede, bugün standart belirleyen bir yapı haline gelmiştir⁶⁸. Konuya ilişkin ulusal düzenlemeler, FATF’in ortaya koyduğu “40 artı 9 Tavsiye” kararları ve oluşturduğu metodolojiye göre düzenlenmektedir⁶⁹.

Türkiye de 1991 yılında FATF’e üye olmuş ve bu kapsamda suç gelirlerinin aklanması ile mücadeleye yönelik yasal düzenlemeler yapmıştır. “4208 sayılı Ka-

⁶⁴ Aynı Görüş: Yurtlu, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme*, s. 450. Yeşim Yılmaz, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt, XVII, 2020 Özel Sayı, s. 191. Ayrıntılı Bilgi İçin Bakınız: <https://www.fatfgafi.org/>, (E.T. 15.04.2021).

⁶⁵ - “Ülkeler karapara aklamayı, Viyana ve Palermo Konvansiyonlarını esas alarak suç saymalıdır. Ülkeler karapara aklama suçunu, öncül suçları en geniş şekilde ihtiva edecek şekilde, bütün ağır suçlara uygulamalıdır.

- Ülkeler, terörün finansmanını, Terörün Finansmanı Konvansiyonunu esas alarak suç saymalıdır ve sadece terör eylemlerinin finansmanını değil, belirli bir terör eylemi veya eylemleri ile bağlantılı olmasa bile terör örgütlerinin ve bireysel teröristlerin finansmanını 8 da suç saymalıdır. Ülkeler, bu suçların karapara aklamanın öncül suçları olarak belirlenmesini temin etmelidir...

- Ülkeler, tüzel kişilerin karapara aklama veya terörün finansmanı amacıyla istismar edilmesini önleyecek tedbirler almalıdırlar...

- Ülkeler, yasal oluşumların karapara aklama ve terörün finansmanı amacıyla istismar edilmesini önleyecek tedbirler almalıdırlar...

- Belirlenmiş yasa uygulama makamları, en azından gelir sağlayan başlıca suçlarla ilgili tüm olaylarda, karapara aklama, buna bağlı öncül suçlar ve terörün finansmanının takibi sırasında proaktif paralel bir finansal soruşturma yürütmelidir. Bu husus, bağlı öncül suçun ülke dışında olduğu durumları da kapsmalıdır...

- Ülkeler, yersiz bir şekilde geciktirmeden, karapara aklama ve terörün finansmanı ile ilgili iade taleplerini yapıcı ve etkili bir şekilde yerine getirmelidir...”

⁶⁶ Ercan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, s. 50.

⁶⁷ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 44.

⁶⁸ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 45.

⁶⁹ FATF, (2004), *Special Recommendations on Terrorist Financing*, Paris, FATF/OECD.

raparının Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun”, “5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”, “6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun”, ilgili yönetmelikler, tebliğler, ikili ve çok taraflı işbirliği anlaşmaları; suç gelirinin aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede hukuki çerçeveyi oluşturmaktadır⁷⁰.

FATF’in şüpheli işlem bildirimini ile ilgili olarak getirdiği tavsiye ve açıklamalardan özetle bahsedecek olursak;

FATF’in 13. Tavsiyesi, “*finansal kuruluşların bir fonun suç geliri olduğu veya terörün finansmanı ile ilgili bulunduğu yönünde şüphe duymaları veya şüpheliyi gerektirecek makul bir nedene sahip bulunmaları durumunda bunu derhal mali istihbarat birimine bildirmelerinin ülke mevzuatında yasa veya yönetmelik düzeyinde bir zorunluluk olarak yer alması gerekliliğini ifade etmektedir.*” Bu tavsiye hükmünün mevzuatımızdaki karşılığı 5549 sayılı Kanunun “şüpheli işlem bildirimini” başlıklı dördüncü maddesidir⁷¹.

FATF’in 14. Tavsiyesi, “*finansal kuruluşların, bunların yöneticilerinin ve çalışanlarının; şüpheli işleme konu fona kaynaklık eden suçun tam niteliğini bilip bilmemeleri ve yasadışı eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın mali istihbarat birimine iyi niyet kuralları çerçevesinde yaptıkları şüpheli işlem bildirimlerinden dolayı, bilgilerin ifşasına ilişkin herhangi bir mevzuatı ihlal etmeleri gibi bir nedenle hiçbir şekilde hukuki ve cezai bakımdan sorumlu tutulmayacakları hususunun yasa ile güvenceye bağlanmasına ilişkindir.*” Bu tavsiye hükmünün mevzuatımızdaki karşılığı, 5549 sayılı Kanunun “Yükümlülerin korunması” başlıklı onuncu maddesinin birinci fıkrasıdır⁷². Aynı tavsiye hükmünde “*mali istihbarat birimine şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğu veya bununla ilgili bilgi sunulduğuna ilişkin bilgilerin ilgililerce ifşa edilmemesi*” de belirtilmiştir. Bu hükmün mevzuatımızdaki karşılığı da 5549 sayılı Kanun’un “şüpheli işlem bildi-

⁷⁰ Hatice Atlı, *Suç Gelirlerinin Aklanmasında Bankaların Rolü*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), s. 1.

⁷¹ 5549 Sayılı Kanun’un 4. Maddesi:

“(1) Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur.

(2) Yükümlüler, Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar.

(3) Yükümlülerin hangi faaliyetlerinden dolayı ve hangi usul ve esaslara göre şüpheli işlem bildiriminde bulunacağı yönetmelikle belirlenir”.

⁷² 5549 Sayılı Kanun’un 10/1. Maddesi:

“Bu Kanun gereğince yükümlülüklerini yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler hiçbir şekilde hukukî ve cezaî bakımdan sorumlu tutulamaz.”

rimi” başlıklı dördüncü maddesinde belirtilmiş ve bu yükümlülüğün ihlali, aynı kanunda adli anlamda yaptırımı gerektiren eylem olarak hükme bağlanmıştır.

FATF’in 16. Tavsiyesi, “*finansal kuruluşlar dışındaki belirli işletmeler ile profesyonel meslek mensuplarının da şüpheli işlem bildirimde bulunacak yükümlüler arasına alınması gerektiğini*” bildirmiştir. Bu tavsiye kapsamında yükümlüler 5549 sayılı Kanun’un “*Tanımlar*” başlıklı ikinci maddesinde sayılarak belirtilmiştir.

Yine FATF 26. Tavsiyesi, “*ülkelerin, aklama ve terörün finansmanına ilişkin şüpheli işlem bildirimlerini alacak, aldığı bilgileri analiz edecek ve ortaya çıkan analiz sonuçlarını ilgili otoritelere iletecek merkezi bir mali istihbarat birimi kurmalarını istemiştir*”. Bu kapsamda Türkiye’de, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) kurulmuştur.

2. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Palermo Konvansiyonu)

“*Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Palermo Konvansiyonu)*”⁷³; insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu ticareti gibi sınır aşan suçlarla mücadele kapsamında, Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan bir inisiyatif sonucu ortaya konulan temel metindir⁷⁴ ve bu metin organize suçlarla mücadeleye yönelik olarak hazırlanmış ilk uluslararası düzenlemedir. Türkiye bu sözleşmeyi 13.12.200 tarihinde imzalamıştır⁷⁵.

Palermo Konvansiyonu’nun “Aklama ile Mücadele Önlemleri” başlığını taşıyan 7. Maddesinde, “*taraf devletlerden, bankalar ve banka dışı mali kuruluşlar ile karapara aklamaya müsait diğer kurumlara kimlik tespiti, kayıtların saklanması ve şüpheli işlemlerin bildirilmesi yükümlülüklerinin getirilmesi, karapara aklamaya ilişkin bilginin toplanması, analizi ve yasa uygulama birimlerine iletilmesi için ulusal merkezi bir birim olan mali istihbarat birimi kurulması, nakit ve parasal değeri haiz her türlü evrakın sınır ötesi hareketinin denetlenmesi, izlenmesi ve bunların sınır ötesi nakline ilişkin bildiriminde bulunulması istenmiştir*.”⁷⁶.

Palermo Konvansiyonu’nun, şüpheli işlem bildirim zorunluluğuna ilişkin telkin ve tavsiyeleri, FATF Tavsiyeleri ile paralellik göstermektedir.

⁷³ İş bu Sözleşme, Türkiye tarafından 20.12.1988 tarihinde imzalanmış ve 22.11.1995 tarihli 4136 sayılı Kanun’la uygun bulmuştur. Bakanlar Kurulu Sözleşme’yi; 16.11.1996 tarih ve 96/7801 sayılı kararı ile onaylamış ve metin 11.02.1996 tarih ve 22551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷⁴ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 46.

⁷⁵ Arslan - Aydın, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerini Aklama ve Terörün Finansmanı Suçları*, s. 29.

⁷⁶ Aksakal, *Karapara Aklama Suçu ile Organize Suçu ve Terörizmin Finansmanı Suçu Arasındaki İlişki ve Mücadele Yöntemleri*, s. 108.

3. Wolfsberg Grubu Aklama ile Mücadele Prensipleri

Wolfsberg Group, 2000 yılında 12 Özel Banka tarafından, karapara aklanması ile mücadele standartlarını belirlemek amacıyla İsviçre’de oluşturulan birliktir⁷⁷. Terörün finansmanı ve karapara aklama ile ilgili olarak grup tarafından yayınlanan belgeler ise şunlardır:

“- Karapara Aklamaya Karşı Özel Bankacılık Prensipleri

-Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Bildiri

- Karapara Aklamaya Karşı Muhabir Bankacılık Prensipleri

- Karapara Aklama Riskinin Yönetimi için Risk Temelli Yaklaşım Rehberi

-Yatırım Fonları ve Yatırım Araçları için Karapara Aklama ile Mücadele Rehber”⁷⁸

Bu prensip ve rehberlerin tamamında sıra dışı ve şüpheli işlemlerin tespitine ilişkin hususlar defaatle ifade edilmiştir⁷⁹. Wolfsberg Grubu, “şüpheli işlem bildirimi ile bankalar özelinde ayrıntılı prensipler” oluşturmuştur. Başka bir bakış açısıyla şüpheli işlemlerin bankalar için ne denli önem arz ettiği bu şekilde görülebilmektedir.

4. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği’nin “Finansal Sistemin Aklama ve Terörün Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Engellenmesi ile İlgili Üçüncü Direktifi”nin⁸⁰ Üçüncü Kısmında, “Bildirim Yükümlülüğü” başlığı yer almaktadır⁸¹. Direktif, yükümlülerin

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Küresel Bankalar: Küresel Standartlar. <https://www.wolfsberg-principles.com/about/mission>, (E.T. 25.05.2021).

⁷⁸ Oktay Üstün, “Karapara Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Uluslararası Girişimler ve Araçlara Toplu Bakış”, *Bankacılık Dergisi*, no. 65, 2008, s. 32-33.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Üstün, s. 32-33.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hüseyin Aykın, *Aklama ve terörün finansmanı ile mücadelenin küresel boyutu*. TC Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, (Ankara: Ümit Ofset Matbaacılık, 2010), s. 127-129. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/Aklama-ve-Ter%C3%B6r%C3%BCn-Finansman%C4%B1-ile-M%C3%BCadelenin-K%C3%BCresel-Boyutu.pdf>. (E.T. 28.05.2021).

“Mali Sistemin Karaparanın Aklanması Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine İlişkin 1991/308/EEC sayılı Avrupa Topluluğu Konsey Direktifi”, 2005/60 sayılı Finansal Sistemin Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. Üçüncü Direktif olarak da anılan bu direktifte AB üyesi ülkelerin kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede kapsamında mevzuatlarında yapmaları gereken düzenlemeler belirtilmiştir.”

⁸¹ Direktifin; “20. maddesinde, yükümlülerden yapılan işlemin aklama ve terörün finansmanı ile ilgili olup olmadığı konusunda özel dikkat göstermeleri istenmektedir. 21. maddesinde üye ülkelerin, aklama ve terörün finansmanı ile ilgili bildirimleri alacak, analiz edecek ve ilgili otoritelere dağıtacak merkezi bir mali istihbarat birimi kurmaları ve bu birimin yeterli kaynak ve verilere erişim imkânı ile donatılması zorunlu kılınmaktadır. 22. maddesinde ise şüpheli işlem bildirimine ilişkin yukarıda FATF tavsiyelerinde belirtilen açıklamalara paralel düzenlemeler yer almaktadır. 26. maddesinde, üye ülkelerin iyi niyetle bildirimde bulunanların hukuki ve cezai müeyyidelerle tabi olmamaları için gerekli

yaptıkları işlemlerin, aklama ve terörün finansmanı ile ilgili olup olmadığı hususunda dikkat ve özen göstermeleri gerekliliğini belirterek, yükümlüler nezdinde bir sorumluluk ortaya koymuştur. Direktif'te, diğer uluslararası metinlerde olduğu gibi, üye ülkelerce mali istihbarat birimi kurulması istenmektedir. Yükümlülerin aracılık ettikleri işlemleri ifşa etmemelerinin sorumluluk altına alınması ve bildirimle ilgili hukuki ve cezai olarak sorumlu tutulmamalarının üye ülkelerin iç hukuklarında düzenlenmesi istenmiştir. Sonuç olarak, Direktif'in hükümleri incelendiğinde, FATF tavsiyeleri ile örtüştüğü görülmektedir.

5. Şüpheli İşlem Bildirim Sistemine İlişkin Uluslararası Nitelikteki Çeşitli Düzenlemelerin Ortaya Koyduğu Ana İkelere Bakış

Temel uluslararası metinler ile ilkeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, etkin ve nitelikli bir şüpheli işlem bildirim sisteminden bahsedebilmek için birtakım asgari şartların sağlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunlar kısaca aşağıdaki şekilde listelenebilecektir:

- Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün zorunlu tutulması ve bu zorunluluğun ceza yaptırımına bağlanması.
- Yükümlü ve yükümlü gruplarının kimler olacağına açıkça belirlenmesi.
- Bildirimlerin iletileceği, analiz edileceği mali istihbarat biriminin oluşturulması.
- Bildirimde bulunanların hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşmamalarına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması.
- Bildirimin gizliliğinin ifşasının cezai yaptırıma bağlanması.
- Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde caydırıcı ve orantılı cezalar belirlenerek uygulanması.

III. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ SİSTEMİNİN UNSURLARI

A. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİNDE BULANACAKLAR (YÜKÜMLÜLER)

"Suç gelirlerini aklama suçu", bir türev suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ak-lamanın önlenmesinde temel gaye, suçtan gelir elde edenleri söz konusu bu gelirlerden mahrum bırakarak başlıca suç tiplerinin işlenmesini cazip olmaktan çıkarmaktır. Finansal kuruluşlar ve finansal olmayan belirli kuruluşların çoğunlukla aklama eyleminde araç olarak kullanılması nedeniyle, bu kuruluşlar önleyici tedbirler kapsamında yükümlülüklerin öznesi haline getirerek kuruluşlara çeşitli sorumluluklar

yasal düzenlemeyi yapmaları zorunlu kılınmaktadır. 27. maddede şüpheli işlem bildiriminde bulunanların tehdit ve düşmanca davranışlardan korunmaları için tüm gerekli tedbirlerin üye ülkelere alınması istenilmektedir. 28. madde ise şüpheli işlem bildirimlerinin ifşa edilmesinin önlenmesine yönelik düzenlemeler içermektedir."

yüklemiştir. Bunun temel nedeni, “*aklamada bulunanların elde ettikleri suç gelirlerine yasal görünüm kazandırma amacıyla özellikle finansal kuruluşları, finansal olmayan belirli kuruluşları ve profesyonelleri kullanma ihtiyaçlarıdır.*”⁸²

Tüm bu açıklamalar ışığında, “*kendisine önleyici tedbirler konusunda belirli bazı ödevler yüklenen kurum, kuruluş veya gerçek kişiler suç gelirlerinin aklaması ile mücadele mevzuatı kapsamında*”, yükümlü olarak tanımlanmaktadır⁸³. Yükümlüler esasında, “*suç gelirlerinin aklanmasında araç olarak kullanılması riski yüksek olan finansal kuruluşları, finansal olmayan belirli kuruluşları ve muhasebeci gibi bazı profesyonel meslek sahiplerini*” ifade etmektedir. Bu yükümlülüklerin getirilmesi ile yükümlü kişilerin gerçekleştirdikleri iş ve işlemler sırasında, kendilerini karapara aklama aracı olarak kullanılmaları için gerekli önlemleri almalarını sağlamak hedeflenmektedir. Mali sistemin aklama faaliyetlerinde kullanılmasının önüne geçilebilmesi ve aklama ile etkili mücadele sürecinde gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta, yükümlüler için birtakım yükümlülükler belirlenmiştir⁸⁴. Bu kapsamda, iç hukukumuzda⁸⁵, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde⁸⁶, yükümlülerin kimler olduğu belirtilmiş; Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanını Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde de aynı yönde düzenleme getirilmiştir. Bu kanun yükümlülere; kimlik tespiti⁸⁷, şüpheli işlem bildirim⁸⁸, eğitim, iç denetim,

⁸² Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 48.

⁸³ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 49.

⁸⁴ Ercan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, s. 48.

⁸⁵ Türkiye’de aklama ile mücadele kapsamında getirilen yükümlülükler ve yükümlülerle ilgili ilk düzenleme 02.07.1997 tarih ve 23037 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulamasına İlişkin Yönetmelik*”le yapılmıştır.

⁸⁶ 5549 sayılı Kanun’un 2. maddesi: “*Yükümlü: Bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile iştigal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri, savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35’inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırı aynı hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenlerdir.*”

⁸⁷ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 3’üncü maddesi: “*(1) Yükümlüler, müşterinin tanınmasına ilişkin esaslar kapsamında; kendileri nezdinde yapılan veya aracılık ettikleri işlemlerde işlem yapılmadan önce, işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek ve gerekli diğer tedbirleri almak zorundadır.*”

⁸⁸ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesi: “*(1) Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu*

kontrol ve risk yönetim sistemleri oluşturulması⁸⁹, devamlı bilgi verme⁹⁰, bilgi ve belge verme⁹¹, muhafaza ve ibraz⁹² yükümlülüklerini getirmiştir.

Kripto para birimleri⁹³; merkezi bir otoriteye bağlı olmaması, tüm işlemleri kontrol etmeyi imkansız kılan sınırsız miktarda hesap oluşturma olanağı sunması, online ve anonim olmanın sonucu olarak finansal faaliyetleri saklayabilmesi gibi özellikleri ile karapara aklamayı kolaylaştıran bir yapıya sahiptir⁹⁴.

Geçtiğimiz aylarda Türkiye’de kurulan bir kripto varlık şirketi ile ilgili gerçekleşen mağduriyetler ve şayialar⁹⁵ üzerine, 01.05.2021 tarihinde “*Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*”te değişiklik yapılarak, “*kripto varlık hizmet sağlayıcıları*” ile “*tasarruf finansman şirketleri*” yükümlüler grubu içerisine alınmıştır. Görüldüğü üzere, teknolojik gelişmeler yeni tipte aklama imkânlarını da beraberinde getirmektedir. Güvenli, düşük maliyetli ve hızlı işlem yapabilme fırsatı sunan bu sistemlerin suç işlemeyi de kolaylaştıran yapısı nedeniyle mevcut yasal düzenlemelerde ileride de değişiklik gerektirmesi muhtemeldir.

malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheli gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur.”

⁸⁹ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 5’inci maddesi: “(1) Bakanlık; bu Kanunun amacına uygun olarak risk temelli yaklaşımla, eğitim, iç denetim, kontrol ve risk yönetim sistemleri oluşturulması ve bu Kanunla getirilen yükümlülüklerle, yükümlü ve finansal grup seviyesinde uyumu sağlamak üzere, gerekli yetki ile donatılmış idarî düzeyde görevli tayin edilmesi de dahil, gereken tedbirlerin alınması konusunda, işletme büyüklükleri ve iş hacimlerini de dikkate alarak yükümlüleri ve uygulamaya ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

⁹⁰ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 6’ncı maddesi: “(1) Yükümlüler taraf oldukları veya aracılık ettikleri işlemlerden, Bakanlıkça belirlenecek tutarı aşanları Başkanlığa bildirmek zorundadırlar.”

⁹¹ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 7’nci maddesi: “(1) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar, Başkanlık ve denetim elemanları tarafından istenilecek her türlü bilgi, belge ve bunlara ilişkin her türlü ortamdaki kayıtları, bu kayıtlara erişimi sağlamak veya okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri tam ve doğru olarak vermek ve gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür.”

⁹² 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8’inci maddesi: “(1) Yükümlüler, bu Kanunla getirilen yükümlülüklerle ve işlemlerine ilişkin her türlü ortamdaki; belgeleri düzenleme tarihinden, defter ve kayıtları son kayıt tarihinden, kimlik tespitine ilişkin belgeleri ise son işlem tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle muhafaza ve istenmesi halinde yetkililere ibraz etmekle yükümlüdür.”

⁹³ Karapara aklama yöntemi olarak kripto sistemleri hakkında bkz. Balcı, M., Çakır, K., “Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 16(46), s. 311-332.

⁹⁴ Balcı - Çakır, *Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması*, 317.

⁹⁵ Deniz Çiçek Palabıyık, “MASAK Kripto Para Borsası Thodex’in Banka Hesaplarına Dün İtibarıyla Bloke Koydu”, 22.04.2021, Web: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/masak-kripto-para-borsasi-thodexin-banka-hesaplarina-dun-itibariyla-bloke-koydu/2217269>, 2021, (E.T. 08.05.2021).

Kanunen yükümlü kılınan kişilere suçun işlenmesi ile elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanmasının veya işleme konu malvarlığının kanuna aykırı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi ya da bu fiillerin gerçekleştirildiğinin tespiti amacıyla şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü getirilmiş olsa da söz konusu yükümlülük ilgili kişileri anılan suçların önlenmesi noktasında garantör konumuna getirmemektedir. Yükümlülük altında bulunan kişiler garantör vasfını haiz olmamalarına rağmen şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde ileride detaylıca değinileceği üzere 5549 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımının uygulaması gündeme gelecektir⁹⁶.

B. BİLDİRİMİ GEREKLİ ŞÜPHELİ İŞLEMLERİN BELİRLENMESİ

Şüpheli işlem bildirim sisteminin hem teorik hem de pratikte en zorlanılan kısmı, hangi işlemlerin şüpheli işlem kapsamına girdiği hususunun belirlenmesidir. Bu sebeple, şüpheli işlemin tanımının ve kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

FATF 13. Tavsiyesi, şüpheli işlemi, “*fonların aklama veya terörün finansmanı ile ilgili olduğu yönünde şüphe veya şüpheyi gerektirecek hususların mevcut olduğu işlemler*” olarak belirlemiştir. Benzer ifadeler, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasında da karşımıza çıkmaktadır.

Anılan madde hükmüne göre, “*Şüpheli işlem; yükümlüler nezdinde veya bunlara aracılığı ile yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde söz konusudur.*”⁹⁷

Kanunda yer almamasına rağmen, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğinin 1. maddesinde, şüpheli işlemlerin aklama suçunun yanında terörün finansmanında da uygulanacağı açıkça belirtilmiştir⁹⁸. Bu anlamda şüpheli işlem bildirim, suç ge-

⁹⁶ Fatma Umay Genç, “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhlali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (4), 2021, s. 641-642.

⁹⁷ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğinin ise: “*şüpheli işlem: yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halidir.*”

⁹⁸ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğinin “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesi: “*1)Bu Yönetmeliğin amacı, 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasına yönelik*

lirlerinin aklanmasının önlenmesinin yanında, terörün finansmanın önlenmesinde de uygulanan önemli önleyici tedbirlerdendir.

Bir işlemin şüpheli işlem bildirimine konu olabilmesi için “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheliyi gerektirecek husus” kavramlarının açıklanması gerekir.

Türk Dil Kurumu (TDK) bilgi kavramının, “*öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf*” şeklinde açıklamıştır.

Şüphe, “*Ekonomik değerlerin yasadışı yollardan elde edilmiş olabileceği konusunda işlemi gerçekleştiren kişilerde oluşacak, öznel, sübjektif durumu*” ifade eder⁹⁹. İşleme aracılık edecek olanın “*sübjektif değerlendirmeleri, algı ve sezisleri, işlemin yapıldığı anda müşterinin davranışları, müşteri ile ilgili olarak evvelce gerçekleştirilen işlemler ve bunun yanındaki sair diğer hususların işlemi gerçekleştiren kişide işlemin şüpheli olduğu hususunda kanaat elde etmesine*”¹⁰⁰ sebep olmaktadır.

Şüphe, “*işlemin büyüklüğü, niteliği gibi genel durumlardan doğabileceği gibi müşterinin mali profili, işinin niteliği ve kapasitesi gibi öznel durumlar gibi sebeplerin bir araya gelmesiyle de ortaya çıkabilir*”¹⁰¹. Bu bağlamda şüphe kavramının ceza muhakemesi hukuku anlamında suç şüphesi kavramından farklı olmasından hareketle belirli bir miktarın üzerinde olması sebebiyle olağan görünmeyen herhangi bir parasal işlem şeklinde değerlendirilmesi daha doğru olacaktır¹⁰².

Şüpheliyi gerektirecek husus ise “*işlemin niteliği ve yapılış tarzı nedeniyle işlemi yapan herhangi bir görevlinin işlemin şüpheli olduğunu düşünebileceği veya şüphelenmesi gerektiği durumu ifade eder*”¹⁰³. Şüpheliyi gerektirecek hususun varlığı da “*belirlenen objektif şartların bulunmasını ve bu şartların oluşması durumunda ilgili yükümlülere şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasının gerekli olduğu halleri*”¹⁰⁴ ifade eder. Buradaki şüphelilik işlemin tarafı olan kişi veya kurumlarının ilişkisinin olağan olarak değerlendirilememesi, işlem hakkında makul bir sebep-sonuç ilişkisinin kurulamaması gibi nedenlere dayanabilecektir¹⁰⁵.

olarak; suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi amacıyla yükümlüler, yükümlülükler, yükümlülükler uyumun denetimi, gümrük idaresine açıklama yapılması ve diğer tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.”

⁹⁹ Aykın, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, s. 50.

¹⁰⁰ Aykın, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, s. 50.

¹⁰¹ Aykın, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, s. 50.

¹⁰² Özgenç, Şüpheli İşlem, s. 274.

¹⁰³ Aykın, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, s. 51.

¹⁰⁴ Aykın, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, s. 51.

¹⁰⁵ Özgenç, Şüpheli İşlem, s. 274.

Gerçekleştirilmesi istenilen veya gerçekleştirilen işlemlerin olağan işlemlerden sapması, “*makul gerekçelerinin bulunmaması ya da sıra dışı bir nitelik arz etmesi halinde şüpheyi gerektirecek hususların*” varlığından söz edilebilir¹⁰⁶. Daha önce tanımlanmış şüpheli işlem tiplerine uyan¹⁰⁷ veya makul gerekçe ile izah edilemeyen işlemlerde, yükümlülerin şüpheli işlem bildiriminde bulunması gerekir.

Şüphenin varlığı, şüpheyi gerektirecek hususun varlığına göre daha hafif bir şüphenin varlığına işaret eder. Şüpheyi gerektirecek hususun varlığında daha kuvvetli bir iç huzursuzluğu ve kuruntusu ilgilide kendisi gösterir¹⁰⁸. Her iki durumda da işleme konu ekonomik değerın kara para olduğu hususunda ilgili kişide kesin bir bilgi sahibi olmama ve bu hususun var olabileceği kanısı aranmaktadır. Şayet işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanılacağı hususu biliniyor ise artık şüphe ya da şüpheyi gerektirecek hususun varlığından bahsedilmez. Bu durumda bir malumat ve bilgi söz konusudur.

Şüpheli işlem, çoğunlukla olağan işlemlerden farklı nitelikte olan hesap hareketleri ve işlemleri ile ilgilidir. Müşterilerin ekonomik durumu yani mali profili ile gerçekleştirmek istediği veya gerçekleştirdiği işlemler arasında önemli düzeyde orantısızlık bulunan yüksek miktarlardaki işlemler, özellikle şüphelenilmesi gereken işlemlerdir.

Günümüzde, özellikle finansal kuruluşlarda olmak üzere şüpheli işlemlerin tespitinde otomatik uyarı veren sistemler ve yazılımlar kullanılmaktadır¹⁰⁹. Bu yazılım ve sistemler, şüpheli işlem bildiriminin etkinliğinin artırılmasında büyük önem taşımaktadır; ancak yalnızca bu sistemlere itimat etmek yanlış bir tutum olacaktır. Çünkü şüphe unsurunun belli noktada sübjektif irade ile ortaya konulabilir olması ve şüpheyi gerektiren her işlemin parametreler ile tespit edilmesinin mümkün olmayışı dikkatten kaçmamalıdır. Çoğu zaman şüphe, işlemden kaynaklanmayıp doğrudan müşterinin hal ve hareketleri ile tavırlarından tespit edilebilmektedir. Bu sebeple müşteri ile doğrudan ilişki kuran yükümlülerin bu konudaki tecrübeleri büyük önem arz etmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁶ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 51.

¹⁰⁷ MASAK'ın yükümlü gruplarına göre şüpheli işlem tiplerine yer verdiği rehberler şüpheyi gerektirecek husus anlamında yol göstericidir.

¹⁰⁸ Genç, *Şüpheli İşlem Bildirimi*, s. 625.

¹⁰⁹ “Uygulamada özellikle finansal kuruluşlar tarafından kullanılan bu yazılımlar yükümlünün işlemlerini yürütürken karşılaşılabilecekleri risklerden kaçınmak amacıyla uygulamaya koyduğu sistemler olup buna aklama ve terörün finansmanına ilişkin parametrelerin girilmesi ile bu alandaki riskleri de önlemede katkı sağlamaktadır.”

¹¹⁰ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 51.

Yükümlülerin gerçekleştirecekleri işlemlerle ilgili olarak, ilgililere yol göstermesi amacıyla çok sık karşı karşıya kalınan terörün finansmanı ve aklama ile ilgili uygulanan teknik ve yöntemler belirlenerek, şüpheli işlem göstergeleri veya tipleri olarak ortaya konmaktadır. Bu tip işlem ve göstergeler, Genel Tebliğler ile Şüpheli İşlem Bildirim Rehberleri olarak MASAK tarafından yayımlanmaktadır¹¹¹. Burada benzer deneyim, bilgi ve eğitime sahip kişilerde genellikle şüphe duymalarını gerektirecek haller yer almaktadır¹¹².

Şüpheli işlem tipleri bildirimde bulunan için önemli bir kaynak olması yanında sadece bunlara güvenilmesi, sistemin etkinliğinin azalmasına sebep olabilecektir. Çünkü aklama yöntemleri, aklama faaliyetinde bulunanların hayal güçleri ile bağlantılıdır. Teknolojik ve ekonomik alanlardaki gelişmeler ile hizmet sektöründe her geçen gün yeni ürün ve hizmetler ortaya çıkmaktadır. Bu yenilikler aynı zamanda aklamada bulunanlar için de yeni fırsatları beraberinde getirmektedir. Bu sebeple, şüpheli işlem tiplerinin, günümüz ihtiyaçlarına göre devamlı olarak gözden geçirilerek güncellenmesi gerekmektedir.

C. ŞÜPHELİ İŞLEMİN TAYİNİNDE ÖNCÜL SUÇ

Ekonomik değer, bir suçun işlenmesi ya da bir suçtan kaynaklanması gerekmektedir. Suç gelirinin, yani ekonomik değer elde edildiği suçlar, kavramsal olarak öncül suç¹¹³ olarak ifade edilmektedir. Uluslararası alanda öncül suçun belirlenmesinde, farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. “*Tüm Suçlar Yaklaşımı*”nda hiçbir ayırım yapılmaksızın belirlenen ölçüt, gelir getirici bir suçun varlığıdır. “*Liste Yaklaşımı*”nda (Katalog Sistemi) öncül suçlar tek tek sayılmak suretiyle belirlenir; “*Eşik Yaklaşımı*”nda ise suçlar için öngörülen hapis cezası bir eşik olarak belirlenir.

İç hukukta öncül suçların belirlenmesinde, 4208 sayılı Kanun’da liste yöntemi benimsenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 282. maddesi ile eşik yöntemi benimsenmiştir. TCK 282. madde hükmüne göre, alt sınırı altı ay ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlar öncül suç olarak belirlenmiştir. Böylece, mevzuatımızda öncül suçun belirlenmesi için “*Liste Yaklaşımı*”ndan vazgeçilerek “*Eşik Yaklaşımı*”na geçilmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ “Genel mahiyette ve terörün finansmanı ile bağlantılı şüpheli işlem tipleri” hem de “yükümlülerin faaliyet alanları dikkate alınarak bazı yükümlü grupları için sektörel mahiyette şüpheli işlem tipleri” belirlenebilir ve belirlenen şüpheli işlem tiplerine Başkanlık tarafından yayımlanan şüpheli işlem bildirim rehberlerinde yer verir.” Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, “Rehberler”, <https://masak.hmb.gov.tr/rehberler>, (E.T. 21.05.2021).

¹¹² Genç, *Şüpheli İşlem Bildirimi*, s. 626.

¹¹³ “Öncül suç, suç gelirlinin elde edilmesini mümkün kılan suçtur. Hukuki olarak suç gelirine kaynak teşkil eden bu suçlar, benimsenen yaklaşıma göre ülke mevzuatlarında farklı şekillerde belirlenmişlerdir”, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Resmi Web Sitesi, <https://www.hmb.gov.tr>, (E.T. 14.04.2021).

¹¹⁴ Atlı, *Suç Gelirlerinin Aklanmasında Bankaların Rolü*, 18. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Aklama Suçu Genel Bilgi, <https://masak.hmb.gov.tr/aklama-sucu-genel-bilgi>, (E.T. 20.05.2021).

Söz konusu düzenlemeler, uygulamada bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu bakımından yükümlülerin kanunda belirlenen yaptırım eşiğine uymadığı gerekçesiyle öncül suç vasfına haiz olmayan bir suçtan elde edildiğinden şüphelendikleri gelirlere ilişkin şüpheli işlem bildiriminde bulunup bulunulamayacağını tespitinin yapılması elzemdir¹¹⁵. Kanaatimizce, yükümlülerin hangi öncül suçlar için öngörülen hapis cezasının alt sınırının altı ay ve üzeri olduğunu bilmeleri veya buna ilişkin değerlendirme yapabilmeleri makul bir sorumluluk olmadığı gibi, teknik olarak da zorluk içermektedir. Bu sebeple, yasadışı yollardan elde edildiği veya yasal yollardan elde edilmiş olmakla beraber terörün mali yönden beslenmesi amacıyla kullanıldığı şüphesi bulunan her işlemin şüpheli işlem bildirimine konu edilmesi daha doğru bir uygulama olacaktır¹¹⁶.

D. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİNİN YAPILACAĞI YER

Şüpheli işlem bildirim sistemi bir tarafında mali istihbarat birimi, diğer tarafında ise yükümlüler yer almaktadır. Mali istihbarat biriminin teşkilatlanmasına ilişkin günümüzde ülkelerin, değişik adlarla adli veya idari birimler altında örgütlenme biçimi uyguladığı görülmektedir.

Ülkemizde mali istihbarat birimi olarak görev yapan kurum, “*Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK)*”tır. MASAK, Maliye Bakanlığı bünyesinde oluşturulan idari nitelikte bir mali istihbarat birimidir. MASAK, doğrudan Maliye Bakanı’na bağlıdır. MASAK’a mali istihbarat birimi olma görevi, daha önce 4208 sayılı Kanun ile verilmiş bir görevdir. Kurum, 5549 sayılı Kanun ile terörün finansmanını da kapsayacak şekilde yeniden yapılandırılmıştır. Son olarak 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “*Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı*” başlıklı 231. maddesinde, MASAK’ın görevleri ayrıntılı olarak belirlenmiştir¹¹⁷.

¹¹⁵ Fatma Umay Genç, Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhlali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (4), 2021, s. 629.

¹¹⁶ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 53.

¹¹⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı başlıklı 231 maddesi:

“(1) *Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı doğrudan Bakana bağlı olup görev ve yetkileri şunlardır:*
a) *Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla plan, program, politika, strateji hazırlama ve geliştirme süreçlerine katkıda bulunmak, kurum ve kuruluşlar arasında ulusal düzeyde risk değerlendirme çalışmaları da dâhil olmak üzere koordinasyonu sağlamak,*
c) *Suç gelirlerinin aklanmasının, terörizmin finansmanının ve ekonomik güvenliğe yönelik risklerin ortaya çıkarılması ve önlenmesi kapsamında gelişmeleri izlemek, önlemler geliştirmek, analiz, araştırma ve inceleme yapmak,*
ç) *Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve bunları kaydetmek, istihbarat üretmek, gerekli görülduğünde üretilen istihbarat ve analiz sonuçları hakkında ilgili birimleri bilgilendirmek,*

MASAK, belirlenen görev ve yetkileri kapsamında, “politika belirleme ve mevzuat geliştirme; veri toplama, analiz, değerlendirme; denetim; koordinasyon ve inceleme fonksiyonlarını” icra etmektedir¹¹⁸.

04.08.2007 tarih ve 12454 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde analiz ve değerlendirmeden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu maddeye göre analiz, “5549 sayılı Kanun kapsamında toplanan muhtelif veriler ile alınan ihbar ve bildirimleri, istatistikî ve analitik yöntemler kullanılarak ve teknik araçlar yardımıyla işlenerek bunlardan nitelikli mali istihbarat elde etmeye yönelik MASAK Başkanlığınca yapılan çalışmalar”dır. Değerlendirme kavramı ise “MASAK Başkanlığının nüfuz ettiği olaylar veya yapılan analizlere istinaden malvarlığına ve kişilere yönelik olarak aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla ilgili ciddi şüp-

d) 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, ilgili mevzuat ve bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren hususlar ile ilgili olarak analiz, araştırma ve inceleme yapmak veya yaptırmak,

e) Aklama veya terörizmin finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek,

f) Yapılan analiz, araştırma ve inceleme sonucunda aklama ve terörizmin finansmanı suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespiti halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak,

g) Aklama ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından intikal ettirilen konuları analiz etmek ve incelemek,

ğ) Analiz, araştırma ve inceleme sürecinde gerekli hallerde kolluk ve diğer birimlerden kendi görev alanlarında inceleme ve araştırma yapılması talebinde bulunmak,”

h) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla istihbarat ve kolluk birimleri ile işbirliği yapmak ve bilgi alışverişinde bulunmak,

ı) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında risk kategorileri belirlemek ve gerekli hallerde yükümlülere bilgilendirmek,

i) 5549 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında yükümlülük denetimi yapmak veya yapılmasını sağlamak,

j) Yabancı ülke kanunlarına göre yükümlülük denetimine yetkili mercilerin, merkezi yurtdışında bulunan yükümlülerinin Türkiye’deki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmasına ve bu kapsamdaki bilgi taleplerinin cevaplandırılmasına karşılıklılık ilkesi de dikkate alınarak izin vermek,

k) Gerekli hallerde merkezi Türkiye’de bulunan yükümlülerin yurtdışındaki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmak ve bilgi talep etmek,

l) Görev alanına giren konularda uluslararası ilişkileri yürütmek, yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla görüş ve bilgi alışverişinde bulunmak, bu amaçla uluslararası anlaşma niteliğinde olmayan muhtabakat muhtırası imzalamak,

m) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi istemek,

n) Bilgi ve ihtisasına ihtiyaç duyulması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların Başkanlık bünyesinde geçici olarak görevlendirilmelerini talep etmek,

o) Kamuoyu duyarlılığını ve desteğini artırmaya yönelik çalışmalar yapmak,

ö) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.”

¹¹⁸ Genç, *Terörizmin Finansmanı*, s. 144. Bkz. T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, “Görev ve Yetkiler”, masak.hmb.gov.tr/gorev-ve-yetkiler, (E.T. 15.05.2021)

he ve emarelerin ortaya çıkarılmasına yönelik Başkanlıkça yapılan çalışmalar” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁹.

Önleyici tedbirler kapsamında yükümlüler, taraf oldukları işlemleri yetkili kurum olan MASAK’a bildirmekle yükümlüdürler. MASAK’ın değerlendirme ve analizlerinde kullandığı en önemli veriyi şüpheli işlem bildirimleri oluşturmaktadır. Şüpheli işlemler tespit edildiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde MASAK’a bildirilir. Şüpheli işlem bildirimleri işlemin tutarına bakılmaksızın gerçekleştirilir. Bildirim, ilgili yükümlünün “Şüpheli İşlem Bildirim Formu” doldurması suretiyle gerçekleştirilir. MASAK, gerçekleştirilen bildirimlerle alakalı olarak çeşitli analiz ve değerlendirmeler yaparak, vardığı sonuçlar doğrultusunda gerekli işlemleri gerçekleştirir.

MASAK’a “Aklama veya terörizmin finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek” şeklinde tanımlanan bu yardımcı olma görevinin, öğretide kurumsal bilirkişilik değil ama bir nevi adli kolluk görevi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹²⁰.

E. UYUM GÖREVLİSİ

Mali istihbarat birimine bildirimde bulunacak yükümlülerin kim veya kimler olacağı hususu önem arz etmektedir. FATF’in 15. Tavsiyesi’nde, işletme büyüklüklerine uygun olarak özellikle finansal kuruluşların aklama ve terörün finansmanını önleme amacıyla bir uyum birimi oluşturmalarının gerekliliği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda uyum görevlisi, 5549 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak yürürlüğe giren mevzuatta belirlenen yükümlülüklerle uyum sağlamak amacıyla, yükümlüler tarafından tayin edilen ve gerekli yetkiyle donatılmış görevli olarak tanımlanmıştır¹²¹. Aynı yönetmelikte uyum görevlilerinin nasıl atanacağına ve hangi şartları taşıyan kişilerin atanacağına ilişkin de hükümler yer almaktadır.

¹¹⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.200712454.pdf>, (E.T. 13.10.2021).

¹²⁰ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 277.

¹²¹ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde; “a) Bankalar (Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile kalkınma ve yatırım bankaları hariç),
b) Sermaye piyasası aracı kurumları,
c) Sigorta ve emeklilik şirketleri,
ç) Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (Bankacılık faaliyetiyle sınırlı olmak üzere)
d) Finansman, faktoring ve finansal kiralama şirketleri,
e) Portföy yönetim şirketleri,
f) Kıymetli madenler aracı kuruluşları,
g) Elektronik para kuruluşları,
h) Ödeme kuruluşları (Münhasıran fatura ödemelerine aracılık hizmeti, münhasıran ödeme emri başlatma hizmeti ve münhasıran ödeme hesabına ilişkin bilgilerin sunulması hizmetini sağlayanlar hariç),” uyum programı oluşturacağı belirtilmiştir.

Mevzuatta açıkça belirlenen bazı yükümlüler için, idari düzeyde uyum birimi oluşturmaları ve uyum görevlisi atamaları zorunluluk haline getirilmiştir. Uyum görevlisi, yükümlü ile MASAK arasında irtibatı sağlayacak yükümlü personeldir. Bir başka ifade ile MASAK'ın muhatabı olacaktır¹²².

Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmeliğin, “Uyum görevlisinin görev, yetki ve sorumlulukları” başlıklı 19. maddesinde, uyum görevlisine, “*kendisine iletilen veya resen öğrendiği şüpheli olabilecek işlemler hakkında yetki ve imkânları ölçüsünde araştırma yaparak edindiği bilgi ve bulguları değerlendirme ve şüpheli olduğuna karar verdiği işlemleri Başkanlığa bildirme*” görevi verilmiştir.

F. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİNDE BULUNAN KİŞİLERİN KORUNMASI

Şüpheli işlem bildiriminde bulunan kişilerin, bildirdikleri işlemlerle ilgili olarak herhangi bir cezai veya hukuki müeyyide ile karşılaşmamları, sistemin etkin ve sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi bakımından önem arz etmektedir. FATF tavsiyeleri de bu doğrultudadır. FATF'in 14. Tavsiyesinde, yükümlüler ile bunların çalışanları ve yöneticilerinin iyiniyetli olarak yaptıkları bildirimlerden dolayı cezai veya hukuki bir yaptırımla karşılaşmamları için ülkelerin kanuni düzenleme yapmaları zorunlu tutulmuştur¹²³.

5949 sayılı Kanun'un “*Yükümlülerin korunması*” başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasında, “*5549 sayılı Kanun gereğince yükümlülüklerini yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler hiçbir şekilde hukuki ve cezai bakımdan sorumlu tutulmaz. Özel kanunlarda hüküm bulunsa dahi şüpheli işlem bildiriminde bulunanlara dair, mahkeme dışında, üçüncü kişi, kurum ve kuruluşlara bilgi verilemez. Bu kişilerin kimliklerinin saklı tutulması ve güvenliklerinin sağlanması için mahkemeye gerekli önlemler alınır.*” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hüküm bildirim gerçekleştirecek ilgili görevli ile bünyesinde görev yaptığı kurumu koruma altına alınmıştır. Öyle ki, yükümlülerin iyi niyetli olarak yaptıkları bildirimlerden dolayı sorumlu tutulmaları, şüpheli işlem bildiriminden beklenen faydanın ortadan kalkmasına ve sistemin yürümemesine sebebiyet verecektir.

Günümüzde özellikle finansal kuruluşlardaki uyum görevlileri, çok yüksek miktarlarda şüpheli işlem bildiriminde bulunmaktadırlar. Yükümlülerin gerçekleştirdikleri bildirimler ile ilgili ayrıca sorumluluklarının gündeme gelmesinin, uyum görevlilerinin ilgili birimlerde çalışmaktan kaçınmalarına sebep olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

¹²² Atlı, *Suç Gelirlerinin Aklanmasında Bankaların Rolü*, s. 74.

¹²³ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 56.

IV. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ KAPSAMINDAKİ YAPTIRIMLAR

A. GENEL OLARAK

Mali Eylem Gücü, “ülkelerden, kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele kapsamında getirilen yükümlülüklerle aykırılık durumlarında yükümlüler için orantılı ve caydırıcı cezai, hukuki ve idari yaptırımların belirlenmesi gerektiğini” ifade ederek, tarafların bu yönde iç hukuklarında çeşitli düzenlemeler yapmalarını istemiştir¹²⁴.

5549 sayılı Kanun’la, “suç gelirinin aklanması ve terörün finansmanı ile ilgili olarak getirilen yükümlülüklerle aykırı davranışlar için adli ve idari cezalar olmak üzere iki ayrı ceza türü” öngörülmüştür. Tüzel kişiler ile fiilin işlenişine göre tüzel kişilerin çalışanlarına da ayrıca ceza verilebileceği söz konusu kanunda belirtilmiştir. Kanunda bazı yükümlülük ihlalleri için “uyarı, uyarıya rağmen gerçekleştirilmeyen işlemler için para cezası verilmesi şeklinde bir yaptırım” sistemi düzenlenmiştir.

5549 sayılı Kanun’un 13. maddesinde, “şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünün ihlal edilmesi” durumunda, idari para cezası verilmesi hüküm altına alınmıştır. 5549 sayılı Kanun’un 14. maddesinde ise şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun ifşa edilmesi durumunda, “ifşa eden kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verileceği” hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüklerine aykırı davranışlar kabahat olarak düzenlenmiştir¹²⁵. Buna mukabil şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun ifşa edilmesi, diğer bir deyişle bu hususta üçüncü kişilere bilgi verilmesi eylemleri suç haline getirilmiştir¹²⁶. Kanun koyucu, yükümlülerin ciddi ve etkin bir şekilde yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmelerini sağlamak amacıyla bu şekilde düzenlemelerde bulunmuştur. 5549 sayılı Kanun kapsamında belirlenen suçlarla korunmak istenen temel hukuksal değer ise suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadelenin sağlıklı ve etkin bir biçimde yürütülmesidir¹²⁷.

Değinenen yaptırım hükümlerinin yanında 5549 sayılı Kanun’un 17. maddesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçlarından dolayı gerçekleştirilen soruşturma kapsamında uygulanabilecek koruma tedbirleri bakımından özel bir hüküm getirilmiştir¹²⁸. Kanunun Kararların Bildirimi

¹²⁴ Aykın, *Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*, s. 58.

¹²⁵ Aynı Yöndeki Görüş: Fatma Umay Genç, *Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhlali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu*, s. 634-635.

¹²⁶ Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 694.

¹²⁷ Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, s. 695.

¹²⁸ “(1) Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128’inci maddesindeki usüle göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir. (2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemleri yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim

başlıklı 18. maddesinde ise anılan suçlar nedeniyle yapılan soruşturma neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın veya düzenlenen iddianamenin kovuşturulması sonucunda verilen nihai karar ve bu Kanunun 17. Maddesi kapsamında verilen el koyma kararının bir örneğinin izleyen ayın sonuna kadar ilgili Cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerce Başkanlığa gönderileceği hüküm altına alınmıştır.

B. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK

Şüpheli işlem bildirimini, işlemi gerçekleştirecek olan görevlinin söz konusu işlem tutarını gözetmeksizin, işleme konu ekonomik değer in suçtan elde edildiği yönünde oluşan kanaatini ilgili birimlere iletmesidir. Elde edilen kanaat, daha önce de bahsettiğimiz üzere, işlemi gerçekleştirmek isteyen in hal ve hareketlerinden kaynaklanabileceği gibi işlemin içeriği, niteliği, büyüklüğü gibi diğer özelliklerinden de kaynaklanabilir. Şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü kapsamında, işleme konu değer in kesin olarak suçtan elde edildiğini öğrenmek veya bilmek gerekmez. 5549 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikte, işleme konu değer in suçtan elde edildiğine ilişkin “*herhangi bir bilgi, şüphe, şüphely gerektirecek hususun varlığı şüpheli işlem bildirimini yapılması gereken durumlar*” olarak ifade edilmiştir.

Şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde karşılaşılabilecek idari yaptırım da 5549 sayılı Kanun’un “*Yükümlülük İhlali Halinde İdari Cezalar*” başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

“Başkanlıkça bu Kanunun; 3 ve 6. maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerden herhangi birini ihlâl eden yükümlülere otuz bin Türk lirası, 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülüklerini ihlâl eden yükümlülere elli bin Türk lirası idari para cezası verilir. Yükümlünün banka, finansman şirketi, faktoring şirketi, ikrazatçı, finansal kiralama şirketi, sigorta ve reasürans şirketi, emeklilik şirketi, sermaye piyasası kurumu, yetkili müessese, ödeme ve elektronik para kuruluşu ile yönetmelikle belirlenecek diğer finansal kuruluşlar olması hâlinde, idari para cezası işlem tutarının yüzde beşinden az olmamak üzere iki kat olarak uygulanır.”

Yükümlülerin şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünde ihmalde bulunmaları ceza hukuku sorumluluğu doğurmaz. Kanun koyucu, şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilmemesini idari yaptırıma tabi tutarak kabahat olarak

en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Hâkimin onaylaması hâlinde 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128’inci maddesinde belirtilen değere ilişkin rapor üç ay içinde alınır ve tekrar hâkim onayına sunulur. Onaylanmama veya raporun üç ay içinde alınmaması hâlinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır.

(3) Aklama suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanununun 139’uncu maddesinde yer alan hükümlere göre gizli soruşturmacı görevlendirilebilir ve 4208 sayılı Kanunda yer alan hükümlere göre kontrollü teslimat tedbirine karar verilebilir.”

düzenlemiştir. Ancak bazı yükümlülerin (finansal kuruluş niteliğindeki yükümlülerin) ilgili yükümlülüğü ihlalleri halinde idari para cezasının miktarı artırılmıştır. Kanun koyucunun kazançlarını doğrudan finansal iş ve işlemlerden sağlayan bu yükümlülere daha ağır yaptırımlar belirlenmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira, aklama faaliyetinin ağırlıklı olarak gerçekleştirildiği alanlar, finansal kurum ve kuruluşlarca yürütülen işlemlerdir. Ekonomik değer in madde olarak dönüşüme tabi tutularak yasal görünüm sağlanması finansal kuruluşlar bakımından daha kolay olmaktadır. Finansal olmayan kuruluşların araç olarak kullanılması bu bağlamda çok da tercih edilmemektedir. Finansal kuruluşların, suç gelirinin aklanmasının önlenmesinde odak noktası olması ve bu kuruluşlara özel önem atfedilmesi, bu sebeplerden kaynaklanmaktadır.

Başkanlık tarafından belirlenen şüpheli işlem tiplerine ilişkin rehberler, yükümlülere karşılaşacakları işlemlerde yol gösterici olmakla beraber rehberlerde belirlenen işlemlerle karşılaşan yükümlüler açısından da sorumluluk ve mesuliyet yüklemektedir. İşlem tiplerine ilişkin rehberde yer almayan işlemle karşılaşan yükümlünün sorumluluğunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, gerçekleştirilmesine aracılık edilen işlemin şüpheli olup olmadığı hususunun objektif kriterlerle belirlenmesinin zorluğu açıktır. Bildirimin gerekliliğinin belirlenmesinin de neticede bir insan yargısı olduğu nazara alındığında, kanun koyucunun diğer yükümlülükler karşısında daha hafif yaptırımlar belirlenmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasında, aklanmış bir ekonomik değer in bir suçtan elde edildiğinin kesin olarak bilinmesinin, bildirim yerine getirilmesinde şart olmadığını ifade etmiştik. Ancak bir suçtan elde edilen değer in aklanmasıyla amaçlanan işlemin varlığının kesin olarak bilinmesi halinde, bildirim yükümlülüğü mutlak surette ortaya çıkmaktadır. Bu durumun varlığı halinde bildirim yerine getirilmemesi, TCK'daki başka bir suçtan sorumluluğu gündeme getirebilecektir. Kanun koyucunun şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünü belirlerken, ilgili görevliden beklediği husus gerçekleştirdiği işlemler sırasında dikkat ve özen göstermesidir. İlgili idari yaptırım (idari para cezası), bu anlamda kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesini cezalandırmaktadır. Öyle ki 5549 sayılı Kanun'un "Yükümlülerin Korunması" başlıklı 10. maddesinde¹²⁹, yükümlülüklerini yerine getirenlerin hiçbir şekilde cezai ve hukuki bakımdan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir.

¹²⁹ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanununun 10'uncu maddesi: "(1) Bu Kanun gereğince yükümlülüklerini yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler hiçbir şekilde hukukî ve cezai bakımdan sorumlu tutulamaz.

(2) Özel kanunlarda hüküm bulunsa dahi şüpheli işlem bildiriminde bulunanlara dair, mahkeme dışında, üçüncü kişi, kurum ve kuruluşlara bilgi verilemez. Bu kişilerin kimliklerinin saklı tutulması ve güvenliklerinin sağlanması için mahkemece gerekli önlemler alınır."

C. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ YAPILDIĞININ İFŞA EDİLMESİ

Şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun işlemin tarafları dahil kimseye açıklanamayacağı hususu, 5549 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

“Yükümlüler; Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasın-da mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar.”

Burada belirlenen suçun tipik eylem unsuru MASAK'a şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun işlemin tarafları da dâhil olmak üzere üçüncü kişilere açıklanmasıdır¹³⁰. İlgili hükümde açıklama hareketinin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin özel bir düzenleme olmadığı için serbest hareketli bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında açıklama hareketinin gerçekleşmesi ile ayrıca bir zarar doğması aranmadan suç tamamlanacağından, suç soyut tehlike suçunu oluşturur¹³¹. Hareketin dış dünyada bir değişiklik yaptığı da gözetildiğinde, icrai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Suç kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kanundaki bu düzenleme ile hakkında bildirimde bulunulan kişinin “bildirim bilgisine” ulaşmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bunun yanında, hakkında bildirimde bulunulan üçüncü kişilerin şahsi sırlarının korunması da amaçlanmaktadır. Bugün gelinen noktada, finansal şirketler üzerinden sadece bir gün içerisinde milyarlarca işlem gerçekleştirilmektedir. Aklama veya terörün finansmanı ile mücadele kapsamında ilgisiz birçok işlem de MASAK'a bildirilmektedir. Bu sebeple, kişilerin toplum nazarındaki itibarlarının da mutlak surette dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanında, kişisel veri kapsamına giren kişilerin malvarlığı değerleri ve ekonomik durumlarına ilişkin bilgilerin de korunması gerekir. Sır olarak saklanması gereken hususlar, kişilerin “hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ve mesleklerine ilişkin olarak” öğrenilen bilgilerdir.

Belirttiğimiz üzere, mevzuatta şüpheli işlemde bulunulduğu bilgisinin sadece MASAK'ın denetim elemanları ile mahkemelere açıklanacağı düzenlenmiştir. MASAK'ın idari bir organ olmasına ve bu bilgilerin açıklanabileceği bir makam olarak belirlenmesine rağmen, suç soruşturması konusunda genel yetkili adli makam olan Cumhuriyet Savcılıklarının kapsam dışında bırakılmasının yerinde olmadığı kanısındayız. Ancak MASAK'ın görevleri bağlamında yapılan incelemelerde bir suç tespit edildiğinde Cumhuriyet başsavcılıklarına bildirilmesi gerektiği düşünüldüğünde ilgili soruşturma bağlamında savcılığın bu bilgiyi

¹³⁰ Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, s. 697.

¹³¹ Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, s. 698.

edinmesinin doğal olacağı da unutulmamalıdır¹³². Ayrıca bu suçların soruşturma

¹³² Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının görev ve yetkileri hâlihazırda 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 231. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre Başkanlığın görev ve yetkileri şöyledir: Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı MADDE 231 - (Değişik: RG-7/8/2019-30855-CK-43/17 md.)

“(1) Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı doğrudan Bakana bağlı olup görev ve yetkileri şunlardır:

a) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla plan, program, politika, strateji hazırlama ve geliştirme süreçlerine katkıda bulunmak, kurum ve kuruluşlar arasında ulusal düzeyde risk değerlendirme çalışmaları da dâhil olmak üzere koordinasyonu sağlamak,

b) Faaliyet alanıyla ilgili mevzuat çalışmaları yapmak,

c) Suç gelirlerinin aklanmasını, terörizmin finansmanının ve ekonomik güvenliğe yönelik risklerin ortaya çıkarılması ve önlenmesi kapsamında gelişmeleri izlemek, önlemler geliştirmek, analiz, araştırma ve inceleme yapmak,

ç) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve bunları kaydetmek, istihbarat üretmek, gerekli görüldüğünde üretilen istihbarat ve analiz sonuçları hakkında ilgili birimleri bilgilendirmek,

d) 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, ilgili mevzuat ve bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren hususlar ile ilgili olarak analiz, araştırma ve inceleme yapmak veya yaptırmak,

e) Aklama veya terörizmin finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek,

f) Yapılan analiz, araştırma ve inceleme sonucunda aklama ve terörizmin finansmanı suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespiti halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak,

g) Aklama ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından intikal ettirilen konuları analiz etmek ve incelemek,

ğ) Analiz, araştırma ve inceleme sürecinde gerekli hallerde kolluk ve diğer birimlerden kendi görev alanlarında inceleme ve araştırma yapılması talebinde bulunmak,

h) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla istihbarat ve kolluk birimleri ile işbirliği yapmak ve bilgi alışverişinde bulunmak,

ı) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında risk kategorileri belirlemek ve gerekli hallerde yükümlüleri bilgilendirmek,

i) 5549 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında yükümlülük denetimi yapmak veya yapılmasını sağlamak,

j) Yabancı ülke kanunlarına göre yükümlülük denetimine yetkili mercilerin, merkezi yurtdışında bulunan yükümlülerinin Türkiye’deki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmasına ve bu kapsamdaki bilgi taleplerinin cevaplandırılmasına karşılıklılık ilkesi de dikkate alınarak izin vermek,

k) Gerekli hallerde merkezi Türkiye’de bulunan yükümlülerin yurtdışındaki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmak ve bilgi talep etmek,

l) Görev alanına giren konularda uluslararası ilişkileri yürütmek, yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla görüş ve bilgi alışverişinde bulunmak, bu amaçla uluslararası anlaşma niteliğinde olmayan muhtabakat muhtırası imzalamak,

m) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi istemek,

n) Bilgi ve ihtisasına ihtiyaç duyulması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların Başkanlık bünyesinde geçici olarak görevlendirilmelerini talep etmek,

o) Kamuoyu duyarlılığını ve desteğini arttırmaya yönelik çalışmalar yapmak,

ö) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

(2) Başkanlıkça birinci fıkranın (ğ) bendine göre kendisinden talepte bulunulan birim, bu talebin gereğini ivedi olarak yerine getirmek zorundadır.

sürecinin yürütülmesinin de Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılacağı düşünüldüğünde, savcılıklara da açıklamada bulunulması gerektiği açıktır.

Açıklanan yasağa aykırı davranışlar ise kanunun “Yükümlülük ihlâlinde adli ceza” başlıklı 14. maddesinde düzenlenerek, yaptırımı hapis ve adli para cezası gerektiren bir suç olarak belirlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Bu Kanunun 4’üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 7 ve 8’inci maddelerindeki yükümlülükleri ihlâl eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”

Kanun koyucu, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihlalinde yaptırımı idari para cezası olarak belirlemişken, şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun açıklanmasında daha katı bir yaklaşım benimseyerek, yaptırım olarak hapis ve adli para cezası öngörmüştür. Çünkü, şüpheli işlem bildiriminde bulunan kişilerin kendilerini güvende hissetmemesi veya kimliğinin ifşa edilmesi suretiyle tehlikede olduğunu düşünmesi, kanunla önlenmesi amaçlanan suçların önlenememesini neticelendirecektir.

D. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAPSAMINDAKİ YAPTIRIMLARIN TCK’DA YER ALAN SUÇLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Suçu Bildirmeme Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı bölümü altında 278. maddede düzenlenen “suçu bildirmeme suçu”, kişilere, işlenmekte olan bir suçtan haberdar olmaları halinde durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirmektedir.

Buna göre;

“(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımından özürli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

(3) Başkanlık, görev alanına giren konuların araştırılması ve incelenmesini hazine ve maliye uzmanları ve uzman yardımcılarının yanı sıra denetim elemanları vasıtasıyla da yerine getirir. Görevlendirilecek denetim elemanları Başkanın talebi üzerine ilgili birim amirinin teklifi ve bağlı veya ilgili buldukları Bakanın onayı ile belirlenir”.

Bu suçla korunmak istenen hukuki değer ne olduğuna ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bildirim yükümlülüğüne bağlı suçla korunmak istenen hukuki değer korunmaktadır. Diğer bir görüş adliye de korunan hukuki değer olarak nitelendirmiştir.¹³³ Üçüncü bir görüşe göre ise, bireyler arasındaki dayanışma korunmak istenmektedir.¹³⁴

Suçu bildirmeme suçunun tipik hareketi, işlenmekte olan bir suçun yetkili mercilere bildirilmemesidir.¹³⁵ İcrai davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesinin kanunda suç olarak tarif edilmiş olması sebebiyle, söz konusu suç gerçek ihmali suçlardandır.¹³⁶ Ayrıca tipik gerçek ihmali suç olmasından dolayı, “*sırf hareket suçu*”dur. Gerçekleşmesi gereken bir netice aranmaz, ilgili makama süresinde bildirim yapılmaması ile suç tamamlanmış olur.

Suçun faili herkes olabilecektir.¹³⁷ Kanun koyucu, kamu görevlileri ve sağlık mesleği mensuplarını bu madde kapsamından çıkarmadığı ve TCK'nin 279. ve 280. maddeleri kapsamı dışında kalan hallerde, bu kişiler de TCK 278. maddede düzenlenen suçun faili olabilmeleri mümkündür.¹³⁸ Konumuz bağlamında, şüpheli işlem bildirim yükümlülerinin bu suçun faili olmaları mümkündür.

Suçu bildirmeme suçunun konusu, “*işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suç, vakiadır.*”¹³⁹ Fail, işlenmekte olan ya da neticelerinin sınırlandırılması mümkün olan bir suç olduğunu bilmektedir. Ayrıca, bildirim yapılması gereken yeri ve süreyi bilerek bildirimde bulunmadığı için, suçun manevi unsuru kasttır. Kanunda ayrıca taksirli şekli düzenlenmediğinden suç taksirle işlenemez.

Suçu bildirmeme suçu nedeniyle sorumluk için kişinin “işlenmekte olan” yahut “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan” suç hakkında, bilgi edinmiş olması gerekir.

Suçu bildirmemenin bazı istisnaları bulunmaktadır. İşlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticenin sınırlanma olanağı bulunan suçun faili ve suç ortağından suçu bildirmesi beklenmeyecektir. Çünkü fail ve suç ortağının bildi-

¹³³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 946.

¹³⁴ Durmuş Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021), s. 1399.

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fatih Yurtlu, *Suçu Bildirmeme Suçu*. F. Yenisey, A. Nuhoğlu, İ. Özgenç, A. Sözüer ve F. Turhan (Ed.), *Dr. Dr. H.c. Silvia Tellenbach'a Armağan* içinde, (Ankara: Seçkin Yayıncılık) s. 763.

¹³⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 214.

¹³⁷ Durmuş Tezcan vd, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1400; Selahattin Kolcu, *Suçu Bildirmeme Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), s. 73.

¹³⁸ Tezcan vd, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1400; Kolcu, *Suçu bildirmeme suçu* s. 73. Hafizoğulları, Z., Özen M. (2016) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Mille ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, s. 184.

¹³⁹ Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 946.

rimde bulunmasını beklemek kişinin kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya zorlanamayacağı (nemo tenetur se ipsum accusare) ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹⁴⁰.

Aynı şekilde söz konusu suçun mağduru ile suçtan zarar göreninin de bildirimde bulunmaması suç teşkil etmeyecektir. Aksi halde mağdur ve suçtan zarar gören açısından yeni bir mağduriyet daha doğacaktır¹⁴¹. Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanmaz.” şeklindeki düzenleme gereğince tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler de bildirimde bulunmaya zorlanamayacaktır.

Suçun oluşumu için, fail, “bildirimde bulunmayı ihmal etmeli” veya “bu hususta gecikme göstermeli”dir.¹⁴² Failin “bildirimde bulunmayı ihmal etmesi”, bildirimde bulunmaması ya da “yetkili” olmayan bir makama bildirimde bulunması anlamına gelmektedir.

Yetkili makamın belirlenmesi de suçun oluşumu açısından önemlidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki ihbara ilişkin 158. maddedeki düzenlemeye bakıldığında, suç ihbarında bulunulacak yetkili mercilerin gösterilmiş olduğu görülür. Madde metnine göre, Cumhuriyet Başsavcılıklarına, kolluk makamlarına, mahkemelere, valilik ve kaymakamlıklara suç ihbarı yapılabilmektedir. Bu kapsamda, belirtilen makamlara bildirim yapılması durumunda, söz konusu suç oluşmayacaktır.

Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün tipik hareket unsuru ise MASAK tarafından belirlenen şüpheli işlem tiplerine uyan veya başka şekilde cereyan eden şüpheli işlemin yetkili mercilere usulüne uygun olarak süresinde bildirilmesi veya hiç bildirimde bulunulmamasıdır¹⁴³. Şüpheli işlem bildiriminde ilgili görevliden beklenen yükümlülük, şüphe veya şüpheyi gerektirecek hususun varlığının tespiti halinde bildirimde bulunmasıdır. Gerçekleştirilen işlem hakkında, bir suçun işlenmesinden elde edilen ekonomik değer olduğu ve aklanmak istendiği hususunda kesin bir yargıya sahip olmak aranmaz.

Kısaca ifade etmek gerekirse şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün suçta bildirme yükümlülüğünden ayrıldığı temel nokta yükümlünün bilgisinin niteliğine ilişkindir. Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün aksine suçta bildirme yükümlülüğünde yükümlünün, bildirmediği suçun işlendiği hususunda kesin surette bir bilgiye (bilme durumu) sahip olması aranmaktadır¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Tezcan vd, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 1401.

¹⁴¹ Kolcu, *Suçta Bildirmeme Suçu*, s. 75.

¹⁴² Ümit Kocasakal, *Suçta Bildirmeme Suçları*, (İstanbul: Vedat Yayınevi, 2017), s. 146.

¹⁴³ Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, s. 280.

¹⁴⁴ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 273.

İlgili görevlinin gerçekleştirilmek istenen işlemin kişinin mali profiline uygun olmadığı kanaatine varmasına rağmen şüpheli işlem bildiriminde bulunmaması halindeki sorumluluğunun ne olduğunun da ortaya konulması gerekmektedir. Burada ilgili görevlinin ihmali hareketi, aklanmanın gerçekleştirilmeye çalışıldığına ilişkin bir bilme veya anlama durumu değildir. Burada şüphe hususu üzerine beklenen özen ve dikkat yükümlülüğü yerine getirilmemiş, diğer bir anlamda taksirle hareket edilmiştir. Böyle bir durumda, ilgili görevlinin 5549 sayılı Kanun kapsamındaki idari para cezası yaptırımını ile sorumluluğunun söz konusu olacağı kanaatini taşımaktayız.

Ancak işleme konu malvarlığı değerinin bir suçtan elde edildiğinin veya yapılan işlem bağlamında bir suçun işlendiğinin anlaşılmasına veya öğrenilmesine rağmen MASAK'a ya da Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulmaması durumunda, TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan "suçu bildirmeme suçu" oluşacaktır¹⁴⁵. Bu durumda, sadece TCK'nın 278. madde hükmüne istinaden cezaya hükmolunmalıdır. Ayrıca 5549 sayılı Kanun kapsamında idari para cezasına karar verilmemelidir. Bir fiilden dolayı hem adli cezaya hükmedilmesinin hem de idari ceza verilebilmesinin bir örneğini oluşturabilecek bu durum, mükerreren cezalandırmayı yasaklayan "non bis in idem" kuralına aykırılığa yol açabilecektir¹⁴⁶.

İlgili görevlinin suçtan elde edildiğini bildiği ekonomik değer aklanmasına yönelik işlemde bulunulduğunu bilmesine rağmen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suçu bildirmeme suçunun tipik eylem unsuru olan "işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçu bildirmeme" durumunu tamamıyla karşılamaktadır.

Sonuç olarak şüpheli işlem bildirimini ile suçu bildirmeme esas olarak birbirinden farklıdır. Şüpheli işlem bildiriminde bulunulması ayrıca öğrendiği suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ancak suçu bildiren kişi şüpheli işlem bildiriminde bulunmasa dahi yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır¹⁴⁷.

2. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde; ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suç olarak tanımlanmıştır.

¹⁴⁵ İzzet Özgenç, *Sonuç ve Değerlendirme*. C. Şahin, İ. Özgenç ve F. Turhan (Ed.), *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II* içinde, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 1913-1914.

¹⁴⁶ Non bis in idem kuralı, Türkiye'nin de taraf olduğu "11 No.lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol"ün 4. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özgenç, *Sonuç ve değerlendirme*, s. 1908.

¹⁴⁷ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 276. Aksi yönde; Fatma Umay Genç, *Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Halinde Yükümlününün Ceza Hukuku Sorumluluğu*, s. 645.

Buna göre;

“(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Sır, güncel sözlükte “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey.” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁸. Ticari sır kavramı ise hem kanunda yer verilmemesi hem de somut olaya göre farklılık arz etmesi sebebiyle tanımlamada güçlük yaşanan bir kavramdır.

239. maddenin gerekçesi “Maddenin birinci fıkrasında ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bir bilgi veya belgenin bu nitelikte olup olmadığı, ilgili kanunda belirlenen bu hususa ilişkin ölçütler göz önünde bulundurularak hâkim tarafından belirlenir.

Maddenin ikinci fıkrasında, fenni keşif ve buluşlar ile sınai uygulamaya ilişkin bilgiler koruma altına alınmıştır. Genel anlamda fenni veya sınai sır, sanayininin işletmesinin yararı gereği gizli tutmak istediği hususlardır.

Üçüncü fıkrada, sırrın Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya memurlarına açıklanması hâlinde daha ağır ceza öngörülmüştür. Maddenin dördüncü fıkrasında, bir kimsenin cebir veya tehditle bu madde kapsamına giren bir sırrı açıklamaya mecbur edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır” şeklindedir. Görüldüğü üzere madde gerekçesinde ticari sırrı tanımlayacak veya unsurlarını somutlaştıracak bir ibareye yer verilmemiştir.

Öte yandan, Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin 2010/3 no.lu Tebliğ’de ticari sırrın tanımı yapılmıştır. Tebliğin “genel esaslar” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasında ticari sır “teşebbüs-

¹⁴⁸ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 13.10.2021).

lerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁹. Bankacılık sırrı, bankanın yönetim, denetim organlarının üyeleri ve diğer görevlileri tarafından bilinen ancak rakipler tarafından bilinmemesi gereken, mali, iktisadi kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgileri kapsamaktadır. Müşteri sırrı, ticari işletme ve şirketlerin, bankaların müşterilerine ait edinmiş olduğu bilgilerdir.

Bu suç ile ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi yaptırıma bağlanmıştır.

Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu ile korunmakta olan hukuki değer; serbest piyasa ekonomisinde bireyin rekabetçi, adil, güven veren ekonomik sistemde faaliyette bulunma hakkıdır¹⁵⁰. Bunun yanında, müşteri sırlarının yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşasının önlenmesi yoluyla aynı zamanda özel hayatın gizliliği hakkının da korunduğu ifade edilmektedir¹⁵¹.

Suçun konusu; ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerdir¹⁵². Sır, “herkesçe bilinmeyen ve açıklanması halinde sahibinin hak ve menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlardır.”¹⁵³. Sır kavramını açmak gerekirse, gizli olan ve sahibinin gizlilik iradesi bulunan, gizli olmasında sahibinin menfaati bulunan gerçek bilgilerdir¹⁵⁴.

Bankacılık sırrı, bankacılık mesleğinin ifasında tevdi edilen veya başkaca sebeple öğrenilen bilgilerdir. Müşteri sırrı, bankaların müşteri ile olan ilişkilerinde elde ettikleri ve bankacılık işlemleri ile ilgili olan tüm bilgilerdir. Kısaca ticari sır ise bir ticari işletmenin veya şirketin yürüttüğü faaliyet alanı ile alakalı belli mensupları ve görevlileri tarafından bilinen veya istenildiğinde elde edilebilen bilgilerdir¹⁵⁵.

¹⁴⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100418-4.htm>, (E.T. 13.10.2021)

¹⁵⁰ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap - Özel Hükümler*, s. 891.

¹⁵¹ Zeynel Kangal, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 24, 2014, s. 13.

¹⁵² Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap - Özel Hükümler*, s. 891.

¹⁵³ Aytekin İnceoğlu, Bankacılık sırrının açıklanması suçu (bankacılık kanunu m.159). C. Şahin, İ. Özgenç ve F. Turhan (Ed.), *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II* içinde, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 767.

¹⁵⁴ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap - Özel Hükümler*, s. 891.

¹⁵⁵ Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap - Özel Hükümler*, s. 291.

TCK'nın 239. maddesinde yer alan suçun oluşması için kanunda zarar ya da somut bir tehlikenin oluşması aranmamıştır. Dolayısıyla, söz konusu suç soyut tehlike suçudur¹⁵⁶.

Fail; sıfatı veya görevi, meslek veya sanatı gereği bu bilgilere vakıf olan kimselerdir. Suçun failinin bu özellikleri taşıması gerektiğinden ve herkes bu özelliklere sahip olmadığından, söz konusu suç özgü suçtur. Suçun temel şeklinin tipik eylem unsuru ise sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin yetkisi olmayan kimse- lere verilmesi veya ifşa edilmesidir. Suç, sadece maddede gösterilen hareketlerle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli icrai nitelikte bir suçtur.

Görüldüğü üzere ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu ile 5549 sayılı Kanun'da belirtilen bildi- rimde bulunulduğunun ifşası suçunun tipik unsurları benzerlik teşkil etmektedir.

Doktrinde şüpheli işlem bildirimine konu işleme ilişkin bilgilerin açıklan- ması eyleminin TCK'nın 239. maddesindeki suça da neden olabileceği, ancak 5549 sayılı Kanun'da yer alan hükmün TCK'deki hükme nispetle özel bir norm niteliğine sahip olduğu için, özel normun önceliği ilkesi uyarınca yükümlülerin sadece 5549 sayılı Kanun uyarınca cezalandırılabilmesi ileri sürülmüştür¹⁵⁷. Bu- nun yanında bizzat 5549 sayılı Kanun'un 7. maddesinin¹⁵⁸, sırrın ifşasını hukuka uygun kılan düzenleme olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Buradan hareketle bir bilgi ya da belgenin hukuken sır vasfına sahip olması, sır sahibinin sırrın ifşa- sına yönelik bir irade beyanının bulunmamasına bağlı olduğundan sır sahibinin ifşaya ilişkin rızasının söz konusu olduğu durumlarda TCK'nın 239. maddesinde düzenlenen suç oluşmayacaktır¹⁵⁹.

3. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu TCK'nın 282. mad- desinde “*Adliyeye Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir. Bu suç tipi ile suç-

¹⁵⁶ Kangal, *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*, s. 15.

¹⁵⁷ Aynı görüş: Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı De- ğerlerinin Aklanması Suçu*, s. 219; Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, s. 700-701.

¹⁵⁸ 5549 sayılı Kanun'un 7. maddesi: “Bilgi ve belge verme”, “(1) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar, Başkanlık ve denetim elemanları tarafından istenile- cek her türlü bilgi, belge ve bunlara ilişkin her türlü ortamdaki kayıtları, bu kayıtlara erişimi sağlamak veya okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri tam ve doğru olarak vermek ve gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür. (2) Yukarıdaki fıkraya göre talepte bulunulanlar savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlarda yazılı hükümleri ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınmazlar.”

¹⁵⁹ Selin Kurt, *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2019, s. 110.

tan elde edilen malvarlığı değerlerine meşruiyet sağlanarak ekonomik sisteme dahil edilmesi engellenir. Bir taraftan ekonomik sistemin güvenliği temin edilmekte, diğer taraftan suç delillerinin değiştirilmesi veya gizlenmesi önlenmektedir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu, TCK'da şöyle düzenlenmiştir:

“(1) Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

“(2) Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

“(3) Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır.”

“(4) Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

“(5) Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

“(6) Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz.”

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu açısından korunan hukuki değer, kamu düzeninin, toplum barışının ve huzurunun sağlanması ve korunması olduğu söylenebilir¹⁶⁰. Bu suç kapsamında korunan hukuki değer ile ilgili 5237 Sayılı TCK'nın 282. maddesinin gerekçesinde, *“suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görünmesine neden olmaktadır. Bu durum aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayırılması sonucunu doğurmaktadır. İşte bu düşünceler söz konusu suçun ayrı bir suç olarak tanımlanmasını gerektirmiştir”* ifadeleri yer almaktadır.

¹⁶⁰ Sacit Yılmaz, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, (11), 2011, s. 77.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun faili hususunda, kanunun ilgili maddesinde “*yurt dışına çıkararan*” veya “*çeşitli işlemlere tabi tutan kişi*”den bahsedilmiş, suçun sadece belli kişilerce işlenebileceğine ilişkin herhangi bir özelleştirme yapılmamıştır. Dolayısıyla TCK 282. maddede düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun faili herkes olabilir. Bir sonraki başlıkta değinilecek olan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun aksine suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda, öncül suçun işlenişine iştirak edip etmediği dikkate alınmaksızın failin cezalandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁶¹.

Suç gelirlerinin aklanması suçunun konusu, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleridir. Söz konusu suç kapsamındaki malvarlığı değeri iki farklı şekilde suçtan kaynaklanıyor olabilir. İlki suçun işlenmesi yoluyla elde edilen malvarlığı değerleri; diğeri ise suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerleridir¹⁶².

Suç, maddede gösterilen hareketlerle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli bir suçtur. Hareketlerden birincisi, “*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına çıkarılması*” diğeri ise “*malvarlığı değerinin, gayri meşru kaynağının gizlenmesi ve meşru yollardan elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak için çeşitli işlemlere tabi tutulması*”dır¹⁶³. Bahsedilen bu iki seçimlik hareket arasındaki temel farklılık ise söz konusu seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi esnasında failin kast ve amacında ortaya çıkmaktadır¹⁶⁴.

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Seçimlik hareketlerden “*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına çıkarılması*” için kanunda herhangi bir özel saikle hareket edilmesi öngörülmediğinden failin genel kastla hareket etmesi yeterlidir. Ayrıca manevi unsur olarak maksat veya saik unsurları aranmamıştır. İkinci seçimlik hareket bakımından kanun koyucu “*gayrimişru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla*” hareket edilmiş olmasını aramaktadır. Söz konusu suç tipinin taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Şüpheli işlem bildirimlerinin gerçekleştirilmesi ile amaçlanan husus, suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesidir. Burada değerlendirilmesi gereken husus ise şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin aklama suçuna vücut verip vermediğidir. Suçu önleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde işlenmesi önlenemeyen suça iştiraktan ya da suçun ihmali davranışla işlenmiş olmasından dolayı ceza sorumluluğunun gündeme geleceğine ilişkin görüşler

¹⁶¹ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 312

¹⁶² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı cilt I*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 527.

¹⁶³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı cilt I*, s. 527.

¹⁶⁴ Özgenç, *Şüpheli İşlem*, s. 309

mevcuttur¹⁶⁵. Kaldı ki 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun şüpheli işlem bildirim tedbirini aklama suçu oluşmadan önce ve aklama faaliyetlerini engelleme maksadıyla düzenlemiştir¹⁶⁶. Bu görüşler kapsamında, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ayrıca aklama suçunun önlenmesi yükümlülüğü olduğu değerlendirildiğinde; ilgili görevlinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, işlenmesi önlenemeyen aklama suçuna iştirakinin kabulünü gündeme getirebilecektir.

4. Şüpheli İşlem Bildiriminde Bulunulduğunun Açıklanmaması

Şüpheli işlem bildirim sisteminin etkin bir şekilde yürütülmesi açısından şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunun veya bulunulacağına açıklanmaması, yani üçüncü kişilere bildirilmemesi büyük önem taşımaktadır. Bildirimin ifşa edilmemesi ile murat edilen, şüpheli işlemde bulunulan kişilerin haklarında bildirimde bulunulduğuna ilişkin bilgiye erişmemeleridir.

Şüpheli işlem bildiriminin ifşa edilmemesi, 5549 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yasaklanmıştır. Söz konusu maddede, “*yükümlülerin, şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar da dâhil hiç kimseye açıklayamayacakları*” hüküm altına alınmıştır. Bu yasağa aykırı davranışlar ise hapis ve adli para cezasını gerektiren eylemler olarak belirlenmiştir.

5. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu

Bu suç TCK'nın 281. maddesinde yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre:

“(1) Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.

(2) Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) İlişkin olduğu suç nedeniyle hüküm verilmezden önce gizlenen delilleri mahkemeye teslim eden kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle verilecek cezanın beşte dördü indirilir”

Söz konusu madde hükmünde, “*daha önce işlenmiş olan bir suçun delil ve eserlerinin yok edilmesi, silinmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi veya bozulması*” şeklinde seçimlik fiillerin yer aldığı bağımsız bir suçta yer verilmiştir¹⁶⁷. Seçimlik

¹⁶⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı cilt I*, s. 522.

¹⁶⁶ Tuğçe İlhan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (Antalya: Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021), s. 118.

¹⁶⁷ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 997.

fillerden birinin somut olayda gerçekleşmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Kas-ten işlenebilen bir suçtur. Kişi suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunu bilerek ve isteyerek işleyebilecektir. Taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun konusu, daha önce işlenmiş olan bir suçun delil ve eserleridir¹⁶⁸. Buradan anlaşılması gereken, bir öncül suç bulunmasıdır.

Suçun meydana gelmesi için yok edilen, değiştirilen veya gizlenen şeyin mutlaka delil değerine sahip olması gerekir. Delil değerine sahip olmayan herhangi bir şeyin yok edilmesi, gizlenmesi veya değiştirilmesi gibi hareketler suçun oluşmasına vücut vermez.

Konumuzla ilgili olan husus, şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda bu suçun unsurlarının oluşup oluşmadığıdır. Aklama suçunun tespiti açısından, öncül suçtan elde edilen bulgular, soruşturma ve kovuşturma organları için delil niteliğindedir. İlgili görevlinin bildirim sorumluluğu kapsamı içerisinde gerçekleştirilmek istenen iş ve işlemlerin tespiti, bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin muhafazası ve ibrazı da önem arz etmektedir.

İlgili görevlinin suç işlemek suretiyle elde ettiği malvarlığı değerlerini, gerçeğin açığa çıkmasını önlemek amacıyla yok etmesi, gizlemesi, değiştirmesi veya bozması halinde 281. madde uyarınca cezalandırılması gerekir¹⁶⁹. Burada önem arz eden husus, ilgilinin şüpheli işlem bildiriminde bulunmama şeklindeki ihmali hareketini hangi amaç ve gaye ile gerçekleştirdiğidir. Zira suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda failin kanunda tanımlanan seçimlik hareketleri hakikatin ortaya çıkmasının engellemek amacıyla işlenmesi manevi unsur kapsamında aranmaktadır¹⁷⁰.

SONUÇ

Şüpheli işlem bildirimini, suçtan elde edilen gelirlerin aklanması ile terörün finansmanının önlenmesi bakımından en önemli tedbirlerden biridir. Şüpheli işlem bildiriminin, aklanması istenen ekonomik değer için öncül suçtan elde edilmesi şartına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesi ile eşik yöntemi benimseyerek alt sınırı bir yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçları öncül suç olarak belirlediğinden bahsetmiştik. Bu anlamda, yükümlülerin hangi suç için öngörülen hapis cezasının alt sınırının bir yıl ve üzeri olduğu değerlendirmesini yapmalarını beklemek pratik olarak mümkün olmadığı gibi, teknik anlamda da çok zordur.

¹⁶⁸ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 998.

¹⁶⁹ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1007.

¹⁷⁰ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1003.

Uygulamada yükümlülerin şüphe veya şüpheliyi gerektirecek hususu tespit etmelerinin akabinde öncül suça ilişkin değerlendirme yapmaksızın bildirimde bulunmalarının uygun olacağı kanaatindeyiz. İlgili görevliyi tereddüde düşüren bu belirsizlik, yapılacak mevzuat değişikliği ile giderilmelidir.

Yükümlülerin hangi işlemlerle ilgili bildirimde bulunacağı hususu önemli bir sorundur. Şüphe veya şüpheliyi gerektirecek hususun varlığının tespitinin işlemleri gerçekleştirenin subjektif değerlendirmelerinden ileri gelmesi ve objektif belli şartlara bağlanmamış olması, sistemin etkili ve sağlıklı yürümesinin önündeki önemli problemlerdendir.

MASAK tarafından sıklıkla gerçekleştirilen aklama tiplerine ilişkin rehber ve tebliğler bu amaca yönelik ise de gelişen teknoloji ve getirdiği imkanlar her geçen gün yeni aklama biçimlerini beraberinde getirmektedir. Diğer taraftan, özellikle finansal kuruluşlardan olan bankalar şüpheli işlemleri belirlemek amacıyla çeşitli parametreleri hesaplayan ve bu hususta ilgili görevlileri uyarıcı yazılım veya programlardan yararlanmaktadır. Buna rağmen son dönemde dijital varlıklar/Kripto paralar ile hiçbir denetime tabi olmadan kolaylıkla suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin amlandığı ve terör örgütleri ile her türlü suç örgütünün bu yöntemle kaynak sağlayarak yasadışı faaliyetlerine finans sağladığı düşünüldüğünde en kısa sürede uluslararası anlamda ve ulusal mevzuatımızda bu durumların göz önünde bulundurulması suretiyle tedbir alınması ve düzenlemeler yapılması gerektiği açıktır. Bu bağlamda dijital para platformu işleten kuruluşlar veya aracı şirketler ile bunların kullandığı hesapların da denetim altına alınması gerekmektedir. Çünkü bu kuruluşlar tarafından da kullanılan banka hesapları bulunmaktadır. Banka hesabı dışında çeşitli yazılımlar üzerinden dijital para alım-satımı yapılması ihtimaline binaen buna ilişkin de bir denetim mekanizması geliştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde günün koşullarına uymayan ve gelişmelerin doğurduğu yeni suç işleme yöntemleri/yeni aklama yöntemlerine karşı işlevsiz kalan kanuni düzenlemeler olacaktır. Bu durum kanuni düzenlemelerin konuluş amaçlarına ulaşamamasını sonuçlayacaktır.

Örneğin, kara listede yer alan bir ülkenin on farklı banka hesabından Türkiye'deki tek bir hesaba belli aralıklarla para transferi yapılması halinde, bunu tespit eden ve ilgili uyum görevlisini uyarıcı programlar kullanılmaktadır. Bunun gibi belirlenmiş çeşitli senaryolar, yazılım tarafından tip işlemler olarak kontrol edilmektedir. Bu tür uygulamaların, şüpheli işlem bildirimlerinin gelişimi açısından önemli olduğunu düşünüyoruz. Ancak içinde insani değerlendirme bulunmayan bu tür yöntemlerin, bildirim usulü bir işlem haline gelmesine sebep olduğunu ifade etmek gerekir. Günün koşullarına ve teknolojik gelişmeler ışığında yapay zeka uygulamalarının gelişimine bağlı olarak daha doğru sonuçların alınması da mümkün olacaktır. MASAK'a 2019 yılında 203.786 şüpheli işlem bildiriminde

bulunulması karşısında 174.764 işlem bankalarca yapılmış ve 19.834'ü hakkında rapor hazırlanmıştır¹⁷¹. 2020 yılında ise 237.531 şüpheli işlem bildiriminde bulunulmuştur. Bu bildirimlerin 182.828'i bankalarca gerçekleştirilmiştir. 2020 yılında yapılan bildirimlerin 10.298'i hakkında rapor hazırlanmıştır.¹⁷²

Uyum görevlilerinin bildirim yükümlülüğü kapsamında her an bir idari yaptırımla karşılaşma riskinin varlığı da ilgilileri gerçekleştirilmek istenen işlemle ilgili başkaca bilgi toplama gereksinimi duymadan doğrudan bildirimde bulunmaya itmektedir. Tüm bu hususlar, şüpheli işlem bildirim sistemi usuli bir şekilde yürütüldüğünü bize göstermektedir.

Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımının ne olacağı hususu çalışmamızın önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Belirttiğimiz gibi, yükümlülüğün ihlali 5549 sayılı Kanun'da kabahat olarak düzenlenmiştir. Ancak ilgili görevlinin gerçekleştirilmek istenen işlemle ilgili hangi amaçla bildirimde bulunmadığının tespiti, cezai sorumluluk anlamında önem arz etmektedir.

Kanımızca, şüphe veya şüpheli gerektirecek hususun varlığı noktasında ilgilide oluşan kanaat üzerine bildirimde bulunmama, özen ve dikkat yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olup, 5549 sayılı Kanun kapsamında kabahat sorumluluğunu gerektirir. Ancak suç gelirin aklandığını bilen veya fark eden ilgilinin bildirimde bulunmaması ise suçu bildirmeme suçunun işlendiğini gündeme getirecektir. Bu duruma uygulamada rastlanmamış olmasının yanında, ispatının da çok zor olduğunu belirtmeliyiz. Ancak bu durumun teorik olarak gerçekleşmesinin mümkün olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı 2019 Yılı Faaliyet Raporu, erişim: <https://masak.hmb.gov.tr/faaliyet-raporlari>, (E.T. 12.05.2021).

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı 2019 Yılı Faaliyet Raporu, erişim: <https://masak.hmb.gov.tr/faaliyet-raporlari>, (E.T. 12.12.2021).

KAYNAKÇA

- Aksakal, Mehmet. *Karapara Aklama Suçu ile Organize Suçu ve Terörizmin Finansmanı Suçu Arasındaki İlişki ve Mücadele Yöntemleri*, (Balıkesir: Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, 2020)
- Atlı, Hatice. *Suç Gelirlerinin Aklanmasında Bankaların Rolü*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013)
- Arslan, Çetin ve Aydın, Devrim. *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerini Aklama ve Terörün Finansmanı Suçları*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021)
- Artuk, Mehmet Emin ve Gökçen, Ahmet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021)
- Aydın, Sermet. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensipleri. *Bankacılar Dergisi*, S. 65, (2008) s. 66-88.
- Aykın, Hüseyin. Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, *Bankacılık Dergisi*, S. 65.
- Aykın, Hüseyin. *Aklama ve terörün finansmanı ile mücadelenin küresel boyutu*. TC Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara: Ümit Ofset Matbaacılık, 2010.
- Aytekin İnceoğlu. Ekonomik Suçlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(1), (2020), 119-163.
- Aytekin İnceoğlu. Bankacılık Sırrının Açıklanması Suçu (Bankacılık Kanunu M.159)”. C. Şahin, İ. Özgenç ve F. Turhan (Ed.), *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II* içinde, Ankara: Seçkin Yayıncılık. (2020).
- Balcı, Murat ve Çakır, Kerim. Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması. *Ceza Hukuku Dergisi*, 16(46), (2021), s. 311-332.
- Başak, Ramazan. *50 Soruda Karapara ve Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi*. Türkiye Bankalar Birliği, Yayın No: 206, 1998.
- Çakır, Kerim. *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Değirmenci, Olgun. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Dönmez, Uğur. *Karapara ve Türkiye’de Karaparanın Aklanması ile Mücadele*, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Dülger, Murat Volkan, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021.
- Ercan, Kürşat Türker. *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Erol, Eda. *Suç Gelirinin Aklanması Sürecinde Bankacılık Sisteminin Rolü*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

- Hafizoğulları, Zeki ve Özen Mustafa, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 2016.
- Genç, Fatma Umay. *Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Türk Hukuku* Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Genç, Fatma Umay. Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (4), 2021, 613-653.
- Gödeklî, Mehmet. *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Güner, Sedat. *Organize Suç Örgütleri, Kara Para ve Aklanması*, Ankara: Bilgi Yayıncılık, 2003.
- İlhan, Tuğçe. *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Antalya: Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021.
- Kangal, Zeynel. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, (24), 2014.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kocasakal, Ümit. *Karapara Aklama Suçu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000.
- Kocasakal, Ümit, Suçu Bildirmeme Suçları, İstanbul: Vedat Yayınevi, 2017.
- Kolcu, Selahattin. *Suç Bildirmeme Suçu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Kuru, Murat. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesinde Şüpheli İşlem Bildirimi ve Avukatlık Mesleği İlişkisi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(195), 2020, 1773-1811.
- Kurt, Selin. *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Özbek, Veli Özer. *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap - Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Sonuç ve Değerlendirme*. C. Şahin, İ. Özgenç ve F. Turhan (Ed.), *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II* İçinde, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özgenç, İzzet. Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK'ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (3), 2021, 273-328.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Palabıyık, Deniz Çiçek. () “MASAK Kripto Para Borsası Thodex’in Banka Hesaplarına Dün İtibarıyla Bloke Koydu”, 8 Mayıs 2021, E. T.: 22.04.2021, Web: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/masak-kripto-para-borsasi-thodexin-banka-hesaplarina-dun-itibariyla-bloke-koydu/2217269> Adresinden Edinilmiştir.
- Tezcan, Durmuş vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Turinay, Faruk. Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, 39-84.
- Turinay, Faruk. *Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yılmaz, Sacit. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, *Ankara Barosu Dergisi*, (11), 2011.
- Yurtlu, Fatih. Suçu Bildirmeme Suçu. *Dr. Dr. H.C. Silvia Tellenbach’a Armağan İçinde*, Yazar Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, İzzet Özgenç, Adem Sözüer ve Faruk Turhan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Yurtlu, Fatih. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme. C. Şahin, İ. Özgenç ve F. Turhan (Ed.), *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II* İçinde, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.