

# İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 10

Sayı / Issue: 2

Güz / Autumn 2023

Genel Sayı / Number: 20



**MEDİPOL**  
**UNV-İSTANBUL**  
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

## Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
*Journal of Istanbul Medipol University School of Law*

ISSN: 2148-6883 e-ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 10 Sayı / Number: 2 Güz / Autumn 2023

### Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına / On behalf of Istanbul Medipol University  
Prof. Dr. Ömer CERAN

### Editör / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Turkey

ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-0536-6517

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT

Turkey

abdullahery@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1757-0187

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üye. Abdullah Musab ŞAHİN

Turkey

asahin@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6529-9179

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI AKTAŞ

Turkey

byigitbasi@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1112-3474

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda ÇELİK

Turkey

ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0802-3349

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Melih KOÇ

Turkey

mkoc@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3479-1010

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Merve İLDAN

Turkey

mildan@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7087-4323

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi  
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul

Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

**Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by**  
Gökçe Erkan

**Kapak / Cover**  
Levent Karabağlı

**Grafik-Tasarım / Graphic-Design**  
Medicomia

**Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Âkif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Doç. Dr. / Assoc. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

*The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.*

**Tarandığı Dizinler / Indexing Services**



**Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services**





# İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

## KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Gamze GÜLER**

Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)  
Bakımından Uygulaması

*Confiscation as a Security Measure and Implementation on the Migrant*

*Smuggling Crime* .....265

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Faruk GÖÇGÜN**

Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari İşlemlerde İdari Usule Katılım

*Participation in Administrative Procedure in Administrative Acts Affecting a  
Large Number of Persons*.....297

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Meral BALCI**

Çocuk İstismarının Özel Bir Türü Olarak Başkası Tarafından Dayatılan Yapay  
Bozukluk (Munchausen By Proxy) Durumunun Ceza Hukuku Çerçevesinde  
Değerlendirilmesi

*Evaluation of Factitious Disorder Imposed on Another (Munchausen By Proxy)  
as a Special Type of Child Abuse in the Framework of Criminal Law* .....325

## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Cansu KULAÇ**

İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi

*Termination of Employment Agreement with Mutual Rescission* ..... 383

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Kerime Fatma GÜNTÜRK**

Intercountry Adoptions in Türkiye According to the Convention on Protection of  
Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption

*Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine  
Dair Sözleşme Uyarınca Türkiye'de Uluslararası Evlat Edinme*..... 415

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Yağmur ASLAN**

Trust Müessesesinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Özellikli Durumu

*The Characteristic Position of Trusts in Comparative Law*.....455

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Güray TÜRKER & Ayça Ebru CELEP**

Şube Kiracısı Banka ve Kredi Borçlusu Kiraya Veren Para Borçlarının Birbirine  
Saydırılmasına İlişkin Değerlendirme

*Assesment Regarding the Offsetting of the Money Debts of the Branch Tenant  
Bank and the Credit Debtor Leaseholder*..... 509

### **Araştırma Makalesi / Research Article - Ömer Faruk ÇELİK**

Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Alınmasında Karar Yeter Sayısına  
Uyulmamasının Hukuksal Sonucu

*Legal Consequence of Non-Compliance With the Quorum in Taking the Decisions  
of the Board of Condominium*.....545



## KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79) Bakımından Uygulaması\*

Confiscation as a Security Measure and Implementation on the Migrant Smuggling Crime

Gamze GÜLER\*\*

## ÖZ

Müsadere, Kanun koyucu tarafından aranan belirli şartların meydana gelmesi neticesinde eşyanın veya kazancın bir mahkeme kararına dayanılarak sahibinden alınmasını ve devletin mülkiyetine geçirilmesini sağlayan ceza hukuku yaptırımlarından bir güvenlik tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanununda yer alan Göçmen Kaçakçılığı suçunda uygulama alanı bulan bu güvenlik tedbiri, suçla mücadelede caydırıcılığı sağlamasında ve suçun işlenmesinin bir kazanç yolu haline getirilmesinin önüne geçmesinde verimli bir rol oynadığı düşünülmektedir. TCK m.79'da son yapılan düzenleme ile göçmen kaçakçılığı suçunun cezasının alt sınırının artırılması suçun önlenmesini sağlayacak olsa da somut olarak suçla etkin mücadele edilebilmesi cezalandırma ve müsadere hükümlerinin birlikte uygulanması ile mümkün olacaktır. Buna ek olarak diğer Kanunlarda da göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araç veya eşya için el koyma hükümleri yer almaktadır. Dolayısıyla mevzuatımızın bu yönüyle dağılık düzenlemeler içermesi uygulama çeşitliliğine sebebiyet vereceğinden bu durum müesseselerin önemini ve hassasiyetini göstermekte ve dikkatli bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Güvenlik tedbiri, müsadere, yaptırım, göçmen kaçakçılığı, haksız kazanç.

## ABSTRACT

Confiscation appears as a security measure among the criminal law sanctions that ensure that the goods or earnings are taken from the owner based on a court de-

\* Makale gönderim tarihi: 22.05.2023. Makale kabul tarihi: 08.11.2023. Gamze Güler, "Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79) Bakımından Uygulaması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s.265-296, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.2>.

\*\* Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Hukuku. [gamze.guler@hotmail.com](mailto:gamze.guler@hotmail.com), <https://orcid.org/0000-0003-3722-6401>.

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

cision and transferred to the property of the state, as a result of the occurrence of certain conditions sought by the Legislator. This security measure, which finds application in the crime of Immigrant Smuggling in the Turkish Penal Code, is thought to play an efficient role in providing deterrence in the fight against crime and preventing the commission of the crime from becoming a way of earning. Although increasing the lower limit of the penalty for the crime of immigrant smuggling with the latest regulation in Turkish Penal Code Article 79 will prevent the crime, effective combat against crime will only be possible by applying the punishment and confiscation provisions together. In addition, other laws contain confiscation provisions for vehicles or goods used in the commission of the crime of immigrant smuggling. Therefore, since our legislation contains scattered regulations in this aspect, it will lead to a diversity of practices, and this shows the importance and sensitivity of the institutions and should be implemented carefully.

**Keywords:** Security measure, confiscation, sanction, migrant smuggling, illegal gain.

## Giriş

Müsadere, işlenen bir suç nedeniyle suçlunun malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf kabiliyetini tamamen veya kısmen ortadan kaldıran ve bu değerlerin devlete geçmesini sağlayan maddi ceza hukukunun bir müessesesidir. Suçlulukla etkin bir mücadele amacıyla malvarlığına yönelik olarak geliştirilmiş bu yaptırım bir güvenlik tedbiri olarak uygulanmaktadır.

Müsadere, kasten işlenebilen suçlar bakımından uygulama alanı bulan bir güvenlik tedbiridir. Bu nedenle kişinin suç teşkil etmeyen ve kabahat olarak nitelendirilen eylemleri nedeniyle malvarlığı üzerinde müsadere kararı verilmez. Ancak bir kabahatin işlenmesi neticesinde bir eşyanın veya sair malvarlığının mülkiyetinin Devlete geçirilmesi mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari tedbiriyle mümkün olur. Bu idari tedbir 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) m.18 hükmüne göre uygulanırken suçun karşılığı olan müsadere güvenlik tedbiri ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.54 ve m.55 hükümlerine göre gerçekleşir.

Göçmen kaçaklığı suçu gerek uluslararası sözleşmelere taraf olmakla gelen yükümlülüklerden dolayı gerekse suçun ülkemizde önlenmesi maksadıyla ceza mevzuatımızda düzenlenmiş olup müsadere hükümleri de bu suçta uygulanmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde göçmen kaçaklığı suçu ikinci bap *Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler* başlığında ve altıncı fasıl İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler başlığı ile m.201/a'da yer alırken 5237 sayılı TCK'da ise Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının, *Uluslararası suçlar* başlıklı birinci kısmında, göçmen kaçaklığı madde başlığı ile m.79'da düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da da yer alan göçmen kaçaklığı düzenlemesinde hem



suçu işleyene verilecek ceza belirtilmiş hem de suçun işlenmesinde kullanılan araçların ve suç nedeniyle elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edileceği belirtilmişti. Ancak 5237 sayılı TCK m.79 müsadereye yönelik özel bir düzenlemeye yer vermediğinden genel hükümlerde yer alan müsadere hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.<sup>1</sup> Bu nedenle 5237 sayılı TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirlerinden göçmen kaçakçılığı suçunun faileri hakkında uygulanabilecek olan eşya ve kazanç müsaderesidir.

Müsadere göçmen kaçakçılığı suçu gibi özellikle örgütlü işlenen suçlar bakımından önem arz etmektedir. Organize olarak eylemlerini gerçekleştiren bazı örgütler gelir temini amacıyla suçları işlemekte ve önemli bir sermaye elde etmektedir. Hem kazanç hem de sermaye haksız ve hukuka aykırı bir şekilde kazanıldığından bu değerlerin devlet tarafından müsadere edilmesi, örgütlerin amacına ulaşmasının engellenmesini ve sonrasında meydana gelebilecek suçların önüne geçilmesini sağlamaktadır. 5237 sayılı TCK m.79'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun da organize bir suç özelliği göstermesi ile suç işlemekte kullanılan ve işlenen suç nedeniyle elde edilen menfaatlerin haksız ve hukuka aykırı niteliğinin olması müsadere hükümlerinin ceza ile birlikte uygulanması gerekliliğini ortaya koymakta ve 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 6458 sayılı Yabancı ve Uluslararası Koruma Kanununa 2017 yılında eklenen bir ek madde ile göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araca el konulabileceği düzenlemesi de bu hususu desteklemektedir. Ayrıca göçmen kaçakçılığı suçu 2023 yılında 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da yapılan düzenleme ile ek m.12'de sayılan suçlar arasına eklenmiş ve böylelikle göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle el konulan milli savunma veya iç güvenlik hizmetleriyle doğrudan ilgili silah, mühimmat, araç ve gereç ile sarf malzemesinin Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığına tahsis edilebilmesine imkân sağlanmıştır. Dolayısıyla yapılan tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında göçmen kaçakçılığı suçu ile etkin bir şekilde mücadele edilebilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle müsadere kavramı, müsaderecinin hukuki niteliği ve Türk Ceza Hukukundaki yeri öğretideki görüşlere yer verilerek açıklanmıştır. Bir suçun karşılığı olarak uygulanabilecek olan yaptırımlardan müsadereyi bir güvenlik tedbiri kabul eden 5237 sayılı TCK, müesseseyi eşya müsaderesi (TCK

1 Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2443; Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler- TCK İzmir Şerhi*, (m.76-169), C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 160; Koray, Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 178.

m.54) ve kazanç müsadere (TCK m.55) olmak üzere iki türlü düzenlemiştir. Bu nedenle bir güvenlik tedbiri olarak müsadere ve göçmen kaçakçılığı suçunda (TCK m.79) uygulaması Kanundaki bu ayrıma göre, iki kurumun prensipleri tek tek belirtilmek suretiyle ve örnek Yargıtay kararlarıyla aktarılmıştır. Buna ek olarak diğer Kanunlarda göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlar veya eşyalar için düzenlenen el koymalar da açıklanarak müessesenin önemi vurgulanmaya çalışılmıştır.

## I. Müsadere Kavramı ve Hukuki Niteliği

### A. Müsadere Kavramı

Müsadere kelime anlamı zoralıdır.<sup>2</sup> Diğer bir tanımı ise bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının, kendi isteği olmaksızın devlet tarafından elinden alınmasıdır.<sup>3</sup> Arapça “südur” kökünden türeyen meydana çıkma, olma anlamına gelen müsadere terimi<sup>4</sup>, memnu, yasak bir şeyin kanuna uygun olarak alınmasını ifade eder.<sup>5</sup> Latince ise “fiscus” kökünden türetilmiş olan “confiscation” kelimesi özel mülkiyete konu bir malın genel hazineye alınması anlamına gelir.<sup>6</sup> Müsadere konusu bir eşyanın veya kazancın mülkiyeti işlenen bir suçun neticesinde devlete geçer.<sup>7</sup> Devlet müsadere yoluyla yeni suçların işlenmesine engel olmak amacını güderek suça özendirilmede aktif olan veya hukuka aykırı haksız fiilden kaynaklanan ya da bunların işlenmesinde ilgisi olan eşyaya el koymak suretiyle müdahale eder.<sup>8</sup> Müsadere tanımı konusunda çeşitlilikler söz konusu olsa da müsadere genel olarak kanuni bir zora dayanarak sahibinin mülkiyetinden veya zilyedinden bir malın ya da kazancın alınması ile devlete ya da ait olduğu kamusal teşekküle verilmesinin sağlanması olduğu söylenebilir.<sup>9</sup>

Müsadere genel müsadere veya özel müsadere şeklinde gerçekleşebilir.<sup>10</sup> Genel müsadere suçunun tüm malvarlığı ile sorumlu olması, diğer bir deyişle bu malvarlığının üzerindeki mülkiyet hakkının ortadan kaldırılarak mülkiyetin

2 <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 14.12.2022)

3 <https://sozluk.adalet.gov.tr/m%e3%bcsadere>, (e.t. 14.12.2022)

4 Erdal Yerdelen, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 31.

5 Zekeriya Yılmaz, *Teori ve Uygulamada Müsadere (Zoralım)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 19.

6 Şahin Altuğ, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3.

7 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 734.

8 Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 469-470.

9 Abdulkadir Certel, *Müsadere*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 17.

10 Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 873.

tamamen devlete geçirilmesi söz konusudur.<sup>11</sup> T.C. Anayasası suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı m.38’de genel müsadere cezasının verilemeyeceği düzenlenmiş olduğundan suçlu hakkında genel müsadere ya da buna benzer sonuçlar meydana getirecek şekilde bir karar verilememesi<sup>12</sup> günümüz ceza hukukunun anlayışını gösterir.<sup>13</sup> Ayrıca genel müsadere ceza ve tedbirlerin şahsiliği ilkesine aykırı olduğundan ceza hukukumuzda uygulanamaz.<sup>14</sup> Anayasanın bu hükmüyle özel müsadereye imkan tanındığı anlaşılmaktadır.<sup>15</sup> Özel müsadere, sadece suçla ilgisi olan eşyanın mülkiyeti devlete geçmektedir.<sup>16</sup> 5237 sayılı TCK’nın benimsemiş olduğu yaptırım teorisine göre özel müsadereye yer verilmiş olduğu görülmektedir. Yine müsadere mecburi veya ihtiyari olarak da gerçekleşebilir. Kanunda yer alan şartların gerçekleşmesi halinde müsadere kararının verilmesinde zorunluluk söz konusu ise mecburi müsadere; ancak, kanunda belirtilen şartlar oluşmuş olsa bile müsadere kararının verilmesi hâkimin takdirine bırakılmış ise ihtiyari müsadere söz konusudur. 5237 sayılı TCK müsadere kararı verilmesini hâkime takdir yetkisi tanıyarak düzenlediği için Kanunun ihtiyari müsadere biçimini benimsediği söylenebilir. 765 sayılı TCK mecburi müsadere sistemini kabul etmiş ancak bazı suçların işlenmesinde kullanılan taş, sopa ve benzeri aletlerin müsadere kararına karar verilmesine neden olduğu için eleştirilmiştir.<sup>17</sup> Nihai olarak, 5237 sayılı TCK’nın benimsediği sistemin özel müsadere olduğu anlaşılmakla birlikte Kanunda müsadere kararı verilmesinde “...hükmedilmeyebilir.” şeklinde ibarenin olması hâkime verilen takdir yetkisini gösterdiğinden aynı zamanda ihtiyari müsadere sisteminin benimsendiği de görülmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca müsadere, Anayasa’da düzenlenen madde başlığı dikkate alındığında, ceza hukukuna ilişkin bir yaptırım olduğu, bir suç işlenmesi halinde uygulanabileceği kabul edilmeli ve suç teşkil etmeyen haksızlıkların yaptırımını olarak öngörülmemelidir.<sup>19</sup>

11 M. Emin Artuk, Ahmet Göken, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 974. (Ceza Hukuku Genel Hükümler)

12 Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin, Artuk, Ümanist *Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 907.

13 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 645.

14 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 601.

15 Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 732.

16 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 628.

17 Erem, Danişman, Artuk, s. 911.

18 Artuk, Göken, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 975.

19 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 667. (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler)

## B. Müsaderenin Hukuki Niteliği

Öğretide müsadere, kanunda yazılı hallerde işlenen suçun karşılığı olarak failin malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin devlete geçirilmesi şeklinde gerçekleşmekte<sup>20</sup> ve hukuki niteliği itibarıyla bir güvenlik tedbiri olarak ifade edilmektedir.<sup>21</sup> Müsadere, kasıtlı bir suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyaya devlet tarafından el konulmasını sağlaması yanında aynı zamanda eşyanın imha edilmesini de kapsar.<sup>22</sup>

Güvenlik tedbirlerinin tek başına uygulanması mümkünken ceza ile birlikte de hükmedilebilir niteliğinin olması *ne bis in idem* prensibini akla getirirse de ceza ve güvenlik tedbirlerinin hukuki yapılarının birbirinden farklı olması nedeniyle bu ilkeyi ihlal etmez.<sup>23</sup> Güvenlik tedbirlerinin konusu ise kusurlu veya kusursuz olsa da suçu işleyen fail<sup>24</sup>, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar veya suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerleridir.<sup>25</sup> müsadereye konu bu malvarlığı değerleri ile işlenen suç arasında yakın bir bağlantının da bulunması gerekmektedir.<sup>26</sup> Bu nedenle niteliği itibarıyla bir ceza olmayan müsadere, oranlılık ilkesine tabi olduğundan bir ceza yaptırımından ziyade devlete daha rahat hareket etme ve uygulama kabiliyeti vermekte ve aynı zamanda akıl hastasının işlediği suçta kusuru bulunmadığından cezalandırılmasa da işlediği suçta uygun ve ölçülü güvenlik tedbirinin uygulanması da sağlanmış olmaktadır.<sup>27</sup> Dolayısıyla müsaderenin hukuki niteliğinin tespiti yaptırımın uygulanma koşullarının belirlemesi açısından önemlidir.<sup>28</sup>

765 sayılı TCK döneminde müsaderenin bir ceza mı yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğu öğretilerdeki yazarlar tarafından tartışılmış bazıları tarafından mahkumiyetin doğal bir sonucu olarak benimsenmiş ve bir ceza olduğu kabul edilmiştir.<sup>29</sup> Ancak bazı yazarlar da bir güvenlik tedbiri olduğunu belirtmiş-

20 M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949, s. 640.

21 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 848.

22 Hamza Şahin, *Sulh Ceza Hakimliği Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 151.

23 Özgenç, s. 834; Demirbaş, s. 640.

24 Fail kusursuz olsa da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi bu tedbirlere hükmedilebilir. Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 670; Özgenç, s. 831.

25 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 963; Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 667.

26 Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 667.

27 Certel, s. 19.

28 Gökhan Taneri, *Müsadere*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 16.

29 Dönmezer, Erman, müsadereyi zorunlu olarak ifade eder ve bir ceza olarak değerlendirir. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 710; aynı yönde Öztürk, Erdem'e göre müsadere, bir suçun karşılığı olarak faile yönelmiş olduğu için ceza niteliğinde olduğunu düşünür. Bahri Öztürk,

tir.<sup>30</sup> Yargıtay güncel kararlarında, müsadereyi bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğuran bir güvenlik tedbiri şeklinde tanımlamaktadır.<sup>31</sup> Bunun yanı sıra, suçta kullanılan veya suçtan meydana gelen eşya ve değer müsaderesini mahkumiyetin sonucu olarak adli nitelikte bir güvenlik tedbiri olduğu ve suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın müsaderesini ise suçun icra hareketlerine henüz başlanmadığı için önleyici nitelikte bir idari tedbir olduğu ileri sürülmüştür.<sup>32</sup> Bir diğer görüşe göre ise müsadere<sup>33</sup>, kanunda belirtilen hallerde mahkeme kararına dayanarak eşyanın mülkiyetinin veya kazancın sahiplerinden alınarak devlete verilmesini sağlayan bazen ceza bazen tedbir olarak uygulanan ancak 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiş bir yaptırımdır.<sup>34</sup>

Hukuki niteliği gereği bir güvenlik tedbiri olan müsaderenin uygulanabilmesi için birtakım şartların mevcudiyeti gerekir. Bunlar, tehlikeli bir halin varlığı, bir suçun işlenmiş olması, Kanunda buna ilişkin bir hükmün bulunması<sup>35</sup> ve tedbirin mahkeme tarafından verilmiş bir karara dayanması şeklindedir.<sup>36</sup>

---

Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 575.

30 Erem, Danışman, Artuk, müsadereyi, 765 sayılı TCK döneminde cezalar arasında sayılmamış olduğu ve ceza verilmeyen hallerde de uygulandığı için ceza değil bir tedbir olarak değerlendirebilir. Erem, Danışman, Artuk, s. 911.

31 Yargıtay CGK., T. 02.06.2020, E. 2017/45 K. 2020/252 sayılı kararında: “Müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurmakta olup 5237 sayılı TCK'da müsadere bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Anılan Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasına göre, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla müsadere edilir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise suçun icra hareketlerine henüz başlanmamışsa sadece bu nedenle müsadere edilemeyecek, ancak niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda eşyanın müsaderesine hükmedilecektir.”, denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-45-k-2020-252-t-2-6-2020>, (e.t. 14.12.2022)

32 Zafer, s. 732-734.

33 Hafizoğulları, Özen müsadereyi, suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidermeye matuf ceza hukuku tedbiri olarak ifade eder ve bir ceza müeyyidesi olarak değil bir güvenlik tedbiri olarak kabul eder. Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 479.

34 Doğan Gedik, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 8-9.

35 T.C Anayasası suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı m.38/3'te: “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”; suçta ve cezada kanunilik ilkesi başlıklı TCK m.2'de: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.”, denmektedir. Bu hükümler kanunilik ilkesinin yasalarımızda yer alan açık düzenlemeleridir.

36 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 956-961.

Bir güvenlik tedbiri olarak<sup>37</sup> müsadere için kasten işlenebilen bir suçun varlığı aranmakta failin haksız davranışının kabahate ilişkin olması durumunda, failin işlemiş olduğu kabahat hakkında müsadere kararı verilemese de şartları oluşmuş ise KK m.18'e göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri<sup>38</sup> uygulama alanı bulabilmektedir.<sup>39</sup> Bununla birlikte, kural olarak müsadereye hükmedilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi zorunlu olsa da bu suçtan dolayı bir kimsenin mutlaka cezaya mahkûm edilmesi gerekli değildir.<sup>40</sup> Ayrıca ulusal düzenlemelerin yanında uluslararası belgelerden Uyuşturucu ve Psikotrop Maddeler Kaçakçılığına karşı BM Sözleşmesi (Viyana sözleşmesi), Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme (Strazburg Sözleşmesi), BM Sınıraşan Suçlarla Mücadele Sözleşmesi (Palermo Sözleşmesi), Yolsuzluğa Karşı BM Sözleşmesi (Merida sözleşmesi) gibi çerçeve niteliğinde olan sözleşmelerde de müsadere yaptırımına yer verilmiştir.<sup>41</sup> Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olan Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi (Palermo Sözleşmesi m.12<sup>42</sup>) ile de mü-

37 Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak- İçtima ve Yaptırımlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 249 vd. (5237 sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak- İçtima ve Yaptırımlar)

38 Yerdelen, s. 39-42.

39 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 974; Özgenç, s. 864; Koca, Üzülmöz'e göre, kabahatlere yönelik bu yaptırım Anayasal dayanağını m.38'den değil m.35 mülkiyet hakkından ve m.13 bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin kurallardan alır. Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 669.

40 Akbulut, s. 874; Soyaslan, s. 601.

41 Sözleşmeler hakkında ayrıntılı açıklama için bakınız: Aysun Dalkılıç, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 47-53.

42 Sözleşmenin 12'nci maddesinde müsadere ve el koyma; "Taraf Devletler, iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde aşağıdakilerin müsaderesinin sağlanması için gerekli önlemleri alacaklardır: (a) Bu Sözleşmede belirtilen suçlardan elde edilen gelir veya değeri bunlara tekabül eden malvarlığı; (b) Bu Sözleşmede belirtilmiş suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç-gereçler. 2. Taraf Devletler, muhtemel bir müsadere amacıyla, bu maddenin 1. fıkrasında bahsedilen herhangi bir malın tespitinin, izlenmesinin, dondurulmasının veya el konulmasının sağlanması için gerekli önlemleri alacaklardır. 3. Eğer suç geliri kısmen veya tamamen başka bir mala dönüştürülmüş veya çevrilmiş ise, söz konusu gelirin yerine bu mal, bu maddede belirtilen önlemlere tabi tutulacaktır. 4. Eğer suç geliri meşru kaynaklardan kazanılan bir mal ile karıştırılmış ise, bu tür bir mal, dondurma veya el koymaya ilişkin yetkiler saklı kalmak kaydıyla, karıştırılmış suç gelirinin takdir edilen değerine kadar müsadereye tabi tutulacaktır. 5. Suç gelirinden veya suç gelirinin dönüştürüldüğü veya çevrildiği maldan veya suç gelirinin içine karışmış olduğu malvarlığından elde edilen kazanç veya diğer çıkarlar, bu maddede belirtilen önlemlere aynı şekil ve ölçüde tabi tutulacaktır. 6. Bu maddenin ve bu Sözleşmenin 13. maddesinin amaçları bakımından, her Taraf Devlet, kendi mahkemelerini veya diğer yetkili makamlarını, ilgili banka kayıtlarının veya mali veya ticari kayıtların ibrazı veya bunlara el konulması için emir verebilmeye yetkili kılacaktır. Taraf Devletler, bu maddenin hükümlerini uygulamaktan, banka gizliliği gereğiyle kaçınmayacaklardır. 7. Taraf Devletler, kendi iç hukuk ilkeleriyle, uygulama ve usule ilişkin diğer düzenlemelerinin özüyle uyumlu olduğu ölçüde, bir sanığın, iddia edilen suç gelirinin veya müsadereye tabi diğer malvarlığının

sadere konusunda, taraf devletlerin iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde müsadereyi sağlamaları için gerekli önlemleri almaları gereği belirtilmiştir.<sup>43</sup>

Öğretide yer alan tanımlar ve 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler dikkate alındığında müsadere, ceza hukuku yaptırımlarından bir güvenlik tedbiri olduğu ve kanun koyucu tarafından belirli şartların meydana gelmesi ile eşyanın veya kazancın bir mahkeme kararına dayanılarak sahibinden alınmasını ve devletin mülkiyetine geçirilmesini sağlayan önemli bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

## II. Müsadere Türleri

### A. Eşya Müsaderesi

5237 sayılı TCK m.54'te eşya müsaderesi düzenlenmiştir. Madde metnine göre, bir suçun işlenmesine bağlı olan, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, konusu suç teşkil eden eşyanın müsaderesi ve eş değer müsaderesi şeklinde kendi içinde ayrımlara tabi tutularak düzenlenmiştir.<sup>44</sup> Eşya müsaderesini düzenleyen maddenin gerekçesine göre, müsadere T.C Anayasasında yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verileceği kabul edilmektedir. Ancak, eşyanın müsaderesi için bunun iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle, kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir.<sup>45</sup>

**(1) Bir suçun işlenmesine bağlı olan müsadere,** eşyanın müsadere edilebilmesi için öncelikle *kasten işlenebilen bir suçun mevcudiyeti gerekir*. Taksirli suçlarda müsadere kararı verilemez.<sup>46</sup> Suçun icra hareketlerine baş-

---

*meşru kaynağını göstermeye zorunlu kılınmasını değerlendirebilirler. 8.Bu madde hükümleri, iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına zarar verecek biçimde yorumlanamaz. 9.Bu maddede yer alan hiçbir hüküm, söz konusu önlemlerin bir Taraf Devletin iç hukukuna uygun ve tabi olarak tanımlanması ve uygulanması ilkesini etkilemeyecektir.*”, şeklinde düzenlenir., <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, (e.t. 19.01.2023).

- 43 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 93 (Ceza Hukuku Özel Hükümler); Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 82, Mayıs-Haziran 2009. (s.1-50), s. 48.
- 44 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 976; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 670.
- 45 TCK m. 54 gerekçesi, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, (e.t. 07.01.2023).
- 46 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 976; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 670; Özgenç, s. 849; Akbulut, s. 876; Hafizoğulları, Özen, s. 480; Zafer, s. 735; Soyaslan, s. 60; Öztürk, Erdem, s. 578; Centel, Zafer, Çakmut, s. 737.



lanması ve suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşyanın kullanılmaya başlanması müsadere kararı için yeterli olup henüz kullanılmayan eşya müsadereye konu olmayacaktır.<sup>47</sup> TCK'da yer alan düzenlemeye göre suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi ancak niteliği itibariyle kamu güvenliği kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike oluşturuyor ise suçun icra hareketlerine başlanılmamış olsa bile müsadere edilebilecektir (TCK m.54/1-cümle2). Bu çerçevede bir suçun işlenmesine bağlı olan müsadere eşyanın müsadere edilebilmesi için kasıtlı işlenen suçun teşebbüs aşamasında kalması yeterli olup müsadereye konu eşyanın kullanılarak suçun tamamlanması gerekmez.<sup>48</sup> Yine söz konusu eşyanın müsaderesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekmekte ancak bu suçtan bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması aranmamaktadır.<sup>49</sup> Bu noktada hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli görülmektedir.<sup>50</sup> Bir suçun işlenmesine bağlı olan müsaderenin belirli özellikleri vardır. Bunlar:

*Eşya ile işlenen suç arasında m.54'te belirtilen şekilde bir bağlantının olması gerekir.* Eşya, suçun işlenmesinde kullanılmalı veya suçun işlenmesine özgülünmeli ya da suçtan elde edilmiş olmalı veya suçun işlenmesinde kullanılmak için hazırlanmış ise kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike oluşturmalıdır. Bu nedenle müsadereye konu eşya ile işlenen suç arasında nedensellik bağının tespit edilmesi önemlidir.<sup>51</sup>

*Eşya müsaderesinde kasıtlı suçta kullanılan eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir.* TCK m.54/1'de yer alan iyi niyet kavramından suçun işlenmesine iştirak etmemek veya suçun işlenişinden haberdar olmak anlaşılmalıdır. Böylelikle hem Kanun maddesine hem de maddenin gerekçesine göre suçun işlenmesinde kullanılmış olan eşyanın sahibi suça iştirak etmemişse o eşya müsadere edilemeyecektir. Kasıtlı suçta kullanılan eşyanın üçüncü kişiye ait olmasından anlaşılması gereken üçüncü kişinin o eşyaya malik veya zilyet olmasıdır.<sup>52</sup> Öğretide özel hukuk alanına ait olan iyiniyet kavramının ceza hukuku açısından anlamı tartışmalıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2 ve m.3 hükümleri dikkate alındığında<sup>53</sup>, iyiniyet için eş-

47 Özgenç, s. 850.

48 Mahmut Koca, Türk Ceza Kanunu'nda Müsadere, 27.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, (e.t.07.01.2023); Akbulut, s. 875; Zafer, s. 735.

49 Toroslu, Toroslu, s. 471; Öztürk, Erdem, s. 579.

50 Centel, Zafer, Çakmut, s. 737.

51 Öztürk, Erdem, s. 578-579.

52 Hafizoğulları, Özen, s. 480; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 630.

53 Kanunun Hukuki İlişkilerin Kapsamı başlıklı başlangıç bölümü m. 2'de dürüst davranma kavramı, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.", şeklin-



yanın sahibinin, eşyanın suçta kullanılmasında bilgisi ve rızası bulunmaması kriter olarak aranmalıdır.<sup>54</sup> Bazı yazarlar, iyiniyet ifadesi yerine TCK'da suç oluşturan fiilde iştiraki olup olmadığı anlamına gelen "methal" kelimesinin kullanılmasının yerinde olacağı düşüncesini ileri sürmüştür.<sup>55</sup> Gerçekten de, müsadere kararı için üçüncü kişilerin iyi niyeti değil suça katılma kastının varlığı esas olarak alınmalıdır. İyi niyetli kimseler suça iştirak etmemiş olmalı yani suçla ilgili ve cezai müeyyideyi gerektiren bir eylemde bulunmamalıdır.<sup>56</sup>

Eşyanın müsaderesinde orantılılık gözetilmesi gerekir. TCK m.54/3'te suçta kullanılan eşyanın müsaderesinin işlenen suça göre hakkaniyete aykırı olacak biçimde ağır sonuçlar doğurmaması gerektiği belirtilmiştir. Eşya müsaderesinde ölçü olan hakkaniyet, TMK'ya göre kanunun takdir yetkisi tanıdığı durumlarda hâkimin hakkaniyete göre karar vermesidir.<sup>57</sup> Suçta kullanılan eşya, suçun işlenmesine katkı sağlayan eşya olduğundan<sup>58</sup> ve failin suçu işlerken kullandığı vasıtaya işaret ettiğinden<sup>59</sup> suçun işlenmesinde kullanılan bu eşyanın müsaderesi ile işlenen fiilin haksızlık içeriği arasında da makul bir oran aranmalıdır.<sup>60</sup> Ayrıca Kanunda müsadere edilecek eşyanın bir kısmı diğer kısmından ayrılabilirdiğinde yalnızca o kısmın müsadere edileceği de belirtilmiştir. Yine müsadere konusunu oluşturan eşya üzerinde birden fazla paydaş olması durumunda yalnızca suça iştirak edenin payının müsaderesi söz konusu olur (TCK m.54/6).

**(2) Bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesinde,** suçun işlenmesinde kullanılmak amacıyla hazırlanan ve henüz suçta kullanılmamış ancak suçun işlenmesiyle beklenen neticeyi gerçekleştirmeyi kolaylaştıran bir eşya söz konusudur.<sup>61</sup> Ayrıca suçun işlenmesinde

---

de ve yine aynı bölüm m.3'te iyi niyet kavramını, "*Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz.*" şeklinde tanımlanır.

54 Demirbaş, s. 647.

55 Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 672- dn. 261. Ayrıca Yılmaz, eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait bulunmamasını müsaderenin unsurlarından saymakta ve bunu müsadere için eşyanın suçla ilgisi olmayan, suça iştiraki bulunmayan ve suça yabancı olan kimselere ait olmaması şeklinde ifade eder. Yılmaz, s. 29.

56 Centel, Zafer, Çakmut, s. 737- 742.

57 TMK'nın Başlangıç hükümlerinde, hukuki ilişkilerin kapsamı başlığında, hâkimin takdir yetkisini düzenleyen m.4'te; "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*", denmektedir.

58 Akbulut, s. 875.

59 Hafızoğulları, Özen, s. 482.

60 Özgenç, s. 850.

61 Demirbaş, s. 646; Centel, Zafer, Çakmut, s. 741.

kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın yetersizliği veya herhangi bir sebepten ötürü kullanılmaması veya kullanılmış olsa da bir kısmı arta kalmış şeyler de bu türden müsaderenin konusudur.<sup>62</sup> Bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi ancak kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda da gerçekleşir (m.54/1-cümle 2).

**(3) Konusu suç teşkil eden eşyanın müsaderesinde,** eşyalar, suçun işlenmesinde kullanılmasa, suçtan meydana gelmese veya suç için özgülünmüş olmasa bile üretimi, bulundurulması, alım satımı suçu meydana getiren eşyalar bir suçla bağlantılı olmasa da müsadere edilir (TCK m.54/4).<sup>63</sup> Bu müsadere türünde eşyalar, yasaklanan ya da üretimine, bulundurulmasına veya kullanılmasına izin verilmeyen şeyler olduğundan eşyaların kendisi bizzat suçta vücut vermektedir. Bu nedenle başka bir suçla bağlantısı veya suçun failine ait olması aranmayacağı gibi bir mahkûmiyet kararı da gerekli değildir.<sup>64</sup>

**(4) Eş değer müsaderesinde,** müsadereye tabi eşyanın ele geçirilemediği durumda bunun yerine konulan değerler için, suçun icra hareketlerine başlanmış olup müsadereye konu eşyaya ulaşılmadığında eşyanın tutarı kadar paranın müsaderesine karar verilir.<sup>65</sup> Öğretide kaim değer müsaderesi olarak ifade eden yazarlar olsa da kaim değer müsaderesinden farklı olan eş değer müsaderede, malvarlığına bir değer girilmesine gerek olmadan, malvarlığından çıkan müsadereye tabi değer karşılığı kadar paranın müsaderesi söz konusudur. Ancak kaim değer müsaderesinde müsadereye tabi eşya yerine malvarlığına giren kazanç değer müsadere edilir.<sup>66</sup>

### 1. Eşya Müsaderesinin Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Uygulaması

Kanunda yer alan düzenlemeleri ayrıntılarıyla inceledikten sonra eşya müsaderesinin göçmen kaçakçılığı suçunda uygulamasını değerlendirmek gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçu doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat temin etmek saiki ile işlendiğinden kasıtlı bir suç olup müsadere kararının verilebilmesi için ilk koşulu sağlamaktadır. Bu nedenle, suçun işlenişinde kullanılan göçmenlerin bir yerden bir yere naklini sağlayan kara, deniz ve hava taşıtlarının müsaderesi söz konusu olabilir.<sup>67</sup> Burada göçmenlerin taşınmasını sağlayan aracın faillerden birine ait olup olmamasına dikkat edilmeli suçta iştirak

62 Certel, Müsadere, s. 40.

63 Örnek olarak sokakta bulunan ve kime ait olduğu saptanamayan ruhsatsız silah veya uyuşturucu madde verilebilir. Certel, Zafer, Çakmut, s. 737.

64 Akbulut, s. 878.

65 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 979.

66 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 633.

67 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8.bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 118. (Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler)

edenlerden her hangi birinin mülkiyetinde olan bu taşıtın müsadereesine karar verilmelidir.<sup>68</sup> Ancak bu araçların iyi niyetli üçüncü şahıslara ait olmaması gerekir.<sup>69</sup> Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araçların iyiniyetli üçüncü kimselelere ait olması müsadereye engeldir.<sup>70</sup> Kişinin suça iştirak etmemesi ve aracını göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılacağını bilmeden ve bilebilecek durumda olmadan vermiş olması halinde aracın müsadere edilmesi mümkün olmaz.<sup>71</sup> Ancak iyiniyet konusunun somut olaya göre hâkim tarafından dikkatlice incelenmesi gerekir. Eğer dosyada suçta kullanılan eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olduğuna dair kesin bir kanaati yok ise aracın müsadereesine karar verir.<sup>72</sup>

68 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2443.

69 Yargıtay 18. CD., T. 22.06.2020, E. 2019/23681 K. 2020/7766 sayılı kararında: "Suçta kullanılması nedeniyle müsadereesine karar verilen LAK isimli sürat teknesinin kayden maliki olan Whitburn Marine Company LTD. Şirket yetkilisi duruşmaya davet edilip, beyanının alınmasından ve tüm dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesinden sonra bu şirketin iyiniyetli 3. kişi olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmadan ve TCK'nın 54/3. maddesindeki, "Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereesine hükmedilmeyebilir." biçimindeki düzenleme dikkate alınarak teknenin suç tarihi itibarıyla değeri ile suçtan elde edilecek maddi menfaat arasındaki fark tespit edilmeden ve müsadereesinin suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağına dair somut gerçeklerle bir değerlendirme yapılmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle müsadere kararı verilmesi, Kanuna aykırı...", denmektedir. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2019-23681-k-2020-7766-t-22-6-2020>, (e.t. 08.01.2023).

70 Yargıtay 18. CD., T. 08.06.2020, E. 2019/10487 K. 2020/6624 sayılı kararında: "a-) TCK'nın 54/3. maddesindeki, "Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereesine hükmedilmeyebilir." biçimindeki düzenleme dikkate alınarak 34 BP 3549 plakalı aracın müsadereesine karar verilmiş ise de, aracın suç tarihi itibarıyla değeri ile suçtan elde edilecek maddi menfaat arasındaki fark tespit edilmeden ve araç müsadereesinin suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurmayacağına dair somut gerçeklerle bir değerlendirme yapılmadan eksik inceleme neticesinde müsadere kararı verilmesi, Kanuna aykırı...", denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2019-10487-k-2020-6624-t-8-6-2020>, (e.t. 08.01.2023).

71 Yargıtay 18. CD., T. 29.03.2017, E. 2017/980 K. 2017/3450 sayılı kararında: "Sanığın, malen sorumludan aracı geçici süre ile aldığı, malen sorumlunun aracın suçta kullanılacağından haberdar olmadığı yönündeki savunması, malen sorumlunun sanık savunmasıyla uyumlu anlatımı, suç faillerinden ... ile malen sorumlunun akraba olmasının, sanığın iyiniyetli olmadığı kabulü açısından kesin ve yeterli nitelikte olmaması karşısında, delillerin taktirinde hataya düşülerek yerinde olmayan gerekçeyle 34 ZF 5781 plakalı aracın müsadereesine karar verilmesi, Kanuna aykırı...", denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2017-980-k-2017-3450-t-29-3-2017>, (e.t. 08.01.2023).

72 Bursa BAM, 8.C.D, T. 09.01.2019, E. 2018/1408 K. 2019/50 sayılı kararında: "Hukuka aykırı olduğu anlaşılmış ise de; anılan aykırılığın dairemizce duruşma açılmaksızın dosya üzerinden düzeltilerek giderilebileceği anlaşılma gereğeli kararın hüküm fıkrasının (A) bendinin (10) numaralı paragrafının hükümden çıkarılarak yerine gelmek üzere"10-18.11.2015 tarihli tutanak ile yeddi emine teslim edilen bir adet yedi metre boyunda gri renkli lastik bot, bir adet üzerinde X2 yazılı bot motoru, bir adet içi benzin dolu olan kırmızı renkli benzin deposu, altı adet bej renkli bot taban tahtası, bir adet siyah renkli bombeli çift ağızlı hortumun suçta kullanılmak üzere hazırlandığı ve dosya kapsamında iyi niyetli üçüncü kişilere ait olduğuna yönelik somut bir delil saptanamadığından TCK 54/1 maddesi gereğince MÜSADERESİNE," ibaresinin eklenmesine,... oybirliğiyle karar verildi.", denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mah>

Göçmen kaçakçılığı suçu, araç kiralama şirketlerinin araçları ile işlenmiş ise suça iştirak etmeyen ve suçun işlenmesinden haberi olmayan şirket sahibinin araçları müsadere edilemez.<sup>73</sup> Aynı şekilde balıkçılık yapılmak üzere tekne kiralayan iyiniyetli üçüncü şahsın teknesi ya da tarlasını sürmek üzere kullanmak için ödünç aldığı traktör ve römorku ile sahibinin bilgisi ve rızası olmadan göçmenlerin taşınmasında kullanılması durumunda traktör ve römork müsadereye konu olmayacaktır.<sup>74</sup> Burada üçüncü kişinin kendisine ait olan taşıtların<sup>75</sup> fail tarafından failin zilyetliğinde genel bir kullanıma tahsis edeceği yönünde bir rızası, bilgisi olması veya bilebilecek durumda olması gerekir ki bu taşıtların yine fail tarafından çalınması veya esaslı hataya düşürülerek ele geçirilmesi halinde taksir derecesinde dahi sorumluluk mevcut olmayacağından eşyanın müsaderesi düşünülemez.<sup>76</sup>

Ancak bu gibi durumlarda her olayın kendi içinde incelenmesi ve suçla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için bilerek başkası adına kayıtlı araçların suçun işlenmesinde kullanılma ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerekir.<sup>77</sup> Nitekim örgütlü olarak işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araçların müsaderesine engel olmak amaçlı diğer kimselere ait tescilli araçların kullanıldığı ve hatta ülkemizde araçların trafik tescil işlemleri yapılmadan devrinin yapıldığı da sıklıkla görülmektedir.<sup>78</sup> Anayasa Mahkemesine (AYM) bu yönde yapılan Eyyüp Baran bireysel başvurusunda, başvuru trafik sicilinde kendisi adına kayıtlı aracın satışı için A.T. ile anlaşmalarını, bir miktar parayı da peşin aldığını ve aracı teslim ettiğini ancak bu aracın göçmen kaçakçılığı suçunda kullanıldığı gerekçesiyle kaydına tedbir şerhi konulduğunu ve A.T. nin bu aracı satın almaktan vazgeçtiğini, ceza yargılaması neticesinde kendisinin beraatine, aracının ise müsaderesine karar verildiğini; aracın suçta kullanıldığına ilişkin olarak dosya kapsamında yeterli delil bulunmadığını ve müsadere kararının orantısız olduğunu belirterek adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise trafik sicilinde adına kayıtlı aracın

kemesi/bursa-bam8-cd-e-2018-1408-k-2019-50-t-9-1-2019, (e.t. 14.01.2023).

73 Ali Parlar, Mustafa Öztürk, *Uygulamada Uluslararası Suçlar*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 58; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1244 (Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II).

74 Kemalettin, Erel, "Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *TBB Dergisi*, Sayı 71, 2007, s. 297.

75 Burada ifade edilen taşıtlardan kara, deniz, hava yolu ile taşıma sağlayan her türlü vasıta kasdedildiğinden taşıtların kullanım amacı, şekli veya diğer özellikleri ve hatta canlı hayvan olması önem arz etmez, insanları fiili olarak taşıyabilmesi yeterlidir. Çetin, Arslan, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 138-139.

76 Arslan, s. 138.

77 Erel, s. 296.

78 Özbek, s. 161; Doğan, s. 179.

göçmen kaçakçılığı suçunda kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edilmesi nedeniyle başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından müdahalenin yasal olup “göçmen kaçakçılığının önlenmesi” yönündeki meşru amacının da mevcut olduğu, başvuruçuya müsadereye ilişkin itirazlarını ve savunmalarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanındığı, geçersiz satış sözleşmesiyle aracı işleten sıfatıyla bir başka kişiye teslim eden başvuruçunun müsadereye yol açan olaydaki kusur derecesi ile özen durumu dikkate alındığında ve ayrıca başvuruçunun geçersiz satış sözleşmesi nedeniyle borçlar hukuku kuralları çerçevesinde aracı haricen sattığı kişiye karşı genel hükümlere göre dava açabilme olanağı da bulunduğu değerlendirildiğinde müdahalenin başvuruçuyu kişisel ve aşırı bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvuruçuya yüklenen külfetin orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>79</sup>

Ancak AYM başvuruçunun iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olup olmadığının tespitini yaparken araç satış işlemlerinde gereken özeni göstermemesini iyi niyetli hareket etmediği yönünde kabul etmiş aracın suçta kullanılıp kullanılmadığının bilinmesi veya bilinebilecek durumda olmasını değerlendirmemiştir.<sup>80</sup> Kanaatimizce mahkeme burada iyi niyeti TMK m.3 hükmünde yer verilen kurala göre kendinden beklenen özeni gösteren kimse olarak anlamış ve aksi halde kişi iyi niyetli saymamış, dolayısıyla, eşyanın müsadere edilmesini uygun ve orantılı bulmuştur. Sonuç olarak bir kimsenin iyi niyetli davranıp davranmadığının tespitini üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmemiş olmasından yola çıkarak yorumlamaktayız. Ayrıca 765 sayılı TCK döneminde ise göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan taşıtların faille ait bulunmamasının önemi olmayıp fiilin işlenmesinde kullanılması halinde müsadere kararı verilmekteydi.<sup>81</sup>

79 Anayasa Mahkemesi Kararı- 1.B., Başvuru No: 2014/8060, T.29/9/2016 kararında: “Sonuç olarak trafik sicilinde adına kayıtlı aracın göçmen kaçakçılığı suçunda kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edilmesi nedeniyle başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından müdahalenin yasal olup “göçmen kaçakçılığının önlenmesi” yönündeki meşru amacının da mevcut olduğu, başvuruçuya müsadereye ilişkin itirazlarını ve savunmalarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanındığı, geçersiz satış sözleşmesiyle aracı işleten sıfatıyla bir başka kişiye teslim eden başvuruçunun müsadereye yol açan olaydaki kusur derecesi ile özen durumu dikkate alındığında ve ayrıca başvuruçunun geçersiz satış sözleşmesi nedeniyle borçlar hukuku kuralları çerçevesinde aracı haricen sattığı kişiye karşı genel hükümlere göre dava açabilme olanağı da bulunduğu değerlendirildiğinde müdahalenin başvuruçuyu kişisel ve aşırı bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvuruçuya yüklenen külfetin orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.” denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2014-8060-t-29-9-2016-1>, (e.t 14.10.2023).

80 Doğan, s. 183-186.

81 Yargıtay CGK T. 12.10.2004, E. 2004/175, K. 2004/198 sayılı kararında: “Göçmen kaçakçılığı suçlarında zoraltımın, genel hükümden ayrılmak suretiyle özel ve genişletilmiş biçimde düzenlenmiş

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılmayan, suç için özgülendirilmiş olan veya suçtan meydana gelmeyen eşya müsadere edilemez. Failin üzerindeki giysisi, ayakkabısı, saati, cep telefonu gibi eşyalar müsadere edilmesinin konusunu teşkil etmez.<sup>82</sup>

Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılmak üzere hazırlanmış fakat henüz kullanılmamış olan eşya veya araçların müsadere edilebilmesi için kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike oluşturması gerekir. Eğer göçmenleri taşımak üzere hazırlanmış olan geminin aynı zamanda denizi kirletmek üzere tehlikeli bir madde taşıdığı tespit edilmişse veya denizdeki seyrini düzgün sağlayacak teknik donanıma sahip değilse müsadere edilebilir. Ancak kara taşıtlarından tır veya otobüs bu şekilde bir tehlike barındırmıyorsa ve göçmenleri taşımak üzere hazırda bekliyorsa ancak suçun icra hareketlerine henüz başlamamış ise müsadere kararı verilmesi de mümkün değildir.<sup>83</sup>

Kanun müsadere kararında orantılılık ilkesini benimsemiş olduğundan hakaniyete uygun olarak sayı bakımından az olan göçmenlerin taşınmasında kullanılan büyük bir gemi ya da tırın müsadere kararını vermeyebilir. Ancak yine de belli bir bedel karşılığında göçmeni özel aracı ile yasal olmayan yollardan

---

*olması, Sözleşmenin "Müsadere ve El Koyma" başlıklı 12'nci maddesi ile taraf devletlere yüklenen, sözleşmeye konu suçlar nedeniyle zorahmın sağlanması bakımından gereken önlemlerin iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde alınması yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla matuftur. Görüleceği üzere, bu özel düzenleme "taşıtlar ve fil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler" le sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla, sayılanlar dışında herhangi bir eşyanın suçta kullanılması halinde bu maddeye göre değil, genel hüküm olan 36'ncı maddeye göre müsadere edilecektir. Öte yandan, 201/a maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemede, genel hükme ilişkin 36'ncı maddede öngörülen "aidiyet şartı"na yer verilmemiş olduğundan, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan taşıtlar suça iştiraki bulunmayan üçüncü kişilere ait olsalar bile müsadere olunabilecektir. Ancak bu konudaki uygulamada, Anayasa'nızın 38'inci maddesinde belirtilen "Ceza sorumluluğu şahsidir." ilkesi ile, ceza hukukunun evrensel prensiplerinden olan "kusursuz suç ve ceza olmaz" kuralı göz önünde bulundurulmalıdır. Ceza Hukukunda failin ancak kendi fiilinden sorumlu tutulması ve bunun için de en az taksir derecesinde kusurlu olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu hükmün uygulanmasında da üçüncü kişilerin, failin eyleminden en az taksir derecesinde kusurlu olmasını aramak zorunludur. Böyle bir kimsenin kusuru, yükümlü olduğu dikkati ve özeni göstererek kendi taşıtıyla yasadışı eylemin işlenmesine engel olmaktan doğmakta; böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ve ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağı oluşmaktadır. O halde burada üçüncü kişinin, kendisine ait taşıtın, en azından genel kullanıma yönelik olarak, rızası dahilinde failin zilyetliğinde olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Yerleşmiş yargısal kararlarda vurgulandığı üzere, iradeyi sakatlayan hallerin varlığı durumunda, örneğin taşıtın failce çalınma, gasp veya esaslı bir hataya düşürülme sonucu ele geçirilmiş olması durumunda, taksir derecesinde dahi sorumluluk var olmayacağından, taşıtın müsadere de düşünülemez.", denmiştir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2004-8-175-k-2004-198-t-12-10-2004>, (e.t. 15.01.2023).*

82 Özbek, s. 160; Doğan, s. 178.

83 Mehmet Saydam, *Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2015, s. 226.

ülke dışına çıkararak veya çok fazla sayıda göçmenin taşınması durumunda failin aracının müsaderesine karar verilecek olup üç veya beş gibi az sayıda göçmenin naklinde değeri yüksek olan bir taşıtın müsaderesine karar verilmeyebilir.<sup>84</sup>

Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken göçmenleri taşıyan geminin batırılması veya satışa çıkarılması ya da tır, kamyon veya araçların yakılarak ortadan kaldırılması nedeniyle müsaderesinin imkânsız kılınması halinde, eş değer müsadere hükümlerine göre suçta kullanılmış olan eşyanın değeri kadar müsaderesine karar verilir.<sup>85</sup> Öğretide bu husus, hakkaniyete aykırı gözükse de örgütlü suçlulukla etkin mücadelenin sağlanması bakımından kaçınılmaz olduğu ifade edilmiştir.<sup>86</sup> Kanaatimizce de organize suçlulukta caydırıcılığın sağlanması suçların cezalarının alt sınırlarının artırılmasıyla birlikte müsadere ve el koyma hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanması ile mümkün olacaktır. Nitekim, Türkiye'nin de taraf olduğu Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesinde müsadere ve el koyma hükümleri düzenlenmiş gerek eşya ve kazanç müsaderesi ile çeşitlerinden gerekse el koymayı öngörerek devletlerin gerekli önlemleri almalarını tavsiye etmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde ya da suç işlenirken suça tahsis edilmiş olan eşyanın bir kısmının müsaderesi diğer bütün kısma zarar vermeden ayrılıyor ise yalnızca bu kısmın müsaderesine karar verilir. Göçmenlerin naklinde kullanılan tır ve kasası şayet göçmenler şoförün bulunduğu alanda taşınmış ise tırın kasası veya dorsesi müsadere edilmeyebilir.<sup>87</sup>

Yine göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılmış olan üç ortaklı bir köy minibüsünün müsaderesinde, paylı mülkiyete tabi olan taşıtların suçta kullanılması halinde yalnızca suça iştirak eden kişinin hissesi müsadere edilir. Böylelikle hem pay sahibi olan minibüs şoförünün diğer pay sahiplerinin haberi olmaksızın göçmen kaçakçılığı suçunda kullandığı aracın müsaderesinde iyi niyetli ve suça katılmayan ortakların payları korunmuş olmakta hem de cezaların şahsiliği ilkesine uygun hareket edilerek aracın sadece üçte bir payının müsaderesi söz konusu olmaktadır.<sup>88</sup> Ancak bu şekilde birden fazla malikin bulunduğu ve payların tam olarak belirlenmediği durumlarda müsaderenin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.<sup>89</sup>

84 Erel, s. 297.

85 Erel, s. 297.

86 Özbek, s. 163; Doğan, s. 182.

87 Erel, s. 297.

88 Saydam, s. 228.

89 Özbek, s. 163; Doğan, s. 181.



## B. Kazanç Müsaderesi

5237 sayılı TCK m.55'te kazanç müsaderesi düzenlenmektedir. Kanuna göre kazanç müsaderesi sayılan değerler; suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatler, suçun konusunu oluşturan maddi menfaatler, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar olmak üzere dört kategoriden oluşur ve bu türden değerler devletin mülkiyetine geçer.<sup>90</sup> Kazanç müsaderesinin kapsamı, eşya müsaderesi gibi sadece maddi varlığı olan nesnelere değil ekonomik değeri haiz her çeşit menfaatten oluşur.<sup>91</sup> Kazanç müsaderesine konu değerler yalnızca nakit veya parasal menfaatler olarak değil suçla bağlantılı olan altın, döviz, poliçe, bono, tahvil, çek gibi ekonomik değerler olarak anlaşılmalıdır.<sup>92</sup>

Kanunda kazanç müsaderesi düzenlemesinde esas alınan düşünce, suç işlemenin bir gelir elde etme aracı olarak görülmemesini sağlamak ve suçtan edinilen kazancın kişilerin yanına kar olarak kalmasını engellemektir.<sup>93</sup> Bu müsadere türü örgütlü suçla mücadelede gerek örgütte başka suçların işlenmesine yönelik sermaye sağlamanın gerekse suç işlemeyi sürekli hale getirerek devamlı gelir elde etme beklentisinin önüne geçmek gibi nedenlerle önemli olduğundan genel bir suç önleme aracı olarak nitelendirilir.<sup>94</sup>

Kazanç müsaderesi kararının verilebilmesi için suçun manevi unsurunu değerlendirmek gerekir.<sup>95</sup> Bu nedenle kasten işlenen bir suçun varlığı<sup>96</sup> ve bu suçla bağlantılı elde edilmiş bir kazancın mevcudiyeti gerekir.<sup>97</sup> Ayrıca bu karar için elde edilen maddi menfaat, suçun mağduruna iade edilmemeli ve iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından sonradan iktisap edilmemiş olmalıdır (TCK m.55/1- cümle 2). Şayet bu neviden maddi menfaat ve kazançlar TMK'nın iyi niyet<sup>98</sup> kurallarına göre korunuyorsa müsadere kararı verilmeyecektir (TCK m.55/3). Ayrıca kazanç müsaderesi<sup>99</sup> kararının verilebilmesi için müsadere-

90 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 980; Öztürk, Erdem, s. 580.

91 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 634.

92 Aslan, s. 77-78.

93 Özgenç, s. 852.

94 Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 675-676.

95 Buğra Han Aslan, *Kazanç Müsaderesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 75-76.

96 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 981; Özgenç, s. 853; Zafer, s. 735-736; Öztürk, Erdem, s. 581.

97 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 981.

98 Demirbaş'a göre bu maddede yer verilen iyi niyet kavramı ceza hukukuna yabancı bir kavram olup bu tabirin kullanılması yerinde değildir. Ceza hukukunda esas olan kusur ilkelerine göre düzenlemenin: "...bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için eşyayı sonradan elde eden kişinin bunun bir suç ürünü olduğunu "bilerek" elde etmemiş olması gerekir.", şekilde yapılması gerektiğini düşünür. Demirbaş, s. 648.

99 Karşılaştırmalı hukukta kazanç müsaderesi hakkında ayrıntılar için bakınız, Parlar, Hatipoğlu,



ye konu kazanç ile işlenen suç arasında irtibatın sağlanmış olması yani failin meşru olmayan bir menfaat elde etmiş olması gereklidir. Aksi durumda kazanç müsadereyi kararı verilmemelidir.<sup>100</sup> Bu nedenle suçun işlendiği tespit edildikten sonra sağlanan kazancın da suçtan kaynaklandığının yani suçu işlemek suretiyle veya suçun işlenmesinden dolayı elde edildiğinin ispatlanması gerekir.<sup>101</sup> Aksi halde suç nedeniyle elde edildiği tespit edilemeyen maddi menfaatlerin müsadereyi genel müsadere cezası niteliğinde olacaktır.<sup>102</sup> Bu nedenle müsadere tedbiri kişilerin ticari faaliyetleri neticesinde yasal yollardan kazanmış oldukları malvarlığı değerleri için uygulama alanı bulmaz.<sup>103</sup>

Bununla birlikte kazanç müsadereyi, eşya müsadereyi önemi olan orantılılık ilkesinin geçerliliği bulunmaz. Eşya müsadereyi, kişinin yasal yollardan elde ettiği malının suçta kullanılması iken kazanç müsadereyi suç işlenmesi suretiyle sağlanan meşru olmayan malvarlığı değerlerini konu alır. Bu nedenle kazanç müsadereyi failin haksızlık içeriği ile müsadereye konu maddi menfaatlerin değerinin karşılaştırılmamasına ve bu türden menfaatlerin suç işleyen kimselerin yanına çok cüzi bir miktar da olsa kar olarak bırakılmamasına dikkat etmek gerekir.<sup>104</sup>

Müsadereye konu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı ya da bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereyi kararı verilir (TCK m.55/2). Malvarlığı değerinin müsadere edilememe nedeninin bir önemi olmayıp dikkat edilmesi gereken suçtan elde edilen değer malvarlığından çıkması ve yerine yeni bir kıymetin girmesidir. Bu nedenle failin eşyayı satması veya trampa etmiş olması sonucu elde ettiği satış bedeli müsadere edilecektir.<sup>105</sup> Öğretide kaim değer müsadereyi<sup>106</sup> olarak ifade edilen kazanç müsadereyi bu çeşidinde, müsadereye konu olan malvarlığı değerinin harcama, imha, tüketme yoluyla müsadere edilmesi imkânsız hale getirildiğinden bu ekonomik değerlere karşılık para tutarının müsadereyi söz konusudur.<sup>107</sup> Kaim değer müsadereyi, müsadereye konu eşya ya da maddi menfaat failin malvarlığından çıkmış olması yani kazanç müsadereyi

5237 sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak- İctima ve Yaptırımlar, s. 272- 277.

100 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 981.

101 Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 676.

102 Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 677.

103 Koca, *Türk Ceza Kanunu'nda Müsadere*, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, (e.t. 10.01.2023).

104 Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 676.

105 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 637.

106 Özbek, s. 160; Parlar, Hatipoğlu, *5237 sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak- İctima ve Yaptırımlar*, s. 280; Demirbaş, s. 648; Akbulut, s. 880; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 637.

107 Demirbaş, s. 648.

sayılan ve suçtan kaynaklanan para ile hisse senedi alınması ve bu hisse senetlerinin değerinin artması gibi<sup>108</sup> yerine yeni bir değer girmiş olması gerekmektedir.<sup>109</sup> Eşyanın yerini tutan bu kaim değer mütaderesinde dikkat edilmesi gereken husus, eşya veya meşru olmayan yollardan elde edilen ekonomik kazanç mütadere edildikten sonra ekonomik değerini kısmen veya tamamen yitirdiğinde ayrıca kaim değer mütaderesine karar verilemeyeceğidir.<sup>110</sup>

### 1. Kazanç Müsaderesinin Göçmen Kaçaklığı Suçunda Uygulaması

Yukarıdaki açıklamalardan sonra göçmen kaçaklığı suçunda kazanç mütaderesi uygulamasını değerlendirmek gerekir. Buna göre, kazanç mütaderesi, özellikle örgütlü işlenen suçlar bakımından çok önemlidir. Organize olarak suç işleyen bu örgütler gelir temini amacıyla suçları işlemekte ve önemli bir sermaye elde etmektedir. Hem kazanç hem de sermaye haksız bir şekilde kazanıldığından bu değerlere el konulması, örgütün amacına ulaşmasının engellenmesi ve sonraki sıralı suçların önüne geçilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.<sup>111</sup>

Göçmen kaçaklığı suçunun işlenmesinde kullanılan kara veya taşıt araçlarının mütaderesi mümkün olduğu gibi failerin maddi menfaat sağlamış olmaları halinde bu menfaat de kazanç mütaderesinin konusu olmaktadır. Göçmen kaçaklığı suçunda ne türden ekonomik kazançlar elde edildiğinin saptanması önemli olmakla birlikte suçtan meydana gelen kazancın da mağdurlara iade edilememesi gerekir. Suçun konusu olan göçmenler, suçun mağduru olmadıklarından göçmen kaçaklığı suçunun işlenmesi neticesinde elde edilen kazanç her ne kadar göçmenler tarafından sağlanmış olsa da kazanç mütaderesine tabi olacaktır. Ayrıca göçmen kaçaklığı suçundan mahkûm olan failin bu suç neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği menfaatlerin mütadere edilebilmesi için mağdura iade edilmemesi gerektiğinden ve göçmenler de suçta yasal mağdur konumunda olmadığından menfaatin de onlara iadesine gerek bulunmaz<sup>112</sup> ve bu menfaat failden kazanç mütaderesi yoluyla alınır.<sup>113</sup> Nitekim Yargıtay da suçtan kaynaklanan gelirin mütaderesine karar verilmesini öngörür.<sup>114</sup>

108 Koca, Türk Ceza Kanunu'nda Müsadere, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, (e.t. 15.12.2022).

109 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 981; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 637.

110 Demirbaş, s. 648.

111 Özbek, s. 163.

112 Özbek, s. 163; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 118.

113 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2443.

114 Yargıtay 12. CD., T. 17.02.2021, E. 2017/7105 K. 2021/1715 sayılı kararında: "4- Sanık ...'nın rızası ile muhafaza altına alınan 6.050 ABD Doları, 5.940 Avro ve 4.430 TL'nin kaçak göçmenlerden emanet alınan para ve suçtan elde edilen komisyon geliri olan paralar ol-

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde göçmenlerin yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmasında kullanılan bir otobüsün göçmen kaçakçılığı suçundan kaynaklanan gelire alınmış olduğu ve iyiniyetli üçüncü kişi tarafından bu otobüsün satın alındığı ve tesliminin yapılması beklendiği durumda, bu araçla göçmenler nakledilirken araç yakalanmış olsa bile iyi niyetli üçüncü kişinin mülkiyetinde olan bu taşıt eşya müsaderesine de kazanç müsaderesine de konu olmayacaktır.<sup>115</sup>

### C. Müsadere Türlerinin Tüzel Kişiler Açısından Uygulanması

5237 sayılı TCK'ya göre tüzel kişiler bir suçun faili olarak kabul edilmediğinden ancak bazı suçlar bir tüzel kişinin yararına ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenebilmektedir.<sup>116</sup> Suçu işleyen ahlında tüzel kişi değil tüzel kişinin faaliyetlerini yürüten gerçek kişiler olmakta<sup>117</sup> bu nedenle tüzel kişiler hakkında yalnızca onlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır.<sup>118</sup>

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerini düzenleyen TCK m.60 gerekçesine göre, T.C Anayasası'nda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel olmaz. Bu nedenle maddede, özel hukuk tüzel kişileri hakkında hükmedilebilecek güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları düzenlenir. Maddede öngörülen ilk güvenlik tedbiri, faaliyet izninin iptalidir. Bunun için ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik

---

*ması ve mağdurlara iade edilememesi nedeniyle, TCK'nın 55/1. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi gerekirken, hatalı şekilde "emanette muhafazasına" karar verilmesi; Kanuna aykırı olup...", denmektedir., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2017-7105-k-2021-1715-t-17-2-2021>, (e.t. 15.01.2023).*

115 Saydam, s. 229-230.

116 Ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı TCK m.20'de; "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının filinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.", denmektedir.

117 Tüzel kişilerin suç işlemesine engel olan faaliyet alanlarını gösteren ve o kapsamda iş ve eylemlerini gerçekleştirebildikleri tüzükleridir. Tüzüklerin kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı olarak oluşturulması mümkün olmadığı için bu nitelikteki irade yok hükmünde olacağından suç ancak tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilir. Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1009.

118 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1009; Centel, Zafer, Çakmut, s. 719.

bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir.

TCK m.79/4'te göçmen kaçakçılığı suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında onlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. TCK'ya göre özel hukuk tüzel kişileri hakkında ceza yaptırımını uygulanamasa da yine TCK m.20/2 ile güvenlik tedbiri niteliğindeki tedbirlerin saklı olduğu düzenlenmiştir.<sup>119</sup> TCK'da yer alan bu düzenleme, suçun çoğunlukla örgütlü olarak ve sınıraşan nitelikte işlenmesinden dolayı Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Palermo Sözleşmesi) tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmesine uygun olarak getirildiği görülmektedir.<sup>120</sup> Böylelikle tüzel kişi yararına işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda yarar kavramı geniş bir şekilde değerlendirilmeli ve suçun yalnızca tüzel kişiyi zenginleştirmek maksatlı değil onun temel fonksiyonlarını ve amaçlarını gerçekleştirmek için işlendiğini ve bu nedenle güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirdiği anlaşılmalıdır.<sup>121</sup>

TCK m.60'a göre suç yoluyla elde edilmiş değerlerin tüzel kişi yararına dönüştürülmesi halinde o menfaatlerin müsadereye karar verilecektir. Suç tüzel kişi yararına işlendiğinde yukarıda açıkladığımız hem eşya müsadere (TCK m.54) hem de kazanç müsadere (TCK m.55) hükümleri uygulanacaktır. Tüzel kişiler bakımından müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi için faaliyette bulunan bir özel hukuk tüzel kişinin olması, eylemin özel hukuk tüzel kişisi yararına kasıtlı bir suçun işlenmesi ve işlenen suç ile meydana gelen tehlikelilik arasında orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir. Nitekim, tüzel kişilerin istihdam sağlama fonksiyonunun dikkate alınması gerektiğinden ekonomik açıdan iflasına neden olacak şekilde orantısız müsadere kararı fayda zarar dengesini sağlamayacağından güvenlik tedbiri ile amaçlanan düzeltici veya iyileştirici sonucu da vermeyecektir.<sup>122</sup> Ayrıca hâkim işlenen suçun ağırlığına bakarak uygulayacağı güvenlik tedbirinin sonradan telafisi mümkün olmayan

119 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 94.

120 Sözleşmede Tüzel Kişilerin Sorumluluğu başlıklı m.10'da: "(1) Her Taraf Devlet, örgütlü suç gruplarının karıştığı ağır suçlara iştirak etmeleri ve bu Sözleşmenin 5, 6, 8, ve 23. maddelerinde öngörülen suçlar açısından tüzel kişilerin sorumlu tutulmaları için gerekli olabilecek kendi hukuk ilkelerine uygun önlemleri alacaktır. (2) Taraf Devletin hukuk ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla, tüzel kişilerin sorumluluğu cezai, medeni veya idari olabilir. (3) Bu tür bir sorumluluk, suç işlemiş olan gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. (4) Her Taraf Devlet, özellikle bu maddeye uygun olarak sorumlu tutulan tüzel kişilerin parasal müeyyideler de dahil, etkin, orantılı ve caydırıcı cezai veya cezai olmayan müeyyidelere tabi olmasını temin edecektir.", denmektedir., <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, (e.t. 19.01.2023).

121 Zeynel T. Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 271.

122 Certel, s. 34- 35.

sonuçlar meydana çıkarabileceğini düşünürse bu tedbirlere başvurmayabilir. Ancak bu halde orantılılık ilkesini gözeten hâkimin, başka bir halde her iki tedbire de ayrı ayrı başvurabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.<sup>123</sup>

Göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen bir ulusal veya uluslararası bir seyahat firmasının tüzel kişiye ait olan otobüsleri, minibüsleri ya da servisleri göçmenlerin nakledilmesinde kullanıldığı tespit edildiğinde bu taşıtların müsaderesine karar verilir.<sup>124</sup> Ayrıca tüzel kişilerin organlarının veya temsilcilerinin işti-rakiyle gerçekleşen göçmen kaçakçılığı suçunda yalnızca araçlar değil suçtan meydana gelen kazançlar da müsaderenin konusu olur.<sup>125</sup> Örnek olarak, suçun bir taşımacılık şirketinin yönetim kurulu başkanının talimatı ile şirkete gelir sağlamak için şirkete ait kamyon ve gemilerle gerçekleştirilmesi halinde yönetim kurulu başkanı azmettiren olarak sorumlu olmakla birlikte suçta kullanılan şirkete ait taşıtlar ve suçtan kazanılan gelirler müsadere edilip bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyet gösteren taşıma şirketinin faaliyet izni iptal edilir.<sup>126</sup> Kanun, yine böyle bir durumda orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulmasının altını çizmiştir.

#### **D. Diğer Kanunlarda Yer Alan El Koyma Biçimleri**

##### **1. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Kullanılan Araca El Koyma**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa (CMK) göre el koyma koruma tedbirinin temel dayanağı CMK m.127'dir. Bu maddede el koyma kararını verme yetkisi ve bu yetkinin hangi makamlara ait olduğu düzenlenmektedir. Her suç için aynı koruma tedbiri uygulanmayacağından göçmen kaçakçılığı suçunun meydana geldiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde de suçun soruşturma ve kovuşturma evresinde çeşitli koruma tedbirlerine başvurulabilir. Bunlar, CMK m.128 taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma; m.133 şirket yönetimi için kayyum tayini, m.135 iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve m.140 teknik araçlarla izleme düzenlemelerinde göçmen kaçakçılığı özellikle belirtilmektedir.<sup>127</sup> Kanun koyucu koruma tedbirlerini düzenlerken suçun genellikle örgütlü olarak işlenmesi ve gerçeği ortaya çıkarmadaki zorluğu nedeniyle madde metinlerinde hususi olarak bu suça işaret etmiştir.<sup>128</sup> Ayrıca CMK m. 128/4'te yer alan kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkın-

123 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1012.

124 Arslan, s. 137-138.

125 Saydam, s. 232.

126 Kangal, s. 271-272.

127 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2442; Parlar, Öztürk, *Uygulamada Uluslararası Suçlar*, s. 58-59; Parlar, Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II*, s. 1243-1244.

128 Saydam, s. 234.

da verilen elkoyma kararının bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh vermek suretiyle icra olunması; belirli kayıtlara tabi olan malvarlığı değerlerinin, ileride kazanç müsaderesine tabi tutulana kadar ilgili sicillere şerh düşülerek iyiniyetli üçüncü kişilere bilgi verilmesi için düzenlenmiş olup bu madde ile asıl hedeflenenin bu malvarlığı değerlerinin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından devralınmasını bilgilendirerek önlenmesi olduğu ifade edilmiştir.<sup>129</sup>

Bununla birlikte 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 6458 sayılı YUKK'a 2017 yılında eklenen bir ek madde ile göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara CMK m.128/4' göre el konulabileceği düzenlenmiştir.<sup>130</sup> Bu hüküm ile göçmen kaçakçılığı suçu için özel bir elkoyma koruma tedbirine yer verildiği görülmektedir.<sup>131</sup> Böylelikle Türkiye'de trafik siciline kayıtlı olmayan yabancı plakalı araçlarla göçmen kaçakçılığı suçu işlendiğinde yakalanan göçmen sayısının bir önemi olmaksızın KHK gereği araca el konulacak ve Türkiye'de trafik kaydı bulunan araçlarda ise yolcu sayısına göre önemli ölçüde göçmen taşınmadığı takdirde araca şerh konarak tescil sahibine iade edilecek şayet araç ikinci kez göçmen kaçakçılığı suçu için kullanılırsa ivedi şekilde araca el konulacaktır. Ancak burada düzenlemede göçmen sayısı için önemli ölçüde tabirinin kullanılması soyut bir ifade olduğundan ve nitel olmadığından belirleyici olmadığı kanaatindeyiz. Öğretide, aracın cismen muhafazası yerine nakden muhafazasının gerçekleştirildiği belirtilerek aracın toplam yolcu kapasitesinin çok üzerinde göçmen taşınmasını önemli sayı olarak kabul edilse bile bu koşulun net bir şekilde belirlenmemiş olması sakıncalı bulunmuş

129 Batuhan Salim Yeşilköy, "Ulaşım Araçlarına Zilyetliğin Ortadan Kaldırılması Suretiyle El Konulması", *Türk Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 14, Sayı 54, 2023, s. 427, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3049392>, (e.t. 14.10.2023).

130 6458 sayılı Kanun'da "Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araca elkoyma EK MADDE 1 – (Ek: 17/4/2017-KHK-690/6 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/5 md.) (1) Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur. (2) Birinci fıkraya göre el konulan aracın; a) Soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması, b) Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması, c) Toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi, ç) Suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması, hallerinden birinin varlığı durumunda, el konulan araç sahibine iade edilmez. Bu durumda sahibinin, aracın değeri kadar teminatı elkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde Maliye Bakanlığına teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, Maliye Bakanlığı tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden aracın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır. (3) İkinci fıkranın uygulanmasındaki değerden, kara araçlarında kasko değeri; deniz araçlarında tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız araçlar ile hava ve demiryolu araçlarında ise piyasa değeri anlaşılır.", denmektedir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6458.pdf>, (e.t. 15.10.2023).

131 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 93.

ve ayrıca Kanun metninde yer alan suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatın bulunması durumunun da belirsiz olduğu ifade edilmiştir.<sup>132</sup> Gerçekten de bu tertibatın sabit bir şekilde her araçta olabileceklerin dışında farklı ve ayrıntılı bir düzen içinde olması gerekir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenişinde araba, bot, gemi, tır veya yat gibi çeşitli ulaşım araçları ile göçmenlerin bir yerden başka bir yere taşınması ve Türkiye'nin jeopolitik konumu nedeniyle de gerek kara gerekse deniz yolunda kullanılabilen bu türdeki araçlara el konulması suçla mücadelede etkin bir yöntemdir.<sup>133</sup> Göçmenlerin hem yaşam, sağlık, malvarlığı gibi haklarını hem de uluslararası menfaatleri gözetken bu suçta cezalandırma kadar el koyma koruma tedbiri de önem arz eder.

6458 sayılı YUKK'a eklenen bu düzenleme niteliği itibarıyla bir elkoyma olup el konulan aracın kovuşturma bitmeden tasfiye edilebilmesini düzenler. Burada dikkat edilmesi gereken iyi niyetli üçüncü şahısların malvarlığı değerlerine zarar verme riskinin söz konusu olabileceği ile bu düzenlemenin KHK ile yapılmasının kanun yapma tekniğine aykırı olduğu ve benzer bir düzenlemenin hali hazırda 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.10'da yer aldığı belirtilerek hükmün eleştirisi yapılmıştır.<sup>134</sup> Ancak bu düzenlemenin göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesini somut şekilde etkileyeceği ve suç işleme oranını azaltacağı düşüncesiyle yerinde olduğunu düşünmekle birlikte iyiniyetli 3. şahısların haklarının korunmasına dikkat edilerek karar verilmesine gayret gösterilmelidir.

## **2. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Kullanılan Eşyaya El Koyma**

Türkiye'nin de taraf olduğu Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatın Yasa Dışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol'e göre, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin tamamlayıcısı olup onunla yorumlanmaktadır. Protokolde aksine hüküm bulunmadığı sürece, Sözleşmenin hükümleri gerekli değişikliklerle Protokole de uygulanır. Ayrıca Protokolde belirlenmiş suçlar, Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul edilir (m.1). Taraf Devletlerin bu Protokole göre suç haline getirmesi gereken eylemler ise ateşli silahlar, parçaları ve aksamları ile mühimmatının yasa dışı üretimi, ateşli silahlar, parçaları ve aksamları ile mühimmatının kaçakçı-

132 Doğan, s. 199.

133 Doğan, s. 190.

134 Doğan, s. 191.



lığı ve ateşli silahlar üzerinde bulunması gereken işaretlerin tahrif edilmesi, kanuna aykırı bir biçimde silinmesi, ortadan kaldırılması veya değiştirmesi olarak öngörülmüştür.<sup>135</sup>

Türkiye bu konuda temel düzenlemeyi 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ile yapmıştır.<sup>136</sup> Kanuna göre ateşli silahlarla mermilerin ve bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletlerin memlekete sokulması, yapılması, satılması, satın alınması, taşınması veya bulundurulması yasaktır.

Yine ulusal mevzuatımızda yer alan diğer bir düzenleme de 5237 sayılı TCK m.315'te yer alan silah sağlama suçudur.<sup>137</sup> Buna göre örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişinin, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçu, 6136 sayılı Kanunda 28 Mart 2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun m.9 ile yapılan değişiklikle ek m.12'de sayılan suçlar arasına eklenmiştir.<sup>138</sup> Böylelikle göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle el konulan milli savunma veya iç güvenlik hizmetleriyle doğrudan ilgili silah, mühimmat, araç ve gereç ile sarf malzemesinin Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığına tahsis edilebilmesine imkân sağlanmaktadır.<sup>139</sup> Sıniraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi ve bu sözleşmeye Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasa Dışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokole uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun ilgili Kanunda yer alması ile Protokole uyumluluğun sağlanmış olduğu görülmektedir.

### III. Müsadere Usul ve Zamanlaşımı

#### A. Usul

5237 sayılı TCK, müsadereye ilişkin genel düzenlemelere yer vermekte müsadere usulünün ne şekilde uygulanacağını ise 5271 sayılı CMK'da ayrıntılarıyla

135 Sıniraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasa Dışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5095.html> (e.t. 30.04.2023).

136 15.07.1953 tarihli ve 8458 sayılı R.G., <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8458.pdf> (e.t. 30.04.2023).

137 Doğan, s. 60.

138 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı R.G., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-3.htm> (e.t. 30.04.2023).

139 7445 sayılı Kanunun Madde Gereçekleri, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/b7ba55be-5858-4208-904c-731a3b425ac6.pdf> (e.t. 21.06.2023).



düzenlemektedir. Müsadere muhakemesi, CMK'nın beşinci kitabının ikinci kısmında, m.256-259 arasında "Müsadere Usulü" başlığı altında düzenlenmiştir.

Müsadere usulünde başvuru, CMK m.256'ya göre; duruşma ve karar ise CMK m.257'ye göre gerçekleşir. Müsadere usulünde Kanun yolunu düzenleyen m.258'e göre ise müsadere yargılaması neticesinde Cumhuriyet savcısının, katılanın veya hak sahipliği iddiasında bulunan diğer kişilerin istinaf kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Burada, m.256'ya ilişkin olarak verilen müsadere kararlarına karşı kanun yoluna başvuruabilecek savcı, katılan, müsadere konusu eşya ve diğer mal varlığı değerleri üzerinde hak sahibi kimseler olup başvurulacak kanun yolu istinaftır.<sup>140</sup> Bu noktada buradaki kanun yolunun, istinaf mahkemelerinin göreve başladığı 20 Temmuz 2016 tarihine kadar verilen müsadere kararlarına karşı temyiz olarak anlaşılmasına dikkat edilmesi gerekir.<sup>141</sup>

Bununla birlikte, suça konu olmayan fakat müsaderesi gereken eşyanın örneğin bir tabancanın ruhsatsız olarak taşınması halinde müsadere edilmesine, m.259'a göre sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilecektir. Bu karara karşı ilgililerin itiraz hakkı bulunmaktadır.<sup>142</sup> Öğretide, bu usulün suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşya hakkında uygulanabileceği, hazırlık evresinde kalmış olan suça ilişkin soruşturma başlatılmayacağından ve esas ceza muhakemesi kapsamında karar verilemeyeceğinden bu türden eşyanın ayrı bir usulle yani sulh ceza hakimince müsaderesine karar verilmesinin doğal olduğu belirtilmiş ve nihai olarak sulh ceza hakiminin kararının bir hakimlik kararı olmasından dolayı CMK m.267 ve devamı hükümlerine göre bu karara itiraz edilebileceği ifade edilmiştir.<sup>143</sup>

Bu düzenlemelere göre, cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılması ile müsadereye karar vermeye yetkili mahkemeler, asıl ceza davası ile herhangi bir talep bulunmasa da esas hükümlerle birlikte müsadere kararı verir.<sup>144</sup> Nitekim müsadereye tabi eşyaya koruma tedbiri olarak el konulmuş olacağından mahkemeler bu hususta karar vermeyi ihmal etmeyecektir.<sup>145</sup> Ancak mahkemeler, müsadere kararını verirken müsadere şartlarını her somut olaya göre değerlendirmeli, ölçülülükü sağlamalı ve müsaderenin mahkumiyet hükmününün doğrudan bir sonucu olduğunu düşünerek hareket etmemelidir.<sup>146</sup>

140 Centel, Zafer, Çakmut, s. 745.

141 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 982.

142 Demirbaş, s. 649.

143 Zafer, s. 736.

144 Şahin, s. 151; Centel, Zafer, Çakmut, s. 744.

145 Zafer, s. 736.

146 Ali Kemal Yıldız, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Yaptırımı*, 11.11.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere-yaptirimi/>, (e.t. 15.01.2023).

Cumhuriyet savcısının kamu davası açması için yeterli delile ulaşmadığında *Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar* verse de yine cumhuriyet savcısı davayı görmeye yetkili mahkemeden müsadere hakkında karar verilmesi için başvuru yapabilecektir.<sup>147</sup> Bununla birlikte kamu davası açılmış olup da esas hükümle birlikte müsadere konusunda mahkeme tarafından bir karar verilmemişse, bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere için asıl ceza davasından ayrı bir dava şeklinde de müsadere davası açılabilecektir. Şayet bir kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olsa da esasa ilişkin hükümle birlikte müsadere kararı verilmemişse Cumhuriyet savcısı veya katılan müsadere davasını açabilecektir.<sup>148</sup>

### B. Zamanaşımı

Hem eşya hem de kazanç müsaderesinde, müsadereye ilişkin olarak verilen hükmün kesinleşmesinden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra müsadereye ilişkin karar infaz edilmez (TCK m.70). Şayet 20 yıl içinde müsadere gerçekleştirilememişse infaz yetkisi düşer.<sup>149</sup> Bu düzenleme, müsadere kararı verilmesine rağmen infaz edilmemesi halindeki zamanaşımı olup, suç oluşturan fiilin zamanaşımı sebebiyle düşmesi halinde, konusu suç oluşturan eşya haricinde müsadereye karar verilemez.<sup>150</sup>

TCK müsadereye ilişkin özel olarak bir dava zamanaşımı belirlememiştir.<sup>151</sup> Eşya müsadere, kazanç müsadere ya da özel kanunlara<sup>152</sup> göre müsadere kararı verilmesi gereken durumlarda, açılan ve duruşmalı olarak görülen müsadere davası, suç oluşturan eylemin tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde açılmalı ve sonuçlandırılmalıdır.<sup>153</sup> Ancak dava zamanaşımının dolması halinde muhakemeye devam edilmesi ve eylemin ispatı konusunda karar verilmesi ya da eylemin ispatı sağlanamaması halinde müsadere kararı verilemeyecektir.

Ayrıca bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan türden eşyalar kamu güvenliği kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yaratmaya devam ettiği sürece müsadere edilebileceğinden dava zamanaşımına tabi değildir.<sup>154</sup>

147 Şahin, s. 152.

148 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 982.

149 Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 679.

150 Yıldız, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Yaptırımı*, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere-yaptirimi/>, (e.t. 15.01.2023).

151 Taneri, s. 125.

152 Özel Kanunlarda müsadereye ilişkin ayrıntılı düzenlemeler için bakınız: Altuğ, s. 105-120.

153 Centel, Zafer, Çakmut, s. 744.

154 Centel, Zafer, Çakmut, s. 744.

## Sonuç

Müsadere hükümleri ve diğer Kanunlarla düzenlenen el koymalar suçla mücadelede etkin yöntemlerdir. İşlenen suçların karşılığı olan cezalarla birlikte suç teşkil eden fiilleri gerçekleştiren vasıtaların veya yakın bir bağlantı halinde olan malvarlığı değerlerinin failden alınması ve devletin mülkiyetine geçmesiyle bu kapsamda yer alan suçlar bakımından caydırıcılık sağlanacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda bir güvenlik tedbiri olarak 5237 sayılı TCK'da yer alan hem eşya hem de kazanç müsadereyi uygulanırken 6458 sayılı Kanunda düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araca el konulması ve 6136 sayılı göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle milli savunma veya iç güvenlik hizmetleriyle doğrudan ilgili silah, mühimmat, araç ve gereç ile sarf malzemesine el konulması hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin önüne geçilmesinde TCK'da son yapılan düzenlemeyle suçun cezasının alt sınırının artırılmasına ek olarak bu özel düzenlemelerin uygulanması son derece önem arz etmektedir. Ancak bu hükümlerin göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesini somut şekilde etkileyeceği ve suç işleme oranını azaltacağı öngörüsüyle yerinde düzenlemeler olduğunu düşünmekle birlikte iyiniyetli 3. şahısların haklarının korunmasına da dikkat edilerek uygulanmasına gayret gösterilmelidir. Mevzuatımızda müsadere ve diğer el koyma hükümleri dağınık bir şekilde düzenlendiğinden bu durumun uygulama çeşitliliğine sebebiyet verebileceği düşüncesiyle ilgili düzenlemelerin birlikte değerlendirilerek göçmen kaçakçılığı suçunda somut olaya en uygun olanın belirlenerek dikkatlice uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Gerek 5237 sayılı TCK'da gerekse diğer Kanunlarda yapılan düzenlemelerin hepsi birlikte değerlendirildiğinde tüm hükümlerin aynı amaca hizmet ettiği görülecektir. Söz konusu amacı gerçekleştirmek için de göçmen kaçakçılığı suçunun günümüzde daha çok örgütlü bir biçimde işlendiği göz önüne alındığında, suçla mücadelede caydırıcılığı sağlamasında ve suçun işlenmesinin bir kazanç yolu haline getirilmesinin önüne geçilmesinde suçta kullanılan eşyalara, vasıtalara ve suçlunun malvarlığına devlet eliyle bu orantılı müdahalenin yapılması en etkili yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda yapılan yasal düzenlemelerin birbiri ile uyum sağlaması açık ve tutarlı kararların verilmesi ile mümkün olduğundan uygulama birliğinin gerçekleşmesiyle müsadere ve el koyma müesseselerinden çok daha verimli sonuçlar alınacağını düşünmekteyiz.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Altuğ, Şahin, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aslan, Buğra Han, *Kazanç Müsaderesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Certel, Abdulkadir, *Müsadere*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Dalkılıç, Aysun, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Gedik, Doğan, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Doğan, Koray, *Göçmen Kaçaklığı Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler-TCK İzmir Şerhi, (m.76-169)*, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, *5237 sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak- İçtima ve Yaptırımlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

- Parlar, Ali; Öztürk, Mustafa, *Uygulamada Uluslararası Suçlar*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Şahin, Hamza, *Sulh Ceza Hakimliği Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- Taneri, Gökhan, *Müsadere*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Toroslu, Nevzat; Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Yerdelen, Erdal, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yılmaz, Zekeriya, *Teori ve Uygulamada Müsadere (Zoralm)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

### Sürelî Yayınlar

- Arslan, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 1, Yıl 2003, s. 113-145.
- Erel, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *TBB Dergisi*, Sayı 71, 2007, s. 264-299.
- Kangal, Zeynel T., “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 221-277.
- Koca, Mahmut, Türk Ceza Kanunu’nda Müsadere, 27.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, (e.t. 07.01.2023).
- Yeşilköy, Batuhan Salim, “Ulaşım Araçlarına Zilyetliğin Ortadan Kaldırılması Suretiyle El Konulması”, *Türk Adalet Akademisi Dergisi*, C. 14, Sayı 54, 2023, s. 415-444, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3049392>, (e.t. 14.10.2023).
- Yenidünya, Ahmet Caner; Alşahin, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 82, Mayıs-Haziran 2009, s. 1-50.
- Yıldız, Ali Kemal, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Yaptırımı, 11.11.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere-yaptirimi/>, (e.t. 15.01.2023).

### Yayımlanmamış Tezler

- Saydam, Mehmet, *Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

### İnternet Kaynakları

- <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 14.12.2022).
- <https://sozluk.adalet.gov.tr/m%c3%bcsadere>, (e.t. 14.12.2022).

- <https://www.lexpera.com.tr>, (14.12.2022).
- <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, (e.t.19.01.2023).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (e.t. 26.01.2023).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>, (e.t. 22.04.2023).
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/02/20040217.htm>, (e.t. 30.04.2023).

## KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari İşlemlerde İdari Usule Katılım\*

## Participation in Administrative Procedure in Administrative Acts Affecting a Large Number of Persons

**Faruk GÖÇGÜN\*\*****ÖZ**

İdari işlemler, bazen yetkili idari makam ya da organın çok sayıda kişiyi etkileme iradesinin yansıması olarak ortaya çıkar. Örneğin genel düzenleyici işlemler ya da “genel karar” olarak nitelenen işlemlerde bu iradeyi açıkça görmek mümkündür. Bunun yanı sıra, bireysel nitelikteki idari işlemlerin dahi yalnızca işlemin doğrudan muhatabı olan tek bir kişi üzerinde etki doğurduğunu ifade etmek her zaman mümkün değildir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usuller Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (87) 16 Sayılı Tavsiye Kararı, çalışmamızın konusunu oluşturan işlemlerde ilgililerin katılımını üç farklı kategori altında ele almış ve hakkın temsilci vasıtasıyla kullanılmasına ilişkin hükümlere de yer vermiştir. Tavsiye Kararı’nda idari usulde katılım – dinlenilme hakkı ilişkisinden söz edilmemiştir. Fakat her şeyden önce belirtmek gerekir ki; idari işlem nedeniyle “bireyselleştirilebilir” bir olumsuz etkiye maruz kalma ihtimali olanlara dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Bu hak, her ne kadar sınırlı bir katılım olanağı tanıyor gözükse de; esasında idari usule katılımın en yoğun biçimini oluşturmaktadır. Tesis edilmesi planlanan idari işlemde bir şekilde etkilenme ihtimali olan diğer ilgililerin ise farklı katılım araçlarından yararlandırılması gerekir. Bu araçlar, ilgililere işlemin meydana gelmesi sürecinde dinlenilme hakkı kadar yoğun bir koruma sağlamayı hedeflemez. Bunlar daha ziyade istişare ya da ikna işlevine sahiptir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari usul, çok sayıda kişiyi etkileyen işlem, katılım, dinlenilme hakkı, temsil.

**ABSTRACT**

Administrative acts sometimes emerge as a reflection of the intention of the competent administrative authority or body to influence a large number of persons.

\* Makale gönderim tarihi: 28.05.2023. Makale kabul tarihi: 21.06.2023, Faruk Göçgün, “Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari İşlemlerde İdari Usule Katılım”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 297-324, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.3>.

\*\* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı; İletişim: faruk.goegun@hbv.edu.tr, 0000-0001-5416-1465.

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

For example, it is possible to clearly see this intention in general regulatory acts or acts characterised as “general decisions”. In addition, it is not always possible to state that even administrative acts of an individual nature have an effect only on a single person who is the direct addressee of the act. Recommendation No. R (87) 16 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Administrative Procedures Affecting a Large Number of Persons analyses the participation of the persons concerned in administrative procedures under three different categories and includes provisions on the exercise of the right through a representative. The Recommendation does not mention the relationship between participation and the right to be heard in administrative procedures. However, first of all, it should be noted that the right to be heard should be granted to those who are likely to be subjected to an “individualisable” adverse effect due to administrative action. Although this right may seem to provide a limited opportunity for participation, it actually constitutes the most intensive form of participation in the administrative procedure. Other interested parties who are likely to be affected in some way by the planned administrative action should benefit from different participation instruments. These instruments do not aim to provide the interested parties with as intensive protection as the right to be heard in the process of the procedure. Rather, they have the function of consultation or persuasion.

**Keywords:** Administrative procedure, administrative proceedings affecting a large number of persons, participation, right to be heard, representation.

## Giriş

İdari usulde katılım, idari makamlar tarafından tesis edilen işlemlerin ortaya çıkış sürecine işlemin muhataplarının ya da diğer ilgililerin de dahil olması anlamına gelmektedir. Her ne kadar ülkemizde genel bir idari usul kanununun yürürlüğe konması suretiyle idari işlemlerin tesisi sürecinde uyulması gereken kurallar belirlenmemişse de, modern hukuk devletlerinin neredeyse tamamında 20. yüzyılın başlarından itibaren bu alanda kanunlaşma süreci tamamlanmış ya da kodifikasyon hareketleri devam etmektedir. Bu hareketlerin sonucunda; örneğin gerek Avrupa Birliği (AB) düzeyinde, gerekse AB üyesi ülkelerin pek çoğunun ulusal mevzuatlarında idari usul kanunları önemli bir yer edinmiştir. Bu kanunlarda, idarenin karar alma sürecinin her aşamasında tek yanlı olarak hareket etmesinin uygun görülmediği, ilgililerin de sürece katılımının temel bir ilke olarak benimsendiği dikkat çeken hususların başında gelmektedir.

“Hikmetinden sual olunmayan”<sup>1</sup> idare anlayışı; yönetimde demokrasi, saydamlık, gün ışığında yönetim, yönetim gibi kavramlara odaklanan bambaşka bir görünüme evrilmiştir. Hukuk devletinde idareyle bireyler arasındaki ilişki-

1 Bahtiyar Akyılmaz, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 144. (İyi Yönetim)



rin geldiği nokta, bir ya da birden fazla kişiyi olumsuz yönde etkileme potansiyeli bulunan kararların kapalı kapılar ardında alınmasına uygun değildir. Bir yandan kişilerin idare karşısında korunmasına verilen önem artmış, diğer yandan idari kararların ortaya çıkması sürecine ilgililerin de katkı sağlamasına yönelik düşünceler yaygınlaşmıştır. İdari usulde katılımın genel bir ilke olarak benimsendiği hukuk sistemlerinde idareyle muhatapları arasındaki ilişkinin bu yeni ve dinamik hali, pek çok alanda sayısız icrai karar alan idare makamlarının karar alma süreçlerinde uyması gereken ilkelerin hassasiyetle tespit edilmesini gerektirir.

İdari usulde katılımın görünümünden birini teşkil eden ve “idari usulün ve katılımın can damarı”<sup>2</sup> yakıştırmalarına konu olan dinlenilme hakkı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı Tavsiye Kararı’nda<sup>3</sup> “İlgili kişi, hak, özgürlük veya menfaatlerini olumsuz etkilemesi muhtemel nitelikteki herhangi bir idari işleme dair, idare tarafından dikkate alınmak üzere olgu ve savlarını ortaya koyabileceği gibi, uygun hallerde delil de gösterebilir.” ifadeleriyle tanımlanmıştır. İdari usulde katılımın bir bakıma asgari özünü oluşturan savunma hakkını da içeren bu hakkın anlamı, bu gelişmelere paralel olarak farklılaşmış ve gelişmiştir.

İdari makamlar tarafından tesis edilen işlemlerde, yalnızca işlemin doğrudan muhatabının olumsuz yönde etkilenme ihtimali söz konusuysa, bu kişiye tanınması gereken hakları tespit etmek nispeten kolaydır. Bu idari işlemlerin hazırlanıp yürürlüğe konması sürecinde muhatapların kendilerini yazılı yahut sözlü katılım araçlarıyla ifade edebilmesi, dinlenilme hakkının tanınması anlamına gelir. İşlemin tesis edilmesine dayanak teşkil eden maddi vakıalara ilişkin görüş bildirmenin yanı sıra, hukuki değerlendirmelerde bulunma ve kendi savını ortaya koyma imkanı da dinlenilme hakkının kullanılması kapsamındadır.

İdari makamların bazı tasarrufları tek bir kişiye yönelik olarak tesis edilse dahi; bu işlemlerden çok sayıda kişinin etkilenmesi de ihtimal dahilindedir. Örneğin bir sosyal tesisin kapatılmasına ilişkin karardan, o tesiste çeşitli sportif ve kültürel faaliyetlerde bulunan pek çok kişinin olumsuz yönde etkilenmesi muhakkaktır. Ya da bir pastane işletmesinin kapatılması kararı; yalnızca işletme sahibini değil, işletmede çalışan belki onlarca işçiyi de etkiler niteliktedir. Bu türden kararlara pek çok farklı örnek gösterilebilir.

2 Zeliha Hacımuratlar, *İdari Usule Katılım*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2011, s. 216.

3 Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities. <https://rm.coe.int/16804dec56> (03.05.2023). Karar’a ilişkin özgün bir çeviri için bkz. İhsan Kuntbay, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, 1978, s. 3-4.

“Çok sayıda kişiyi etkileyen işlem” tabiri, bazen de büyük projelerin hayata geçirilmesi sürecinde alınan kararlar bakımından değerlendirilmelidir. Örneğin turistik bir bölgede katı atıkların toplanması ve ayrıştırılması amacıyla bir tesisin inşa edilmesi, o yöredeki insanların tamamı için etki doğurma potansiyeline sahiptir. Zira tesisin faaliyete geçmesiyle birlikte, kötü kokuların yayılması suretiyle bir kirlilik meydana gelebilecek ve örneğin bölgenin turizm geliri olumsuz yönde etkilenebilecektir.

Yukarıda yalnızca birkaç örneğini verdiğimiz çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerin ortaya çıkış sürecinde ilgililerin katılımı, işlemten etkilenme ihtimaline ve meydana gelebilecek etkinin yoğunluğuna göre farklı başlıklar altında ele alınmalıdır. Bu çalışmada, mukayeseli hukuktaki bazı örneklerle birlikte Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 17 Eylül 1987 tarihinde aldığı “Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usuller Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (87) 16 Sayılı Tavsiye Kararı” hükümleri de dikkate alınarak çok sayıda kişiyi etkileyen farklı işlem türlerinde katılıma yönelik değerlendirmelerde bulunulacaktır.

### I. “Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İşlem” Kavramı

İlgilere tanınması gereken katılım hakları bağlamında “çok sayıda kişiyi etkileyecek işlemler” tabiriyle kastedilen, birden fazla kişi üzerinde etki doğurma potansiyeli olan bütün işlemler değildir. Nitekim idari işlemlerin neredeyse tamamı birden fazla sayıda kişiyi öyle ya da böyle etkilemektedir. Örneğin devlet memuru olarak görev yapan bir öğretmen hakkında verilen devlet memurluğundan çıkarma işleminden; bu öğretmenin ailesi, iş arkadaşları ve yakın çevresi de olumsuz yönde etkilenir. Hatta bu kişinin görevine son verilmesi nedeniyle, çalıştığı kurum içerisinde görev yapan bazı öğretmenlerin iş yükünün artması gibi sonuçlar dahi doğabilir. Bir başka örnek vermek gerekirse; unlu mamuller üretip satan bir işletmeye verilen ruhsatın iptal edilmesi halinde, işletme sahibinin ve ailesinin yanı sıra o işletmede işçi olarak çalışan çok sayıda kişinin de olumsuz yönde etkilenmesi kaçınılmazdır. Ayrıca o işletmeyle ticari ilişki içinde bulunan (örneğin işletme için un tedarik eden) başka kişiler de bu ruhsat iptalinden mali olarak etkilenir.

Yukarıda verilen örneklerde, bu işlemlerin doğrudan muhataplarına işlemin oluşum sürecinde kendilerini ifade etme hakkı tanınması gerektiği kuşkusuzdur. Bu örnekler bakımından idari usulde (sınırlı bir uygulama alanı bulunsa da) en yoğun katılım imkanı tanıyan dinlenilme hakkına uyulmaması işlemi sakat hale getirir. Fakat görevden alınması söz konusu olan öğretmenin aile fertleri ya da iş arkadaşlarının planlanan işlemle aralarındaki ilgi, bu işlemin tesis edilmesinden önceki usul sürecinde kendilerinin de dinlenilmesi gerektiği anlamına gelmez. Benzer şekilde, unlu mamul üreticisi ve satıcısı olan iş-

letmede çalışan her bir işçi, ruhsatın iptal edilmesinden önce kendilerinin de dinlenilmesi gerektiğini öne süremez.

Bilindiği üzere “menfaat ihlali” kavramı, idari yargıda iptal davası açabilmek için aranan subjektif ehliyet koşulunu ifade etmektedir. Menfaat ihlali kriterinin geniş yorumlanması, hukuk devletinin olmazsa olmazı niteliğindeki idarenin yargısal denetiminin gereği olarak özellikle hak arama hürriyetinin kısıtlanmaması adına son derece önemlidir<sup>4</sup>. İdari usulde işlemin oluşum sürecine katılımın ise pek çok farklı yönü ve işlevi bulunmaktadır. İyi idarenin unsurları olarak bir yanda dinlenme hakkı ve bu hakkın asgari görünümünü teşkil eden savunma hakkı; diğer yanda ise yönetimde demokrasi, gün ışığında yönetim ve yönetim gibi kavramlar idari usulde farklı katılım enstrümanlarının geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla, idari işlemin oluşum sürecinde katılım imkanının tanınması için, doğrudan veya dolaylı olarak maddi ya da manevi bir menfaat ihlaline uğramış olmak her zaman yeterli değildir.

## II. İdari İşlemin Çok Sayıda Kişiyi Etkilediği Haller

İdari makamların çok sayıda kişiye yönelik olarak icrai idari kararlar alması, bazen genel düzenleyici-normatif işlemlerin yürürlüğe konması şeklinde tezahür eder. Bununla birlikte, bazen idare kural koyucu bir işlem tesis etmese de, aynı anda pek çok kişi üzerinde olumsuz etkiler doğurma potansiyelini haiz kararlar alabilir. Bu işlem türlerinde ilgililer bakımından farklı katılım mekanizmaları devreye girmektedir.

### A. Genel Düzenleyici İşlemler

Çok sayıda kişiyi etkileme potansiyeline sahip idari işlemlerin en bariz örnekleri, maddi açıdan genel düzenleyici nitelikteki işlemlerdir. Genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı kurallar koyan<sup>5</sup> bu tür işlemler, bu özellikleri gereği zaten çok fazla kişi hakkında sonuç doğurmak üzere tesis edilir. Örneğin bir yükseköğretim kurumunda derslerden başarılı sayılma kriterlerinin düzenlendiği bir yönetmelik, o kurumdaki bütün öğrenciler hakkında sonuç doğurmasına yönelik bir iradenin tezahürü olarak hazırlanıp yürürlüğe konmuştur.

Bu örnekte, ilk bakışta çok sayıda kişiyi etkileyen bir idari işlemin tesis edildiği kolaylıkla ifade edilebilir. Fakat örneğin bir üniversitedeki ders geçme yönetmeliğinin ya da Covid salgını süresince alınması gereken tedbirleri ele alan bir genelgenin oluşumu sürecinde ilgililere nasıl bir katılım imkanı tanınması

4 Fatma Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 96-97.

5 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 76.

gerektiği her zaman kolayca tespit edilemez. Nitekim normatif nitelikteki bu gibi işlemlerin tesis edilmesinde ilgililere katılım imkanının tanınmasının zorunlu olmadığına ilişkin görüşler öne sürülmektedir<sup>6</sup>. Dahası, pek çok ülkede yürürlüğe konan genel idari usul kanununda genel düzenleyici işlemlerin kapsam dışında bırakılması tercih edilmiştir<sup>7</sup>.

Bu konu hakkında değerlendirmelerde bulunurken öncelikle belirtmek gerekir ki genel düzenleyici işlemler esasında kişilere değil, belli durumlara yönelik olarak tesis edilmektedir<sup>8</sup>. Bu işlemler nedeniyle kişiler üzerinde meydana gelebilecek olumsuz etki ya da zararlar, idari makamların tercihi doğrultusunda kamu yararının içerisinde erimekte ve kaybolmaktadır<sup>9</sup>. Zira genel düzenleyici işlemler çoğunlukla “politika kararı”<sup>10</sup> niteliğindedir ve idari makamların bu yöndeki tercihinin oluşması sürecinde işlemin etki alanı içerisinde bulunan herkesin aktif bir rol üstlenmesi mümkün değildir. Bu gerekçe, genel düzenleyici işlemlerin hazırlanma sürecinde ilgililere dinlenilme hakkının tanınmasına gerek olmadığı düşüncesine dayanak teşkil edebilir. Fakat idarenin politika oluşturma süreçlerinde söz konusu karardan bir şekilde etkilenme ihtimali olan kişilerin görüşlerine başvurmasının önünde bir engel yoktur. Bu iki katılım biçimi arasında temel bir fark bulunmaktadır: Dinlenilme hakkı, idarenin tesis etmeyi planladığı işlemde dolayı “bireyselleştirilebilir” nitelikte ve “özel” bir olumsuz etkiye maruz kalma ihtimali olan kişilere mutlak surette tanınması gereken bir haktır<sup>11</sup>. Fakat genel düzenleyici işlemlerde, herhangi bir kimsenin karşı karşıya kaldığı olumsuz etkinin bireyselleştirilebilmesi mümkün değildir. Yani işlemin muhatapları, yalnızca “belli bir grubun parçası olmaları nedeniyle” bir zarara uğrama tehdidi altındadır<sup>12</sup>. Hal böyleyken, örneğin belirli bir sektörde kullanılan bazı hammaddelerin ticaretine kısıtlama getirilmesine ilişkin bir kararname, o sektörde faaliyet gösteren kişiler için bireyselleştirilebilir

6 Ali Ülkü Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1964, s. 12; Nuri Alan, “İdari Usul ve İdari Yargı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 30, Sayı 102, s. 5.

7 İtalya, Polonya, Avusturya gibi ülkelerde yürürlükte bulunan genel idari usul kanunları örnek olarak gösterilebilir.

8 Bernard Schwartz, *Introduction to American Administrative Law*, Pitman Publishing, London, 1958, s. 107.

9 Alexander Heinrich Türk, “Administrative Law and Fundamental Rights”, *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Ed. Sionaidh Douglas-Scott, Nicholas Hatzis. Edward Elgar Publishing, 2017, s. 122.

10 “Politika kararı” tabiriyle kastedilen; siyasi bir tercihi içeren ya da kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin herhangi bir politikanın tezahürü olan işlemlerdir.

11 Türk, s. 130.

12 Greg Craven, “Legislative Action by Subordinate Authorities and the Requirement of a Fair Hearing”, *Melbourne University Law Review*, Cilt 16, Sayı 3, 1988, s. 579.

bir olumsuz etkiye neden olmaz. O nedenle, hiçbir gerçek ya da tüzel kişinin, “bu kararnamenin yürürlüğe konmasından önce kendilerine dinlenilme hakkı tanınmadığı ve bu eksikliğin işlemi usul yönünden sakat hale getirdiği” iddiası karşılık bulmaz. Bununla birlikte, öncesinde herhangi bir bildirim yapılmaksızın ve sektör temsilcilerine ellerindeki malları eritmeleri için belirli bir süre tanınmaksızın bir anda yayımlanan kararnameyle pek çok kişinin zarara uğraması da son derece muhtemeldir. Öte yandan, bu kararnameden her bir kişinin aynı oranda etkilendiği de söylenemez. Kararnamenin konusunu teşkil eden hammaddeden yakın zamanda yüklü bir alım yapan kimi işletmeler büyük maddi zarara uğrarken, düzenleyici işlem yürürlüğe girdiği anda ellerinde zaten çok az miktarda bu maddeden bulunduranların uğrayacağı zarar çok daha makul seviyede olacaktır. Öyleyse bu kararnamenin yürürlüğe konmasından önce kimlere hangi kapsamda katılım hakkı tanınmalıdır? Bu soruya verilecek cevap, idari usulde katılımın çeşitli işlevleri hakkında da fikir verecektir.

Genel düzenleyici nitelikteki işlemlerin hazırlanması sürecine katılım, savunma hakkı ve dinlenilme hakkının tanınmasından farklı bir şekilde tezahür eder. Dinlenilme hakkı, yukarıda da değinildiği üzere “bireysel” ve “kişiyeye özel” bir değerlendirmenin gerektiği durumlarda gündeme gelir. Dinlenilme hakkının ihlali ise idari işlemi kural olarak hukuka aykırı hale getirir. Örneğin idari usulde katılımın mevzuatta önemli bir ağırlığının bulunduğu ABD idari usul hukukunda dinlenilme hakkının önemi, “*Bir vatandaşın haklarını savunmak için dinlenme fırsatı olmaksızın hayatından, özgürlüğünden veya mülkünden yoksun bırakılmayacağı yazılı anayasalardan daha eskidir.*”<sup>13</sup> ifadeleriyle dile getirilmiştir.

Dinlenilme hakkının, idari usulde katılımın yalnızca bir veçhesi olduğu unutulmamalıdır. Nitekim genel düzenleyici işlemlerin oluşum sürecinde herhangi bir ilgiye dinlenilme hakkının tanınması uluslararası hukukta ve mukayeseli hukukta genel olarak benimsenen bir ilke değildir. Dinlenilme hakkının açıkça tanındığı bir hukuk sisteminde dahi, belirli bir hammaddenin üretimde kullanılmasının yasaklanmasını içeren genel düzenleyici işlemin tesisinden önce sektördeki bütün üreticilerin bireysel olarak ne oranda zarara uğrayacakları tespit edilmeksizin ve her birine ayrı ayrı görüşlerini dile getirme fırsatı tanınmaksızın sürecin tamamlanması işlemi sakat hale getirmez. Bununla birlikte, kural koyucu idari işlemler bakımından ilgililerin katılımının tamamen dışlandığını ya da yok sayıldığını öne sürmek de mümkün değildir. Fakat bu işlemler bakımından, dinlenilme hakkının idare karşısında kişilere yönelik güvence sağlama işlevinden uzaklaşmak gerekir. Zira herhangi bir idari işlemin

13 Schwartz, s. 104.

tesisinden önce dinlenilme hakkının tanınması zorunlu olarak öngörülmesi deniyorsa; hakkın etkin bir biçimde kullanılmasını temin edecek bütün unsurlar ve bu hakkın tamamlayıcısı niteliğindeki diğer haklara da riayet edilmelidir. Örneğin dinlenilme hakkının sahibi; işlemin ortaya çıkması sürecindeki her türlü gelişmeden haberdar edilmeli, gerektiğinde işlem dosyasına erişebilmesi, süreç içerisinde alınacak kararların gerekçesi kendisine bildirilmeli, maddi vakıalar ve hukuki konular hakkında tanık dinletme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi imkanlara sahip olmalıdır. Yani dinlenilme hakkı esasında, “*Durun, beni de dinleyn! Zaten beni dinlemeden bu işlemi yaparsanız işlem hukuka aykırı olacak!*” feryadının hukuki bir terminolojiyle ifade edilmesidir.

Genel düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girmesi sürecine ilişkin böyle bir iddiada bulunmak mümkün değildir. Zira bu işlemlerde katılımın işlevi esasen idarenin etkili ve verimli işleyişine katkı sunmaktır<sup>14</sup>. Bunu temin etmek üzere, idari makamların işlemde etkilenme ihtimali olanlara danışması ve alınacak kararlar hakkında onlarla istişare etmesi; yönetimde demokrasi, iyi yönetim, şeffaf (gün ışığında) yönetim gibi kavramlarının içinin doldurulmasına hizmet etmektedir. İngiliz hukukçu Peter Cane, kural koyucu mahiyetteki işlemlerde istişarenin rolünü şu şekilde izah etmiştir: “İstişarenin amacı, kuralın kendisi hakkında bilgi vermek değil, kural *koyucunun zihninde ne olduğuna dair bilgi vermektir.*”<sup>15</sup> Bu tespite şunu da eklemek gerekir: Katılım, hakkı, karar verme hakkı değildir<sup>16</sup>.

Genel düzenleyici işlemlerin oluşumunda ilgililerin katılımına yönelik hükümlere, çeşitli ülkelerde yürürlükte bulunan genel idari usul kanunlarında da rastlanmaktadır. Örneğin 1 Ekim 2015 tarihli İspanyol Genel İdari Usulü Kanunu’nun (Kamu İdarelerinin Genel İdari Usul Kanunu)<sup>17</sup> 133. maddesinde detaylı bir usule yer verilmiştir: “1. Kanun ve düzenleyici işlem niteliğindeki bir tasarı ya da taslağın hazırlanmasından önce, yetkili idarenin web sayfası üzerinden bir kamu istişaresi gerçekleştirilir ve bu istişarede, gelecekteki kuraldan potansiyel olarak etkilenecek kişilerin ve temsilcileri en fazla olan kuruluşların şu konularda görüşleri alınır: a) Girişimin çözmeyi amaçladığı sorunlar, b) Onaylanmasının gerekliliği, c) Kuralın hedefleri, d) Olası alter-

14 Giacinto della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 42-43.

15 Peter Cane, *Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 108.

16 Christoph Möllers, “European Governance: Meaning and Value of A Concept”, *Common Market Law Review* Cilt 43, Sayı 2, 2016, s. 321.

17 Kanun’un İspanyolca orijinal metni için bkz. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565> (01.05.2023). Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.global-regulation.com/translation/spain/615483/law-39-2015%252c-on-1-october%252c-of-the-common-administrative-procedure-of-the-public-administrations.html> . (01.05.2023).

*natif düzenleyici ve düzenleyici olmayan çözümler. 2. Girişim metninin hazırlanmasından önceki istişareye hâlel getirmeksizin, düzenleme bireylerin meşru hak ve menfaatlerini etkilediğinde, yetkili idare, etkilenen vatandaşları dinlemek ve diğer kişi veya kuruluşlar tarafından yapılabilecek ek katkıları almak amacıyla metni ilgili web sayfasında yayınlar. Aynı şekilde, hakları veya meşru menfaatleri düzenlemeden etkilenen ve amaçları düzenlemenin amacıyla doğrudan ilgili olan kişileri bir araya getiren veya temsil eden ve kanunla tanınan kuruluşların veya derneklerin görüşleri de doğrudan alınabilir. 3. Bu maddede düzenlenen kamuya danışma, dinleme ve bilgilendirme, düzenlemenin potansiyel muhataplarının ve yönetmeliğe katkıda bulunanların görüşlerini ifade etme imkanına sahip olacakları şekilde yürütülmeli, bu amaçla gerekli belgeler kendilerine sunulmalı, bu belgeler açık, özlü olmalı ve konuyla ilgili bir karara varabilmek için gerekli tüm bilgileri içermelidir...”*

Türk hukukunda, uzun ve karmaşık süreçlerin ardından son olarak 15.09.2008 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa sunulan, fakat yasalaşması için kararlı bir iradenin ortaya konamaması üzerine bir daha gündeme gelmeyen Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın<sup>18</sup> 27. maddesinde, bazı genel düzenleyici işlemlerin hazırlanış sürecinde ilgililerin katılımına ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Buna göre, *Yöre halkının ortak yararını ilgilendirmek koşuluyla, bayındırlık hizmetleri, imar uygulamaları, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen*” ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerde *“ilgili kamu kurumu ve kuruluşlarından, Yükseköğretim Kurumundan; konuyla ilgili meslek kuruluşlarının birlik ve federasyonlarından temsilcilerin çağırılacağı, konuyla ilgili sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin de katılabileceği genel görüşme toplantısı düzenlenir.”*

Maddenin gerekçesinde, “bayındırlık hizmetleri, imar uygulamaları, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen düzenleyici işlemlerde, kamunun bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanması için özel bir usul öngörüldüğü” ve “yönetime katılmanın, tesis edilecek idarî işlem ile ilgisi bulunan birey ya da bireylere, alınacak kararlar ilgili olarak olayın aydınlatılmasında aktif bir rol verilmesini gerektirdiği” vurgulanmıştır.

Yukarıdaki açıklamaları özetlemek gerekirse, genel düzenleyici işlemlerin hazırlanış sürecinde ilgililerin katılımına ilişkin araç ve usullerin öngörülmesi elbette mümkün ve gereklidir; fakat bu meselede katılımın ikili işlevinin üzerinde durmak gerekir. Genel düzenleyici işlemler kişiler için ayrı ayrı bireysel

18 Tasarı'nın tam metni için bkz. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2008, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, s. 187-237.



ve özel bir değerlendirmenin ürünü olmadığı için, bunların hazırlanış sürecinde ilgililere dinlenilme hakkının tanınması gerekmez. Dolayısıyla bu işlemler bakımından farklı katılım araçlarının devreye girmesi gerekir ve ilgililere katılım imkanından mahrum bırakılmasının sonuçları da farklı olur.

Genel düzenleyici işlemlerde katılımın önemi; özellikle çevre ve tabiatın korunması, imar, tarihi ve kültürel değerlerin korunması gibi alanlarda daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır<sup>19</sup>. Bu gibi düzenleyici işlemlerin hazırlanması sürecinde kamunun haberdar edilmesine ve çeşitli menfaat gruplarının yanı sıra sektör temsilcilerinin de aktif rol oynamasına yönelik yasal düzenlemelerin ihdas edilmesi; “katılımcı demokrasi”, “iyi yönetim”, “iyi idare hakkı”, “yeni kamu yönetimi” gibi kavramların her geçen gün daha fazla önem kazandığı 21. yüzyılda idari usulden beklenen önemli atılımlardandır<sup>20</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki; mevzuatta açık bir amir hüküm bulunmaması halinde örneğin bir kentin tamamını ilgilendiren bir imar yönetmeliğinin hazırlanmasından önce yöre sakinlerinin, derneklerin, üniversite temsilcilerinin, meslek odalarının vs. katılımına imkan verilmemesi, imar planını hukuka aykırı hale getirmez. Bu yönde bir tercihin yalnızca sosyal, idari ya da siyasi sonuçlarından söz edilebilir.

Genel düzenleyici işlemlerde katılımın, dinlenilme hakkından çok farklı bir işlevi olduğu da yeniden vurgulanmalıdır. Örneğin avukatlık asgari ücret tarifsinin belirlenme kriterlerini ihtiva eden bir düzenleyici işlem bir gece yarısı Resmi Gazete’de yayımlanır ve yürürlüğe girer. Avukatların her biri hakkında kişisel bir değerlendirme söz konusu olmadığı için, bu durumda herhangi bir avukat tarafından öne sürülen “dinlenilme hakkının ihlal edildiği” iddiası geçersiz olur. Fakat avukatların tamamını ilgilendiren böylesine önemli bir değişikliğin yapılmasından önce meslek mensuplarının da fikrinin alınması yönetimde demokrasinin önemli gereklerindedir. Bu nedenle, iyi idareden söz edilebilmesi için bu süreçte karar alma yetkisine sahip idari makamların barolarla istişari görüşmelerde bulunduktan sonra nihai olarak iradelerini şekillendirmeleri beklenir. Bu da katılımın sahip olduğu çok geniş anlamlardan birinin tezahür etmesidir. Zira genel düzenleyici işlemlerde idari usule katılım, öncelikle işlemde etkilene ihtimali olan grupların ve kamudan-özel sektörden temsilcilerin de karar alma sürecine dahil edilmesi suretiyle bir yandan hukuki güvenliğin temin edilmesini; diğer yandan da idarenin karar alma süreçlerinin daha demokratik ve şeffaf hale getirilmesi suretiyle etkin ve verim-

19 Cihan Kanlıgöz, “Katılımcı Demokrasi ya da “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, s. 179-180.

20 Aynı yönde bkz. Hacımuratlar, s. 83.



li işleyişe katkı sağlamayı hedeflemektedir. Bireysel nitelikteki işlemlerde ise daha ziyade kişilerin idare karşısında korunması işlevi ön plana çıkar.

Bu noktada, idari usulde karar alma süreçlerini üç katılım modeli çerçevesinde inceleyen Barnes'in çalışması üzerinde durulmaya değerdir. Yazar, "birinci kuşakta" yarı-yargısal bir usulün söz konusu olduğunu ifade etmiş ve dinlenilme hakkının da bu modelle alınan kararlarda idareyle başvuruçular arasında çekişmeli ya da adeta "hasmane" bir ilişkinin bulunduğunu öne sürmüştür. Yazara göre söz konusu usul genellikle bireysel hak ve menfaatleri etkileyen idari işlemlerin düzenlenmesine yöneliktir ve vatandaşların haklarının güvence altına alınmasına, hukuk kurallarının düzgün bir şekilde uygulanmasının ve yürütülmesinin sağlanmasına odaklanır. Bu nedenle, yargı sürecinde olduğu gibi, katılım, hak veya menfaatlerden doğrudan etkilenenlerle sınırlıdır<sup>21</sup>. Barnes'a göre ikinci kuşakta yarı-yasama modeline dayalı geleneksel kural koyma usullerinde katılım haklarına rastlamak mümkündür. Bu modelde katılım sınırlı düzeyde gerçekleşmekte ve katılımın istişari görünümü ağır basmaktadır. Üçüncü kuşakta ise daha çok farklı aktörlerin (kamu ve özel) yoğun katılımıyla tanımlanan işbirliğine dayalı model yer almaktadır<sup>22</sup>. Bu bağlamda, nihai karar sorumlu idareye ait olsa da, idari usul "birlikte çözüm üretmek için" tasarlanmıştır<sup>23</sup>.

Karar alma süreçlerinde katılım haklarının gelişimini AB hukuku çerçevesinde ele alan Bignami, Barnes ile benzer şekilde "katılım haklarının üç kuşağı (nesli)" başlıklı bir çalışma yapmıştır. Bu çalışmada yapılan sınıflandırmaya göre dinlenilme hakkı birinci kuşağı, şeffaflık hakkı ikinci kuşağı, sivil toplum katılımı ise üçüncü kuşağı oluşturmaktadır<sup>24</sup>.

## **B. Doğrudan Çok Sayıda Kişiye Yönelik Olarak Tesis Edilen İşlemler**

Çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerin bir diğer türü, idarenin aynı anda ve doğrudan pek çok kişiye yönelik olarak kararlar almasıdır. Bu işlemler soyut ya da kişilik dışı kurallar koymaz; açıkça belirli olan muhatapları hakkında olumsuz sonuçlar doğurur. Peki bu gibi işlemlerin tesis edilmesinden önce muhatapların kendilerini ifade etmelerine izin verilmeli midir? Bu soruya cevap ararken, yine idari usule katılımın farklı işlevleri hakkında değerlendirmelerde bulunmak gerekir.

21 Javier Barnes, "Administrative Procedure", Ed. Peter Cane, Herwig Ch Hofmann, Eric C Ip, Peter L Lindseth, *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, New York, 2021, s. 845.

22 Barnes, s. 847.

23 Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", *UCLA Law Review*, Cilt 45, Sayı 1, 1997, s. 11.

24 Bkz. Francesca Bignami, "Three Generations of Participation Rights Before the European Commission", *Law and Contemporary Problems*, Cilt 68, Sayı 1, 2004, s. 61-83.

Çalışmanın odaklandığı mesele, çok sayıda kişiyi etkileyen kararların alınması sürecinde ilgililere hangi araçlarla katılım fırsatı tanınabileceğine ilişkindir. Bu başlık altında incelediğimiz işlem türü bakımından kimlerin “ilgililer” kapsamında değerlendirileceğini tespit etmek kolaydır. Genel düzenleyici işlemlerin aksine, sözünü ettiğimiz bu işlemlerin muhatapları açık bir biçimde bellidir ve işlem doğrudan kendilerini hedef almaktadır. Örneğin bir belediye tarafından, belli bir hizmet biriminde masa başı bir görevde çalışmakta olan otuz kişinin tamamı hakkında, “belediye bünyesinde o birime artık ihtiyaç kalmadığı için birimin tamamen kapatılacağı” belirtilerek görev yerlerinin değiştirilmesi ve temizlik hizmetleri biriminde görevlendirilmelerine yönelik tek bir işlem tesis edildiğini varsayalım. Bu işlemden kimlerin olumsuz yönde etkilendiği açık biçimde ortadadır. Fakat bu işlemin yapılmasından önce bu kişilere ayrı ayrı dinlenilme hakkı tanınmalı mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, hakkın ihlal edilmesi işlemin hukuka aykırı hale gelmesine ve iptal edilmesine neden olacaktır.

Yukarıdaki örnekte dinlenilme hakkının tanınmasına gerek olmadığı kabul edilirse, bu durumda belediye bünyesinde ilgili birime artık ihtiyaç kalmadığına ilişkin bir tespitin yapılması sürecinde idarenin çeşitli menfaat gruplarıyla istişari nitelikte görüşmeler gerçekleştirilmesi gibi bir katılım usulünden söz etmek mümkün olabilir. Bu türden bir katılımın işlevi, işlemde olumsuz etkilenme ihtimali olan her bir kişi için hukuki güvence sağlanmasından farklıdır. Zira bu istişari görüşmelerde katılımcılar ilgili hizmet biriminin faaliyete devam etmesi yönündeki kanaatlerini güçlü bir biçimde bildirirse de, idarenin vereceği nihai kararın aksi yönde olması tek başına hukuka aykırılık anlamına gelmez. Bu örnek özelinde üçüncü bir değerlendirme ise, “politika kararı” niteliğinde bir tasarruf söz konusu olduğu için, idarenin ilgililerin katılımını sağlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı şeklinde yapılabilir.

Belediyede çalışmakta olan çok sayıda kişinin görev yerlerinin tek bir işlemle değiştirilmesi ve çok daha zor şartlarda çalışmalarına neden olunması durumunda, ilk olarak dinlenilme hakkı ile savunma hakkı arasındaki ilişkinin ele alınması gerekir. Özellikle disiplin işlemleri ve yaptırım tehdidi niteliğindeki işlemlerin tesisinden önce muhataplara savunma hakkı tanınması, evrensel bir ilke olarak çok eski zamanlardan beri benimsenmektedir. Savunma hakkının ilk örneği olarak Adem Peygamber ve eşi Havva'nın Cennet'ten kovulmadan önce Tanrı tarafından kendilerine söz hakkı verilmesini gösterenler dahi vardır<sup>25</sup>.

25 “...Tanrı Adem'i çağırdı ve ona dedi ki, “Adem, neredesin?” Ve Adem dedi: “Cennette sesini işittim, Rab, ve korktum, çünkü ben çıplığım, ve saklandım.” Tanrı ona, “Sana yememeni buyurduğum ağaçtan yemediyse, çıplak olduğunu sana kim gösterdi?” dedi. Adem, “Bana verdiğin kadın o ağaçtan bana verdi, ben de yedim” dedi. Tanrı kadına, “Bunu neden yaptın?” diye sordu. Ve kadın dedi: “Yılan beni ikna etti, ve yedim...” William Wade, Christopher

Savunma hakkı, kimi zaman idari usulde dinlenilme hakkıyla aynı anlama gelir şekilde ya da dinlenilme hakkının yerine kullanılmaktadır<sup>26</sup>. Belirtmek gerekir ki; dinlenilme hakkının çekirdeğini yahut asgari özünü teşkil eden savunma hakkı, bütün idari usul ilkelerinden daha önemli ve vazgeçilmez bir temel hak niteliğindedir. Hatta denilebilir ki, dinlenilme hakkının idari usulden tamamen koparılması halinde dahi kutsal bir temel hak olarak savunma hakkına saygı gösterilmesi zorunludur. Nitekim bu hakkın tanınması pek çok sistemde anayasal ya da yasal düzeyde teminat altına alındığı gibi, yargısal içtihatlar da hemen her hukuk sisteminde “ceza hukukuna ait önemli bir ilkenin idari bir yorumu”<sup>27</sup> olarak dinlenilme hakkının bu boyutuna özel bir hassasiyetle yaklaşmaktadır<sup>28</sup>. Bununla birlikte, yukarıdaki örnekte karardan olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuz olan her bir kişiye gerçekten savunma hakkı tanınmalı mıdır?

Belirtmek gerekir ki, bu örnek bakımından dinlenilme hakkının savunma hakkıyla aynı anlama geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira tesis edilmesi planlanan işlem muhataplarının herhangi bir eyleminin bir sonucu olmadığı gibi, herhangi bir yaptırım ya da ceza niteliğinde de değildir. Bu durumda, işlemten etkilenecek olan otuz kişinin her birine savunma hakkı tanınması gerektiği söylenemez.

Öte yandan, dinlenilme hakkının savunma hakkından çok daha fazlasını ifade ettiği düşünüldüğünde; karardan etkilenecek kişilerin bir şekilde kendilerini ifade etme, argümanlar ortaya koyma, kanıt gösterme, tanık dinletme ya da bilirkişi incelemesi talep etme gibi dinlenilme hakkının kullanılma araçlarından yararlanması mümkün müdür? Bunun yanında, yine dinlenilme hakkının önemli bir parçası olan idarenin bildirim yükümlülüğü, bu kararın alınması sürecinde otuz personelin tamamına karşı da geçerli midir? Yasal düzenlemeler ya da yargısal içtihatlar aracılığıyla idareye bu gibi durumlarda hangi yükümlülüklerin getirilmesi gereklidir? Bu sorulara cevap bulmak için, yeniden dinlenilme hakkıyla idari usule katılımın diğer işlevleri arasındaki ilişkiye ve farklılıklara odaklanmak gerekir.

Forsyth, *Administrative Law*, 11th Edition, Oxford University Press, New York, 2014, s. 487.

26 Gürsel Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş - 21. Yüzyıl Türkiyesi İçin Bir Kanun Önerisi*, Tıbbi Yayınları, Ankara, 2001, s. 181; Barnes, s. 845; Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 26-28; Onur Karahanogulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 420.

27 Areean Mustafa, “Comprehension of The Principle of Good Administration in The Framework of EU Administrative Law”, *Journal of University of Human Development*, Cilt 3, Sayı 1, 2017, s. 260.

28 Savunma hakkının ceza hukukunda idari usule transferi, İngiliz idare hukukundan natural justice (doğal-tabii adalet) anlayışı çerçevesinde gerçekleşmiştir. Esin Özücü, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 251.

Aynı anda otuz farklı kişiyi birden etkileyen yukarıdaki kararın alınması, özü itibarıyla idarenin politika kararı niteliğindedir. Böyle bir kararın alınması aşamasında ise her şeyden önce idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>29</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere, idarenin bu işlemi tesis etmeye yönelik iradesinin oluşumu aşamasında herhangi bir kişi hakkında özel olarak bireysel bir değerlendirme söz konusu olmadığı gibi, meydana gelmesi muhtemel olumsuz etki ya da zararın “bireyselleştirilmesi” de mümkün değildir. Bu iki husus, dinlenilme hakkının zorunlu olarak tanınması gerektiği fikrinden uzaklaşılması sonucunu doğurur. Zira her bir kişiye dinlenilme hakkının tanınması halinde, hakkın tamamlayıcısı olan dosyaları inceleme hakkı ya da idarenin gerekçe gösterme yükümlülüğü gibi ek ilkelerin de devreye girmesi gerekir. Fakat idarenin iradesinin oluşmasının altında yatan neden, “belediye bünyesinde böyle bir hizmet birimine ihtiyaç kalmaması” şeklinde ifade edilmektedir. O halde idarenin bu yöndeki iradesinin oluşması aşamasında, aralarında işlemin muhatabı olan otuz personelin de bulunduğu ilgililerin istişari nitelikte bir katılım fırsatına sahip olması gerektiğinden söz etmek mümkündür. Bu fırsatın tanınması için en pratik yöntem ise kamuya açık bir toplantıda ilgililerin görüşlerini ifade etmesidir. Fakat üzerine basarak ifade etmek gerekir ki, bu katılım usulünün işlevi daha ziyade yönetimde demokrasinin sağlanması ve idari faaliyetin iyileştirilmesidir. Bu işlevin dinlenilme hakkından farklılık arz eden tarafı da burasıdır. Zira dinlenilme hakkının tanınmasında maksat idarenin daha verimli işlemesi ya da yönetimde demokrasi, iyi yönetim, hesap verebilirlik gibi ilkelerin gerçekleşmesi değil, yargı öncesi aşamada kişilere yönelik bir güvencenin sağlanmasıdır. Cananea, idari usule katılımın çok geniş kapsamlı bir müessese olduğunu belirttiikten sonra, bu kapsam dahilinde katılıma ne kadar farklı anlamlar yüklenebileceğini şu şekilde ortaya koymuştur: *“Yelpazenin bir ucunda yarı-yargısal olarak kabul edilen ve bu nedenle diğer tarafı dinleme gerekliliğinden büyük ölçüde etkilenen usuller bulunmaktadır. Yelpazenin diğer ucunda ise, bazen kolektif bir menfaatin nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda söyleyecek sözü olan herkese açık olan kural koyma ve planlama usulleri yer almaktadır.”*<sup>30</sup>

### C. Belirli Kişilere ya da Nesnelere Yönelik Olup Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İşlemler

İdari işlemlerin maddi bakımından sınıflandırılmasında temel olarak düzenleyici işlemler - birel işlemler ayrımı yapılmaktadır. Bununla birlikte, ni-

29 John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2002, s. 393.

30 Cananea, s. 42-43.

telikleri itibarıyla ne tam olarak genel düzenleyici işlemlere, ne de tam olarak birel işlemlere benzeyen “ara işlemler” de bulunmaktadır<sup>31</sup>. Bu işlemlerden bazılarını ifade etmek üzere “genel karar” tabirinin kullanılması da yaygındır.

“Genel etkili geçici karar” olarak da adlandırılan<sup>32</sup> genel karar, “*Düzenleme yapıldığı anda sayıları belli veya belirlenebilir birden çok kişi veya nesneye yönelik olan, sadece onların hukuki durumunu etkileyen ve idare tarafından ‘genellik’ unsurları çerçevesinde hazırlanan idari işlemler*”<sup>33</sup> şeklinde tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere genel kararların karakteristik özelliği çok sayıda kişiyi etkileme potansiyeline sahip olmalarıdır. Örneğin belirli bir süre için belirli bir bölgede avlanma yasağı getirilmesine ilişkin bir karar alınması ya da belirli bir konuda düzenlenecek tasarım yarışmasına mimarlık fakültesi mezunlarının katılamayacağına ilişkin bir işlem tesis edilmesi gibi durumlarda, bu kararların alınması sürecinde ilgililere tanınması gereken katılım haklarına ilişkin olarak genel düzenleyici işlemlerle benzer değerlendirmelerin yapılması mümkündür.

Yukarıdaki durumla az da olsa benzerlik arz eden başka bir örnek vermek gerekirse; bir semtte belediye tarafından açılan spor tesisinden çok sayıda kişinin yararlandığı muhakkaktır. Bu tesisin kapatılmasına ilişkin bir kararın alınması halinde de tesisden yararlanan çok sayıda kişi bu karardan etkilenecektir. Fakat bu örnekte de, idarenin karar alma sürecinde sosyal tesisten yararlanan kişilere dinlenilme hakkı tanınması gerektiği kabul edilmez. Öte yandan, idarenin politika kararı niteliğindeki bu işlem nedeniyle spor yapma imkanından mahrum kalacak kişilerin karşılaşacağı olumsuz etkinin ağırlığı bakımından bir değerlendirme yapıldığında da, idarenin bu kişilerin görüşünü almaksızın işlemi tesis etmesi yadırganmayacaktır. Bu kararın alınmasından önce ilgililere katılım imkanı tanınması hususunda ise yukarıdaki açıklamaları hatırlamak yeterlidir.

Genel karar niteliğindeki işlemlerde katılıma açıkça yer veren kanunların bir örneği, Bulgaristan İdari Usul Kanunu’dur<sup>34</sup>. Kanun’un 65. maddesinde ilk olarak “genel idari işlemler” adıyla bu türden işlemlerin tanımı yapılmakta, 66. maddede<sup>35</sup> bu işlemlerin yapılmasında idarenin bildirimde bulunma ve

31 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 772.

32 İl Han Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 332.

33 Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri İşliğinde İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin yayınları, Ankara, 2000, s. 49 (İdari İşlem).

34 Kanun’un İngilizce çevirisi için bkz. [https://www.minfin.bg/upload/19333/Code\\_of\\_Administrative\\_Procedure.pdf](https://www.minfin.bg/upload/19333/Code_of_Administrative_Procedure.pdf) (03.05.2023).

35 “(1). Genel bir idari işlemin çıkarılmasına yönelik sürecin başlatılması, kitle iletişim araçları yoluyla, taslağın ilgili kişilerin örgütlerine gönderilmesi yoluyla veya başka bir uygun yolla kamuoyuna duyurulur.

(2). Paragraf (1) uyarınca yapılacak herhangi bir bildirim, ayrıca, işlemin çıkarılmasına ilişkin temel hususları ve ilgili kişilerin işleme katılım şekillerini de içerir...”

katılımı sağlama yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Kanun'un, "İlgili Kişilerin Sürece Katılım Şekilleri" başlıklı 69. maddesinde ise şu katılım usullerine yer verilmiştir: "Yazılı teklifler ve itirazlar; idari işlemi çıkaran makama yardımcı olan danışma organlarına katılım; idari işlemi çıkaran makamın toplu olduğu durumlarda, bu makamın oturumlarına katılım; kamuya açık tartışma." Bulgar mahkemeleri de, bu kuralların ihlalinin işlemin iptalini gerektirecek kadar önemli olan usul ihlalleri olarak kabul etmektedir<sup>36</sup>.

İdarenin alacağı kararın, bir şekilde bazı kişiler bakımından daha ciddi olumsuz etkilere neden olma ihtimali bulunuyorsa, bu durumda karar alma sürecinde daha geniş bir katılım mekanizmasının işletilmesi iyi bir idarenin gereğidir. Burada kastedilen olumsuz etki, mutlaka ilgililerin maddi bir hakına zarar verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin bir ilçede kişisel ihtiyaçlarını karşılamakta güçlük çeken yaşlıların barınma ihtiyacını karşılayan bir "yaşlı bakım evinin" kapatılması düşüncesinde olan idarenin, bu yönde bir karar almadan önce burada kalan tüm yaşlılara dinlenilme hakkı tanınması gerekmez de; toplumsal ve sosyal açıdan önemli ölçüde olumsuz etkileri olabilecek bu kararı almadan önce karardan etkilenenlerle ve kamunun farklı kesimleriyle istişarelerde bulunması yasal düzenlemeler aracılığıyla zorunlu kılınmalıdır.

Çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerde katılım araçlarını değerlendirirken yukarıda ele aldığımız türdeki işlemlerin yanı sıra, özellikle çevreyi yakından ilgilendiren projelerin gerçekleştirilmesi ya da geniş bir alanda etkili olacak büyük tesislerin kurulması gibi kararların alınması süreçleri üzerinde durmak gerekir. Nitekim yürütmenin kural koyma sürecine halkın katılımının yasal olarak gerekli olmadığı ve genellikle gerçekleşmediği hukuk sistemlerinde dahi, bu gibi projelerde ve kararların alınmasında genellikle halkın katılımı söz konusudur<sup>37</sup>. Çevre alanında AB ve çoğu üye devlet tarafından onaylanan Aarhus Sözleşmesi<sup>38</sup> (Bilgiye Erişim, Karar Vermede Kamu Katılımı ve Çevresel Konularda Adalet Erişim Sözleşmesi) bu tür süreçleri zorunlu kılmaktadır<sup>39</sup>. Aşağıda bazı örneklerini inceleyeceğimiz bu süreçlerde kimlerin "ilgili" sıfatını elde edebileceği, dinlenilme hakkının bu gibi kararların alınması süre-

36 Donka Stoyanova, "Issuance of Administrative Acts by Bulgarian Authorities: Procedural Requirements Regarding the Participation of the General Public in the Process and Common Violations as Seen by National Courts", *Rocznik Administracji Publicznej*, Sayı 3, 2017, s. 400.

37 Susan Rose-Ackerman, "Citizens and technocrats: an essay on trust, public participation, and government legitimacy", Ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth and Blake Emerson, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 254.

38 Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 25 Haziran 1998 tarihli Sözleşme'nin tam metnine erişim için: <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (11.05.2023).

39 Sözleşme'nin 6, 7 ve 8. maddelerinde halkın katılımına ilişkin hükümler yer almaktadır.

cinde hangi ilgililere tanınabileceği, ilgililerin tamamı için aynı katılım araçlarının öngörülmesinin mümkün olup olmadığı gibi sorular bu başlık çerçevesinde önem arz etmektedir.

Çok sayıda kişiyi etkileyen, fakat genel düzenleyici nitelik arz etmeyen kararların alınması sürecinde idarelerin uyması beklenen usul kuralları, uluslararası düzeyde de ele alınmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınan 28 Eylül 1977 tarihli R (77) 31 sayılı İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı'nda yer alan (dinlenilme hakkının da aralarında bulunduğu) ilkelere de atıf yapan ve 17 Eylül 1987 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen R (87) 16 sayılı Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usuller Hakkında Tavsiye Kararı<sup>40</sup>, “İdari makamların, özellikle büyük yapılar, endüstriyel tesisler ve mekânsal planlama alanlarında olmak üzere, çok sayıda kişiyi farklı şekillerde etkileyen kararlar almaları gerektiğini göz önünde bulundurarak; çok sayıda kişinin korunması ve etkili yönetimin gerekleri arasında uyumluluğun sağlanması için tüm üye devletlerde bu tür kararlarla ilgili ortak ilkelerin ortaya konmasının arzu edildiğini göz önünde bulundurarak” yayımlanmıştır. Çok sayıda kişinin adil ve etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla bazı ilkelere yer verilen Karar'ın ekinde, söz konusu ilkelerin sıralanmasından önce bu tavsiye kararının, “çok sayıda kişiyi ilgilendiren ve normatif olmayan idari kararlarla (idari işlemler) ilgili olarak kişilerin hak, özgürlük ve menfaatlerinin korunmasına yönelik” olduğu vurgulanmıştır. Bu tavsiye kararı, çalışmamızın konusuyla da doğrudan ilgilidir. Zira Karar'ın ekinde çok sayıda kişiyi etkileyen işlemler bakımından üç farklı kategori belirlenmiş ve bu üç kategoride yer alan kişilere, işlemten etkilenme derecelerine göre farklı katılım imkanları tanınmasına yönelik tavsiyelere yer verilmiştir.

Özellikle çevresel etkilerinin boyutu düşünüldüğünde; altyapı projelerinin, bayındırlık işlerine ilişkin projelerin ya da endüstriyel tesislerin kurulmasını öngören projelerin hayata geçirilmesi gibi süreçlerin çok sayıda kişileri etkileyen işlemler kategorisinde değerlendirilmesi zorunludur. Yukarıda sözünü ettiğimiz R (87) 16 sayılı Tavsiye Kararı da esasen bu gibi projelerde katılıma odaklanmaktadır. Ulusal mevzuatlarda da bu türden projelerde hangi katılım mekanizmalarının devreye girmesi gerektiğine ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Aşağıda bunlardan bazı örnekler de aktarılacaktır.

40 Recommendation No. R (87) 16 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Procedures Affecting A Large Number of Persons. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804eaa5c> (07.05.2023).



Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan tavsiye kararında, çok sayıda kişiyi ilgilendiren ve normatif olmayan idari işlemlerde “*kişilerin haklarının, özgürlüklerinin ve çıkarlarının korunması*” amacıyla “ilgililer” üç kategoriye ayrılmış ve bu işlemlerde her bir kategoriye dahil olan kişiler için farklı katılım usulleri öngörülmüştür. Bu sınıflandırmaya göre; “idari işlemin muhatabı olan çok sayıda kişi” birinci kategorideki kişileri; “kendilerine yönelik olmamasına rağmen bireysel hakları, özgürlükleri veya menfaatleri idari işlemde etkilenebilecek çok sayıda kişi” ikinci kategorideki kişileri; “ulusal hukuka göre, idari işlemde etkilenmesi muhtemel belirli bir kolektif menfaati talep etme hakkına sahip olan çok sayıda kişi” ise üçüncü kategorideki kişileri oluşturmaktadır. Sözü edilen tavsiye kararının, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde “özellikle büyük yapılar, endüstriyel tesisler ve mekânsal planlama alanlarında olmak üzere, çok sayıda kişiyi farklı şekillerde etkileyen kararlar” hakkında uygulanması planlanmıştır.

R (87) 16 sayılı Karar’ın ekinde, çok sayıda kişiyi etkileyen idari işlemlerin gerçekleştirilmesinden önce altı ilkeye uygun bir katılım usulünün tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir. Karar’da, “çok sayıda” kişi ile kastedilenin en az kaç kişi olduğu ya da bu tespitin yapılmasında hangi kriterlerin belirleyici olacağına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ayrıca terminolojik olarak “kural” yerine “ilke” tabiri kullanılmış ve üye devletlerin uygulamalarında, Karar’da belirtilen ilkelerin rehberlik etmesi tavsiye edilmiştir. Bu tercihin nedeni, muhtemelen üye devletlere mümkün olduğunca fazla özgürlük alanı bırakmaktır. Çalışmayla ilgileri nedeniyle, bu ilkelerden birkaçı üzerinde özellikle durulacaktır.

Karar’da belirlenen ilkelerden birincisine göre; “*Yetkili bir makam, böyle bir idari işlemi gerçekleştirmeyi tasarladığında ilgili kişiler, uygun olabilecek şekilde bir araya getirilmeli ve söz konusu idari işlemin hakları, özgürlükleri ve menfaatleri üzerindeki olası etkilerini değerlendirmelerini sağlayacak faktörler konusunda bilgilendirilmelidir.*” İlkeye göre idarenin bilgilendirme yükümlülüğü bakımından üç kategori arasında herhangi bir ayırım gözetilmemelidir. Zira sözü edilen bilgilendirmenin işlevi, esas olarak ilgililerin projeden etkilenip etkilenmeyeceklerinin veya ne şekilde etkilenebileceklerinin belirlenmesine olanak sağlamaktır. Bu bilgilendirmenin; genel bir duyuru (sirküler vs. aracılığıyla), belediye binasında ya da projenin gerçekleştirilmesi planlanan yerde ilan, yerel veya bölgesel medya kuruluşlarında resmi bir duyuru gibi çeşitli araçlarla gerçekleştirilmesi mümkündür.

Yukarıda sözü edilen bilgilendirme, daha ziyade “kimlerin” katılım hakkı elde edebileceğine yöneliktir. R (87) 16 sayılı Karar’da belirlenen üç kategorideki kişilerin “hangi” katılım haklarına sahip olması gerektiği ayrıca ele alınmalıdır.



Örneğin bir sanayi tesisiyle alakalı ve çevre üzerinde ciddi etkiler doğurabilecek bir kararın alınması sürecinde, idareden ruhsat talebinde bulunan kişilerin birinci kategoride yer aldığı düşünülebilir. Zira işlem doğrudan doğruya bu kişilere yönelik olarak tesis edilmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin ruhsat talebi idare tarafından reddedilecekse, bu karardan önce kendilerine mutlaka dinlenilme hakkı tanınmalıdır.

Buna karşılık, turistik bir belde sınırları içerisinde katı atıkların depolanması, ayrıştırılması ve bertaraf edilmesi amacıyla büyük bir tesisin kurulması planlandığında; Karar'ın sınıflandırması kapsamında farklı bir yorum yapılmamıştır. İlk olarak, bu kararın alınması sürecinde hiç kimsenin birinci kategoride bulunmadığını belirtmek gerekir. Zira söz konusu işlemin doğrudan muhatabı olarak nitelenebilecek herhangi bir ilgiliden söz edilemez. Her iki örnek bakımından; ikinci kategorideki kişilere, yani *“kendilerine yönelik olmamasına rağmen bireysel hakları, özgürlükleri veya menfaatleri idari işlemde etkilenebilecek çok sayıda kişiye”* tanınması gereken katılım hakları değerli hale gelir. Bizce, bu kategorideki kişiler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki; örneğin katı atıkların ayrıştırılması ve bertaraf edilmesi sürecinde, belde sakinlerinin tamamının menfaatleri etkilenebilecektir. Zira bu tesisin faaliyetleri esnasında ortaya çıkabilecek kötü kokular nedeniyle beldenin turizm geliri azabileceği gibi, salgın hastalık tehlikesinin ortaya çıkması gibi ihtimaller de gündeme gelir. O nedenle, bütün belde sakinlerinin karar alma sürecinde kendilerini ifade etme olanağı bulması için geniş katılımlı bir görüşme toplantısı (ya da duruşma benzeri bir toplantı) yapılmalıdır. Fakat bu tesisin kurulması sürecinde, bazı belde sakinleri *“özel ve anormal”* bir zarara da maruz kalabilecektir<sup>41</sup>. Bu kişilere tanınması gereken katılım hakları, diğer belde sakinlerine göre daha geniş ve daha ciddi olmalıdır. Bu noktada devreye, kilit kelime olarak *“dinlenilme hakkı”* kavramı girmelidir. Örneğin kurulması planlanan tesise çok yakın bir alanda meyve bahçeleri bulunan birkaç çiftçi, bütün belde sakinlerinin duyduğu ekonomik kaygılardan daha fazlasıyla karşı karşıyadır. O nedenle, bu çiftçilerin süreç içerisinde maddi vakıalar ve hukuki sebeplere ilişkin yazılı ya da sözlü olarak savlarını dile getirme imkanına sahip olması gerekir. Kendileriyle ilgili olduğu ölçüde işlem dosyasına ya da sürecin işleyişine ilişkin bilgi ve belgelere erişme gibi tamamlayıcı hakların da tanınması gereken bu kişiler, tanık dinletme ya da bilirkişi incelemesi talep etme gibi dinlenilme hakkının önemli kullanılma araçlarına da başvurabilmelidir. Aynı değerlendirme, sanayi tesisini ilgilendiren kararların alınması örneği için de yapılabilir.

41 Bu bakımdan, adeta idarenin kusursuz sorumluluğunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanmasındakine benzer bir değerlendirme yapmak gerekir.

Yukarıda verilen proje ve kararlar bakımından, örneğin çevrenin ya da kültürel mirasın korunması, çevresel faktörlerin genel sağlığa etkisi gibi alanlarda faaliyetlerini sürdüren bir dernek ise üçüncü kategorideki kişiler arasındadır ve bu derneğe dinlenilme hakkının tanınmasına gerek olmadığı açıktır. Üçüncü kategorideki kişilerin sürece katılımı da, yukarıda sözünü ettiğimiz geniş katılımlı görüşme toplantısında düşüncelerini açıklamaları suretiyle mümkün olmalıdır.

“Bazı Kamu ve Özel Sektör Projelerinin Çevre Üzerindeki Etkilerinin Değerlendirilmesine İlişkin 2011/92/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi”<sup>42</sup>, diğer adıyla ÇED (Çevresel Etki Değerlendirmesi) Direktifi’nde, kararların alınmasına halkın etkin katılımının, halkın bu kararlarla ilgili olabilecek görüş ve kaygılarını ifade etmesini ve karar vericinin de bunları dikkate almasını sağlayarak karar verme sürecinin hesap verebilirliğini ve şeffaflığını artıracığı vurgulanmıştır. Direktif’e göre ayrıca derneklerin, örgütlerin ve grupların, özellikle de çevre korumayı amaçlayan sivil toplum örgütlerinin katılımı da dahil olmak üzere katılım, halkın çevre eğitiminin desteklenmesi yoluyla da geliştirilmelidir.

Türk hukukunda, idari usulde katılıma ilişkin yürürlükteki az sayıda düzenlemeden birisi de çevresel etkileri büyük projelere ilişkindir. ÇED sürecinde çok sayıda kişiyi etkileyen kararlarda halkın katılımı bakımından dikkat çekici ilkeler benimsenmiştir. 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 2. maddesinde çevresel etki değerlendirmesi; “*Gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar*” şeklinde tanımlanmıştır. 29.07.2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren (yürürlükteki) ÇED Yönetmeliği’nde “Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı” başlıklı 9. maddenin birinci fıkrası şu şekildedir:

*“Halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere; Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar ve proje sahibinin katılımı ile Bakanlıkça belirlenen tarihte, projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği il müdürlüğü tarafından*

42 “Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment”. Erişim için: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02011L0092-20140515> (11.05.2023).

*belirlenen merkezi bir yer ve saatte halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı düzenlenir.”* Belirtmek gerekir ki, ÇED sürecinde halkın katılımının daha etkin bir hale getirilmesi gerektiğine yönelik tespitler dile getirilmektedir<sup>43</sup>.

Türkiye’de, 2008 Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı’nın 27. maddesinde çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerde katılma ilişkin bir düzenleme önerisi teklif edilmiştir. İlgili maddeye göre; *“(1) Yöre halkının ortak yararını ilgilendirmek koşuluyla, bayındırlık hizmetleri, imar uygulamaları, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen idarî işlemlerin yapılmasından önce, kamunun bilgilendirilmesi ve katılımı esastır. (2) Birinci fıkradaki işlemlerin konusu, otuz gün içinde incelenip görüş bildirilmesi amacıyla elverişli vasıtalarla kamuya duyurulur. İdare, yöre halkının ortak yararına ilişkin idarî işlemlerde; ilgili kamu kurumu ve kuruluşlarından, üniversitelerden, konuyla ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından temsilcilerin çağırılacağı, konuyla ilgili sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin de katılabileceği genel görüşme toplantısı düzenler. (3) İdare, bu toplantılar sonucunda ortaya çıkan görüşleri, konuyla ilgili anket, kamuoyu yoklaması ve benzeri vasıtalarla elde edilen veri ve sonuçları karar alma sürecinde değerlendirir. ... (6) Katılma hakkına ilişkin genel görüşme toplantısının usulü ve bu toplantıya katılacak kuruluşların seçimi ve temsilci sayıları ile bu maddenin uygulama esas ve usulleri çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

### III. Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İşlemlerde Doğrudan Katılım - Temsil

İdari usulde katılma ilişkin haklar bizzat kullanılabileceği gibi, bu hakların bir temsilci vasıtasıyla kullanılmasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Çok sayıda kişiyi etkileyen işlemler bakımından da aynı prensip geçerlidir. Bununla birlikte, özellikle çok sayıda kişiyi ilgilendiren işlemlerde bazen ilgililerin bir temsilci vasıtasıyla haklarını kullanması yasal düzenlemeler gereği zorunluluk arz edebilir<sup>44</sup>.

R (87) 16 sayılı Karar’da, çok sayıda kişiyi etkileme potansiyeline sahip işlemlerin gerçekleşmesi sürecinde bazen zorunlu temsil ilkesinin uygulanması öngörülmüştür. Karar’da yer alan II numaralı ilkeye göre, *“Tasarlanan idari işlemin amacı ve etkileri, söz konusu çıkarlar, ilgili kişilerin konumları ve sayıları veya etkili yönetimi sağlama ihtiyacı göz önüne alındığında, yetkili*

43 Bkz. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, *Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayı Sonuç Bildirgesi*, 15-17 Nisan 2019, s. 11.

44 Melike Özge Çebi-Buğdaycı, “İdari Usul Hukukunda “Temsil Hakkı””, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 2022/2: Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022, s. 420.

*makam, usulün tüm aşamalarında veya bazı aşamalarında: a. Ortak çıkarları olan ikinci kategorideki kişilerin, bir veya daha fazla ortak temsilciyi aday göstermelerine; b. Üçüncü kategorideki kişilerin dernekler veya kuruluşlar tarafından temsil edilmelerine karar verebilir.”*

İlgililerin bilgi ve belgelere erişimine ilişkin bir tavsiyeyi ihtiva eden III numaralı ilkeye göre de, *“Talepleri üzerine, birinci kategorideki kişiler ve II. ilkeye uygun olarak kendileri için geçerli olabilecek temsil düzenlemelerine tabi olmak kaydıyla diğer kategorilerdeki kişiler, işlemin gerçekleştirilmesiyle ilgili mevcut tüm faktörlere uygun olacak şekilde erişime sahip olmalıdırlar.”* Bu ilke uyarınca, ikinci kategoriye oluşturan “kendilerine yönelik olmamasına rağmen bireysel hakları, özgürlükleri veya menfaatleri idari işlemde etkileyecek çok sayıda kişi”, idarenin yapacağı tercih neticesinde bazen yalnızca temsilcileri vasıtasıyla bilgi ve belgelere erişebilecektir. Bizce zorunlu temsil konusunda idareye yalnızca üçüncü kategoride yer alan kişiler için takdir yetkisi verilmelidir. Zira yukarıda da değinildiği üzere, ikinci kategorinin kendi içerisinde de iki farklı grupta incelenmesi gerekir. Bazen ikinci kategorideki kişilerden bazıları çok sayıda kişiyi ilgilendiren işlemde, diğer ilgililerden daha yoğun ve özel olarak etkilenebilir. Yukarıda “bireyselleştirilebilir olumsuz etki” kriteriyle ifade ettiğimiz bu durum söz konusu olduğunda, bu kişilere kararın alınmasından önce dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Dinlenilme hakkının tanınmasını gerektiren işlemlerin ayırt edici özelliği olarak zaten bu işlemlerde kişiye özel değerlendirmelerin yapılması söz konusu olduğundan<sup>45</sup>, bu hakkın zorunlu olarak temsilci vasıtasıyla kullanılması ise kabul edilemez.

Karar’da yer alan IV numaralı ilke; *“tasarlanan idari işlemin amacı ve etkileri, söz konusu menfaatler, ilgili kişilerin konuları ve sayıları veya etkili yönetimi sağlama ihtiyacı”* göz önüne alınarak; *“yazılı gözlemler, özel ya da kamuya açık oturum ve yetkili makamın danışma organında temsil edilme”* usullerinden biriyle katılım prosedürünün devam etmesi gerektiğini belirtmiştir. Devamında yer alan; *“Seçilen usulün, ilgili kişilerin bir danışma organında temsil edilmesi olduğu durumlarda, birinci kategorideki kişiler ve II. ilkeye uygun olarak kendileri için geçerli olabilecek temsil düzenlemelerine tabi olmak kaydıyla ikinci kategorideki kişiler de olguları ve kendi savlarını belirtme ve uygun durumlarda delil sunma hakkına sahip olmalıdır.”* ifadeleri ise yazılı gözlemler, özel ya da kamuya açık oturum gibi usullerin uygulanması halinde hangi ilgililerin hangi kapsamda katılım hakkına sahip olacağı konusunda net bir fikir vermemektedir. Bu hususta, Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi (European Committee on Legal Co-operation - CDCJ) tarafından Ba-

45 Türk, s. 130-131.

kanlar Komitesi'ne sunulan ve 87 (16) sayılı Karar'da yer alan ilkelere ilişkin açıklamalara yer verilen Nihai Faaliyet Raporu'nda<sup>46</sup> daha detaylı bir yoruma yer verilmiştir. Buna göre, birinci ve ikinci kategorideki kişilerin hakları, öz-gürlükleri ve çıkarlarının yalnızca bir danışma organı aracılığıyla savunulması yeterli değildir. Bu nedenle, bu iki kategorideki kişilere daha kapsamlı bir müdahale hakkı tanınması hedeflenmiştir.

CDCJ tarafından Bakanlar Komitesi'ne sunulan Nihai Faaliyet Raporu'nda zorunlu temsilin uygulanacağına ilişkin bazı örnekler verilmiştir. Aynı veya benzer bireysel menfaatlere sahip kişiler (bir tesisin yakınında yaşayan kişiler, toplu taşıma hizmeti kullanıcıları, değişikliklerin planlandığı bir caddede işyeri bulunan esnaf vb.) bu nedenle bir veya daha fazla ortak temsilci seçmek zorunda kalabilir. Aynı özel kolektif çıkarı (örneğin bir peyzajın korunması) paylaşanlar, argümanlarını dernekler veya kuruluşlar aracılığıyla sunmak zorunda kalabilirler. Ulusal mevzuat, derneklerin veya örgütlerin idari prosedüre katılımı için temsilci olma şartı gibi kriterler belirleyebilir.

Çeşitli ülkelerde yürürlükte olan bazı genel idari usul kanunlarında da, çok sayıda kişiyi etkileyen idari işlemlerde zorunlu temsilin uygulanacağı durumlar belirlenmiştir. Örneğin Federal Alman İdari Usul Kanunu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz- VwVfG)<sup>47</sup> 18/1. maddesine göre, *“Elliden fazla kişinin aynı menfaatlere sahip katılımcılar olarak idari işlemlere dahil olmaları ve temsil edilmemeleri halinde, yetkili makamlar, aksi takdirde idari işlemlerin düzenli bir şekilde yürütülmesinin sekteye uğrayacağı durumlarda, makul bir süre içinde bu kişilerden ortak bir temsilci atamalarını isteyebilir. Bu kişilerin belirlenen süre içerisinde bu talebe uymaması halinde, yetkili makam resen ortak bir temsilci atayabilir. Yalnızca gerçek bir kişi temsilci olabilir.”*

İspanyol Genel İdari Usulü Kanunu'nun (Kamu İdarelerinin Genel İdari Usul Kanunu) 7. maddesi açıkça çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerde katılımdan söz etmese de ilgi çekici bir kural ihdas etmiştir: *“Bir talep, yazı veya iletişim birden fazla ilgili tarafı içeriyorsa, yapılacak işlemler açıkça belirtmiş olan temsilci veya ilgili tarafla ve bunun olmaması halinde ilk sırada görünen tarafla gerçekleştirilecektir.”*

46 “European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) - Final activity report - Draft Recommendation on administrative procedures affecting a large number of persons” [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016804ca335#globalcontainer\(11.05.2023\)](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804ca335#globalcontainer(11.05.2023)).

47 Kanun'un Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, Osman Doğru, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)”, *İdare ve Hukuk İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 127-146. Kanun'un, yararlandığımız İngilizce çevirisi için bkz. [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg\\_en.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2\(03.05.2023\)](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile&v=2(03.05.2023)).

Çok sayıda kişiyi etkileyen işlemler, bazen ilgililere katılım hakkı tanınması gerekliliğinin istisnaları arasında gösterilmektedir<sup>48</sup>. Örneğin Estonya Genel İdari Usul Kanunu'nun<sup>49</sup> 40/6. maddesine göre idari işlem genel bir emir olarak düzenlenmişse veya işleme katılanların sayısı elliyi aşarsa, işleme katılan bir kişinin görüş ve itirazları dinlenmeden yürütülebilir. İtalyan Genel İdari Usul Kanunu'nun<sup>50</sup> (tam adıyla "İdari Usule İlişkin Yeni Kurallar ve İdari Belgelere Erişim Hakkı Kanunu") 7/1. maddesi, işlemde etkilenebilecek olan kişilerin "kolaylıkla belirlenebilir" olması halinde bu kişilerin de sürece dahil edilmesi şeklinde bir çözüm yolu benimsemiştir.

Türkiye'de, 2008 tarihli Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın 21. maddesinde çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerde temsilci belirleme zorunluluğu ve bu zorunluluğa uyulmaması halinde ortaya çıkacak durum farklı bir şekilde formüle edilmiştir. Maddeye göre, "*Tesis edilecek bireysel işlemin, sonucu itibarıyla ondan fazla kişiyi ilgilendirip hak ve menfaatlerde ortaklık bulunması hâlinde; idare, belirlediği sayıda temsilcinin seçilmesini ilgililerden ister. Bu istek, üç gün içinde yerine getirilmediği takdirde idare, süreci en kısa sürede sonuçlandırabileceği bir veya birden fazla ilgiliyle yürütür. İdare, süreci kimlerle yürüttüğünü ve işlemin sonucunu diğer ilgililere duyurur.*"

Madde gerekçesinde, zorunlu temsil uygulamasının gerekçesi olarak "*özellikle imar, şehircilik ve çevreye ilişkin konularda çok sayıda ilgilinin menfaatini etkileyebilecek bireysel nitelikteki idarî işlemlerin usul sürecinde, idarenin tek tek her bir ilgili ile muhatap olması, hem usul ekonomisi yönünden, hem de idarî faaliyetlerin gecikmesine neden olabilmesi açısından sakıncalı olabileceği*" gösterilmiştir.

## Sonuç

İdari usulde ilgililerin katılımının tek bir görünümü yoktur. İdari işlemin çok sayıda kişiyi etkileme potansiyeline sahip olduğu durumlarda katılımın bu farklı görünümleri arasında ayırım yapmak gerekir. Bu bağlamda, idari usulde katılım – dinlenilme hakkı ilişkisine değinmek gerekir. Tesis edilmesi planlanan idari işlemde, diğer ilgililerden daha yoğun olarak (bireyselleştirilebilir nitelikte) olumsuz bir şekilde etkilenmesi muhtemel kişilere dinlenilme ve gerektiğinde savunma hakkının tanınması gerekir. Diğer hallerde ise; yönetim-

48 Kenneth Culp Davis, "The Requirement of Opportunity to be Heard in the Administrative Process", *Yale Law Journal*, Cilt 51, Sayı 7, 1942, s. 1117; Özkan, s. 178.

49 Kanun'un İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/527032019002/consolide#para13> (01.05.2023).

50 Kanun'un İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.parliament.am/library/varchakaniravaxatum19/Italy.pdf> (01.05.2023).

de demokrasi, gün ışığında yönetim ya da iyi yönetim gibi kavramlarla ifade edilen ilkeler doğrultusunda ilgililerin daha ziyade istişari nitelikte bir katılım imkanından yararlanması söz konusu olur.

Bir davranış kuralının birden fazla kişiyi ilgilendirdiği durumlarda, şüphesiz buna ilişkin kararın alınmasında herkesin doğrudan söz sahibi olması mümkün değildir. İdarenin işleyişinin devam edebilmesi için bu tür konularda bireysel tartışmaların bir sınırı olmalıdır. Bununla birlikte, özellikle zorunlu temsil usulünün öngörülmesi bakımından toptancı bir yaklaşım sergilenmesi gerekir. Zira çok sayıda kişiyi etkileme potansiyeli bulunan işlemlerin tesis edilmesi sürecinde, diğer ilgililerden daha yoğun ve direkt bir etkiye maruz kalma tehlikesiyle karşılaşan ve bunu ikna edici gerekçelerle ortaya koyan kişilere dinlenilme hakkı kapsamında şahsen sürece dahil olma imkanı tanınmalıdır. Diğer kişiler için ise anahtar kelime çoğunlukla “dinlenilme hakkı” kadar sıkı olmayan bir “katılım”dır.

## KAYNAKLAR

- Akylmaz, Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa iyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 143-158. (İyi Yönetim)
- Akylmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin yayınları, Ankara, 2000. (İdari İşlem)
- Akylmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Saşaş Yayinevi, Ankara, 2022.
- Alan, Nuri, “İdari Usul ve İdari Yargı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 30, Sayı 102, s. 3-15.
- Alder, John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2002.
- Azrak, Ali Ülkü, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1964.
- Barnes, Javier, “Administrative Procedure” *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Ed. Peter Cane, Herwig Ch Hofmann, Eric C Ip, Peter L Lindseth, Oxford University Press, New York, 2021, s. 830-855.
- Bereket, Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 26-28.
- Bignami, Francesca, “Three Generations of Participation Rights Before the European Commission”, *Law and Contemporary Problems*, Cilt 68, Sayı 1, 2004, s. 61-83.
- Cananea, Giacinto Della, *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Cane, Peter, *Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Craven, Greg, “Legislative Action by Subordinate Authorities and the Requirement of a Fair Hearing”, *Melbourne University Law Review*, Cilt 16, Sayı 3, 1988, s. 569-602.
- Çebi-Buğdaycı, Melike Özge, “İdari Usul Hukukunda “Temsil Hakkı””, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 2022/2: Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağani, 2022, s. 397-434.
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, *Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayın Sonuç Bildirgesi*, 15-17 Nisan 2019, s. 11.
- Davis, Kenneth Culp, “The Requirement of Opportunity to be Heard in the Administrative Process”, *Yale Law Journal*, Cilt 51, Sayı 7, 1942, s. 1093-1142
- Freeman, Jody, “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, Cilt 45, Sayı 1, 1997, s. 3-98.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; Doğru, Osman, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)”, *İdare ve Hukuk İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 127-146.
- Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2008, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, s. 187-237.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı Ekin Yayinevi, Bursa, 2019.
- Gündüz, Fatma Ebru, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Hacımuratlar, Zeliha, *İdari Usule Katılım*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara



Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2011.

- Kanlıgöz, Cihan, “Katılımcı Demokrasi ya da “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, s. 167-183.
- Karahanoğulları, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kuntbay, İhsan, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, 1978, s. 3-11.
- Möllers, Christoph, “European Governance: Meaning and Value of A Concept”, *Common Market Law Review*, Cilt 43, Sayı 2, 2016, s. 313-336.
- Mustafa, Areean, “Comprehension of The Principle of Good Administration in The Framework of EU Administrative Law”, *Journal of University of Human Development*, Cilt 3, Sayı 1, 2017, s. 259-267.
- Örucü, Esin, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 243-254.
- Özay, İl Han, *Günüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özkan, Gürsel, *Demokratik Yönetime Geçiş - 21. Yüzyıl Türkiye İçin Bir Kanun Önerisi*, Tutibay Yayınları, Ankara, 2001.
- Rose-Ackerman, Susan, Citizens and technocrats: an essay on trust, public participation, and government legitimacy, *Comparative Administrative Law*, Ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth and Blake Emerson, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 251-267.
- Schwartz, Bernard, *Introduction to American Administrative Law*, Pitman Publishing, London, 1958.
- Stoyanova, Donka, “Issuance of Administrative Acts by Bulgarian Authorities: Procedural Requirements Regarding the Participation of the General Public in the Process and Common Violations as Seen by National Courts”, *Rocznik Administracji Publicznej*, Sayı 3, 2017, s. 393-404.
- Türk, Alexander Heinrich, “Administrative Law and Fundamental Rights”, *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Ed. Sionaidh Douglas-Scott, Nicholas Hatzis. Edward Elgar Publishing, 2017, s. 120-138.
- Wade, William; Forsyth, Christopher, *Administrative Law*, 11th Edition, Oxford University Press, New York, 2014.

### Online Kaynaklar

- <https://www.global-regulation.com/translation/spain/615483/law-39-2015%252c-on-1-october%252c-of-the-common-administrative-procedure-of-the-public-administrations.html> (01.05.2023).
- [https://www.minfin.bg/upload/19333/Code\\_of\\_Administrative\\_Procedure.pdf](https://www.minfin.bg/upload/19333/Code_of_Administrative_Procedure.pdf) (03.05.2023).
- <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804eaa5c> (07.05.2023).
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02011L0092-20140515> (11.05.2023).

- [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016804ca335#globalcontainer](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804ca335#globalcontainer) (11.05.2023).
- [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg\\_en.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (03.05.2023).
- <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/527032019002/consolide#para13> (01.05.2023).
- <http://www.parliament.am/library/varchakaniravaxatum19/Italy.pdf> (01.05.2023).
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565> (01.05.2023).
- <https://rm.coe.int/16804dec56> (03.05.2023).
- <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (11.05.2023).

## KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Çocuk İstismarının Özel Bir Türü Olarak Başkası Tarafından Dayatılan Yapay Bozukluk (Munchausen By Proxy) Durumunun Ceza Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi\*

Evaluation of Factitious Disorder Imposed on Another (*Munchausen By Proxy*) as a Special Type of Child Abuse in the Framework of Criminal Law

Meral BALCI\*\*

## ÖZ

Çalışmanın amacı, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun ceza hukuku kapsamında çok yönlü incelenmesidir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk, günümüzde çocuk istismarı kapsamında ele alınmaktadır. Çocuğa yönelik fiziksel ve/veya psikolojik zarar verme esasına dayanan bu bozukluk, sağlık personelinin sürece dâhil olması nedeniyle karmaşık bir gerçekleşme şekline sahiptir. Çocuğun bakımından sorumlu kişi tarafından çocukta hastalık belirtileri oluşturulması veya ile-ri sürülen gerçek dışı hastalık öyküleri ile çocuğun sürekli şekilde tıbbi müdahalelere maruz kalması sonucu çocuk hem fiziksel hem de psikolojik olarak zarar görmektedir. Kişi, sağlık personelinin yanılarak, sağlık personelinin istemeden çocuğa zarar vermesine neden olmaktadır. Çocuğa yönelik davranışların sürece yayılması ve sistematiklik göstermesi nedeniyle çocuğun daha fazla zarar görmesi ve hatta ölmesi söz konusu olabilmektedir. Tıbbi istismar şeklinde de ifade edilen bu durum, tıp bilimi çerçevesinde geniş bir inceleme alanına sahip olmakla birlikte, konu bir başkasına zarar verme yönüyle ceza hukuku açısından da değerlendirmeyi gerektirmektedir. Çocuğun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi suretiyle gerçekleştirilen fiilin gerçekleşme şekline göre farklı suç tipleri kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk sadece fiil bakımından değil, fail bakımından da dikkate alınacaktır. Zira bu yönüyle kusurluluk bağlamında önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yapay bozukluk, çocuk istismarı, kötü muamele, kasten yaralama, akıl hastalığı.

\* Makale gönderim tarihi: 14.06.2023. Makale kabul tarihi: 09.07.2023, Meral Balci, "Çocuk İstismarının Özel Bir Türü Olarak Başkası Tarafından Dayatılan Yapay Bozukluk (Munchausen By Proxy) Durumunun Ceza Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s.325-382, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.4>.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: balcmeral@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-6089-0952>.

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

## ABSTRACT

The aim of the paper is to examine the factual disorder imposed on another in a multi-faceted context within the scope of criminal law. Factitious disorder imposed on another is considered within the scope of child abuse. This disorder, which is based on physical and/or psychological harm to the child, has a complex form of realization due to the involvement of medical staff in the process. The child is harmed both physically and psychologically as a result of the fabricating a disease/symptom on the child or the suggesting untrue medical history of the child by the person responsible for the child's care and the constant exposure of the child to medical interventions. The person misleads the medical staff and causes the medical staff to harm the child unintentionally. As the behavior towards the child spreads to the process and shows systematicity, the child may suffer more harm or even die. This situation, which is also expressed as medical abuse, has a wide field of study within the framework of medical science, but it also requires an evaluation in terms of criminal law in the context of harming another person. An evaluation will be made within the scope of different types of offences. It will be taken into account how the act committed by violating the child's physical integrity took place. The factitious disorder imposed on another will be taken into account not only in terms of the act but also in terms of the perpetrator. Because in this respect, it is important in the context of culpability.

**Keywords:** Factitious disorder, child abuse, maltreatment, intentional injury, mental illness.

## Giriş

Dünya Sağlık Örgütü tarafından “Çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz etkileyen, bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek uygulanan tüm davranışlar çocuğa kötü muameledir” şeklinde ifade edilen ve çocuklara yönelik gerçekleştirilen istismar için, çocuğun bunu algılayıp algılamadığı fark etmeksizin ve bilerek yapılmasa dahi yetişkin tarafından gerçekleştirilen davranışları kapsayan<sup>1</sup> geniş bir kavram<sup>2</sup> söz konusudur. Çocuk istismarı anne ve babanın iradesi dışında dış faktörlerin etkisi ile gerçekleşebileceği gibi, anne-baba veya çocuğun bakımıyla ilgilenen kişi tarafından da gerçekleştirilebilmektedir<sup>3</sup>. Yetişkinlerden farklı olarak ço-

1 Ergun Erdoğan, “Çocuk İstismarı”, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/MAKALE/M4535.pdf>, s. 1 (10.12.2022).

2 Çocuk hekimi olan *Henry Kempe* 1961’de çocuklarda rastlanan ve açıklanamayan yaralanmalara ve kırıklara dikkat çekerek ilk kez hırpalanmış çocuk sendromu (*battered child syndrome*) terimini kullanmıştır (Neylan Ziyalar, Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 19). Daha sonra bu terim yerini çocuk istismarı (*child abuse*) terimine bırakmıştır. Bülent Kara, Ümit Biçer, Ayşe Sevim Gökalp, “Çocuk İstismarı”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Cilt 47, 2004, s. 141.

3 Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I Tanımlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 22.

cukların bakıma ihtiyaç duymaları ve belli bir olgunluğa ulaşınca kadar bir yetişkinin ilgisine ve bakımına muhtaç olmaları<sup>4</sup>, bazen bu durumun kötüye kullanılması suretiyle çocuk için farklı zarar veya tehlikelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Çocuğun, anne-babanın veya onu yetiştiren kimse-lerin her türlü tasarrufunun konusu olduğuna yönelik bir ön kabule geçerlik tanınmayacağı hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde<sup>5</sup> güvence altına alınmıştır.

Çocuk istismarı disiplinler arası bir olgu olup, farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Çocuklar fiziksel olarak istismara uğrayabileceği gibi psikolojik olarak da böyle bir durum ile karşı karşıya kalabilmektedir. Genelde beş ayrı istismar türü üzerinden ele alınan konuda fiziksel istismar<sup>6</sup>, en yaygın bilinen tür olma özelliğine sahiptir<sup>7</sup>. Farklı şekilde gerçekleşmelerine rağmen, sözü edilen istismar türlerinin ortak noktası ortaya çıkardıkları sonuçlar bağlamında çocuk üzerinde kısa ve uzun vadede etkiler yaratmasıdır. Bazı istismar durumlarının tespitleri güçlük arz etmekle birlikte, çocuklara karşı gerçekleştirilen bu tür fiiller bakımından farkındalığın gittikçe arttığını söylemek mümkündür. Özellikle duygusal istismar 1970'li yıllardan itibaren önemli araştırmaların konusu olmaya başlamış, çocuğun kasıtlı olarak duygusal anlamda istismar edilmesinin yol açtığı sonuçlar dikkate alınmıştır<sup>8</sup>. Bu bağlamda konuya ilişkin

4 Ziyalar, s. 29.

5 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 19 şu şekildedir: “1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.”

6 Fiziksel istismar en geniş tanımıyla, “çocuğun kaza dışı yaralanması” şeklinde ifade edilmektedir. Fiziksel istismar kaza sonucu olmayan, çocukta fiziksel bir hasara, yaralanmaya yol açan ve hatta ölüm ile sonuçlanan her türlü erişkin davranışlarını içermektedir. Ziyalar, s. 28.

7 G. Staubli, “Kindesmisshandlung”, *Notfall Rettungsmedizin*, Cilt 8, 2007, s. 579. Konu hakkında ayrıca bkz. Yiğit İltaş, “Sarsılmış Bebek Sendromunun Türk Ceza Kanunundaki Bazı Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 206, 2022, s. 170 vd.

8 Abigail Gill, “Updating the criminal law on child neglect: protecting children from severe emotional abuse”, *IALS Student Law Review I*, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 42. Duygusal istismarın, istismar şekillerinden teşhis edilmesi en zor olanı olduğu, zira bu istismar türünde somut bir izin bulunmadığı ve genellikle sözlü saldırılar-alay etme, aşağılama ve kötüleme şeklinde gerçekleştirildiği hakkında bkz. Tracy Vollaro, “Munchausen Syndrome by Proxy and its Evidentiary Problems”, *Hofstra Law Review*, Cilt 22, Sayı 2, 1993, s. 496.

olarak devletlerin ceza kanunlarında çocukların duygusal istismarlarını<sup>9</sup> da göz önünde bulunduracak şekilde değişime gitmelerine yönelik ihtiyaç vurgusu<sup>10</sup> dikkate değerdir.

Çocuğa karşı kötü muamele teşkil eden, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk/hastalık durumu bir süredir tıp bilimi kapsamında incelenmekte ve buna yönelik araştırmalar dikkat çekmektedir. Çocuk istismarının özel bir türü olarak ele alınabilecek bu durum sadece fiziksel istismar veya duygusal istismar şeklinde nitelendirilemeyecek kadar karmaşık bir gerçekleşme şekline sahiptir. Nitekim doktrinde bu istismar şekline tıbbi istismar (*medical abuse*)<sup>11</sup> denilebileceği de belirtilmektedir. Çocuğa yönelik gerçekleştirilen fiziksel ve duygusal istismarın türü olarak başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumuna (*Munchausen by Proxy*) hukuk sisteminin yabancı olduğu, böyle bir durumun varlığı halinde genellikle yasal sürecin başlatılmadığı ve çocuk istismarının önlenemediği<sup>12</sup> ifade edilmektedir. Literatürde çocuk istismarı konusunun farklı boyutlarıyla ele alınmasına önem verilmesi, bu alanda daha fazla araştırma yapılması ve konunun daha detaylı incelenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Temelinde duygusal ve fiziksel olarak zarar vermenin söz konusu olduğu bu durum, ceza hukuku kapsamında ne şekilde ele alınması gerektiğine yönelik soruyu gündeme getirmektedir.

Çocuğun bakımı ile ilgilenen yetişkinin çocukta bazı hastalık belirtileri oluşturması ve/veya çocukta hastalık belirtileri olduğuna yönelik sağlık personelinin yanlış bilgilendirmesi ile birlikte çocuğun tıbbi araştırmalara maruz kalmasına ve bu yönüyle çocuğun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesine sebep olması durumunun hukuksal düzlemde incelenmesine ağırlık verilecek-

9 UNICEF, duygusal istismarı “Çocuğun nitelik, kapasite ve arzularının sürekli olarak kötülenmesi, sosyal ilişkiden yoksun bırakılması, çocuğun sürekli olarak insanüstü güçlerle, sosyal açıdan ağır zararlar verme ya da terk etme ile tehdit edilmesi, yaşına ve gücüne uygun olmayan isteklerde bulunulması ve çocuğun topluma aykırı düşen çocuk bakım ve yöntemleri ile yetiştirilmesi” şeklinde belirtmiştir. Aktaran Ziyalar, s. 29.

10 Gill, s. 41 vd.

11 Vollaro, s. 497. Bu konuya ilişkin olarak bir görüş ise istismarı ele alırken, sorunu mağdurda merkeze alarak, uygun terimin “çocuk durumunun tahrif edilmesi (*paediatric condition falsification*)” veya “tıbbi çocuk istismarı (*medical child abuse*)” olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Abdurrachid Nuzhat, Marques João Gama “Munchausen syndrome by proxy (MSBP): a review regarding perpetrators of factitious disorder imposed on another (FDIA)”, *CNS Spectrums*, Cilt 27, Sayı 1, 2022, s. 16. Benzer yönde bkz. Gregory Yates, Christopher Bass, “The perpetrators of medical child abuse (Munchausen Syndrome by Proxy) – A systematic review of 796 cases”, *Child Abuse & Neglect*, Cilt 72, 2017, s. 45.

12 Dilşad Foto-Özdemir, “Yapay bozukluk/bakım verenin yapay bozukluğu olgularına psikodinamik bakış ve klinik yaklaşım: Bir gözden geçirme”, *Klinik Psikiyatri Dergisi*, 2020, s. 503; Ali Rıza Tümer, Aysun Balseven-Odabaşı, Dilşad Foto-Özdemir, Erdem İlker Mutlu, Ayşe Derya Kaynak, “Çocuk İstismarı’nın Ağır Bir Türü: Bakım Verenin Yapay Bozukluğu’na (Munchausen By Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 6, 2015, s. 582.

tir. Öncelikle tıp biliminin verileri çerçevesinde yer alan tespitler ile başkası tarafından dayatılan yapay bozukluğun kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda çocuğa yönelik gerçekleştirilen fiillerin ceza hukuku bakımından hangi suç tipleri ile ilişkilendirilmesi gerektiği çalışmanın ana eksenini teşkil etmektedir. Söz konusu fiilin haksızlık içeriği TCK'da yer alan mevcut suç tipleri çerçevesinde incelenecektir. Ceza hukuku kapsamında başkası tarafından dayatılan yapay bozukluğa ilişkin değerlendirme sadece fiil ile sınırlı olmayıp, ayrıca durumun özelliği gereği istismarı gerçekleştiren kişiye de yönelik olacaktır. Çalışmanın amacı, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk özelinde çocuğun fiziksel ve duygusal istismarının farklı açılardan ceza hukuku kapsamındaki önemine dikkat çekmektir.

### I. Başkası Tarafından Dayatılan Yapay Bozukluk (Munchausen By Proxy) Kavramı

Yapay bozukluk, tıp biliminde *istemli bir şekilde fizik ve/veya psikolojik belirti/hastalık üretme; hasta rolü oynama ve bunlar aracılığıyla emosyonel doyum sağlama olarak*<sup>13</sup> tanımlanmaktadır. Tıp literatüründe *Munchausen Sendromu ve yapay bozukluk terimlerinin sıklıkla birbirinin yerine, ancak farklı anlamlarda kullanıldığı, verilerin temel olarak fizik belirtilerle giden yapay bozukluk üzerine odaklandığı*<sup>14</sup> belirtilmektedir. Munchausen sendromunda asıl olan kişinin kendisinde bazı hastalık belirtileri oluşturması veya gerçekte bulunmayan rahatsızlık şikayetleri ile sağlık kuruluşuna başvurması ve birtakım tıbbi incelemelere tabi tutulmasıdır<sup>15</sup>.

13 M. Aydın Noyan, "Yapay Bozukluklar", *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 2000, s. 162. Yapay bozukluk ile temaruz kavramları birbiri ile karıştırılmakla birlikte, aynı anlama gelmediğine dikkat edilmelidir. Her iki durumda da kişi belirtileri istemli olarak oluşturmaktadır. Ancak temaruzda örneğin, jüri nöbet, askeri bir görevden kaçınmak gibi çevresel koşulları bilindiğinde açık olarak fark edilebilir bir amaç söz konusu iken; yapay bozuklukta böyle bir amaçtan söz edilememektedir. Yapay bozuklukta dış etkenlerin bulunmaması asıl olup, hastalık belirtilerinin oluşturulması psikolojik bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Polat, s. 321.

14 Noyan, s. 163. Dünya Sağlık Örgütü'nün hastalık/bozuklukların sınıflandırmasına (*International Classification of Diseases*) ilişkin raporunda yapay bozukluk ile Munchausen Sendromu'nu eş anlamlı kullandığına yönelik bilgi için bkz. Nuzhat/Gama, s. 17.

15 Roy Meadow, "Different interpretations of Munchausen Syndrome by Proxy", *Child Abuse & Neglect*, Cilt 26, 2002, s. 502.

Munchausen Sendromunun<sup>16</sup> bir türü olan, *Meadow* tarafından 1977 yılında tanımlanan<sup>17</sup> ve çocuk istismarının sık görülmeyen, ağır bir şeklini teşkil eden başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk (MBPS)<sup>18</sup>, çocuğun bakımından sorumlu olan kişi tarafından sağlıklı bir çocukta hastalık belirtileri oluşturulması veya belirtilerin taklit edilmesi ile karakterize edilmektedir<sup>19</sup>. Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin çocukta gerçekte olmadığı halde bir hastalık üretmesi sonucu ortaya çıkan her türlü durumu tanımlamaktadır<sup>20</sup>. Kişi, zarar verici davranışları kendisine yönelik değil, bir başkasına yönelik gerçekleştirilmektedir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk, *fiziksel belirti tarifleriyle, çocuklardan tetkik için alınan numunelerin değiştirilmesi ya da üzerlerinde oynanması ile hastalık durumunu sürdürme, belirti oluşturma, zararlı maddeler vererek gerçekten hastalık oluşturma durumunu kapsamaktadır*<sup>21</sup>.

Burada MBPS ile aşırı endişeli ebeveynin küçük semptomları abartmasından kaynaklanan ve aksi takdirde kendini iyi hissedecek bir çocukta suçluluk

16 *Munchausen Sendromu genel olarak "istemli bir şekilde fiziksel, psikolojik belirti ve hastalık üretmek hasta rolü oynama ve bu yolla duygusal doyum sağlama" şeklinde tanımlanan bir bozukluktur. (...) Bozukluk ilk olarak 1951 yılında Asher tarafından hastane hastane dolaşarak gereksiz yere cerrahi girişim uygulanmasını isteyen bir grup hastayı tanımlamak için bu isimle literatüre girmiştir.* Aybüke Yurteri-Tiryaki, Gülen Baran, "Bir Çocuk İstismar Türü Olarak "Munchausen By Proxy Sendromu", *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2017, s. 109. Asher yazısında, *Rudolf Erich Raspe*'nin yazdığı bir romanın başkahramanı olan, 18. yüzyılda yaşamış, abartılı yaşam öyküsü ve yalanları ile ün kazanmış *Baron Karl Fredrich Von Munchausen*'in yaşam tarzından esinlenerek, her çeşit fiziksel hastalığın klinik görünümünü sergileyen, bu nedenle çok sayıda hastane başvurusu ve yatışı olan bir grup hastayı bu şekilde tanımlamıştır (Noyan, s. 163). Söz konusu sendromun "kendine empoze edilen yapay bozukluk" şeklinde ifadesi için bkz. Nuzhat, Gama, s. 16. Bu sendrom, hastane bağımlılığı, cerrahi girişim bağımlılığı, profesyonel hasta sendromu şeklinde de ifade edilmektedir. Polat, s. 321.

17 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 109. "*Meadow, 1977 yılında biri annesi tarafından tuz ile zehirlenen bir çocuk ve diğeri bir annenin provokasyonları sonucu geniş çapta tıbbi tetkiklere maruz kalan bir çocuk olmak üzere iki vaka bildirmiş ve Asher'in tariflediği Munchausen Sendromu ile bağlantılı olabileceğini ve çocuklarının tıbbi bulguları üzerinde oynayarak değişiklik yapan bu annelerin davranışının daha önce tariflenmediğini fark etmiştir. Bu tıbbi durumu 1977 yılında yazdığı orijinal yazısında "Kaza Dışı Yaralanma" olarak sınıflamış ancak bu tanımlama da onu tatmin etmemiştir.*" Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 584.

18 Duruma ilişkin bir terim birliğinden söz edilememektedir. İlk zamanlarda bakım verenin oluşturduğu yapay bozukluk şeklinde nitelendirilmekle birlikte, daha sonra bir başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk/hastalık şeklinde ifade edilmeye başlanmıştır (Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 111). Uydurulan veya tetiklenen hastalık/bozukluk görüntüsü (*fabricated or induced illness spectrum*) kavramı da kullanılmaktadır (Nuzhat, Gama, s. 22). Benzer şekilde hastalık aldatması (*illness deception*), yapay hastalık (*illness falsification*) şeklinde de ifade edilmektedir (Yates, Bass, s. 47).

19 Staubli, s. 583. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun kriterlerinin hala tartışmalı ve yoruma açık olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Polat, s. 330.

20 Kara, Biçer, Gökalp, s. 143.

21 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 583.



duygusunu teşvik etmeye yönelik davranış şekilleri<sup>22</sup> arasındaki sınır önem taşımaktadır. MBPS kapsamında bir ebeveyn ile aşırı korumacı (*overprotective*) veya “yardım arayan (*help-seeker*)” bir ebeveyn arasındaki farklılığa dikkat edilmelidir. Aşırı korumacı veya yardım arayan anne veya baba çocuğunun hastalığına neden olmaz veya var olmayan semptomları varmış gibi göstermez. Bunun aksine çocuğun sergilediği semptomlara aşırı tepki verme eğiliminde olurlar ve motivasyonları, çocuğun sağlığı ve refahı için gerçek bir endişeden ibarettir<sup>23</sup>. MSBP kapsamında ise çocuğun sağlığını olağandışı ve zararlı yollarla tehlikeye atan davranışlarda<sup>24</sup> çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin kasten gerçekleştirdiği aktif katkısı söz konusudur.

Literatürde bu istismara maruz kalan çocukların genellikle 0-2 yaş aralığında olmak üzere, büyük çoğunluğunun okul öncesi yaş grubunda<sup>25</sup> ve genellikle erkek çocuklar olduğu belirtilmekle birlikte ergenlik dönemine kadar vakaların olduğuna da dikkat çekilmektedir<sup>26</sup>. Çocuğun bu şekilde istismar edilmesinde yaş aralığı bakımından bir sınırlama olmayıp, konu bir yetişkinin bakımına ve/veya yardımına muhtaç olması nedeniyle ön plana çıkmakta olup, 18 yaşın altındaki tüm kişileri<sup>27</sup> kapsamaktadır<sup>28</sup>. Yaşı küçük olan çocukların istismara

22 Debbie Taylor, Michael Nicholls, “Munchausen’s Syndrome by Proxy-The Legal Perspective”, (Ed.) Gwen Adshead, Deborah Brooke, *Munchausen’s Syndrome By Proxy: Current Issues In Assessment, Treatment And Research*, Imperial College Press, 2001, s. 150.

23 Vollaro, s. 514.

24 Meadow, s. 502.

25 Keith L. Kaufman, Daniel Coury, E. Pickrel, J. McCleery, “Munchausen Syndrome By Proxy: A Survey Of Professionals’ Knowledge”, *Child Abuse & Neglect*, Cilt 13, 1989, s. 141.

26 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 115; Bernard Kahan, Beatrice Crofts Yorker, “Munchausen Syndrome by Proxy: Clinical Review and Legal Issues, Behavioral Sciences and the Law”, Cilt 9, 1991, s. 76-77. “Yaşı bilinen 76 mağdur olgudan 20’si (%26) üç veya altındaki yaş grubunda, çoğunluğu oluşturan %52’lik grupta (40 olgu) 3-13 yaş arası, 9 olguda (%12) 13 yaş ve üzerinde, 7 olguda (%9) yetişkin olduğu belirlenmiştir. 4 olguda bir ailede birden fazla çocuğun istismar edildiği rapor edilmiştir. Cinsiyeti bilinen 81 olgudan 44’ünde (%54) cinsiyet erkek iken %46’sının kız çocuğu olduğu saptanmıştır.” Polat, s. 331.

27 Çocuk haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de çocuk bakımından ölçüt olarak 18 yaşın kabul edildiğini söylemek mümkündür. Nitekim BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 1’e göre: “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1’de de 18 yaş dikkate alınmıştır.

28 Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun neredeyse tamamına yakını çocukları kapsamakla birlikte, yaşlılara ve engellilere yönelik gerçekleştirilen bu tür davranışların birkaç vakada tespiti konunun kapsamını genişletmiştir (John B. Murray, “Munchausen Syndrome/Munchausen Syndrome by Proxy”, *The Journal of Psychology*, Cilt 13, Sayı 3, 1997, s. 348-349). Özellikle sağlık personelinin bu durum hakkında daha bilinçlenmesi ve benzer vakaların yaygınlaşması nedeniyle söz konusu durumun daha bilinir olması, çocuk dışında bakıma muhtaç kişilerin yaşadıkları benzer süreç bakımından farkındalık oluşturmaktadır (Nuzhat, Gama, s. 17). Bu nedenle konuyu çocuğun bakımıyla ilgilenen kişinin, çocuk üzerindeki uyguladığı davranışlar ile sınırlandırmamak gerekmektedir. Mağdur bakımından

uğradıklarının farkına varmaları güç iken, daha büyük çocukların ve yetişkinlerin istismarı anlama olasılığı daha yüksektir<sup>29</sup>. Böyle bir istismara maruz kalan çocuğun yaşının da gerçekleştirilen haksızlığın yoğunluğu bakımından etki edeceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ayrıca küçük yaş grubundaki çocukların savunmasızlığı bu tür fiilin uygulanmasını kolaylaştıracaktır.

Çocukta oluşturulan hastalık belirtileri üzerine çocuk defalarca hastaneye getirilmekte ancak yapılan incelemelerde çocuğun hastaneye başvuru nedenine yönelik patolojik veri saptanamamaktadır<sup>30</sup>. Mağdurun garip klinik sunumu, failin manipülasyonunu kolaylaştırmakla birlikte, yoğun ve genellikle invaziv bir teşhis çalışmasına yol açmaktadır<sup>31</sup>. Tıbbın kendi içinde belirsizlikler içermesi, insan psikoloji ve fizyolojisinin kişiden kişiye farklılık arz etmesi, aynı rahatsızlığın birçok hastalıkta görülebilir olması ve her hastalığın kişiden kişiye farklılaşan görünüm şekilleri, insan vücudunun karmaşık bir yapıya sahip olması gibi hususlar<sup>32</sup> da, çocuğa yönelik gerçekleştirilen istismarı kolaylaştırmaktadır.

Deneyimli hekimler tarafından “daha önce hiç görülmemiş” olağandışı tıbbi bulgular nedeniyle rutin tedaviler başarısız olmaktadır<sup>33</sup>. Bilinen bir bozukluğun taklit edilmesi veya tanısız bir ikilem arz edecek nitelikteki hastalık öyküleri<sup>34</sup> ile iyileşme süreci yavaşlatılmakta veya engellenmektedir. İstismarcı ebeveynin hastalık öyküsü ile bulgular uyuşmamakta, hastalığın yönetimine birçok hekim müdahil olmakta, tedaviler yetersiz kalmaktadır<sup>35</sup>. Çocuğa ilişkin yakınma ve fizik belirtileri ele alınıp sağlık görevlisi tarafından şüphe duyulan hastalıklar dışlandıkça, hastalık ve yakınmaların içeriği şekil değiştirmekte, yeni yeni yakınmalar ortaya çıkmaktadır<sup>36</sup>. Bu süreçte çocuk yalnızca örselenmekle kalmamakta aynı zamanda hastanede uzun süreli kalması gerekebilme ve gereksiz ve ağırlı olan tıbbi ve radyolojik tetkiklere de maruz kalmaktadır. Kemik iliği aspirasyonları, ameliyat, kan transfüzyonları, röntgenler bu

---

kapsayıcılık, bir başkasının bakımına muhtaç olma noktasında ortaya çıkmaktadır. Ancak çalışmanın kapsamı çocuk istismarı ile sınırlı olduğundan, çocuk mağdurlar üzerinden konu incelenecektir. Bakıma muhtaç olmayan kişilere yönelik gerçekleştirilen benzer yöndeki vaka için bkz. Mircea D. Sigal, David Altmark, Itzhak Carmel, “Munchausen Syndrome by Adult Proxy: A Perpetrator Abusing Two Adults”, *The Journal of Nervous and Mental Disease*, Cilt 174, Sayı 11, 1986, s. 696.

29 Nuzhat, Gama, s. 23.

30 Noyan, 165.

31 Nuzhat, Gama, s. 22.

32 Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 112.

33 Kahan, Yorker, s. 79.

34 Kaufman, Coury, Pickrel, McCleery, s. 141.

35 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 592.

36 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 592.

tür tetkiklere örnek teşkil etmektedir<sup>37</sup>. Böylece laboratuvar testleri veya tıbbi müdahaleler nedeniyle çocukta yaralar oluşmaktadır. Ek olarak, birden fazla hastaneye yatış, yalnızca mağdura daha fazla zarar vermekle kalmayıp, aynı zamanda sağlık personelinin<sup>38</sup> kafasını daha fazla karıştırabilen enfeksiyonlar gibi komplikasyonlara neden olabilmekte ve bu şekilde kendi risklerini de beraberinde getirmektedir<sup>39</sup>.

Başkası tarafından dayatılan yapay bozuklukta, çocuğun tıbbi durumu ile ilgili bilinçli şekilde ortaya konulmuş belirsizlik söz konusudur. Bu tür durumun temel özelliği, bilinçli, dikkatlice planlanmış ve iyi gizlenmiş aldatmanın varlığıdır<sup>40</sup>. Çocuk ile ilgilenen kişi, hekimleri tıbbi müdahalenin gerekli olduğuna ikna etmek için aldatma aracı olarak mevcut durumu abartmakta, tahrif etmekte, hastalığı taklit etmekte veya çocuklarda aktif olarak hastalığa neden olmaktadır. *Bu durumlarda, birçok hastalığın teşhisinde hekimin en değerli aracı olan anne ve babadan alınan ayrıntılı öykü geçersiz kılınmaktadır*<sup>41</sup>. İstismarı gerçekleştiren kişi genellikle anne veya baba olduğundan, hekimler tarafından durumun istismardan kaynaklanabileceği hususu başlarda fark edilememekte veya göz ardı edilebilmektedir<sup>42</sup>. Çocuğun tıbbi işlemlere maruz kalması, çocuğun bakımını üstlenen kişinin ısrarı nedeniyle süreklilik arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle, tek seferde gerçekleşen bir fiilden söz edilememektedir.

İlgili yetişkin tarafından çocuğa yüklenen yapay semptomlar devamlılık göstermekle birlikte; çocuk, yetişkinden ayrıldığında belirtiler ortaya çıkmamakta ve çocuk sağlığına kavuşmaktadır<sup>43</sup>. Bu bağlamda çocukta fizyolojik olarak kolaylıkla açıklanamayacak *acayip bulguların varlığı halinde ve bu bulgular sadece anne-babanın yanında oluyorsa bu sendromdan şüphelenilmesi*<sup>44</sup>

37 Kaufman, Coury, Pickrel, McCleery, s. 142.

38 Her tıbbi müdahale sadece hekim tarafından yapılmamakta, hekimin yanı sıra hemşire, ebe gibi diğer sağlık görevlileri de gerekli tıbbi işlemi gerçekleştirmektedir. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 387.

39 Nuzhat, Gama, s. 22.

40 Nuzhat, Gama, s. 22.

41 Yates, Bass, s. 45.

42 Yates, Bass, s. 46.

43 Staubli, s. 583. *“Tekrarlayan respiratuar kasılmalar geçiren ve annelerinden ayrılmaları sağlandıktan sonra kriz geçirmeleri duran iki kardeş MBPS olarak tanımlanmıştır. Çok sayıda kalp masajı gerektiren, tekrarlayan apnesi olan 6 bebek üzerindeki incelemede; iki olguda annelerinin video kayıtları ile apne krizlerine yol açtıkları belgelenmiş ve üçüncüsünde annenin aşırı psikiyatrik sorunları olduğu belirlenmiştir. Üç bebeğin bakımı başka ailelere verildiğinde apne krizlerinin durmuş olduğu saptanmıştır. Diğer üç bebeğin ise hastaneden ayrıldıktan sonra 1 ay içerisinde ölmüş olduğu ortaya çıkmıştır.”* Polat, s. 327.

44 Kara, Biçer, Gökalp, s. 143.

gerektiği belirtilmektedir<sup>45</sup>. Kaza dışı yaralanmalar şeklinde ifade edilen bazı durumların sadece MBPS mağduru çocukta değil, kardeşlerinde de ortaya çıkması<sup>46</sup> tehlikenin ilgili ebeveynin bakımındaki tüm çocuklara yayılabildiğine işaret etmektedir.

Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunda çocuğun doğrudan, kendisinin bakımından sorumlu kişinin ürettiği hastalık sonucu veya tanı ve tedavi uygulamaları sonucu zarar görmesi ile karşı karşıya kalınmaktadır<sup>47</sup>. Bu durumun ilk görünüm şeklinde çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi çocuklarda hastalığa neden olmak için birçok yöntem kullanmaktadır. Hastalığın oluşması sürecine aktif katkısı söz konusudur. Buna mukabil, ebeveynin çocuğu ilaçlarla zehirleyerek, çocuğun ağzını burnunu tıkayarak oluşturulmuş nöbetlerle birlikte çocukta bilinç kaybının, gelişme geriliğinin, sağırılık bulgularının ortaya çıkmasına sebep olmak suretiyle sanki çocukta nörolojik bir hastalık varmış hissi uyandırması<sup>48</sup> örnek teşkil etmektedir. Benzer şekilde bakteri ile bulaşı olan materyali damar içine enjekte ederek sepsise sokma, cilt altına kan enjekte ederek döküntü oluşturma kasıtlı davranışlar ile astım görüntüsü verme, söz konusu duruma ilişkin raporlanan semptomlar<sup>49</sup> arasında yer almaktadır. Genellikle anne için reçete edilen ilaçları içeren kasıtlı zehirlenmeler görülmüştür. Çocuklara hipoglisemi ve koma oluşturmak için insülin ve enfeksiyon

45 Nitekim bir olayda 9 yaşındaki çocuğun gözetim altına alınması ve hastaneye yatırılmasına karar verilmesi üzerine doğduğundan beri aralıklı olarak takip edildiği kliniğin sağlık personeli, Munchausen sendromu olasılığı konusunda giderek daha fazla şüphelenmiştir. Bu vakada kızın erken dönem öyküsü, anne sütü dışındaki herhangi bir yiyeceği tolere edememeyi içermektedir ve annesi, çocuğu tahıl, sebze veya etle beslemeye yönelik herhangi bir girişimin ishale ve kızarıklığa neden olduğunu iddia etmiştir. Çocuk bir yaşında zatürre nedeniyle hastaneye kaldırılmış ve daha sonra tıbbi kayıtları, anne sütü dışında herhangi bir yiyecek verildiğinde solunum güçlüğü çektiğini belirtmiştir. Annesinin beyanına göre, çocuk beş yaşına kadar sadece anne sütüne tahammül edebilmiş ve sütü ya doğrudan memeden ya da dondurularak “dondurma” şeklinde alabilmiştir. Çocuk beş yaşındayken, besinsel olarak eksiksiz bir temel diyet uygulaması için hastaneye kaldırılmış ve annenin, çocuğunun bu diyetle dayanamayacağına dair itirazlarına rağmen hastanede kaldığı süre boyunca herhangi bir belirti görülmemiştir. Çocukta besin toleransı olmadığı kanıtlandıktan sonra hafif astım semptomlarına rastlanmıştır. Buna yönelik tedavide annenin çocuğa aşırı dozda ilaç verdiği tespit edilmiştir. Bu noktada, kolay yorulma, kas güçsüzlüğü, baş ağrısı, karın ağrısı, göz ağrısı ve kalçı boy kısalığı gibi ciddi komplikasyonlara ve yan etkilere neden olan 11 farklı ilaç kullanmıştır. Ayrıca ilaçların yan etkilerinden dolayı altı omurga kompresyon kırığı ile kemik incilmesi olduğu kaydedilmiştir. Bu ilaçların neredeyse tamamı, fizik muayene veya doğrudan gözlem yerine anneden alınan öyküye göre reçete edilmiştir.” Annenin yaşam öyküsü incelendiğinde daha önceki çocuğunun da inatçı ishal ve gelişme geriliği nedeniyle doğumundan 22 aylık olana kadar çok defa hastaneye getirildiği ve çocuğun daha sonra öldüğü ve yapılan incelemelerde ishalin açıklanamadığı tespit edilmiştir. Kahan, Yorker, s. 74 vd.

46 Kaufman, Coury, Pickrel, McCleery, s. 142.

47 Kara, Biçer, Gökalp, s. 143.

48 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 593.

49 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 593.

oluşturmak için dışkı enjekte edilmiştir<sup>50</sup>. Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin semptom veya belirtiyi bizzat oluşturma aşamasında olmamakla birlikte, sonrasında semptomları alevlendirmek için ilaçları, beslenmeyi veya tedavileri esirgemesi<sup>51</sup> de ihmal suretiyle çocuğa yönelik kötü muamelenin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi, bu şekilde belli belirtileri bizzat çocukta oluşturmanın dışında, kendisi belirti oluşturmaksızın gerçek dışı bilgiler verebilmektedir. Çocukta mevcut belirtiler ve kısıtlamalar, çocuğun tıbbi geçmişi, önceki bulgular, tavsiyeler veya tedaviler, çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi tarafından sağlık personeline saptırılarak bildirilmekte ya da çocuğun mevcut durumunu açıklamaya yardımcı olacak bilgiler verilmemektedir<sup>52</sup>. İstismarı gerçekleştiren kişinin yanlış iddialarını doğrulayacak şekilde, sağlık personeli tarafından sorulan soruları yanıtlamak için başka birinin manipüle edilmesi<sup>53</sup> de bu tür vakalarda gerçek dışı bildirim gerçekleştirilme şekillerinden birisi olarak ön plana çıkmaktadır. Bunun dışında, tahlil veya testleri etkileyerek sağlık personeli adeta kullanmak suretiyle çocuğa dolaylı olarak zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, çocuğun idrar numunesine taş ekleyerek, kendi kanını ya da renklendirici madde koyarak böbrek taşı durumu oluşturması<sup>54</sup>, bu niteliktedir. Çocuğun bakımından sorumlu kişinin, vajinal kanamayı taklit için çocuğun bezine veya giysisine kırmızı renkli sıvılar dökmesi, hemorajik sistiti taklit için çocuğun idrarına kan damlatması örnek teşkil etmektedir<sup>55</sup>. Yine çocuğun bakımından sorumlu kişinin çocukta var olan hafif nitelikteki bir hastalık veya rahatsızlığı, olduğundan çok daha kötü veya ağır bir hastalık olarak bildirmesi<sup>56</sup> de bu kapsamda ele alınabilir. Bunun yanı sıra söz konusu durumda değerlendirmeyi karmaşık hale getiren asıl husus, yapay hastalığa ek olarak gerçek hastalığın da mevcut olabileceğidir<sup>57</sup>.

Çocuğa yönelik fiiller genellikle sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmekle birlikte, sağlık personeli çocuğa bakım veren kişi tarafından yönlendirilmekte olup, bu kişi de çoğunlukla anne veya baba olarak ön plana çıkmaktadır. Hatta vakaların neredeyse tamamına yakınında anne vurgusu önem arz et-

50 Kahan, Yorker, s. 77.

51 Nuzhat, Gama, s. 18.

52 Nuzhat, Gama, s. 18.

53 Nuzhat, Gama, s. 18.

54 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 593.

55 Polat, s. 334.

56 Murray, s. 347.

57 Kahan, Yorker, s. 77.

mektedir<sup>58</sup>. Bu çocukların annelerinin çoğunun, anormal hastalık davranışlarına ve diğer psikiyatrik bozukluk geçmişine sahip oldukları belirtilmektedir<sup>59</sup>. Munchausen sendromuna sahip yetişkinlerle ilgili literatürde, şiddetli kişilik bozukluğu olan bazı bireylerin, öfkeyi ifade etmenin yanı sıra duygusal destek ve ilgi elde etmek için birincil mekanizmaları olarak hastalık simülasyonunu kullandıkları ve kendi geçmişlerinde yaşadıklarına benzer yönlere sahip olmasının hastalık seçiminde rol oynadığı kaydedilmiştir<sup>60</sup>. Bunun yanı sıra çocuğuna hastalık dayatan annelerin genel bir özelliği de bir tıp alanında eğitim almış veya daha önce istihdam edilmiş olmaları ve birçoğunun kendi içlerinde de hastalık uydurma geçmişlerinin olmasıdır<sup>61</sup>.

Sağlık personeli anne veya baba tarafından, yanlış bilgiler ve oluşturulan gerçek dışı olgular ile yanıltılmakta ve bu şekilde çocuk üzerinde zararlı fiillerin gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Sağlık personeli tarafından çocuk üzerinde gerçekleştirilen zarar istenmeden gerçekleşen (*iatrogenic*) zarar teşkil etmekte olup, özellikle kapsamlı araştırmalar durumunda bu zarar daha da artmaktadır<sup>62</sup>. Çocuğun bakımından sorumlu olan kişinin tıbbi zorluklara yol açması, hekimleri daha fazla müdahale, tıbbi girişim için manipüle etmesi söz konusu olmaktadır<sup>63</sup>. Sağlık personeli bu tür vakalarda mağduru gereksiz teşhis araştırmalarına ve tedavilerine tabi tutarak kasıtsız bir rol oynamak suretiyle istismarı mümkün kılmaktadır<sup>64</sup>. Nitekim beyindeki elektriksel hareketleri ölçen testin (EEG) çocuğa anormal sayıda uygulanması, anestezi altında yapılan ürolojik araştırmalar, açık akciğer biyopsisi, majör mide ameliyatları konuyla ilgili yapılan çalışmalarda örneklenmektedir<sup>65</sup>. Sağlık personeli gerek bu tür tıbbi işlemler bakımından gerekse de mağdurun hareket özgürlüğünün kısıtlanması bakımından sürece dâhil olmaktadır. Belirtilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, başkasına dayatılan yapay bozukluk çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Tıp literatüründe, tamamen kör ya da sağır hale getirilmiş ya da annelerinin neden olduğu tekrarlayan yapay hastalıklar nedeniyle

58 Polat, s. 322; Kahan, Yorker, s. 77. "93 olgunun analizinde 80 olguda (%86) sorumlu kişi anne iken, diğer sorumlular 4 olguda baba (%4), 4 olguda (%4) üvey ebeveyn ve 2 olguda (%2) büyükannesi bulunmuştur." Polat, s. 331.

59 Murray, s. 346.

60 Kahan, Yorker, s. 78.

61 Kahan, Yorker, s. 77.

62 Ilana C. Walters, Rachel MacIntosh, Kim D. Blake, "A case report and literature review: Factitious disorder imposed on another and malingering by Proxy", *Paediatrics & Child Health*, Cilt 25, Sayı 6, 2020, s. 347

63 Polat, s. 333.

64 Nuzhat, Gama, s. 17.

65 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 594.

ince bağırsak nakli yapılmış olan çocukların tespiti, bu şekilde gerçekleşen istismarda bir sınırın bulunmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>66</sup>.

İstismarı gerçekleştiren tarafından inkar ve izolasyon şeklinde geliştirilen savunma mekanizması, hastalığın fark edilmesine engel olabilmektedir<sup>67</sup>. Benzer şekilde, bir anlam ifade etmeyen olağandışı semptomlar veya laboratuvar raporları sürecin sürekli yenilenmesine sebep olabilmektedir<sup>68</sup>. Yapay bozukluk sendromuna yönelik tanının konulmasındaki güçlük, çocuğa yönelik kötü muamelenin sürece yayılmasına yol açmakta ve hatta bunu gerçekleştirenin sağlık personeli olması ihtimalinde tespit daha da zorlaşmaktadır. Bu süreçte çoğunlukla hekim veya hastane değiştirilmesi söz konusu olmakta ve hatta şehir değişikliği şeklinde de sürecin uzatılması gerçekleşebilmektedir<sup>69</sup>. Böylece sözü edilen durum aylarca sürebilmektedir<sup>70</sup>. Bu nedenle sendromun sıklık ve yaygınlığını tespit noktasında engel birçok husus söz konusudur<sup>71</sup>. Sözü edilen sendromun gerçek sıklığı bilinmemesine ve alışılmadık olmasına rağmen,

66 Meadow, s. 503.

67 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 595-596. Konu hakkında örnek olay için bkz. Taylor, Nicholls, s. 151-152.

68 Murray, s. 348.

69 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 110.

70 "...bir olguda, kötü kokulu idrar şikayetiyle getirilen 6 yaşındaki bir kız çocuğuna, Munchausen by Proxy Sendromu tanısının konmasına kadar geçen süre içerisinde, 12 defa hastaneye yatış, 150 defa idrar kültürü, 8 defa ilaç tedavisi, 7 defa büyük radyolojik müdahale, 6 defa anestezi altında muayene, 5 defa sistoskopi uygulandığı belirtilmiş ve annenin çocuğun idrarına kendi menstruasyonu sırasındaki idrarını karıştırdığı belirlenerek tanı konulmuştur." Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 112.

71 Noyan, 163. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun tespitinde yaşanan zorluklara paralel olarak bu fiilin ispatında da zorluk ortaya çıkmaktadır. MBPS tanısı konulmadıkça ve çocuk yaygın olarak izlem altına alınmadığı sürece, çocuğa yönelik istismarın devamlılığı gündeme gelecektir (Polat, s. 323). Konuyla ilişkili olaylar, ilgili sağlık personelinin MBPS'den şüphelenmesi ve daha sonra çocuğu, anneye söylemeden veya babanın iznini almadan gizli kamera gözetiminin (*covert video surveillance*) kullanıldığı bir uzman birime nakletmesine dayanmaktadır. Böyle bir durumda çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin çocuğa yönelik fiili kimsenin bulunmadığı zamanda tekrarlaması ve bunun kameraya gizlice kaydedilmesi söz konusudur (Taylor, Nicholls, s. 155). Gizli kamera kaydı, bu tür istismar olaylarının doğrulanması bakımından önem taşımaktadır (Yates, Bass, s. 46). Bu önem, özellikle boğma veya zehirlenme gibi kişinin hayatını tehdit eden fiillerin varlığı halinde daha fazla ön plana çıkmaktadır (Martin P. Samuels, "The Detection of Munchausen Syndrome by Proxy", (Ed.) Gwen Adshead, Deborah Brooke, *Munchausen's Syndrome By Proxy: Current Issues In Assessment, Treatment And Research*, Imperial College Press, 2001, s. 99). Gizli kamera kayıtlarının 1980'lerin başından beri zehirlenme, boğma girişimi ve duygusal istismar teşhisine yardımcı olarak kullanılmakta olduğu hakkında bkz. Samuels, s. 101. İlgili kayıt sayesinde çocuğun kendisine yönelik saldırıların kaynağının ve gerçeğin kesin ve reddedilemez bir şekilde tespiti mümkün olabilmektedir (Taylor, Nicholls, s. 155). Böyle bir durumda, mümkün olan en kısa sürede teşhis konulabilmesi hem çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin hem de sağlık çalışanlarının çocuğa daha fazla zarar vermemeleri için de gereklidir (Samuels, s. 102). MBPS teşkil eden fiiller bakımından bu şekilde elde edilen kanıtların, hukuka uygun olup olmadığı hakkında değerlendirme için bkz. Keith A. Bauer, "Covert Video Surveillance of Parents Suspected of Child Abuse: The British Experience And Alternative Approaches", *Theoretical Medicine*, Cilt 25, 2004, s. 317.



daha önce düşünüldüğü kadar nadir olmayabileceği, gıda alerjileri için değerlendirilen vakaların %5'e varan oranının Munchausen sendromu ile tutarlı olduğu belirtilmiştir<sup>72</sup>.

Başkası tarafından dayatılan bozukluk durumu, zor kanıtlar, çocuğun bakımından sorumlu kişi tarafından aldatma ve hastaların %55 kadarında yanıltıcı ancak gerçek tıbbi hastalık nedeniyle hekimler tarafından eksik bildirilmektedir<sup>73</sup>. İstismarcı ebeveyn bazı durumlarda o kadar işbirlikçi görülmektedir ki, kişinin nasıl hem tedavi arayışında olduğu hem de çocuğa hastalık dayatmış olabileceği anlaşılamamaktadır<sup>74</sup>. Böylece bu durumlarda mağdur olan çocuklar karanlık sayı olarak kalmaktadır<sup>75</sup>.

Konuya yönelik çalışmalarda uygulanan tüm tetkik ve müdahalelerin çocuğu fiziksel istismara maruz bırakacak nitelikte olduğu ve aynı zamanda fiziksel olmayan müdahale olarak gruplandırılan olguların ise (fiziksel tetkik ve müdahale içermeyen test ve değerlendirmeler, görüşme vs.) duygusal olarak çocuğu örseleyecek durumları içerdiği belirtilmektedir<sup>76</sup>. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk teşkil eden birçok durum, ciddi hastalık imajı çizmekte ve çocuk üzerinde geniş çapta araştırmalara yol açmaktadır<sup>77</sup>. Hem çocukta yanıltıcı belirtiler çıkartılması hem de buna bağlı olarak çocuğun fiziksel ve psikolojik tıbbi tetkik ve tedaviye maruz bırakılması gereksiz yereder<sup>78</sup>. Zira çocuk üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler özünde kişinin fiziksel bütünlüğüne, sağlığına ve algılama yeteneğine müdahale teşkil etmektedir.

İstismarın doğrudan sonuçlarının yanı sıra, mağdurda gelişebilecek çeşitli sorunların varlığına da dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>. Bu şekilde özellikle küçük yaşta çocuklar üzerinde sürekli bir şekilde ciddi huzursuzluk oluşturu-

72 Kahan, Yorker, s. 77. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Yates, Bass, s. 46.

73 Walters, MacIntosh, Blake, s. 347.

74 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 594. Nitekim bir olayda 7 aylık çocuk, 4 yaşındaki ağabeyi gibi tekrarlayan kalp-solunum durması nöbetleri geçirmektedir. Çocuk apne atakları (*apnea attacks*) nedeniyle ikinci kez hastaneye kaldırıldığında, gizli kameralı bir odaya yerleştirilmiş ve annesinin kendisine olan ilgisi nedeniyle sağlık personeli anneden hiç şüphelenmemiştir. Ancak gizli kamera sayesinde annenin eliyle çocuğun ağzını kapatmaya çalıştığı tespit edilmiştir. Annenin çocukla yalnız kalmasına izin verilmedikten sonra çocuk başka nöbet geçirmemiştir. Murray, s. 348.

75 Alman hukukunda raporlara yansıyan çocuğa karşı şiddet olaylarının son yıllarda daha fazla artmasının sebebi olarak bildirilmeyen vakaların daha iyi aydınlatılması ve ihbarların fazlalaşmasının da dikkate alınması yönünde değerlendirme için bkz. M. Parzeller, B. Zedler, H. Bratzke, R. Dettmeyer, "Körperversetzung, Aussetzung und Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Kindern", *Rechtsmedizin*, Cilt 20, 2010, s. 182.

76 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 116.

77 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 593.

78 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 112.

79 Nuzhat, Gama, s. 23.



labilecek ve uzun vadede psikolojik rahatsızlıklara sebep olabilecek dereceye varabilecektir. Nitekim uzmanlar tarafından belirtildiği üzere, ilgili fiiller nedeniyle mağdur uzun dönemde davranış bozuklukları geliştirebilmektedir<sup>80</sup>. Ayrıca çocuğun tıbbi geçmişinin tahrif edilmesinin, çocuğun kendilik imajını (*self image*) kronik hasta olarak tanıtarak duygusal olarak zarar görmesine de neden olacağı<sup>81</sup>, psikolojik travmaları tetikleyeceği<sup>82</sup> belirtilmektedir. Bu tür davranışlara uzun süre maruz kalan çocuklarda kendine zarar verme veya intihar girişimleri görülebildiğinin belirtilmesi<sup>83</sup> önem taşımaktadır. Benzer şekilde, çocuğun sağlığına yönelik ciddi hasara ilişkin gerçek riskten ve fiziksel gelişimine yönelik önemli zararlardan söz etmek kaçınılmazdır. Örneğin, beyin hasarı, geri dönüşümsüz akciğer hasarı, gelişme geriliği<sup>84</sup> durumun ciddiyetini ortaya koyan sonuçlardır. Epilepsinin, MBPS vakalarında en yaygın yapay hastalık olduğu belirtilmektedir<sup>85</sup>.

Farklı bir açıdan bu durum ele alındığında, çocuğun belli bir süreden sonra bunu olağan bir süreç olarak algılaması ve karşı koymama şeklinde ortaya çıkan tepkisinin daha sonraki süreci kolaylaştıran bir sonuca neden olduğu da söylenebilecektir. Zira özellikle büyük yaş grubundaki çocukların istismarcı yetişkinin oluşturduğu tabloya ortak olmak durumunda kalabildikleri belirtilmektedir. Bir süre sonra çocuğun da gerçekte yalanı birbirinden ayıramaz hale gelmesi mümkün olabilmektedir<sup>86</sup>. Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi ile çocuk arasındaki bu tür simbiyotik ilişki, aralarındaki gizli anlaşmaya dayanmakta ve iki taraf da aktif olarak hastalık uydurma durumunu sürdürmektedir<sup>87</sup>. Kendilerine dayatılan bir hastalığı olan çocuklar, bunu bir yaşam biçimi olarak benimseyebilir ve nöbet, hastalık veya sakatlık taklidi yapabilir veya var olan hafif bir rahatsızlığını abartabilirler<sup>88</sup>. Böylece yetişkin tarafından başlatılan başkası tarafından yaratılan yapay bozukluk durumu çocuğun kendisi için hastalık uydurması durumuna evrilebilecektir<sup>89</sup>. Temelinde yatan sebep olarak, hasta olmadıklarında terk edilecekleri korkusu gibi etkilere vurgu yapılması<sup>90</sup>, durumun ciddiyetini göstermektedir. Çocuğun bakımı ile ilgilenen

80 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 594.

81 Kahan, Yorker, s. 77.

82 Samuels, s. 90.

83 Samuels, s. 90.

84 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 594.

85 Murray, s. 346.

86 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 592.

87 Nuzhat, Gama, s. 23.

88 Murray, s. 347.

89 Yates, Bass, s. 50.

90 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 113.

kişi bu şekilde hem fiziksel hem de duygusal olarak çocuğu kendisine bağımlı kılmaktadır<sup>91</sup>. Bu nedenle istismarı gerçekleştiren kişi hem çocuğu hem de sağlık personellerini yanıltmakta, gerçekleştirdiği fiil adeta hukuka uygunluk görünümünden yararlanmaktadır.

Çalışmanın bir sonraki aşamasında, genel hatlarıyla tıp biliminin verileri çerçevesinde kapsamı belirlenen başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun ceza hukuku boyutuyla incelenmesine geçilecektir. Çalışmanın esasını bu nokta oluşturmaktadır.

## II. Ceza Hukuku Kapsamında Başkası Tarafından Dayatılan Yapay Bozukluk Durumu

### A. Korunan Hukuksal Değer Bakımından

Çocuk istismarı kapsamında çocuğa karşı gerçekleştirilen fiiller gerçekleştiriliş şekline göre farklı suç tiplerini<sup>92</sup> oluşturmaktadır. Fiziksel ve duygusal istismarın özel bir türü olarak başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu, bu husus göz önünde bulundurularak incelenmelidir. Tıp bilimi çerçevesinde ne şekilde adlandırıldığından bağımsız olarak, sözü geçen durumun hukuki esasını, bir başkasına kasten zarar verilmesi veya zarar verilmesine sebep olunması oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalenin sürece dâhil olması nedeniyle karmaşık bir gerçekleşme şekline sahip olan bu istismar türü, korunan hukuksal değerler bakımından da bütün olarak ele alınmalıdır. Ceza hukuku boyutuyla, belirtilen durumda gerçekleştirilen fiilin, çocuğu, bedensel veya ruhsal gelişimi açısından bir zarar tehlikesine maruz kılma ve hatta bazı durumlarda ağır bir hastalık tehlikesine düşürme, ölümüne sebep olma ekseninde ele alınması gerekmektedir. Aile içi şiddetin<sup>93</sup> bir görünüm şekli olarak da dikkate alınabilecek bu durumda çocuğa yönelik istismarın hangi değerlere yöneldiği tespiti önem taşımaktadır.

Korunan hukuksal değer üzerinden konu ele alındığında, çocuğa yönelik gerçekleştirilen davranışların öncelikle çocuğun vücut bütünlüğünü ve yaşam hakkını<sup>94</sup> ihlal edici niteliğe sahip olduğunu söylemek gerekir. Vücut doku-

91 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 591.

92 Alman Ceza Kanununda yer alan, çocuğa karşı gerçekleştirilen bazı istismar fiilleri hakkında bkz. Parzeller, Zedler, Bratzke, Dettmeyer, s. 179 vd.

93 Konu hakkında bkz. Metin Feyzioğlu, "Terbiye Ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 1, 2001, s. 41 vd. Aile içinde çocukların kaza dışı yaralanmaları hakkında bkz. Ziyalar, s. 34.

94 AY md. 17'ye göre; "(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye

nulmazlığı, kişilik hakkının<sup>95</sup> tezahürü bakımından taşıdığı önem nedeniyle vazgeçilmez nitelikte bir insan hakkıdır<sup>96</sup>. Diğer bir ifadeyle, “*bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu* (Hasta Hakları Yön. md. 5/1-a)” genel kabulü oluşturmaktadır. Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Sağlık hakkını<sup>97</sup> da doğal olarak içinde barındıran vücut dokunulmazlığının, bir başkasının ve hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılara karşı korunması esas iken<sup>98</sup>; MBPS durumunda çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi sözde bakım yükümlülüğünü yerine getirmek adı altında<sup>99</sup> çocuğa bizzat zarar vererek veya zarar verilmesine yönelik riski oluşturarak<sup>100</sup> çocuğa karşı haksızlığı gerçek-

*tabi tutulamaz. (4) (...) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”* Benzer şekilde uluslararası hukuk kuralları ile de vücut dokunulmazlığının koruma altına alındığını söylemek mümkündür. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 3’e göre, “*Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır*”. Bildirge’nin 5. maddesi de konu bağlamında önem taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre, “*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulanamaz*”. AİHS md. 3, “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*” düzenlemesi ile md. 5 “*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir*” düzenlemesi vücut dokunulmazlığının korunmasına yöneliktir.

- 95 Nitekim kişilik haklarına ilişkin TMK md. 23’te açık düzenlemeye yer verilmiştir. “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” TMK’da ayrıca kişilik haklarına yönelik saldırıya ilişkin hüküm (md. 24) de yer almaktadır. “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkînden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*”
- 96 Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Adalet, Ankara, 2022, s. 247, (Özel Hükümler). TCK’da vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiiller Özel Hükümlere ilişkin İkinci Kitabın İkinci Kısımının İkinci Bölümünde (md. 86-91) yaptırım altına alınmıştır.
- 97 5/1/1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun md. 2’de sağlık; “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir*” şeklinde tanımlanmıştır.
- 98 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1*, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 127.
- 99 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 598.
- 100 Tıp literatüründe sorumlu bir nokta olarak hamilelik döneminde yapay bozukluk durumu ele alınmaktadır. Böyle bir durumun, Münchhausen sendromu kapsamında mı yer aldığı yoksa başkasına dayatılan yapay bozukluk kapsamında mı bulunduğu meselesi sorun teşkil etmektedir. Konu hakkında bkz. Nuzhat, Gama, s. 23. Hukuksal açıdan ise bebeğin doğum ile birlikte kişilik kazanması önem taşıdığından, bu durum başkasına dayatılan yapay bozukluk bakımından inceleme konusu oluşturmaz. Vücut dokunulmazlığına ilişkin koruma doğumla başlamaktadır. Henüz ana rahmindeki cenine yönelik fiil, neticede çocuğun ana rahminde zarar görmesine ve sakat doğmasına neden olsa bile, çocuk bakımından kasten yaralama teşkil etmemektedir. Kastan yaralama suçunun durum suçu olması nedeniyle, fiilin gerçekleştirildiği sırada suçun konusu olarak insandan söz edilemediğinden, suçun tipikliği gerçekleşmez

leştirmektedir. Bu haksızlık, vücut dokunulmazlığının fiziki ya da psikolojik ihlaline dayanmaktadır.

Bunun yanı sıra söz konusu durumun bir sürece yayılması nedeniyle çocuğun hareket özgürlüğü de kısıtlanmakta, özellikle tıbbi müdahalelerin yoğunluk kazanması halinde çocuğun bir yere gitme ve bir yerde kalma yönündeki iradesi devre dışı bırakılmaktadır. Başkasına dayatılan yapay bozukluk durumu bazı gerçekleştiriliş şekilleri itibariyle insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikte olup, bu durumlarda çocuğun insan onurunun, haysiyetinin ve özgürlüğünün korunması ön plana çıkmaktadır. İnsan onuru, “*bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliğizliği ortadan kaldıran manevi güç*” şeklinde tanımlanmakta iken; insan haysiyeti, “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınması ve sayılması*” şeklinde ifade edilmekte ve her iki kavram insanın başka amaçlar için bir araç derecesine indirgenmesini yasaklamaktadır<sup>101</sup>. Ayrıca çocuğun sürekli şekilde hastane ortamında bulunması ve çocuğa sürekli hasta olduğu düşüncesinin yerleştirilmesi nedeniyle çocuğun iç huzuru, maddi ve manevi baskılara karşı masuniyetleri<sup>102</sup>, başkası tarafından yapay hastalık durumunda gerçekleştirilen fiil bağlamında korunan hukuksal değer olarak önem arz etmektedir.

Çalışma bağlamında bir sonraki aşama olarak, söz konusu hukuksal değerler ile çerçevesi belirlenen durumu oluşturan hareketlerin hangi suç tipleri kapsamında ele alınabileceği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

## B. Haksızlık Bakımından

### 1. TCK'da Yer Alan Suç Tipleri Açısından Değerlendirme

Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunda önemli olan, çocuğa kasıtlı olarak zarar verilmesi veya buna sebep olunmasıdır. Bu durumu oluşturan kişinin hangi amaçla hareket ettiği önem arz etmeksizin çocuğun sağlık durumunun bozulmasına ve sonuç olarak acı çekmesine yol açan tüm koşulları bilmesi veya kabullenmesi söz konusudur. Çoğu MSBP istismarının amaçlanan neticesi, çocuğun aşırı derecede hasta olması, bazı durumlarda kısa bir süre için nefes almayı bırakması ve sonunda bir hekim kontrolü altına alınmasıdır. Bu

(Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 250). Cenine yönelik fiillerin etkisini doğumdan sonra göstermesi durumunda failin sorumluluğuna ilişkin görüşler hakkında bkz. Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 250-251. Kişinin kendisine yönelik bir hastalık veya bozukluk uydurması şeklinde gelişen süreç ise mağdur ve failin aynı kişi olması sebebiyle suç teşkil etmemektedir. Zira kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğundan, kendisini yaralayabilir ve hatta öldürebilir. Bu fiiller kural olarak cezasızdır. Hakeri, s. 32.

101 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 342.

102 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 352.

amaçla hareket eden kişi hareketinin çocuğuna zarar vereceğini ve muhtemelen ölümüne neden olacağını bilmektedir<sup>103</sup>. Ayrıca sözü edilen durumun genel olarak, süreç açısından belirsizlik içermesi ve tekrarlayan davranışlar ile gerçekleştirilmesi, süreklilik unsurunun tespitinin önemli olduğu gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. MBPS teşkil eden vakalar açısından ortak olan husus, bu durumun süreklilik ile karakterize olmasıdır. Söz konusu süreç uzadıkça, çocuğun daha fazla fiziksel istismara maruz kalması, buna bağlı olarak kalıcı etkiler, sakatlık ve ölüm riskini artırmaktadır<sup>104</sup>. Belirtilen durumlar fiil bütünlüğü içinde ele alındığında, ceza hukuku kapsamında değerlendirilebilir bir haksızlık boyutuna ulaşmaktadır. Ancak, süreklilik içermemekle birlikte, haksızlık içeriği itibariyle ceza hukuku kapsamında bir değerlendirmeyi gerekli kılan hareketlere dikkat edilmesi gerekir. Nitekim boğma veya zehirlenme şeklinde gerçekleşen durumlarda artık ayrıca bir süreklilik unsurunun aranması gerekli olmayacaktır.

Ceza hukuku kapsamında önem arz eden başkası tarafından dayatılan yapa-yap bozukluğun kasten ve sistematik olarak gerçekleştirilmesi ortak unsurlar olmakla birlikte, bu kapsamda çocuğa yönelik gerçekleştirilen davranışlar çok farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle somut olayın gerçekleşme koşullarının her defasında göz önünde bulundurulacağı gerçeğinin yanı sıra, bu durumun hangi suç tipleri ile ilişkilendirilmesi gerektiğine yönelik genel çerçevenin belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda başkasına dayatılan bozukluk durumunun hangi suç veya suçların tipik hareket unsurunu karşıladığına ilişkin, Türk Ceza Kanunu bakımından yapılacak değerlendirmede kötü muamele, yaralama, eziyet ve öldürme suçları göz önünde bulundurulmalıdır. Sözü edilen durumun gerçekleşme şekline göre haksızlık içeriğinin yoğunluğunun da farklılaşması söz konusu olacağından, ilgili suç tipleri bu kıstas dikkate alınarak incelenecektir.

### **a. Kötü Muamele Suçu (TCK md. 232)**

Çocuğa yönelik bir hastalık veya bozukluk dayatılması şeklinde gerçekleşen hareket, çocuğun gelişimi açısından olumsuz bir neticeye sebep olma ve sağlığının bozulması tehlikesini<sup>105</sup> içinde barındırması nedeniyle ilk olarak kötü mu-

103 Vollaro, s. 504, dn. 58.

104 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 112.

105 Alman hukukunda çocuğa kötü muamele (ACK md. 225) teşkil edecek fiiller kapsamında eziyet (*Quälen*), ihmal ile sağlığına zarar verme (*Gesundheitsschädigung durch böswillige Vernachlässigung*) ve acımasız şekilde kötü muamelede bulunma (*rohes Misshandeln*) yer almaktadır. Düzenleme bu şekliyle TCK'da yer alan kötü muamele suçuna nazaran haksızlık içeriğinin daha belirgin olduğu bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Eziyet yoluyla kötü muamele suçuna ilişkin istikrar kazanmış Alman Yüksek Yargı kararlarında, suçun bu şekilde gerçekleşebilmesi için failin uzun süreli veya tekrarlayan acıya neden olması gerekliliği vurgusu önem taşımaktadır (Parzeller, Zedler, Bratzke, Dettmeyer, s. 183). Eziyet yoluyla kötü

amele<sup>106</sup> suçu çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir. Zira kötü muamele olarak nitelendirilebilecek hareketler, bu hareketlerin yöneldiği kişilerin vücut dokunulmazlığını ve onurunu ihlal etmekte<sup>107</sup>, ruh ve beden sağlığını bozmaktadır. Bu nedenle kötü muamelenin mutlaka fiziki anlamda olmayıp, psikolojik anlamda da söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>108</sup>. TCK md. 232/1'de yer verildiği şekliyle kötü muamele suçunun mağdur bağlamında kapsam alanı aynı konutta birlikte yaşanan kişiler şeklinde belirlenmiştir<sup>109</sup>. Kötü muamele suçu aynı konutta yaşayan<sup>110</sup> kimselere yönelik olarak gerçekleştirilebilir ve bu bağlamda çocuk bakımından bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu da çoğunlukla zarar veren tarafın anne-baba olduğu hallerde tekabül etmekle birlikte, sadece bu haller ile de sınırlandırılmamaktadır. Ancak terbiye yetkisinin kötüye kullanılması suçunun<sup>111</sup> yer aldığı 232. maddenin ikinci fıkrasında *idaresi altında bulunan veya*

muamelenin kapsamına, ruhsal bozukluklara sebep olmanın dâhil olup olmadığına yönelik tartışma için bkz. Anette Grünwald, *Strafgesetzbuch Band 7/1 §§ 211-231 (Leipziger Kommentar)*, 12. Bası, De Gruyter, Berlin-Boston, 2019, s. 612. Acımasız şekilde kötü muamelede bulunma ise failin çocuğun çektiği acıya karşı duyarsız ve kayıtsız bir tavırla gerçekleştirdiği hareket olarak tanımlanmaktadır. Ancak duyarsızlığın yalnızca faildeki süregelen bir özellikten kaynaklanması gerekmez, aynı zamanda failin gerçekleşme şekline ilişkin objektif koşullardan da kaynaklanabileceği belirtilmektedir. Örneğin, çocuğun kafasına ve vücuduna şiddetli yumruklar veya tekmeler atma ya da çocuğun saçlarını yolma, ağzını kuru ekmekle doldurma bu kapsamda ele alınmaktadır. Parzeller, Zedler, Bratzke, Dettmeyer, s. 183.

- 106 Kötü muamele suçunun TCK'da Toplum Karşı Suçlar'ın Aile Düzenine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmesi ile, Kanun'da aile düzeninin bir değer olarak bireysel değerlerin önüne geçtiği yönünde değerlendirme için bkz. Hamide Zafer, "Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 1, 2009, s. 124, (Kötü Muamele). 765 sayılı TCK'da yer alan ilgili suç hakkında değerlendirme için bkz. Feyzioğlu, s. 42.
- 107 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1135.
- 108 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1137.
- 109 Kötü muamele teşkil edebilecek düzenlemelere farklı devlet kanunlarından örnek vermek mümkündür. Hükmün kapsamında da bu bağlamda bir yeknesaklıktan söz edilememektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu md. 225'te himaye altında olan kimseye karşı kötü muamele suçuna yer verilmiştir. Fail ile mağdur arasında aynı konutta yaşama şeklinde bir ilişkiye tipik hareket kapsamında önem atfedilmemiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemeler hakkında bkz. Zafer, *Kötü Muamele*, s. 121 vd..
- 110 Aynı konutta yaşama şartı bağlamında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 1136. Bu suç tipiyle ailenin yanı sıra aile olmayıp ancak birlikte yaşanan ortamlardaki düzenin de korunduğu yönünde bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 926. İlgili hükümle aile düzeni içerisinde birlikte yaşayan bireylerin bu düzeninin korunmak istendiği yönünde bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, "Kötü Muamele", (Ed. Köksal Bayraktar) *Özel Ceza Hukuku - Cilt VII Genel Ahlak Karşı Suçlar - Aile Düzenine Karşı Suçlar* (TCK m. 224 - 234), On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 245.
- 111 Tezcan, Erdem, Önok, s. 332. Bu suçun mağdurunun hemen hemen her zaman çocuk olacağı yönünde değerlendirme için bkz. Aytekin İnceoğlu, s. 253.

*büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan* kişinin de cezalandırılacağı belirtilmiştir<sup>112</sup>.

Birinci fıkrada yer alan kötü muamele suçu kapsamında kötü muamele olarak adlandırılacak olan hareketler ayrıca belirtilmemiş ve genel kalıp olarak kötü muamele kavramına yer verilmiştir<sup>113</sup>. Bununla birlikte madde gerekçesi bu konuda yol gösterici olup, kötü muamele olarak adlandırılacak hareketlerin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olması<sup>114</sup> gerektiği belirtilmiştir. Merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayan her türlü hareket kötü muamele kapsamında ele alınabileceğinden, serbest hareketli bir suç olarak kabul etmek gerekmektedir. Konuya yönelik olarak aşırı derecede yorma, ağır işler yaptırma, uykusuz bırakma, aşağılama, korkutma, tehdit etme, haysiyetini zedeleyici davranışlarda bulunma örnek gösterilmekte ve tüm bu hususların şiddet olarak nitelendirilebileceğine dikkat çekilmektedir<sup>115</sup>. Kötü muamelenin sistematik olarak gerçekleştirilmesine ilişkin madde metninde bir belirleme-ye<sup>116</sup> gidilmemesine karşın, bazı Yargıtay kararlarında bu suç bakımından süreklilik vurgusu<sup>117</sup> görülmektedir. Doktrinde özellikle kötü muamele ile eziyet

112 TCK'da düzenlendiği şekliyle ilk fıkrada kötü muamele teşkil eden hareketler ancak aynı evde birlikte yaşayan kişilere karşı gerçekleştirilebileceğinden, ikinci fıkrada yer alan suç için fail ile mağdur arasındaki yükümlülük ilişkisine yer verildiğinden her iki suç özgü suç olarak kabul edilmelidir (Aytekin İnceoğlu, s. 247). Benzer şekilde ACK'da düzenlenen kötü muamele (md. 225) suçunun tipikliği bakımından fail ile mağdur arasındaki koruma yükümlülüğünden ortaya çıkan ilişkinin ihlal edilmesi nedeniyle özgü suç teşkil ettiği yönündeki değerlendirme için bkz. Grünwald, s. 606-607.

113 Zafer, *Kötü Muamele*, s. 131.

114 765 sayılı TCK'da kötü muamele teşkil eden fiillerin rahim ve şefkatle kabili telif olmaması şartına açıkça yer verilmişken, 5237 sayılı TCK'da sadece gerekçede bu hususa yer verilmesine ilişkin tartışma için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 928 vd.

115 Aytekin İnceoğlu, s. 254.

116 "765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 478. maddesinde yer alan kötü muamele suçu açısından, tek bir kötü muamelenin bu suçu oluşturmaya yetmeyeceği, bir devamlılığın, sürekliliğin mevcudiyetinin aranması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu sonuca Kanun'da yer alan 'fena muameleler' ifadesinden ulaşılmaktaydı." Aytekin İnceoğlu, s. 255.

117 "...TCK'nun 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunun oluşması için mağdura yönelik fiillerin süreklilik arz etmesi ve kanunda düzenlenen fiillerden farklılaşması gerektiği, her türlü kötü muamelenin bu suçun oluşmasını olanaklı kılmayacağı, yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur bırakmak gibi eylemlerin bu suça örnek olabileceği;..." Y. 18. CD., E. 2015/29880, K. 2017/3763, T. 4.4.2017, www.lexpera.com, (15.12.2022). "...Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanunun olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, TCK'nun 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunun oluşması için mağdura yönelik fiillerin süreklilik arz etmesi ve kanunda düzenlenen fiillerden farklılaşması gerektiği, her türlü kötü muamelenin bu suçun oluşmasını olanaklı kılmayacağı (...) Y. 18. CD., E. 2016/13140, K. 2019/1205, T. 14.01.2019, www.legalbank.net, (14.12.2022). Bununla birlikte bazı Yargıtay ka-



arasındaki ayırmda belirleyici unsurun süreklilik olması gerektiği kabulü, bu kapsamda kötü muamele, yaralama ve eziyet suçları bakımından öngörülen ceza miktarları kıyaslanmak suretiyle de gerekçelendirilmektedir<sup>118</sup>.

Kötü muamele teşkil eden hareketlerin yaralama suçu teşkil eden hareketlerle benzerliği göz önünde bulundurulduğunda, kötü muamele teşkil eden hareketlerin yaralama suçu ile sınırına dikkat edilmelidir. Kötü muamele suçunun gerekçesinde “*bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir*” ifadesine yer verilmiştir. Böylece kötü muamele teşkil eden hareketlerin basit tıbbî müdahale ile yaralamayı aşar boyuta varması halinde<sup>119</sup> bu suç kapsamında değerlendirme yapılması<sup>120</sup> gerekecektir. Hangi yaralamaların basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek ya-

rarlarında eziyet ile kötü muamele arasındaki ayırmanın eziyet suçunun süreklilik unsurunu içermesinden kaynaklandığına yer verilmektedir. “...*Bu suçlarda temel özellik, kötü davranmadır. Bu kötü davranma, mağdurun onur ve şerefiyle bağdaşmayan muameleye tabi tutulması, ona acı veren ve insan olarak hak etmediği bir işlem uygulanması olabilir. Bu eylemler çoğunlukla, yaralama, tehdit, sövme gibi yasanın başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan eylemleri kapsar. Bu eylemler, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi olabilirler. Bu eylemler aynı zamanda bu bölümde incelenen eziyet suçunu da oluşturan eylemlerdir. Eziyet suçu ile bu suçları ayırt etmek açısından, eziyet suçu bakımından sistematik olma ve süreklilik unsurunun aranacak olup ve kastın bu unsurları da kapsamaması gerekmektedir. Öte yandan eziyet genel bir suç tipi iken, diğer suçlar için faille mağdur arasında özel bir ilişki olması gerekir.*” Y. 8. CD., E. 2014/439, K. 2014/14662, T. 13.06.2014; “... *Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; Sincan Yetiştirme Yurdu müdürü olan sanığın, suç tarihinde, yurttan kalan katilana süreklilik arz etmeyen ve belli bir süreç içerisinde gerçekleşmeyen bir kez sigara yedirmesi şeklindeki eyleminin TCK. nun 232/2 madde ve fıkrasında düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, delillerin değerlendirilmesinde yanlışlığa düşülerek yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi, ...*” Y. 8. CD., E. 2018/6101, K. 2018/7443, T. 25.06.2018, www.legalbank.net, (10.12.2022).

118 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1139. Benzer şekilde, aile içi şiddetin önlenmesinin önemi de düşünüldüğünde eylemlerde süreklilik aranmasının isabetli bir yaklaşım olmayacağı yönünde bkz. Aytekin İnceoğlu, s. 256. Bununla birlikte aksi yöndeki görüş, kötü muameleden söz edilmesi için süreklilik gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bu bağlamda münferit fiillerin her zaman suç oluşturamayacağı ve tek bir fiilin bulunması halinde kötü muamele kabul edilecek olursa toplumsal yaşama gereksiz bir müdahalenin oluşabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüş ayrıca hakkın icrası kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak tedip ve terbiye hakkının kullanılması üzerinden de gerekçelendirilmektedir. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 929.

119 Fiziksel kötü muameleyi basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek yaralamadan ayıran ölçütün yaralamanın merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayacak nitelikte olması olduğu ve böylece kanun koyucunun burada sonucunu kendisinin belirlediği özel bir fikri içtima hali yarattığı şeklindeki değerlendirme için bkz. Zafer, *Kötü Muamele*, s. 139.

120 “...*Karar: Dosya içeriğine ve kabule göre, mağdurenin üvey annesi olan ve yaramazlık yaptığı zamanlarda mağdurenin ellerine vurduğu anlaşılan sanığın eyleminin 5237 Sayılı T.C.K.nın 86/2. maddesindeki kasten yaralama suçunu oluşturduğu ve mağdureyle müştekinin de şikayetten vazgeçtikleri gözetilmeden, suç vafında yanlışlığa düşülerek kötü muamele suçundan hüküm kurulması, (...) Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 Sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek C.M.U.K.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,...*” Y. 14.CD., E. 2012/15664, K. 2014/216, T. 14.01.2014, www.legalbank.net, (08.11.2022).



ralamalar<sup>121</sup> kapsamında ele alınacağına, Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi'nde<sup>122</sup> yer verildiği görülmektedir. Duruma ilişkin, kulak kepçesinde kırkıdak dokuyu içermeyen kısmi lezyonlar, dış kulak yolu yaralanması, belirlenmiş 5 dakikadan kısa süren geçici bilinç kaybı, göz kapağı/çevresinde ekimoz/hematom, yüzeysel laserasyonlar örnek niteliğindedir. MBPS ile ilişkili olarak sözü edilen Rehber'de travma sonrası gelişen ruhsal bozukluklara ilişkin şu ifade de oldukça önem taşımaktadır: *“Travma sonrası gelişen ruhsal bozukluklarla ilgili yaralanmanın/travmanın kişi üzerindeki etkisine karar verilirken travmanın şiddeti, ruhsal etkilenimin süresi, hastanın klinik durumu ve işlevselliği ve nedenselliği gibi faktörler değerlendirilerek karar verilir. Ruhsal etkilenimlerle ilgili olarak basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olup olmadığı konusunda karar verilir”*.

Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama kötü muamele kapsamında kalıp, ayrıca cezalandırmayı gerektirmeyecektir<sup>123</sup>. Kötü muamele suçu ile kasten yaralama suçu arasındaki sınırın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamalar ile belirlenmiş olması, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu için de belirleyici niteliktedir. Söz konusu durum bakımından, gerçekleştiriliş şekline göre bazen kötü muamele değerlendirmesi yapılması gerekirken, çoğu durumda konunun yaralama çerçevesinde ele alınması gerekir. Zira gerek bizzat çocuğun bakımından sorumlu olan kişi tarafından gerekse sağlık personeli tarafından çocuğa karşı bu kapsamda gerçekleştirilen davranışlar basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmektedir.

121 İlgili kriterin hekimler tarafından farklı algılanabileceği, kişisel değerlendirme farklılıkları yaratılabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 239.

122 [www.atk.gov.tr/Pdf/tckyaralama.pdf](http://www.atk.gov.tr/Pdf/tckyaralama.pdf) , (20.01.2023).

123 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1137. Suç tipinde yer verilen kişilere karşı gerçekleştirilen hakaret ve tehdit fiillerinin kötü muamele teşkil eden davranışlar çerçevesinde ele alınması gerektiği yönünde Tezcan, Erdem, Önok, s. 1140. Aksi yönde değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 929. Böylece kötü muamele teşkil eden fiil aynı zamanda hakaret veya tehdit suçunu da oluşturuyorsa fikri içtima kapsamında değerlendirme yapılmalıdır (Zafer, Kötü Muamele, s. 132). Bu nedenle Yargıtay'ın *“kötü muamele suçunun, yaralama, tehdit, sövme gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan, “çiplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma” gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri kapsadığı...”* şeklindeki ifadesinde örnek olarak verilen durumların da yaralama (aç bırakma suretiyle ihmal teşkil etmesi), tehdit (korkutma) veya hakaret (sövme) teşkil edebileceği dikkate alındığında Yargıtay kararlarında yer alan bu kabulün çelişki arz ettiğini söylemek mümkündür. Karar için bkz. Y. 18. CD, E. 2015/23572, K. 2017/2263, T. 28.02.2017; Y. 8. CD E. 2019/4664 K. 2021/18995 T. 13.10.2021, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (18.12.2022).

### b. Kasten Yaralama Suçu (TCK md. 86, 87)

Başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma şeklinde gerçekleşen yaralama suçunda, acı verme<sup>124</sup> vücuda fiziki temasla hissettirilen maddi acının yanında, vücut esenliğini ihlal eden manevi etkileri de içerirken; sağlığın bozulmasına neden olma, “*süresi-ne bakılmaksızın bir rahatsızlığa sebebiyet veren veya var olan rahatsızlığı devam ettiren ya da arttıran her türlü patolojik durum*” anlamına gelmektedir<sup>125</sup>. Bu bağlamda *mağdurun organizmasının normal işleyişinin bozulması, önceki durumuna göre daha kötü hale sokulması, patolojik bir olgu yaratılması ya da var olan olgunun artırılması*, ne kadar süre devam ettiğinden bağımsız olarak sağlığın bozulması teşkil edecektir<sup>126</sup>. Ayrıca yaralama, kişinin algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak suretiyle de gerçekleştirilebilir ki, algılama yeteneği, insanın çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneği şeklinde ifade edilmektedir. “*Kişinin kendi varlığının bilincinde olmasını engelleyen, düşünme yeteneğini bozan, iradesine göre davranabilme kabiliyetini etkileyen*” davranışlar algılama yeteneğini bozan davranışlar olarak kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Algılama yeteneği bozulan kişinin, serbest iradesiyle davranışlarına yön verememesi ve bunun sonucu olarak doğru davranışı seçememesi ve başkalarının yönlendirmesiyle hareket etmesi söz konusudur<sup>128</sup>.

Yaralama suçu kapsamında ortaya çıkan zararın tespiti önem taşımaktadır. Zira kasten yaralama kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamalardan (TCK md. 86/2) neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya<sup>129</sup> (TCK md. 87) uzanan, suçun gerçekleşme şekilleri yer almaktadır. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu çok farklı şekillerde gerçekleş-

124 Kanunda acı vermenin ne ölçüde olması gerektiğine yönelik bir belirleme yer almamaktadır. Bu nedenle vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve acı veren her hareketin bu kapsamda kabul edilmesine ilişkin değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 254.

125 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 252 vd. Kişinin psikolojisinin bozulmasının da kasten yaralama kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 255.

126 Centel, Zafer, Çakmut, s. 141.

127 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 257.

128 Centel, Zafer, Çakmut, s. 142.

129 Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların hukuki dayanağını TCK md. 23 oluşturmaktadır. TCK md. 23'e göre, kişinin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde, gerçekleşen daha ağır veya başka neticeden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi en azından taksir düzeyinde kusurunun varlığına bağlıdır. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar, kural olarak kasten işlenen temel suç tipine bağlı olarak ortaya çıkan yeni bir suç tipi olma özelliği göstermektedir (Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 276. Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekillerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balci, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s. 376 vd..

me özelliğine sahip olup, buna bağlı olarak mağdurda ortaya çıkan zararlar da farklılaşmaktadır. Nitekim başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk, mağdura yönelik davranışların mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması<sup>130</sup> (TCK md. 87/1) şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama fiillerinin<sup>131</sup> tipik tehlikeliliğini içermektedir. Daha ağır MBPS olayları bakımından mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine<sup>132</sup> veya duyu veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olunmasından (TCK md. 87/2) söz edilebilecektir. Kasten yaralama suçu açısından bu fiilin altsoya (TCK md. 86/3-a) karşı işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal teşkil etmektedir. Bu durum, belli yakınlıktaki akrabaları tarafından kendilerine yönelik bu tür bir fiil gerçekleştirilmeyeceği düşüncesiyle saldırı karşısında daha hazırlıksız durumda bulunmaları nedeniyle kendilerini savunma imkânının da daha az olduğu gerekçesine dayandırılmaktadır<sup>133</sup>. Benzer şekilde yaralamanın beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı (md. 86/3-b) işlenmesinin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal teşkil etmesinin sebebi, fiilin gerçekleştirilmesindeki kolaylık olup, bu kolaylık nedeniyle, kendini savunamayan kişiye karşı işlenen yaralamanın haksızlık içeriği normal bir kişiye karşı işlenen yaralama suçuna göre daha ağır hale gelmektedir<sup>134</sup>.

Yapısal özelliği gereği MBPS kapsamında gerçekleştirilen hareketleri fiil bütünlüğü kapsamında ele almak gerekir. TCK bakımından yaralama suçunun zincirleme suç dışında bırakılmış olması (TCK md. 43/3) konu bağlamında özellik arz etmektedir. Zira başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk duru-

130 Tıp bilimi açısından yaşamı tehlikeye sokan bir duruma yol açan yaralanmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 227 vd..

131 Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların genel özelliği olarak gerçekleşen ağır neticeye yönelik failin en azından taksirinin bulunması şartı, suça ilişkin nitelikli haller ile arasındaki farkı da oluşturmaktadır. Suça ilişkin nitelikli haller mutlaka failin kastının kapsamında yer almalıdır. Belirtilmelidir ki, neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama kapsamında çoğu olayda failin gerçekleşen ağır netice bakımından olası kastla hareket etmiş olması TCK md. 87/1-3 bakımından bir eksiklik teşkil etmemektedir. Bununla birlikte bu fıkralarda belirtilen ağır neticelere yönelik failin doğrudan kastla, olası kastla veya taksirle hareket etmiş olması kapsamında aynı ceza artırımının öngörülmüş olmasının eksiklik teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 276.

132 Kişinin vücut fonksiyonlarının yerine getirilmesinde fiziksel veya ruhsal bozukluk yaratan her patolojik durum hastalık olarak ifade edilmekte ve hangi durumun bu kapsama gireceği tıbbi verilere göre belirlenebilmektedir. “*Bitkisel hayat, kişinin solunum fonksiyonu devam ettiği halde, dış dünya ile bağının fiziksel ve nörolojik olarak kesildiği özel durumdur*”. Cengel, Zafer, Çakmut, s. 163-164.

133 Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 269.

134 Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 270.

mu süreklilik arz edecek şekilde gerçekleşmektedir. Bu nedenle somut olayın koşulları çerçevesinde fiil bütünlüğü çerçevesinde tek fiilin mi yoksa birden fazla fiilin mi gerçekleştiğinin tespiti önem taşımaktadır. Bu noktada hareketler arasında kastın yenilendiğini gösteren sürenin bulunup bulunmadığı<sup>135</sup> da dikkate alınacaktır. Eğer birden fazla yaralama fiilinden söz edilebiliyorsa, TCK md. 43/3'e göre her bir yaralamadan dolayı ayrıca cezalandırma söz konusu olur ve gerçek içtima kapsamında değerlendirmeyi gerektirir.

Başkasına dayatılan yapay bozukluk durumu iki önemli gerçekleştiriliş şekline sahiptir. Öncelikle çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin çocuğa bizzat zarar vermek suretiyle çocukta hastalık belirtileri oluşturması ve bunun üzerine sağlık personelinin müdahale etmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Diğer olasılıkta ise, kişinin gerçek dışı bilgiler vermesi suretiyle sağlık personelinin gereksiz tıbbi müdahaleler ile çocuğa zarar vermesi söz konusudur. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu gerçekleştiriliş şekli itibariyle birden fazla kişinin sürece müdahalesini içermektedir. Özellikle hekimler tarafından çocuğa yönelik gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler bu durum bağlamında özellik arz etmektedir. Tıbbi müdahaleden ne anlaşılması gerektiğine Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer verildiği görülmektedir. Burada tıbbi müdahale<sup>136</sup>: “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim” şeklinde tanımlanmaktadır. Belirtilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, tıp alanında çalışan sağlık personelinin kişi üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler özünde kişinin vücut dokunulmazlığını<sup>137</sup> ihlal etmektedir. Nitekim hekimin gerçekleştirdiği fiil ile kişinin vücuduna acı verilmekte, sağlık veya algılama yeteneğinin bozulmasına (TCK md. 86) neden olunmaktadır<sup>138</sup>. Kişi tıbbi müdahale ile ciddi acılara katlanmak zorunda kalabileceği gibi kişinin hayatını kaybetmesi dahi söz konusu olabilmektedir<sup>139</sup>. Ancak hekimlik

135 Murat Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, Ed. Nur Centel, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 192.

136 Hasta Hakları Yönetmeliği md. 4 (08/05/2014 tarihinde eklenen “g” bendi).

137 “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tıbbi müdahaleyi özel hayata müdahale olarak kabul etmektedir. Mahkeme, fiziksel bütünlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde korunan özel yaşam kavramı kapsamında ele almaktadır. Mahkeme’ye göre, kişinin vücutsal bütünlüğü, bir şahsın özel hayatı ile en yakın ilişki halindedir ve zorunlu tıbbi müdahale, ufak bir öneme sahip olduğu durumlarda dahi, özel yaşam hakkının sınırlanması/müdahalesi anlamına gelmektedir.” Hakeri, s. 21.

138 Hakeri, s. 25.

139 Meral Ekici-Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 293.

mesleğinin icrası<sup>140</sup> ve ilgilinin rızası<sup>141</sup> çerçevesinde hastalıkların teşhis ve tedavisi, sağlığı koruma ve hastayı iyileştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler yaralama suçu<sup>142</sup> olarak kabul edilmemektedir<sup>143</sup>. Hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer alan her iki durum<sup>144</sup> ilgili sağlık personelinin, tıp bilimi kurallarına<sup>145</sup> ve hukuka uygun şekilde gerçekleştirmiş olduğu müdahale çerçevesin-

- 140 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 338. Hakkın kullanılması kapsamında hekimlik mesleğinin icrasının hukuki dayanağı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13/1'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, "Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez." Hakkın kullanılmasını hekimlerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz. Hakeri, s. 28.
- 141 Tıbbi müdahalelerin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da bir sonucu olarak ilgilinin rızası kapsamında hukuka uygun sayılacağı, sadece hekimlik mesleğinin icrası esas alındığında, ilgilinin kendi bedenine yönelik müdahaleler bakımından kararının yok sayılmış olacağı ve bunun sonucu olarak kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkının ihlal edilmiş olacağı yönünde değerlendirme için bkz. Ekici-Şahin, 313 vd. Tıbbi müdahaleler çerçevesinde ilgilinin rızasının hukuka uygunluğu sağlayabilmesi için bu rızanın aydınlatılmış onam şeklinde gerçekleşmiş olması gerekir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği md. 31'de "Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir". hükmüne yer verilmiştir. Bilgilendirmenin kapsamında Yönetmeliğin 15. Maddesinde yer verilmiştir. Buna göre: "Hastaya; a) Hastahğin muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir". Bu bağlamda aydınlatılmış rıza, hastaya uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler, zararlı sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi ve bu şartları değerlendirerek serbestçe karar vermesinin sağlanması şeklinde tanımlanmaktadır. Hakeri, s. 65.
- 142 Karşılaştırmalı hukukta da hekimin tıbbi müdahalesinin kural olarak yaralama kapsamında değerlendirildiği hakkında bkz. Hakeri, s. 21-22.
- 143 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 240. Hekimler tarafından uygulanan tıbbi müdahalelerin yaralama suçunun tipikliğini oluşturmadığı, zira bu suç bakımından hekimin zarar verici bir fiil gerçekleştirmesi gerektiği oysa tıbbi müdahalelerin iyileştirme amaçlı yapıldığı, hekimin müdahalesinin tokat veya tekme atma ile bir tutulmaması gerektiği yönündeki değerlendirme için bkz. Engisch, 5'ten aktaran Hakeri, s. 23. Bu görüşe göre, tıbbi müdahalelerde beden bütünlüğünün ihlalden söz edilemez, burada önemli olan beden yararının korunmasıdır (Hakeri, 23). Bu yaklaşımı savunanların kendi içinde de ayrıma gittiği ve tıbbi müdahalenin kurallara uygun yapıp yapılmamasına göre farklı değerlendirmelerin ortaya çıktığı yönünde bilgi için bkz. Hakeri, s. 24. Ayrıca bkz. Ekici-Şahin, s. 293 vd.
- 144 Belirtilmelidir ki, varsayılan rızanın şartlarının gerçekleşmesi halinde de hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilecektir. Varsayılan rıza kavramı ve zorunluluk halinden ayrılmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel Temel Kangal, "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı 4, 2011, s. 231 vd. Varsayılan rızanın tıbbi müdahaleler bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Özgenç, s. 386.
- 145 Sağlık personelinin mesleği icra etmesinin koşulları hakkında çeşitli yasal düzenlemeler bu-

de, tipik olarak gerçekleşen yaralama veya ölüme sebebiyet verme şeklindeki fiillerden<sup>146</sup> cezalandırılmamasını sağlamaktadır<sup>147</sup>.

MBPS kapsamında ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olabilmesi<sup>148</sup> konusunda özellik arz eden husus, müdahalenin çocuğa uygulanacak olması nedeniyle, rıza vermeye ehil olma şartının gerçekleşmesidir. Diğer bir ifadeyle, onay verdiği müdahalenin etkisi ve sonuçları konusunda yapılan bilgilendirmeyi anlayabilecek durumda olması gerekir<sup>149</sup>. Böyle bir durumun tespiti için net bir yaş ölçütü öngörülmemiştir<sup>150</sup>. Ceza hukuku kapsamında rıza vermeye ehil olup olmadığı değerlendirilmesi, TMK'da yer alan fiil ehliyetine ilişkin kurallara bağlı değildir<sup>151</sup>. "18 yaşından küçük olan kişi, yaşı, uygunluğu ve içinde bulunduğu durum itibarıyla müdahalenin türü, ağırlığı, rızanın ne olduğu, somut olayda ne gibi sonuçlar doğuracağı ve riskleri algılayabilecek durumda ise tıbbi müdahaleye rıza verme yetkisine sahiptir"<sup>152</sup>. Kişinin özgür iradesiyle vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye rıza göstermesi<sup>153</sup> şart olmakla birlikte, hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır (1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 70; Hasta Hakları Yön. md. 24). MBPS mağdurlarının genellikle okul öncesi ve ilkököl dönemi çocukları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tıbbi müdahale konusunda ebeveynin rızası gerekli olacak-

lunmaktadır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 1, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu md. 7 bu kapsamdadır.

- 146 Ölüm neticesinin veya yaralamanın bulunmadığı hallerde tıbbi müdahalenin, şartları oluşmuşsa cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu teşkil edeceği yönünde değerlendirme için bkz. Hakeri, s. 35.
- 147 Belirlenen tıbbi müdahalenin, hastanın sağlığı bakımından risk oluşturma durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Risk oranının fazla olması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemeyecektir. "Hukuka uygunluk açısından önemli olan, hastanın tedavi edilmemesinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu risk ile, belirlenen tıbbi müdahale yönteminin kişinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu riskin mukayesesi sonucunda, ikincisinin birincisine tercih edilmesidir". Özgenç, s. 388.
- 148 Ceza hukuku açısından aranan rıza ehliyeti ve şartları her somut olaya göre değerlendirilecektir (Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Adalet, Ankara, 2022, s. 575 vd.). Bazı kanunlarda rıza ehliyetine ilişkin ayrıca düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (md. 70) büyük cerrahi ameliyatlarda aydınlatılmış onamın da yeterli olmadığı, müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için yazılı muvafakatın de alınması gerektiği hükmüne yer verilmiştir.
- 149 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 265.
- 150 Bununla birlikte kanunda ilgilinin yaşıyla ilgili bir yaş sınırı öngörülmemişse, bu yaş sınırı esas alınacaktır. Akbulut, s. 576. Örneğin, TCK md. 103/1-a maddesinde onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar teşkil etmektedir. Konu hakkında değerlendirme için ayrıca bkz. Demirbaş, s. 354.
- 151 Akbulut, s. 576.
- 152 Akbulut, s. 582.
- 153 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 263.



tır. “*Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır*<sup>154</sup> (Hasta Hakları Yön. md. 26)”.

Kanuni temsilcinin rızası ile çocuğun rızası çatıştığında rıza verme yeteneğine sahip olan çocuğun iradesine geçerlilik tanınmalıdır<sup>155</sup>. Zira tedaviyi ret hakkı<sup>156</sup>, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sonucudur<sup>157</sup> ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak dikkate alınması gerekmektedir<sup>158</sup>. Bununla birlikte bu tür vakalarda çocuğun da, kendisine yönelik gerçekleştirilen hareketler bakımından karşı koymama iradesi, kendisinin bakımı ile ilgilenen kişiye olan bağımlılığının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle MBPS teşkil eden çoğu durumda, çocuğa yönelik tıbbi müdahaleler bakımından çocuk ile ebeveyni arasında bir irade çatışmasından söz edilememektedir. Bu bağlamda dikkate alınabilecek diğer bir husus, tıbbi müdahale bakımından ebeveynin onayının arandığı hallerde kural olarak ebeveynin her ikisinin de onayının alınması olup, rutin müdahaleler bakımından hazır bulunan ebeveynin rızasının yeterli olduğudur<sup>159</sup>. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun özelliği gereği, çocuğa yönelik istismarı gerçekleştiren kişi, diğer ebeveyni

154 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi md. 6/2’ye göre: “*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir.*

*Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.*” Benzer şekilde bir düzenleme ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde bulunmaktadır. Sözleşmenin 12. maddesine göre: “*Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek sureti ile tanırlar.*”

155 Akbulut, s. 582.

156 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi md. 5’e göre: “*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.*”

157 Demirbaş, s. 346. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği md. 25’e göre: “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*”

158 Nitekim doktrinde bir görüş, çocuk tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda anne ve babanın velayet hakkının geri çekilmesi ve küçüğün, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkı tek başına kullanılabilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zarife Şenocak, “*Çocuğun Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 76.

159 Akbulut, s. 582-583.

de çocuğun hasta olduğu ve bu nedenle tıbbi müdahalenin gerekliliği yönünde ikna etmektedir. Böylece ebeveynler arasında da rıza konusunda bir çatışmadan söz edilememektedir.

*Rızasını bildirme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi girişim, yalnız onun doğrudan yararı için yapılabilir*<sup>160</sup>. Bu nedenle çocuğun yararı bulunmayan ve hatta çocuğun vücut bütünlüğü ve sağlığı bakımından tehlike arz edebilecek teşhis, tedavi ve uygulamalar bakımından kanuni temsilcisinin vermiş olduğu rıza hukuka uygun olarak kabul edilmemesi gerekir. MBPS kapsamında okul öncesi dönem çocuklarının mağdur olduğu durumlar bakımından özellikle dikkate alınması gereken bir konudur.

Tıbbi müdahaleler kapsamında aydınlatılmış rıza ön şart olarak gerçekleşse bile, müdahale tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamışsa, rızanın varlığı hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yetmez<sup>161</sup>. Hekim tıbbi müdahaleyi iki aşamada gerçekleştirmekte, önce hastalığın ne olduğunu araştırmakta, daha sonra hastayı iyileştirmeye yönelik işlemlerde bulunmaktadır. Teşhis ve tedavi şeklinde nitelendirilen bu aşamalar bakımından hekimin tıp biliminin verilerine göre hareket etmesi esastır ve buna aykırı hareketi bulunmadığı sürece hukuka uygunluk sınırları içinde hareket eder<sup>162</sup>. *Kişide teşhis ve tedaviyi gerektiren bir rahatsızlığın bulunup bulunmadığı ve gerçekleştirilen müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olup olmadığının belirlenmesinde, müdahalenin gerçekleştirildiği andaki durum göz önünde bulundurulur*<sup>163</sup>.

Açıklanan hususlar çerçevesinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından geçerli rızanın varlığı ve sağlık personeli tarafından tıp biliminin verilerine uygun hareket etme esasları önem taşımakta olup MBPS durumu bakımından asıl özellik arz eden başka bir esasa değinilmesi gerekmektedir ki, o da müdahalenin gerekliliğidir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunda çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi tarafından ileri sürdüğü gerçeğe aykırı bilgiler ile sağlık çalışanını yanıltması durumu söz konusudur. Sahte hastalık belirtileri nedeniyle hekim tarafından yanlış test ve tekniklerin uygulanması sonucu yanlış tanı konulması ve buna bağlı olarak yetersiz ve yanlış

160 Türkiye tarafından onaylanan 4.4.1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi md. 6.

161 Hakeri, s. 104; Ekici-Şahin, s. 315. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları çerçevesinde md. 5 konuyla ilişkili olup, şu şekilde düzenlenmiştir: *“Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.”*

162 Demirbaş, s. 345.

163 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 265; Özgenç, s. 387.



tedavi ile sonuçlanan tedavi hatalarına sebebiyet verilmesi<sup>164</sup>, çocuğun bakımından sorumlu kişiden kaynaklanmaktadır. Nitekim çoğu MBPS vakasında hekimin çocuğa yönelik müdahalesi çocuğun durumunu kötüleştirmekte ve çocuğun gereksiz yere kullanmak zorunda kaldığı ilaçlar nedeniyle sağlığı bozulabilmektedir<sup>165</sup>. Zira hekimin müdahalesi gerçek dışı hastalık öykülerine ve sahte belirtilere dayandığından, yanlış teşhis ve tedavi uygulanması<sup>166</sup> söz konusu olmakta ve özellikle çok küçük yaştaki çocuklar için ciddi sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Oysa “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez* (Hasta Hakları Yönetmeliği md. 12)” hükmü ile birlikte, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için endikasyonun<sup>167</sup> gerçek-

164 Özlem Özer, Kenan Taştan, Turan Set, Yasemin Çayır, Mustafa Talip Şener, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar”, *Dicle Tıp Dergisi*, Cilt 42, Sayı 3, 2015, s. 395.

165 Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13/3’e göre, “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz*”. Hekimlik Meslek Etik Kuralları md. 6: “*Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir*”.

166 MBPS kapsamında hekimin yanlış teşhis veya tedavi uygulaması malpraktis kavramından farklıdır. “*Malpraktis, Latince kökenli “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiş olup “hatalı uygulama” anlamına gelir. Tıbbi uygulama hataları, sağlık hizmetinin sunumu esnasında sağlık personelinin öngördüğü ve/veya uyguladığı müdahale, kullanılan hatalı tıbbi teknik sonucu istenmeyen bir şekilde hastanın hastalığının normal seyri dışına çıkması, yaşam kalitesinin düşmesi, çeşitli morbiditelerin görülmesi hatta mortalitelere varması ile sonuçlanabilir*” (Özer, Taştan, Set, Çayır, Şener, s. 395). Malpraktisin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili sağlık personelinin, bilgisizliği, hatalı davranışı, ihmali, ilgisizliği ya da deneyimsizliğinden kaynaklanması esasır (Fatih Birtek, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt X, Sayı 1, 2015, s. 67). Hekimin özen kusurunu ifade eden malpraktis bakımından önem arz eden, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle istenmeyen neticelere sebep olmasıdır. Hekimin taksir sorumluluğunu gündeme getiren bu durumda hekim bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık objektif ve sübjektif kriterler çerçevesinde belirlenmelidir. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, s. 115. Taksirden dolayı neticeden sorumlu tutulabilme, neticenin öngörülebilirliği çerçevesinde açıklanmaktadır (Hakeri, s. 107). MBPS durumunda ise hekim, çocuğun durumu hakkında oluşturulan yapay belirtileri ve yanlış hastalık öykülerini gerçek zannederek hareket etmektedir. Bu konuda çocuğun bakımından sorumlu kişinin ifadelerini esas almak suretiyle teşhis ve tedavi sürecini belirlemektedir. Söz konusu süreç, çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin zarar verici davranışları dâhil olmaya devam etmekte ve tedavinin başarısız olmasına yol açılmaktadır. Eğer çocuktaki bulgular ve hastalık öyküsü gerçekte uyusaydı, hekimin teşhisi ve uygulayacağı tedavi tıp biliminin gereklerine uygun olacaktı ve bu anlamda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden söz edilemeyecekti. Bu çerçevede MBPS durumu hekim açısından malpraktis kapsamında değil, hekime yüklenebilecek bir kusurdan söz edilemediği sürece meydana gelen neticeden dolayı da bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden komplikasyon kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Komplikasyon kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Hakeri, s. 106 vd.

167 “*Endikasyon, bir hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmasının gerekliliğini gösteren kavramdır. ‘Müdahalenin tıbben zorunlu olması’ veya ‘tıbbi gereklilik’ şeklinde tanımla-*

leşmesi şartı dikkate alındığında, konu bağlamında sorun ortaya çıkmaktadır. Zira kural olarak tıbbi müdahaleler teşhis ve tedavi, acıları dindirmek, sağlığı korumak gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir ve tıbbi gerekliliğin<sup>168</sup> bir sonucudur<sup>169</sup>. Endikasyonun belirlenmesinde tıbbi müdahalenin yapılması ile yapılmaması arasındaki fark, ölçüt olarak dikkate alınmakta olup; endikasyonun varlığı net şekilde tespit edilemiyorsa, hekimin ayrıca araştırma, test ve tetkikler yapmak suretiyle tıbbi müdahaleye başvurması gerekmektedir<sup>170</sup>. Bir hastalığın teşhisi veya tedavisi amacıyla yapılmayan tıbbi müdahale hukuka uygun nitelikte değildir<sup>171</sup>.

Ayrıca hekim tarafından geniş kapsamlı tıbbi araştırmalar nedeniyle çocuğun uzun süreli hastanede yatışına karar verilmesi durumunda çocuğun belli bir yere gitme veya belli bir yerde kalma şeklinde tezahür eden hareket özgürlüğü de kısıtlanmaktadır. Nitekim başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun mağduru olarak çoğu çocuğun okul dönemi yaşında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun okula gidememesi sonucunu ortaya çıkarabilmektedir. Rızası olmayan bir kimsenin zorla hürriyetinin kısıtlanması suç teşkil etmektedir<sup>172</sup>. TCK md. 109'a göre, "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir*". Tıbbi müdahale uygulanmakta olan kişinin hekimin kontrolünden çıkarak evine gitmek istediğinde bunun engellenmesi kural olarak söz konusu değildir<sup>173</sup>. MBPS durumunda çocuğa yönelik fiziksel müdahaleler bakımından teşhis ve tedavi ya da koruma amacı olmaksızın, aksine zarar verme kastı ile hareket eden ile çocuğun özgürlüğünden alıkonulmasında buna sebebiyet veren kişi, asıl olarak çocuğun bakımından sorumlu olan kişidir. Çocuk hastanede kalmak istemese de, rıza açıklamaya ehil olmadığı sürece kanuni temsilcisinin açıkladığı rıza dikkate alınacaktır.

*nabilir.*" Onur Kuru, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s. 495. Alman hukukunda dayanak noktası konusunda doktrin ile uygulama arasında fark bulunmakla birlikte, bir hekim tarafından endikasyona dayalı ve kurallara uygun şekilde yapılan tıbbi müdahalenin cezalandırılmayacağı hususunda görüş birliği bulunduğuna ilişkin bkz. Hakeri, s. 31.

168 Hasta Hakları Yönetmeliği md. 5/d: "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz*".

169 Akbulut, s. 585. Endikasyonsuz müdahalelerin hukuka uygunluğu hakkında tartışmalar için bkz. Akbulut, s. 585.

170 Kuru, s. 496.

171 Özgenç, s. 387.

172 Hakeri, s. 252.

173 Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 405.

Çocuğa yönelik gerçekleştirilen davranışlar birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmekle birlikte, söz konusu durumun özelliği gereği burada çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi ile sağlık personeli arasında bir iştirak iradesinden söz etmek mümkün değildir. Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi sağlık personeli- ni adeta araç olarak kullanmak suretiyle çocuğun zarar görmesine neden olmaktadır. Kişinin, çocuğa yönelik gerçekleştirilecek tıbbi işlemlerin gerekliliği yönünde sağlık personeli- ni aldatması söz konusudur. Çocuğun hasta olduğu izlenimini yaratarak, gerçeğe aykırı bilgiler vererek ve hekim tarafından önerilen tedaviyi yanlış uygulayarak tıbbi müdahaleler ile çocuk için sürece yayılan zarar veya tehlikenin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları bakımından sağlık personelinin hataya düşmesi nedeniyle çocuğa yönelik zarar veren davranışları gerçekleştirilmesinin ceza hukuku açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata<sup>174</sup> (TCK md. 30/3) kapsamında dikkate alınması gerekir. Hukukun tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları gerçekleşmediği halde, kişi şartların gerçekleştiğini düşünerek hareket etmektedir<sup>175</sup>. Kişi tipik fiili gerçekleştirdiğinin farkında olmakla birlikte, hukuka uygun hareket ettiğini düşünmektedir<sup>176</sup>. MBPS kapsamında da sağlık personeli hukuka uygun hareket ettiğini sanmakta ve müdahaleyi gerçekleştirmektedir. Zira uyguladığı tıbbi müdahale ile, müdahalenin kapsamına göre, çocuğa az ya da çok acı verdiğini ve onun vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini bilmektedir, ancak bunu tedavi, iyileştirme amacıyla çocuğun yararına olacak şekilde gerçekleştirdiğini düşünmektedir. Kişi gerçekleştirdiği hareketlerin tıbbi gereklilik üzerine olduğunu zannederek hareket etmesi sebebiyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hali dikkate alınacak ve böyle bir durumda kişinin kastı ortadan kalkacaktır<sup>177</sup>. Burada belirleyici olan, failin bilgisinin gerçeğe uygun

174 Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Adalet, Ankara, 2022, s. 657 vd..

175 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 657.

176 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 299, (Genel Hükümler).

177 Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiği hususu hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda tartışmalı bir konudur. TCK md. 30/3'e göre: "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır". Hukuka uygunluk nedenleri TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler kapsamında düzenlenmiştir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata durumunu da bu fıkra kapsamında değerlendirmek gerekecektir. Bu durum madde gerekçesinde de "...Madde metnindeki 'hukuka uygunluk nedenleri' yerine, 'ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler' ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın

olsaydı, gerçekleştirmiş olduğu fiilin haksızlık teşkil etmeyeceği ve failin kastının kanunla izin verilen bir durumun gerçekleştirilmesine yönelik olmasıdır<sup>178</sup>.

Böyle bir hata halinde kişinin kastının bulunmadığı kabul edilecek olmasına karşılık, hataya düşmek konusunda taksiri varsa ve işlenen suçun taksirli şekli de kanunda cezalandırılıyorsa, failin bu suç kapsamında taksirinden dolayı cezalandırılması söz konusu olabilecektir<sup>179</sup>. Diğer bir ifadeyle, kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü (TCK md. 22/2) ihlal edip etmediği belirlenecektir. MBPS açısından çocuğun bakımından sorumlu kişi tarafından sağlık personelinin kasıtlı olarak aldatılması durumuna dikkat edilmesi gerekir. Söz konusu durumda sağlık personelinin bilgisizliğinden ya da dikkatsizliğinden kaynaklanan bir tıbbi hata değil, istismarı gerçekleştiren kişinin kasıtlı davranışlarının sebep olduğu bir durum bulunmaktadır. Çocukta ortaya çıkan kötüleşme veya hastalık, hekimin bilmediği ve öngöremediği nedenlerin bir araya gelmesinden kaynaklanmaktadır. Çocuğa yönelik müdahaleyi gerçekleştiren hekim, tedavi amacıyla hareket etmekte olup, hakkın kötüye kullanılmasına yönelik iradesi veya dikkatsizliği yoktur. MBPS vakalarının çoğunda, çocuğa yönelik tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim, çocuğun bakımından sorumlu kişinin farklı sağlık kuruluşlarına başvurması nedeniyle değişmekte ve bu nedenle sorumlu kişinin belli bir hekimi aldatmasından da söz edilememektedir. Söz konusu durumda çocuğun bakımından sorumlu kişi tarafından gerçekleştirilen davranışlar bulunduğu ve müdahaleyi gerçekleştiren hekimler de sürekli değiştiği için, kişinin çocuğa zarar verme amacıyla hareket ettiğine dair şüphenin ortaya

---

*kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte doktrinde kaçınılmazlık ölçütünün kişinin kusur yönünden değerlendirmesini mümkün kılan bir ölçüt olduğuna dikkat çekilmektedir (Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 301, dn. 868). Nitekim yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde bu şartların gerçekleştiği zannıyla hareket eden kişinin işlediği suç açısından kastından söz edilemeyeceğini kabul etmektedirler (Koca/Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 302. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata halinde kastın ortadan kalkacağı yönünde diğer bir görüş, TCK md. 30/1 düzenlemesinde failin böyle bir hatadan yararlanacağının belirtildiğini ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata açısından TCK md. 30/3'te boşluk bulunduğu takdirde, fiilin maddi koşullarında hatayı düzenleyen md. 30/1'in dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, haksızlık kastı suçun kanuni tanımındaki koşulların bilinmesini ve ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşülmemesini kapsamaktadır. Böylece haksızlığın belirlenmesi için önemli olan bütün koşullar aynı şekilde değerlendirilmektedir (Zeynel Temel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 368-369, (Zorunluluk Durumu)). Aksi yönde değerlendirme için bkz. Zafer, *Genel Hükümler*, s. 415. Bu çalışmanın amaç ve kapsamı itibarıyla, konuya ilişkin daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir. Çalışma kapsamında konuya ilişkin benimsenen ve doktrinde sınırlı kusur teorisi olarak kabul edilen görüş ve diğer teoriler hakkında bkz. Kangal, *Zorunluluk Durumu*, s. 365 vd. Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 300 vd.

178 Kangal, *Zorunluluk Durumu*, s. 368.

179 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 302.

çıkması dahi zaman almaktadır.

Bu nedenle sağlık personeli tarafından çocuğa yönelik gerçekleştirilen hareket bağlamında çocuğun bakımı ile sorumlu kişi dolaylı fail konumundadır. Nitekim TCK md. 37/2'e göre, "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur". Ceza hukukunda bir kişinin araç olması, kişinin kastı olmayacak şekilde veya hata içinde olacak şekilde ya da hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak şekilde kişiye suçun işletilmesi<sup>180</sup>. Dolaylı faillikte arka planda yer alan kişi, ön planda bulunan araç kişide bildiği veya sebebiyet verdiği bir eksiklikten yararlanmak suretiyle, tipik hareketin gerçekleşmesini sağlamakta ve böylece fiil hâkimiyetine sahip olabilmektedir<sup>181</sup>. MBPS açısından çocuğun bakımından sorumlu kişi, olay sürecini başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmakta, bu şekilde fiilin icrasında sağlık personeline karşı üstün konumda yer almaktadır<sup>182</sup>. Sağlık personelinin, kendisi için hareket etmesini sağlamaktadır<sup>183</sup>. Böyle bir tespit ise MBPS kapsamında çocuğun bakımından sorumlu kişinin çocuğa yönelik gerçekleştirilen davranışlar açısından hem doğrudan fail hem de dolaylı fail olarak kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

### c. Eziyet Suçu (TCK md. 96)

Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi tarafından çocuğa dayatılan yapay hastalığın uzun süreli veya tekrarlayan acı veya ıstıraba neden olacak şekilde gerçekleştirilmesi halinde artık eziyet<sup>184</sup> suçu kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir. Çünkü eziyet suçunun karakteristik özelliği olarak insan onuruna la bağdaşmama unsurunun ancak bu tür durumlarda kabul edilebilmesi gerekir. Nitekim eziyet suçu<sup>185</sup> (TCK md. 96) madde gerekçesinde "bir kişiye karşı

180 Zafer, *Genel Hükümler*, s. 537.

181 Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 464.

182 Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 465.

183 Zafer, *Genel Hükümler*, s. 538.

184 Kasten yaralama ile eziyet suçu arasındaki ilişkiye yönelik değerlendirme için bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 136 vd..

185 Eziyet suç tipinin belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirmesi için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 326 vd.; Önok, s. 194 vd. Eziyet suçu ile işkence suçunun maddi unsuruna ilişkin değerlendirme için bkz. Handan Yokuş-Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXXI, Sayı 1, 2013, s. 1275. Yazar, eziyet suçu ile işkence arasındaki ayırım bakımından işkencenin mağdurun bedensel ve dolayısıyla ruhsal yönden acı çekmesini sağlayan davranışları içermesine rağmen, eziyetin daha çok mağdura ruhsal yönden acı veren davranışları içerdiği, eziyetin bedensel acı verse dahi, daha çok psikolojik açıdan uygulanan, ruhsal sorunlar doğuran yöntemler olduğu şeklindeki yaklaşımı eleştirerek, eziyet suçunda da failin sadece mağdurun bedensel yönden süreli acı hissetmesi saikiyle hareket etmesinin mümkün olabileceğini, bunun yanı sıra hareketin mağdurun ruhsal yapısı itibarıyla psikolojisini olumsuz yönde etkilemeyeip, sadece bedensel acı hissetmesine neden olmasının da söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması*” şeklinde ifade edilmiştir. Mağdurun maddi veya manevi bütünlüğünü bozabilecek ve insan onuruna aykırılık teşkil edecek her davranış bu kapsamda ele alındığından, serbest hareketli bir suç olduğu belirtilmelidir<sup>186</sup>. Nitekim eziyet suçuna ilişkin olarak kişiyi küçük düşüren, onu bir nesne gibi kullanıp araç haline getiren<sup>187</sup>, mağdurda utanma, korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu ve saygınlığını zedeleyecek hareketler örnek teşkil etmektedir<sup>188</sup>. Eziyet suçunun yaralama ve kötü muamele suçları karşısında haksızlık içeriğinin daha fazla olmasını oluşturan husus, insan onuru ile bağdaşmaması ve süreklilik arz etmesidir<sup>189</sup>. Nitekim madde gerekçesinde eziyet teşkil eden fiillerin ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlendiği ifade edilmiştir. Gerekçeye göre, “*Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir.*” Tek başına eziyet teşkil etmeyecek nitelikte birden fazla fiilin, sürekli tekrar yoluyla insan onuruyla bağdaşmama özelliğinin gereklerini karşılaması mümkün olabilecektir<sup>190</sup>.

*Sistematik olma, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının, genel bir tutum çerçevesinde gerçekleştirilen birçok benzer davranışın bir parçası olması ya da önceden kararlaştırılmış organize bir seyir izlemesi*<sup>191</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketlerin, belirli bir

Belirleyici unsur, insan onuruyla bağdaşmayan hareketlerin objektif olarak bu niteliğe sahip olmasıdır. Yokuş-Sevük, s. 1276.

186 Tezcan, Erdem, Önok, s. 329.

187 Önok, s. 197.

188 Yokuş-Sevük, s. 1276.

189 “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Z. ve Diğerleri kararında, çocukların odalarının pislik içinde, yataklarının çişle ıvıslak olduğu, çocukların aç bırakıldığı, bu nedenle çocukların yüzlerinde yara bereelerin olduğu ve çocukların odalarına kilitlendiği olayda, çocukların uğradığı ihmal ve istismarın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele düzeyine ulaştığını kabul etmiştir.*” 10.5.2001 tarihli Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı, paragraf 73-75’ten aktaran Zafer, *Kötü Muamele*, s. 135.

190 “*... Somut olayda mağdura yönelik eylemlerin uzun zaman dilimine yayıldığı yönündeki tanık beyanları ile mağdurun tüm aşamalarda istikrarlı beyanları ve hükmün gerekçesine göre sanık G. A. ’ın mağdura vücudunun çeşitli yerlerinde morluk oluşturacak şekilde vurmak, aç bırakmak, sürekli aşağılamak, terlikle yaralamak şeklindeki eylemlerinin bir bütün halinde eziyet suçunu oluşturduğu anlaşılacakla sanık G. A. ile ilgili tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.(...) Y. 8. CD, E. 2014/439, K. 2014/14662, T. 13.06.2014, www.legalbank.net, (03.01.2023).*”

191 Tezcan, Erdem, Önok, s. 330.

süreçte genel bir tutum çerçevesinde bir bütünün parçası olarak veya belirli bir plan dâhilinde işlenmesi esastır<sup>192</sup>. Bu yönüyle suçun kesintisiz suç niteliği özellik arz etmektedir<sup>193</sup>. Konuyla ilişkili olarak dikkate alınması gereken bir husus da, belli süreç içinde sistematik uygulanma unsurunun aynı hareketlerin tekrarlanması şeklinde anlaşılması gerektiği, kişinin bedensel veya ruhsal açıdan acı çekmesine veya aşağılanmasına yol açan çeşitli hareketlerin belli süreç içinde bütünlük arz edecek şekilde uygulanması durumudur<sup>194</sup>. Böylece çeşitli nitelikteki hareketlerin objektif olarak belirli bir şiddeti içerdiği ve asgari düzeyde bir ağırlığa ulaştığı belirtilmektedir<sup>195</sup>.

Eziyet suçunun kapsamında yaralama ve kötü muamele teşkil eden hareketler bulunmaktadır<sup>196</sup>. Diğer bir ifadeyle, gerçekleştiriliş şekline göre eziyet yapısı ve haksızlık yoğunluğu bakımından kötü muamele ve yaralama teşkil eden hareketleri bünyesinde barındırmaktadır. Belirtilen husus göz önünde bulundurulurken, fiilin haksızlık içeriğinin yaralama ve kötü muamele boyutunu aşan ve merhamet ve şefkatle bağdaşmama durumunun ötesine geçen, insan onuruyla bağdaşmayacak boyuta varması halinde<sup>197</sup> fikri içtima kapsamında eziyet suçundan dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır<sup>198</sup>. Tipik hareket teklifi (*tatbestandliche Handlungseinheit*) kapsamında<sup>199</sup> çocuğa yönelik gerçekleştirilen fiil bütün olarak dikkate alındığında, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluğun bazı işleniş şekilleri bakımından eziyet değerlendirmesi yapılması gerekecektir. Çocuğa yönelik gerçekleştirilen hareketler nedeniyle çocuğun bir nesne gibi kullanılıp araç haline getirilmesi sonucunu ortaya çıkaran ve böylelikle çocuğun, istismarı gerçekleştiren kişiye bağımlı hale gelmesine neden

192 Yokuş-Sevük, s. 1277.

193 Tezcan, Erdem, Önok, s. 330.

194 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 353.

195 Yokuş-Sevük, s. 1277.

196 Yokuş-Sevük, s. 1283.

197 Bu belirleme suçun tamamlanması bakımından da önem taşımaktadır. Eziyet suçunda teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin tartışma hakkında bkz. Yokuş-Sevük, s. 1282. Özellikle yaralama teşkil eden hareketleri içeren ve insan onuruyla bağdaşmaz boyuta ulaşan eziyet teşkil eden hareketlerin söz konusu olduğu durumda ki başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk kapsamında gerçekleşen bazı vakalar bu kapsama dâhildir, teşebbüs değerlendirmesi ayrıca önemlidir. Eziyet teşkil eden hareketlerin özelliği gereği, sistematik olması ve insan onuruyla bağdaşmaması gerekmektedir. Bu nedenle eğer gerçekleştirilen hareketler bu boyuta ulaşmışsa, eziyet suçu oluşacaktır. Bu boyuta ulaşmayan hareketler, yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hakaret vb. şeklinde suçları oluşturabilecekse de eziyet suçunun gerçekleştiğinden söz edilemez. Dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalan eziyet suçu söz konusu değildir. Böyle bir tespitin ortaya çıkardığı sonuç ise eziyet suçunun yapısal olarak teşebbüse elverişli bir suç olmadığıdır. Tezcan, Erdem, Önok, s. 335-336. Aksi yönde değerlendirme için bkz. Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 355.

198 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 299.

199 Grünwald, s. 613.



olacak şekilde gerçekleşen başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu eziyet suçunu teşkil edecektir. Bu değerlendirmede eziyet suçunun çocuğa (TCK md. 96/2-a) ve altsoya karşı (md. 96/2-b) işlenmesinin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiğine dikkat edilmelidir<sup>200</sup>. Özellikle küçük yaştaki çocukların yaşı nedeniyle kendisine yönelik gerçekleştirilen eziyet teşkil eden hareketleri anlayamaması, fiziksel güçsüzlüğü, eziyet oluşturacak fiilleri savuşturamayacak olması göz önünde bulundurulduğunda, eziyet suçunun çocuğa karşı daha kolay işlenebileceği açıktır<sup>201</sup>. Belirtilen husus, konu özelinde MBPS kapsamında gerçekleşen olayların mağdurlarının genellikle çok küçük yaştaki çocuklar olduğu tespitiyle beraber önem taşımaktadır.

Eziyet suçu kapsamında yaralama teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesi halinde bunun failin ceza sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği konusu sorun arz etmektedir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun değerlendirilmesinde de önem arz eden asıl husus budur. Kasten yaralama suçunun zincirleme suç hükümleri uygulanamamakta ve tüm yaralama fiilleri gerçek içtima kapsamında kalmakta iken, sistematik şekilde ve insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikteki yaralama fiilleri eziyet suçu olarak kabul edildiğinde tek bir eziyet suçundan dolayı cezalandırma<sup>202</sup> söz konusu olacaktır. Böylece sistematiklik ve süreklilik arz eden bir fiilin daha az ceza ile cezalandırılması sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>203</sup>. Bu konu bağlamında doktrinde ileri sürülen eziyetin haksızlık içeriğini karşılama ölçütü<sup>204</sup> çerçevesinde değerlendirme yapılması, fikri içtima hükümlerine göre belirlenmesi yaklaşımına<sup>205</sup> nazaran daha

200 "AİHM, yetki alanları içindeki bireylerin, diğer bireyler-kamu görevlileri dışındaki sivil kişiler-tarafından yapılan kötü muamelede dâhil her türlü eziyet, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleyle maruz kalmasını engelleyecek önlemleri almakla yükümlü olan Sözleşmeye taraf devletlerin alacakları önlemlerin, özellikle çocuklar ve diğer savunmasız konumdaki kişilere etkin koruma sağlaması ve yetkililerin bildiği veya bilmesi gereken kötü muameleleri engelleyecek makul girişimler içermesi gerektiğini belirtmektedir. Bir başka deyişle çocuk ve diğer savunmasız kişiler, kişisel bütünlüklerine yönelik ihlallere karşı etkin, caydırıcı biçimde bir Devlet korumasından yararlanmalıdır." Yokuş-Sevük, s. 1280.

201 Yokuş-Sevük, s. 1280.

202 Konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: "...failin, bir kişiyi bir ay süreyle bir eve kapatarak her gün bir dişini veya tırnağını çekmesi hareketi bir bütün halinde eziyeti oluşturacak ve fail tek bir eziyet suçundan sorumlu tutulacaktır. Oysa her bir diş veya tırnak çekimi kasten yaralama olarak kabul edildiğinde, kasten yaralama suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağından (TCK m.43/3), fail birden fazla kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır". Yokuş-Sevük, s. 1283.

203 Tezcan, Erdem, Önok, s. 336. Yargıtay'ın yaralamamın TCK md. 87 kapsamında ortaya çıkması halinde eziyet suçu ile bu hüküm arasında fikri içtima uyguladığı ve daha ağır cezayı öngören TCK md. 87'ye göre hüküm verdiği hakkında bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 338.

204 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Önok, s. 205 vd.

205 Konu neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama ve eziyet suçu üzerinden değerlendirilirken; söz konusu durum, gebe olan eşe karşı işlenen bedensel yönden acı çekmesine yol açacak süre-



adil bir sonuç olarak kabul edilebilir. Söz konusu ölçüt çerçevesinde eziyet suçü kapsamında işlenen kasten yaralama, hakaret, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi geleneksel suç tipleri sözü edilen davranışların haksızlık içeriğini bir bütün olarak karşılıyorsa (TCK md. 82/1-b) eziyetten dolayı ayrıca cezalandırma gerekmezken, ilgili suç tipi, bu davranışlar bütünüünün insan onuruna saldırı boyutu itibarıyla haiz olduğu haksızlık içeriğini karşılamıyorsa eziyet suçundan dolayı ayrıca ceza verilmeli, diğer bir ifadeyle gerçek içtima kapsamında değerlendirilmelidir<sup>206</sup>.

#### d. Kasten Öldürme (TCK md. 81)

Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk bağlamında ağır bir hastalık tehlikesine düşürme<sup>207</sup> belirtilen fiilin tipik tehlikeliliği içinde olmakla birlikte, ölüme sebep olma<sup>208</sup> da bu kapsamda yer almaktadır. Her ne kadar ölüm neticesinin meydan geldiği MBPS vakaları az olsa bile, bu vakalarda ölüm neticesinin gerçekleşmesinin mümkün olabileceğine dikkat edilmelidir. Nitekim başkası tarafından dayatılan bozukluk teşkil eden bazı durumlarda istismarı gerçekleştiren kişinin çocukta söz konusu duruma yönelik belirtileri çıkartmak amacıyla zehirleme, boğma gibi davranışlarda bulunduğu bilinmektedir. Böy-

---

lilik arz eden davranışlar sonucunda eşin çocuğunu düşürmüş olması örneği ile somutlaştırılmaktadır. Bu durumda TCK md. 87/2 gereğince faile verilecek ceza 8 yıldan az olamazken, eziyet suçunun gerçekleştiği kabul edilecek olursa faile verilecek ceza TCK md. 96/2 gereğince 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası olarak dikkate alınacaktır. Bu örnekte, aynı fiile uygulanabilecek iki ayrı hüküm bulunduğundan, fikri içtima kurallarını uygulamak suretiyle sorun çözüldüğünde, failin TCK md. 44 uyarınca daha ağır cezayı gerektiren md. 87/2 gereğince cezalandırılacağı ileri sürülmektedir. Hakeri, Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, İşkence ve Eziyet, Terk ve Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçları", [http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=29&Itemid=1](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=1)'den aktaran Yokuş-Sevük, s. 1284.

206 Tezcan, Erdem, Önok, s. 338-339. Yokuş Sevük, konuya ilişkin olarak eziyet suçuna ilişkin madde düzenlemesinde değişikliğe gidilmesi gerektiğine vurgu yaparak, bu şekilde içtima sorununun çözümlenmesi ve eziyet oluştıracak nitelikteki yaralamaların basit nitelikte yaralamalar olup olmadığının, eziyet oluştıracak davranışın yaralamanın ağır sonuçlarına yol açması halinde nasıl hareket edileceğinin açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yokuş-Sevük, s. 1284.

207 "Bir üniversite hastanesi gastroenteroloji servisinde 6 yaşında bir çocuk kronik ishal ve kusma gibi çeşitli yakınmaları nedeniyle yatırılarak tedavi görmüş ve sonuçta MBPS tanısı konmuştur. Kronik diare ve kusma nedeniyle biyopsiyi içeren birçok test yapılmış ve tek bulgu olarak hafif derecede reflü saptanmıştır. Hastanede geçirilen 6 ay boyunca 5-6 kez gastrotomi içeriğinin alınmasına rağmen herhangi bir klinik anlamlı bulgu saptanmamış ve 2 kez akut yaşamı tehdit eden solunum durması yaşanmıştır. Bu bulgular hastanede kalışın geç dönemlerinde gerçekleşmiştir. Ancak ikinci solunum durması olayından sonra annedden ayrılış ve takip eden süreçte kısmen iyileşmiştir. Anne mahkeme kararıyla 6 ay psikoterapi görmüş, çocuk tekerlekli sandalyede annesine bağımlı olarak yaşamıştır." Polat, s. 328.

208 Bu sendroma bağlı olarak diyabet, bakteriyemi, üriner sistem enfeksiyonu, pnömoni, nörolojik anomali, konvülsiyonlar ve ani bebek ölümü sendromu tanımlanmıştır. Kara, Biçer, Gökalp, s. 143.

le durumlar bakımından ani ölümlerden<sup>209</sup> söz edilmektedir<sup>210</sup>. Benzer şekilde mağdurlarda ilaçların kötüye kullanımı veya mağdurlara yönelik tedavinin yanlış uygulanması sonucunda semptomların mağdurların ölümlerine neden olabildiği belirtilmektedir<sup>211</sup>. Tıp literatüründe başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun, çocuğa kötü muamelenin çoğu biçiminden daha az yaygın olmakla birlikte, çocuğa yönelik bu tür fillerin daha ölümcül görüldüğü tespiti<sup>212</sup> dikkate değerdir.

1981 yılında bir davada kişinin, bakımı altındaki çocuğu kusma ve ishal şikâyetleri ile hastaneye getirmesi ve çocuğun tedavi edilmesi sonucu taburcu edilmesinden sonra durumunun daha da kötüleşmesi ve sonucunda ölmesi olayına ilişkin uzmanlar tarafından yapılan incelemede çocuğun kanında aşırı miktarda sodyum tespit edilmiştir. Daha sonra benzer şekilde evlat edindikleri diğer çocuk üzerinde de aynı durumun yaşanması üzerine durum açığa çıkmıştır. Davada uzman tanık, olayın beklenmeyen zehirlenme vakası olduğunu belirtmiştir<sup>213</sup>. İlk kez bir mahkeme huzurunda tartışılan, başkası tarafından dayatılan bozukluk durumuna ilişkin olayda yerel mahkemede sanık anne hakkında her iki çocuk için öldürme ve kasten başkasının sağlığını tehlikeye sokma fiillerinden dolayı yargılama yapılmıştır<sup>214</sup>. Bu nedenle başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk teşkil eden durumlar özünde yaralama teşkil eden davranışları barındırdığından neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama sonucu ölümün gerçekleşmesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Böyle bir durumda gerçekleşen ölüm neticesi bakımından failin taksiri varsa, TCK md. 87/4 kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Ölüm neticesinin meydana geldiği yaralama ya kasten yaralamanın basit şekli (md. 86/1) ile gerçekleşmiş olmalı ya da nitelikli şekli ile (md. 86/3) gerçekleşmiş olmalıdır<sup>215</sup>. Kanun koyucu yaralamanın daha az cezayı gerektiren hali olarak basit tıbbi müdahale ile

209 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 583.

210 Nitekim tıp literatüründe MBPS'nin tanınmasının, kazara olmayan zehirlenme ve boğulmanın çok daha geniş bir şekilde fark edilmesine ve daha önce ani bebek ölümü sendromu (*Sudden Infant Death Syndrome*) olarak sınıflandırılan ölü bebeklerin önemli bir oranının ebeveynleri tarafından boğulduğunun fark edilmesine yol açtığı ifade edilmiştir (Meadow, s. 503). Benzer yönde Polat, ani bebek ölümlerinin, havasızlıktan boğulma bulgularının ve kaza dışı zehirlenme olgularının tanımlanmasının daha sağlıklı yapılması durumunda bunların büyük bir kısmının aile tarafından oluşturulmuş MBPS'ye bağlı olarak ortaya çıktığını görüleceğini belirtmiştir. Polat, s. 327.

211 Ayşe Akpınar, "Munchausen By Proxy Syndrome", *Journal of Scientific Perspectives*, Cilt 5, 2021, s. 200.

212 Yates, Bass, s. 51.

213 Vollaro, s. 501. MBPS'yi içeren başka bir davada (*Commonwealth-Robinson*) on bir aylık bir erkek çocuğunun yoğun tuz zehirlenmesi nedeniyle ölmesine ilişkin bilgi için bkz. Vollaro, s. 501.

214 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 599.

215 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 234.

giderilebilecek yaralamalar bakımından md. 87/4 hükmünün uygulanmasını kapsam dışı tutmuştur<sup>216</sup>.

TCK'da yer alan bazı neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından (örn: kasten yaralama sonucu organ kaybına sebebiyet verilmesi) gerçekleşen ağır veya farklı neticeye yönelik kastın varlığı hali de kabul edilmekle birlikte, kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesinde neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamadan söz edilebilmesi için ağır neticeye yönelik sadece taksir kabul edilebilir<sup>217</sup>. Eğer failin ölüm neticesine ilişkin en azından olası kastı bulunuyorsa, kasten öldürme suçu (TCK md. 81) kapsamında durum ele alınmalıdır. Benzer değerlendirmeyi, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun ilişkili olduğu diğer bir suç tipi olan eziyet suçu ile öldürme arasında da yapmak mümkündür. Eziyet suçu neticesinde ölümün gerçekleşmesi ayrıca düzenlenmediğinden<sup>218</sup>, eziyet teşkil eden fiil sonucu ölüm meydana gelmişse, ölüm neticesi açısından failin en azından taksirinin bulunması halinde TCK md. 87/4'e göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>219</sup>.

## 2. Hukuka Uygunluk Nedenleri Açısından Değerlendirme

Belirtilen suç tipleri ile ilişkili olarak ele alınan, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu kapsamında bir hukuka uygunluk nedeninden

216 Konuya yönelik Yargıtay uygulamasına ilişkin değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 235 vd.

217 Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 295.

218 TCK'da eziyet suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmemiştir. Bazı Yargıtay kararlarında bu durum şu şekilde değerlendirilmektedir: "... Yaralama fiilinin başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bu suçla birlikte kasten yaralama suçundan da hüküm kurulabilmesi için yasadaki açık bir hüküm bulunması zorunludur. (Örnek: TCK.nun 102/4., 103/5., 109/6. ve 149/2. maddeleri gibi) İşkence suçu işlenirken mağdurun TCK.nun 87. maddesinde belirtilen şekilde yaralanması halinde TCK.nun 95. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu düzenlenmiş olup söz konusu nitelikli halin uygulanması gerekmektedir. Eziyet suçunda ise, işkence suçunda olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet suçunun kabul edilmemesi nedeniyle, bu suçun yanında nitelikli yaralama hali oluştuğunda yaralama suçundan da ayrıca ceza tayini gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı ve cezanın arttırılacağı hallerin TCK.nun 96/2. maddesinde sınırlı olarak sayıldığı gözetildiğinde yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Bu durumda, eziyet suçunun unsurlarından olan basit yaralamanın ötesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşması halinde TCK.nun 44. maddesi gözetilip fiilin süreklilik arz etmesi, yaralamanın dışında diğer kötü muamelelerinde bulunması gözetilerek TCK.nun 3. ve 61/1. maddeleri gereğince alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini ile adil bir sonuca ulaşılması gerektiği değerlendirilmekte, (...)"<sup>219</sup>. Y. 8. CD., E. 2019/9553 K. 2019/9522 T. 4.7.2019, www.lexpera.com.tr, (12.01.2023). Doktrinde konuya ilişkin bir görüş birliğinden bahsedilememektedir. Nitekim bir görüş, bu konuda kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine göre cezalandırma gerekliliğini ifade etmektedir (Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 355-356). Bununla birlikte başka bir görüş ise kanunda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının kıyas niteliği taşıyacağını belirterek, bu konuda bir düzenleme yapılması gerekliliğini savunmaktadır. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 300.

219 Tezcan, Erdem, Önok, s. 340.

söz edilip edilemeyeceği konusu, hakkın kullanılması bağlamında ebeveynlerin terbiye hakkı<sup>220</sup> ekseninde incelenebilir. Sözü edilen durumun karakteristik özelliği süreklilik arz etmesi olduğundan, meşru savunma, zorunluluk hali veya kanun hükmünü yerine getirme bu durum için yapısal olarak elverişli, değerlendirilebilir nedenler değildir. İlgilinin rızası ise şartları oluşmadığından dolayı kabul edilemez. Zira başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu kapsamında ele alınan suçlar olarak kötü muamele, yaralama (özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri)<sup>221</sup>, eziyet ve öldürme bakımından korunan hukuksal değerler göz önünde bulundurulduğunda, kişinin bunlar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği (TCK md. 26/2) kabul edilemez. Kişinin vücut ve ruh bütünlüğü üzerindeki hakkı, vazgeçilmez nitelikte kişiliğe bağlı haklardandır<sup>222</sup>. Burada çocuğun bakımından sorumlu kişinin bakım yükümlülüğünü yerine getirmesinden ve bununla ilişkili olarak terbiye veya disiplin hakkını kullanması kapsamında bir hukuka uygunluk nedeninden de söz edilemez. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi

220 Bu kapsamda ebeveynlerin çocuklarını terbiye hakkı bağlamında cezalandırma hakları son yıllarda önemli bir değişikliğe uğramıştır. Yakın zamana kadar, ebeveynin çocuğunu eğitmesinin tezahürü olarak, ebeveynler tarafından çocuğun fiziksel olarak cezalandırması meşru kabul edilmekteydi. Bu bağlamda Alman yüksek yargı kararlarında ebeveyn veya öğretmenlerin çocukları fiziksel olarak cezalandırmasının örf-adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni (*gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund*) olarak kabul edildiği yönünde bkz. Parzeller, Zedler, Bratzke, Dettmeyer, s. 185. Günümüzde çocuğa yönelik belli bir ölçüye kadar kasten yaralama teşkil edebilecek müdahalelerin hâlâ terbiye hakkı kapsamında görülmesinin değişmesinin ancak buna yönelik somut değişikliklerin yapılması ile mümkün olacağı görüşü, bu bağlamda velayetin kaldırılması nedenleri arasında çocuğa yönelik kötü muamelenin de kabul edilebileceği önerisi için bkz. Centel, Zafer, Çakır, s. 145. 765 sayılı TCK'da md. 479 hükmü ile mahkûmiyetin neticesi olmak üzere fiil usulden biri veya vasi tarafından işlendiğinde, hâkime velayet hakkının kaybına veya vesayet ilişkisinin sona erdirilmesine karar verebilmeye ilişkin takdir hakkı tanınmıştır. Konu hakkında bkz. Feyzioğlu, s. 52.

221 Kişinin vücut dokunulmazlığı üzerinde tasarruf yetkisinin sınırının ne olması gerektiği yaralama suçu bağlamında tartışma konusudur. Kişinin kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek yaralama teşkil eden fiillere yönelik rızasının geçerliliğinin ne ölçüde kabul edilmesi gerektiği konusunda doktrinde uzlaşma sağlanmış bir ölçüt bulunmamaktadır. Kişinin vücuduna belli ölçüde acı veren müdahaleler bakımından rızası hukuka uygunluk etkisine sahip olabilecekken, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi kapsamında değerlendirilemeyen, insan onuruyla bağdaşmayan fiillere gösterilen rıza hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir durumda ilgili fiilin kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği alanın sınırları içinde kalıp kalmadığı konusunda somut olayın koşulları çerçevesinde hâkimin karar vermesi gerekecektir (Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 263). Vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen fiiller açısından rızanın kabul edilmesine ilişkin doktrinde ileri sürülen ölçütler hakkında bkz. Akbulut, s. 572 vd. Durumu örnek üzerinden açıklayan *Demirbaş*, şakalaşan arkadaşların birbirine tokat atması halinde kişinin vücut bütünlüğüne yönelik tasarruf yetkisinin bulunduğunu, bununla birlikte kişinin iddia üzerine elinin kesilmesi konusunda verdiği rızanın geçerli olmayacağını belirtmiştir (Demirbaş, s. 357). Konuya ilişkin diğer bir yaklaşım ise vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda takibi şikâyete bağlı olanlar bakımından ilgilinin rızasının geçerli kabul edilmesi, re'sen kovuşturulan şekillerinde kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 556.

222 Zafer, *Kötü Muamele*, s. 136.

belli şartlar dâhilinde mümkündür. Hukuk düzenince kabul edilmiş hakkın doğrudan doğruya kullanılabilmesinin yanı sıra bu hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ayrıca söz konusu hak kötüye kullanılmamalıdır<sup>223</sup>.

TMK'da dayanağını bulan terbiye hakkının<sup>224</sup> sınırsız bir hak olmadığına dikkat edilmesi gerekir. TMK md. 339'a göre, "Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar". Bu hakkın kullanımında çocuğun yararına ve buradan hareketle kişisel gelişimine katkı sağlanmasına vurgu yapılması önemlidir. Anne veya babanın terbiye hakkının sınırında ölçülülük ilkesinin esas alınması gerekli olup, terbiye hakkı çocuğun onuru veya beden bütünlüğü gibi temel haklarına müdahale niteliği taşımamalıdır<sup>225</sup>. Diğer bir ifadeyle TMK md. 339 vd. maddelerinde ebeveyne çocuk üzerinde zor kullanabilme yetkisi tanındığından söz edilemez<sup>226</sup>. Anne-baba çocuğu eğitir, gelişimini sağlar ve korurken, bedene yönelik basit müdahaleler kasten yaralama suçu kapsamında kabul edilmese<sup>227</sup> de, çocuğa kasten zarar verilmesi veya çocuğun hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye sokulması ancak hakkın kötüye kullanımı<sup>228</sup> teşkil edebilir ki, söz konusu durum hukuk korumasının dışında kalmaktadır<sup>229</sup>. Nitekim TCK

223 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 931.

224 Terbiye etme hakkının cezalandırma kapsamına ilişkin açıklama için bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 146 vd.

225 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1143.

226 Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 260.

227 Centel, Zafer, Çakmut, s. 145.

228 "...Somut olayda, kayden 10.04.1995 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaş 1 ay 21 günlük olan mağdurenin velâyeti altında bulunduğu ana ve babası olan sanıklar Sevim ve Mehmet Sena'nın mağdure üzerinde terbiye hakları ve bu haktan doğan disiplin yetkileri bulunduğuna şüphe yoktur. Çözülmesi gereken sorun bu yetki kullanırken sınırın aşılmaması hususudur. Daha önce de sık sık evden kaçan ve en son 09.05.2010 tarihinde evden kaçıp bulunduğu, eve dönmek istememesi üzerine yurda yerleştirilen mağdurenin yurttan da kaçtığı, 31.05.2010 tarihinde ablası ve eniştesi F. ve S. Ö. tarafından sokakta bulunarak mağdurenin babası, annesi ve ağabeyi olan sanıkların ikamet ettiği eve getirildiği, sanıkların gece yatmadan önce evden tekrar kaçmaması için mağdureyi odasına götürerek ellerini ve ayaklarını eşarpla bağladıkları, sanıklar uyuduktan sonra mağdurenin ellerini ve ayaklarını çözerek odasında uyuduğu, sabah olduğunda sanık Sevim'i hastaneye götürmek zorunda olan sanıkların evde yalnız kalan mağdurenin kendisine zarar vermesini ve evden kaçmasını engellemek için ellerini ve ayaklarını bağladıkları, kapıyı üzerine kilitleyip evden ayrıldıkları, evde kimse kalmadığını gören mağdurenin sürünerek telefonunun yanına gidip polisi arayarak, evde bağlanarak zorla tutulduğunu ihbar etmesi üzerine eve gelen polis memurları tarafından mağdurenin ablasından alınan yedek anahtar ile evin kapısı açılarak kurtarıldığı olayda, sanıkların terbiye hakkı ve bu haktan doğan disiplin yetkilerinin sınırlarını aşarak kötüye kullandıkları anlaşıldığından, TCK'nın 232/2. maddesi uyarınca mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraat hükümleri kurulması, (...) Y. 14. CD, E. 2012/2147, K. 2014/1068, T. 04.02.2014, www.legalbank.net, (04.12.2022).

229 Konu hakkında ayrıca bkz. Murat Önok, s. 191.

md. 232/2’de düzenlenmiş olan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu bağlamında gerekçede “*disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasını sonuçlamayacak derecede kullanılabilir*” ifadesine yer verilmiştir.

### C. Fail Bakımından

#### 1. Başkası Tarafından Dayatılan Yapay Bozuklukta Çocuğun Bakımından Sorumlu Kişinin Psikolojik Durumuna İlişkin Tespitler

Gerçekleştiriliş şekli itibariyle çocuk istismarının bir türünü teşkil eden başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunda bu fiili gerçekleştiren kişinin hangi amaçla veya saikle hareket ettiği konusu oluşan haksızlığın değil, bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında yapılacak değerlendirmenin konusunu oluşturmaktadır. İlgili ebeveynin haksızlık teşkil eden davranışları hangi amaçla gerçekleştirmiş olduğu, söz konusu davranışların haksızlık teşkil ettiği gerçeğini etkilememektedir. Benzer şekilde anne veya babanın algılama veya hareket yeteneğini etkileyen bir hastalığı bulunması sebebiyle bu tür fiilleri gerçekleştiriyor olması da kastının varlığı konusunda etki etmeyecek olup, ancak kusurluluk bağlamında ele alınabilecektir. Psikiyatrideki teşhis sistemlerinin, bu sendrom veya genel olarak çocuk istismarı için bir sınıflandırma içermediği belirtilmiştir<sup>230</sup>. Bu noktada istismarı gerçekleştiren kişinin hafiften ağıra kadar kişilik bozukluğu ve depresyon tanısı almış olduğu tespiti<sup>231</sup> önem taşımaktadır. Çocuğun bakımından sorumlu kişinin psikiyatrik tanıları çoğu çalışmada bildirilmemiştir, ancak bazı annelere histeri, narsisizm veya sınırda kişilik bozuklukları (borderline) teşhisi konmuştur<sup>232</sup>. Bazı MBPS ebeveynlerinin, çocuklarında hastalığa neden olarak bir kontrol duygusu yaşamak isteyecek kadar hasta olabilecekleri ifade edilmektedir<sup>233</sup>.

230 Kahan, Yorker, s. 78.

231 Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 114. “*Travmatik yaşam olayları (çocukluk döneminde istismara maruz kalmak, yakın birinin ölümü, kronik hastalık, vb.) öyküsünün bulunması, kişilik bozuklukları bireydeki sağlıklı psikolojik yapıyı bozmakta ve kendilerine ve çevresindeki bireylere, özellikle de bakımından sorumlu oldukları çocuklarına karşı yıkıcı tutum ve davranışlar geliştirmelerine neden olabilmektedir*”. Yurteri-Tiryaki, Baran, s. 114. Konuya ilişkin vaka incelemesi için ayrıca bkz. James L. Griffith, “The Family Systems of Munchausen Syndrome by Proxy”, *Fam Proc*, Cilt 27, 1988, s. 423 vd.

232 Murray, s. 347.

233 Murray, s. 350.

Çocuğun bakımından sorumlu kişinin kendisinin de yapay bozukluk sendromuna sahip olduğu tespiti<sup>234</sup>, konuyla olan ilgisi de göz önünde bulundurulduğunda yadsınamaz önemdedir. Yine anormal hastalık davranışına sahip kişilerin bu tür fiilleri gerçekleştiren kişi olmaları tespiti<sup>235</sup> önem taşımaktadır. Nitekim Londra’da yapılan bir çalışmada anormal kişilik bozukluğu gösteren anne sayısının yüksek olduğu görülmüştür<sup>236</sup>. Son yıllarda yapılan çalışmalarda anormal kişilik bozukluğuna sahip anne veya babadan çocuğa yönelik tehlikelerin belirginleştiği belirtilmekte ve örneğin somatizasyon bozukluğu bulunan anne veya babanın çocuklarının fiziksel istismar ve ciddi davranış bozukluğu riski altında olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>237</sup>. Bazı durumlarda istismarı gerçekleştiren kişinin içinde bulunduğu sınırlar nedeniyle çocuğun gerçekten hasta olduğuna inanma durumunun söz konusu olabileceği belirtilmektedir<sup>238</sup>. Alkol veya madde bağımlılığı, istismarı gerçekleştiren bazı kişilerde tespit edilmektedir<sup>239</sup>.

Bu tür fiiller bakımından istismarı gerçekleştiren kişinin asıl motivasyonunun hasta çocukla gelen ilgi olduğuna dikkat çekilmektedir. Bunun temelinde ise kişinin kendi geçmişinde yaşadığı duygusal yoksunluk yer almaktadır<sup>240</sup>. Belirtilen davranışları gerçekleştiren bazı kişiler, hekim bağımlıları şeklinde ifade edilerek, tıbbi tedavi alma amacına takıntılı ve tipik olarak daha şüpheli ve hatta paranoyak olabilmektedir<sup>241</sup>. Ayrıca özellikle anne tarafından gerçekleştirilen bu tür fiillerin bazılarında annenin doğum travması veya doğumla ilgili komplikasyon yaşamış olması ve bunun etkisi altındayken çocuğa yönelik istismar fiilini gerçekleştirmesi de belirtilmektedir<sup>242</sup>. Böyle bir durum ise psikolojik sıkıntıya neden olduğu bilinen doğum sırası ve sonrası olaylar tarafın-

234 “Son zamanlarda nedeni belli olmayan çocuk ölümleri üzerine yapılan çalışmada sorumlu kişilerin yarısında anormal davranış bozukluğu varken %20’sinde Münchausen sendromu belirgin olarak saptanmıştır”. Polat, s. 329.

235 Meadow, s. 505.

236 Polat, s. 329.

237 Polat, s. 329.

238 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 589.

239 Yates, Bass, s. 48.

240 Kahan, Yorker, s. 78.

241 Nuzhat, Gama, s. 22. Paranoya akıl hastalığında kişi belli bir hezeyanın etkisiyle mesela kıskançlık veya haklı olma gibi bir saplantı içinde olabilmekte ve idrak kabiliyetindeki bozukluğun etkisiyle kişi, öldürme, yaralama veya şiddet içeren çeşitli suçları işleyebilmektedir (Özgenç, s. 477). Hastalığı sebebiyle tüm hayatı boyunca tek bir hezeyana bağlı kalarak onun doğrultusunda hareket eden kişi, karşısına aldığı kişilere karşı herhangi bir suçu kolaylıkla işleyebilirler. Yener Ünver, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, 1989, s. 19.

242 Yates, Bass, s. 50.



dan anne-çocuk ilişkisinin bozulmasına dayandırılmaktadır<sup>243</sup>. Konuyla ilişkili olarak, hâlihazırda Munchausen sendromuna sahip olan annenin doğumla birlikte bu davranışlarını çocuğuna yönlendirdiği de ifade edilmektedir<sup>244</sup>.

Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin hastane personeli tarafından ilgili ebeveyn olarak görülmesi, kişiyi tatmin etmekte ve bunun için çocuğu her türlü riske atabilmektedir<sup>245</sup>. *Failler, psikolojik ihtiyaçlarını mağdurun ihtiyaçlarının önüne koyarak istismara neden olmaktadır*<sup>246</sup>. Belirtilen durum sebebiyle, çocuğun bakımından sorumlu kişi amaçladığı doyum için çocuğunu adeta araç olarak kullanmaktan geri durmamaktadır. Bakımı altındaki kişiye yüklenen sahte hastalık veya sahte semptomlar amaca ulaşmak için kullanılmaktadır<sup>247</sup>. Bu durumda failin mağduru kişiliksizleştirilmesi (iç engellemelerin kırılması) ve aldatma yoluyla sağlık çalışanlarını manipüle etmesi ve böylece istismarının sonuçlarından kaçınması (dış engellemelerin etkisiz hale getirilmesi)<sup>248</sup> söz konusudur.

## 2. Çocuğun Bakımından Sorumlu Kişinin Durumunun Kusurluluk Açısından Değerlendirilmesi

Tıp biliminin verileri çerçevesinde MBPS vakalarında çocuğun bakımı ile ilgilenen kişi bakımından yapılan değerlendirmeler çeşitli ruhsal bozukluklar kapsamında ele alınmakta olup, söz konusu durumun ceza hukuku bakımından ne anlam ifade ettiğine değinmek gerekmektedir. MBPS kapsamında çocuğa yönelik gerçekleştirilen bu tür davranışların gerçekleşme şekline göre farklı suç tiplerinin ortaya çıkabileceği tespitiyle birlikte bu haksızlıktan dolayı çocuğun bakımından sorumlu kişinin ceza sorumluluğunun tespiti açısından ayrıca değerlendirme gereklidir. Çocuğun bakımı ile ilgilenen kişinin çocuğun sağlığını bozmak ve vücut bütünlüğünü ihlal etmek suretiyle gerçekleştirmiş olduğu davranışların sebebi olarak belli saik veya amaçlarla hareket ediyor olması, gerçekleştirilen fiilin ceza hukuku kapsamında haksızlık niteliğini ilgilendirmemektedir. Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunda istismarı gerçekleştiren kişi bakımından psikolojik durumuna ilişkin tıbbi verilerin, ceza hukuku kapsamında değerlendirileceği alanın kusurluluk<sup>249</sup> bağlamında dikkate alınması gerekir.

243 Yates, Bass, s. 50.

244 Polat, s. 329.

245 Tümer, Odabaşı, Foto-Özdemir, Mutlu, Kaynak, s. 589.

246 Nuzhat, Gama, s. 17.

247 Vollaro, s. 504, dn. 61.

248 Nuzhat, Gama, s. 22.

249 Kusurluluk bağlamında normatif kusur kavramı hakkında değerlendirme için bkz. Özgenç, s. 456 vd.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden kusursuz ceza olmaz prensibi çerçevesinde, kusurluluğun tespiti önem taşımaktadır. Zira fiili gerçekleştiren kişinin kusuru bulunmadığı sürece, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı cezalandırılması da söz konusu olamaz. Kusurlu olduğu yargısına ulaşıldığında, haksızlıktan dolayı failin cezalandırılması bireysel isnadiyetin konusudur<sup>250</sup> ve bu nedenle kusurluluk suç teşkil eden fiilin bir vasfı niteliği taşımamaktadır<sup>251</sup>. *Fail, fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek, hukuka uygun davranmayı seçebilecek, hukuka uygun davranabilecek durumda olmasına rağmen, haksızlığı seçtiği için kusurlu kabul edilecektir*<sup>252</sup>. Kişinin kusurunun bulunmaması halinde, kişinin cezalandırılmaması söz konusu olacaksa da, gerçekleştirdiği fiilin belirli bir haksızlığı oluşturması nedeniyle ceza hukuku bakımından önemi haiz fiil niteliği ortadan kalkmayacaktır<sup>253</sup>.

Kişi hakkında yapılacak kusurluluk değerlendirmesinde, kusur yeteneğinin varlığının tespiti öncelik arz etmektedir. Kusur yeteneğinin bulunması algılama ve irade yeteneğinin varlığını şart koşturmaktadır<sup>254</sup>. Ceza hukuku anlamında algılama (idrak) yeteneği, fiilinin hukuki anlam ve sonucunu anlayabilecek durumda olmayı<sup>255</sup> ifade ederken, irade yeteneği ise davranışlarını yönlendirebilme yeteneği anlamına gelmektedir<sup>256</sup>. Kişide kusurun varlığı için hem algılama hem de irade yeteneğinin bulunması gerekli olduğundan, birisinin dahi bulunmadığı durumda kişinin kusurlu hareket ettiğinden söz edilemeyecektir<sup>257</sup>. Bu nedenle ruhen sağlıklı ve 18 yaşını bitirmiş kişinin irade ve algılama yeteneğine sahip olduğu kabul edilmekte, böyle bir kabul ise ruhen sağlıklı bir yetişkin hakkında kusur yeteneğine ilişkin bir araştırmanın yapılmasına gerek bulunmadığı anlamına gelmektedir<sup>258</sup>.

Konuyla ilişkili dikkate alınması gereken husus, öncelikle kişinin ruhen sağlıklı olmadığı, diğer bir ifadeyle psikolojik bir bozukluğunun bulunduğu durumda<sup>259</sup> ne şekilde değerlendirme yapılacağıdır. Zira başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumuna ilişkin faile yönelik tespitler bunu gerek-

250 Akbulut, s. 620.

251 Özgenç, s. 454.

252 Akbulut, s. 621.

253 Özgenç, s. 455.

254 Akbulut, s. 624. Kusur yeteneğinin belirlenmesinde daha çok irade kabiliyetinin yokluğu veya zayıfladığı hususunun dikkate alındığı yönünde bkz. Özgenç, s. 458.

255 Algılama yeteneği ile haksızlık bilinci birbiriyle sıkı ilişki içinde olan kavramlardır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, s. 458.

256 Akbulut, s. 627.

257 Ünver, s. 77.

258 Akbulut, s. 628.

259 Akıl hastalıkları ve suç arasındaki ilişkiye yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 4 vd..

tirmektedir. Bunun yanı sıra bu durum kapsamında bazı vakalarda istismarı gerçekleştiren kişiye ilişkin alkol veya madde bağımlılığı veya doğum sonrası yaşamış olduğu psikolojik sorunlarının bulunduğu tespiti ceza hukuku açısından geçici nedenlere yönelik incelemeye ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle TCK bağlamında kusurluluğu etkileyen sebepler olarak akıl hastalığı<sup>260</sup> (TCK md. 32)<sup>261</sup> veya geçici nedenler (TCK md. 34) çerçevesinde değerlendirilmelidir. Her iki durum bakımından algılama ve irade yeteneğinin bulunup bulunmadığı noktasındaki tespit<sup>262</sup> önem taşımaktadır. Her iki durum da, şartlarının gerçekleşmesine göre kusurluluğu kaldıran veya azaltan neden olarak etki göstermektedir.

*Akl hastalığı, psikiyatri bilimi gereğince anlama ve isteme yeteneğine etkisi kabul edilen, patolojik, yani sürekli bir hal gösteren akli melekelerde her türlü bozukluğa verilen addır*<sup>263</sup>. Akıl hastalığına sahip kişiler, ceza sorumluluğu bakımından, böyle bir hastalığı bulunmayan kişilere göre farklı hükümlere tabidirler<sup>264</sup>. Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye TCK md. 32/1 kapsamında ceza verilmez. Böyle bir durumda fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (TCK md. 57<sup>265</sup>,

260 Doktrinde akıl hastalığı kavramına yönelik eleştiriler ileri sürülmüştür. Nitekim Ünver, ruh hastalıkları teriminin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: “Akıl hastalıkları veya akli malûliyet gibi terimler bugün, yalnızca hukukçular tarafından kullanılmaktadır. Psikiyatri özellikle adli psikiyatri bilim dalı, günümüzde ulaşılmış olduğu düzeyde artık, kişide şuur veya hareket serbestisini kaldıran hallerin yalnızca patolojik veya yalnızca akıl ile ilgili olmadığını kabul etmektedir. Akıl yetenekleri sağlam olmakla beraber, akıl dışındaki bazı bozukluklar nedeniyle, kişinin şuur ve hareket serbestisinin kalkmış olması mümkündür.” (Ünver, s. 112). Akıl hastalığı yerine zihinsel bozukluk kavramının kullanılması gerektiğine ilişkin değerlendirme için bkz. Mehmet Emre Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Adalet, Ankara, 2020, s. 105.

261 Önceki Kanun’da geçerli olan tam-kısmî akıl hastalığı ayrımı hakkında bkz. Ünver, s. 110 vd.

262 Akıl hastalıklarına ilişkin düzenlemeler bakımından kanuni sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 85 vd. TCK’nın benimsediği sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 631 vd.

263 Demirbaş, s. 379. Akıl hastalıklarının sınıflandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 9 vd.

264 Ünver, s. 52.

265 TCK madde 57- (1) *Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenilirlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.*

(2) *Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir.*

(3) *Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekçesi gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.*

CMK md. 223/1) söz konusu olur. Akıl hastalığı böyle bir durumda kusurluluğu kaldıran bir etki göstermekle birlikte, algılama ve irade yeteneğini önemli ölçüde etkilememiş, sadece azaltmış ise kişiye ceza verilmesi gerekmektedir<sup>266</sup>. Bununla birlikte cezada indirim söz konusu olacaktır (TCK md. 32/2)<sup>267</sup>.

Madde gerekçesinde “*Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti ile, hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceğini, davranışlarını ne surette etkilediğini genel olarak belirleme tıbbi bir konudur.*” ifadesine yer verilerek, konunun salt ceza hukuku boyutuyla ele alınmayacağı belirtilmiş olmaktadır. Kanunda akıl hastalığının tanımının yapılmamış olması da bu kabulün bir sonucudur. Akıl hastalıklarının ortak özelliği olarak, normal olmayan düşünceler, duygular ve davranışlar sergilenmesi belirtilmektedir<sup>268</sup>. Kişinin akıl hastası olup olmadığı ve hastalığın varlığı halinde bunun algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkilerinin belirlenmesi psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde ele alınacak olup, konu hakkındaki belirlemeyi uzman hekimler gerçekleştireceklerdir<sup>269</sup>. Uzman hekimler tarafından yapılacak belirlemede kişinin ne zamandan beri, sözü edilen akıl hastalığına sahip olduğunun mümkün olduğu ölçüde tespit edilmesi gerekir. Zira ceza hukuku bakımından fiilin işlendiği esnada kusur yeteneğinin tespiti önem taşımaktadır<sup>270</sup>. Akıl hastalığının fiilin işlendiği anda bulunması şartı, kesintisiz suçlar bakımından özellik arz etmektedir. Kesintisiz suçlarda akıl hastalığının kusurluluğu kaldır-

(4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

(5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, infaz hâkimliğince yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.

(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aymı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, infaz hâkimi kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

266 Bu kişiler hakkında hükmolunan cezanın güvenlik tedbiri olarak uygulanabileceği, bu durumda mahkemenin hükmettiği cezanın, “süresi aymı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak” infaz edilmesine karar verebileceği hakkında bkz. Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 330.

267 Bu düzenlemenin TCK’da akıl hastalığı bakımından tam-kısmi akıl hastalığı şeklinde bir ayırımın benimsendiği şeklinde kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Özgenç, s. 480. Bu yönde İçel, görüşünü kişi ya akıl hastasıdır ya da değildir şeklinde ifade ederek ayırma katılmadığını belirtmiştir (Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 385). Akıl hastalığının tam ve kısmi şekilde ayırımının yerinde olmadığı yönünde ayrıca bkz. Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 329.

268 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 632.

269 Akbulut, s. 651.

270 Özgenç, s. 478.

ması ancak temadinin gerçekleştiği anda akıl hastalığının bulunması halinde mümkün olabilecek, suçun işlenmesine başlandığı anda hastalık bulunmakla birlikte, temadi gerçekleşmeden iyileşme gerçekleşmişse fail işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu olacaktır<sup>271</sup>. MBPS teşkil eden durumlar gerçekleşme şekline göre, kesintisiz suça sebebiyet verdiği fail bakımından yapılacak değerlendirmede bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

TCK'da düzenleniş şekli itibariyle akıl hastalığının tek başına varlığı, fail hakkındaki kusurluluk tespitinde yeterli değildir. Bunun yanı sıra ve asıl önem arz eden husus, akıl hastalığı nedeniyle algılama ve irade yeteneğinin ne ölçüde etkilenmiş olduğunun tespitidir<sup>272</sup>. Kişide akıl hastalığının bulunup bulunmadığı konusunda tıp bilimi verileri çerçevesinde hekimlerin yapacağı değerlendirme önem taşımakla birlikte, bu değerlendirmenin ceza hukuku bakımından sınırı olduğuna dikkat edilmelidir. Zira akıl hastalığının kişinin davranışları üzerindeki etkisinin tespitinden sonra, kişinin somut fiil açısından algılama ve irade yeteneğinin etkilenmiş olup olmadığının tespitini mahkeme yapacaktır<sup>273</sup>. Diğer bir ifadeyle, tıp uzmanlarının kusurlulukla bağlantılı değerlendir-

271 Ünver, s. 118; Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 329.

272 “...Mahkemece yapılan yargılama sırasında ... Devlet Hastanesinde görevli psikiyatri uzmanı tarafından düzenlenen 27.04.2012 günlü, bilanolu doktor raporunda mağdurede şizofreni isimli akıl hastalığı bulunduğu ve kuvvetli kanıtlarla desteklendiği takdirde ifadelerine itibar edilebileceği yönünde bilgi verilmesi karşısında, üniversite hastanesinde oluşturulacak bir heyete veya Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna sevkıyla mağdurede akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, şayet varsa bundan dolayı fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, mevcut akıl hastalığı veya zayıflığının hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor aldırıldıktan sonra toplanacak delillere göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, *eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, (...)*” Y. 14. CD., E. 2014/10822 K. 2017/5248 T. 1.11.2017, www.lexpera.com.tr, (02.01.2023).

273 İçel, s. 386; Akbulut, s. 651. Kişinin işlediği fiil kapsamında algılama ve irade yeteneği üzerinde önem arz edecek etkisi olmayan nevrotik bozukluklar ve psikopati halinde, kişinin kusur yeteneğinin bulunduğu kabul edilmelidir (Özgenç, s. 478). Bununla birlikte yazar, bu durumlarda kişinin resosyalizasyonu açısından tayin edilecek ceza yaptırımının ve infaz biçiminin bu kapsamda değerlendirilebilecek bir husus olmadığını belirtmiştir (Özgenç, s. 478). Nevrotik bozukluklar, “kişinin eskiden beri içine atarak bastırılmış olduğu veya yeniden canlanmış, çocuksu dürtüler istekleri ile, şimdiki kişilik bölümleri (nevrotik savunma mekanizmaları) arasında çıkan çatışmalardan doğan belirtiler, duygular ve davranışlardır. Nevrotik bozukluklarda, gerçek ile temas ve sosyal ortama uyuma kabiliyeti bozulmaz. Kişinin, etrafına olan ilişkisinde ve çevreden etkilenmesinde çok az değişiklik olur. Hasta kendi durumunun bilincindedir. Kişilik, ileri derecede dağılmaz ve hezeyanlar görülmez.” (Ünver, s. 33). Nevrotik bozuklukların Dünya Sağlık Örgütü tarafından sınıflandırılmasında, anksiyete durumları, histeri, fobik durum, obsessif kompulsif bozukluk, nevrotik depresyon, nevrastenî, depersonalizasyon sendromu, hipokondriyazis yer almaktadır (Ünver, s. 34). Psikopatının ise ruhsal hastalık mı yoksa kişilik bozukluğu mu olduğu tartışılmakla birlikte, günümüzde kişilik bozukluğu olduğu kabul edilmektedir. “Zekâ bakımından önemli kusurları bulunmayan, hatta zekâsı bazen normalin üstünde bulunan ve fakat gösterdiği karakter ve ahlâki bozukluklar nedeniyle topluma uyumayan kişilere psikopat” denilmektedir. Akgün, Adli Psikiyatri, s. 137’den aktaran Ünver, s. 43.

me yetkisi bulunmamaktadır<sup>274</sup>.

Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilenip etkilenmediğinin her somut olay bakımından yapılması gerekliliği, akıl hastalıklarının algılama ve irade yetenekleri üzerinde farklı etkiler göstermesine dayanmaktadır<sup>275</sup>. Dolayısıyla algılama ve irade yeteneğinin etkilenip etkilenmediği soyut şekilde belirlenemez<sup>276</sup>. Akıl hastalığı, gerçekleştirilen fiilde bir rol oynamalıdır<sup>277</sup>. Nitekim epilepsi hastalığı üzerinden verilen örnekte, hastanın nöbet sırasında öldürme, yaralama gibi suçları işlemesi halinde, bu fiiller açısından hastalığın somut davranışı etkilediği kabul edilmesi gerekirken, dolandırıcılık suçu açısından aynı sonucun geçerli olamayacağı belirtilmektedir<sup>278</sup>. Bu nedenle algılama veya irade yeteneğinin kaybıyla akıl hastalığı ve işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir<sup>279</sup>. Birçok akıl hastalığında, hasta yaşadığı hezeyanlar sebebiyle iradesine egemen olamamakta, iradesine hâkim olan hastalıkların etkisi ile suç işlemeye sürüklenmektedir<sup>280</sup>. Böyle durumlarda akıl hastalığına bağlı olarak ortaya çıkan algılama veya irade yeteneğinde önemli derecede azalma veya kayıp ile işlenen suç arasında ne-

274 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 327. Uygulamanın bu yönde olmadığına ilişkin değerlendirme için bkz. İçel, s. 386.

275 İçel, s. 385; Akbulut, s. 653. Örneğin, şizofreni denilen akıl hastalığı halinde, kişide düşünce bozukluğu bulunmakta olup, kişi düşündüğü şeylerin kendisine emredildiğini zannetmektedir. Bu hastalıkta ayrıca işitme ve görme halüsinasyonları görülmektedir. Bu halüsinasyonların etkisinden kaynaklı kişi saldırgan hareketlere girişebilmektedir (Özgenç, s. 476). Kişi ani olarak saldırgan hareketlere girişebilmekte ve sebepsiz olarak bir suç türünü işleyebilmektedir. Affektif psikozlarda ise neşe ve keder şeklinde ruh gösterilerinin patolojik artışları söz konusudur ve bu durumlar belli zaman aralıklarıyla ortaya çıkarlar. Nöbetler arasındaki evrede ise hasta tamamen normale döner. (Ünver, s. 15 vd.). Benzer şekilde epileptik kişilerde ceza sorumluluğunun ne şekilde olacağına ilişkin ayrımda bir epilepsi psikoza veya epilepsi demansı içinde bulunmayan ve epileptik karakter de taşımayan failin gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı ceza sorumluluğunun tam olduğu belirtilmiştir (Ünver, s. 133). “... *Temyiz dilekçesi ekinde dosyaya sunulan, başka bir dosyada yapılan yargılama sırasında, ... .. Psikiyatri Merkezinden alınan 25/04/2014 ile 03/11/2015 tarihli raporlarda, sanığa paranoid Şizofreni tanısı konulduğu, Ankara Numune Hastanesinden alınan 25/04/2016 tarihli raporda ise “adı geçenin takipli şizofreni hastası olduğu gözönüne alınarak, suç tarihinde ve halen ceza ehliyetini etkileyen şizofreni hastalığının olduğu ve TCK’nın 32/1 bağlamında değerlendirilmesinin uygun olduğunun” belirtildiğinden, ayrıca sanık tarafından sunulan özel boylam psikiyatri hastanesinden alınan durum bildirir raporu gereğince, suç tarihi itibarıyla TCK’nın 32. maddesi uyarınca, “akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı” konusunda yöntemince sağlık kurulu raporu alınarak, sonucuna göre hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, (...)*Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2016/15595 K. 2018/14761 T. 12.11.2018, www.legalbank.com, (02.01.2023).

276 Özgenç, s. 458.

277 Ünver, s. 90.

278 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 329.

279 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 633.

280 Ünver, s. 117.

densellik bağının bulunduğu açıktır. Bu husus, MBPS kapsamında da oldukça önemlidir. Zira bu tür olaylar bakımından, istismarı gerçekleştiren kişilere yönelik farklı ruhsal bozukluk tanıları konulduğu tespit edilmiştir. Tıp bilimi verileri çerçevesinde bu ruhsal bozuklukların istismarı gerçekleştiren kişinin algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkilerinin belirlenmesinden sonra, gerçekleştirdiği fiiller ile olan ilişkisi hukuk alanı açısından incelenecektir ki bu aşamada kişinin gerçekleştirdiği fiil açısından kusurlu olup olmadığına karar verilecektir<sup>281</sup>.

Konuyla ilişkili olarak kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen hal kapsamında geçici nedenlerin ele alınması gerekir. Geçici nedenler, akıl hastalığı düzeyine ulaşmamakla birlikte<sup>282</sup>, herhangi bir nedenin kişinin geçici olarak kusur yeteneğini etkilediği durumlar<sup>283</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Doktrinde bu nedenlerin önceden tespit edilme imkânı olmadığı<sup>284</sup> belirtilmekle birlikte, geçici nedenlere örnek olarak gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar, ateşli hastalık, istemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alma, uyku hali, hipnotizma halleri verilmektedir<sup>285</sup>. Madde gerekçesinde de benzer bir açıklamaya yer verilmiş olup, “*Kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırmaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir. MBPS kapsamında gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar önemlidir, zira yukarıda belirttiği üzere özellikle anne tarafından gerçekleştirilen bu tür fiillerin bazılarında anne doğum travması veya doğumla ilgili komplikasyon yaşamakta ve bunun etkisi altındayken çocuğa yönelik istismar fiilini gerçekleştirmektedir.

Geçici nedenlerin kusurluluk bakımından etkisine TCK md. 34’te yer verilmiştir. Düzenleme, “*Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.*” şeklinde olup, akıl hastalığına paralel bir sonucun<sup>286</sup> kabul edildiği görülmektedir. Geçici nedenler kişinin işle-

281 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 327.

282 Nitekim Ünver, bir akıl hastalığı olmayan ahlak deliliği, kiskançlık, sabit fikir halini almamış ihtirasların varlığı halinde bunların akıl hastalığı olarak değerlendirilemeyeceğini, eğer geçici nedenler kapsamında kabul edilebilecekse, bu kapsamda dikkate alınabileceklerini belirtmiştir. Ünver, s. 114.

283 Akbulut, s. 657; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 636.

284 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 331.

285 Akbulut, s. 657. Geçici neden kapsamında yağın psikolojisi hakkında bilgi için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 638.

286 Burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza verilmeyen faile, akıl hastalığından farklı olarak,



diği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ortadan kaldırmamış ya da bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltmamışsa fail işlediği suçun tam cezasıyla cezalandırılacak ve geçici neden ancak somut cezanın belirlenmesinde etki edebilecektir<sup>287</sup>.

Akl hastalığı ile geçici nedenlerin kesişim noktası olarak kabul edilebilecek alkol ve uyuşturucu madde kullanımına bağlı olarak algılama ve irade yeteneğinin azalmasına ayrıca yer verilmelidir. Alkol veya uyuşturucu maddelerin devamlı kullanılması kişinin ruh sağlığı üzerinde olumsuz etki yapmakta ve buna bağlı olarak kusur yeteneğini etkileyebilmektedir<sup>288</sup>. Bununla birlikte alkol veya uyuşturucu madde iradi olarak alınmışsa, TCK md. 34/2'ye göre kusurluluğu azaltan veya kaldıran bir neden olarak kabul edilemez<sup>289</sup>. Bu nedenle geçici nedene kasten veya taksirle sebep olan failin, fiili işlediği sırada kusur yeteneği varmış gibi cezalandırılması söz konusu olacaktır<sup>290</sup>. Ancak kronik hale gelen alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ayrıca ele alınmalıdır, zira akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>291</sup>. Kronik hale gelen alkol

---

güvenlik tedbiri yaptırımının da uygulanamayacak olmasıdır. Geçici nedenlerden kaynaklı olarak failin kusur yeteneği geçici olarak ortadan kalktığı ve kişi toplum bakımından tehlikelilik arz etmediği için güvenlik tedbiri uygulamasının amaçsız kaldığı ifade edilmektedir. Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 332.

287 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 639; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 332.

288 Özgenç, s. 486.

289 Nitekim madde gerekçesinde söz konusu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Kişi, alkol veya uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemesine rağmen, yanılarak bu maddeleri almış olabileceği gibi, alkol veya uyuşturucu madde almaya zorlanmış da olabilir. Gerek bilmeyerek gerek zorla alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisindeyken işlenen suç açısından kişinin kusur yeteneği bulunmamaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, geçici bir neden olarak istemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alınması dolayısıyla failin taksirinin dahi olmaması gerekir. (...) Kişi, önceden kararlaştırdığı suçu işlemeye başlamadan önce, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde alabilir. Keza, kişi herhangi bir suç işlemeyi kastetmediği halde, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde almış ve bu maddelerin etkisinde iken bir suç işlemiş olabilir. Bu durumlarda, işlediği suç açısından kişinin kusur yeteneğinin var olduğu kabul edilir.” Geçici nedenin ceza sorumluluğuna etki edebilmesi için, bu nedenin meydana gelmesinde failin taksirinin dahi bulunmaması şartına ilişkin değerlendirme için bkz. Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 332 vd.

290 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 332.

291 Ünver, s. 148; Özgenç, s. 486; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 342. Burada alkol bağımlılığının hepsinin akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. Özellikle madde kullanım bozukluklarında kişi madde kullanmaya yönelik güçlü bir isteği bulunmakla birlikte, bu kişiler alkol veya madde kullanımının yol açtığı bozukluklara sahip kişilerden farklıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, s. 661. Yargıtay, bağımlılık durumunun akıl hastalığı boyutunda olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiğini kabul etmektedir. “Mahallenin muhtarı olan Muhammet’in soruşturma aşamasında alınan beyanında, sanığın akli dengesinin yerinde olmadığını ileri sürmesi ve ... t.li tutanakta sanığın alkol bağımlısı olup, tedaviye ihtiyaç duyduğunun belirtilmesi karşısında, TCK’nın 32. maddesi uyarınca sanığın suçu işlediği sırada alkol bağımlısı olup olmadığı ve akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama

veya uyuşturucu madde bağımlılığı, devamlı olarak bedensel veya ruhsal tahribatin söz konusu olduğu patolojik bir haldir<sup>292</sup>. Alkol veya madde bağımlılığı iradi olarak gerçekleşse dahi, bu kişilerin kusurlarından söz edilemeyecektir<sup>293</sup>. Konu bağlamında TCK md. 57/7 düzenlemesine<sup>294</sup> değinilmesi gerekir. Hükme göre; “Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir”. MBPS kapsamında çocuğun bakımından sorumlu kişinin alkol bağımlılığının niteliği, kusurluluğuna etkisinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Her türlü alkol bağımlılığı, akıl hastalığı kapsamında değerlendirmeyi sonuçlamadığından, bunun kişinin algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisinin belirlenmesi gerekmektedir.

## Sonuç

Başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk ortaya çıkardığı sonuçlar itibarıyla, tıp bilimini ilgilendirdiği kadar hukuk bilimini açısından da değerlendirmeyi gerekli kıldığından; çalışma, konunun ceza hukuku kapsamında çok yönlü şekilde incelenmesine yönelmiştir. Çocuk istismarının az görünen şeklini oluşturmasının yanı sıra durumun hukuki değerlendirmesine ilişkin yeterli çalışma bulunmadığından, tıp bilimi çerçevesinde kavrama açıklık getirilmiştir. Tıp bilimine ilişkin çalışmalardan sadece bu noktayla ilişkili olarak yararlanılmamış ayrıca gerçekleşme şekillerine ilişkin vaka örneklerine ulaşılmıştır. Bu husus, söz konusu durumun ceza hukuku kapsamında suç tipleri ile ilişkilendirilmesi bağlamında temel teşkil etmiştir.

Çocuk istismarının bir türü olan başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu çocuğun bakımından sorumlu kişinin çocukta hastalık belirtileri oluşturması veya bunları taklit etmesi ya da çocuğun hastalık geçmişine ilişkin gerçek dışı bilgiler vermek suretiyle çocuğa sürekli şekilde tıbbi müdahale

*ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırarak veya önemli ölçüde azaltacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, CMK'nın 74. maddesine göre gözlem altında tutulup yöntemine uygun olarak raporla saptandıktan sonra, sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken, eksik kovuşturma ile mahkumiyetine karar verilmesi” Y. 18. CD. 14.04.2016, E. 2015/22434, K. 2016/7829'dan aktaran Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 642, dn. 266.*

292 Ünver, s. 148.

293 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 641.

294 Düzenlemeye yönelik eleştiri ve öneriler için bkz. Akbulut, s. 662.

le uygulanmasına sebep olması ve buna bağlı olarak çocuğa bizzat ve sağlık personeli aracılığıyla zarar verilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Çocuğa zarar veren davranışların bulunması nedeniyle, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk kapsamında hukuksal değer olarak, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, insan onuru, hareket özgürlüğünün ihlal edilmesine yönelik tehlileden söz edilmesi gerekmektedir.

İlgili durum, tek seferde gerçekleşen fiile ve zarar verici davranışların tek kişi tarafından gerçekleştirilmesine indirgenemeyecek şekilde karmaşık bir sürece yayılmaktadır. Söz konusu durumun karakteristik özelliği olarak kabul edilen benzer davranışların tekrarlanması suretiyle çocuğa zarar verilmesinin haksızlık yoğunluğunu etkileyen husus, tüm bunların kasten gerçekleştiriliyor olmasıdır. Tıp bilimi çerçevesinde çocuğun bakımından sorumlu kişinin bu tür davranışları hangi saik veya amaçla gerçekleştirdiğinin ya da bu tür davranışlarının sahip olduğu psikolojik bozukluklardan kaynaklanmasının ceza hukuku kapsamında ortaya çıkan haksızlığın gerçekleşmesine yönelik etkisi bulunmamaktadır. Bu dayanak noktasından hareketle, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluğun gerçekleşme şekli itibariyle fiil bakımından özellik arz ettiği, gerçekleştiren kişi itibariyle kusurluluk bakımından önem taşıdığı tespit edilmiştir. Fiil bakımından özellik arz etmesi, gerçekleşme şekline bağlı olarak birden fazla suç tipiyle ilişkili olabilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sözü edilen durum tek bir suç ile ilişkili olarak ele alınamamaktadır. Bu yönüyle kötü muamele, yaralama, eziyet ve öldürme suçları ekseninde değerlendirmelerde bulunulmuştur. İlgili suçların tipik hareketleri göz önünde bulundurularak, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumunun istisnaları bulunmakla birlikte belli bir sürece yayılarak gerçekleşmesi ve sistematiklik arz etmesi ve çocuğun bakımından sorumlu kişinin bu davranışları çocuğu araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi nedeniyle eziyet suçunun ön plana çıktığı görülmektedir.

Tıp bilimi çerçevesinde başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumuna ilişkin araştırmalar sadece bu durumun ne şekilde gerçekleştiği ile sınırlı kalmayıp, çocuğun bakımından sorumlu kişinin tıbbi durumuna da yönelmiştir. Bu kapsamda ileri sürülen tespitler, ceza hukuku anlamında kusurluluk bağlamında önem arz etmekte olup, akıl hastalığı ve geçici nedenler çerçevesinde yapılan değerlendirmede, bunların söz konusu davranışları gerçekleştiren kişinin algılama ve irade yeteneğine yönelik etkilerinin belirlenmesi gereğine dikkat çekilmiştir. Kişinin kusurluluğunu etkileyen bir sebep kapsamında hareket etmesinin her zaman cezasızlık sonucunu ortaya çıkarmayacağı, bazı durumlarda sadece cezada indirim sebebi olarak dikkate alınacağı vurgusu üzerinden, başkası tarafından dayatılan yapay bozukluk durumu değerlendirilmiştir.

## KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Adalet, Ankara, 2022.
- Akpınar, Ayşe, “Munchausen By Proxy Syndrome”, *Journal of Scientific Perspectives*, Cilt 5, 2021, s. 199-209.
- Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Adalet, Ankara, 2022.
- Aytekin-İnceoğlu, Asuman, “Kötü Muamele”, Ed. Köksal Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku - Cilt VII Genel Ahlakla Karşı Suçlar - Aile Düzenine Karşı Suçlar (TCK m. 224 - 234)*, İstanbul, 2020.
- Birtek, Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt X, Sayı 1, 2015, s. 63-106.
- Bauer, Keith A., “Covert Video Surveillance of Parents Suspected of Child Abuse: The British Experience And Alternative Approaches”, *Theoretical Medicine*, Cilt 25, 2004, s. 311-327.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 4. Bası*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Ekici-Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Erdoğan, Ergun, “Çocuk İstismarı”, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/MAKALE/M4535.pdf>, (10.12.2022).
- Feyzioğlu, Metin, “Terbiye Ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 1, 2001, s. 41-53.
- Foto-Özdemir, Dilşad, “Yapay bozukluk/bakım verenin yapay bozukluğu olgularına psikodinamik bakış ve klinik yaklaşım: Bir gözden geçirme”, *Klinik Psikiyatri Dergisi*, Cilt 23, 2020, s. 503-517.
- Gill Abigail, “Updating the criminal law on child neglect: protecting children from severe emotional abuse”, *IALS Student Law Review I*, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 41-51.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s. 369-412.
- Griffith, James L., “The Family Systems of Munchausen Syndrome by Proxy”, *Fam Proc*, Cilt 27, 1998, s. 423-437.
- Grünwald, Anette, *Strafgesetzbuch Band 7/1 §§ 211-231 (Leipziger Kommentar)*, 12. Bası, De Gruyter, Berlin-Boston, 2019.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- İltaş, Yiğit, “Sarsılmış Bebek Sendromunun Türk Ceza Kanunundaki Bazı Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 206, 2022, s. 167-200.
- Kahan, Bernard; Yorker, Beatrice Crofts, “Munchausen Syndrome by Proxy: Clinical Review and Legal Issues”, *Behavioral Sciences and the Law*, Cilt 9, 1991, s. 73-83.

- Kangal, Zeynel Temel, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Kangal, Zeynel Temel, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı 4, 2011, s. 223-251.
- Kara, Bülent; Biçer, Ümit; Gökalp, Ayşe Sevim, “Çocuk İstismarı”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Cilt 47, 2004, s. 140-151.
- Kaufman, Keith L.; Coury, Daniel, “Munchausen Syndrome By Proxy: A Survey Of Professionals’ Knowledge”, *Child Abuse & Neglect*, Cilt 13, 1989, s. 141-147.
- Koca, Mahmut; Üzülmmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.
- Koca, Mahmut; Üzülmmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Adalet, Ankara, 2022.
- Kuru, Onur, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-İNÜHFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s. 491-500.
- Meadow, Roy, “Different interpretations of Munchausen Syndrome by Proxy”, *Child Abuse & Neglect*, Cilt 26, 2002, s. 501-508.
- Murray, John B., “Munchausen Syndrome/Munchausen Syndrome by Proxy”, *The Journal of Psychology*, Cilt 13, Sayı 3, 1997, s. 343-352.
- Noyan, M. Aşım, “Yapay Bozukluklar”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 2000, s. 162-173.
- Nuzhat, Abdurrachid; Gama, Marques João “Munchausen syndrome by proxy (MSBP): a review regarding perpetrators of factitious disorder imposed on another (FDIA)”, *CNS Spectrums*, Cilt 27, Sayı 1, 2022, s. 16-26.
- Önok, Murat; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, Ed. Nur Centel, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Özer, Özlem; Taştan, Kenan; Set, Turan; Çayır, Yasemin; Şener, Mustafa Talip, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar”, *Dicle Tıp Dergisi*, Cilt 42, Sayı 3, 2015, s. 394-397.
- Özgenci, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Parzeller, M.; Zedler, B.; Bratzke H.; Dettmeyer R., “Körpverletzung, Aussetzung und Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Kindern”, *Rechtsmedizin*, Cilt 20, 2010, s. 179-187.
- Polat, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I Tanımlar*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Samuels, Martin P., “The Detection of Munchausen Syndrome by Proxy”, (Ed.) Gwen Adshead, Deborah Brooke, *Munchausen’s Syndrome By Proxy: Current Issues In Assessment, Treatment And Research*, Imperial College Press, 2001.
- Sigal, Mircea D.; Altmark, David; Carmel, Itzhak, “Munchausen Syndrome by Adult Proxy: A Perpetrator Abusing Two Adults”, *The Journal of Nervous and Mental Disease*, Cilt 174, Sayı 11, 1986, s. 696-698.

- Staubli, G., “Kindesmisshandlung”, *Notfall Rettungsmedizin*, Cilt 8, 2007, s. 579-584.
- Şenocak, Zarife, “Çocuğun Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 65-80.
- Taylor, Debbie; Nicholls, Michael, “Munchausen’s Syndrome by Proxy-The Legal Perspective”, (Ed.) Gwen Adshead, Deborah Brooke, *Munchausen’s Syndrome By Proxy: Current Issues In Assessment, Treatment And Research*, Imperial College Press, 2001.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.
- Tümer, Ali Rıza; Balseven-Odabaşı, Aysun; Foto-Özdemir, Dilşat; Mutlu, Erdem İlker; Kaynak, Ayşe Derya, “Çocuk İstismarı’nın Ağır Bir Türü: Bakım Veren Yapay Bozukluğuna (Munchausen By Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 6, 2015, s. 581-608.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, 1989.
- Vollaro, Tracy, “Munchausen Syndrome by Proxy and its Evidentiary Problems” *Hofstra Law Review*, Cilt 22, Sayı 2, 1993, s. 494-520.
- Walters, Ilana C.; MacIntosh, Rachel; Blake, Kim D., “A case report and literature review: Factitious disorder imposed on another and malingering by Proxy”, *Paediatrics & Child Health*, Cilt 25, Sayı 6, 2020, s. 345-348.
- Yates, Gregory; Bass, Christopher, “The perpetrators of medical child abuse (Munchausen Syndrome by Proxy) - A systematic review of 796 cases”, *Child Abuse & Neglect* Cilt 72, 2017, s. 45-53.
- Yıldız, Mehmet Emre, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Adalet, Ankara, 2020.
- Yokuş-Sevük, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXXI, Sayı 1, 2013, s. 1273-1290.
- Yurteri-Tiryaki, Aybüke; Baran, Gülen, “Bir Çocuk İstismarı Türü Olarak “Munchausen By Proxy Sendromu”, *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2017, s. 107-124.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Zafer, Hamide, “Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 1, 2009, s. 119-172.
- Ziyalar, Neylan, *Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme*, Seçkin, Ankara, 2020.

## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi\*

## Termination of Employment Agreement With Mutual Rescission

Cansu KULAÇ\*\*

### ÖZ

Mevzuatımızda düzenlenmeyen ikale sözleşmesi, uygulamada işverenler tarafından, işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasını engelleme amacıyla sıklıkla başvurulan, iş sözleşmesini sona erdirmeye hallerinden biridir. Temelini sözleşme özgürlüğü ilkesinden almaktadır. İşçi ve işveren bu ilke çerçevesinde karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları ile iş sözleşmesini sona erdirebilirler. İkale kapsamında her ne kadar karşılıklı birbirine uygun irade beyanları aranmaktaysa da işçinin işverenden sosyal ve ekonomik yönden daha zayıf olması sebebiyle, işçi kimi zaman işini kaybetme, kimi zaman ise işçilik haklarından yoksun kalma korkusuyla iradesini tam olarak yansıtamamaktadır. Bu bağlamda, Yargıtay ve doktrin uyarınca ikale sözleşmesinin geçerli olabilmesi için makul yarar ölçütünün yerine getirilmiş olması gerekir ve bu doğrultuda işçinin makul yararının sağlanmadığı hallerde, ikalenin geçersizliği gündeme gelir. Ancak, ikale ile ilgili mevzuatımızda bir düzenleme olmadığından ve başkaca kurumlarla da benzerlik gösterdiğinden iş hukuku kapsamında iş sözleşmelerine olan etkisini değerlendirmek, sözleşme taraflarının menfaatini sağlamak açısından oldukça önemlidir. Bu sebeple çalışmamızda ilk olarak ikale sözleşmesinin tanımı ve hukuki niteliği anlatılacak, daha sonra benzer kurumlarla karşılaştırılarak ikalenin iş sözleşmesine etkisi değerlendirilecek ve son bölümde, de lege ferenda olarak ikale sözleşmesine ilişkin bilgi verilerek, olan ve olması gereken hukuk bağlamında Türk İş Hukukunda ikalenin iş sözleşmesine etkisi anlatılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İkale, iş hukuku, iş sözleşmesi, makul yarar, sözleşme özgürlüğü.

### ABSTRACT

The mutual rescission agreement, which is not regulated in our legislation, is the termination of an employment contract that is frequently used by employers in order to prevent the employee from benefiting from the provisions of job security. It is based on the principle of freedom of contract. Within the framework of this principle, the worker and the employer may terminate the employment contract

\* Makale gönderim tarihi: 16.01.2023. Makale kabul tarihi: 30.06.2023. Cansu Kulaç "İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 383-413, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.1>.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, [cansu.kolot@windowslive.com](mailto:cansu.kolot@windowslive.com),

<https://orcid.org/0000-0002-8526-6056>.

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.



with their mutual consent. In line with the principle of the Labor Law to protect the worker, who is in a weaker social and economic situation than the employer, the Supreme Court and the doctrine have brought a reasonable benefit criterion and the principle that the rescission will be invalid in cases where the reasonable benefit of the worker is not provided has become established. Since the mutual rescission agreement is similar to other institutions, it is very important to evaluate its effect on employment contracts in order to ensure the interests of the contracting parties. For this reason, in our study, after explaining the definition and legal nature of the mutual rescission agreement, it will be compared with similar institutions and the effect of the mutual rescission agreement on the employment agreement will be evaluated.

**Keywords:** Mutual rescission, labor law, employment contract, freedom of contract, reasonable interest.

---

## Giriş

İş güvencesi hükümleri sonucunda işverenler işe iade davalarıyla ve yüksek miktarda tazminat ödeme zorluğuyla karşı karşıya kalmaktadırlar. İşverenler bu durumu bertaraf edebilmek için iş sözleşmesini sona erdirirken sıklıkla ikale sözleşmesi akdetme yoluna gitmektedirler. İkale sözleşmesi ile işveren ve işçi anlaşarak, iş sözleşmesini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere aykırı olmamak koşuluyla, sona erdirebilmektedirler ve bu durum, işveren açısından daha az tazminat ödeme ve işe iade davasıyla karşı karşıya kalmama ihtimali demektir. İşçi açısından da daha kısa sürede iş sözleşmesinin sona erebilmesi gibi bazı avantajlarının olduğu düşünüldüğünde ikale, işçilerin de zaman zaman başvurduğu bir kurum haline gelmiş ve böylece iş sözleşmesini ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırma uygulaması artmıştır.

İkale her ne kadar sözleşme özgürlüğü prensibinde temel bulan bir sözleşme ise de İş Hukuku kapsamında işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi ne şekilde etkilediği önem taşımaktadır. Mevzuatımızda ikaleye ilişkin bir düzenleme olmadığından, ikalenin uygulaması hususunda doktrin görüşleri ve özellikle Yargıtay uygulamaları büyük rol oynamaktadır. İş sözleşmesini ortadan kaldırma gibi önemli bir sonuca hizmet eden ikale kurumunun doğru yorumlanması, işveren ve özellikle işçi menfaatlerinin korunması açısından oldukça önemlidir.

## I. İkale Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

### A. Genel Olarak

İkale kelimesinin kökeni Arapça'dır ve kurulmuş bir sözleşmenin taraflarının anlaşarak o sözleşmeyi ortadan kaldırmasını ifade eder<sup>1</sup>. Bu bağlamda, ikaleyi işçi ve işveren arasında yapılan, iş sözleşmesini sona erdirmeyi amaçlayan bir sözleşme olarak tanımlayabiliriz<sup>2</sup>. Yargıtay ise kararlarında ikaleyi “sözleşmenin doğal yollar dışında, tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem” olarak değerlendirmektedir<sup>3</sup>.

İkale her ne kadar iş ilişkisini sona erdiren bir sözleşme olsa da İş Kanunu'nda ya da TBK'da ikale ile ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak sözleşme özgürlüğünün İş Hukuku'ndaki bir görünümü olarak taraflar her zaman anlaşarak, belirli süreli ya da belirsiz süreli fark etmeksizin, iş sözleşmesini sona erdirebilirler<sup>4</sup>. Yargıtay kararlarında da ikale, anayasal haklardan olan sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak değerlendirilmektedir ve iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenin bu kapsamda, serbest iradeleriyle iş sözleşmesini sona erdirebilecekleri kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Ayrıca Yargıtay'ın ikale yerine bozma veya bozma sözleşmesi kavramlarını da kullandığını ifade etmek gerekir<sup>6</sup>.

İkale, işçi ve işverenin karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile oluşması sebebiyle bir hukuki işlemdir ve bu kapsamda, işleme katılanların işçi ve işveren oldukları düşünüldüğünde, iki taraflı karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir<sup>7</sup>. Yargıtay bir kararında her ne kadar ikaleyi “işçi ve işveren irade-

- 1 Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Esra Baskan, *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 74.
- 2 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 174; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı, Ulaş Bay-sal, *İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku*, Cilt 1, 6. Baskı, Lykedion Yayınları, Ankara, 2022, s. 2; Burcu Melekoğlu-Keser, *İkale ve İbra Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 11.
- 3 Yarg. 22 HD., 26.06.2018, 2018/8116 E. 2018/15496 K.; Yarg. 9 HD., 16.04.2018, 2017/24377 E. 2018/8698 K.; Yarg. 9 HD., 06.03.2017, 2016/6410 E. 2017/3118 K.; Yarg. 22 HD., 22.01.2013, 2012/10506 E. 2013/243 K. (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi: 07.11.2022).
- 4 Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 229; Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu*, Legal Yayıncılık, 2014, s. 240; Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2021, s. 293; Deniz Ugan-Çatalkaya, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinden Sonra Yapılan Sulh Sözleşmesi ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararının Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 168.
- 5 Yarg. 9 HD., 17.04.2017, 2016/10591 E. 2017/6652 K.; Yarg. 9 HD., 21.04.2008, 2007/31287 E. 2008/9600 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).
- 6 Yarg. 9 HD., 08.01.2019, 2018/4949 E. 2019/328 K.; Yarg. 9 HD., 10.12.2018, 2018/9045 E. 2018/22754 K.; Yarg. 9 HD., 28.11.2018, 2015/27209 E. 2018/21812 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).
- 7 Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 29.

lerin fesih konusunda birleşmesi sonucu iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme” olarak tanımlamışsa da bu tanımlama yerinde değildir<sup>8</sup>. İşçi ve işveren arasında kurulan ikale sözleşmesinde fesih amacıyla birleşen irade beyanlarından değil, iş sözleşmesini sona erdirmeye niyetiyle uyuşan karşılıklı irade beyanlarından söz edilebilir.

Hukuki niteliği itibarıyla TBK hükümlerine tabi olan ikale, sözleşmeden doğan hakların doğrudan etkilenmesi ya da ortadan kalkması gibi özellikler gösterdiğinden bir tasarruf işlemidir<sup>9</sup>. İkale ile beraber işçi iş sözleşmesinin devamından ve işinden (hatta kimi zaman işçilik alacaklarının bir kısmından) vazgeçer, işveren de işçiye tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer. Ancak ikale kapsamında iş sözleşmesinin sona erme tarihinin ileri bir tarih olarak öngörüldüğü hallerde burada tasarruf değil taahhüt işleminin olduğunu söylemek daha doğru olacaktır<sup>10</sup>.

## B. İkalenin Kurulması ve Geçerlilik Koşulları

### 1. İkalenin kurucu unsurları

İkalenin kurulması için sona erdirilmek istenen iş sözleşmesinin tarafı olmak gerekir. Bu bağlamda iş sözleşmesine taraf olmaya yetkili olanlar, ikale sözleşmesi akdetmeye de yetkilidirler. Bunun için tarafların tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları incelenecektir<sup>11</sup>. TBK md. 12 uyarınca sözleşmeler hiçbir şekle bağlı değildir. İkalenin şekline ilişkin bir düzenleme de olmadığından yazılı ya da sözlü yapılması geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak bir görüşe göre, eğer ki iş sözleşmesi şekle bağlı ise TBK md. 13 uyarınca ikale de bu özel şekle göre kurulmalıdır<sup>12</sup>.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi ikale öneri ve kabul ile kurulur<sup>13</sup>. Bu kapsamda öneri ve kabul iradeleri açık ya da örtülü olabilir<sup>14</sup>. Yargıtay iradenin örtülü olup olmadığı hususunu değerlendirirken işçi ve işverenin iş sözleşme-

8 Yarg. 9 HD., 21.04.2008, 2007/31287 E. 2008/9600 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 07.11.2022).

9 Ali Naim İnan, Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 144.; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 11.

10 Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 308.

11 Serkan Elmas, “Türk İş Hukukunda İkale”, *Kamu İş Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, s. 90.

12 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 232; Zelar Narçin-Tosun, “İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 107, 2015, s. 15

13 Yarg. 9 HD., 21.04.2008, 31287 E. 9600 K. bkz. Mustafa Kılıçoğlu, *İlke Kararları Işığında İş Hukuku Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 226-227.

14 Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 441.

sini sona erdirmeye ilişkin iradelerinin şüpheye yer vermeyecek nitelikte olmasını arar<sup>15</sup>. Buna ilişkin bir kararında işverenin işletmesel kararlar sebebiyle işçi çıkaracağına ilişkin ilanı panoya asmış olmasını öneri olarak yani ikale tekli olarak değerlendirmiştir<sup>16</sup>.

İkalenin geçerliliği bakımından en önemli husus, işçi ve işverenin iradelerinin özgür olmasıdır<sup>17</sup>. Bu şekilde tarafların özgür iradelerinin varlığı halinde bunların uyuşması aranacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında ikalenin sözleşme niteliği sebebiyle TBK genel hükümler kapsamında değerlendirilmesini ve işçi ile işverenin irade beyanlarının uygunluğu incelenirken objektif ve subjektif esaslı noktalar ayrımı yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>18</sup>. Taraflardan biri için subjektif esaslı unsur niteliğini taşıyan hususun sözleşmede düzenlenmemiş olması halinde ise ikalenin kurulmamış olacağını ifade etmiştir. Doktrinde objektif esaslı unsurlardan en önemlisi iş sözleşmesinin sona ereceği tarihin düzenlenmesi olarak kabul edilir<sup>19</sup>. Makul yarar ölçütünün de İsviçre ve Amerikan hukuklarındaki uygulamayla doğru orantılı şekilde objektif ölçüt olarak değerlendirmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>20</sup>. Tarih ve makul yarar dışında kalan hususlardan sözleşme taraflarının kim olduğu unsuru da subjektif esaslı unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Önerinin hangi taraftan geldiği önem taşımaktadır. İkale uygulamasının 4857 sayılı Kanunun ve dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte arttığı düşünüldüğünde, işverenlerin işçilerin aleyhine olacak şekilde iş güvencesi hükümlerini dolanma saikiyle hareket etmeleri muhtemeldir. Bu doğrultuda ikalenin sözleşme serbestisi kapsamında işçinin özgür iradesiyle kurulup kurulmadığının denetimini yaparken Yargıtay, sıklıkla önerinin kimden geldiğini incelemektedir<sup>22</sup>. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında işçinin kıdem tazminatı, yıllık izin ücretleri ve bir miktar pri-

15 Yarg. 22 HD., 22.12.2011, 2011/4403 E. 2011/7992 K.; Yarg. 22 HD., 13.01.2014, 2013/37045 E. 2014/3 K.; Yarg. 7 HD., 02.10.2013, 2013/22540 E. 2013/15991 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 07.11.2022).

16 Yarg. 9 HD., 27.03.2019, 2019/2672 E. 2019/6911 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

17 Güzel, *İş Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 195.

18 Yarg. HGK, 11.02.2021, 2016/(22)9-2367 2021/71 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 07.11.2022).

19 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 51.

20 Mustafa Alp, "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Cilt 5, Sayı 17, s. 27.

21 Serkan Taylan Karaç, *Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 393.

22 Hasan Ali Özyörük, *İkale Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 35-37.

min tarafına ödenmesi şartıyla işyerinden ayrılmak istediğine ilişkin dilekçeyi işçiden gelen ikale teklifi olarak kabul etmiştir<sup>23</sup>. Başka bir kararında ise işçinin işverenden kıdem ve ihbar tazminatı ile işçilik alacakları talebinin ikale önerisi olarak kabul edilemeyeceğini, bu değerlendirme yapılırken işçi yararına yorum ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden iş sözleşmesinin ikale ile değil fesih işlemi sonucu ortadan kalktığını belirtmiştir<sup>24</sup>.

## 2. İkalenin geçerlilik koşullarının yargı organı tarafından denetimi

### a. İrade bozukluğuna ilişkin denetim

İkalenin geçerliliğinden söz edebilmek için TBK md. 27 kapsamında emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun, konusu imkansız olmayan bir sözleşmenin akdedilmiş olması gerekir. Bunun yanında TBK md. 30 vd. düzenlenen yanılma, aldatma ve korkutma olarak sıralanan irade bozukluğu hallerinden birinin de söz konusu olmaması gerekir. Yanılma, açıklanan iradenin aslında sözleşme tarafının gerçek arzusunu yansıtmadığı, beyan ve iradenin uyumsuz olduğu durumlarda söz konusu olur<sup>25</sup>. Örnek vermek gerekirse işçinin iş sözleşmesi feshedildikten sonra tasfiye sözleşmesi imzalama niyetinde olmasına rağmen iradesini ikale sözleşmesi olarak beyan etmiş olması ya da çıkış belgesini imzaladığını düşünerek kendisine önerilen ikale sözleşmesini imzalamış olması yanılma olarak değerlendirilebilir<sup>26</sup>.

Aldatma ise ikale taraflarından birinin, diğer tarafta doğru olmayan bir kanaat uyandırması ya da yanlış kanaate sahip olan tarafın, bu yanlışını devam ettirmesine müsaade etmek şeklinde ifade edilebilir<sup>27</sup>. Yargıtay bir kararında, işverenin işçiye emekliliğinin geldiğinin ve işten çıkarılacağına bildirilmesi akabinde, işçi ve işveren arasında imzalanan ikalenin geçersizliğine karar vermiştir. Gerekçesi ise, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçi, Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmasına rağmen, yaş koşulu şartı yerine getirilmediği için işçinin yaşlılık aylığına hak kazanamamış olmasıdır. Yargıtay bu durumu işverenin işçiye aldatması olarak değerlendirmiş ve ikaleyi geçersiz kabul et-

23 Yarg. 22 HD., 13.01.2014, 2013/37045 E. 2014/3 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

24 Yarg. 22 HD., 22.01.2013, 2012/10506 E. 2013/253 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

25 Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 352; Hatemi, Gökyayla, s. 98.

26 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 168.

27 Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 285; Hatemi, Gökyayla, s. 106.

miştir<sup>28</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi ise bir kararında işverenin açıklama yükümlülüğü olan hususlarda susmasını aldatma olarak değerlendirmiş ve ikalenin geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>29</sup>.

İkalenin taraflarından birinin, kendisinin ya da yakınlarından birinin kişilik haklarına veya malvarlığına ilişkin bir tehlikenin doğduğuna haklı olarak inanası söz konusuysa burada korkutma sebebiyle ikalenin geçersizliği söz konusu olacaktır<sup>30</sup>. Yargıtay bir kararında işverenin sosyal ve ekonomik anlamda üstün olan konumunu kullanarak işçiden anlaşma ile iş sözleşmesini sona erdirmeyi istemesini korkutma olarak kabul etmiş ve ikalenin geçersizliğine karar vermiştir<sup>31</sup>. İşverenin işçiyi iş sözleşmesini sona erdirmek için zorladığı ve tehdit ettiği hallerde işçinin tek geçim kaynağı olan ücretten mahrum kalma korkusu nedeniyle “gönülsüz rızası” ile yapılan ikaleler de geçersiz sayılmaktadır<sup>32</sup>. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işverenin, işçinin çocuklarının ileriki yıllarda işverenin işyerinde çalıştırılmayacağını söyleyerek gelecek kaygısına sebep olduğu olayda, işverenin beyanını kanaatimizce isabetsiz olarak somut bir baskı niteliğinde bulmayıp korkutma olarak kabul etmemiştir ve ikalenin geçerli olduğuna hükmetmiştir<sup>33</sup>. Yüksek Mahkeme 21.05.2018 tarihli bir kararında da yine işverenin işçiye yaptığı alacaklarının ödenmeyeceği baskısını irade fesadı olarak kabul etmemiştir<sup>34</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği, işçinin baskı sebebiyle iradesinin sakatlandığı hallerde bunu ispat külfetinin kendisinde olduğuna ve ispatlayamadığı için ikalenin geçerli olduğuna ilişkin hükmü kanaatimizce yerinde değildir<sup>35</sup>.

## b. Makul yarar açısından denetim

Yargı mercilerinin ikalenin geçerliliğine ilişkin yaptıkları incelemede değerlendirdikleri başlıca hususlar makul yarar, işverenin aydınlatma yükümlülüğü, işçinin eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu olarak sıralanabilir. Yargıtay kararları kapsamında makul yarar değerlendirmesi yapılırken işçiye ek

28 Yarg. 9 HD., 15.10.2012, 2012/16013 E. 2012/34430 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 07.11.2022).

29 BAG 14.02.1996 2 AZR 234/95 bkz. Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 179.

30 Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sayram Yayınları, Konya, 2021, s. 160; Hatemi, Gökayla, s. 107.

31 Yarg. 7 HD., 03.07.2013, 2013/16406 E. 2013/12573 K. bkz. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

32 Heper, s. 298.

33 Yarg. 22 HD., 02.11.2017, 2017/42625 E. 2017/24090 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

34 Yarg. 22 HD., 21.05.2018, 2018/5826 E. 2018/12590 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

35 Yarg. 9 HD., 25.03.2019, 2018/8244 E. 2019/6671 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

bir menfaatin sağlanması aranır ve bu da makul yarar olarak değerlendirilir<sup>36</sup>. Yargıtay bir kararında işçiye makul yarar sağlanmaksızın yapılan ikalede işverenin fesih iradesini gizlediğini, iş güvencesini dolanmayı amaçladığını ve bu şekilde kurulan ikalenin kanuna karşı hile olduğunu belirtmiştir<sup>37</sup>. İşçiyi koruma ilkesi gereği ikaleye ilişkin değerlendirme yaparken iş güvencesi hükümlerinin etkinliğinin ortadan kaldırılmasının amaçlanıp amaçlanmadığının incelenmesi gerekecektir<sup>38</sup>.

Kanuna karşı hile değerlendirmesi yapılırken en çok dikkat edilen husus, işverenin iş güvencesinin işçiye sağlayacağı haklardan yararlanmasını engelleme amacı taşıyıp taşımadığıdır<sup>39</sup>. Yargıtay bazı kararlarında ikale uygulamasının 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında yaygınlaştığını, bunun da iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesini ortaya çıkardığını, bu sebeple makul yarar denetiminin yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>40</sup>. Özellikle ikale önerisinin işverence yapıldığı hallerde işçinin sosyo-ekonomik anlamda işverenden daha zayıf olması nedeniyle uğrayacağı sonuçlar düşünülerek, işçinin hiçbir yarar elde etmeden ikale teklifini kabul etmesi işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmayacaktır<sup>41</sup>. Bu bağlamda makul yararın ne olduğu her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir<sup>42</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında işçinin şirketin organizasyon yapısında kariyer gelişimi için uygun fırsatlar bulamayacağını düşündüğünü ve bu nedenle kendisine kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin verdiği dilekçeyi ikale olarak kabul etmiş ve önerinin işçiden gelmesi sebebiyle ek menfaate gerek olmadığını belirtmiştir<sup>43</sup>. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin de buna paralel bir kararı mevcuttur<sup>44</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başka bir kararında ise önerinin işverenden gelmesi halinde kıdem ve ihbar tazminatı

36 Erdem Özdemir, "İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi", *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi*, Cilt 3, Sayı 3, s. 39.

37 Yarg. 9 HD., 12.07.2010, 2010/27811 E. 2016/7212 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

38 Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 241.

39 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 215-216.

40 Yarg. 9 HD., 20.04.2011, 2010/3302 E. 2011/12036 K.; Yarg. 9 HD., 21.04.2008, 2007/31287 E. 2008/9600 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

41 Heper, s. 301.

42 Güzel, *İş Sözleşmesinde Sona Erme*, s. 194.

43 Yarg. 9 HD., 25.02.2019, 2019/1863 E. 2019/4515 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

44 Yarg. 22 HD., 07.03.2018, 2018/1761 E. 2018/5945 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).



ödemelerinin tek başına makul yarar sağlamadığını belirterek ikale sözleşmesinin geçersizliğine hükmetmiştir<sup>45</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kullandığı ek menfaat kavramı kanaatimizce makul yarar anlamına gelmektedir ve önerinin işçiden gelmesi sebebiyle makul yarara gerek olmadığı değerlendirilmesi yerinde değildir.

Makul yarar kapsamında işçiye bir miktar tazminat ödenmesi işçinin korunması ilkesi gereğince gerekli görülmektedir<sup>46</sup>. Ancak bu tazminatın miktarının ne olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işe başlatmama ve çalışılmayan süreye ilişkin dört aylık ücret tutarının dikkate alınması gerekirken, başka bir görüşe göre ise iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçi için kıdem ve ihbar tazminatı, iş güvencesi kapsamındaki işçi için ise iş güvencesi tazminatının da ödenmesi gerekir<sup>47</sup>. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi bir kararında işçinin son maaşının brüt 3 aylığı tutarına gelen bir bedelin ödenmiş olmasını makul yarar kapsamında değerlendirmiştir<sup>48</sup>. İstanbul Bölge Adliyesi 28. Hukuk Dairesi ise bir kararında işçiye ikale kapsamında yapılan 2 aylık ücret tutarında ödemenin işçinin makul yararını karşılamadığından bahisle ikalenin geçersiz olduğunu belirtmiştir<sup>49</sup>. Başka bir görüşe göre ise makul yarar her zaman para ya da tazminatla karşılanmak zorunda değildir. Örneğin işverenin haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu bir durumda iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi makul yarar olarak değerlendirilebilir<sup>50</sup>.

45 Yarg. 9 HD., 20.05.2019, 2017/12343 E. 2019/11392 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

46 Mahmut Kabakçı, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 25, 2012, s. 123.

47 Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işe başlatmama ve çalışılmayan süreye ilişkin dört aylık ücret tutarının dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşle ilgili detaylı bilgi için bkz. Hasan Nüvit Gerek, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 4, 2011, s. 50. İşçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına göre değerlendirme yapan görüşle ilgili detaylı bilgi için bkz. Alp, s. 39-40.

48 İstanbul BAM 24 HD., 30.12.2020, 2020/2502 E. 2020/2484 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

49 İstanbul BAM 28 HD., 24.12.2020, 2020/2083 E. 2020/2298 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

50 Bu görüşe göre; ikale karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir ve işçi bu sözleşmeyle işinden vazgeçme borcu altına girerken, işveren de işçiye makul yarar sağlama borcu altına girer. Dolayısıyla işçiye makul yarar sağlamakla amaçlanan, işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesini sağlamaktır. Bunun için de her zaman para ya da tazminat gerekli olmayabilir. Detaylı bilgi için bkz. Serkan Taylan Karaç, “Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve ‘Makul Yarar’ Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 50, s. 390-405.

### c. Aydınlatma yükümlülüğü

Yargıtayın kararlarında ikalenin geçerlilik denetimine ilişkin yaptığı incelemelerden bir diğeri aydınlatma yükümlülüğüdür. Aydınlatma yükümlülüğünün temeli işçiyi gözetme borcuna dayanır<sup>51</sup>. Bir görüşe göre ise bunun temeli dürüstlük kuralıdır<sup>52</sup>. Alman Hukukunda ise bu yükümlülük sözleşme öncesi görüşmelerdeki sorumluluğun bir yansıması olarak kabul edilir<sup>53</sup>. Doktrinde genel kabule göre ikale önerisi işçiden geliyor ise ve ikalenin kurulmasında işçinin menfaati varsa bu durumda işverenin aydınlatma yükümlülüğü yoktur<sup>54</sup>. Ancak uygulamada ikalenin sıklıkla işçiden gelmiş gibi yazıldığı düşünüldüğünde bunun denetiminin somut olay özelinde yapılması gerekmektedir. İşçinin ikalenin hukuki sonuçları hakkında bilgi edinmiş olduğunu karine olarak kabul etmek her somut olay açısından yerinde olmayabilir<sup>55</sup>. İkale önerisinin işverenden geldiği durumlarda ise bir görüşe göre, işçi eğer okuduğunun sonuçlarını anlayabilecek kabiliyete ve birikime sahipse bu durumda aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır<sup>56</sup>. Başka bir görüşe göre, işçinin eğitim düzeyinin bir önemi yoktur. İşçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralı kapsamında işçinin tam ve eksiksiz olarak aydınlatılması gerekir<sup>57</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, ikale sözleşme özgürlüğü temelli bir anlaşmadır ve bu noktada her bir tarafın imzaladığı sözleşmeyle ilgili bilgi edinme ödevi vardır. Sadece istisnai durumlarda, örneğin işverene soru sorulmuş olması gibi hallerde işçinin aydınlatılma yükümlülüğü doğabilir<sup>58</sup>.

İşverenin ikale önerisinde bulunduğu durumlarda kabul için işçiyeye belirli bir süre verilmişse bu sürenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve işçinin bu sürede ikalenin sonuçlarını araştırma ve öğrenme imkanının olduğu kabul edilir<sup>59</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği hallerde yaptırımın ne olacağı hususunda doktrinde bir birlik olmasa da genel kabul gören görüşe göre bu durum ikalenin geçerliliğini etkilememek-

51 Akyiğit, s. 36.

52 Ahmet Sevimli, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 14, s. 96.

53 Berna Duman, *Türk İş Hukukunda İkale*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 58.

54 Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Toplantı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 49.

55 Özyörük, s. 222.

56 Sevimli, s. 96.

57 Muhittin Astarlı, "İkale İçerisinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 34, s. 133.

58 Alpagut, *İkale Sözleşmesi*, s. 49; Alp, s. 42.

59 Özyörük, s. 227.

le beraber aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle işçinin uğradığı bir zarar varsa bunun tazmini talep edilebilecektir<sup>60</sup>.

#### **d. İşçinin eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu**

İşçinin eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu Yargıtay'ın ikale kapsamında değerlendirdiği bir başka husustur. Yargıtay bir kararında işverenle ikale imzalamış bir işçinin satış kadrosunda bölge şefi olarak çalışmış eğitimli bir kişi olmasından dolayı ikalenin anlamını kavrayabilecek durumda olduğunu ve kendisine yapılan ödemeler neticesinde ikalenin geçerli olduğunu belirtmiştir<sup>61</sup>. Başka bir kararında ise eğitim, iş ve yaşam tecrübesi olarak davacı işçinin niteliklerini haiz birinin kendi el yazısı ile ayrıntılı olarak hazırladığı işten ayrılma dilekçesinin manevi baskı ile fesada uğradığının kabulünün mümkün olmadığına karar vermiştir<sup>62</sup>. Yargıtayın bu kararları kapsamında işçinin irade sakatlıkları noktasında eğitim düzeyinin ya da işyerindeki konumunun ne derece önemli olduğu tartışmaya açıktır. Zira buradan eğitim düzeyi yüksek birinin irade fesadına uğrayamayacağı, korkutulamayacağı veya aldatılmayacağı gibi bir anlam çıkar ki bu her somut olay çerçevesinde doğru olmayacaktır. İşçinin şahsına özgü bu değerlendirmelerin somut olay kapsamında değerlendirilmesi ve genel geçer bir kriter olarak görülmemesi yerinde olacaktır<sup>63</sup>.

Bursa Bölge Adliyesi 3. Hukuk Dairesi bir kararında aydınlatma yükümlülüğünü ve işçinin eğitim düzeyini birlikte değerlendirmiştir<sup>64</sup>. Alman doktrinine atıfla, her ne kadar Alman hukukunda baskın görüş, orta ve yüksek öğrenim ile mesleki eğitimin günümüzde çok önem kazanması sebebiyle, işçinin bilgi düzeyinin işveren karşısında zayıf kalmadığı şeklindeyse de bunun çalışma hayatının gerçeklerine ve hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, akademik bir genellemeden ibaret olduğunu ifade etmiştir. Hukuk eğitimi almamış, sıradan bir işçinin ikalenin

60 Alp, s. 34; Alpagut, İ kale Sözleşmesi, s. 48. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde işçinin varsa zararının tazmin edilmesi gerektiğini talep eden görüşün savunucularından Astarlı'ya göre tazminatın dayanağı md. 112 iken, Ekonomi'ye göre culpa in contrahendo sorumluluğudur. Detaylı bilgi için bkz. Astarlı, s. 136; Münir, Ekonomi, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", *Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2006, s. 42-43. Karşıt görüşte olan Sevimli'ye göre ise, tazminat sorumluluğu yeterli olmayacağından ikale sözleşmesinin geçersiz olduğunun ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Sevimli, s. 97.

61 Yarg. 22 HD., 27.09.2011, 2011/876 E. 2011/1287 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

62 Yarg. 22 HD., 03.07.2018, 2018/8797 E. 2018/16595 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

63 Astarlı, s. 280.

64 Bursa BAM 3 HD., 03.12.2020, 2020/1946 E. 2020/2174 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

hukuki şart ve sonuçlarını adım adım değerlendirmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Her ne kadar eğitim seviyesi yükselmişse de işçinin ve işverenin aynı entelektüel düzeyde görülemeyeceğini, işçinin yapacağı sözleşmenin risklerini kavrayabilecek nitelikte olmadığını bu sebeple de hukuk eğitimi almamış bir işçinin üniversite mezunu olmasının ikalenin ya da başka bir hukuki işlemin sonuçlarını bildiği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda da tip metinler hazırlanarak imzalanan ikalelerde, işçinin kendisi hakkında ortaya çıkabilecek sonuçların farkına varamayacağı şeklinde değerlendirme yaparak, tip ikale metninin sözleşme özgürlüğü kapsamında yer almadığını ifade etmiştir.

### C. İkalenin Diğer Kurumlarla Karşılaştırılması

#### a. Fesih ile karşılaştırılması

İkale ve fesih uygulamada en çok tercih edilen iş sözleşmesini sona erdirmeye halleridir. Ancak bu iki kurum birbirinden farklıdır. Fesih ve ikalenin Türk Hukuku'ndaki ilk farkı feshin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesini sona erdiren hallerden biri olarak düzenlenmiş olması ancak ikalenin düzenlenmemiş olmasıdır<sup>65</sup>. Bu bağlamda fesih iş güvencesi denetimine tabi iken ikale bu denetime tabi değildir<sup>66</sup>. Alman Hukukunda ise tam aksine, ikale de fesih de iş sözleşmesini sona erdiren hallerden biri olarak düzenlenmiştir<sup>67</sup>. Fesih ve ikale arasındaki diğer bir fark ise feshe ilişkin tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğurması ancak ikalede tarafların iradelerinin uyuşmasının gerekmesidir<sup>68</sup>. İkale ve fesih arasındaki farklar somut olaya göre değerlendirilmelidir. Özellikle öneri ve kabul beyanlarının ikale niteliği mi fesih niteliği mi taşıdığını tespit etmek oldukça zordur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında işçinin ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi şartıyla ayrılma talebinde bulunmasını istifa olarak değil ikale kapsamında öneri olarak değerlendirmiştir<sup>69</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise işverence yapılan görev yeri değişikliğinin işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine kıdem ve ihbar tazminatları ile tüm haklarının tarafına ödenerek iş akdini feshedebileceğine ilişkin bir olayda, işçi beyanının fesih değil ikale önerisi olduğuna karar vermiştir<sup>70</sup>.

65 Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 100; Aydın Başbuğ, Mehtap Yücel-Bodur, *İş Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 181.

66 Akyiğit, s. 232.

67 Alpay Hekimler, "Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması -İkale- Yoluyla Sonlandırılması", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 61, s. 26.

68 Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 65, s. 97; Özyörük, s. 59; Güzel, *Sona Ermenin Sonuçları*, s. 243.

69 Yarg. 22 HD., 18.12.2019, 2017/26483 E. 2019/23611 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 06.12.2022).

70 Yarg. 9 HD., 21.05.2018, 2017/26291 E. 2018/11183 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

### b. Sulh sözleşmesi ile karşılaştırılması

İkaleyle karıştırılabilecek bir diğer sözleşme sulh sözleşmesidir. İki sözleşme de tarafların iradelerinin uyuşması sonucu anlaşarak bir hususu sona erdirmeyi amaçlar<sup>71</sup>. Ancak sulh sözleşmesinde ortadan kalkması istenen bir ihtilaf vardır ve bu tarafların arasındaki hukuki ilişki kaynaklı bir uyuşmazlıktır<sup>72</sup>. Taraflar bu ihtilafı sona erdirmek için karşılıklı fedakarlıklarda bulunurlar<sup>73</sup>. İkaleda işçi ve işveren arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesinden doğan ilişkinin sona erdirilmesi söz konusudur ve ikaleden önce ortaya çıkmış bir ihtilaf yoktur<sup>74</sup>. Bu ayrıma rağmen ikale ve sulhun bir arada gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Örnek vermek gerekirse, işveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunu iddia ederek alacak davası açması durumunda, işçi ve işverenin mahkeme huzurunda ya da dışında bir sulh sözleşmesi hazırlayarak iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirildiğini düzenlemeleri halinde, burada sulh ve ikale iç içe geçmiş olacaktır<sup>75</sup>.

### c. İbra sözleşmesi ile karşılaştırılması

İkalenin benzediği bir başka sözleşme türü ibra sözleşmesidir. TBK md. 132 uyarınca ibra, kanunen ya da taraflarca, belli bir şekle bağlanmış bir borcun tarafların şekle bağlı olmaksızın, borcu tamamen ya da kısmen ortadan kaldırmak için yaptıkları sözleşmedir<sup>76</sup>. Bu tanımdan hareketle; ibranın fesih gibi tek taraflı olmadığı, ikale gibi iki taraflı bir sözleşme olduğu söylenebilir. Ayrıca alacak hakkını ortadan kaldırdığından yine ikalede olduğu gibi bir tasarruf işlemi söz konusu olacaktır. İbra ve ikalenin bu benzerlikleri sebebiyle bir görüşe göre ikale birden fazla ibra sözleşmesinden oluşmaktadır<sup>77</sup>. Ancak ikale ve ibranın farkları düşünüldüğünde bu görüşe katılmak mümkün değildir. İlk olarak ibra sözleşmesinde ortadan kaldırılan, sözleşmeden doğan borçlar iken, ikalede iş sözleşmesi ortadan kaldırılmaktadır<sup>78</sup>. İkaleda iş sözleşmesi belirti-

71 Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 30; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 35.

72 Fikret Eren, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 109; Ugan-Çatalkaya, s. 168.

73 Yavuz, s. 30; Ugan-Çatalkaya, s. 165.

74 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 31.

75 Özdemir, s. 46.

76 Keser, s. 109; Banu Bilge Sarıhan, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, s. 100.

77 Muhittin Astarlı, “İkale İçerisinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 34, s. 43.

78 Süzek, s. 766; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 17; Ugan-Çatalkaya, s. 167.

len ileri bir tarihte ortadan kalkar ve bu sayede ileriye dönük hakların doğması engellenir. İbranın aksine mevcut hakların sona ermesi söz konusu değildir<sup>79</sup>. Ancak ikaleye mevcut ve ifa edilmemiş alacakların sona ereceğine ilişkin bir hüküm konularak ikalenin içeriğine ibranın da dahil edilmesi gündeme gelebilir<sup>80</sup>. İbra ve ikale arasındaki bir diğer fark ise TBK md. 420 uyarınca ibranın belirli geçerlilik şartlarının düzenlenmiş olmasıdır. İkaleye ilişkin böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

## II. İkalenin İş Sözleşmesine Etkisi

### A. Genel Olarak

İş Kanunu md. 8 uyarınca iş sözleşmesi işçinin işverene bağımlı biçimde iş görme edimini ifa ettiği, işverenin de karşılığında bir ücret ödeme edimini üstlendiği sözleşmedir<sup>81</sup>. İş sözleşmeleri belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak akdedilebilirler. Belirli süreli sözleşmeler, belirli sürenin dolması halinde kendiliğinden sona ererken; belirsiz süreli sözleşmelerin sona ermesi fesih yoluyla mümkündür. İki tür sözleşme için de öngörülen ortak sona erme halleri ise işçinin ölümü ya da tarafların ikale ile anlaşarak iş sözleşmesini ortadan kaldırmalarıdır<sup>82</sup>.

İkale ile işçi ve işveren anlaşarak iş sözleşmesini derhal ya da ileri bir tarihte olacak şekilde sona erdirebilirler. Bu bağlamda iş sözleşmesinden kaynaklanacak yeni hak ve borçların doğumu engellenir<sup>83</sup>. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli yapılmasının ikalenin etkisi açısından bir farkı yoktur. Ancak belirli süreli iş sözleşmesini belirsiz süreliye ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli süreliye çeviren anlaşmalar, ortada bir iş sözleşmesini sona erdirme iradesi olmadığından ikale olarak kabul edilemezler<sup>84</sup>.

İkale bir fesih türü olmadığı için feshe ilişkin sonuçlar ikaleye uygulanamaz. Ancak iş ilişkisini ortadan kaldırdığı için iş güvencesi ve işçilik hakları bakımından bazı etkileri olacaktır. Ayrıca işçinin ve işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan bazı yükümlülükleri vardır<sup>85</sup>. Çalışmamızın

79 Elmas, s. 92.

80 Duman, s. 30-32.

81 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 62; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 164; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 80.

82 Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 98-99; Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 259; Şükran Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 291-297.

83 Alpagut, *İkale Sözleşmesi*, s. 43.

84 Akyiğit, s. 252.

85 Yonca Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İşgörme ve Rekabet Etmeme Borcu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, s. 2411.

devamında bahsedileceği üzere, bunlardan yeni iş arama izni, çalışma belgesi verme yükümlülüğü ve sır saklama borcu ikale sonrasında da gündeme gelebilmektedir. İkalenin geçersiz olduğu hallerde iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı, işçi ve işveren yükümlülükleri açısından oldukça önem taşımaktadır.

### B. İş Güvencesi Bakımından

İş güvencesi, işçinin keyfi olarak işten çıkarılmasını engellemeye çalışan, işçiyi feshe karşı korumayı amaçlayan ve bu bağlamda işverenin fesih hakkını sınırlandıran bir sistemdir<sup>86</sup>. Bu sistemle işverenler iş sözleşmesini haksız feshettiklerinde işe iade davasıyla ve maddi sonuçlarıyla karşı karşıya kaldıklarından, işçiyle anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmeye yoluna başvurmayla başlamışlardır<sup>87</sup>. İkale bir fesih türü olmadığından iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. Bu durumda işe iade davası söz konusu olmaz. Buna rağmen işçi tarafından işe iade davası açılmışsa artık ikalenin geçersizliğinin ya da iş sözleşmesinin ikaleden önce feshedildiğinin ispatlanması gerekecektir<sup>88</sup>. Alman Hukuku'nda ise ikaleyle sona eren bir iş sözleşmesi varsa, bu durumda işçinin on iki haftalık kısıtlanma süresi denen sürenin geçmesiyle işsizlik ödeneğinden yararlanması mümkündür ve bu süre geçersiz sebeple sona ermiş her iş sözleşmesi için uygulanır. Fesih ya da ikale ile sona ermiş olması bu noktada bir fark yaratmaz. Eğer iş ilişkisinin sona erdirilmesinde önemli bir sebebin varlığı söz konusuysa bu halde kısıtlama süresi ortadan kalkar<sup>89</sup>.

İşçi açısından değerlendirecek olursak, işçinin iş güvencesinden ve sağladığı korumadan vazgeçmek istemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Yargıtay'ın yaklaşımı da bu yöndedir. Örnek vermek gerekirse Yüksek Mahkeme 2006 yılındaki bir kararında işveren tarafından feshedilen bir iş sözleşmesinden sonra yapılan ve fesihden sonraki tarihleri kapsayan sulh sözleşmesinin, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden önceden feragat etmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle geçersizliğine hükmetmiştir<sup>90</sup>. Bu içtihadı ikale

86 Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 1212; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 191.

87 Şükran Ertürk, Betül Erkanlı, "İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 91, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 55.

88 Duman, s. 98.

89 Alman Hukukunda SGB III md. 144 uyarınca, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi durumunda işçi, iş sözleşmesinin sona erme tarihi üzerinden on iki hafta geçtikten sonra işsizlik ödeneği başvurusunda bulunabilir. Daha önce başvuruda bulunamaz. Buna da kısıtlanma süresi denir. Detaylı bilgi için bkz. Hekimler, s. 30; Volkan Güneş, Arzu Hacıoğlu, "The Requirements For Entitlement to Unemployment Benefit", *Research Journal of Business and Management*, Cilt 5, Sayı 4, 2018, s. 267; Christine Dauth, Thomas Kruppe, Gesine Stephan, Enzo Weber, "Qualifizierungschancen und Schutz in der Arbeitslosenversicherung", *IAB-Stellungnahme*, ISSN 2195-5980, 2018, s. 16-19.

90 Yarg. 9 HD., 17.04.2006, 2006/6103 E. 2006/9953 K.; Yarg. 9 HD., 21.04.2005, 2004/23961 E. 2005/14007 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 03.01.2023).



kapsamında değerlendirdiğimizde ikale bir fesih türü olmadığından, iş güvencesi koruması ortaya çıkmayacaktır ve burada artık işçinin iş güvencesinden vazgeçmiş olduğundan bahsetmek mümkün değildir<sup>91</sup>.

İş sözleşmesinin keyfi ya da geçerli olmayan nedenle feshedilmesi halinde işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve kötü niyet tazminatı gibi bazı ödemelerin yapılması gündeme gelebilir<sup>92</sup>. İkale ile aksi kararlaştırılmadıkça bu tazminatlar ancak fesih sonucunda söz konusu olabileceklerdir. Taraflar bu tazminatların işçiye ödenmesi hususunda bir düzenlemeye ikalede yer verebilirler. Bir görüşe göre ihbar tazminatı bu durumun istisnasını oluşturur çünkü ihbar tazminatı için işverenin İş Kanunu md.17'de belirlenen süreleri uymayarak iş sözleşmesini feshetmesi ya da sürelerin karşılığını tazminat olarak ödemesi gerekmektedir.<sup>93</sup> İkale bir fesih türü olmadığından, burada işçi veya işverenin beklemesi gereken bir ihbar süresinden bahsedilemeyecek, haliyle ihbar tazminatı da söz konusu olmayacaktır. Ancak Yargıtay aksi görüştedir. 05.03.2018 tarihli bir kararında belirttiği üzere tarafların ikale kapsamında ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı ve hatta boşta geçen süre ücretini kararlaştırmaları mümkündür<sup>94</sup>. Kanaatimizce, ihbar tazminatını fesih için belirlenen bir bekleme süresi gibi değerlendirirsek, bu durumda iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre gibi iş güvencesi temelli tazminat ve ücretlerin de ikaleye konu olamayacağından bahsetmemiz gerekir. Zira ikale bir fesih türü değildir ve işçinin iş güvencesinden faydalanması mümkün olmaz. Böyle bir değerlendirme de işçinin işveren karşısında korunmasını oldukça kısıtlar ve ikaleyi iş sözleşmesini ortadan kaldıran bir kurum olmaktan çıkarıp işverenin menfaatine çalışan bir sisteme dönüştürür. Bu sebeple Yargıtay'ın ihbar tazminatı ile ilgili içtihadının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

### C. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Bakımından

#### 1. Devam eden yükümlülükler bakımından etkisi

İkale iş sözleşmesini derhal ya da ileriki bir tarihte sona erdirici etkiye sahiptir. Bu bağlamda işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden kaynaklı yeni haklar doğmayacaktır ve önceden doğmuş olan mevcut haklar varlığını korumaya

91 Gerek, s. 50.

92 Şefik Çalık, *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 209; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 191.

93 Duman, s. 99.

94 Yarg. 22 HD., 05.03.2018, 2017/45529 E. 2018/5663 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

devam edeceklerdir<sup>95</sup>. Bunun en önemli örneği sır saklama yükümlülüğüdür<sup>96</sup>.

İşverenin iş sözleşmesini süreli fesih ile sona erdirmesi halinde yeni iş arama izni gündeme gelmektedir ve işçi bu kapsamda fesih bildirimini kendisine ulaştığı andan, bildirim süresinin bittiği ana kadar kendine yeni bir iş arayacaktır<sup>97</sup>. İ kale her ne kadar fesih türü değilse de iş ilişkisinin ileri bir tarihte sona ereceği düzenlenmişse, bu durumda da yeni iş arama izninin gündeme gelip gelmeyeceği tartışılabilir. Bir görüşe göre İş Kanunu'nun yeni iş aramaya ilişkin düzenlemesi kıyasen ileri tarihte iş sözleşmesini sona erdiren ikaleler bakımından da uygulanmalıdır; çünkü aksi durumda işçinin yeni iş aramak için izin isteyebileceği bir dönem olmayacaktır.<sup>98</sup> Ancak başka bir görüşe göre yeni iş arama izni ikale kapsamında taraflarca düzenlenmediği takdirde, İş Kanunu md. 27'nin burada kıyasen uygulanması mümkün değildir.<sup>99</sup> Alman Hukukunda ise yeni iş arama izni, iş sözleşmesinin feshi ile bağlantılıdır. Ancak, iş sözleşmesini ileriki bir tarihte sonlandıran ikalelerde de bu hak kullanılabilir<sup>100</sup>.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçi işten ayrılırken ona işinin türünün ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge vermekle yükümlüdür. Buna da çalışma belgesi denir<sup>101</sup>. İş Kanunu md. 28/1 çalışma belgesinin işten ayrılan işçiye verileceğini düzenlemiştir ve bunu feshe ya da başkaca bir kuruma atfetmemiştir. Bu bağlamda işçinin işten ayrılmasının anlaşarak yani ikale yoluyla gerçekleşmesi halinde de işverenin çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğünün devam ettiği söylenebilir<sup>102</sup>. TBK md. 443/1'de düzenlenen geri verme yükümlülüğü de böyledir. Bu maddeye göre iş sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle işçi ve işverenin işle ilgili olarak almış oldukları şeyleri geri verme yükümlülükleri vardır ve maddede iş sözleşmesinin sona ermesinden bahsedildiğinden, ikale ile sona ermiş bir iş sözleşmesi kapsamında da geri verme yükümlülüğü söz konusu olacaktır<sup>103</sup>.

95 Vedat Laçiner, "Yeni İş Arama İzni", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 19, 2012, s. 136; Ashhan Kayık Aydınalp, "Çalışma Belgesinin İçeriği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, s. 259.

96 Fevzi Demir, Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulanması", *Kamu İş Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, s. 14.

97 Laçiner, s. 135.

98 Özyörük, s. 169; Laçiner, s. 150.

99 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 303.

100 Laçiner, s. 149.

101 Senyen-Kaplan, s. 350.

102 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 304.

103 Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, s. 362; Fatma İspenoğlu, *Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi ve Yargıtay Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2014, s. 89.

İş sözleşmesi ortadan kalkmasına rağmen devam eden yükümlülüklerden bir diğeri işçinin sadakat borcundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğüdür. İşçinin, işverene ait işle ya da işyeriyle alakalı olan ve saklaması gereken bilgileri üçüncü kişilere açıklamaması gerekmektedir<sup>104</sup>. Bu kapsamda işçinin iş sözleşmesiyle başlayan bu yükümlülüğünün, iş sözleşmesi ortadan kalktıktan sonra da devam edip etmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekir. TBK md. 396/4 incelendiğinde işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme edimini ifa ettiği süre boyunca öğrendiği bazı bilgileri iş ilişkisinin devam süresince kullanmaması ve başkalarına açıklamaması gerekir. İşverenin haklı menfaati iş sözleşmesi ortadan kalktıktan sonra da devam ediyorsa burada da işçinin sır saklama yükümlülüğü devam eder. İş sözleşmesi ikale ile ortadan kalkmış olsa bile işverenin haklı menfaatinin devam ettiği durumlarda işçinin sır saklama yükümlülüğü devam edecektir<sup>105</sup>. Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararı da bu yöndedir<sup>106</sup>.

## 2. Sona erme zamanı bakımından etkisi

İkale ile işçi ve işveren, iş ilişkisini sona erdirmeyi amaçladıklarından, iş ilişkisinin sona erme tarihini tespit ederken tarafların iradelerinden yola çıkılmalı ve ikalede belirlenen tarihe bakılmalıdır<sup>107</sup>. Tarafların bir tarih belirlememeleri durumunda, TBK md. 11 kapsamında inceleme yapılarak kabulün karşı tarafa ulaştığı anda ikalenin etkisini doğurarak, iş sözleşmesinin ortadan kalkacağını söylemek yerinde olacaktır<sup>108</sup>. Alman Hukukunda da tarafların ikalede bir tarih kararlaştırmamış olmaları halinde iş sözleşmesinin derhal sona ereceği kabul edilir<sup>109</sup>.

İkale iş ilişkisini derhal ortadan kaldıracak gibi geçmişe ya da geleceğe etkili olacak şekilde tarih belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda ikalenin geçmişe etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre ikalenin geçmişe etkili olması halinde hukuken sona ermiş ancak fiilen var olan bir iş ilişkisi söz konusu olacaktır ve bu da İş Hukukunun sözleşmenin sona ermesine ilişkin yapısıyla bağdaşmaz.<sup>110</sup> Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise

104 Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 25, s. 26; Arzu Arslan-Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 541.

105 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 555.

106 BAG 15.12.1987 474/86 bkz. Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 306.

107 Sümer, s. 97.

108 Hatice Sever, "Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 23, 2011, s. 84.

109 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 313.

110 Alpagut, *İkale Sözleşmesi*, s. 41.

iş sözleşmesinin kurulmasını, iş sözleşmesinin yapılması ve fiilen çalışılmaya başlanması hususlarında iki ayrı şekilde ele almak gerekir.<sup>111</sup> Bu görüşe göre iş sözleşmesi yapılmış olabilir ama salt bu husus iş ilişkisinin kurulmasına yeterli değildir. İşçinin fiilen çalışmaya da başlamış olması gerekir. Bu kapsamda, eğer ki iş sözleşmesi yapılmış ve edimler taraflarca yerine getirilmeye başlanmışsa burada artık ikalenin geçmişe dönük olarak sona erdirilmesi, edimlerin tasfiyesindeki zorluk sebebiyle mümkün değildir<sup>112</sup>. Ancak eğer ki iş sözleşmesi kurulmuş fakat fiili olarak edimler yerine getirilmeye başlanmamışsa bu durumda geçmişe etkili olacak şekilde ikale akdedilebilir fakat bu durum aslında hiç uygulaması olmamış bir iş sözleşmesinin fiilen de geçersizliğini kararlaştırmaktan farklı bir şey değildir<sup>113</sup>.

İkale ile iş sözleşmesinin ileriki bir tarihte sona ereceğine ilişkin düzenleme yapılabilir. Bu durumda ikale her ne kadar fesih türü olmasa da bildirimli fesihte olduğu gibi taraflara bir süre tanınmış olur<sup>114</sup>. Ancak Yargıtay bir kararında ikale ile iş sözleşmesinin otuz iki gün sonra sona ereceğinin ve sözleşmedeki tazminatların da bu tarihte ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasını, işe iade davasının açılmasını önlemeye yönelik bir davranış olarak kabul etmiş ve ikalenin geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>115</sup>. Yargıtay başka bir kararında, işçi ve işveren arasında 31.03.2013 tarihinde ikale imzalanarak 31.05.2013 tarihinde iş sözleşmesini sona erdirmenin amaçlandığını belirtmiş ve bu iki aylık süredeki asıl amacın işçinin işe iade davası açmasını engellemek olduğundan bahisle ikaleyi geçersiz kabul etmiştir<sup>116</sup>. Kararlardan anlaşılacağı üzere burada önemli olan tarafların kanunu dolanma niyetinin olup olmadığının tespitidir.

İkalenin imzalandığı tarihle iş sözleşmesinin sona erme tarihinin farklılık göstermesi durumunda aradaki sürede işçinin ölmesi ya da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi hallerinde ne olacağı değerlendirilmelidir. Eğer ki iş sözleşmesinin ileri bir tarihte sona ereceğine ilişkin ikale sözleşmesi yapılmışsa ve o arada işçi ölmüşse ikalede tazminatların ne zaman ödeneceğine ilişkin düzenleme olup olmadığına bakmak gerekir<sup>117</sup>. Eğer belirlenmiş bir tarih varsa buna göre

111 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 232.

112 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 314.

113 Duman, s. 117.

114 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 317.

115 Yarg. 9 HD., 16.06.2008, 2007/40352 E. 2008/15723 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

116 Yarg. 9 HD., 11.03.2014, 2013/13178 E. 2014/7772 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

117 Duman, s. 120.

mirasçılara intikal edeceği, yoksa iş sözleşmesinin sona erdiği anda tazminat ve diğer alacakların doğacağı kabul edilmelidir<sup>118</sup>. İşverenin haksız feshi halinde ise yine ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı alacaklarının doğduğu anı belirlemek gerekecektir<sup>119</sup>. Eğer tazminatların ödeneceği tarihe ilişkin bir belirleme yoksa iş sözleşmesinin feshiyle beraber tazminat alacağının doğacağı kabul edilir. Bu halde iş sözleşmesi işveren tarafından işçinin davranışı sebebiyle haklı nedenle feshediliyorsa ikale ile kararlaştırılmış olan tazminat talep edilemez<sup>120</sup>. İşçinin haklı sebeple fesih yapması halinde ise ikale ile kararlaştırılmış tazminat yine talep edilemez. Yalnızca İş Kanunu kapsamında talep edilebilecek kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti, yıllık ücretli izin gibi haklar istenebilir<sup>121</sup>.

#### D. İşçilik Alacakları Bakımından

Kıdem tazminatı işçinin kıdemine ve aldığı ücrete göre hesaplanan, iş sözleşmesinin kanunun öngördüğü hallerden biri sebebiyle sona ermesi durumunda işçi ya da mirasçılara ödenmesi gereken para olarak tanımlanabilir<sup>122</sup>. İhbar tazminatı ise usulsüz feshedilen iş sözleşmesi sonucunda, bu feshe maruz kalan tarafa ödenmesi gereken tazminattır<sup>123</sup>. Kıdem ve ihbar tazminatı her ne kadar feshe bağlanan sonuçlar olsa da ikale ile bunların ödeneceği kararlaştırılabilir. Yargıtay kararları incelendiği zaman işçi lehine yorum ilkesi ve makul yarar kapsamında kıdem ve ihbar tazminatının ikalenin geçerliliği için zorunlu birer unsur gibi değerlendirildiği söylenebilir<sup>124</sup>. Ancak özellikle ihbar tazminatı süreli fesih halinde gündeme geleceğinden ve ikale bir fesih türü olmadığından burada ihbar tazminatının ikalenin geçerliliği için zorunlu bir unsur olduğundan bahsetmek mümkün değildir<sup>125</sup>. Kıdem tazminatı kapsamında ise işçinin makul yararı olmadığı durumlarda ikalenin geçersizliği gündeme geleceğinden özellikle ikale önerisinin işverenden geldiği hallerde kıdem tazminatının işçi açısından makul yarar olarak kabul edilmesi ve zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>126</sup>. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında davacıya ikale kapsamında ödenmiş olan kıdem tazminat miktarının yanlış

118 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 333.

119 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 574.

120 Duman, s. 120.

121 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 336.

122 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 773; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Ulaş, s. 329; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 251.

123 Ünal Narmanhoğlu, *Ferdi İş İlişkileri 1*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 405; Süzek, s. 691; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 463.

124 Yarg. 9 HD., 28.06.2010, 2009/24386 E. 2010/20741 K.; Yarg. 22 HD., 22.12.2011 2011/4403 E. 2011/7992 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

125 Özyörük, s. 188.

126 Alp, s. 39.

hesaplanarak, olması gerekenden daha düşük ödendiğinden bahisle ikalenin geçersizliğine hükmetmiştir<sup>127</sup>.

İkale her ne kadar iş sözleşmesini ortadan kaldırırsa da mevcut borçların varlığı devam eder. İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan başlıca borçlarından biri ücrettir. Ücret işçiye görülen işin karşılığı olarak ödenir<sup>128</sup>. İş ilişkisi ikale ile sonlandırılrsa bile doğmuş olan ücret borcunun işçiye ödenmesi gerekir<sup>129</sup>. Bu kapsamda işçi, muaccel olan ücret borcunu, iş sözleşmesinin sona erme tarihinde talep edebilecektir<sup>130</sup>.

İş Kanunu md.59/1 uyarınca iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin hak kazanmış olduğu ve kullanmadığı yıllık izin süresine ilişkin alacağı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden işçiye ödenir. Burada fesih değil sona erme halinden bahsedildiğinden, iş sözleşmesi ikale ile sona erse bile yıllık ücretli izin alacağı söz konusu olabilecektir. Burada önemli olan yıllık ücretli izin alacağının ikalenin kurulduğu tarihle iş sözleşmesinin sona ereceği tarih arasında fark olması halinde bu aradaki sürenin, çalışılmayan süreden düşülüp düşülemeyeceğidir<sup>131</sup>. İşçinin yıllardır hak etmiş olmasına rağmen kullanamamış olduğu yıllık izinlerinin iş sözleşmesinin sona ereceği tarihte toplu olarak kullanması işçinin anayasal dinlenme hakkıyla bağdaşmamaktadır<sup>132</sup>. İşçinin bir yıllık çalışması sonucu hak kazandığı yıllık iznin bir sonraki hizmet yılında kullanılması zorunludur ve bu şekilde ikale ve iş sözleşmesinin sonlanması arasında geçen süreyle mahsup edilmesi yıllık ücretli izin düzenlemesinin amacına aykırıdır<sup>133</sup>. Yargıtay, ikale teklifinin işçiden gelmesi durumunda ikale sözleşmesindeki düzenlemeye göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>134</sup>. Buna göre, ikale sözleşmesinde yıllık izin ücretinin ödeneceğine dair bir hüküm yoksa, işçi yıllık izin ücretine hak kazanamayacaktır. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın bu içtihadı yerinde değildir. İkale teklifi işçiden gelmiş bile olsa burada makul yarar denetiminin yapılması, işçinin makul yararı sağlanmadan yıllık ücretli izninden feragat etmesi geçersiz sayılmalıdır.<sup>135</sup>

127 Yarg. 22 HD., 10.03.2020, 2016/33187, E. 2020/4662 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

128 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 138.

129 Karaç, s. 112.

130 Gerek, s. 51.

131 Duman, s. 111.

132 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 361.

133 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 335; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 401.

134 Yarg. 22 HD., 10.03.2020, 2016/33187 E. 2020/4662 K.; Yarg. 22 HD., 14.02.2018, 2018/876 E. 2018/3236 K.; Yarg. 22. HD., 09.03.2016, 2014/36317 E. 2016/7011 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 19.04.2023).

135 Elmas, s. 102-103.

### E. Rekabet Yasağı Bakımından

Rekabet yasağı işçinin iş ilişkisi sürerken ya da sona erdikten sonra işverenin faaliyet gösterdiği alanda bazı faaliyetlerde bulunmasını yasaklayan, temelini dürüstlük kuralından alan sözleşme ya da düzenlemeler olarak tanımlanabilir<sup>136</sup>. Rekabet yasağının iş ilişkisi ortadan kalktıktan sonra devam edeceğine ilişkin düzenleme iş sözleşmesine bir rekabet etmeme şartı koyularak ya da ayrıca bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanarak yapılabilir<sup>137</sup>. Bu kapsamda Yargıtay'ın bazı kararlarında da belirttiği gibi rekabet yasağı ikale ile de konulabilir<sup>138</sup>. Tarafların bunun aksini yapması da mümkündür. İş sözleşmesi ile düzenlenmiş bir rekabet yasağı ikale ile sınırlandırılabilir ya da ortadan kaldırılabilir<sup>139</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi, ikale ile rekabet yasağının kaldırıldığı bir olayda ikale geçersiz olsa bile rekabet yasağının tekrar hayat bulmayacağına karar vermiştir<sup>140</sup>. TBK md. 447/2'deki sözleşme haklı bir sebep olmadan işveren tarafından ya da işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse rekabet yasağı sona erer düzenlemesinin ikaleye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada ikalenin yapılmasına yol açan neden tespit edilmelidir. İşverenin ikale yapmaya haklı bir sebebinin olmaması durumunda rekabet yasağının devam ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır<sup>141</sup>.

### F. İkalenin Geçersiz Olduğu Haller Bakımından

İkalenin geçersiz olması durumunda TBK md. 27 uyarınca ikale sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erer<sup>142</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilen ikalenin sonuçlarının da geçmişe etkili olarak geçersiz olacağına karar vermiştir<sup>143</sup>. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>144</sup>. Ancak bu durum İş Hukuku kapsamında bazı sorunlara sebep olabi-

136 Ali Güzel, Deniz Ugan-Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 40; Eda Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, s. 324; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, 307; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 135.

137 Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmemeye Borcu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 2, s. 457; Hakan Keser, "6098 Sayılı Kanun'a Göre Rekabet Yasağı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 24, s. 89.

138 Yarg. 7 HD., 05.11.2013, 2013/12028 E. 2013/18371 K.; Yarg. 7 HD., 06.05.2013 2013/2644 E. 2013/7923 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

139 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 364.

140 BAG 15.06.1993 9 AZR 558/91 bkz. Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 365.

141 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 367.

142 Kabakçı, s. 124; Sevimli, s. 93.

143 BAG 24.02.2011 6 AZR 626/09 bkz. Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 285.

144 Yarg. 9 HD., 15.10.2012, 2012/16013 E. 2012/34430 K.; Yarg. 22 HD., 03.02.2014, 2014/402 E. 2014/1341K. bkz. Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 283; Yarg. 9 HD., 07.11.2016, 2015/36339 E. 2016/19182 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).



lir. İşe iade davasının açılması kaçınılmaz hale gelir ki işçi ve işverenin kendi iradeleriyle ikale yaptıkları düşünüldüğünde, iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen tarafların, iş ilişkisine devam etme gerekliliği gündeme gelebilir. Bu halde de işçiyi işe başlatma iradesi olmayan bir işverenin işçiyi işe çağırması söz konusu olur<sup>145</sup>. Doktrinde korkutma sebepli geçersizlik halinde bunu işverenin feshi şeklinde değerlendirmek bir çözüm olarak sunulmaktadır<sup>146</sup>. Aksi durumda geçmişe etkili olarak sona eren ikale sonucunda iş sözleşmesi sona ermemiş olur.

Yargıtay tarafından benimsenen ve doktrinde genel kabul gören görüş uyarınca ikalenin geçersiz olması halinde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine ilişkin sonuçların gündeme gelmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme 07.11.2016 tarihli bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, işçiye maaş yarar sağlanmaksızın akdedilen geçersiz bir ikale sözleşmesinin işverenin iş sözleşmesini feshinden farksız olduğuna hükmetmiştir<sup>147</sup>. Başka bir görüşe göre ise, geçersizlik sebeplerine göre bir değerlendirme yapmak gerekir<sup>148</sup>. Şöyle ki; eğer geçersizlik TBK'dan kaynaklanan hallere dayanıyorsa bu durumda TBK hükümlerine göre geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır<sup>149</sup>. Zira bu şekilde iş sözleşmesinin devamlılığı sağlanacağından, işçi yararına bir sonuç ortaya çıkacaktır<sup>150</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre ikale TBK'da düzenlenen geçersizlik hallerinden biriyle sona erdiğinde ikale sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, iş sözleşmesi devam edecektir. Dolayısıyla ikale sözleşmesinin geçersizliği tespit edildikten sonra işçi işgörmeye borcunu yerine getirmeye devam edebilir<sup>151</sup>. İşverenin, işçinin işgörmeye borcuna devam etmesini kabul etmemesi halinde ise işverenin temerrüdü söz konusu olur ve

145 Özyörük, s. 346.

146 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 284; Özyörük, s. 347; Korkutma, hukuka aykırı olmak suretiyle işçinin tehdit edilmesi ya da işçinin kendisinin veya yakınlarının kötülüğe uğrayacağı izleniminin yaratılması, buna dayanarak da işçinin ikale sözleşmesi yapmaya ikna edilmesi şeklinde açıklanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Özgür Avcı, "İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 643; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 452; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 255; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 24. Baskı, İstanbul, 2013, s. 127.

147 Yarg. 9 HD., 24.03.2016, 2015/27608 E. 2016/7212 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

148 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 283.

149 TBK md. 27 uyarınca; emredici hükümlere, kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik düzenine aykırılık ya da sözleşmenin konusunun imkansız olmasına veya irade bozukluğuna aykırılık halleri.

150 Duman, s. 131.

151 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 294-295.

bu da işverenin feshi olarak kabul edilebilir<sup>152</sup>.

İşe iade davası sırasında işçi ve işveren ikale sözleşmesi akdetmek suretiyle sulh olmuşlarsa, iş sözleşmesinin, fesih tarihiyle sulh olmak suretiyle akdedilen ikale sözleşmesi tarihine kadar geçen süre için işçinin ücret talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir. Zira işçi ile işveren işe iade davası süresince ikale sözleşmesi düzenleyerek işverenin fesih işlemi geri almaktadırlar ve iş sözleşmesi devam etmektedir<sup>153</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2007 yılında verdiği bir karara konu uyumsuzlukta, işçi ile işveren ikale sözleşmesi akdetmiş ve işveren işçiye tazminat ödemiştir. Daha sonra işçi, ikalenin geçersizliği iddiasıyla işe iade davası açmıştır ve mahkeme işe iade kararı vermiştir. Yüksek Mahkeme bu durumda işçiye yapılmış olan tazminat ödemesinin işe başlatmama tazminatından mahsup edilmesine karar vermiştir<sup>154</sup>. Kanaatimizce de geçersiz olduğu tespit edilen ikale sözleşmesine ilişkin yapılmış tazminat ödemesinin herhangi bir dayanağı kalmayacağından, işe başlatmama tazminatından mahsup edilmesi yerindedir. Aksi durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir<sup>155</sup>.

### III. De Lege Ferenda Olarak İş Hukukunda İkale

İkalenin olması gereken hukuk açısından değerlendirmesi yapılırken ilk olarak değinilmesi gereken husus mevzuatımızda ikaleye ilişkin bir düzenleme olmamasıdır. İkalenin İş Hukuku yönünün ağır basması sebebiyle İş Kanunu'nda düzenlenmesi yerinde olacaktır<sup>156</sup>. Bu durum Yargıtayca belirlenen makul yarar ölçütü ve işçi lehine yorum ilkeleriyle de bağdaşacaktır. Zira işveren ile işçi arasında akdedilen sözleşmelerde, işçinin sosyo-ekonomik olarak zayıf taraf olduğu düşünüldüğünde, özel olarak korumaya ihtiyacı olduğu açıktır. Bu da ancak İş Kanunundaki düzenlemelerle sağlanabilir. Bu bağlamda iş sözleşmesini ortadan kaldıran hallerden biri olarak ikalenin de kanunda yerini alması birçok soruna çözüm olabilecektir.

İş Kanunu'nda ikalenin iş sözleşmesini sona erdiren kurumlardan biri olduğu, ancak tarafların anlaşması noktasında iradelerinin fesada uğrayıp uğramama-

152 Gamze Turan, "İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 21, Sayı 5-6, 2008, s. 42; Duman, s. 132.

153 Astarlı, *İş Hukukunda İkale*, s. 297.

154 Yarg. 9 HD., 09.03.2007, 2006/1156 E. 2007/62 K. Yüksek Mahkemenin aksi yönde kararı için bkz. Yarg. 9 HD., 10.07.2006, 2006/16045 E., 2006/20332 K. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 19.04.2023).

155 Duman, s. 133.

156 Güzel, *Sona Ermenin Sonuçları*, s. 239.

dığının TBK çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, aksi durumda ikalenin geçersiz olacağı şeklinde bir düzenleme yerinde olacaktır. Bu noktada ikalenin şekline ilişkin bir düzenleme yapılması da gerekecektir. Uygulamada büyük oranda yazılı olarak yapılan sözleşmenin yazılı olmadığı halde geçerli olacağı ve tarafların imzalarının zorunlu unsur olduğuna ilişkin bir düzenleme getirilmelidir<sup>157</sup>. Bu imzalarda ihtirazi kayıt olmaması gerektiği de belirtilmelidir<sup>158</sup>. İkalenin işveren tarafından, iş güvencesi hükümlerinden kaçma yolu olarak başvurulacak bir kurum gibi görülmemesi adına imza şartı koymak işçiyi bir kere daha düşünmeye sevk etmek bağlamında önemli olacaktır.

İş güvencesi hükümlerini bertaraf etme amacıyla ikale akdedilmesini önleyebilmek için ikalenin daha görüşme aşamalarında daha katı kurallara tabi olması gerekmektedir. Bu noktada ikalenin yapılması aşamasında görüşmelerde işçi ve işverenin yalnız olmaması, işyerinde çalışan başkaca işçi ya da işçi temsilcilerinin de görüşmeye tarafların talebi doğrultusunda katılabilmesi işçi ve işverenin iradelerinin tespiti açısından faydalı olacaktır<sup>159</sup>. Yine bu görüşmeler esnasında işçinin iş güvencesi hususunda bilgilendirilmiş olması da önemlidir.

Yargıtay tarafından geliştirilen işçinin eğitim düzeyi ve konumu ölçütünün genel geçer bir düzenleme olarak görülemeyeceği kanaatindeyiz. Bu uygulama özellikle yönetici pozisyonundaki işçiler ve alt kademe işçiler arasında hakkaniyetsiz bir sonuç doğuracaktır. İşçinin daha iyi bir eğitim almış olması ya da daha iyi bir pozisyonda çalışıyor olması onun irade fesadı anlamında daha az korunması gerektiği anlamına gelmez. Fakat örnek vermek gerekirse, insan kaynakları departmanında çalışan ve ikale sözleşmelerini hazırlayan ya da düzenleyen bir işçinin pozisyonu ne olursa olsun ikalenin kapsamına nelerin girdiği ve ne ile karşılaşacağı konusunda bilgisinin olacağı açıktır. Bu durumda yapılacak değerlendirme işçinin pozisyonu ya da eğitim seviyesi değil, yaptığı iş kapsamında ikalenin hukuki sonuçlarını bilebilecek pozisyonda olup olmadığıdır<sup>160</sup>.

Kanaatimizce, ikale teklifinin hem işçiden hem de işverenden gelmesi durumunda makul yarar aramak gerekecektir. Makul yararın kapsamının, kıdem tazminatı gibi başkaca işçilik alacakları noktasında değerlendirme yapılarak belirlenmesi yerinde olacaktır. İ kale önerisinin işçiden geldiği hallerde de işçi-

157 Bu görüşe paralel olarak Alman Hukuku'ndaki düzenlemeyle ilgili detaylı bilgi için bkz. He- kimler, s. 28.

158 Bu görüşe paralel olarak Fransız Hukuku'ndaki düzenlemeyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Gü- zel, *Sona Ermenin Sonuçları*, s. 252.

159 Güzel, *Sona Ermenin Sonuçları*, s. 253.

160 Kabakçı, s. 130.

ye makul yarar sağlanması gerekmektedir<sup>161</sup>. İşçinin iş ilişkisini sona erdirmek istiyor olması, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin haklarından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda belirlenecek tazminatın iş sözleşmesinin feshi halinde işçiye ödenecek tazminattan daha az olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır.

### **Sonuç**

İkale, işçi ve işveren arasında akdedilen, iş sözleşmesini sona erdirmeyi amaçlayan, tam iki tarafa borç yükleyen, genellikle tasarruf işlemi ihtiva eden, öneri ve kabul ile kurulan bir sözleşmedir. Mevzuatta ikale ile ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak sözleşme özgürlüğünün İş Hukukundaki bir görünümü olarak değerlendirildiğinden TBK'daki hükümlere tabidir. Bu noktada işçi ve işverenin iradelerinin fesada uğramamış olması önemlidir. İradelerin aldatma, hile ya da korkutmaya uğrayıp uğramadığı, TBK md. 27 kapsamında bir aykırılık teşkil edip etmediği ikalenin geçerlilik denetimi bağlamında önemlidir. Diğer taraftan yargı merciilerinin geliştirdiği bazı ölçütler vardır. Bunlar makul yarar, aydınlatma yükümlülüğü, işçinin eğitim düzeyi ve pozisyonu olarak sıralanabilir. İkalenin geçerliliğine ilişkin denetim yapılırken bunların da incelenmesi gerekmektedir.

İkale, fesih, sulh ve ibra gibi başkaca kurumlarla benzeşmektedir. Ancak özellikle fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm doğurması, sulh sözleşmesinde bir ihtilafın çözülmesinin amaçlanması ve ibra sözleşmesinin sözleşmeden doğan borcu ortadan kaldırmasına karşın ikalede iş sözleşmesinin ortadan kalkması gibi farklılıklar olduğundan birbirlerinden ayrılırlar.

İkalenin iş sözleşmesine etkisini değerlendirdiğimizde ilk olarak iş güvencesinden bahsetmek gerekir. İkale bir fesih türü olmadığından iş güvenliği hükümleri söz konusu olmayacaktır. Ancak önerinin işveren tarafından mı yoksa işçiden mi geldiği incelemesinin yapılması gerekir. Zira Yargıtay içtihadı doğrultusunda işçiye makul yarar sağlanmalıdır ve bu makul yarar değerlendirmesi aşamasında ikalede düzenlenen tazminatlar ve ödemeler dikkate alınır. İkale her ne kadar iş sözleşmesini sona erdirse de iş sözleşmesinin sona ermesi halinde de devam eden bazı yükümlülükler olduğundan, ikalenin bunlar üzerindeki etkileri de önem taşımaktadır. Bu bağlamda işçinin yeni iş arama izni, işçiye çalışma belgesi verme yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü önem taşımaktadır. Yeni iş arama izni kapsamında kanun iş sözleşmesinin fesihle sona ermesini aramaktaysa da çalışma belgesi verme yükümlülüğü ve geri verme yükümlülüğü bakımından böyle bir şart yoktur. Sır

161 Elmas, s. 102-103.

saklama yükümlülüğü noktasında ise işverenin haklı menfaati olduğu sürece işçinin sır saklama yükümlülüğünün olduğundan bahsetmek mümkündür.

İşçi ve işverenin iş sözleşmesinin sona ermesi için ikalede öngördükleri tarih önemlidir. İ kale her ne kadar iş ilişkisini derhal ortadan kaldırırsa da bunun ileri bir tarih ya da geçmiş bir tarih olarak belirlenmesi de mümkündür. Burada önemli olan iş sözleşmesinin akdedildiği zamanla fiilen çalışmanın başladığı zamandır. İkisi arasında boşluk varsa ikalenin geçmişe etkili olacak şekilde akdedilmesi mümkün olacaktır. Ancak fiili çalışma hiç başlamamışsa ikale sadece fiili geçersizliği kararlaştırmaktan ibaret olacaktır. İ kalenin gelecekteki bir tarihte iş sözleşmesini sona erdirmesi noktasında ise önemli olan tarafların kanunu dolanma niyetinde olmamasıdır. Aksi halde ikale geçersiz olacaktır.

İşçi ve işveren anlaşarak, feshe bağlı sonuç olarak düzenlenmiş tazminatları ve işçilik alacaklarını ikaleye konu edebilirler. Özellikle yıllık ücretli izin alacağı bağlamında ikalenin akdedilme tarihi ve iş sözleşmesinin sona erme tarihi arasında geçecek süre varsa bunun mahsup edilip edilemeyeceği gündeme gelebilir ancak kanaatimizce işçinin bir sonraki hizmet yılında kullanma hakkı kazandığı yıllık ücretli izinlerinin biriktirilip, iş sözleşmesi sona ererken kullandırılması yıllık ücretli izin uygulamasının amacına aykırıdır.

Bu değerlendirmeler ışığında, de lege ferenda olarak iş hukukunda ikaleyi incelediğimizde ilk olarak ikalenin mevzuatımızda düzenlenmesi, yazılılık şartının getirilmesi ve imza unsurunun zorunlu tutulması hususlarının önemli olduğu, aydınlatma yükümlülüğü ve makul yarar ölçütleri noktasında, Yargıtay uygulamalarını genel anlamda isabetli bulsak da, işçinin eğitim düzeyi ve çalışma pozisyonuna ilişkin değerlendirilmenin gerekli olmadığı kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sayram Yayınları, Konya, 2021.
- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Alp, Mustafa, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Cilt 5, Sayı 17, 2008, s. 27-46.
- Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Toplantıları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 19-52. (İkale Sözleşmesi)
- Alpagut, Gülsevil, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 25, 2012, s. 25-34. (İşçinin Sadakat Borcu)
- Alpagut, Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 65, 2008, s. 89-110.
- Arslan-Ertürk, Arzu, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Astarlı, Muhittin, “İkale İçerisinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 34, 2016, s. 41-46.
- Astarlı, Muhittin, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (İş Hukukunda İkale)
- Avcı, Mehmet Özgür “İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 642-657.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Başbuğ, Aydın; Yücel Bodur, Mehtap, *İş Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Çalık, Şefik, *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nursen; Canbolat, Talat; Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Dauth, Christine; Kruppe, Thomas; Stephan, Gesine; Weber, Enzo, “Qualifizierungschancen und Schutz in der Arbeitslosenversicherung”, *IAB-Stellungnahme*, ISSN 2195-5980, 2018, s. 1-27.
- Demir, Fevzi; Demir, Gönenc, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, *Kamu İş Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2009, s. 1-37.
- Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Duman, Berna, *Türk İş Hukukunda İkale*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dursun, Yonca, “İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İşgörmeye ve Rekabet Etmeye Borcu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 2409-2449.
- Ekonomi, Münir, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İb-

raname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, *Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2006, s. 29-47.

- Elmas, Serkan, “Türk İş Hukukunda İkale”, *Kamu İş Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2009, s. 85-106.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2019. (*Borçlar Genel*)
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021. (*Borçlar Özel*)
- Eren, Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 67-129.
- Ertürk, Şükran, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Ertürk, Şükran; Erkanlı, Betül, “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 91, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 45-58.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim; Baskan, Esra, *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Gerek, Hasan Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 4, 2011, s. 43-58.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Güneş, Volkan; Hacıoğlu, Arzu, “The Requirements For Entitlement to Unemployment Benefit”, *Research Journal of Business and Management*, Cilt 5, Sayı 4, s. 262-270.
- Güzel, Ali, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Yargıtay Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Güzel, Ali, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014. (*Sona Ermenin Sonuçları*)
- Güzel, Ali; Ugan-Çatalıkaya, Deniz, “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 17-66.
- Hatemi, Hüseyin; Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Hekimler, Alpay, “Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması-İkale- Yoluyla Sonlandırılması”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 61, 2019, s. 23-28.
- Heper, Hande, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2021.
- İnan, Ali Naim; Yücel, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- İspenoğlu, Fatma, *Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi ve Yargıtay Uygulaması*,



Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2014.

- Kabakçı, Mahmut, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 25, 2012, s. 123-137.
- Karaç, Serkan-Taylan, “Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve ‘Makul Yarar’ Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 50, 2022, s. 385-416. (*Makul Yarar*)
- Karaç, Serkan-Taylan, *Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Kayık-Aydınalp, Aslıhan, “Çalışma Belgesinin İçeriği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 257-277.
- Keser, Hakan, “6098 Sayılı Kanun’a Göre Rekabet Yasağı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 24, 2011, s. 88-106.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *İlke Kararları Işığında İş Hukuku Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Kılıçoğlu, Mustafa; Şenocak, Kemal, *İş Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Laçiner, Vedat, “Yeni İş Arama İzni”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 19, 2012, s. 1-30.
- Manav, Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, 2010, s. 322-363.
- Melekoğlu-Keser, Burcu, *İkale ve İbra Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku*, Cilt:1., 6. Baskı, Lykedion Yayınları, Ankara, 2022.
- Narçin-Tosun, Zelal, “İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 107, 2015, s. 14-26.
- Narmanhoğlu, Ünal, *Ferdi İş İlişkileri 1*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Özdemir, Erdem, “İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi”, *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi*, Cilt 3, Sayı 3, 2013, s. 32-51.
- Özyörük, Hasan Ali, *İkale Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 24. Baskı İstanbul 2013.
- Sarıhan, Banu Bilge, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 99-119.
- Senyen-Kaplan, Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Sever, Hatice, “Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 23, 2011, s. 81-92.
- Sevimli, Ahmet, “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 14, 2009, s. 84-107.
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Süzek, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 2, 2014, s. 457-468. (*Rekabet*)
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal; Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Turan, Gamze, “İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 21, Sayı 5-6, 2008, s. 18-30.
- Ugan-Çatalkaya, Deniz, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinden Sonra Yapılan Sulh Sözleşmesi ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararının Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2014, s. 457-467.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Yavuz, Nihat, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt: 1, 2*. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Yürekli, Sabahattin, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.



## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Intercountry Adoptions in Türkiye According to the Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption\*

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme Uyarınca Türkiye’de Uluslararası Evlat Edinme

Kerime Fatma GÜNTÜRK\*\*

## ABSTRACT

The adoption of children who lost their relatives in the recent earthquake in Türkiye brought this issue to light. National adoptions within Türkiye will be the major option for the adoption of these children, whose pain is still recent. However, there are also adoption requests coming from outside of Türkiye, and following the earthquake, lots of families submitted applications to become foster families. Currently, these demands are not being taken into account, but requests for worldwide adoption most likely will be in the future. The adoption of children who lost their relatives in the recent earthquake in Türkiye brought this issue to light. National adoptions within Türkiye will be the major option for the adoption of these children, whose pain is still recent. However, there are adoption requests coming from outside Türkiye, and many families have applied to be foster families in the wake of the earthquake. These demands are not currently being considered, but proposals for international adoption will likely be in the future. In this context, the Convention on the Protection of Children and Co Operation in Respect of Intercountry Adoption, which is implemented by 103 contracting states, would be utilized. The Convention establishes cooperation rules for international adoption between contracting states for the protection and well-being of children. In this paper, the rules of the Regulation on the Conduct of Intermediation Activities in the Adoption of Children which Türkiye enacted to determine the rules to be followed in international adoptions and intermediary activities and the adoption provisions in the Turkish Civil Code and the International Private and Civil Procedure Law are examined.

\* Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2023. Makale Kabul Tarihi: 04.09.2023. Kerime Fatma Güntürk, “Intercountry Adoptions in Türkiye According to the Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 415-453, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.5>.

\*\* Kerime F. GÜNTÜRK, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, [kfgunturk@medipol.edu.tr](mailto:kfgunturk@medipol.edu.tr), <https://orcid.org/0000-0003-1159-7087>

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Keywords:** International adoption, co-operation in adoption, adoption of children, public order, adoption of foreigners in Türkiye, adoption of foreigners in Turkey, the convention on the protection of children and co operation in respect of intercountry adoption, Hague adoptions in Türkiye, Hague adoptions in Turkey.

## ÖZ

Yakın zamanda Türkiye’de meydana gelen deprem nedeniyle, depremde ailesini kaybeden küçük çocukların evlat edinilmesi gündeme gelmiştir. Acıları henüz çok taze olan bu çocukların evlat edinilmesinde öncelikli tercih elbette Türkiye içinde gerçekleştirilecek olan ulusal evlat edinmeler olacaktır. Ancak bu süreçte Türkiye dışından da evlat edinme talepleri olmuş, pek çok aile koruyucu aile olmak için başvurmuş. Bu talepler şu an için değerlendirilmese de muhtemelen ilerleyen zamanda yurtdışından gelen uluslararası evlat edinme talepleri değerlendirilecektir. Bu bakımdan 103 devlet tarafından onaylanarak yürürlüğe alınan Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme bu kapsamda değerlendirilebilir. Sözleşme ülkelerarası evlat edinmelerde, çocukların güvenliği ve iyilikleri için taraf devletler arasında gerçekleştirilecek evlat edinmelerde işbirliğinin kurallarını belirlemektedir. Bu çalışmada Sözleşme kuralları ve Türkiye’nin sözleşme uyarınca uluslararası evlat edinmelerde ve evlat edinmelerde aracılık faaliyetleriyle ilgili izlenecek kuralları belirlemek için çıkardığı Tüzük, ve Türk Medeni Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da yer alan evlat edinme ile ilgili hükümler incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası evlat edinme, evlat edinmede işbirliği, küçüklerin evlat edinilmesi, kamu düzeni, yabancıların Türkiye’de evlat edinmesi, çocukların korunması ve ülkelerarası evlat edinme konusunda işbirliğine dair sözleşme, Türkiye’de lahey konvansiyonu uyarınca evlat edinme.

## Introduction

With the occurrence of events that cause turmoil and chaos, such as earthquakes, tsunamis, and hurricanes around the world, children who are left without parents in those regions attract the attention of the whole public, and many people want to protect and adopt these children with a humanitarian feeling. However, it would be a very naive approach to assume that everyone who wants to adopt has humanitarian motives. It can be stated that the world is divided into two different approaches in terms of children in the regions after natural disasters. This distinction is determined by the nation in which the fires, floods, storms, or earthquakes take place. In affluent nations with strong infrastructure and robust economy, reconstruction efforts for children who lost their parents start immediately. These children are thus kept in the society where they belong. Unfortunately, humanitarian organizations have found that adoption by people living in prosperous countries is the most effective way to help children from underdeveloped or develo-

ping nations instead of considering keeping them within a community where they belong. Adoption is not the answer for children who live in western nations like the USA, Australia, or England when natural calamities strike. But when a natural disaster strikes a nation that is less developed than these nations, adoption of children who live there is advocated as the most reasonable approach<sup>1</sup>.

However, as noted by UNICEF, the UN High Commissioner for Refugees, the UN Committee on the Rights of the Child, the Hague International Private Law Conference, the International Committee of the Red Cross, and numerous other international non-governmental organizations, first, family follow-up should be carried out after natural disasters, and children and their families should be kept together. International adoptions should only be resorted to as a last resort when these pursuits are inconclusive or when stable solutions cannot be found within the country<sup>2</sup>. Unfortunately, what happens with the ideal does not always turn out like this; the French charity “Zoe’s Ark”, which was founded to help children affected by the earthquake that occurred in the Indian Ocean in 2004 and the tsunami that followed, was caught trying to smuggle 103 children out of Chad by air in 2007. Although the employees of the charity claimed that these children were taken from orphanages in Darfur, it was revealed that the children had families or legal guardians in Chad, and these children were taken away from their families, and families were promised that their children will have education in France. The charity employees were sentenced to prison after the trial, but later it was accepted to pay compensation to the families of the children with the initiative of France, and the criminals were pardoned by the President of Chad in 2009 and extradited to France<sup>3</sup>.

In another similar example, after the 2010 earthquake in Haiti, because of the increasing number of applications received by American adoption agencies, approximately 1150 children were removed from Haiti for adoption through expedited processes without adequate research and adequately prepared paperwork. 33 of these children were saved at the border while being abducted by missionary groups, and later group members were extradited to the United States even though they were sentenced by the Haitian authorities for child abduction<sup>4</sup>.

1 Patricia Fronek, Denise Cuthberd, “History Repeating, Disaster-Related Intercountry Adoption and the Psychosocial Care of Children”, *Social Policy & Society* (2012), Volume 11, Issue 3, (429–442), Cambridge University Press, 2012, p. 430.

2 <https://www.unicef.org/media/intercountry-adoption> (13/02/2023).

3 Fronek, Cuthberd, p.433-434; <https://www.theguardian.com/world/2008/apr/01/france-internationalaidanddevelopment> (13/02/2023).

4 Peter Selman, “Intercountry Adoption after the Haiti Earthquake: Rescue or Robbery?”, *Adoption&Fostering*, Volume 35, Number 4, 2011, p. 41; Fronek, Cuthberd, p.434.

The examples present an obvious perspective. Unfortunately, this rate is fairly low despite the fact that following such catastrophes, vulnerable children sought to be adopted for extremely humanistic reasons that spring from human compassion. Because of the post-disaster management and security disarray in those countries, the majority of these kids unfortunately become an easy target for malicious individuals; they are abducted for abuse and human trafficking. Recently, the Netherlands is suspended all adoptions from abroad with immediate effect, after an official inquiry found many abuses at intercountry adoptions<sup>5</sup>. In 2020, Chinese officials indicated temporary suspension of intercountry adoptions from China due to the COVID-19 pandemic and intercountry adoptions are still suspended today<sup>6</sup>.

The Pazarcık Earthquake, with a magnitude of 7.8, struck central southern Türkiye, affected 11 large cities. Tens of thousands of citizens died, and many children lost their parents, family members and became orphans<sup>7</sup>. In the statement made by the Ministry of Family and Social Services (*Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı*), 1362 unaccompanied children in the provinces affected by the earthquake were registered in the Ministry's system, 1071 of the children were identified, and 369 of them were matched and delivered to their families. It has been stated that officials are working to keep these children safe and continuing to search for their parents and families<sup>8</sup>. These numbers released by the Ministry will undoubtedly rise in the days ahead. Many people applied to be foster families as children, one of the most vulnerable groups, were left without parents and relatives in such a catastrophe, and the majority of these applications came from Turkish living abroad.

The procedures and principles regarding the foster family institution in Türkiye are regulated in the Foster Family Regulation (*Koruyucu Aile*

5 The government formed an independent commission in 2018 to look into international abuses after a lawsuit showed that the Dutch government had been involved in an illegal adoption from Brazil in 1980 and pointed to the possibility of more such cases. Experts said they knew of no other Western country that had stopped international adoptions, <https://www.nytimes.com/2021/02/09/world/europe/netherlands-international-adoptions.html#:~:text=The%20Netherlands%20has%20temporarily%20halted,trafficking%2C%20between%201967%20and%201998> (13/02/2023).

6 <https://travel.state.gov/content/travel/en/News/Intercountry-Adoption-News/china--intercountry-adoptions-from-china-.html> (11/05/2023).

7 <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-bakan-soylu-cnn-turkte-acikladi-depremde-can-kaybi-50-bin-399-oldu-42246005#:~:text=CNN%20T%C3%9CRK'e%20%C3%B6zel%20a%C3%A7%C4%B1klamalarda,bin%20399'a%20y%C3%BCkseldi%C4%9Fini%20duyurdu.&text=%C4%B0%C3%A7%C5%9Fleri%20Bakan%C4%B1%20S%C3%BCleyman%20Soylu%2C%20%22Can,50%20bin%20399'a%20y%C3%BCkseldi> (14/04/2023).

8 <https://www.aile.gov.tr/haberler/bakanimiz-derya-yanik-refakatsiz-cocuklara-iliskin-aciklamalarda-bulundu/> (15/02/2023).



*Yönetmeliği*)<sup>9</sup>. According to the Regulation, it is mandatory for the foster family to be a Turkish citizen and permanently residing in Türkiye<sup>10</sup>. Turkish nationals living abroad are therefore unable to adopt children because they do not have a permanent address in Türkiye. Currently, only Turkish nationals who live permanently in Türkiye are eligible for this status. Also, even if a foreigner lives permanently in Türkiye, cannot foster a child due to foster families have to be Turkish nationals.

In addition to the requests from Turkish citizens who live abroad to become foster families, news about the adoption of earthquake-affected children by foreigners was also reflected in the press<sup>11</sup>. Such requests are currently denied, preventing the mess caused by the disaster from turning into a kind of expedited adoption process. This decision is also in line with the decision at the International Private Law Conference held in The Hague in 2010 that earthquakes cannot be a reason to skip the procedures necessary for the safe and legal adoption of children and that expedited adoptions should not be allowed after disasters<sup>12</sup>.

This paper will address about the legal requirements that the “Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption” places on foreigners who wish to adopt children from Türkiye. The relevant international adoption conventions will be covered in part one, and in part two study will focus on the Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption and Turkish Law and explain the legal requirements that foreign adopters may follow. In part three, the legal consequences of the international adoption will be discussed.

## I. Adoptions Under International Conventions

Intercountry adoption is a relatively recent phenomenon. It expanded slowly after World War II, until the 1970s, when the numbers increased considerably. By the 1980s, it was recognized that this phenomenon was creating serious and complex human and legal problems, and the absence of existing domestic and international legal instruments indicated the need for a multi-

9 Official Gazette (O.G.), 14/12/2012-28497.

10 Foster Family Regulation, Art.8/1(a).

11 <https://www.ntvspor.net/futbol/besiktasli-oyuncu-josef-bir-depremzede-cocugu-evlat-edinmek-istiyor-63ea4cb70dob571020611b9c> , <https://www.trtspor.com.tr/haber/futbol/josef-de-souza-bir-kiz-cocuk-evlat-edinmek-istiyoruz-270198.html>,<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-64588133>, <https://edition.cnn.com/2023/02/12/world/children-orphaned-earthquake-intl/index.html> (15/02/2023).

12 Selman, p. 43.

lateral approach<sup>13</sup>. As a result, many declarations and conventions have been prepared to lay out the basic principles of adoption.

International Conventions are important in Turkish law because those duly put into effect in accordance with the provision of Art. 90 of Law Number 2709 Turkish Constitution (*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*) are considered to have the force of law and are applied with priority in terms of the area they regulate<sup>14</sup>. In accordance with Art. 1(2) of Law Number 5718, International Private and Civil Procedure Law (IPPL) (*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*), the international conventions to which the Republic of Türkiye is a signatory are reserved<sup>15</sup>.

There are two international conventions relevant on intercountry adoption that Türkiye has ratified. The first of these is the “Convention on the Rights of the Child” and the second is the “Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption,” which this study will focus on mainly later.

### **A. Convention on the Rights of the Child**

The “Convention on the Rights of the Child” was adopted by the United Nations General Assembly on November 20, 1989<sup>16</sup>. Convention establishes the profound idea that children are not just objects who belong to their parents and for whom decisions are made, or adults in training. Rather, they are human beings and individuals with their own rights. For the purposes of the Convention, child means every human being below the age of eighteen years, unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier<sup>17</sup>. The Convention says childhood is separate from adulthood and lasts until age 18; it is a special, protected time in which children must be allowed to grow, learn, play, develop, and flourish with dignity. The Convention went on to become the most widely ratified human rights treaty in history and has helped transform children’s li-

---

13 Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, The 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption Information Brochure, March 2017, p.5, <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf> (17/02/2023); G. Parra-Aranguren, “Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, in Proceedings of the Seventeenth Session, 1993, pp. 543 and 545. Available on the Hague Conference website, [www.hcch.net](http://www.hcch.net) under “Intercountry Adoption Section” then “Explanatory Documents”.

14 Law Number 2709 Turkish Constitution, O.G., 9/11/1982- 17863.

15 The Turkish International Private and Procedural Law enacted on 27 November 2007 was entered into force on 12 December 2007. O.G., 12/12/2007-26728.

16 Türkiye ratified the convention in 1995. O.G., 27/01/1995-22184.

17 Convention on the Rights of the Child, Art. 1.

ves<sup>18</sup>. Many basic principles are set out in the Convention for children to grow up in safety, health, and well-being. In terms of the subject of this study, Art.21 of the Convention should be mentioned. States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration, and they shall:

1. Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives, and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counseling as may be necessary;

2. Recognize that inter-country adoption may be considered an alternative means of a child's care if the child cannot be placed in a foster or adoptive family or cannot be cared for in any suitable manner in the child's state of origin.

3. Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption.

4. Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it.

5. Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavor, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs<sup>19</sup>.

The convention does not promote a legal rule regarding adoption. Instead, it emphasizes the importance of cooperation for children's right to special attention and assistance and helps their families receive the necessary protection and assistance to fully fulfill the responsibilities expected from them in the society for children's development and well-being.

### **B. Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption**

The main subject of this paper will be the "Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption" (Convention), drafted in 1993 in The Hague with the aim of protecting the best interests

18 <https://www.unicef.org/child-rights-convention#:~:text=In%201989%2C%20world%20leaders%20made,children's%20lives%20around%20the%20world> (17/02/2023).

19 <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text> (18/02/2023).

of children. Türkiye ratified the Convention in 2004<sup>20</sup>. The Convention gives effect to Art. 21 of the “United Nations Convention on the Rights of the Child” by adding substantive safeguards and procedures to the broad principles and norms laid down in the Convention on the Rights of the Child.

The Convention establishes minimum standards but does not intend to serve as a uniform law of intercountry adoption<sup>21</sup>. According to the provisions of this Convention, in an intercountry adoption process, which is within the scope of the Convention, priority will be given to the provisions of the Convention as per the relevant provisions of the Constitution and IPPL. Other intercountry adoptions in Türkiye that stay out of the Convention and have a foreign element will be subject to IPPL Art. 18<sup>22</sup>. Furthermore, when adoptive parents apply to a court for recognition of a foreign adoption court order, they must provide evidence that they live in a contracting state, the child lived in a contracting state, the adoption was carried out in accordance with The Convention’s rules, and official certification was approved by the authorities. Otherwise, Turkish courts will apply the rules of IPPL Art. 18 and parties will not be able to benefit of the convenience of the Convention<sup>23</sup>.

The Convention recognizes that growing up in a family is of primary importance and is essential for the happiness and healthy development of the child. It also recognizes that intercountry adoption may offer the advantage of a permanent family to a child for whom a suitable family cannot be found in his or her state of origin<sup>24</sup>. Therefore, the Convention stipulated that even in emergency situations, efforts to reunify a displaced child with his or her

20 O.G., 19/04/2004-25438, Full text of the convention, see: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040419.htm#2> (16.02.2023).

21 <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf>, p.6 (16/02/2023).

22 Adoption Art.18- (1) The relevant national law of each of the parties at the time of an adoption shall govern the legal capacity and conditions of adoption.

(2) The national laws of the spouses shall be jointly applicable to adoption with respect to the consent to the adoption of the other spouse.

(3) The adoption itself shall be governed by the national law of the adoptive parent, and in case of a joint adoption, by the law governing the general provisions of the marriage.

23 Court of Cassation, 8. HD., E. 2019/4986 K. 2019/10588 T. 27.11.2019, “The plaintiff in the relevant court decision has not stated that they reside in USA which is a contracting state of the Convention and did not submit information that adoption was conducted in accordance with the rules of The Convention, and official certification approved by the authorities.” ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

24 Sibel Özel, “Ülkelerarası Evlat Edinme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, 2011, Prof. Dr. Ata SAKMAR’a Armağan, p. 611; Report of the Working Group on Preventing and Addressing Illicit Practices in Intercountry Adoption (meetings of 28-30 September and 8 November 2021), Annex I, p.5. <https://assets.hcch.net/docs/35d8530a-b5bd-4330-b2fc-abda099e7f6b.pdf> (17/02/2023).

parents or other family members must take priority, and that premature and unregulated attempts to arrange the adoption of such a child abroad should be avoided and resisted. States must consider the national solution methods, and if no solution is found, due to the best interests of the child, international adoption will be considered<sup>25</sup>.

The Convention also establishes a system of cooperation between authorities in countries of origin and receiving countries, designed to ensure that intercountry adoption takes place under conditions that help guarantee the best adoption practices and the elimination of abuses, and to ensure effective and functioning adoption processes through the stipulated rules<sup>26</sup>.

The Convention sets out the procedural requirements for intercountry adoption between the contracting states<sup>27</sup> establishes a system of automatic recognition of adoptions. Every adoption, whether a simple or full adoption, that is certified to have been made in accordance with Convention procedures, is recognized “by operation of law” in all other Contracting States. In other words, the Convention gives immediate certainty to the status of the child and eliminates the need for a procedure for recognition of orders, or re-adoption, in the receiving state. In other contracting states, an adoption must be certified by the competent authority of the state of origin as having been made in accordance with the Convention<sup>28</sup>. However, the public order of the contracting states cannot be ignored. Therefore, if the recognition of an adoption is manifestly contrary to the public policy of the contracting state due to the best interests of the child, recognition of such a decision may be refused<sup>29</sup>.

The Convention requires that only competent authorities should perform Convention functions. Competent authorities may be central authorities or public authorities, including judicial or administrative authorities. The Convention provides for a system of central authorities in all contracting states and imposes certain general obligations on them<sup>30</sup>. The central authorities shall cooperate with each other and promote cooperation amongst the competent

25 Press Release, Asian-African Tsunami Disaster and The Legal Protection of Children, The Hague, 10 January 2005; The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, Guide Number1, Hague Conference on Private International Law 2008, p. 112 (Guide No. 1).

26 <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf>, p.6 (16/02/2023), Özel, p. 611.

27 Convention, Art.14.

28 Convention, Art.23; <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf>, p.8 (16/02/2023).

29 Convention, Art.24.

30 Convention, Art.5.

authorities in their states to protect children and achieve the other objects of the Convention<sup>31</sup>. In this regard, each state of origin, where the habitual residence of the child is, and each Receiving state, where the habitual residence of the adopter or adoptive parents is, shall appoint a central authority to fulfill the obligations assigned to them by the Convention<sup>32</sup>. The central authority in Türkiye is the Department of Child Services under the General Directorate of Social Services and Child Protection Agency (*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Çocuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı*)<sup>33</sup>.

The Convention does not apply to refugees or internationally displaced children who are not habitually resident in a contracting state. The exclusion of refugee children from the scope of the Convention will not prevent the inter-country placement of these children. Refugee children will continue to be subject to inter-country adoption to the extent permissible under current law. Although such adoptions are often subject to the approval of other international institutions such as the U.N. High Commissioner for Refugees, they lack the benefit of the rules created by the Convention<sup>34</sup>.

The Convention does not specify the criteria for adoptability<sup>35</sup>. This is a matter for the law of the state of origin, including the rules of choice of law. The state of origin will usually apply the rules that are relevant to national adoptions in that state. On the other hand, it may apply foreign laws if required to do so by its own choice of law rules. It is possible that in a state of origin, the child could have another citizenship than the state of origin's; in this situation, the law applicable to the question of the adoptability of the child is (at least in part) the law of the child's nationality. It is only in this exceptional situation that the law of the country of which the child is a national may be relevant in determining the child's adoptability under the Convention<sup>36</sup>.

Also, the competent authorities of the receiving state should have determined that the prospective adoptive parents are eligible and suited to adopt<sup>37</sup>. The Convention does not specify the criteria for eligibility. This is a matter of the law, including the rules of choice of law, of the receiving state. The recei-

---

31 Convention, Art.7.

32 Convention, Art.6.

33 Regulation on Conducting Intermediary Activities in the Adoption of Minors, Art.2(1)(i).

34 Richard R. Carlson, "The Emerging Law of Introductory Adoptions: An Analysis of the Hague Conference on Inter-country Adoption.", *Tulsa Law Journal*, Volume 30, Number 2, Winter 1994, p.249.

35 Convention, Art.4(a).

36 Gudie No. 1, pr.485.

37 Convention, Art.5(a).

ving state will usually apply the rules that are relevant to national adoptions in that state. It is possible that the receiving state may, by its own choice of law rules, be required to establish that the prospective adopters are eligible under the law of their nationality. Only in this exceptional situation would the nationality of the adopters become relevant to the question of their eligibility<sup>38</sup>. In the United States, for example, only USA citizens and habitual residents can apply for intercountry adoptions. If a person lives in the United States but is not a citizen, he or she cannot adopt a child from another contracting state under the rules of Convention<sup>39</sup>.

The nationality of the child or of the adopters is irrelevant in determining the scope of application of the Convention<sup>40</sup>. In order for the Convention to be implemented, the states of habitual residence of the parties must be parties to the Convention. In other words, both the habitual residence of the child and the habitual residence of the prospective adopters/prospective adopter parents must be in a contracting state. But parties must be residents of contracting states, in a decision a child wanted to be adopted by his relatives, but child was already present in prospective adopters' habitual resident country for purposes unrelated to adoption, with a student visa. Since child was not emigrated from a foreign state to be adopted, prospective adoptive parents' request to adopt him under the rules of Convention had denied. Habitual residence (of the child and of the adopter(s)) is the important connecting factor. For example, if adopters, who are nationals of France, but habitually resident in Belgium, wish to adopt a child who is habitually resident in another contracting state, their central authority will be in Belgium, which will be responsible for receiving and processing the application<sup>41</sup>. Also, if adopters have the citizenship of one of the contracting states but reside in a non-contracting state, they cannot adopt a child under the scope of the Convention. In a decision of United States District Court, court decided that if a child arrives a contracting state for purposes unrelated to adoption, such as with a student visa, later he/she cannot be adopted under the Convention rules since he/she was not emigrated to contracting state for the purpose of adoption<sup>42</sup>.

However, there are different examples in practice; parents with dual nationality travel to one of their countries of nationality and adopt children accor-

38 Gudie No. 1, pr.486, p.107.

39 <https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/forms/i-800a.pdf> (08/05/2023).

40 Convention, Art. 2(1).

41 Gudie No. 1, pr.479, p.106.

42 United States District Court, W.D. Kentucky, Louisville Division, Fingerson v. Dep't of Homeland Sec. 198 F. Supp. 3d 786 (W.D. Ky. 2016), Decided Jul 26, 2016.



ding to the procedure for national adoptions, and then bring the children back with them to their state of habitual residence. Receiving states are in a difficult position as to the recognition of such adoptions: on the one hand, if recognition is refused, the children may be left in limbo, but on the other hand, such practices should not be encouraged. While such cases may not be deliberate attempts to avoid the Convention rules, the possibilities for abuse do exist<sup>43</sup>. In relation to temporary workers, if they acquire habitual residence in the new country (the State of Origin) and wish to adopt a child there under the internal law, that is a matter for the law of the State of Origin. The law of the worker's home state may also be relevant in determining that the child may be permitted to reside there permanently, should the family return there later<sup>44</sup>.

## **II. Adoption Under National Law of Türkiye in the scope of Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption**

### **A. Regulation on the Conduct of Intermediation Activities in the Adoption of Children**

After the signing of the Convention, Türkiye issued the "Regulation on the Conduct of Intermediation Activities in the Adoption of Children", (*Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük*), (Regulation) which was prepared in accordance with Art. 320 of the Turkish Civil Code Number 4721<sup>45</sup> (TCC) (*Türk Medeni Kanunu*). In compliance with the Convention, the Regulation creates guidelines to safeguard children's fundamental rights while upholding their best interests throughout inter-country adoption intermediary activities<sup>46</sup>. According to the Regulation, children should be adopted primarily within the country to prevent kidnapping, sale, or trade, and intercountry adoption is the last remaining choice if no one can be located to adopt the child within the country. In the third part of the Regulation, the provisions on international adoption are regulated, and it has been determined that the international adoption procedures will be carried out in accordance with the relevant provisions of the Regulation and the provisions of the Convention on Cooperation in the Protection of Children and International Adoption<sup>47</sup>.

---

43 Gudie No. 1, pr.481, p.106.

44 Gudie No. 1, pr.483, p.107.

45 O.G.,08/12/2001-24607.

46 O.G.,15/03/2009- 27170; Özel, s. 615.

47 Regulation, Art.15.

Considering that the adoption process impacts a child's life and alters their personality, future, and entire existence, it must be conducted with the utmost care to prevent abuse of both the child and the adopters. For this reason, there is no non-governmental or private intermediary institution authorized for adoption in Türkiye. Since 1961, this authority has only belonged to the General Directorate of Social Services and Child Protection (*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü*). A child placed in one of the social service institutions can only be adopted through the intermediary activity of the institution, but this does not cover children living with their parents. These children can be adopted without the intermediation of the institution in Türkiye<sup>48</sup>(private adoptions). However, the Convention will not apply to these adoptions that take place without the institution's intervention. To be covered by the Convention, the adoption procedure must involve a central authority if the child is with his or her biological parents and not placed in a social service institution. Such private adoptions are allowed under the national legislation of some contracting states, like in Türkiye, while they are prohibited in many others. Private adoptions in Türkiye therefore fall within the scope of the Convention and are subject to Convention requirements<sup>49</sup>.

The child must fulfill the requirements of Art. 2 of the Convention, which state that he or she must be a habitual resident of one contracting state (the state of origin) and be moving to another contracting state (the receiving state) either after being adopted in the state of origin by spouses or a person who is a habitual resident of the receiving state, or for the purposes of such an adoption in the receiving state or in the state of origin. The Convention covers only adoptions that create a permanent parent-child relationship. Also, all the requirements of Articles 4 and 5 must be met, including, that:

- a. Due consideration should have been given to possibilities for placement of the child within the state of origin.
- b. The biological parents should have been properly counseled.
- c. The consent of the mother should have been given only after the birth of the child, and
- d. It should have been determined that the prospective adoptive parents are eligible and suited to adopt<sup>50</sup>.

48 Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, p.195.

49 Gudie No. 1, pr.520, p.115.

50 Gudie No. 1, pr.521-522, p.115.

However, despite the fact that a private adoption process that is automatically recognized in the contracting states occurs within the purview of the Convention and that the process initially begins as a private adoption, it becomes difficult to address as a fully private adoption because the central authorities in the contracting states are involved in the procedure in the steps that follow. For this reason, there is a separate adoption procedure called "Independent Adoption". It has been explained in the implementation guide of the Convention (Guide), and thus it has been determined which type of adoption will be an independent adoption completely out of scope of the Convention<sup>51</sup>.

The Guide made a distinction between purely private adoptions and independent adoptions. The term "independent adoption" is used to refer to those cases where the prospective adoptive parents are approved as eligible and suited to adopt by their central authority or accredited body. They then travel independently to a State of Origin to find a child to adopt (without the assistance of a Central Authority or accredited body in the State of Origin); such adoptions are not consistent with the Convention because the safeguards of the Convention to protect the interests of the child cannot be guaranteed, in particular the safeguards in Articles 4, 16, and 17 of the Convention. The safeguards of the Convention are also intended to protect the interests of the biological family and the adopter/adopters<sup>52</sup>. Independent adoptions are also valid in Türkiye, and it is not obligatory to apply to an intermediary institution for the adoption of children, but it should be known that since the Central Authority is not involved in the process, adoption will not be covered by the Convention nor automatically recognized in contracting states.

### **B. Legal Requirements of the Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption and Adoption Requirements According to Turkish Law**

Since the Convention has not determined the rules of law in international adoption, the legal requirements of the adoption under the Convention are left to the determination of the contracting states' national laws. The Convention only provides a clear set of basic procedures and minimum standards for intercountry adoption, governing, *inter alia*, the application process, the preparation of reports on the child and the adopter/adopters, the obtaining of necessary consents, the exchange of information between the two states concerned, the decision concerning entrustment, authorization for the child to reside perma-

---

51 The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, Guide Number1, Hague Conference on Private International Law, 2008.

52 Guide No. 1, pr. 525, p. 116.

nently in the receiving state, and the transfer of the child from the state of origin to the receiving state<sup>53</sup>. In this respect, the domestic law rules of the state of origin of the child to be adopted and the state that is the habitual residence of the adopter or adopters determine the legal requirements for adoption. The Regulation defines two categories of prospective adopters: Turkish citizens and foreign nationals whose habitual residency is abroad in a contracting state<sup>54</sup>.

Examining the Regulation reveals that the requirements for international adoption are equivalent to those established in TCC. The capacity and requirements for adoption in Turkish law are related to public order, even though legal requirements are left to the domestic law of the contracting states<sup>55</sup>. In Turkish law, an adoption relationship cannot be established by a contract between the parties; it can only be established by a court order<sup>56</sup>, and it creates an artificial paternity lineage between the parties, not a natural paternity blood line that occurs spontaneously at birth<sup>57</sup>. Therefore, adoption is considered a public process<sup>58</sup>. Due to this consideration, the Turkish legislator takes into account the best interests of the child, determines the requirements in this matter, which it deems to be in accordance with the public order, and wants to prevent the adoption from the beginning, which may be contrary to the Turkish public order, even if it is in accordance with the rules of another law. Considering the opposite scenario, the same result would have occurred, if the requirements associated with TCC were not included in the Regulation, the result would have been the same. An adoption that is against TCC rules would still be possible, but the establishment of the adoption process would once more be halted in order to preserve public order. Therefore, the legal requirements set out in Regulation for intercountry adoption are determined by Turkish legislation, the same as in TCC.

53 Guide No. 1, 440, p. 99.

54 Regulation Art.5 (1)(b).

55 Court of Cassation 2. HD, E. 2003/8317, K. 2003/9830, T. 30.6.2003.

56 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 6. Edition, Turhan Kitapevi, Ankara 2022, p.445; In Turkish law, an adoption relationship cannot be established by a contract between the parties. It doesn't matter if this contract is made in the presence of a notary public; it shall be null and void; For the comment criticizing this, see: Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 9. Edition, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, p.179.

57 Baygın p.137 footnote:1; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 2. Volume, 24. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2022, p.369.

58 Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, p. 7.

In the following section, the legal requirements that Turkish legislation established for the Convention will be examined. These conditions are also in Section 4 of the TCC between Art. 305 and Art. 320; therefore, both legal rules will be examined in parallel to give a clearer understanding of the requirements<sup>59</sup>.

### 1. Determination of the Child's Suitability for Adoption

In the Convention, it is stipulated that the child must not have reached the age of 18 and be eligible for adoption as of the date when the Central Authorities of both States have agreed that the adoption may proceed<sup>60</sup>. However, the conditions for eligibility for adoption have not been explained, and it has been stated that these criteria will be determined by the domestic law of each contracting state<sup>61</sup>. The state of origin will usually apply the rules that are relevant to national adoptions in that state. In terms of Turkish law, there are certain conditions for the adoption of a child which are specified in Art.1(2) of the Regulation. Accordingly, children's best interests and fundamental rights should be protected, and children should be adopted primarily within the country to prevent kidnapping, sale, or trade; intercountry adoption should be considered a last resort if no person or spouse can be found to adopt a child in the country.

Many children who become available for intercountry adoption have special needs or identified medical conditions<sup>62</sup>. Adoption of children with "special needs" are becoming more common, as are adoptions of older age children and of sibling groups. In 2005, the percentage of children adopted from China with special needs was 9% for all adoptions in all receiving countries. By 2007, the number of adopted children from China with special needs had risen to 30%. By 2009, 49% of all adopted children from China were children with special needs. This trend was echoed in a report by a U.S. coalition of child welfare

59 <https://rm.coe.int/turkish-civil-code-family-law-book/1680a3bcd4> (18/02/2023).

60 Convention, Art.3. It should also be noted that the birth dates of children born abroad are not always precisely documented in the countries where they were born. Adoptive parents may discover that their child is younger than the age listed on official documents after adoption is completed. In this instance, they can request a court to officially correct the child's age. Example case *In re Adoption of MAJB*, Supreme Court, State of Wyoming, 478 P.3d 196 (Wyo. 2020) • 2020 WY 157, Decided Dec 28, 2020.

61 Guide No. 1, pr. 60, p.31.

62 Some receiving countries like USA, requires child's medical records from adoption service provider. This information must be provided to prospective parents no later than two weeks before they are asked to accept or decline a referral. Therefore child must go a medical examination by a physician who has been designated by the Department of State. <https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/Adoption-Process/before-you-adopt/health-considerations.html> (08/05/2023).

organizations that said many countries of origin are increasingly limiting intercountry adoption to older children or those who may have special needs<sup>63</sup>.

The same tendency can be seen in Türkiye, where children aged 5 and up with continuing health issues or impairments are typically included in intercountry adoptions, often with siblings but not always<sup>64</sup>. However, if the child is more than three years old, prospective adopter or one of the spouses must be able to speak in Turkish. Turkish language proficiency is not required for children under the age of three<sup>65</sup>. Therefore, if a child has not been adopted in Türkiye and if an international adoption is in the best interests of the child, this child will be suitable for adoption under Turkish law. The determination that the child's adoptability should be made before adopters are matched with the child. The state of origin should not match a child with a family in the receiving state if the determination that the child is adoptable will not be accepted by the receiving state<sup>66</sup>.

## 2. Intercountry Adoption is in the Child's Best Interests

An adoption within the scope of the Convention shall take place only if the competent authorities of the state of origin have determined, after possibilities for placement of the child within the State of origin have been given due consideration, that an intercountry adoption is in the child's best interests<sup>67</sup>. The best interest of the child is the most important principle in child law. Intercountry adoption serves the child's best interests if it provides a loving, permanent family for the child in need of a home. In Turkish law, the best interest of the child is an indispensable condition of the adoption process<sup>68</sup>. Since the

63 Department of State: Proposed Rules: "Intercountry Adoptions: Regulatory Changes to Accreditation and Approval Regulations in Intercountry Adoption", [FR DOC #2020-24391]", Volume 85, Number Friday, November 20, 2020, p. 74493.

64 [https://www.aile.gov.tr/osmaniye/basvurular/evlat-edinme/\(07/03/2023\)](https://www.aile.gov.tr/osmaniye/basvurular/evlat-edinme/(07/03/2023)).

65 Özel, p. 616.

66 Guide No. 1, pr. 507, p. 113, In the U.S. states have laws that specify the persons who can be adopted. In general, a child is considered eligible for adoption if parental rights have been terminated and the court has determined that such placement is in the best interests of the child, A child may also be deemed eligible for adoption after an involuntary termination of parental rights by an adjudicatory body; such an action is subject to Constitutional protections relating to due process, as well as additional protections that vary state by state, <https://assets.hch.net/docs/2488afaf-741d-4874-9f34-77c3654a7ee3.pdf> (12/05/2023), In India, healthy male and female children from age 6 to 18 years and children having special needs in the age group of 0 to 18 years require rehabilitation through Inter-Country adoption. But children with physical and mental disability, siblings and children above five years of age may be given preference over other children for inter-country adoption, <https://assets.hch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023).

67 Convention Art.4(b).

68 Akıntürk, Ateş, p.371.

best interest of the child is an abstract concept, the elements that will reveal the existence of the child's best interest have been determined by the TCC<sup>69</sup>.

According to the TCC, the personality and health of the adopter and the child, mutual relations, the socio-economic status of the adopter or adopters, the adopter's ability to educate, the reasons leading to adoption, family relations and developments in the one-year probationary period, and the relations between the adoptive and the family members of the adopter should be evaluated<sup>70</sup>. In a decision of a District Court in Türkiye, one of the adoptive spouses has scoliosis and the other one has limb-length discrepancy. The Court has ruled that these impediments do not constitute an obstacle under the Art. 6(e) of the Regulation since spouses are evaluated and found suitable to adopt a child, they carry out their work and transactions in their daily lives without needing the help of another person, and their impediments will not adversely affect the childcare in the future<sup>71</sup>.

In addition, the adopter should have a consistent, balanced personality that can give enough love to the child, have characteristics that will not contradict the norms and values of the society in terms of social relations, and should not have been punished for a disgraceful crime<sup>72</sup>. The opinions of experts should be used while making these evaluations<sup>73</sup>. However, if the adopter leads a dishonorable life and is fond of alcohol and gambling and addicted to drugs, if the child is given for adoption in exchange for money or cheap labor, if the legal heirs aim to eliminate or reduce the inheritance rights, if the personalities of the parties do not match, for example, if the child has a calm personality but the adopter is irritable, these are traits that will be considered contrary to the child's best interests<sup>74</sup>. It has been stated that in the implementation of the

---

69 TCC Art. 316(2).

70 Baygın, p. 148.

71 The District Court Decision, Erzurum BİM, 3. İDD, E. 2019/1384 K. 2020/52 T. 11.2.2020. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

72 Akıntürk, Ateş, p.148.

73 TCC m. 316 f.2, Court of Cassation - 2nd HD., E. 2009/16480 K. 2010/18718 T. 8.11.2010; "According to Art. 316 of the Turkish Civil Code, which imposes an obligation on the judge to investigate before making a decision on adoption, adoption can only be made after a comprehensive investigation of all circumstances and conditions deemed essential, the hearing of the adopter and the adopted, and the taking of the opinion of experts when necessary. In the research, it is necessary to clarify the personality and health of the adopter and the person adopted, their mutual relations, economic conditions, the ability of the adopter to educate, the reasons leading to adoption, and the developments in family relations and care relations. In accordance with Articles 305 and 316 of the Turkish Civil Code, the court decided to accept the case with an incomplete examination, without hearing the children of the plaintiffs, and without conducting a comprehensive investigation." ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

74 Baygın, p.149; Aydoğdu, p.143-144.



Convention, each contracting state can interpret the determined framework rules in line with their own practices, considering the principle of the child's interest. Contracting states may interpret it as being in the best interest of the child to cooperate with contracting states with which they are culturally close, for example, with whom they share a common language<sup>75</sup>. Therefore, Regulation states that Turkish citizens whose place of residence is abroad, who are Turkish citizens by birth but renounced their citizenship with the permission of the Ministry of Interior (*İçişleri Bakanlığı*), and who have linguistic and cultural affinity with the child will be given priority in the ranking<sup>76</sup>. India takes the same approach for intercountry adoptions, locating prospective adoptive parents, preferably of Indian origin. The rationale behind finding Indian parents or parents of Indian origin is to ensure that the children should grow up in Indian surroundings so that they retain their culture and heritage<sup>77</sup>.

### **3. Not Unfairly Injuring the Interests of Other Children of the Adopter**

If adopter or adopters already have children, the interests of the other children of the adopter or adopters should not be unfairly damaged by the adoption process. When the adoption process takes place, the children of the adopter or adopters will inevitably be affected materially and morally by this situation; to think otherwise would be against the rules of inheritance law. The important thing here is that the effect that will occur remains within the limits of equity<sup>78</sup>. Regulation states that the attitudes and thoughts of the other children of the adopter or adopters about the child to be adopted should be evaluated and reported<sup>79</sup>.

### **4. Consent of the Child's Parents**

The determination of the persons, institutions, and competent authorities that must consent to the adoption in accordance with the contract will be de-

75 Guide No. 1, 445, p.100.

76 Regulation, Art. 16(4).

77 Ranjit Malhotra, Anil Malhotra, "Conflict of Laws in Intercountry Adoptions: The Indian Perspective with Special Reference to the Position after India Ratified the Hague Convention on Adoptions", *International Survey of Family Law*, 2009, p. 223.

78 Akıntürk, Ateş, p. 372; Kılıçoğlu, p. 454.

79 Regulation, m. 12(2), Court of Cassation - 2. HD., E. 2009/16480 K. 2010/18718 T. 8.11.2010; "...In any case, the adoption should be for the benefit of the minor, and the other children of the adopter should not be unfairly damaged. For this reason, it has been seen that the attitudes, thoughts, and benefits of the plaintiff's children were not evaluated in accordance with the above-mentioned provisions. In accordance with Articles 305 and 316 of the Turkish Civil Code, the court decided to accept the case with an incomplete examination without hearing the children of the plaintiffs and without a comprehensive investigation, and it was found to be against the procedure and the law." ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

terminated by the law of the state of origin<sup>80</sup>. These persons are not limited to the biological parents of the child, if any; the consent of the child's relatives or legal representatives can also be obtained. Türkiye seeks the consent of the child's parents for adoption<sup>81</sup>. Some contracting countries such as USA, require DNA testing to make sure consent is really taken from child's biological parents, Türkiye does not require DNA test as a proof<sup>82</sup>. This consent does not depend on whether the mother or father has the right to custody of the child, if the child has biological parents, they must have consented to the adoption of the child, whether they have custody or not<sup>83</sup>. The parents must give their consent together; if one of the parents does not give consent, the child will not be given for adoption<sup>84</sup>. The consent of the parents must be expressed. Implicit consent is unacceptable<sup>85</sup> and must be officially recorded verbally or in writing in the court where the child or his/her parents reside<sup>86</sup>. The consent of the child's parents is a unilateral declaration of will, and it has legal consequences as soon as it reaches the court and is recorded in the report<sup>87</sup>. The consent given will be valid even if the names of the adopters are not specified or the adopters have not yet been determined<sup>88</sup>.

It is stated in the Convention that the mother's consent will only be accepted if it is given after the birth of the child<sup>89</sup>. TCC also made a timeline regarding the timing of consent. Accordingly, parents cannot give their consent before six weeks have passed after the birth of the child. Parents are allowed a one-time waiver of their consent. If they want to withdraw their consent, they can do so in court with a written or verbal statement within six weeks, starting from the

80 Convention, Art. 4(c).

81 TCC Art. 309 f.1; Regulation Art.4(1)(d).

82 Questionnaire on The Practical Operation of the 1993 Adoption Convention, Prel. Doc. 3 of February 2020 for the Special Commission Meeting, 2021.

83 Baygın, p.175; Aydoğdu, p. 196.

84 Aydoğdu, p. 200; Akıntürk, Ateş, p. 376.

85 Kılıçoğlu, p. 457.

86 TCC Art. 309 f.2; Convention m. 4(c)(2).

87 Court of Cassation 2. HD., E. 2011/10286 K. 2011/14804 T. 3.10.2011 "... The child was born out of wedlock. The father is not legally determined. It is not legally possible to ask for a court decision regarding the child's mothers or father's consent for adoption. The consent of the minor parents shall be disclosed orally and in writing in the court of their place of residence and recorded in the report. Consent is given, and it is valid even if the names of the adopters are not specified or the adopters have not been determined yet (TCC Art. 309). The consent of the minor's parents is a unilateral declaration of will that is reached in court and has legal consequences as soon as it is recorded in the report. Consent cannot be given less than six weeks after the birth of the child (TCC Art. 310). The plaintiff's mother declared that she consented to the adoption of the minor. This statement of the mother should be recorded and determined." (www.lexpera.com.tr).

88 TCC Art.309 pr.3.

89 Convention m.4(c)(4).

date of recording their consent. If parents give consent again after this withdrawal, this consent will be final and cannot be withdrawn<sup>90</sup>.

It is stated in the TCC that consent is not required in exceptional cases. Consent will not be sought if the identity of the mother or father is unknown or where they have lived for a long time, if they are constantly lacking in the power of discernment, or if they do not adequately fulfill their duty of care towards the child<sup>91</sup> or if the child is placed in an institution for adoption, it is legal to not seek the consent of the parent or parents for the adoption of the child<sup>92</sup>. An unknown mother or father is often the case with found or abandoned children. This may be the result of situations where parents knowingly and willfully leave their children, sometimes unintentionally in situations like natural disasters, wars, kidnapping, or the disappearance of the child<sup>93</sup>. However, children whose parents are unknown are usually those born out of wedlock and abandoned by their mothers and/or fathers. These children were abandoned before a legal paternity relationship could be established between their parents<sup>94</sup>. Apart from this situation, if the consent of one of the parents is missing before the child is placed in an institution for adoption, the court of the place where the child resides, upon the request of the adopter or the institution that mediates the adoption, decides whether to seek this consent. In cases other than this, the decision on whether to seek the missing consent is made during the adoption proceedings. If one of the parents' consents is not required due to insufficient fulfillment of the duty of care towards the child, the court will not seek it, and the party who does not fulfill the duty of care will be officially notified<sup>95</sup>, and mother or father will be able to oppose this decision if they have justified reasons<sup>96</sup>.

---

90 TCC Art. 310.

91 TCC Art. 311.

92 TCC Art. 312.

93 Aydoğdu, p. 246.

94 Baygın p. 179.

95 TCC Art. 312, Court of Cassation 18. HD., E. 2012/8743 K. 2012/9197 T. 10.09.2012. "The defendants had a civil marriage contract, and they got divorced, but they continued to live together after the divorce. The defendants had six children who were not of legal age; the defendant stayed with his mother. It is understood that their houses were closed four times by the official authorities on the grounds of prostitution it is not meet the health and hygiene conditions, were not suitable for the healthy development of the children, and their safety was in danger. The defendant's father is unemployed and does not take care of the children, does not have a regular life, and the children are still under government protection and stay in the orphanage. If the parents fail to fulfill their duty of care towards the minor in accordance with Art. 311 of the Turkish Civil Code, and in accordance with Art. 312 of the same law, if the minor is placed in an institution for adoption, it is legal to not seek the consent of the parents for the adoption of the minor." (www.lexpera.com.tr).

96 Kılıçoğlu, p. 460.

## 5. Obtaining the Consent of the Child with the Power of Discernment

The term “Power of Discernment” refers to children who are mentally mature enough to understand the meaning of adoption and its consequences<sup>97</sup>. Every child can reach this maturity at different ages. In a decision of the Court of Cassation, nine years of age was found to be sufficient to understand the meaning of adoption and its consequences<sup>98</sup>. However, this age should be evaluated individually for each child<sup>99</sup>.

The Convention states that the child should be sufficiently informed about the consequences of the adoption. The child’s wishes, and views should be considered, and his or her consent should be taken in accordance with the legal forms: freely and in writing<sup>100</sup>, if the child has the power of discernment, the adoption cannot be placed without the child’s consent<sup>101</sup>. Consent to adoption is strictly a personal right and must be exercised by the child who owns the right; even allowance for consent by the legal representative of the child is not sought<sup>102</sup>.

## 6. Permission of the Guardianship Offices Must Be Obtained If the Child is Under Guardianship

In Turkish law, children whose parents are unknown, have died, or whose custody rights have been revoked are placed under guardianship<sup>103</sup>. If the child is under guardianship, he or she can be adopted with the permission of the guardianship offices<sup>104</sup>. In this respect, it does not matter whether the child has the power of discernment or not. If the child is under guardianship, this permission

97 Baygın, p. 169.

98 Court of Cassation, 2. HD., E. 2009/16483 K. 2010/19941 T. 30.11.2010, “It was found that the decision to accept the case without the consent of the minor, who was nine years old on the date of the case and who wanted to be adopted, was contrary to the procedure and the law.” (www.lexpera.com.tr).

99 In USA, older children’s consent is required to their own adoption. Age of the children for consent varies from 10 to 14 from state to state. For more information, see: Child Welfare Information Gateway. (2022). Consent to adoption. U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Children’s Bureau, <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf> (12/05/2023). In India, if the child is above 5 years of age his/her consent shall be obtained after due counselling, <https://assets.hcch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023). In Vietnam, if a child’s age full 9 years or older, his/her consent is required by the law, consent of the child who is aged 9 years or older must be obtained by officers and the child must be provided with sufficient consultation on intercountry adoption to ensure that the child be completely voluntary and not be compelled. <https://assets.hcch.net/docs/d063c818-e048-4d33-95e4-109fe9339868.pdf> (12/05/2023).

100 Convention m.4(d).

101 TCC Art. 308 pr.2; Regulation Art.4(1)(ç).

102 TCC Art.16 pr.1.

103 TCC Art. 404 pr.1; Baygın p. 171.

104 TCC art.308 pr.3; Regulation Art.4(1)(e).

will only be obtained from the Civil Court of Peace, which is also the guardianship office, after the approval of the Civil Court of First Instance<sup>105</sup>. The guardianship office should examine whether the adoption is in the best interest of the child<sup>106</sup>. Children under guardianship need to be brought into a warm family environment more than children under custody. Due to this necessity, legislators waive the consent of the child who has the power of discernment under guardianship<sup>107</sup>.

### **7. The Adoptive Person or Spouses Must Be At least Eighteen Years Older Than the Child**

The child must be at least eighteen years younger than the adopter or adopters<sup>108</sup>. The minimum age difference of eighteen years between the child and the adoptive party is required as a special condition related to public order in Turkish law<sup>109</sup>. Regulation determines the age difference according to the TCC, and the basis of this provision is the desire to make the adoption relationship a natural parent-child relationship<sup>110</sup>. Domestic law of the receiving state may govern a lesser age difference between parties, such as 16 for example<sup>111</sup>, in these cases, Turkish court will not automatically prevent the adoption due to public order as long as there is 18 years or more age difference between the prospective parent(s) and child. Therefore, crucial factor is the age difference between parties in each specific case and 18 years difference should be maintained even domestic law of the receiving state's governs a lesser age difference.

### **8. The Unmarried Person Wishing to Adopt Must Be Over the Age of Thirty**

The unmarried person wishing to adopt a child alone must be over the age of thirty<sup>112</sup>. Therefore, the person who wants to adopt a child alone must meet

105 TCC Art.397 pr.2.

106 Aydoğdu, p. 281.

107 Baygın p.171-172; For opposite opinion, see: Aydoğdu p. 276-277.

108 TCC Art.308 pr.1; Regulation Art. 1(4) c.

109 In India, age difference between the prospective adoptive parent(s) and the child is 25 years, <https://assets.hcch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023), In vietnam age difference between the prospective adoptive parent(s) and the child is 20 years, <https://assets.hcch.net/docs/d063c818-e048-4d33-95e4-109fe9339868.pdf> (12/05/2023).

110 Akıntürk, Ateş p. 375; Aydoğdu p.333; Baygın p.157.

111 Like in Spain, age difference between the prospective adoptive parent(s) and the child is 16 years, and the highest age limit for adoption is 45 years., <https://assets.hcch.net/docs/29e84871-2de9-49c4-b6ao-bcf002af6e2e.pdf> (12/05/2023).

112 TCC Art. 307; Regulation Art.4 (1)(f). To be eligible to adopt under American Federal Law, an unmarried person must be at least 25 years old. <https://travel.state.gov/content/travel/en/Inter-country-Adoption/Adoption-Process/before-you-adopt/who-can-adopt.html> (08/05/2023), India also requires that an unmarried person must be at least 25 years old to adopt, and age limits also specified in Indian law, minimum age limit is 25, maxi-

both conditions: he or she must be single and over the age of thirty. The age requirement is more of a condition to protect the family institution. People who wanted to get married solely to have children would not get married and instead have children through adoption if the age of adaptor was kept low and available to everyone<sup>113</sup>. Since the single adoptive will take on the responsibility of two parents, he or she must be mature enough to bear the financial and moral responsibility of raising a child alone.

### **9. Spouses Should Have Been Married For At Least Five Years or Both Should Have Reached the Age of Thirty**

The Convention states that the child can only be adopted by one single person or married spouses, and adoption establishes a permanent mother, father-child relationship<sup>114</sup>. However, who will be accepted as a spouse is left to the domestic laws of the contracting states<sup>115</sup>. In Turkish law, the right to adopt a child by two persons is only granted to spouses<sup>116</sup>. It requires an official marriage to be a spouse. Any kind of partnership will not be recognized as a marriage, even if it is lawfully registered in the receiving state. According to Turkish law, marriage is a civil law contract between a man and a woman to form a family in front of a lawfully appointed official<sup>117</sup>. The sex of the couple to be married is also clearly stated. Therefore, within the scope of the Convention, the spouses who want to adopt a child in Türkiye must be male and female and must have a legal marriage<sup>118</sup>. Spouses in homosexual marriages that are legally recognized by the law of the receiving state cannot adopt a child in Türkiye<sup>119</sup>. The contracting states have the right to refuse recognition of same-sex couples' adoption if the state finds it manifestly contrary to the child's best interests and its public order<sup>120</sup>. Additionally, Turkish

---

mum age limit is 55 for adoption, <https://assets.hch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023).

113 Aydoğdu, p.294.

114 Convention Art.2(1).

115 Parra-Aranguren, pr. 80.

116 TCC Art.306; Kılıçoğlu, p. 455.

117 Marriage Regulation, Art.2(f), O.G.7/11/1985-18921.

118 Same approach represented in Indian law, prospective adoptive spouses should be heterosexual couples with two years of stable marriage, <https://assets.hch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023). Vietnam only accepts married, heterosexual couples, single man and single woman as prospective adoptive parent(s), <https://assets.hch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023).

119 In the response report of the contracting states to the Convention, it has been declared by Türkiye that only heterosexual marriages will be accepted, Türkiye Country Profile, 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, p.10 <https://assets.hch.net/docs/1de659c5-1796-4c11-bc1d-9611a92d7e09.pdf> (17/03/2023).

120 Convention Art. 24.

law does not recognize the ideas of partnership, registered partnership, or life friendship as spouses. Therefore, couples who live together out of wedlock cannot adopt together, whether they are in a heterosexual or homosexual relationship<sup>121</sup>.

The Regulation mandates that either both spouses must be at least thirty years old or that they must have been married for at least five years<sup>122</sup>. There are two options for joint adoption for spouses. If they have been married for at least five years, they may choose to adopt a child together under the first of these options. The spouses do not have to be thirty years old if the marriage has completed the five-year period<sup>123</sup>. Spouses can be younger than thirty as long as there is an eighteen-year age gap between them and the child. These two options for spouses to jointly adopt are a necessity; they will have reached a certain maturity either through marriage or in terms of age.

There are three exceptions to the rule that spouses can adopt together in Turkish law, and these exceptions also specified in TCC and Regulation. In these three cases, the spouse who is married and has reached the age of thirty will be able to adopt alone in Türkiye:

- a. If the other spouse has a persistent lack of discernment,
- b. If the other spouse's whereabouts have been unknown for more than two years,
- c. If spouses are legally separated by a court order for more than two years<sup>124</sup>.

In the presence of one of these exceptional situations, a spouse over the age of thirty will be eligible to adopt a child alone. In the first exception, the other spouse's persistent lack of discernment must be proven by a doctor's report<sup>125</sup>. In the second exception, the lone adoptive spouse must have done the appropriate investigation and contacted law enforcement to inquire about the spouse's whereabouts, but a court declaration of the spouse's absence is not essential<sup>126</sup>. In the last exception, as can be understood from the wording of the provision, separation must be based on a court order. Thereby, in the event of an ongoing legal separation between spouses, sole adoption is allowed as this marriage is considered to have already ended<sup>127</sup>.

121 Baygın p.161; Aydoğdu p.321.

122 Regulation Art. 4(g).

123 Akıntürk, Ateş p. 373; For the opinion stating that this provision, which allows adoption at very young ages like 22, assuming a couple got married at 18 years old, should only be allowed if it is documented that it is not possible for spouses to have children, see: Hatemi, p. 181.

124 Regulation Art. 4(2); TCC Art. 307 pr. 2.

125 Aydoğdu p. 313.

126 Aydoğdu p. 314.

127 Baygın p.166.



### 10. Stepparent Can Adopt the Child of His or Her Spouse

In accordance with TCC and Regulation, a stepparent may adopt the child whose habitual residence is in the state of origin. One of the essential conditions for adoption under the Convention is that the parties must have their habitual residence in separate contracting states. Therefore, the adoptive spouse and stepchild should have resided in different contracting states. In order to adopt, the adoptive spouse and the adoptive child's parent should have been married for at least two years, or if the adoptive spouse must be older than thirty<sup>128</sup>. In the doctrine, it is argued that the adoption of a stepchild should only be allowed in an established marriage for the best interest of the child. This point of view, which I agree too, instead of two years of marriage, spouses should have completed at least five years of marriage<sup>129</sup>.

### 11. The Condition of Care and Education of the Child

The child should have been cared for and trained in the family residence of the adoptive person or married spouses for at least one year before adoption is legally concluded<sup>130</sup>. Thereby, as stated in the law's preamble, any child who is not taken care of and has not received any contribution to his or her education from adopter or adopters cannot be adopted. The one-year probationary period is very important in the process of adoption, as it creates a real family environment and gives parties the opportunity to get to know each other and decide if adoption will take the next step<sup>131</sup>.

Care and education should be shaped according to the child's age and include the child's education, health, physical and mental integrity, nutrition, and shelter<sup>132</sup>. The person or spouses whose adoption application is judged suitable for the care and education of the child will sign a "temporary care contract" with the Social Services and Child Protection Agency, which is the central aut-

128 TCC Art.306 pr. 3; Regulation Art. 4(ğ).

129 Baygın p. 134.

130 TCC Art. 305 pr. 1; Regulation Art.4(1)(a); Court of Cassation, 2. HD., E. 2005/7729 K. 2005/10050 T. 27.6.2005; "...The minor should have been cared for and trained by the adopter for one year. This is a condition for adoption. It is understood from the content of the file that there is no evidence that the plaintiff, who is understood to be residing in Canada, looked after and educated the minors for one year. It has been found that it is against the procedure and the law to make a written decision without collecting the necessary evidence to determine whether the condition of care and education for a period of one year specified in the article has been fulfilled or not." (www.lexpera.com.tr).

131 [https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekcileri/1#\(07/03/2023\)](https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekcileri/1#(07/03/2023)).

132 Albayrak Ceylan, Nazlı, *Adoption in Private International Law*, PhD Thesis, Marmara University Institute of Social Sciences Department of Private Law, Istanbul, 2022, p. 85.

hority in Türkiye<sup>133</sup>. After signing the temporary care contract, the child is sent to the receiving state in safe and appropriate conditions for care and education for at least one year, accompanied by the adopter or adoptive spouses<sup>134</sup>. In this one-year period, the ability of the adoptive person or spouses to educate the child, their family relations, health situations, developments in their relations with the child, and changes in their social and economic conditions will be monitored by the relevant officials, and then a social examination report will be prepared and forwarded to the central authority in Türkiye<sup>135</sup>. If the adopter or adoptive spouses have their own child or children, their attitudes and thoughts about the child are also evaluated in the report<sup>136</sup>.

If a report shows that the parent's responsibility has not been fulfilled during the temporary care contract period, officials can remove the child without waiting for the contract's expiration. Additionally, the social evaluation may not find the adopter or adoptive spouses fit for adoption after one year of temporary care. If this is the case, their adoption request will be rejected. Furthermore, the child will be brought back if the adopter or adoptive spouse is declared suitable for adoption but does not proceed and request the court to finalize the adoption before the appointed time<sup>137</sup>.

In a relatively recent legal recognition decision of the Court of Cassation, the adoption order was made in the Republic of Niger without one-year probatory care and education period was legally recognized in Türkiye. The Court of Cassation decided that it is necessary to establish protective measures for international adoptions in accordance with the best interests of the child, as the Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption has established. The Convention determines the conditions of international adoption and the limits of adoption, but the condition of care and education for a certain period is not mentioned in the Convention. Therefore, even though TCC Art. 305 p.1 requires one-year temporary care for a child in recognition of an adoption decision that is taken in a foreign state, the absence of such a period would not constitute a clear violation of the Turkish public order, considering the high benefits of the child<sup>138</sup>.

133 Regulation Art. 2/1. c.

134 Regulation Art. 17.

135 Regulation Art.17/5.

136 Regulation Art.12.

137 Regulation Art.13.

138 Court of Cassation, 2. HD.E. 2021/5783, K. 2022/2231, T. 9.3.2022 (www.kazanci.com.tr).

In our opinion, the high court's verdict can be criticized. Because a probationary period can be foreseen before the adoption is concluded, according to Art. 20 of the Convention. During the drafting period of the Convention, Colombia, Costa Rica, and El Salvador proposed the removal of the probationary period statement in Art. 20, but this proposal was rejected because it would force the receiving state to recognize an adoption granted in the state of origin, even though no probationary period has taken place as specified in the receiving state's national law. Furthermore, the importance of the probationary period was strongly stressed, and the absence of any reference to it was considered against the objectives of the Convention<sup>139</sup>. The probationary period in Art. 20 refers to the post-matching period prior to the adoption, where services are provided to ensure the adjustment and integration of the child with the prospective adopter or adoptive parents, as well as their emotional readiness for the legal union<sup>140</sup>. Therefore, the argument in the Court of Cassation's justification that the Convention fails to mention a probationary period is subject to scrutiny.

In the relevant case, adoption was made under the rules of the Nigerian law not the Convention's provisions. The court decided to recognize this adoption even though one-year care and education period is not taken. If this adoption was concluded under the rules of the Convention, such an adoption would never have taken place because it did not meet the one-year probationary period required in the Regulation. Türkiye gives great importance to this period in order to establish a real family union for parties. Therefore, it may require this condition even when Türkiye is the receiving state.

The Convention does not specifically answer the question as to whether an adoption granted in a contracting state and falling within its scope of application but not in accordance with the Convention's rules could be recognized by another contracting state whose internal laws permit such recognition. Undoubtedly, in such a case, the contracting state granting the adoption is violating the Convention because its provisions are mandatory, and such conduct may give rise to the complaint permitted by Art. 33<sup>141</sup>, but the question of recognition would be outside of the Convention, and the answer should depend on the law applicable in the recognizing state, always considering the best interests of the child<sup>142</sup>.

---

139 Parra-Aranguren, pr. 355.

140 Parra-Aranguren, pr. 356.

141 Art. 33: "A competent authority which finds that any provision of the Convention has not been respected or that there is a serious risk that it may not be respected, shall immediately inform the Central Authority of its State. This Central Authority shall be responsible for ensuring that appropriate measures are taken."

142 Parra-Aranguren, pr. 411.

In our opinion, Türkiye has authority to decline to recognition of an adoption order that is finalized in the State of Origin if such period has not taken place and the absence of such a period would result in a contradiction with the public order given the significant benefits of the child. Since this period is intended to build a true family environment and allow the parties to get to know one other before the final adoption order, officials will ensure that the child will be safe and nurtured by a loving parent or parents in a genuine family setting. Whereas adoption decisions are frequently emotional ones, if parties do not have this time, they will get to know one another after they begin to live together. If this results in disappointment, it emotionally damages the children, and an adoption order is difficult to reverse.

## 12. Eligibility of the Prospective Adoptees

The central authority of the receiving state is the one that will decide on the adopter's or adoptive parents' eligibility to adopt. If the Central Authority of the receiving State is satisfied that the applicants are eligible and suited to adopt, a report will be prepared including information about their identity, eligibility and suitability to adopt, background, family and medical history, social environment, reasons for adoption, ability to undertake an intercountry adoption, as well as the characteristics of the children for whom they would be qualified to care<sup>143</sup>. This report about prospective adoptive parent(s) is valid for two years in Türkiye after submitted by the Central Authority of the receiving State<sup>144</sup>. Each contracting state should provide clear descriptions of its legal and administrative procedures, procedures for applications, eligibility guidelines, and costs and fee structures<sup>145</sup>. Once the application is presented to the Central Authority of the receiving state, it must verify whether the prospective adoptive parent(s) are eligible and suited to adopt. Therefore, the Central Authority shall establish their compliance not only with all legal conditions prescribed by the applicable law, as determined by the Receiving state, but also with the necessary socio-psychological requirements needed to guarantee the success of the adoption<sup>146</sup>.

In the case Türkiye is the receiving state, the eligibility of the person or spouse whose habitual residence is in a contracting state is determined by the IPPL due to the presence of the foreign element in this relationship. In Turkish Law, the law to be applied in the transactions and relations related to the private law that has the element of foreignness is determined by the IPPL in

143 Convention Art. 15(1); Regulation Art.16(3).

144 <https://assets.hcch.net/docs/1de659c5-1796-4c11-bc1d-9611a92d7e09.pdf> (12/05/2023).

145 Guide, pr.131.

146 Parra-Aranguren, pr.294.

accordance with Art.1(1) of the IPPL. Art. 18 of the IPPL states the eligibility to adopt will be subject to the national law of each of the parties at the time of adoption. The phrase “national law of each party” may be interpreted to refer to either the application of these laws separately or to both laws at once<sup>147</sup>. Pursuant to the opinion we agree with, the national laws of each party should be reviewed separately and evaluated in the context of public order<sup>148</sup>. Therefore, it is appropriate to decide in the Convention that the eligibility to adopt is also determined by the domestic law of the receiving state and IPPL art. 18 cannot be replaced by the Regulation’s provisions when Türkiye is the receiving state. However, in this study, the focus will be on Türkiye’s State of origin position, where the child’s habitual residency is located. Therefore, no further explanation will be made about the eligibility of the person or spouse.

### III. Completing the Adoption

According to the Convention, the adoption of a child in Türkiye by a person or spouses whose habitual residence is in another contracting state must meet all the conditions that we have explained. Applications that do not meet the specified conditions will be rejected without social examination<sup>149</sup>. Prospective adoptive parents must also provide or fill out necessary documents. Such as; an application form, a statement of “approval to adopt” issued by a competent authority in the receiving state, a report on prospective adoptive parents including “home study” and other personal assessments, copies of their passports or other personal identification documents, copies of marriage, divorce or death certificates, as applicable, information concerning the health of the prospective adoptive parents, for example a health report indicating that adoptive parents are not having physical, mental disability, chronic or infectious illness, alcohol and substance addiction, evidence of the financial circumstances, employment status and proof of no criminal record<sup>150</sup>.

147 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2021, p. 286; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim, Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, p. 306; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020, p. 317; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2019, p. 185; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, p. 182; Ziya Akıncı, Cemile Demir-Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, p. 138.

148 Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, p. 307.

149 Regulation Art.8(1).

150 Türkiye’s Country Profile report for 1993 Hague Intercountry Adoption Convention as state of origin, p. 11-12; <https://assets.hcch.net/docs/1de659c5-1796-4c11-bc1d-9611a92d7e09.pdf> (01/04/2023).

After all the conditions are met, the person or spouses will be officially notified that adoption requests are approved based on the social examination report prepared at the end of the child's one-year care and education period or by a decision of the commission<sup>151</sup> upon objection<sup>152</sup>. The Convention allows the adoption to take place both in the State of origin and in the Receiving state. Hence, the adoption can be made before the transfer of the child to the receiving state or after the transfer. However, the State of origin may prohibit the child from leaving the country without adoption pursuant to Art. 28<sup>153</sup>. Convention does not affect certain prohibitions established by the law of the state of origin<sup>154</sup>.

If the intercountry adoption is to be completed in Türkiye, the adoption process can only be established by a court order in accordance with Turkish law<sup>155</sup> and thereafter it will be approved by the central authority. The central authority makes a certification, attesting that the Convention's rules were complied with and that the permissions were given, specifying when and by whom<sup>156</sup>. Once the certification is presented, the adoption granted is to be recognized "automatically", by operation of law<sup>157</sup>. Turkish courts refuse to recognize adoptions if certification is not submitted to the court<sup>158</sup>. The recognition of an adoption may be refused in a contracting state if the adoption is manifestly contrary to its public order, considering the best interests of the child<sup>159</sup>. Also, the Convention permits future agreements between certain contracting states when they share traditional, historical, geographical links, or other factors that impose the application of this Convention<sup>160</sup>. Accordingly, any contracting state may declare that it will not be bound to recognize adoptions made in accordance with these kinds of agreements<sup>161</sup>.

With the recognition, the permanent parent-child relationship between the parties and the parental responsibility of the adoptive parents for the child are

151 Regulation Art. 2(1)(f), explains the Commission (Komisyon): It is the evaluation group consisting of at least three people, chaired by the Provincial Director (İl Müdürlüğü), and attended by the person who prepared the social investigation report, and expert professional staff of the Institution, depending on the nature of the case.

152 Regulation Art. 13(1).

153 Özel, p. 614.

154 Parra-Aranguren, pr. 488.

155 TCC Art. 315(1).

156 Parra-Aranguren, pr. 402.

157 Convention Art. 23.

158 Court of Cassation, 2. HD., E. 2011/14615 K. 2012/8392 T. 05.04.2012 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

159 Convention Art. 24.

160 Parra-Aranguren, pr. 570.

161 Convention Art. 25.

accepted by the receiving state<sup>162</sup>. Opposite to some countries like India<sup>163</sup>, the child's ancestry with the birth parents does not vanish under Turkish law after adoption. While this paternity relationship continues on a limited basis, a new paternity is formed between child and adoptive family. The child's inheritance rights from the previous family are protected because the child's lineage with the previous family is not completely broken<sup>164</sup>. For foreign nationals in particular, this may be an undesirable circumstance. It's possible that they don't want the child to have any ties to the previous family. The Convention specifically regulated this issue and gave an opportunity to convert the adoption<sup>165</sup>. If the adoption granted in one contracting state does not terminate the pre-existing legal relationship between the child and his or her family of origin, like in Türkiye and the receiving state only admits the type of adoption that terminates such relationship, the adoption may be converted into a "full" adoption according to Art. 27<sup>166</sup>. Nevertheless, child's biological parents, or relatives, or legal guardians should have been notified before taking their consents that adoption will result in the termination of the legal relationship between the child and his or her family of origin. Because intercountry adoption has been understood by innumerable first families as educational and economic opportunities for their children that ultimately would assist the family, rather than as permanent severance of the child's relationship with the family. Countless parents who intended to benefit their children with opportunities and support while maintaining contact and parental status, have found themselves permanently severed from their children<sup>167</sup>. Therefore, if these people were not notified about this final rupture, it violates one of the fundamental conditions for the granting of the adoption<sup>168</sup>. The conversion of the adoption will also be automatically recognized in all contracting states in accordance with Art. 23 of the Convention, without being subject to a separate recognition procedure<sup>169</sup>.

---

162 Convention Art. 26.

163 Malhotra, Malhotra, p. 227.

164 TCC Art. 314 pr. 5; Baygın p. 213; Aydoğdu p. 524; Akıntürk, Ateş p. 384; The child's birth parents are deprived of his or her inheritance. For the comment criticizing this, see: Hatemi, p. 179.

165 Convention Art. 27.

166 Parra-Aranguren, pr. 473(f).

167 David M. Smolin, "The Case for Moratoria on Intercountry Adoption.", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Volume 30, Number 2, 2021, p. 510.

168 Parra-Aranguren, pr. 137.

169 Parra-Aranguren, pr. 484.



## Conclusion

The Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption protects the rights of the parties in international adoption, prioritizes the best interests of the child, ensures that protective measures are taken to prevent unfair gains and benefits from children, prevent abduction, sale, or trafficking by securing the child's fundamental rights and aims to provide a family environment for them. The Convention essentially wants children to live in the culture and society where they belong, therefore it allows international adoption only if children cannot be adopted in their home country. As of 2023, 103 states around the world have signed the Convention and put it into effect. Any adoption that has been performed in one of these states will therefore be automatically recognized by other contracting states upon request.

The Convention provides a roadmap by laying out the fundamental principles of adoption but does not introduce any legal rules and leaves this authority to the contracting states. Each contracting state has made the necessary arrangements in accordance with their domestic law. In Türkiye, a Regulation has been issued as the law of compliance with the Convention and has determined the conditions for adoption as a state of origin. When these conditions are examined, it is understood that the Regulation also seeks same requirements sought in the TTC for children and prospective adoptive parents. According to the Convention, the conditions to which the adoptive parents are subject will be determined by their country of habitual residence, but adoption is considered to be related to public order in Türkiye. Therefore, many future adoptions that are likely to be revoked after discovering that they are contrary to public order have been prevented from the start with Regulation's requirements.

Also, adoption is not an individual decision that can be left solely in the control of the child's birthparents, legal guardians, prospective adoptive parents, or other intermediaries; rather, it is a social and legal measure for the protection of children, which is why the public order approach in Turkish law is reflected in intercountry adoptions in accordance with the Convention. For the same reasons, Turkish citizens who reside abroad, Turkish citizens by birth who renounce their citizenship with the state's permission, and any adoptive parents who shares a common language and culture with the child will be given priority for international adoption in Türkiye. Thus, Türkiye has chosen to favor its own citizens and people who will provide an environment to the child that he or she is familiar with, even in intercountry adoptions pursuant to the Convention. Türkiye's public order approach also manifests itself in other conditions sought by adoptive parents. To preserve the institution of the

family, the adoption of children is permitted only by single or married persons of different sexes. Concepts of partnership, registered partnership, and life friendships are not allowed, even though these unions are legally registered elsewhere. Only legally married heterosexual spouses are permitted to adopt.

The purpose of this study was to show that the Convention is one of the most effective routes of international adoption for contracting states. It safeguards children, their families, and prospective adopters against the risks of illegal, premature, or ill-planned adoptions. It includes measures to ensure that all intercountry adoptions are in the best interests of the children and provides a system of automatic recognition of adoption decisions, which makes it easier to recognize an adoption decision in contracting states. As a result, we have clarified the legal procedures that prospective adopters may encounter if they wish to adopt children from Türkiye under the terms of the Convention.

While preparing this paper, the question was to find out how many children were adopted from Türkiye in accordance with the Convention. Unfortunately, it has not been possible to find any data from written sources nor statistics published on the web pages of the Convention or the Ministry of Family and Social Services in Türkiye. Therefore, the author requested information from the relevant ministry through official channels based on the right provided by Right to Information Act Number 4982 (*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu*). In the ministry's response, as of 2020, six children whose habitual residence was Türkiye, have been adopted by four families in a receiving state. Five of these six children were Turkish citizens and adopted by families that also hold Turkish citizenship. One child had foreign nationality and was adopted by a foreign family. There is no child adopted from another contracting state by a family residing in Türkiye. Children under the protection and care of the ministry are not given for intercountry adoption. There is no obstacle for the adoption of children under protection; those who meet the conditions stated in the Regulation can be adopted, however it appears it is not preferred. The data given by the Ministry covers a fairly close time period when considering that the Convention has been in effect since 2004 in Türkiye, but no further information has been obtained about the implementation of the Convention. Lastly, contrary to the low numbers given by the Ministry, according to the international adoption statistics published by USA, under the rules of the Convention, just 29 children have been adopted from Türkiye since 2004 by the families in the USA<sup>170</sup>. Therefore, considering that 103 states around the world

---

170 For more detail about the children's profiles, visit: [https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/adopt\\_ref/adoption-statistics-esri.html](https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/adopt_ref/adoption-statistics-esri.html) (10/04/2023).

are contracting states of the Convention, the number of children adopted from Türkiye under the terms of the Convention might be considerably higher worldwide in this context.

## BIBLIOGRAPHY

### Books, Book Chapter, Journal Articles

- Akıncı, Ziya; Gökyayla-Demir, Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 2. Volume, 24. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2022.
- Aydoğdu, Murat, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Carlson, Richard R., “The Emerging Law of Introductory Adoptions: An Analysis of the Hague Conference on Inter-country Adoption.”, *Tulsa Law Journal*, Volume 30, Number 2, Winter 1994.
- Child Welfare Information Gateway, Consent to adoption. U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Children’s Bureau, 2022.
- Çelikel Aysel; Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020.
- Fronek, Patricia; Cuthberd, Denise, “History Repeating, Disaster-Related Inter-country Adoption and the Psychosocial Care of Children”, *Cambridge University Press, Social Policy & Society*, Volume 11, Issue 3, 2012.
- G. Parra-Aranguren, Explanatory Report on the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention, in Proceedings of the Seventeenth Session, 1993, Available on the Hague Conference website, www.hcch.net under “Inter-country Adoption Section” then “Explanatory Documents”.
- Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, The 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption Information Brochure, March, 2017.
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, 9. Edition, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Aile Hukuku*, 6. Edition, Turhan Kitapevi, Ankara, 2022.
- Malhotra, Ranjit; Malhotra, Anil, “Conflict of Laws in Inter-country Adoptions: The Indian Perspective with Special Reference to the Position after India Ratified the Hague Convention on Adoptions”, *International Survey of Family Law*, 2009.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2021.
- Özel, Sibel, “Ülkelerarası Evlat Edinme”, Prof. Dr. Ata SAKMAR’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 1, 2011.
- Özel, Sibel; Erkan, Mustafa; Pürselim, Hatice Selin; Karaca, Hüseyin Akif, *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Press Release, “Asian-African Tsunami Disaster and The Legal Protection of Children”, Guide Number1, Annex 9, The Hague, 10 January 2005 (Guide No. 1).
- Questionnaire on The Practical Operation of The 1993 Adoption Convention, Prel. Doc. 3 of February 2020 for the Special Commission Meeting, 2021.
- Report of the Working Group on Preventing and Addressing Illicit Practices in Inter-

country Adoption, Annex I, 2021.

- Selman, Peter, “Intercountry Adoption after the Haiti Earthquake: Rescue or Robbery?”, *Adoption&Fostering*, Volume 35, Issue 4, 2011.
- Smolin, David M., “The Case for Moratoria on Intercountry Adoption.”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Volume 30, Number 2, 2021.
- Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019.
- Tekinalp, Gülören; Uyanık, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, Guide Number1, Hague Conference on Private International Law, 2008.

### Cases

- The Court of Cassation, 8. HD., E. 2019/4986 K. 2019/10588 T. 27.11.2019.
- The Court of Cassation, 2. HD., E. 2011/14615 K. 2012/8392 T. 05.04.2012.
- The District Court Decision, Erzurum BİM, 3. İDD, E. 2019/1384 K. 2020/52 T. 11.2.2020.
- Supreme Court, State of Wyoming, In re Adoption of MAJB, 478 P.3d 196 (Wyo. 2020) • 2020 WY 157, De-cided Dec 28, 2020.
- United States District Court, W.D. Kentucky, Louisville Division, Fingerson v. Dep’t of Homeland Sec. 198 F. Supp. 3d 786 (W.D. Ky. 2016), Decided Jul 26, 2016.
- The Court of Cassation 2. HD, E. 2009/16483 K. 2010/19941 T. 30.11.2010.
- The Court of Cassation, 2. HD, E. 2021/5783, K. 2022/2231, T. 9.3.2022.
- The Court of Cassation, 2. HD, E. 2005/7729 K. 2005/10050 T. 27.6.2005.
- The Court of Cassation 2. HD, E. 2003/8317, K. 2003/9830, T. 30.6.2003.
- The Court of Cassation 18. HD, E. 2012/8743 K. 2012/9197 T. 10.09.2012.
- The Court of Cassation 2. HD, E. 2011/10286 K. 2011/14804 T. 3.10.2011.
- The Court of Cassation 2. HD, E. 2009/16480 K. 2010/18718 T. 8.11.2010.

### Dissertation

- Albayrak Ceylan, Nazlı, *Adoption in Private International Law*, Phd Thesis, Marmara University Institute of Social Sciences Department of Private Law, İstanbul, 2022.

### Legislation

- Regulation on the Conduct of Intermediation Activities in the Adoption of Minors, O.G. 15.03.2009-27170.
- The Law Number 5718 on International Private and Procedural Law, O.G. 12/12/2007-26728.
- Department of State: Proposed Rules: “Intercountry Adoptions: Regulatory Changes to Accreditation and Ap-proval Regulations in Intercountry Adoption”, [FR DOC #2020-24391].”, Volume 85, Number Friday, November 20, 2020.
- Marriage Regulation, O.G. 7/11/1985-18921.

- The Law Number 4721 on Turkish Civil Code, O.G. 8/12/2001-24607.
- Foster Family Regulation, O.G.14/12/2012-28497.
- Law Number 2709 Turkish Constitution, Official Gazette (O.G.),9/11/1982- 17863.

### Treaties

- Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption (Adopted 5 December 2001, entered into force 19 April 2004).
- Convention on the Rights of the Child (Adopted 14 September, entered into force 27 January 1995).

### Online Sources

- <https://www.aile.gov.tr/haberler/bakanimiz-derya-yanik-refakatsiz-cocuklara-iliskin-aciklamalarda-bulundu/> (15/02/2023).
- <https://www.ntvspor.net/futbol/besiktasli-oyuncu-josef-bir-depremede-cocuguevlat-edinmek-istiyor-63ea4cb70d0b571020611b9c> (15/02/2023).
- <https://www.trtspor.com.tr/haber/futbol/josef-de-souza-bir-kiz-cocuk-evlat-edinmek-istiyoruz-270198.html>,<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-64588133> (15/02/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf> (17/02/2023).
- <https://www.unicef.org/child-rights-convention#:~:text=In%201989%2C%20world%20leaders%20made,children's%20lives%20around%20the%20world> (17/02/2023).
- <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text> (17/02/2023).
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040419.htm#2> (16.02.2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf> (16/02/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/1de659c5-1796-4c11-bc1d-9611a92d7e09.pdf> (01/04/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/35d8530a-b5bd-4330-b2fc-abda099e7f6b.pdf> (17/02/2023).
- <https://rm.coe.int/turkish-civil-code-family-law-book/1680a3bcd4> (18/02/2023).
- <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1#> (07/03/2023).
- [https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/adopt\\_ref/adoption-statistics-esri.html](https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/adopt_ref/adoption-statistics-esri.html) (10/04/2023).
- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-bakan-soylyu-cnn-turkte-acikladi-depremede-can-kaybi-50-bin-399-oldu-42246005#:~:text=CNN%20T%C3%99CRK'e%20%C3%B6zel%20a%C3%A7%C4%B1klamalarda,bin%20399'a%20y%C3%BCkseldi%C4%9Fini%20duyurdu.&text=%C4%B0%C3%A7i%C5%9Fleri%20Bakan%C4%B1%20S%C3%BCleyman%20Soylyu%2C%20%22Can,50%20bin%20399'a%20y%C3%BCkseldi> (14/04/2023).
- <https://www.theguardian.com/world/2008/apr/01/france.internationalaidanddevelopment> (13/02/2023).

- <https://edition.cnn.com/2023/02/12/world/children-orphaned-earthquake-intl/index.html> (15/02/2023).
- <https://www.nytimes.com/2021/02/09/world/europe/netherlands-international-adop-tions.html#:~:text=The%20Netherlands%20has%20temporarily%20halted,trafficking%2C%20between%201967%20and%201998> (13/02/2023).
- <https://www.unicef.org/media/intercountry-adoption> (13/02/2023).
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (16.02.2023).
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (16.02.2023).
- <https://www.aile.gov.tr/osmaniye/basvurular/evlat-edinme/> (07/03/2023).
- <https://travel.state.gov/content/travel/en/News/Intercountry-Adoption-News/china--intercountry-adoptions-from-china-.html> (11/05/2023).
- <https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/forms/i-800a.pdf> (08/05/2023).
- <https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/Adoption-Process/before-you-adopt/who-can-adopt.html> (08/05/2023).
- <https://travel.state.gov/content/travel/en/Intercountry-Adoption/Adoption-Process/before-you-adopt/health-considerations.html> (08/05/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/2488afaf-741d-4874-9f34-77c3654a7ee3.pdf> (12/05/2023).
- <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf> (12/05/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/adb1436f-163d-4f2c-8ba5-8b3e7a0552da.pdf> (12/05/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/1de659c5-1796-4c11-bc1d-9611a92d7e09.pdf> (12/05/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/do63c818-e048-4d33-95e4-109fe9339868.pdf> (12/05/2023).
- <https://assets.hcch.net/docs/29e84871-2de9-49c4-b6a0-bcfo02af6e2e.pdf> (12/05/2023).





## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Trust Müessesesinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Özellikli Durumu\*

## The Characteristic Position of Trusts in Comparative Law

**Yağmur ASLAN\*\*****Öz**

Anglo-Amerikan hukuk sistemine özgü trust müessesesi üçlü bir ilişki içermekte ve kurucunun tek taraflı iradesiyle, kurucu belgesiyle kurulmaktadır. Bu ilişki uyarınca kurucu belli bir mal varlığı unsurunun mülkiyetini güvenilene devretmekte ve güvenilenin bu mal varlığı unsurunu üçüncü kişi menfaatine yönetmesi amaçlanmaktadır. Faydalanan olarak nitelendirilen bu üçüncü kişi, mal varlığı unsurunun güvenilen tarafından kullanılmasından faydalanan taraf olacaktır.

Trust müessesesini işlevsel kılan ve faydalananı korumayı amaçlayan trust'a konu mal varlığı üzerinde hem güvenilenin hem de faydalananın mülkiyet hakkına sahip olması, güvenilenin mülkiyetinde olan trust mal varlığının şahsi mal varlığından ayrı tutulması, Kıta Avrupası hukuk sisteminde var olan ilkelere aykırı düşmektedir. Bu durum trust müessesesinin Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmesinde çekinceler oluşturmaktadır.

Ancak bu müessesenin Kıta Avrupası hukuk sisteminde benzer görünümleri bulunmaktadır: Alman hukukunda Treuhand, Fransız hukukunda ise fiducie. Türk hukukunda ise temsil, vakıf, mükellefiyetli bağışlama, intifa hakkı, inançlı işlem, Sermaye Piyasası Kanun'da düzenlenen ve saf inançlı işlem esasına göre yürütülen fonlar, vekalet, üçüncü kişi yararına sözleşme trust müessesine benzerlik göstermektedir<sup>1</sup>.

\* Makale Gönderim gönderim tarihi: 24.07.2023. Makale kabul tarihi: 08.11.2023. Yağmur Aslan, "Trust Müessesesinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Özellikli Durumu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 455-508, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.6>.

\*\* İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, yağmur.aslan@medipol.edu.tr, [0000-0001-6594-0464](https://orcid.org/0000-0001-6594-0464).

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

1 Gökçe Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 352 vd.; Onur Can Saatcıoğlu, *Uluslararası Özel Hukukta "Trust" Kurumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 264 vd.; Yaşar Karayalçın, İngiliz Hukukunda "Trust" ve Avrupa Hukuku Terim-Kavram-Temel Trust Modeli-Uygulamalar-Hukuk Alanında Gelişmeler, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, 1998, s. 681 vd.

Küreselleşmeyle trust müessesesi sadece Anglo-Amerikan hukuk sisteminin problemi olmaktan çıkmıştır. Türk hukuk sistemine yabancı olan bu müesseseye ilişkin bir uyuşmazlığın Türk hâkiminin huzuruna gelmesi halinde, bu ihtilafın milletlerarası özel hukuk bakımından çözülmesi problemi hasıl olacaktır. İlgili konuda Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu olsa da Türkiye bu Konvansiyona taraf değildir ve bu nedenle bu problem Türkiye açısından geçerliliğini sürdürmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Trust müessesesi, mülkiyet hakkının bölünmezliği ilkesi, karşılaştırmalı hukuk, vasıflandırma, saf inançlı işlem.

---

## ABSTRACT

The institution of trust that is inherent in common law includes a tripartite relationship and is established by the unilateral act of the settlor, called the trust deed. Pursuant to this relationship, the settlor transfers the ownership of a certain asset (trust corpus) to the trustee, and it is aimed that the trustee manages this asset for the benefit of the third party. This third party, defined as the beneficiary, will benefit from the use of the asset by the trustee.

The trust institution's characteristics of both the trustee and the beneficiary having the right of ownership over the trust corpus, and the trust property which the settlor legally owns, being segregated from the settlor's personal assets are functional to trust institution and aim to protect the beneficiary. But these characteristics are contrary to the principles existing in the civil law. This situation causes drawbacks for trusts to be adopted into the civil law.

However, this institution has similar appearances in the civil law: Treuhand in German law, fiducie in French law. In Turkish law, power of attorney, foundation, obligatory donation, usufruct right, fiduciary transaction, funds regulated in the Capital Markets Law and executed on the basis of pure fiduciary transaction, mandate, contract for the benefit of a third party are similar to the trust institution.

Amidst globalization, the institution of trust has ceased to be a problem only for the common law. If a dispute regarding this institution, which is foreign to the Turkish legal system, comes before the Turkish judge, the problem of resolving a dispute regarding this institution in terms of private international law will arise. Although there is a Hague Trust Convention on Law Applicable to Trusts and on their Recognition, Turkey is not a party of this Convention, thus, this problem continues to be valid for Turkey.

**Keywords:** Trust, unity of ownership, comparative law, recognition, fiduciary transaction.

---

## Giriş

Bu çalışmada Türk hukukuna yabancı olan trust müessesesinin incelenmesi ve bu müessesenin Türk hukukundaki ve mukayeseli hukuktaki görünümünün karşılaştırmalı olarak ele alınması amaçlanmaktadır. Çalışmanın bir diğer

amacı ise Türk hukuk sistemine yabancı olan bu müesseseye ilişkin bir ihtilafın Türk mahkemesi huzuruna gelmesi halinde, Türk hâkiminin bu hukuki ilişkiyi nasıl vasıflandırması gerektiğine ilişkin bir çözüm önerisi getirmektir.

Çalışmanın birinci bölümünde trust müessesesi tanımlanmış, bu müessesenin kuruluşuna ilişkin bilgiler verilmiş, özellikleri üzerinde durulmuş ve trust'ın tarafları incelenmiştir. Buna göre trust, kurucunun tek taraflı iradesiyle kurulan, kurucunun trust'a konu olacak mal varlığının mülkiyetini güvenilene devrettiği bir müessesedir<sup>2</sup>. Güvenilenin bu mal varlığını, kurucunun iradesine uygun olarak, faydalanan menfaatine kullanma ve yönetme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>3</sup>.

Bu müessesenin Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen benimsenmesinde çekince yaratan unsurlar ise çalışmanın ikinci bölümünde incelenecektir. İngiliz hukuku, trust'ta kurucu tarafından belirlenen faydalanan menfaatine olan amacın gerçekleşmesini sağlamak için faydalanan, güvenilenin yasal mülkiyet hakkı olduğu mal varlığı unsuru üzerinde hakkaniyete dayalı bir mülkiyet hakkı tahsis etmiştir. Güvenilene devredilen bu mal varlığı unsuruna güvenilenin alacaklılarının yahut aile bireylerinin el atamaması için bu mal varlığı unsurunu güvenilenin şahsi mal varlığından ayırmıştır. Bu şekilde güvenilenin ve faydalananın aynı mal varlığı üzerinde mülkiyet hakkına, aynı hakka sahip olması ve mal varlığının şahsi mal varlığı-trust mal varlığı olarak ayrılması Kıta Avrupası hukuk sistemindeki mülkiyet hakkının bölünmezliği, mal varlığının tekliği, kamuya açıklık ve sınırlı sayı ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle trust müessesesinin Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen kabulü mümkün değildir. Fakat bu müessesenin Kıta Avrupası hukuk sisteminde benzer görünümleri de bulunmaktadır. İlgili kurumlar çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir.

- 
- 2 Erkan Küçükgüngör, "Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust'ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Cilt 23, Sayı 2, Aralık 2005, s. 7; Kurtulan Güner, s. 105; Ignacio Arroyo Martinez, "Trust and Civil Law", *Louisiana Law Review*, Cilt 42, Sayı 5, 1982, s. 1711; James Sheedy, "Civil Law Jurisdictions and the English Trust Idea: Lost in Translation", *The Denning Law Journal*, Cilt 20, 2008, s. 174; Carly Howard, "Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: A Comparative Analysis", *University of Miami International & Comparative Law Review*, Cilt 13, Sayı 2; 2006, s. 348; Henry Hansmann, Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: Comparative Legal and Economic Analysis", *New York University Law Review*, Cilt 73, Sayı 2, 1998, s. 438; Peter Hefti, "Trusts and Their Treatment in the Civil Law", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 5, Sayı 4, Sonbahar 1956, s. 554; Valentin Pinel le Dret, "The Trust under the Prism of Private International Law", [https://www.academia.edu/22994910/The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_Use\\_of\\_Trustin\\_Management\\_of\\_Property\\_The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_\(E.T.04.10.2023\)](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_(E.T.04.10.2023)), s. 2.
  - 3 Adair Dyer, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt 32, Sayı 4, 1999, s. 1000; Küçükgüngör, s. 9; Kurtulan Güner, s. 105; Martinez, s. 1719.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise bazı Kıta Avrupası Hukuk devletlerinin de taraf olduğu, trust müessesesine ilişkin ihtilafların vasıflandırılabilmesi ve uygulanacak hukukun tespiti gayesiyle yürürlüğe giren Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu incelenmiştir. Ayrıca bu Konvansiyona taraf olmayan Türkiye açısından kendi hukuk sistemine yabancı olan bu müesseseye ilgili ihtilafların mahkemeler tarafından milletlerarası özel hukuku bakımından çözümlenmesi ve vasıflandırılması problemi ele alınmıştır.

## I. İngiliz Hukuku Perspektifinde Trust Müessesesi

### A. Trust Müessesesinin İngiliz Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Temel Yapısı

Trust müessesesiyle amaçlanan, belli bir mal varlığı unsurunun mülkiyetinin bir kişiye devredilmesi, mülkiyet hakkını devralan kişinin sahip olduğu mal varlığı unsurunu başkası lehine yönetmesi ve kullanması, bunun sonucunda elde edilen yararların ise trust müessesesini kuran kişinin faydalanan olarak nitelendirdiği kişiye devredilmesidir<sup>4</sup>. Bu müessese genellikle üçlü bir ilişkiden kaynaklanmaktadır. Buna göre “kurucu” belli bir mal varlığı unsurunun üçüncü kişi lehine kullanılması ve yönetilmesi için “güvenilen”e devretmekte, bu mal varlığı unsurunun kullanılmasıyla meydana gelen semerelerden de üçüncü kişi, “faydalanan” yararlanmaktadır.

Bu ilişki kaynağını Orta Çağ İngiltere’sindeki “use” müessesesine borçludur<sup>5</sup>. “Use” ile hedeflenen taşınmaz malın kullanımının mal sahibi dışında bir kişiye bırakılması ve bu malın mal sahibinin belirlediği kişiler lehine kullanılmasıdır<sup>6</sup>. Bunun en yaygın örneklerinden biri feodal yükümlülüklerinden ve vergilerden kurtulmak isteyen toprak sahiplerinin (Feoffer) topraklarını “feoffee” isimli kişilere (Güvenilen) aktarması ve aralarındaki anlaşma gereği mülkiyeti devredilen toprağın bir süre sonra veya kendisinin ölümünden sonra “cestui ques use” olarak adlandırılan (faydalanan) bir üçüncü kişiye devredileceğinin kararlaştırılmasıydı<sup>7</sup>.

4 Bryan A.Garner, *Black’s Law Dictionary*, 3.Baskı, Thomson West, 2006, s. 734: “The right enforceable solely in equity, to the beneficial enjoyment of property to which another person holds the legal title; a property interest held by one person (the trustee) at the request of another (the settlor) for the benefit of a third party (the beneficiary).”; Mayo A. Shattuck, “Living Insurance Trust”, *Financial Publishing Company*, 1928, s. 3.

5 Philip H. Pettit, *Equity and Law of Trusts*, 12. Baskı, Oxford University Press, 2012, s. 12; Sheedy, s. 174; Howard, s. 348; Turgut Öz, Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, 2010, s. 1427; Küçükgüngör, s. 13; James Barr Ames “The Origin of Uses and Trusts”, *Harvard Law Review*, Cilt 21, Sayı 4, Şubat 1908, s. 261 vd.; Karayalçın, s. 662, 663.

6 Karayalçın, s. 663; Saatcioğlu, s. 28.

7 Homer F. Carey, *Cases on the Law of Trusts*, Commerce Clearing House, New York, 1931, s. 4; Martinez, s. 1714; Sheedy, s. 174; Öz, s. 1427; Karayalçın, s. 663.

Burada toprak sahipleri belirli bir süre sonra yahut ölümleri halinde, feoffee'nin araziyi kararlaştırdıkları üzere üçüncü kişiye devredeceğine güvenmekteydi<sup>8</sup>. Fakat common law (Ortak hukuk) kurallarında feoffee'leri ifaya zorlayacak bir yasal araç bulunmamaktaydı<sup>9</sup>. Zira arazinin kendisine devriyle feoffee arazinin yasal maliki sıfatını kazanmaktaydı. Bu durumda arazinin yasal maliki olarak arazi üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı olan feoffee, kararlaştırıldığı üzere mal varlığını üçüncü kişiye devretmezse, faydalanan mal varlığının kendisine devrini talep edememekteydi<sup>10</sup>. Common law mahkemelerinin bu katı uygulamasından doğan adaletsiz sonucun bertaraf edilebilmesi için equity law (Hakkaniyet hukuku) esasına göre hareket eden Court of Chancery (Chancery Mahkemesi), feoffee'nin yasal malik sıfatını yadsımadan, malın faydalanan kişi lehine kullanılmasındaki güven unsurunun önemini vurgulamıştır<sup>11</sup>. Bu anlamda equity (hakkaniyet) gereğince faydalananı korumuş ve faydalananı hakkaniyet vasıtasıyla malik (Beneficiary ownership) sıfatını tahsis etmiştir<sup>12</sup>.

Zaman içerisinde “use” müessesesinin temeli olan güvenden hareketle bu kurumun ismi İngilizce’de güven anlamına gelen “trust” olmuş ve “feoffee” de “trustee” (Güvenilen) olarak adlandırılmıştır<sup>13</sup>. Sonuç olarak, trust müessesesiyle parçalanmış bir mülkiyet yapısı yaratılmış, güvenilen, mal varlığı unsurunun yasal malikiyken faydalanan hakkaniyet gereği maliki olmuştur<sup>14</sup>. Dolayısıyla bu sistemde güvenilenin mal varlığı unsuru üzerinde mülkiyet hakkına dayalı bir kullanma, tasarrufta bulunma ve yönetme hakkı varken faydalananın da aynı mal varlığı üzerinde yararlanmaya dayalı bir mülkiyet hakkı doğmuştur<sup>15</sup>.

8 Öz, s. 1427.

9 Hefti, s. 553; Ames, s. 265; Saatcıoğlu, s. 30.

10 Hansmann, Mattei, s. 439, 440.

11 Hansmann, Mattei, s. 439; Pettit, s. 14.

12 Pettit, s. 14; Carey, s. 4; William Swadling, “Trusts and Ownership: A Common Law Perspective”, *European Review of Private Law* Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 962; Ames, s. 274; Saatcıoğlu, s. 32; Küçükgüngör, s. 15, 17, 18; Daniel Clarry, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 63, Sayı 4, Ekim 2014, s. 906; Ayerst v. C&K Construction Ltd (1976) AC 167 (HL): “Upon the creation of a trust in the strict sense as it was developed by equity the full ownership in the trust property was split into two constituent elements ... the ‘legal ownership’ in the trustee, what came to be called the ‘beneficial ownership’ in the cestui que trust.”

13 Öz, s. 1427; “Use” müessesesinden “Trust” müessesine geçişin nedeni “çifte use” olarak adlandırılan uygulamanın “Use” müessesesine ilişkin 1536 tarihli The Statute of Uses adlı kanunda kabul edilmemesidir. Bu nedenle ikinci “use” “trust” olarak adlandırılmıştır. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Pettit, s. 14 vd.; Saatcıoğlu, s. 35 vd.; Ames, s. 270 vd.; Küçükgüngör, s. 17, 18. Ancak “use” müessesesine sadece taşınmazlar konu olabilirken “trust” müessesesinden bu şekilde bir ayrım bulunmamaktadır. Bkz: Saatcıoğlu, s. 37.

14 Öz, s. 1428; Kurtulan Güner, s. 475; Swadling, s. 961; Clarry, s. 905; Donovan Waters, “Private Foundations (Civil Law) versus Trusts (Common Law)”, *Estates, Trusts & Pension Journal*, Cilt 21, Sayı 4, 2002, s. 314; Pearson v. Lane (1809), 17 Ves. 101: “in equity the beneficiary owns the trust property”.

15 Hefti, s. 554; Öz, s.1437; Clarry, s.905, Karayalçın, s.660, Swadling, s. 962; Küçükgüngör, s. 8.

## B. Trust Müessesesinin Tanımı, Kuruluşu, Tarafları ve Özellikleri

### 1. Trust Müessesesinin Tanımı

Trust, kurucunun belirli bir mal varlığı unsuru üzerindeki mülkiyet hakkını, belli bir amacın gerçekleştirilmesi için güvenilene devrettiği, yasal mülkiyet hakkına sahip olan güvenilenin kararlaştırılan bu amaç için ilgili mal varlığını yönettiği ve kullandığı, elde edilen semereler üzerinde hak sahibi olan faydalananın ise aynı mal varlığı üzerinde hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkının olduğu üçlü bir ilişki olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>. Güvenilene devredilen mal varlığı, kendi şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturur<sup>17</sup>. Güvenilen, kurucunun belirlediği amaçları gerçekleştirmek için bu mal varlığı üzerinde emaneten bir mülkiyet hakkına sahiptir, başka bir deyişle, kurucu aksini kararlaştırmadığı müddetçe, mal varlığı üzerindeki nihai malik faydalanan olacak, trust sona erdiği anda faydalanan güvenilenin yetkilerini de kazanarak tek malik olacaktır<sup>18</sup>.

Trust müessesesinin mal varlığının korunması, kişinin ölümü halinde terekenin yönetimi, ticaret hukuku bakımından yatırımın bir kişi ya da kurum tarafından değerlendirilmesi, emeklilik fonları<sup>19</sup>, aile içerisinde mal varlığının yönetilmesi gibi çeşitli işlevleri vardır<sup>20</sup>. Bu işlevlerden farklı olarak hayır amaçlı kurulan trust'lar da mevcuttur. Bu tip trust'larda ise amaç belirli bir kamu yararının sağlanabilmesidir<sup>21</sup>. *Lepaulle* trust müessesesinin bu kadar çeşitli

16 Martinez, s. 1711; Sheedy, s. 174; Hansmann, Mattei, s. 438; Howard, s. 345; Kurtulan Güner, s.105; Küçükgüngör, s. 7; Valentin Pinel le Dret, "The Trust under the Prism of Private International Law", [https://www.academia.edu/22994910/The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_Use\\_of\\_Trustin\\_Management\\_of\\_Property\\_The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_In\\_ternational\\_Law](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_In_ternational_Law), (E.T.04.10.2023), s. 2.

17 Hefti, s. 554; Waters, s. 315; Karsten Schmidt, "Trust as a Legislative Challenge: Bipolar Relation vs. Quasi-Corporate Status? -Basic Trust Models in Legal Practice, Theory and Legislation, A Common Law Perspective", *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 998; Eylem Apaydın, "Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 160, 2016, s. 1800; Karayalçın, s. 666; Kurtulan Güner, s. 105.

18 Hefti, s. 554; Öz, s. 1439; Karayalçın, s. 666; Kurtulan Güner, s. 112.

19 29 U.S. Code § 1103- Establishment of Trust: "(a)Benefit plan assets to be held in trust; authority of trustees Except as provided in subsection (b), all assets of an employee benefit plan shall be held in trust by one or more trustees. Such trustee or trustees shall be either named in the trust instrument or in the plan instrument described in section 1102(a) of this title or appointed by a person who is a named fiduciary, and upon acceptance of being named or appointed, the trustee or trustees shall have exclusive authority and discretion to manage and control the assets of the plan,except to the extent that..." <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/1103> (E.T. 27.09.2023).

20 Martinez, s. 1714; Sheedy, s. 173; Pettitt, s. 15 vd.; Hansmann, Mettai, s. 458, 465 vd.; Leland Rex Robinson, "Investment Trusts", *The Journal of Business of the University of Chicago*, Cilt 3, Sayı 3, 1930, s. 286; John H. Langbein, "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce", *The Yale Law Journal*, Cilt 107, Sayı 1, 1997, s. 170; Steven L. Schwarcz, "Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery", *The Business Lawyer*, Cilt 58, Sayı 2, 2003, s. 563 vd.

21 Richard C. Ausness, "Non-charitable Purpose Trusts: Past, Present, and Future", *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Cilt 51, Sayı 2, 2016, s. 326; Hansmann, Mattei, s. 438; Hefti, s. 556; Swadling, s. 953.



amaçlara hizmet etmesini vurgulamak için trust'ı adeta aynı anda dış ağrısını, burkulmuş bileği iyileştiren bir ilaca benzetmiştir<sup>22</sup>.

## 2. Trust Müessesesinin Kurulması: Kurucu Belge

Trust, kurucunun trust müessesesini kurma iradesini içeren, kurucu belge ile kurulmaktadır<sup>23</sup>. Trust müessesesi, kurucunun sağlığında hüküm doğurmak üzere sağlar arası işlemle (Inter vivos trust), yahut ölümünden sonra geçerli olmak üzere ölüme bağlı tasarruf (Testamentary trust) işlemiyle kurulabilmektedir<sup>24</sup>. Buna paralel olarak kurucu, trust kurma iradesini vasiyetname ile ortaya koyabileceği gibi kurucunun sağlığında hüküm doğurmak üzere bir sözleşme ile de ortaya koyabilmektedir. Bu nedenle trust müessesesini kuran belge için hem sağlar arası işlemle kurulan hem de ölüme bağlı tasarruf ile kurulan trustlar'ı kapsayıcı bir terim olan "Kurucu belge" ifadesi tercih edilmiştir<sup>25</sup>. Kurucunun trust müessesesini kurma iradesinin yazılı şekilde ortaya konması trust'ın kurulmasının zorunlu bir unsuru değildir. Dolayısıyla trust'ın kurulabilmesi bir şekil şartına bağlı değildir<sup>26</sup>. Kurucu tarafından hazırlanan tek taraflı bir irade beyanı ile de trust kurulabilmektedir, bunun tek istisnası taşınmazların trust kurma yoluyla güvenilene devredilmesidir<sup>27</sup>. Örneğin Paul v. Constance davasında<sup>28</sup> Bay Constance bir banka hesabı açmış, bankadaki görevlilerin banka hesabındaki paraya karışının da ulaşabileceği uyarısı üzerine paranın kendisinin olduğu kadar eşinin de olduğunu belirtmiştir. Bay Constance'ın ölümü üzerine Bayan Constance ilgili banka hesabının bir trust oluşturduğunu ve kendisinin faydalanan sıfatını taşıdığı iddia etmiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi Bay Constance'ın ifadesini trust kurma iradesi olarak

22 Pierre Lepaule, "Civil Law Substitutes for Trusts", *The Yale Law Journal*, Cilt 36, Sayı 8, Haziran 1927, s. 1126.

23 Bu nedenle trust müessesesinin kurulması sözleşmesel bir ilişki olarak nitelendirilemez, bkz. Hefti, s. 555; Thomas B. Trumpy, "Non-Corporate Entities in Private International Law: The Trust", *Hague Yearbook of International Law*, Cilt 2, 1989, s. 212, Apaydın, s. 1800; Swadling, s. 953; Karayalçın, s. 666.

24 Katharine Davies, Sue Farran, *Equity and Trusts*, 3.bası, Hall & Scott Publishing, 2022, s. 41; Saatcioğlu, s. 46; Howard, s. 347; Swadling, s. 953; Kurtulan Güner, s. 130; Öz, s. 1429.

25 Kurtulan Güner, s. 130; Saatcioğlu, s. 50.

26 Kurtulan Güner, s. 130.

27 Davies, Farran, s. 41 Kurtulan Güner, s. 130, 131; Saatcioğlu, s. 50, Valentin Pinel le Dret, "The Trust under the Prism of Private International Law", [https://www.academia.edu/22994910/The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_Use\\_of\\_Trustin\\_Management\\_of\\_Property\\_The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law), (E.T.04.10.2023), s. 5; Law of Property Act 1925, m.53 (Instruments required to be in writing), fıkra 1, bent b: "a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will;"., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/contents> (E.T. 04.10.2023).

28 Paul v. Constance [1977] 1 WLR 527 Court of Appeal, <https://e-lawresources.co.uk/Land/Paul-v-Constance.php> (E.T. 26.09.2023).

yorumlamış ve Bayan Constance'ı haklı bulmuştur.

Trust'ın içeriğinin belirlenmesinde trust belgesi büyük bir önem taşır. Zira güvenilenin yetki ve yükümlülüklerinin kapsamı bu belgeye göre belirlenecektir. Trust'ın içeriğinin belirlenmesinde kurucunun geniş bir takdir alanı vardır. Kurucu, trust hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak, suç teşkil etmeyecek ve yasalarda yasaklanmamış her tür yetki ve ödevi güvenilene verebilecektir<sup>29</sup>. Kurucunun, trust'ı kurduktan sonra trust içerisinde herhangi bir rolü kalmamaktadır<sup>30</sup>. Bu nedenle trust'ın kurulmasıyla birlikte, kurucu güvenilene karşı trust'ın ifası için talepte bulunamayacak, faydalananın trust'a ilişkin talepleri de ancak güvenilene karşı yöneltilebilecektir<sup>31</sup>.

Trust müessesesinin kurulmasındaki bir diğer önemli nokta trust kurma iradesinin, trust'a konu olan mal varlığının ve trust'ın faydalananın belirli yahut belirlenebilir olmasıdır<sup>32</sup>. Bu ilke İngiliz hukukunda üç belirlilik kuralı (three certainties rule) olarak adlandırılmaktadır<sup>33</sup>. Knight v. Knight davasında mahkeme kurucunun iradesinin belirli olması için belirli formdaki kelimelerin kullanılmasından ziyade trust kurma yönündeki arzusunun açıkça anlaşılabilmesi gerektiğini belirtmiş, ayrıca güvenilene devredilecek olan trust mal varlığının ve trust'tan yararlanacakların belirli ve belirlenebilir olmasını aramıştır<sup>34</sup>. Misal, Palmer v. Simmonds davasında<sup>35</sup> mahkeme, kurucunun vasiyetnamesi dışında kalan mülklerinin büyük bir kısmını trust'a özgüleyeceği ifadesini, trust'a özgülenen mal varlığının belirli olmadığı gerekçesiyle üç belirlilik kuralına aykırı bulmuştur. Faydalananın belirlenebilir olması kuralının tek istisnası hayır trust'larıdır<sup>36</sup>. Çünkü bu durumda belirli ya da belirlenebilir bir faydalanan olmayacak, trust'ın amacı kapsamında toplumun kendisi faydalanan olacaktır<sup>37</sup>.

29 Kurtulan Güner, s. 131; Saatcioğlu, s. 49.

30 Davies, Farran, s. 44; Hefti, s. 556; Shattuck, s. 4; Kurtulan Güner, s. 107-108; Saatcioğlu, s. 40; Küçükgüngör, s. 9.

31 Lionel Smith, "The Duties of Trustees in Comparative Perspective", *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 1030; Hefti, s. 556; Küçükgüngör, s. 9.

32 Davies, Farran, s. 43 vd.; Kurtulan Güner, s. 155 vd.; Saatcioğlu, s. 63 vd.;

33 Davies, Farran, s. 43; Pettit, s. 48.

34 Knight v Knight (1840) 49 ER 58, <https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/201011141447240.Knight%20v%20Knight.pdf> (E.T. 26.03.2023); benzer yönde North v Wilkinson [2018] EWCA 161, <https://www.lawskills.co.uk/articles/2018/03/10301/> (E.T. 26.03.2023).

35 Palmer v Simmond (1854) 2 Drew 221, <https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/201012061140220.jEngPalmer.pdf> (E.T. 26.09.2023).

36 Re Endacott (1960) Ch 232: "a trust by English law, not being a charitable trust, in order to be effective, must have ascertained or ascertainable beneficiaries.", Swadling, s. 953.

37 Swadling, s. 963, 964; Ausness, s. 27; Davies, Farran, s. 53.

### 3. Trust Kurma Ehliyeti

Ehliyet bakımından iki temel kriter mevcuttur: Erginlik ve ayırt etme gücünün var olması. Kurucunun trust kurma ehliyetinin tespitinde de bu iki temel kriter geçerlidir. Bu nedenle trust kurma ehliyeti de genel olarak bir taşınmaz yahut taşınır mal üzerindeki bir hakkın kazanılması ve hak üzerinde tasarrufla bulunulması için aranan ehliyet ile aynı anlama gelmektedir<sup>38</sup>. Zira trust müessesesindeki bir unsur da trust'a konu olacak mal varlığının güvenilene devredilmesidir. Öncelikle trust'ın kurulabilmesi için kurucunun ergin olması gereklidir. Ergin olma için kabul edilen kriter kurucunun 18 yaşından büyük olmasıdır<sup>39</sup>. Ancak ergin olmayanlar da ergin olduklarından itibaren iptal edebilmek üzere trust kurabilmektedir<sup>40</sup>. Örneğin *Edwards v. Carter* davasında<sup>41</sup> ergin olmayan biri tarafından trust kurulmuş ancak kuran kişi 21 yaşına geldiğinde bu trust'tan dönmek istemiştir. Mahkeme de kurucunun ergin olmasından itibaren uzun bir süre geçtiğini, dolayısıyla artık bu trust'tan dönemeyeceğine hükmetmiştir. Fakat ergin olmayan kişinin ölümüne bağlı tasarrufla trust kurması mümkün değildir<sup>42</sup>.

Trust kurma ehliyetindeki bir diğer kriter ise kurucunun ayırt etme gücünün olmasıdır. Bu kriterin tespiti ise ergin olma kriterinin tespitine kıyasen daha değişkendir. Başka bir deyişle ayırt etme gücünün olup olmadığı somut olay bazında değişebilecektir. Re *Beaney* davasında<sup>43</sup> İngiliz mahkemesinin belirttiği üzere, sağlar arası işlemle kurulan trust'larda kurucunun trust'a özgülediği mal varlığının değerinin, tüm mal varlığına oranı ayırt etme gücünün tespiti bakımından bir kıstas olarak kabul edilebilecektir. Bu oran arttıkça kurucudan beklenen ayırt edebilme, anlayabilme gücünün kapsamı da artacaktır<sup>44</sup>. Sağlar arası işlemle kurulan trust'larda kurucunun ayırt etme gücünün olması, o kişiye yapacağı işlemin genel amacı anlatıldığında yapacağı işlemi ve sonuçlarını anlayabilmesidir<sup>45</sup>. *Williams v. Williams* davasına<sup>46</sup> konu olan

38 Pettit, s. 45.

39 Family Law Reform Act 1969 m.1/1: As from the date on which this section comes into force a person shall attain full age on attaining the age of eighteen instead of on attaining the age of twenty-one; and a person shall attain full age on that date if he has then already attained the age of eighteen but not the age of twenty-one. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46> (E.T.26.09.2023).

40 Pettit, s. 45, 46.

41 *Edwards v. Carter* (1893) AC 360, <https://www.coursehero.com/file/p2nmdt42/2-Contracts-Voidable-by-Minors-Whether-the-minor-has-repudiated-a-contract-in/> (E.T. 26.09.2023).

42 Pettit, s. 46.

43 *Re Beaney* (Deceased) (1978) 1 WLR 770.

44 *Davies, Farran*, s. 42; Pettit, s. 46.

45 Pettit, s. 46.

46 *Williams v Williams* [2003] EWHC 742 (Ch), <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7c360d03e7f57eb1e8d> (E.T. 26.09.2023).

ihtilafta annelerinden kendisine kalan taşınmaz üzerinde John Williams, kardeşi George Williams ve eşi lehine trust kurmuştur. Mahkemece tespit edildiği üzere davacı John Williams'ın zihinsel engelleri bulunmaktadır. Mahkeme, kendisine sunulan deliller sonucu, davacı John Williams'ın yaptığı işlemin sonuçlarını anlayabildiği anlaşılırsa işlemin ehliyet bakımından geçerli olacağını belirtmiştir. Zira somut uyuşmazlıkta trust'ın konusu taşınmaz mal davacının varlığında bulunan tek mülktür. Davacının tek taşınmazı üzerinde trust kurmasının önem ve sonuçlarını anlayıp anlamadığı meselesi bu işlemi gerçekleştirmede ehliyeti olup olmadığının tespiti için elzemdir.

Ölüme bağlı tasarruflarda ayırt etme gücünün tespit edilmesindeki kriter sağlar arası işlemle kurulan trust'lardan daha ağırdır<sup>47</sup>. Burada kurucunun sadece yaptığı işlemin sonucunu anlaması yetmemekte, aynı zamanda üzerinde tasarrufta bulunduğu mal varlığının önemini anlaması ve yaptığı işlem sonucu kendisine karşı ileri sürülebilecek potansiyel iddiaları öngörebilmesi gerekmektedir. Bu kıstas Banks v. Goodfellow davasında<sup>48</sup> ortaya konmuştur. İlgili davada vasiyetname hazırlayan Bay Banks'in zaman zaman nöbet geçirdiği, hülyalar gördüğü ve geçmişte akıl hastanesine yattığı bilgileri verilmiştir. Buna rağmen mahkeme, Bay Banks'in yukarıda belirtilen üç kıstası sağladığı gerekçeyle vasiyetname hazırlama ehliyeti olduğuna hükmetmiştir.

#### 4. Trust'ın Tarafları, Temel Üçlü Yapısı ve Atipik Trust'lar

Klasik bir trust örneğinde bir kurucu, bir güvenilen ve bir de faydalanan vardır. Prensipde bu üç sıfatın sahibi farklı kişilerdir. Misal, A'nın, 15 yaşındaki oğlu C için bir banka hesabı açtığı ancak oğlunun bankadaki bu paraya üniversiteden mezun olana kadar erişmesini istemediği durumda, A bankadaki bu mal varlığının belirtilen süre zarfında yönetilmesi amacıyla bir trust kurabilir. Bu trust'taki güven ilişkisi, A'nın, mal varlığının devriyle malik olan B'nin, C üniversiteden mezun olduğunda bu mal varlığını C'ye devredebileceğine dair inancından kaynaklanmaktadır. Bu ilişkide A kurucu, B güvenilen, C ise faydalananıdır. Artık bu mal varlığının maliki B olacak, banka hesabındaki para trust mal varlığını oluşturacak, ancak B'nin kendi kişisel mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil edecektir. B, bu mal varlığından kendi lehine yararlanamayacaktır. B'nin görevi bu mal varlığını trust'ın amacı doğrultusunda, C üniversiteden mezun olana kadar onun yararına yönetmek ve mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunmaktır. Örneğin bankadaki parayı faize yatırma gibi bir seçenek varsa, B bunu tercih etmelidir. Burada işleyen faiz, semere, hakkaniyet gereği malik

47 Re Beaney (Deceased) (1978) 1 WLR 770.

48 *Banks v Goodfellow* (1869–70) LR 5 QB 549, <https://www.championssolicitors.co.uk/banks-v-goodfellow> (E.T. 26.09.2023).

olan C'ye, faydalanana ait olacaktır. C üniversiteden mezun olduğunda B, mal varlığını C'ye devretme yükümlülüğü altındadır, aksi halde C, hakkaniyete dayalı malik sıfatına dayanarak ilgili mal varlığının kendisine devrini talep edebilecektir. B, banka hesabındaki parayı harcarsa C bu paranın tazminini talep edebilecektir. B'ye devredilen bu mal varlığının şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturmasının sonucu olarak eğer B vefat ederse B'nin mirasçıları bankadaki para üzerinde herhangi bir hak talebinde bulunamayacak, B iflas ederse banka hesabındaki para iflas masasına dahil olmayacaktır.

Trust müessesesindeki temel yapı bu şekilde olsa da sıfatların birleştiği atipik trust modelleri de mümkündür. Örneğin, kurucu kendisini faydalanan olarak tayin edebilmektedir<sup>49</sup>. Kurucunun güvenilen olduğu trust modelleri<sup>50</sup> ise kabul edilmekte, fakat trust kurma iradesinin tespitinin zorluğu bakımından risk taşımaktadır<sup>51</sup>. Bu trust modellerinde kurucu zaten mülkiyet hakkına sahip olduğu için klasik trust modelinde olduğu gibi güvenilene bir mülkiyet hakkı devri olmayacaktır. Trust müessesesinin kurulmasından sonra, kural olarak, kurucunun trust konusu mal varlığı üzerindeki kontrolü de sonlanacaktır<sup>52</sup>. Aksi halde trust müessesesinin kurulduğundan bahsedilemeyecektir. Kurucunun trust konusu mal varlığı üzerindeki kontrolü ne kadar artarsa, trust'ın kurulduğuna ilişkin iradenin tespiti de bir o kadar zorlaşacaktır. Nitekim 1909 tarihli *McEvoy v. Boston Five Cents Savings Bank* davasında<sup>53</sup> Massachusetts Temyiz Mahkemesi, kurucunun mal varlığı üzerindeki etkisinin fazla olmasını bu mal varlığının aslında devredilmediği ve bu nedenle de trust'ın kurulmadığı yönünde yorumlamıştır.

## 5. Trust Müessesesinin Özellikleri

Trust müessesesinde Türk hukukuna ve Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı birçok unsur vardır. Bunlardan ilki kurucunun güvenilene devrettiği mal varlığı unsurunun güvenilenin şahsi mal varlığına dahil olmaması ve ayrıca bir trust mal varlığının (trust corpus) oluşmasıdır<sup>54</sup>. Buradaki amaç güvenilenin iflası halinde alacaklılarının bu mal varlığına el atamaması yahut güvenilen

49 Martinez, s. 1713; Öz, s. 1340; Saatcioğlu, s. 48; Kurtulan Güner, s. 116; Howard, s. 347.

50 Bu şekilde kurulan trust modeli müstakil beyan usulü olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Saatcioğlu, s. 47.

51 Hansmann, Maattei, s. 438; Kurtulan Güner, s. 114, 115; Howard, s. 347; Saatcioğlu, s. 47.

52 Dönülebilir trust'larda kurucu trust'tan cayabilmekte ve hayattayken trust'a ilişkin değişiklik yapma hakkını saklı tutmaktadır. Bu nedenle dönülebilir trust'larda kurucunun kontrolü hala devam etmektedir. Bkz. Saatcioğlu, s. 49; Kurtulan Güner, s. 115; Shattuck, s. 5, 6.

53 *McEvoy v. Boston Five Cents Savings Bank* (1909), 201 Mass. 50.

54 Waters, s. 315; Küçükgünger, s. 8; Kurtulan Güner, s.107; Karayalçın, s. 666; Howard, s. 356.

öldüğünde mirasçılarının bu mal varlığından hak kazanamamasıdır<sup>55</sup>. Böylece, ilgili mal varlığı unsuru üzerinde nihai malik olacak faydalananın, güvenilenin iflası nedeniyle yahut ölümüyle mal varlığı üzerindeki mülkiyet hakkının tehlikeye girmesi engellenmiştir<sup>56</sup>. İkinci unsur ise trust'ın kurulmasıyla mülkiyetin güvenilen ve faydalanan arasında bölünmesi ve mülkiyet hakkının parçalanmasıdır<sup>57</sup>. Türk hukukunda ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise mülkiyet hakkı bölünmemektedir ve tekeli bir mülkiyet hakkı anlayışı hâkimdir<sup>58</sup>. Bu sistemde ancak eşya üzerinde mülkiyet parçalanmadan mülkiyet hakkı sahibinin yetkisi sınırlandırılarak üçüncü kişilere sınırlı aynı haklar tanınabilmektedir<sup>59</sup>. Trust müessesesinde mülkiyetin parçalanmasındaki amaç güvenilenin trust'ın amacına aykırı olarak trust mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunması halinde, örneğin üçüncü kişiye devredilmesi halinde faydalananın hakkaniyete dayalı malik sıfatını kullanarak hem güvenilenden hem de üçüncü kişiden mal varlığı unsurunu talep edebilmesidir<sup>60</sup>. Aksi halde faydalanan aynı bir hakka sahip olmayacağından üçüncü kişiden malın iadesini talep edemeyecek sadece güvenilene karşı kişisel talep hakkı (right in personam) olacaktır. Bu durumda faydalanan korumasız kalacaktır. Yukarıda da bahsedildiği üzere faydalananı korumak, trust'ın amacını gerçekleştirmek amacıyla faydalananı hakkani-

55 Bu durum Insolvency Act 1986 madde 283'te açıkça belirtilmiştir: “*Definition of bankrupt's estate: (1) Subject as follows, a bankrupt's estate for the purposes of any of this Group of Parts comprises-... (3) Subsection (1) does not apply to- (a) property held by the bankrupt on trust for any other person or...*”; Swadling, s. 956; Küçükgüngör, s. 8.

56 Hansmann, Mattei, s. 438.

57 Martinez, s. 1712; Vera Bolgar “Why No Trusts in Civil Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 2, Sayı 2., Bahar 1953, s. 204; Girish Paliwal, “Core Irreducible Features of the Trust: Comparative Analysis of Trust across Common Law, Civil Law, and Mixed Jurisdictions”, *International Journal of Law Management & Humanities*, Cilt 3, 2020, s. 124; Küçükgüngör, s. 8; Öz, 1428; Apaydın, s. 1800, 1801; Swadling, 962; Clarry, s. 905; Howard, s. 356; Valentin Pinel le Dret, “The Trust under the Prism of Private International Law”, [https://www.academia.edu/22994910/The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_Use\\_of\\_Trustin\\_Management\\_of\\_Property\\_The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law), (E.T. 04.10.2023), s. 2.

58 Paliwal, s. 124; Bolgar, s. 204.

59 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 881, 882 (Eşya Hukuku); Küçükgüngör, s. 20; Bolgar, s. 210; Swadling, s. 962; Kurtulan Güner, s. 476.

60 Campbell v. Hogg, [1930] 3 DLR 673, <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2012/10.pdf> (E.T. 27.09.2023); Pettitt, s. 537; Swadling s. 956; Hansmann, Mattei, s. 440; Smith, s. 1034; Waters, s. 316; Hefti, s. 557; Saatcioğlu, s. 285; Küçükgüngör, s. 10; Kurtulan Güner, s. 312-313; Karayalçın, s.667; Sir Edward Mansell Bart. Plaintiff; Rawleigh Mansell Esq. et Al. Defendants, England Wales, Karar Tarihi: 1 Ocak 1732: “*That this is a breach of trust is so plain, that I know not how, by any thing I have to say, to make it more so. Indeed, had this conveyance been for valuable consideration without notice, the purchaser would not have been affected; but when anyone claims by a voluntary conveyance with notice, he must take the conveyance clothed with all its trust*”. Kısaca üçüncü kişinin trust'ı bilmediği, iyiniyetli olduğu hallerde malı iktisap edileceği, faydalananın mal varlığının kendisine verilmesini talep edemeyeceği karara bağlanmıştır.

yet gereği bir mülkiyet hakkı tanınmıştır<sup>61</sup>.

Trust müessesesi açısından diğer bir farklı durum trust'ların tüzel kişiliğinin olmamasıdır<sup>62</sup>. Ancak istisnai olarak Amerika Birleşik Devletleri mahkeme kararlarına bakıldığında trust'ların tüzel kişilik olarak kabul edildiği ve güvenilene trust mal varlığının temsilcisi vasfı verildiği görülmektedir<sup>63</sup>. Montana Temyiz Mahkemesi, verdiği bir kararda<sup>64</sup> güvenileni trust mal varlığının yasal maliki olarak değil, temsilcisi olarak kabul etmiştir. Buna paralel olarak mahkeme güvenilenin temsilci sıfatıyla yaptığı işlemlerden temsil olunan olan trust mal varlığını sorumlu tutmuş, güvenileni kendi mal varlığı ile sorumlu tutmamıştır. Bu şekilde trust mal varlığına dolaylı olarak tüzel kişilik tanımıştır. Purdy v. Bank of America National Trust & Savings Association davasında<sup>65</sup> ise Anita Christal Pudy adlı şahıs faydalanan olarak, trust mal varlığını yöneten güvenilenlerin kendi lehine olmak üzere açtıkları banka hesabından yüksek bir miktarın çekilmesi üzerine dava açmış ve bu tutarın kendisine iadesini istemiştir. İhtilafta güvenilenlerin Anita Christal Pudy lehine yönetmek üzere kendilerine bırakılan arazinin kuraklık nedeniyle verimsiz kalması üzerine bankadan bu miktarın çekildiği belirtilmiştir. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi somut olaydan trust mal varlığının sorumlu tutulabilmesi için bankadan para çekilmesinin güvenilenlerin temsil yetkisinin kapsamında olması gerektiğini belirtmiştir. Eğer bu husus güvenilenlerin temsil yetkisinin kapsamında ise trust mal varlığı kişisel olarak sorumlu tutulabilecektir. Böylece, mahkeme, trust mal varlığını bir tüzel kişilik olarak kabul etmiştir. Ballentine v. Eaton kararında<sup>66</sup> ise Eaton, Carter ve Bowker adlı şahıslar güvenileni oldukları gayrimenkullerin geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için kurucu belgede kendilerine verilen yetkiye dayanarak trust konusu gayrimenkul üzerinde ev yapılması için bir sözleşme akdetmiştir. İlgili sözleşmede evin tamamlanmasına karşı olan edim 11.540,04 \$ ödenmesi olarak kararlaştırılmıştır. Bu tutarın ödenmemesi üzerine dava açılmıştır. Massachusetts Temyiz Mahkemesi güvenilenleri şahsi mal varlığıyla sorumluluktan muaf tutmuş ve hakkaniyet gereği sadece trust

61 Joaquin Garrigues, "Law of Trusts", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 2, Sayı 1, Kiş 1953, s. 27; Howard, s. 350.

62 Swadling, s. 952; Hefti, s. 558; Küçükgüngör, s. 23; Kurtulan Güner, s. 105; Karayalçın, s. 665; Küçükgüngör, s. 7.

63 Clarry, s. 909; Waters, s. 315; Hefti, s.568.

64 Tuttle v. Union Bank and Trust Co (1941) 112 Mont. 568 (Mont. 1941) 119 P.2d 884, <https://casetext.com/case/tuttle-v-union-bank-and-trust-co> (E.T. 26.09.2023).

65 Purdy v. Bank of America National Trust & Savings Association 40 Pac 2d 481 (1935), Cal. 1935, <https://caselaw.findlaw.com/court/ca-supreme-court/1779365.html> (E.T. 26.09.2023).

66 Ballentine v. Eaton 297 Mass. 389 (Mass. 1937) 8 N.E.2d 808, <https://casetext.com/case/ballentine-v-eaton> (E.T. 26.09.2023).



mal varlığına başvurulabileceğini ve trust mal varlığının kendisinin borçlu olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu anlamda yine trust mal varlığına bir tüzel kişilik atfedilmiştir.

## II. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Trust Müessesesine İlişkin Çekincelere Neden Olan İlkeler

### A. Mülkiyet Hakkının Bölünmezliği İlkesi

Fransız devrimi sonrası, feodalizmden kalan mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması amacıyla getirilen mülkiyet hakkının bölünmezliği ilkesi Justinian Yasalarıyla ortaya çıkmış, sonrasında Fransız Medeni Kanun’unda<sup>67</sup> tekrar m.544’te düzenlenmiş ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde de kabul görmüştür<sup>68</sup>. Maddeye göre mülkiyet hakkı, hukuka aykırılık teşkil etmemek şartıyla bir şey üzerinde sınırsız bir kullanma ve yararlanma hakkı sağlamaktadır<sup>69</sup>. Bu anlamda trust’ın Kıta Avrupası hukuk sistemimde aynen benimsenememesi nedenlerinden ilki trust’ın kurulmasıyla parçalı bir mülkiyet yapısının oluşmasıdır<sup>70</sup>. Bu anlayış, faydalananın üçüncü kişiye aynı hakka dayalı talepte bulunabilmesi için zaruri olsa da Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından mülkiyetin bölünmesi kabul edilebilir değildir<sup>71</sup>. Bu prensip bir eşya üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkına sahip olduğu birlikte mülkiyet hallerinde de mevcuttur<sup>72</sup>. Zira elbirliği mülkiyette aynı mal üzerinde birden fazla malik olsa da bu ki-

67 Code civil 21.03.1804.

68 Kathryn Venturatos Lorio, “Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust”, *Louisiana Law Review*, Cilt 42, Sayı 5, 1982, s. 1721, 1722; Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “Property, Contract, and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *Journal of Legal Studies*, Cilt 31, Sayı 2, 2002, s. 375; Yun-chien Chang, Henry E. Smith. “An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property.” *Notre Dame Law Review*, Cilt 88, Sayı 1, 2012, s. 49; Matthew Hoyle, “Possession Is Nine Tenths of the (Common) Law: A Comparison of Civil Law Ownership and the Rights in English Property Law, Both at Law and in Equity.” *Oxford University Undergraduate Law Journal*, Cilt 39, 2018, s. 40; Alexander Gaul, “A Methodological View on the Purported Divide Between Common Law and Civil Law in Terms of Property Law”, *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 4, 2019, s. 52; Bolgar, s. 210; Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) m.903: “The owner of a thing may, to the extent that a statute or third-party rights does not conflict with this, deal with the thing at their discretion and exclude others from exercising any influence whatsoever.”, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p4292](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4292) (E.T. 21.06.2023).

69 Lorio, s. 1721, 1722; Bolgar, s. 210; Code civil m.544: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.” [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006117904/#LEGISCTA000006117904](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006117904/#LEGISCTA000006117904) (E.T. 28.09.2023).

70 Lorio, s. 1721; Bolgar, s. 204; Paliwal, s. 123; “Common Law Trusts in Civil Law Courts.” *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, pp. 1030–44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145> (E.T. 27.09.2023), s. 1030.

71 Martinez, s. 1719; Hansmann, Mattei, s. 442; Garrigues, s. 33; Clarry, s.907; Swadling, s.968; Kurtulan Güner, s. 347; Chang, Smith, s. 43; Hoyle, s. 41.

72 Bolgar, s. 210; Kurtulan Güner, s. 472; Küçükgüngör, s. 20.

şiler söz konusu mal üzerinde bölünemez, paylaştırılmaz bir mülkiyet hakkına sahiptir, elbirliği mülkiyetinde mal üzerinde tek bir mülkiyet söz konusudur<sup>73</sup>. Paylı mülkiyette hâkim olan görüş, paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkının bulunması, bu mülkiyet hakkına tüm pay sahiplerinin sahip olması ve mülkiyet hakkının paydaşlar arasında bölünmemesidir, dolayısıyla paylı mülkiyette de tek bir mülkiyet söz konusudur<sup>74</sup>.

### B. Sınırlı Sayı (Numerus Clauses) İlkesi

Mülkiyet hakkı kişiye sağlanan en geniş yetkidir, kişiye hem kullanma (usus), ürünlerden yararlanma (fructus) hem de tasarrufta bulunma (abusus) yetkisi verilmektedir<sup>75</sup>. Fransız Devrimi ile bu hakların bölünmesi gündeme gelmiş ve bunun sonucunda bölünen bu hakların az sayıda ve iyi tanımlanmış, belirli türlerle sınırlandırılması gerektiği ortaya konmuştur<sup>76</sup>. Böylece aynı haklarda hâkim olan ilkelerden biri olan sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesi ortaya çıkmıştır<sup>77</sup>. Bu ilkenin anlamı, eşya üzerinde kanunda düzenlenmeyen bir aynı hakkın tesis edilememesidir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kişiye eşya üzerinde yararlanma hakkı verilmek isteniyorsa bu ancak irtifak haklarından birinin tesis edilmesiyle gerçekleştirilebilecektir<sup>78</sup>. Ancak sınırlı sayı ilkesi nedeniyle faydalanana trust'tan kaynaklı hakkaniyete bağlı mülkiyet hakkı gibi bir aynı hak tanımak mümkün olmayacaktır<sup>79</sup>. Taraflar böyle bir hak tesis etme üzerine anlaşılırsa da bu anlaşma kesin hükümsüz olacaktır<sup>80</sup>.

73 Hoyle, s. 41; Paliwal, s. 127; Kurtulan Güner, s. 472; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 394; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Oniki-levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 249.

74 Swadling, s. 969; Paliwal, s. 127; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 346, 347; Kurtulan Güner, s. 473; Küçükgüngör, s. 20; Nomer, Ergüne, s. 213; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 334.

75 Swadling, s. 968; Clarry, s. 907; Paliwal, s. 128; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 28.

76 Lorio, s. 1722; Hansmann, Mattei, s. 442; Chang, Smith, s. 8; Hansmann, Kraakman, s. 375; Code civil m. 543: "On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.", [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006117904/#LEGISCTA000006117904](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006117904/#LEGISCTA000006117904) (E.T. 28.09.2023).

77 Clarry, s. 908; Bolgar, s. 212; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s.34; Bolgar, s.212; Gaul, s. 58.

78 Stathis Banakas, "Understanding Trusts a Comparative View of Property Rights in Europe", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1400130](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1400130) (E.T. 28.09.2023), s. 5; Hansmann, Mattei, s. 442; Bolgar, s. 204; Küçükgüngör, s. 21.

79 Bolgar, s. 213; Hefti, s. 573.

80 Kurtulan Güner, s. 476; Clarry, s. 908; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 35.

### C. Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi

Kıta Avrupası hukuk sisteminde taşınmazlar ve özel sicilleri olan taşınırlar üzerinde aynı hakkın kurulabilmesi için bu hakkın sicile tescili zorunludur<sup>81</sup>. Kamuya açıklık (aleniyet) prensibi olan adlandırılan bu ilke gereği taşınmaz veya özel sicile tescili gereken taşınırların trust konusu mal varlığının bir parçası olduğu hallerde, bu trust'ların sicile kaydedilmesi gerekecektir<sup>82</sup>. Oysa trust, herhangi bir tescil prosedürüne gerek olmaksızın kurucunun tek taraflı iradesiyle kurulabilmektedir. Dolayısıyla trust ilişkisinin dışında kalan bir göz, trust'a konu mal üzerinde sadece yasal malikin mülkiyet hakkını tespit edebilecek, ancak faydalananın hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkını tespit edemeyecektir<sup>83</sup>. Bu durum aleniyet prensibine aykırılık teşkil edecektir<sup>84</sup>. Nitekim Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynı hak olarak tanınmayan trust'ın sicile tescili de mümkün olmayacaktır.

### D. Mal Varlığının Tekliği İlkesi

Trust'ın kurulmasıyla güvenilene devredilen mal varlığının, kendi şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturması da Kıta Avrupası hukuk sis-

81 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) m. 873: “The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the entry of the change of rights in the Land Register, unless otherwise provided by law.”, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p4292](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4292) (E.T. 21.06.2023)

; Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) m.971/1: “Where the establishment of a right in rem is subject to entry in the land register, such right has effect in rem only if it has been entered.”; Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) m. 958: “The following rights to immovable property are recorded in the land register: 1- ownership; 2- easements and real burdens; 3- liens.”, [https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233\\_245\\_233-20180101-en-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf)

(E.T. 21.09.2023); Code civil m. 2510: “L'immatriculation d'un immeuble garantit le droit de propriété ainsi que tous les autres droits reconnus dans le titre de propriété établi au terme d'une procédure permettant de révéler l'ensemble des droits déjà constitués sur cet immeuble. Les modalités de cette procédure sont fixées par décret en Conseil d'Etat.”, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR)

(E.T. 21.09.2023); Lorio, s. 1722; Martinez, s. 1719; Bolgar, s. 212; Paliwal, s. 127; Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, Esya Hukuku, s.33, 34; Nomer, Ergüne, s. 4, 5; Sirmen, s. 36.

82 Emmanuel Gaillard, Donald T. Trautman, “Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 35, Sayı 2, 1987, s. 311.

83 Lorio, s. 1722; Banakas, s. 6; Kurtulan Güner, s. 112.

84 Ancak trust'ta aleniyet sorunun çözümü kavuşturulduğu ülkeler de vardır. Nitekim İsviçre, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na güvenilen lehine tapu siciline yahut diğer resmi sicillere yapılan kayıtların yanına trust ilişkisine ilişkin bir kaydın düşülmesi düzenlemesini eklemiştir. Bu şekilde trust açısından aleniyet sağlanmıştır. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) 18.12.1987 m. 149d, Bkz. Kurtulan Güner, s. 485.

temindeki mal varlığının tekliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır<sup>85</sup>. Fakat bu ilke, istisnasız ve mutlak bir ilke teşkil etmemektedir<sup>86</sup>. Misal, Türk hukukundaki Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen fonlarda ve Fransız hukukundaki fiducie müessesinde mal varlığının tekliği ilkesi bertaraf edilmiştir. Eşya hukukuna ilişkin tüm bu sınırlamalar İngiliz hukuku kapsamında trust müessesinin kabulünü engellemektedir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde de trust benzeri müesseseler mevcuttur.

### III. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Trust Benzeri Müesseseler

#### A. Türk Maddi Hukukunda Trust Benzeri Müesseselerin İncelenmesi

Trust müessesinde güvenilenin mal varlığını faydalanan lehine yönetmesi ve kullanması bu müesseseyi Türk hukuku kapsamında dolaylı temsile yaklaştırmaktadır<sup>87</sup>. Dolaylı temsil bir hukuki işlemin temsilci tarafından kendi adına fakat temsil olunan hesabına yapılmasıdır<sup>88</sup>. Ancak dolaylı temsil, İngiliz hukukundaki trust müessesesine karşılık gelmemektedir. Zira trust müessesesinde trust, kurucunun iradesiyle kurulmakta, faydalananın ise bu yönde bir iradesi bulunmamaktadır. Dolaylı temsilin bir iradi temsil olması nedeniyle dolaylı temsil, temsil olunanın iradesine dayalı olarak kurulabilecektir<sup>89</sup>. Buna paralel olarak trust'ta ancak kurucu temsil olunan sıfatını taşıyabilecektir. Kurucunun temsil olunan olarak kabul edilmesi halinde de güvenilenin trust konusu mal varlığını işletmesinden doğan semerelere temsil olunan sıfatıyla kurucu hak kazanacaktır. Oysa trust müessesesindeki temel amaç trust konusu mal varlığının faydalanan lehine işletilmesi ve bundan doğan semerelerin üzerinde faydalananın hak sahibi olmasıdır.<sup>90</sup>

Doğrudan doğruya temsilde temsilci, temsil olunan ad ve hesabına hareket eder ve yapmış olduğu hukuki işlemin tarafı doğrudan temsil olunan olur, hukuki işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunanın hukuki alanında sonuç doğurur<sup>91</sup>. Trust müessesinde temsilciye denk gelebilecek tek kişi güvenilen ola-

85 Bolgar, s. 210; Paliwal, s. 124; Clarry, s. 907; Howard, s. 356.

86 Kurtulan Güner, s. 481, 482.

87 Howard, s. 359; Saatcioğlu, s. 331 vd..

88 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 s. 485; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Cilt 1, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 632; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 304 (Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

89 Eren, s. 486; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 308.

90 Saatcioğlu, s. 335.

91 Eren, s. 482, 483; Kocayusufpaşaoğlu, s. 633; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 306.

caktır. Oysa güvenilen, trust kapsamındaki mal varlığının maliki olmasından hareketle bu mal varlığıyla ilgili tüm işlemleri kendi adına gerçekleştirmektedir<sup>92</sup>. Dolayısıyla trust konusu mal varlığı unsuruna dair işlemlerin tarafı güvenilendir, faydalanan bu işlemde doğan semereleri talep hakkına sahiptir<sup>93</sup>. Bu nedenle trust'ın bir doğrudan temsil hali oluşturduğu ve güvenilenin faydalanan ad ve hesabına hareket ettiği kabul edilemez<sup>94</sup>. Güvenilenin kendi adına ve trust konusu mal varlığı hesabına hareket ettiği söylenebilir<sup>95</sup>.

Trust'ın yasal temsil olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir, çünkü yasal temsilcinin yönettiği mallar üzerinde mülkiyet hakkı yoktur<sup>96</sup>. Örneğin iflas idaresi, borçlunun iflasına karar verilmesi halinde, iflas masasının yasal temsilcisidir<sup>97</sup>. Güvenilen gibi iflas idaresi de iflas masasının menfaatlerini gözetmekle ve masayı idare etmekle görevlidir<sup>98</sup>. Fakat iflas masasına ait malların mülkiyeti hala borçludadır. Trust müessesesinde, güvenilenin malları faydalanan menfaatine yönettiğinden yola çıkılarak, trust'ı yönetim kayımlığına benzetmek de mümkündür. Bir mal varlığı yöneticisi konumunda bulunan yönetim kayıımı, mal varlığının üzerinde mutlak hak sahiplerinin yasal temsilcisi olarak yönetim faaliyetleri ile sınırlı bir temsil yetkisine sahiptir<sup>99</sup>. Ancak bu durumda da yönetim kayıımı, trust'taki güvenilen gibi yönetmekte olduğu mal varlığı üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir. Bahsi geçen mal varlığının mülkiyeti yönetilmesi amacıyla yönetim kayıımına devredilmemektedir.

Trust'a ilişkin mal varlığının vakıf olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>100</sup> (TMK) m.101 vakıfları, “*gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları*” olarak tanımlamaktadır. Oysa, İngiliz hukukundan doğan trust'larda, güvenilene devredilen mal varlığı unsurunun ayrı bir tüzel kişiliği yoktur. Mal varlığı, güvenilenin mülkiyetindedir ve mal varlığı unsurunu malik sıfatıyla idare etmektedir<sup>101</sup>. Mal varlığı unsurlarının vakfa özgülenmesi halinde tüm hak ve borçlara vakıf sahip olacaktır

92 W. Friedmann, “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat”, (Çev. Ansay, T.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, s. 1958, s.53; Öz, s. 1429; Saatcıoğlu, s. 335.

93 Öz, s. 1429.

94 Saatcıoğlu, s. 334, 335.

95 Saatcıoğlu, s. 337.

96 Hefti, s. 569, 570.

97 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (Resmi Gazete, T. 19/06/1932, S. 2128) m.226.

98 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (Resmi Gazete, T. 19/06/1932, S. 2128) m.226.

99 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 470.

100 Resmi Gazete, T.08/12/2001, S.24607.

101 Küçükgünger, s. 23.

ve bu hakların kazanımı yahut borç altına girme vakfın zorunlu organı olan yönetim kurulu aracılığıyla gerçekleşecektir<sup>102</sup>. Vakıflardaki yönetim kuruluyla trust'lardaki güvenilenin benzer fonksiyonları bulunmaktadır<sup>103</sup>. Yargıtay'ın trust yönetim şirketlerini vakıf olarak nitelendirdiği içtihatları mevcuttur<sup>104</sup>. Ancak hukuk sistemimizde mal topluluğu niteliğinde kazanç paylaşma amacına yönelik tüzel kişi tipi düzenlenmiş değildir ve vakıf tüzel kişiliğinin kar elde etme amacı gütmesi mümkün değildir<sup>105</sup>. Bu nedenle Yargıtay'ın ilgili içtihatları yerinde değildir.

Trust'ların Türk hukukundaki bağışlama sözleşmesi ile benzerlikleri bulunmaktadır. A'nın (Kurucu) bankadaki parayı B'ye (Güvenilen), C (Faydalanan) mezun olana kadar idare etmesi için devretmesi örneğinde bu müessesesinin bağışlama teşkil ettiği düşünülebilir. Fakat, trust, klasik yapıda bir bağış sözleşmesi olarak kabul edilemez. Kurucu bağışlayan kabul edilirse, bağışlama malın güvenilene devredilmesiyle sona erecektir. Oysa yukarıda da bahsedildiği üzere trust ilişkisinde nihai malik faydalananıdır. Burada kurucunun amacı malı, nihai olarak çocuğa yani faydalananına devretmektir. Sadece zamanı gelinceye kadar malın yönetilmesi amacıyla bu mal varlığı güvenilene devredilmektedir. Güvenilen de bağışlayan olarak nitelendirilemez. Zira burada bağışlama iradesi olabilecek tek kişi kurucudur. Güvenilenin sorumluluğu sadece kurucu belgeye uygun olarak mal varlığını yönetmek ve süresi geldiğinde trust konusu mal varlığını faydalananına devretmektir. Burada ancak üçüncü kişiler lehine hükümler barındıran mükellefiyetli bağışlamadan bahsedilebilir<sup>106</sup>. Burada bağışlayan kurucudur, bağışlanan ise güvenilendir. Mükellefiyetli bağışlamadaki mükellefiyet, bağışlayan lehine olabileceği gibi üçüncü kişi lehine de olabilecektir<sup>107</sup>. Verilen örnekte de kurucu A, güvenilen B'ye, bankadaki parayı fay-

102 TMK m.49: "Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar." Vakıf açısından sadece yönetim organı zorunlu organ olarak öngörülmüştür, bkz. TMK m.109: "Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir."

103 Banakas, s. 7; Hefti, s. 569; Küçükgüngör, s. 22.

104 Yargıtay 11.HD, E.2018/5276, K.2020/3414, T.2.7.2020; Yargıtay 11.HD, E.2016/11608, K.2018/4796, T.26.6.2018, www.kazanci.com (E.T.11.05.2023).

105 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuk Cilt II Kişiler Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul 2022, s. 368; Saatcıoğlu, s. 340; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s. 297, 298 (Kişiler Hukuku).

106 Common Law Trusts in Civil Law Courts." *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, pp. 1030-44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145> (E.T. 27.09.2023), s. 1032; Lepaulle, s. 1136; Hansmann, Mattei, s. 444, dipnot 30; Saatcıoğlu, s. 329.

107 Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 249; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, 4. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 305; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz

dalanan C lehine yönetmesi ve sonrasında da C'ye devretmesi mükellefiyetiyle bağışlamıştır. Dolayısıyla trust, üçüncü kişiler lehine hükümler barındıran bir mükellefiyetli bağışlama olarak nitelendirilebilir.

İntifa hakkının da trust müessesesine benzer yönleri bulunmaktadır<sup>108</sup>. İntifa hakkı başkasına ait bir eşya, hak veya mal varlığı üzerinde yararlanma hakkı tanınmasıdır<sup>109</sup>. Trust'ta da güvenilenin mal üzerinde kullanma, yönetme yetkisi varken faydalananın yararlanma yetkisi bulunmakta<sup>110</sup> ve bu yararlanma yetkisi de hakkaniyete dayalı bir mülkiyet hakkı oluşturduğundan aynı bir hakka dayanmaktadır. İntifa hakkında da benzer bir şekilde hak sahibine mal üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen aynı bir hak tesis edilmektedir<sup>111</sup>. Örneğin intifa konusu malın maliki malı üçüncü bir kişiye devrederse, intifa hakkı sahibi bu hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir. Trust'ta da güvenilen trust konusu malı üçüncü bir kişiye devrederse faydalanan hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkına dayanarak malın kendisine iadesini üçüncü kişiden talep edebilmektedir. Faydalanan yararlanmaya dayalı bir aynı hakka sahip olduğundan trust, intifa hakkına oldukça benzemektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere, trust'ta nihai malik faydalanan olacaktır. Başka bir deyişle trust sona erdiğinde ilgili malın maliki faydalanan olacaktır. Fakat intifa hakkında, intifa hakkı sahibinin zaten mal üzerinde bir mülkiyet hakkı olmamakla birlikte, intifa hakkı sona erdiğinde mal üzerindeki yararlanma hakkını kaybedecek, kullanma, tasarrufta bulunma ve yararlanma hakları bir bütün olarak tekrardan malın malikine ait olacaktır ve malı malike iade etme borcu doğacaktır<sup>112</sup>.

İnançlı işlemlerin de trust müessesesine paralellik gösteren unsurları vardır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda<sup>113</sup> (TBK) inanca işlemler düzenlenmemiş, varlığını doktrin ve uygulamadan kazanmıştır<sup>114</sup>. İnançlı işlemlerde de belli bir mal, yönetim yahut teminat amacıyla bir kişiye (İnanılan) devredilmektedir<sup>115</sup> ve burada da aynı trust müessesesinde olduğu gibi bir güven unsuru bulun-

kitabevi, İstanbul 2020, s. 177; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 185; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Faruk Acar, Burak Özen), Cilt 1, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 404 (Cilt 1).

108 Common Law Trusts in Civil Law Courts." *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, pp. 1030–44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145> (E.T. 27.09.2023), s. 1031; Lepaulle, s. 1140.

109 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 949; Sirmen, s. 593; Nomer, Ergüne, s. 533.

110 Hefti, s. 554; Saatcıoğlu, s. 364.

111 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 885; Sirmen, s. 591; Nomer, Ergüne, s. 532.

112 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 964; Sirmen, s. 602; Nomer, Ergüne, s. 564.

113 Resmi Gazete, T.04/02/2011, S. 27836.

114 Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı İşlemler*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, s. 2, 3; Eren, s. 413.

115 Özsunay, s. 1; Eren, s. 413; Serozan, s. 113; Kurtulan Güner, s. 360; Sirmen, s. 359.



maktadır. Bu unsur, inanılanın, tarafların kararlaştırdıkları şartın gerçekleşmesiyle birlikte malı inanana geri devredeceğine olan güvendir<sup>116</sup>. Teminat amaçlı karma inançlı işlemlerde, bir şeyin mülkiyeti veya alacak, teminat mak-sadıyla bir kişiye devredilir<sup>117</sup>. Devreden, borçlu inanan, devredilen ise alacaklı inanlandır. Borçlu konumundaki inanan, borcunun temini olarak bir malın mülkiyetini alacaklı olan inanılana devretmekte, inanılan ise teminat konusu olan malı anlaşmaya uygun olarak kullanmayı ve alacağının ifası ile inanana geri vermeyi taahhüt etmektedir<sup>118</sup>. Teminat amaçlı karma işlemleri trust müessesesinden ayıran birinci unsur İngiliz hukukundaki trust'larda olduğu gibi inanana aynı hak tanınmaması ve teminat amacıyla mülkiyetin inanılana devriyle mal varlığının inanılanın şahsi mal varlığına dahil olmasıdır<sup>119</sup>. Dolayısıyla teminat amaçlı karma inançlı işlemlerde İngiliz hukukunun sağladığı güvenceler bulunmamaktadır. Bu müesseseyi trust müessesesinden ayıran ikinci husus ise trust kapsamında güvenilenin trust'tan menfaat sağlayamaması ve güvenilen ve faydalananın aynı kişide birleşmemesi gerektiğidir<sup>120</sup>. Oysa karma inançlı işlemler inanılanın menfaatine gerçekleştirilmektedir<sup>121</sup>. Bu nedenle trust'ın karma inançlı işlem olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>122</sup>.

Yönetim amaçlı saf inançlı işlemlerde inanılan, işlem konusu nesne ya da hakkı belirli bir süre için veya nadiren süresiz olarak inanan yahut inanın tayin ettiği üçüncü bir kişi lehine yönetmekte, idare etmekte veya saklamaktadır,

- 
- 116 Şafak Parlak Börü "Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnanç Devri", *TBB Dergisi*, Cilt 128, 2017, s. 254; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 5.baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 543, 544; Serozan, s. 113; Eren, s. 413; Saatcioğlu, s. 314; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2000/2-888, K.2000/885, T.17.05.2000: "İnançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir.", www.kazancı.com (E.T.21.05.2023); Yargıtay 7.HD., E.2021/8069, K.2023/268, T.18.1.2023, www.kazancı.com (E.T.21.05.2023); Yargıtay 7.HD., E.2021/7966, K.2023/127, T.11.1.2023, www.kazancı.com (E.T.21.05.2023).
- 117 Özsunay, s. 65; Saibe Oktay-Özdemir, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2011, s.657; Eren, s.413; Ahu Ayanoğlu Morali, *Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2006, s.67; Hüseyin Altaş, Leyla Müjde Kurt, "İnançlı İşlemler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s. 8; Parlak Börü, s. 237, 238; Sirmen, s. 360; Kocayusufpaşaoğlu, s. 368.
- 118 Özsunay, s. 37; Oktay-Özdemir, s.658; Parlak Börü s.232; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 244; Eren, s. 413; Sirmen, s. 360; Kocayusufpaşaoğlu, s. 366.
- 119 Özsunay, s. 1; Tandoğan, s. 551; Ayanoğlu Morali, s. 48, 49; Kocayusufpaşaoğlu, s. 369.
- 120 Hefti, s. 554; Ayanoğlu Morali, s.48; Öz, s.143; Saatcioğlu, s. 314, 315; Kurtulan Güner, s. 116; Öz, s.1436.
- 121 Schmidt, s. 999; Özsunay, s. 56; Tandoğan, s. 544; Ayanoğlu Morali, s.66; Saatcioğlu, 314, 325; Altaş, Müjde Kurt, s. 8; Parlak Börü, s. 240; Eren, s. 413; Sirmen, s. 360.
- 122 Özsunay, s. 56; Ayanoğlu Morali, s. 48.

ancak inanılanın şartlar gerçekleşince işlem konusu malları inanana iade etmekle yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>123</sup>. Dolayısıyla saf inançlı işlemde inananın menfaati üstün tutulmakta, inanılan devredilene inanan yararına yönetmektedir<sup>124</sup>. Saf inançlı işlemde bahsedebilmek için anlaşma konusu şeyin inanılana devri zorunludur<sup>125</sup>. Bu nedenle saf inançlı işlemler, trust müessesesine hayli benzemektedir. Bu işlemlerde inananın veya istisnaen onun belirttiği üçüncü kişilerin menfaatinin ön planda olması<sup>126</sup>, karma inançlı işleme kıyasen saf inançlı işlemi trust müessesesine daha da yakınlaştırmaktadır. Ancak trust müessesesinden farklı olarak saf inançlı işlemde, inanan, inanılana malı devrettiğinde bu mal inanılanın şahsi mal varlığına dahil olmaktadır<sup>127</sup>. Bu nedenle saf inançlı işlemlerde, trust'taki gibi devredilen mal varlığının güvenilenin kendi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturması ve bu nedenle devredilen mal varlığının güvenilenin alacaklılarından ve mirasçılarından korunabilmesi durumu mümkün değildir<sup>128</sup>. Saf inançlı işlemin trust müessesesiyle arasındaki bir diğer önemli fark ise inanana aynı bir hakkın tanınmamasıdır, inanılanın inanç anlaşmasına aykırı hareket etmesi halinde, inananın sadece inanılana karşı borçlar hukukundan doğan şahsi bir talep hakkı olacaktır<sup>129</sup>. Misal, inanılanın mülkiyet hakkına dayanarak inanç sözleşmesine konu olan malı üçüncü bir kişiye devretmesi halinde inanan sadece inanç anlaşmasının ihlali nedeniyle inanılana karşı ve malı iktisap eden üçüncü kişinin ahlaka aykırı olarak salt inanana zarar vermek amacıyla hareket etmesi şartıyla, üçüncü kişiye karşı tazminat talep edebilecektir<sup>130</sup>. Trust müessesesinde faydalananın aynı bir hakkı bulunurken saf inançlı işlemlerde inananın sadece şahsi bir hakkının olması ve devrettiği mal varlığının inanılanın mal varlığına dahil olması trust'ta faydalananın sahip olduğu korumanın inananın sahip olduğu korumadan daha yüksek olduğunu göstermektedir<sup>131</sup>.

123 Özsunay, s. 1; Ayanoğlu Morali, s. 86; Kurtulan Güner, s. 384; Eren, s. 413.

124 Özsunay, s. 44; Tandoğan, s. 544; Ayanoğlu Morali, s. 57; Kocayusufpaşaoğlu, s. 368.

125 Altaş, Müjde Kurt, s. 5; Ayanoğlu Morali, s. 56; Parlak Börü, s. 251; Eren, s. 415.

126 Özsunay, s. 44; Tandoğan, s. 544; Altaş, Müjde Kurt, s. 1; Ayanoğlu, Morali, s. 57; Parlak Börü, s. 240.

127 Ayanoğlu Morali, s. 49; Kurtulan Güner, s. 373; Tandoğan, s. 548; Saatcioğlu, s. 321, 322.

128 İnanç konusunun inanılan kişinin şahsi mal varlığı girmesinin oluşturduğu riskin bertaraf edilebilmesi için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.509'un uygulanmasına ilişkin tartışmalar için bkz. Tandoğan, s. 552 vd.; Serozan, s. 113; Kurtulan Güner, s. 375 vd..

129 Özsunay, s. 189; Ayanoğlu Morali, s. 48, 49; Kocayusufpaşaoğlu, s. 369.

130 Özsunay, s. 190, 191.

131 Ayanoğlu Morali, s. 48; Kurtulan Güner, s. 371 Saatcioğlu, s. 322, 323.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda<sup>132</sup> düzenlenen, inançlı işlem esasına göre yönetilen emeklilik fonları, yatırım fonları, varlık finansman fonları ve konut finansman fonları, trust müessesesine en benzer kurumlardır. Zira bu fonlar devredildiği kişinin şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil etmekte ve tüzel kişilikleri bulunmamaktadır<sup>133</sup>. Sırayla incelemek gerekirse 4362 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'yla<sup>134</sup> emeklilik yatırım fonları tahsis edilmiştir. Bu fonlar, fonu yöneten emeklilik şirketinin mal varlığından ayrıdır ve Sermaye Piyasası Kurulu'nca uygun görülen bir saklama kuruluşunda saklanır<sup>135</sup>, bu mallar haczedilememekte ve iflas masasına dahil edilememektedir<sup>136</sup>. Emeklilik fonunun tüzel kişiliği yoktur ve inançlı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla oluşturulan bir mal varlığıdır<sup>137</sup>. Böylece İngiliz hukukundaki trust müessesinde olduğu gibi mal varlığının ayrılması prensibi benimsenmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu m.52'de düzenlenen yatırım fonu ise tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklara tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan ve tüzel kişiliği bulunmayan bir mal varlığıdır<sup>138</sup>. Yatırım fonu, trust müessesesi perspektifinde incelendiğinde kurucu kişi tasarruf sahipleri yatırımcılar iken, güvenilen portföy yönetim şirkettir. Bu ilişkideki faydalanan ise yine kurucu kişi olan yatırım sahipleridir. Kurucu ile faydalanan yukarıda da belirtildiği üzere aynı kişiler olabilmektedir. Burada da emeklilik fonlarında olduğu gibi, yatırım fonu, yönetim şirketinin mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturmakta ve haczedilememekte, iflas masasına dahil edilememektedir<sup>139</sup>. Görüldüğü üzere yatırım fonu, İngiliz hukukundaki trust gibi ayrı bir mal varlığı olarak kabul edilmiş ve portföy yönetim şirketinin şahsi alacaklılarından fonu korumuştur.

Son olarak teminat amacıyla kullanılan varlık finansman fonları ve konut finansman fonlarında da varlıklar kurucunun mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil etmekte, üçüncü kişiler bu mal varlığı üzerinde hak iddia edememekte, bu mal varlığı üzerine tasarruf edilememekte, haczedilememekte ve iflas masa-

132 Resmi Gazete, T. 30/12/2012, S. 28513.

133 Karayalçın, s. 685.

134 Resmi Gazete, T.07/04/2001, S.24366.

135 Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 4.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 193.

136 13/03/2013 tarihli ve 28586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine ilişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 18.

137 Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine ilişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik m.4.

138 Sermaye Piyasası Kanunu m. 52.

139 Sermaye Piyasası Kanunu m. 53.

sına dahil edilememektedir<sup>140</sup>. Bu fonların da tüzel kişiliği yoktur ve fona konu olan mal varlığı inançlı mülkiyet esasına göre oluşturulmaktadır<sup>141</sup>. Dolayısıyla Türk hukukunda düzenlenen bu fonlar, aynı hak sağlanmaması dışında, trust müessesisiyle aynı sonuçları doğurmaktadır.

Trust müessesesi vekalet ilişkisiyle de benzerlik göstermektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>142</sup> (TBK) m.502'ye göre vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi üstlendiği sözleşmedir<sup>143</sup>. Trust ilişkisinde de güvenilen, kurucunun, kurucu belgesinde belirlediği işi, faydalananın menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde basiretli bir kişi gibi görmekle yükümlüdür<sup>144</sup>. Güvenilenin bu borcu “özen borcu” olarak addedilmektedir<sup>145</sup>. Trust müessesesinde güvenilen kendi adına, faydalanan menfaatine hareket ederken vereceği kararlarda faydalananın yararını gözetmekle yükümlüdür, bu nedenle güvenilenin faydalananına karşı bir özen borcu vardır<sup>146</sup>. Vekâlet sözleşmesinde de TBK m.506'da vekilin özen borcu düzenlenmiş, fıkra üçe göre de vekilin, özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışı esas alınmıştır. Ancak trust müessesesinde güvenilenin özen borcu, ilişkide vekalet veren olarak nitelendirilebilecek kurucuya karşı değil, faydalananına karşıdır<sup>147</sup>. Bu açıdan trust'taki basiretli kişi gibi özenli davranma borcu, TBK m.506/3'teki vekilin özen borcu düzenlemesiyle paralellik gösterse de borcun muhatabı bakımından farklılık teşkil etmektedir.

Trust'tan farklı olarak vekalet sözleşmesinde malların devri zorunlu bir unsur değildir. Vekalet sözleşmesinin konusunu mutlaka malların idaresi oluşturmaz, içinde mal unsuru dahi olmayan vekalet sözleşmelerinin yapılması

140 Sermaye Piyasası Kanununun m. 58.

141 Sermaye Piyasası Kanunu m. 58; Karayalçın, s. 685.

142 Resmi Gazete, T.04/02/2011, S. 27836.

143 Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Faruk Acar, Burak Özen), Cilt 2, 11. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 1260, 1261 (Cilt 2); Aral, Ayrancı, s. 447; Zevkliler, Gökyayla, s. 634; Tandoğan, s. 355.

144 Hansmann, Mattei, s. 447; Kurtulan Güner, s. 222; Saatcioğlu, s. 307; Smith, s. 1037, 1038.

145 Davies, Farran, s. 125; Pettitt, s. 397; Trustee Act 2000 m.1: “*Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular – (a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and (b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession. (2) In this Act the duty under subsection (1) is called ‘the duty of care’.*”, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/29/contents> (E.T. 27.09.2023).

146 Davies, Farran, s. 125; Pettitt, s. 397; Öz, s. 1431; Küçükgüngör, s. 9.

147 Pettitt, s. 32; Kurtulan Güner, s. 222.

mümkündür<sup>148</sup>. Oysa diğer incelenen iki kurumda, inançlı işlem ve bağışlama-  
da, malın devri bu işlemlerin zorunlu unsurlarıdır. Ayrıca TBK m.505 gereği  
vekilin, vekalet verenin açık talimatlarına uyma yükümlülüğü varken<sup>149</sup> trust'ta  
güvenilen, işin görülmesi esnasında ne faydalananadan ne de kurucudan tali-  
mat almaktadır<sup>150</sup>. Güvenilenin yükümlülüğü, faydalanan menfaatine olacak  
şekilde basiretli bir kişi gibi trust konusu mal varlığını yönetmek ve kullan-  
maktır, bu işi görme esnasında güvenilen talimatlardan bağımsızdır ve tali-  
mata uygun davranma borcu yoktur<sup>151</sup>. Vekalet sözleşmesinde vekil, iş görme  
yükümlülüğü kapsamında üçüncü kişiler ile doğrudan temsil yolu ile bir hu-  
kuki işlem gerçekleştirdiğinde bu ilişki vekalet veren ile üçüncü kişi arasında  
kurulmaktadır<sup>152</sup>. Oysa trust ilişkisinde güvenilenin trust konusu mal varlığı-  
nın idaresi amacıyla yaptığı işlemlerde ilişkinin tarafı güvenilen ve üçüncü kişi  
olmaktadır<sup>153</sup>. Güvenilen yasal malik sıfatına dayanarak hukuki işlemleri ger-  
çekleştirdiği için işlemin tarafı da kendisidir.

Trust müessesesi benzeri bir diğer kurum üçüncü kişi yararına sözleşmeler-  
dir. Üçüncü kişi yararına sözleşme ile taraflardan biri, sözleşmenin tarafı olma-  
yan üçüncü bir kişiye bir edada bulunmayı taahhüt eder<sup>154</sup>. Trust'ta da benzer  
olarak güvenilen, kurucu belgesindeki amaca uygun olarak trust konusu mal  
varlığını faydalana lehine idare edeceğini ve bundan doğan semereler üzerinde  
faydalananın hak sahibi olacağını taahhüt etmektedir. İlk başta üçüncü kişi  
yararına sözleşmenin adı üstünde bir sözleşme olması ancak trust'ın tek taraflı  
irade beyanıyla kurulan bir ilişki olması en temel farklılıktır. Bir diğer farklılık  
ise trust'ta kurucu belgesiyle trust kurulduktan ve trust konusu mal varlığının  
güvenilene devredilmesinden sonra kurucunun ilişkiyle herhangi bir ilgisinin  
kalmamasıdır<sup>155</sup>. TBK m.129'daki temel kural üçüncü kişi yararına sözleşme-  
nin, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmasıdır. Bu durumda üçüncü kişi  
sözleşmenin ifasını taahhütte bulunandan isteyemeyecek, aralarındaki sözleş-  
meye dayanarak ancak taahhüt ettiren borcun üçüncü kişiye ifasını taahhütte  
bulunandan talep edebilecektir<sup>156</sup>. Taahhüt ettiren trust'taki kurucuya denk

148 Saatcıoğlu, s. 306.

149 Aral, Ayrancı, s. 467; Zevkliler, Gökyayla, s. 657; Tandoğan, s. 436; Yavuz, Cilt 2, s. 1313

150 Aral, Ayrancı, s. 466; Saatcıoğlu, s. 307.

151 Petitt, s. 32; Davies, Farran, s. 124.

152 Aral, Ayrancı, s. 449; Saatcıoğlu, s. 307; Tandoğan, s. 394; Yavuz, Cilt 2, s. 1264.

153 Saatcıoğlu, s. 307, 308.

154 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18.bs, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.505;  
Eren, s. 197; Lepaulle, s. 1137; Kocayusufpaşaoğlu, s. 18, 19; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz,  
*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 15. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 441, 442.

155 Hefti, s. 556; Shattuck, s. 4; Kurtulan Güner, s. 107, 108.

156 Haluk N. Nomer, s. 505; Kocayusufpaşaoğlu, s. 19; Oğuzman, Öz, s. 444.

gelmektedir. Bahsedildiği üzere kurucunun trust'ta, trust'ın kurulmasıyla herhangi bir işlevi kalmadığı için kurucu, güvenileni ifaya zorlayamaz. Tam üçüncü kişi yararına sözleşme de TBK m.129/2 uyarınca ancak tarafların arzusunun bu yönde olması yahut örf ve adete uygun düştüğü takdirde kurulabilecektir. Bu durumda üçüncü kişi taahhütte bulunandan edimin ifasını talep edebilecektir<sup>157</sup>. Dolayısıyla tam üçüncü kişi yararına sözleşme trust'ın niteliğine daha uygun düşmektedir. Ancak kuralın eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, istisnanın tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması ve üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin talep hakkı şahsi bir hakka dayanırken; faydalananın, hakkaniyet gereği mülkiyet hakkına dayalı aynı hakkına dayanması trust ile bu üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki temel farklılıklardır<sup>158</sup>.

### **B. Alman Hukukunda Trust Benzeri Müessese: Treuhand**

Treuhand müessesesi, Türk hukukundaki inançlı işlem gibi pozitif hukukta yer almayan, içtihatlarla gelişmiş bir kurumdur<sup>159</sup>. Bu müesseseye göre inanan (Treugeber) inanılana (Treuhand) belirli bir mal varlığı unsurunun (Treu-gut) mülkiyetini devreder, inanılan ise bu mal varlığını aralarındaki anlaşmaya uygun olarak inanan ya da üçüncü kişi (Begünstigter) lehine elinde tutmayı taahhüt eder<sup>160</sup>. Türk hukukundaki saf inançlı işlem Alman hukukundaki bu müesseseye paralellik göstermektedir<sup>161</sup>. Burada belirlenen amaçla inanılana devredilen mal varlığı eşya hukuku gereğince devredilmektedir. Başka bir deyişle burada artık inanılan bu mal varlığının maliki olmuştur ve mal varlığı üzerinde aralarındaki anlaşmanın amacıyla sınırlı olmak üzere tasarrufta bulunma, kullanma ve yararlanma hakkı vardır<sup>162</sup>.

İnanılan bu mal varlığını, mülkiyet hakkına dayanarak devrederse kendi menfaatine işlem tesis edilen inanan yahut Treuhand lehine kurulan üçüncü kişinin aynı hakkı bulunmayacaktır. Dolayısıyla, bu durumda üçüncü kişi malın mülkiyetini kazanacak, inananın ancak şahsi bir talep hakkı olacaktır<sup>163</sup>. İnanana aynı bir hak tanınmadığı ancak trust müessesesinde faydalanan aynı bir hak tanındığı düşünüldüğünde; trust müessesesi, Treuhand müessesesine kıyasla daha fazla koruma sağlamaktadır. Ancak inanılanın iflası halinde ala-

157 Eren, s. 227

158 Saatcıoğlu, s. 299, 300.

159 Schmidt, s. 998; Kurtulan Güner, s. 51.

160 Lorio s. 1723; Maurizio Lupoi, "The Civil Law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt 32; Sayı 4, 1999, s. 971, 972; Paliwal, s. 123; Kurtulan Güner, s. 50; Ayanoğlu Moralı, s.44; Schmidt, s. 1000.

161 Özsunay, s. 45.

162 Kurtulan Güner, s. 51

163 Lorio, s. 1723; Kurtulan Güner, s. 53; Paliwal, s. 123; Hoyle, s. 55.

caklıları Treugut'a el atamayacaktır. Zira Türk hukukundaki saf inançlı işlem- den farklı olarak mahkemeler tarafından iflas halinde Treugut'un, inanılanın şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil edeceği içtihadı geliştirilmiştir<sup>164</sup>. Mahkeme bu içtihadını da Alman İflas Kanunu<sup>165</sup> m.47'de düzenlenen belirli bir malın iflas masasından ayrılmasını talep etme hakkına dayandırmıştır<sup>166</sup>. İflas durumunda inanılan yasal malik, inanan ise ekonomik malik kabul edilecektir<sup>167</sup>. Mal varlığını (Treugut) yönetme ve idare etme yetkisi yasal malik olan inanılana ait olacak, bu mal varlığından doğan ekonomik faydalar üzerindeki hak sahibi ise ekonomik malik olan inanan olacaktır. Alman Mahkemelerinin bu içtihadıyla amaçladığı inananı, inanılanının alacaklılarından korumaktadır. Bu nedenle ekonomik malik-yasal malik ayırımına gidilmiş ve inananı "ekonomik malik" sıfatını verilerek inanılanın yasal maliki olduğu mal varlığı üzerinde mirasçılarının, alacaklılarının taleplerinin önüne geçilmiştir. Sonuç olarak iflas halinde, Treugut'un, inanılanın şahsi mal varlığından ayrılması ancak inananı aynı bir hak tanınmamasından yola çıkılarak Treuhänder'in Türk hukukundaki inançlı işleme kıyasen daha fazla, trust müessesesine kıyasla daha az bir koruma sağladığı söylenebilecektir<sup>168</sup>.

### C. Fransız Hukukunda Trust Benzeri Müessese: Fiducie

Fransız hukukundaki "Fiducie" müessesesi bir inançlı işlemdir. Bu müessese, Fransız Medeni Kanun'da (Code civil) düzenlenmiş ve bu şekilde pozitif hukukta yerini almıştır<sup>169</sup>. Fransız Medeni Kanun m.2011'e göre fiducie, bir ya da birden fazla inananın mevcut ya da gelecekte var olacak mallarını, alacaklarını veya teminatlarını, ya da bir mal, alacak ya da teminat topluluğunu bir kişi ya da kişilerin yararına olacak belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için inanılana devrettiği ve devredilen unsurların inanılanın şahsi mal varlığından ayrı

164 BGH (Bundesgerichtshof) 23 Oct. 2003 – IX ZR 252/01; Lorio, s. 1723; Hansmann, Mattei, s. 456, dipnot 67; Schmidt, s. 1006; Kurtulan Güner, s. 51; *Reichsgericht*, 23 December 1899: "An asset conveyed to the insolvent on the understanding that it may not be treated by him as belonging to his patrimony and that, from an economic point of view, it is to remain the property of the transferor, only belongs to the insolvent in a formal and legal sense, not substantively and economically.". Kısaca iflas halinde mal varlığı unsurunun ekonomik maliki olan Treugeber'in mal varlığında olduğu kabul edilir; böylece treugeber ve treuhänder, ekonomik ve yasal malik olarak ayrılmış olur.

165 Insolvenzordnung (InsO) 05.10.1994.

166 Schmidt, s. 999.

167 Lupoi, s. 977; Schmidt, s. 1006; Özsunay, s. 164; Kurtulan Güner, s. 52; Ayanoğlu Morali, s. 26; Hoyle, s. 54.

168 Kurtulan Güner, s. 53.

169 Bkz. Code civil m.2011-2030; Corrado Malberti, "Fiduciary Arrangements in Civil Law Countries: Framing the Trustee's Role and Duties", *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 1060; Kurtulan Güner, s. 36.



bir mal varlığı teşkil ettiği bir yapıdır<sup>170</sup>. Fiducie sisteminde trust müessesinde olduğu gibi inanılana (Fiduciaire) bir mal varlığının mülkiyeti devredilmekte ve ancak Türk hukukundaki inançlı işlemde farklı olarak bu mal varlığı (Patrimoine fiduciaire), inanılanın şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturmaktadır<sup>171</sup>. Fransız hukuku, diğer Kıta Avrupası hukuk devletlerindeki gibi mal varlığının tekliği ilkesini benimsese de fiducie müessesesiyle bu ilkeye bir istisna getirmiştir<sup>172</sup>. İnanılan bu mal varlığını üçüncü kişiye devrederse, menfaatine sözleşme yapılan kişinin aynı bir hakkı olmadığından sadece şahsi bir talep hakkı olacaktır<sup>173</sup>. Ancak fiducie mal varlığı, inanılanın şahsi mal varlığından ayrı olduğu için inanılanın iflası halinde bu mal varlığına dokunulamayacaktır<sup>174</sup>. Sonuç olarak, yine, fiducie müessesesinin Türk hukukundaki inançlı işlemde daha çok, fakat trust müessesine göre daha az koruma sağladığı söylenebilir.

#### D. İtalyan Hukukunda Trust Interno

İtalyan hukukunda, trust'ın bir maddi hukuk düzenlemesi mevcut değildir<sup>175</sup>. Ancak İtalya, Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna taraftır. Bu şekilde bu ülkelerde trust müessesesine ilişkin yasal bir düzenleme olmasa da bu ülkelerde trust kurulabilir ve bu ülkelerde kurulan trustlar tanınabilir<sup>176</sup>. İtalya'da hukuk seçimi olarak trust'ın tanındığı bir ülke hukuku seçilmesi dışında tüm unsurların İtalya'yı işaret ettiği yapılar (Kurucusu, güvenileni ve faydalananı İtalyan olan, trust'a özgülenen mal varlığı İtalya'da olan) "trust interno" olarak adlandırılmakta ve bu tür trust'lar serbestçe kurulabilmektedir<sup>177</sup>. İtalyan mahkemeleri-

170 Code civil m.2011: "La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.", [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR) (E.T. 29.09.2023).

171 Hansmann, Mattei, s. 443; Paliwal, s. 125; Kurtulan Güner, s. 36, 37; Küçükgüngör, s. 23; Apaydın, s. 1817; Hoyle, s. 53.

172 Paliwal, s. 125; Kurtulan Güner, s. 37.

173 Lorio, s. 1723; Hansmann, Mattei, s. 443; Garrigues, s. 26; Bolgar, s. 207; Howard, s. 358; Hefti, s. 559; Küçükgüngör, s. 22; Paliwal, s. 123; Code civil m. 2026: "The fiduciaire is personally liable for any wrongs that he commits whilst carrying out his function.", [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR) (E.T. 21.09.2023).

174 Küçükgüngör, s. 22; Code civil m. 2024: "The institution of any procedure the sauvegarde, redressement judiciaire or liquidation judiciaire against the fiduciaire has no effect on the patrimoine fiduciaire", [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR) (E.T. 21.09.2023).

175 Kurtulan Güner, s. 39; Apaydın, s. 1819, 1820.

176 Lupoi, s. 982, 983; Clarry, s. 918; Apaydın, s. 1820.

177 Lupoi, s. 983; Paliwal, s. 125; Clarry, s. 918; Apaydın, s. 1819; Kurtulan Güner, s. 39.

nin huzuruna gelen davalarda trust interno'nun geçerli olduğuna karar vermeleri bu müesseselerin kabulünü tasdiklemiştir<sup>178</sup>. Bunun ilk örneklerinden biri Casani v. Mattei davasıdır<sup>179</sup>. Riccardo Casani, vasiyetname ile Kentucky Eyaletinin hukukunun uygulanacağı bir trust kurmuştur. İlgili trust'a göre İtalyan vatandaşı Riccardo Casani İtalya'da bulunan mal varlığının ölümünden sonra İtalyan vatandaşı kızı Angela Casani lehine yönetilmesi için güvenilen olarak İtalyan vatandaşı Luis Dominic Mattei'yi atamıştır. Somut ihtilaf Angela Casani'nin ilgili müessesenin trust oluşturmadığı ve ancak inanchı işlem olarak nitelendirilebileceği iddiasından doğmuştur. Lucca Mahkemesi (Tribunale Lucca) ise ilgili müessesenin trust olduğuna hükmederek İtalya'da trust interno'nun varlığını kabul etmiştir.

### E. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, trust adı verilen bir müessese ve bu müesseseyi karşılayacak bir kurum bulunmamaktadır<sup>180</sup>. Fakat İsviçre, Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna taraftır. Bu nedenle İsviçre, Konvansiyondaki düzenlemeleri kendi iç hukuk sistemine uyarlayabilmek adına yabancı unsurlu ihtilaflar bakımından Konvansiyona paralel olarak Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda<sup>181</sup> ve İcra ve İflas Kanunu'nda<sup>182</sup> birtakım değişiklikler yapmıştır<sup>183</sup>. Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na trust müessesesinin tanımına, trust'a ilişkin ihtilaflarda İsviçre Mahkemelerinin yetkisine, uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralına, trust'ların resmi sicillerde aleniyetine ve trust'lara ilişkin yabancı ülke kararlarının tanınmasına yönelik maddeler eklenmiştir<sup>184</sup>.

Madde 149a, trust'ın tanımı için Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna atıf yapmış ve sadece iradi olarak kurulan trust'ların "trust" olarak kabul edileceğini düzenlemiştir. Madde ayrıca trust'ların geçerli kabul edilmesi için yazılı şekil şartının aranmadığını düzenlemiştir. Madde 149b ise trust'a ilişkin yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflarda İsviçre Mahkemelerinin yetkisini düzenlemiştir. Maddeye göre kurucu belgede yazılı olması yahut yazılı delille ispat edilmesi şartıyla yetkili mahkeme seçilebilecek ve aksi belirtilmediği sürece bu mahke-

178 Lupoi, s. 984.

179 Casani v. Mattei, Foro it., 1998, I, 2007, <https://www.proquest.com/openview/f2671bd1b5240d22618fbac9a02037b1/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2032112> (E.T. 28.09.2023).

180 Kurtulan Güner, s. 41; Apaydın, s. 1810.

181 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) 18.12.1987.

182 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) 11.04.1889.

183 Kurtulan Güner, s. 43, 44.

184 Kurtulan Güner, s. 44.

me münhasır yetkili olacaktır. Üçüncü fıkra, bu şekilde bir mahkeme yetkilendirilmediği sürece İsviçre mahkemelerinin yetkili olacağı halleri sıralamıştır. Bu maddeye göre davalının yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa mutad meskeni İsviçre’deyse veya trust’ın idare edildiği yer İsviçre ise yahut İsviçre’de bulunan kuruluşların işlemlerinden doğan bir talep varsa İsviçre mahkemeleri yetkili olacaktır. Madde 149c uygulanacak hukuk bakımından Konvansiyona atıf yapmıştır. Trust’ların resmi sicillerde aleniyeti m.149d de düzenlenmiştir. Buna göre sicile tescili zorunlu olan trust konusu mal varlıkları güvenilen adına tescil edildiğinde, trust ilişkisi ilgili sicile şerh edilmelidir. Son olarak m.149e hangi hallerde trust’a ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınacağına ilişkin bir kural getirmiştir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.284b’de Konvansiyon hükümlerine paralel olarak<sup>185</sup> trust’larda güvenilenin iflası halinde trust’a konu mal varlığının güvenilenin şahsi mal varlığından kendiliğinden ayrılacağı ve böylece iflas masasına girmeyeceğini düzenlenmiştir<sup>186</sup>.

#### IV. Milletlerarası Özel Hukukta Trust Müessesesi

##### A. Trust’lara Uygulanacak Hukuk ve Trust’ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu

###### 1. Genel Olarak

Küreselleşen dünyada, ülkeler arası ticaretin ve etkileşimin artması trust müessesesinin Kıta Avrupası hukuk sistemine sirayet etmesine neden olmuş ve bu trust’ların Kıta Avrupası hukuk sisteminde vasıflandırılması problemi ortaya çıkmıştır<sup>187</sup>. Yabancı unsurlu trust ihtilaflarında bu vasıflandırma probleminin ortadan kaldırılması ve trust’a uygulanacak hukukun tespiti gayesiyle 1 Temmuz 1985’te Trust’lara Uygulanacak Hukuk ve Trust’ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu yürürlüğe girmiştir<sup>188</sup>. Konvansiyon dört temel kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım Konvansiyonun kapsamını, ikinci kısım uygulanacak hukuku, üçüncü kısım trust müessesesinin tanın-

185 Trust’lara Uygulanacak Hukuk ve Trust’ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu m.11.

186 *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* m.284b: “Dans la faillite d’un trustee, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine.”, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529\\_488\\_529/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/fr) (E.T. 29.09.2023); Kurtulan Güner, s. 44, 45.

187 David Hayton, “The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 36, Sayı 2, 1987, s. 260; Kurtulan Güner, s. 64; Saatcioğlu, s. 159.

188 Avustralya, Kanada, İtalya, Luxemburg, Kıbrıs, Liechtenstein, Malta, Monako, Hollanda, Panama, San Marino, İsviçre, Birleşik Krallık Konvansiyonun yürürlüğe girdiği 13 ülkedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59> (E.T.: 21/04/2023).

masını, dördüncü kısım ise genel hükümleri düzenlemektedir. Birinci kısım, birinci madde uyarınca Konvansiyon, trust'a uygulanacak hukuku ve trust'ın tanınmasına ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

Konvansiyonla hedeflenen kendi hukuk sistemlerinde trust kurumu olmayan mahkemelerin trust müessesine ilişkin ihtilaflardaki hukuki ilişkiyi “trust” olarak vasıflandırabilmesi ve Konvansiyonda düzenlenen kurallar gereğince bu ihtilafa uygulanacak hukuku tespit edebilmesidir<sup>189</sup>. Zira mahkemenin yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit edebilmesi, öncelikle bu ihtilafın temelinde yatan hukuki ilişkinin vasıflandırılmasına bağlıdır<sup>190</sup>. Konvansiyonun adında yer alan “tanıma” ile kastedilen de aslında trust'ın kuruma yabancı devletlerce vasıflandırılmasıdır<sup>191</sup>. Konvansiyon, trust'a ilişkin yabancılaşma unsuru taşıyan ihtilafların çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır. Konvansiyonun bu amacı, ilgili Konvansiyonu diğer Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konvansiyonlarından ayırmaktadır<sup>192</sup>. Diğer Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konvansiyonları taraf devletlerin hepsinde düzenlenmiş olan bir kuruma ilişkin yeknesak kurallar getirmeyi amaçlarken ilgili Konvansiyon Anglo-Amerikan sistemi dışında pek uygulaması olmayan bir kuruma ilişkin kurallar getirmektedir<sup>193</sup>. Dikkat çekmekte fayda vardır ki, Konvansiyon taraf devletlere trust müessesini kendi hukuklarına iktibas etme yükümlülüğü getirmemiştir<sup>194</sup>.

189 Gaillard, Trautman, s. 316; Hayton, s. 260; Küçükgüngör, s. 12.

190 Saatcıoğlu, s. 156, 157; Kurtulan Güner, s. 65; Valentin Pinel le Dret, “The Trust under the Prism of Private International Law”, [191 Bu nedenle çalışmanın devamında vasıflandırma yerine Konvansiyonun tercih etmiş olduğu “tanıma” terimi kullanılacaktır. Bu başlık altında kullanılan “tanıma” 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un \(Resmi Gazete, T. 12/12/2007, S. 26728.\) ikinci kısım, ikinci bölümünde düzenlenen yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizi anlamındaki tanıma değil Konvansiyonun “vasıflandırma” yerine kullanmış olduğu tanımadır.](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_In_ternational_Law_(E.T.04.10.2023)”, s. 4.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

192 Cemal Şanlı, “Trust'a ve Trust'ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 6, Sayı 1, 2011, s. 25.

193 Şanlı, s. 25; Emmanuel Gaillard, “Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred Von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition”, *Cambridge University Press*, Cilt 25, Sayı 2, Mayıs 1986, s. 597; Dyer, s. 990; Saatcıoğlu, s. 166.

194 Küçükgüngör, s. 24; Saatcıoğlu, s. 165, 166; Hayton, s. 260; Michele Graziadei, “Recognition of Common Law Trusts in Civil Law Jurisdictions under the Hague Trust Convention with Particular Regard to the Italian Experience”, Ed, L. Smith, *Re-imagining the Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, 2012, s. 324; Gaillard, Trautman, s. 314.

İsviçre Mahkemesinin, Konvansiyona taraf değilken huzuruna gelen Harrison v. Credit Suisse davası<sup>195</sup> Konvansiyonun amacının anlaşılmasında yol gösterici olacaktır. İlgili ihtilafta Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı Bay Harrison, eski eşi ve çocukları lehine bir trust kurmuştur. Bay Harrison'ın yeni eşi ise trust'ın geçersizliğini iddia etmiş ve trust konusu mal varlığının bir parçası olan bankadaki fonların kendisine miras hukuku çerçevesinde devrini talep etmiştir. İsviçre kararın verildiği tarihte Konvansiyona taraf olmadığı için trust müessesesinin vasıflandırılması problemi ortaya çıkmıştır. Fakat İsviçre'nin Konvansiyona taraf olması ile birlikte "vasıflandırma" problemi ortadan kalkmıştır. Buna benzer bir ihtilafın İsviçre Mahkemeleri huzuruna gelmesi halinde mahkeme, her ne kadar kendi hukuk sisteminde trust müessesesi düzenlenmemiş olsa dahi hukuki ilişkiyi "trust" olarak vasıflandırabilecek ve Konvansiyonun kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanacak hukuku tespit edebilecektir.

## 2. Trust Müessesesinin Tanımı

Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu birinci kısım, ikinci madde trust müessesesinin tanımını düzenlemektedir. İlgili hükme göre bu Konvansiyon gereğince trust ile kastedilen kurucu tarafından sağlar arası işlemle yahut ölüme bağlı tasarrufla kurulan ve faydalanan lehine ya da belirli bir amaç için mal varlığının güvenilenin idaresine bırakıldığı bir hukuki ilişkidir. Konvansiyonda, taraf devletlerin bazılarının Anglo-Amerikan hukuk sistemine, bazılarının ise Kıta Avrupası hukuk sistemine tâbi olması nedeniyle bu iki hukuk sistemi arasında çatışmaya neden olmamak için trust müessesesinin tanımı verilirken İngiliz trust hukukunun bir unsuru olan trust'a konu mal varlığının mülkiyetinin güvenilene devredilmesi hususuna değinilmemiştir. Bunun yerine güvenilenin "idaresine bırakılması" ifadesi tercih edilmiştir. Bu bilinçli bir tercih olmuştur<sup>196</sup>. Bu şekilde İngiliz hukukunda olduğu gibi trust mal varlığının üzerinde hem faydalananın hem güvenilenin mülkiyet hakkı olması tartışmasından kaçınılmak istenmiştir<sup>197</sup>. Ayrıca trust konusu mal varlığı üzerinde kimin mülkiyet hakkına sahip olacağı hususu da belirtilmemiştir<sup>198</sup>. Farklı hukuk sistemlerinde trust konusu mal varlığının maliki farklılaştığı için<sup>199</sup> dışlayıcı bir düzenlemeye gidilmemiş, her hukuk sistemine göre geçerli olabilecek kapsayıcı bir tanım

195 Harrison v. Credit Suisse, A.T.F., 96.II.79, J.T. 197.I.329, bkz. Kurtulan Güner, s. 65, 66, dipnot 267.

196 Saatcioğlu, s. 180; Lupoi, s. 979; Grazidaei, s. 323.

197 Gaillard, Trautman, s. 308; Grazidaei, s. 323.

198 Saatcioğlu, s. 180.

199 Clarry, s. 909 vd.; Paliwal, s. 124 vd.; Saatcioğlu, s. 158.

verilmiştir<sup>200</sup>. İngiliz hukukundaki trust'ın ayrılmaz bir parçası olan yasal-hakaniyete dayalı malik ayrımının trust'ın tanımı içerisinde olmaması ve hem Kıta Avrupası devletlerinde hem de Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimseyen devletlerde uygulanabilecek geniş kapsamlı bir tanım verilmesi nedeniyle doktrinde Konvansiyon kapsamındaki trust'lar "biçimsiz trust" olarak adlandırılmaktadır<sup>201</sup>.

Madde iki, ikinci fıkrada trust kurumunun karakteristik özellikleri sıralanmıştır. Hükme göre trust'ın karakteristik özellikleri, trust konusu mal varlığının güvenilenin şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturması, trust konusu mal varlığı üzerindeki hak sahipliğinin bizatihi güvenilene ya da onun adına hareket eden diğer şahsa ait olması, güvenilenin trust işleminde öngörülen şartlara ve kanunların kendisine özel olarak yüklediği mükellefiyetlere uygun olarak trust konusu malvarlığı işletme, kullanma, semerelendirme ve yönetmek hak ve yetkilerine sahip olması ve buna paralel olarak bunlardan sorumlu olmasıdır<sup>202</sup>. Takiben m.3'e göre Konvansiyon, sadece hukuki işlemden doğan, iradi ve yazılı şekilde ispatı mümkün olan trust'lara uygulanabilecektir.

### 3. Trust Müessesesine Uygulanacak Hukuk

Konvansiyonun ikinci kısım, altıncı maddesi uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Konvansiyon m.6 ile sübjektif bağlama kuralı, m.7 ile de objektif bağlama kuralı getirmiştir. Madde altıya göre trust'a uygulanacak hukuk kurucunun açık olarak seçtiği hukuka tâbidir. Halin şartlarından anlaşılabilen örtülü hukuk seçimi de mümkündür. Kurucu tarafından seçilen devlet hukukunda trust müessesesi mevcut değilse, ya da bu devlet hukuku kurulması hedeflenen trust türünü tanıımıyorsa yahut kurucu bir hukuk seçiminde bulunmadıysa uygulanacak hukuk Konvansiyonun yedinci maddesine göre tespit edilecektir. Madde yediye göre seçilen hukukun trust'ı tanımadığı ya da hukuk seçimi olmadığı hallerde trust'a uygulanacak hukuk, trust'la en sıkı ilişkili olan devlet hukuku olacaktır. Madde sınırlı sayıda olmamak şartıyla en sıkı ilişkili devlet hukuklarını sıralamıştır: Kurucu tarafından kararlaştırılan trust'ın idare edildiği yer, trust konusu mal varlığının bulunduğu yer, güvenilenin yerleşim yeri yahut iş yeri, trust'ın amacının gerçekleştirileceği yer. Madde yedi uyarınca tespit edilen hukuk, trust'ı kabul etmeyen ya da kurulması amaçlanan trust'ı tanımayan bir devlet hukukuysa, Konvansiyon uygulanamayacaktır.

200 Saatcioğlu, s. 181.

201 Lupoi, s. 979, 980; Graziadei, s. 323; Saatcioğlu, s. 178.

202 Şanlı, s. 25, 26.

#### 4. Trust Müessesesinin Tanınması

Konvansiyon üçüncü kısım, m.11, fıkra bire göre ikinci kısımda belirlenen ülke hukukuna göre kurulan (m.6, m.7) güven ilişkisi taraf devletlerce “trust” olarak tanınacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına göre bir hukuki ilişkinin “trust” olarak tanınması, güvenilenin şahsi alacaklılarının, trust’a özgülenmiş mal varlığına karşı yasal yollara başvuramayacağı, trust konusu mal varlığının güvenilenin iflasından muaf tutulacağı, trust konusu mal varlığının güvenilenin veya karısının ölümünde, aile mallarının bir parçası olamayacağı ve güvenilenin ölümünde tereke kapsamına girmeyeceği, trust konusu mal varlığının güvenilen tarafından üçüncü kişiye devri yahut kendi mal varlığına dahil edilmesi durumunda trust konusu mal varlığının geri alınabileceği anlamına gelmektedir. Ancak trust konusu mal varlığının üçüncü kişiye devrinde üçüncü kişinin hak ve sorumluluğuna ilişkin hükümler davanın görüldüğü devletin kanunlar ihtilafı kurallarınca tespit edilen hukuka tâbi olacaktır. Madde on ikiye göre güvenilen, kendi idaresine bırakılan mal varlığını, siciline tescil edeceği ülke hukuku uyarınca izin verilmesi ya da o ülke hukuku ile çatışmaması şartıyla “güvenilen sıfatıyla” kendi adına tescil edebilecektir. Bu hüküm resmi sicillerle birlikte, aleniyet fonksiyonunu üstlenen özel sicilleri de kapsamaktadır<sup>203</sup>. Trust’ın sicile tescilinin, tescil edilecek hukukun inisiyatifine bırakılması Kıta Avrupası hukuk sistemindeki aleniyet ilkesinin göz önüne alındığı göstermektedir. Dolayısıyla Konvansiyon bir yandan İngiliz hukukunda trust müessesesinin kurulmasının sonuçları ile paralellik gösterirken bir yandan da Kıta Avrupası hukuk sistemine aykırı düşecek prensipleri benimsemekten kaçınmıştır<sup>204</sup>. Böylece, Konvansiyon, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen bir ülkedeki bir hâkimin, avukatın kendi hukuk sistemindeki prensiplere aykırı düşmeden trust’ı tanıyabileceği düzenlemeler getirmeyi amaçlamıştır<sup>205</sup>.

Konvansiyon erga omnes etkiye sahiptir<sup>206</sup>. Başka bir deyişle Konvansiyona taraf olmayan bir devlet hukukunca idare edilen trust’ların tanınması da Konvansiyonun kapsamındadır<sup>207</sup>. Fakat m.21 uyarınca taraf devletler, trust’ın tanınmasını düzenleyen üçüncü kısımdaki hükümlerin sadece taraf devletlerin hukukuna göre idare edilen trust’lar için uygulanacağı çekincesini koyabilmektedir. Başka bir deyişle taraf devletler m.21 uyarınca koyacakları çekince ile

203 Saatcioğlu, s. 246; Dyer, s. 1005.

204 Karayağın, s. 682; Saatcioğlu, s. 177.

205 Graziadei, s. 321; Dyer, s. 1000.

206 Saatcioğlu, s. 168; Hayton, s. 280; Gaillard, s. 599.

207 Saatcioğlu, s. 168, 169; Andrew G. Paton, Rosanna Grosso, “The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and Their Recognitin: *Implementation in Italy*”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 43, Sayı 3, s. 660; Gaillard, Trautman, s. 321.



taraf olmayan devlet hukukuna göre idare edilen trust'ları tanımama hakkına sahip olacaktır. Konvansiyon taraf devletlere trust'ın tanınmasından kaçabilme imkânı da vermiştir. Bunlara "kaçış hükümleri" de denmektedir<sup>208</sup>. Madde on beşe göre davanın görüldüğü forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek ülke hukukunun emredici kuralları trust kurumunun tanınmasını engelleyebilecektir. Konvansiyon emredici kural teşkil edebilecek hususları sınırlı sayıda olmamakla birlikte sıralamıştır: Ergin olmayan ve ehliyetsiz kişilerin korunması, evlenmenin şahsi ve ayni etkileri, miras hakkı ve eşler ile hısımların saklı payları, mülkiyetin geçişi ve rehin hakkının tesisi, ödemeden aciz halinde alacaklıların korunması, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması. Bu hususlara ilişkin forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları gereği tespit edilen devlet hukukunun emredici kuralları varsa, Konvansiyon bu kuralların uygulanmasını engelleyemeyecektir. Maddenin ikinci fıkrasında emredici kurallar nedeniyle trust'ın tanınmadığı hallerde, başka yollar ile trust'ın amaçlarının gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Daha önce İtalya'da trust interno'nun kabulüne ilişkin ele alınan Casani v. Mattei davasında<sup>209</sup> bu husus da gündeme gelmiştir. Vasiyetname ile kurulan trust'ta Riccardo Casani terekesinin ölümünden sonra kızı lehine yönetilmesini amaçlamıştır. Trust'a uygulanacak hukuk olarak da Kentucky Eyaletinin hukuku seçilmiştir. Fakat ilgili trust, İtalya'nın mirasa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı gereğince belirlenen İtalyan hukukunun saklı pay düzenlemelerini ihlal etmiştir. Bunun üzerine mahkeme saklı pay sahiplerine ilişkin düzenlemenin uygulanacağına, ancak kalan kısım açısından trust'a etki tanınacağına hükmetmiştir. Böylece ikinci fıkra uyarınca emredici kuralların uygulanmasını engellemeden trust'a etki tanımıştır.

Bir diğer kaçış hükmü ise Konvansiyon m.16'da düzenlenmiştir. Konvansiyon m.15 forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları gereğince tespit edilen ülke hukukunun emredici kurallarının uygulanmasını saklı tutarken, m.16, forum devletinin kendisinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını saklı tutmuştur. Bu nedenle forum devletinin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı düşmediği sürece taraf devlet, Konvansiyon m.11 uyarınca trust'ı tanıyabilecektir.

Konvansiyonun uygulama alanını sınırlayan bir diğer hüküm ise m.18'dir. İlgili düzenlemeye göre, Konvansiyonun hükümlerinin uygulanması taraf devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, ilgili hükümler göz ardı

208 Saatcioğlu, s. 248; Hayton, s. 282.

209 Casani v. Mattei, Foro it., 1998, I, 2007, <https://www.proquest.com/openview/f2671bd1b5240d22618fbac9a02037b1/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2032112> (E.T. 04.010.2023).

edilebilecektir. Konvansiyon, bu kaçış hükümleri ile de trust kurumu kendi hukuk sistemine yabancı olan Kıta Avrupası devletlerine kendi hukuk sistemindeki prensipleri muhafaza etme imkânı vermiş ve trust'ın tanınması ile bu hukuk sistemlerinin emredici kuralları, doğrudan uygulanan kuralları arasında bir denge yaratmıştır. Böylece bir Kıta Avrupası devletinin trust'ı tanınması kendi hukuk sistemlerindeki temel prensiplerden vazgeçme anlamına gelmeyecek, bu da Konvansiyona taraf olma açısından bir motivasyon oluşturabilecektir.

## **B. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Trust'ın Vasıflandırılması ve Uygulanacak Hukukun Tespiti**

### **1. Genel Olarak**

Yabancı unsurlu bir ihtilaf Türk hâkiminin huzuruna geldiğinde, Türk hâkimi somut ihtilafa hangi hukukun uygulanacağını tespit edecektir. Hâkimin uygulanacak hukuku tespit edebilmesi için öncelikle uyumsuzluğu vasıflandırması gerekecektir. İlk aşamada, hâkim uyumsuzluğun usuli mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunu tespit etmeli, esasa ilişkin bir uyumsuzluk olarak vasıflandırıyor ise ikinci aşama olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>210</sup> (MÖHUK) birinci kısım, ikinci bölümünde düzenlenen hangi bağlama konusuna girdiğini vasıflandırmalıdır<sup>211</sup>. Fakat bağlama konusunun vasıflandırılması her zaman kolay olmayabilir. Bunun bir nedeni iç hukuktaki ve yabancı maddi hukuktaki sistem farklılıkları olabilmektedir<sup>212</sup>.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasında sorun teşkil eden ve çalışma için asıl önem arz eden diğer bir mesele ise trust müessesesinde olduğu gibi yabancı unsurlu ihtilaftaki hukuki müessesenin Türk hukukunda olmaması halidir<sup>213</sup>. Bu durumda Türk hâkiminin uygulanacak hukuku nasıl tespit edeceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu anlamda bağlama konusunun vasıflandırılmasının nasıl yapılacağına ilişkin üç temel görüş vardır. Bunlardan ilk ikisi trust'ın Türk hukukuna tamamen yabancı bir hukuki kurum olması ve bu nedenle lex fori'ye göre vasıflandırmanın mümkün olmamasından bahisle otonom vasıf-

210 Resmi Gazete, T. 12/12/2007, S. 26728.

211 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 97; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim, Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 87; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 55, 56; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 79; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 34; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2022, s. 220.

212 Ergin Nomer, s. 97.; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 87, 88; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 56, 57, 58; Tekinalp, Uyanık, s. 34; Doğan, s. 221.

213 Ergin Nomer, s. 99; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 94; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 57, dipnot 102; Tekinalp, Uyanık, s. 35; Doğan, s. 221.

landırmaya<sup>214</sup> yahut *lex cuasae*'ya<sup>215</sup> göre vasıflandırma yapılması, üçüncüsü ise trust müessesesi her ne kadar Türk hukukuna yabancı bir müessese olsa da aynı işlevleri yerine getiren benzer hukuki kurumların varlığından yola çıkarak *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapılmasıdır<sup>216</sup>. Son durumda trust, somut olaya ve trust türüne göre benzer fonksiyonu gösteren, trust müessesesine en yakın Türk hukukundaki kurum olarak vasıflandırılacaktır<sup>217</sup>. *Saatcioğlu*'na göre de trust ilişkisi çeşitli şekillerde kurulabilmekte, bu nedenle de trust'ın benimse-diği fonksiyonlar da değişmektedir<sup>218</sup>. Dolayısıyla trust müessesesi vasıflandırılırken ilk başta somut olay özelinde trust ile hedeflenen amaç tespit edilmeli, ardından bu amaca Türk hukukunda bulunan hangi hukuki kurum/kurumlar ile varılabileceği sorusu sorulmalıdır<sup>219</sup>. Kanaatimizce bu şekilde vasıflandırma en fonksiyonel yöntem olacaktır. Dolayısıyla vasıflandırma yine *lex fori* esasına göre yapılacak ve trust müessesesi bir Türk kurumuna benzetilerek vasıflandırılacaktır.

Trust müessesesi bir yönüyle sözleşmesel unsurlar içerirken bir yönüyle de aynı hakka ilişkin unsurlar içermektedir<sup>220</sup>. Güvenilenin, trust konusu mal varlığını faydalanan lehine idare etmek hususunda faydalananana karşı özen ve sadakat borcu bulunmaktadır<sup>221</sup>. Bu anlamda güvenilen, trust mal varlığını kurucu belgede kararlaştırıldığı üzere gereği gibi yönetemezse, trust'ı ihlal ederse, bu borcundan dolayı faydalananana karşı sorumlu olacaktır<sup>222</sup>. Güvenilenin bu borçlarından faydalananana karşı sorumluluğu olması, her ne kadar trust bir sözleşme olarak nitelendirilemese de trust'ı sözleşmeye yaklaştırmaktadır. Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere trust kurumunun vekalet sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme ve bağışlama sözleşmesi ile benzerlikleri bulun-

214 Doğan, s. 224.

215 Çelikel, Erdem, s. 88.

216 Saatcioğlu, s. 278; Ergin Nomer, s. 99; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 94.

217 Saatcioğlu, s. 266, 267; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 93.

218 Saatcioğlu, s. 282.

219 Saatcioğlu, s. 281.

220 Petitt, s. 536; Davies, Farran, s. 146; Sheedy, s. 176; Adeline Chong, "The Common Law Choice of Law Rules for Resulting and Constructive Trusts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 54, Sayı 4, 2005, s. 872.

221 Trustee Act 2000 m.1: "Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular – (a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and (b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession. (2) In this Act the duty under subsection (1) is called 'the duty of care'." <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/29/contents> (E.T. 27.09.2023); Davies, Farran, s. 125; Petitt, s. 397; Öz, s. 1431; Saatcioğlu, s. 87; Kurtulan Güner, s. 228, 246.

222 Hefi, s. 555; Sheedy, s. 177; Petitt, s. 508.

maktadır. Fakat faydalananın hakkaniyete dayalı malik sıfatı olması yönüyle de trust kurumunda aynı hakka ilişkin unsurlar bulunmaktadır. Kanaatimizce, trust müessesesinin Türk mahkemeleri önünde vasıflandırılmasında trust'ın bu iki yönü ayrı ayrı incelenmelidir. İhtilaf konusu güvenilenin trust konusu mal varlığını basiretli bir kişi gibi idare edememesinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkinse vasıflandırma sözleşmeye uygulanacak hukuk (MÖHUK m.24) şeklinde yapılmalıdır<sup>223</sup>. Trust konusu mal varlığının trust'a aykırı olarak üçüncü kişiye devri yahut güvenilenin trust konusu mal varlığını kendi mal varlığına aktarması halinde faydalananın hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkına binaen bu mal varlığının iadesini talep etmesinde ihtilaf, aynı hak (MÖHUK m.21) olarak vasıflandırılmalıdır. Trust konusu mal varlığının tereke olduğu hallerde de mirasa ilişkin (MÖHUK m.20) kanunlar ihtilafı kuralına, kurucunun trust'ı kurma ehliyeti olup olmadığı hususunda da ehliyete ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına (MÖHUK m.9) başvurulmalıdır. Trust'ın kurulmasıyla birlikte kurucunun bu ilişkide herhangi bir rolü kalmadığı için kurucuya bu kapsamda bir talepte bulunulamayacaktır<sup>224</sup>. Bu nedenle bu talebe ilişkin vasıflandırma problemi de ortaya çıkmayacaktır.

## 2. Trust Müessesesinin Aynı Hak Olarak Vasıflandırılması

Güvenilenin idaresine bırakılan ve yasal maliki olduğu trust mal varlığını haksız bir şekilde üçüncü bir kişiye devretmesi veya güvenilenin trust konusu mal varlığını kendi mal varlığına aktarması durumunda faydalananın hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkını kullanarak bu mal varlığının iadesini üçüncü kişiden/güvenilenden talep edebilmesi hususu Türk milletlerarası özel hukukunda aynı hak olarak vasıflandırılacaktır. Zira faydalanan bu durumda kendisine tanınan mülkiyet hakkına binaen bir talepte bulunmaktadır. Dolayısıyla hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkından doğan somut talep aynı hak olarak vasıflandırılacak, uygulanacak hukuk ise MÖHUK m.21'e göre tespit edilecektir. İlgili maddeye göre taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki aynı haklara, işlem anında malların bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Burada "işlem anı", trust konusu mal varlığının haksız bir şekilde üçüncü kişiye devredildiği an olarak kabul edilecektir.

Bu kural uyarınca tespit edilecek ülke hukuku İngiliz hukuku olduğunda bu hukukun uygulanması MÖHUK m.5 kapsamında kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle mümkün olmayacaktır. MÖHUK m.5 uyarınca kanunlar ihtilafı

223 Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 46.

224 Davies, Farran, s. 44; Hefti, s. 556; Shattuck, s. 4; Kurtulan Güner, s. 107-108; Saatcioğlu, s. 40; Küçükgüngör, s. 9; Smith, s. 1030.

kuralları gereği tespit edilen ülke hukukunun uygulanması halinde ortaya çıkan sonuç Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği müddetçe ilgili hüküm uygulanmayacak ve gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanacaktır. Yargıtay 10.02.20212 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında<sup>225</sup>, kamu düzenin kapsamında Türk hukukun temel değerlerinin, Türk genel adap ve ahlak anlayışının, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasetin, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin olduğuna hükmetmiştir. Bu unsurlardan herhangi birine aykırılık Türk kamu düzenini zedeleyecektir. İngiliz hukukunun uygulanması halinde mülkiyetin yasal-hakkaniyete dayalı mülkiyet olarak ayrılması Türk hukukunun temel değerlerinden biri olarak kabul edilebilecek mülkiyetin bölünmezliği ilkesine ve buna binaen kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir<sup>226</sup>. Bu durumda bir hükmün Türk kamu düzenine aykırılığında ziyade kurumun tamamıyla Türk kamu düzenine aykırılığında bahsedileceği için, bu hal m.5 kapsamında “gerekli görülen hal” olarak nitelendirilebilecek ve Türk hukuku uygulanacaktır. Ancak Türk hukukunca trust müessesinin kabulü mümkün olmayacağından ihtilafın bir sonuca ulaştırılması hususunda Türk mahkemeleri bir çıkmaza girmiş olacaktır.

Kurucunun iradesine saygı trust müessesesinin en önemli prensiplerinden biridir<sup>227</sup>. Nitekim bu durum Türk hukukuna yabancı değildir. İrade özerkliği, sözleşme serbestisi ilkeleri Türk hukukunun temel ilkelerindedir<sup>228</sup>. Bu anlamda kurucunun iradesi mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılmalıdır. Türk mahkemesi kamu düzenine aykırılık nedeniyle Türk hukukuna yabancı olan bir kuruma ilişkin ihtilafı görmekten kaçınamayacaktır. Güvenilenin İngiliz trust hukuku kapsamında sahip olduğu yasal malik sıfatı trust konusu mal varlığını faydalanan lehine kullanabilmesi ve yönetebilmesi içindir<sup>229</sup>. Türk hukuku bakımından güvenilenin sahip olduğu bu hak mülkiyet hakkı olarak nitelendirilemeyecektir. Zira Türk hukukunda bir kişinin eşya üzerinde tam mülkiyet hakkına sahip olması o eşyayı kendisi için kullanması ve semerelerinden kendisinin yararlanması anlamına gelmektedir<sup>230</sup>. Dolayısıyla trust kurumu adapte edilerek ve faydalananın trust'ta nihai malik olmasından yola çıkılarak faydalananın tek malik, güvenilenin ise özel bir vekil olarak kabul

225 Yargıtay İBBGK., E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ibbgk-e-2010-1-k-2012-1-t-10-2-2012> (E.T. 11.10.2023).

226 Saatcioğlu, s. 359.

227 Chong, s. 873; Saatcioğlu, s. 265.

228 Eren, s. 336-340; Serozan, s. 61-63; Zevkliler, Gökyayla, s. 6 vd.; Saatcioğlu, s. 265; Kocayusufoğlu, s. 503-507; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 111-119.

229 Martinez, s. 1719.

230 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 28; Nomer, Ergüne, s. 187,188; Sirmen, s. 261.

edilmesi yerinde olacaktır<sup>231</sup>. Böylece faydalananın tek malik olarak mülkiyet hakkına dayanarak üçüncü kişiden/güvenilenden mal varlığının iadesini talep ettiği kabul edilecektir. Bu şekilde mahkeme kamu düzeni engeline takılmadan uygulanacak hukuku MÖHUK m.21 kapsamında tespit edebilecektir.

Anglo-Amerikan trust'ına ilişkin bir ihtilafta MÖHUK m.21'deki bağlama kuralı Türk hukukuna işaret ettiğinde, bu defa, uygulanacak hukuk olarak (lex causae) Türk hukukunun kamu düzeni devreye girecek ve parçalanmış mülkiyet esasını benimseyen trust'ın aynen uygulanması yine mümkün olmayacaktır. Bu durumda da trust müessesesi, malikin faydalanan olduğu, güvenilenin ise bir tür vekil olduğu bir yapıya adapte edilerek faydalananın aynı hakkından doğan talebine ilişkin ihtilafı çözüme kavuşturulacaktır.

### 3. Trust Müessesesinin Sözleşme Olarak Vasıflandırılması

Güvenilenin basiretli bir kişi gibi trust konusu mal varlığını yönetmesi yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünden doğan sorumluluğuna ilişkin ihtilafların vekalet sözleşmesi olarak vasıflandırılması mümkündür. Vekalet sözleşmesinde vekil olarak kabul edilecek güvenilenin özen borcu, ilişkide vekalet veren olarak nitelendirilebilecek kurucuya karşı değil, faydalananına karşı olacaktır<sup>232</sup>. Bu nedenle trust ilişkisinin üçüncü kişi yararına sözleşme ile birlikte düzenlenen bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır<sup>233</sup>. Nitekim trust'ların saf inançlı işlemlere benzerlikleri çalışmanın önceki kısımlarında ele alınmıştır. Doktrinde inançlı işlemlerin bir vekalet sözleşmesi veya vekalet benzeri bir sözleşme sayılması gerektiği ve vekalet olan benzerliği nedeniyle TBK'da düzenlenen vekaletle ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde inançlı işleme kıyasen uygulanması gerektiği görüşünden<sup>234</sup> yola çıkarak güvenilenin trust konusu mal varlığını gereği gibi idare etmesi yükümlülüğünün vekalet sözleşmesi olarak vasıflandırılması kanımızca yerinde olacaktır. Ayrıca Türk hukukunda trust müessesesine en paralel kurum olarak kabul edilebilecek yatırım fonları açısından Sermaye Piyasası Kanunu m.37 kurucu ile katılma belgesi sahipleri arasındaki ilişkiye Kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın vekalet hükümlerinin uygulanacağını düzenlenmiştir. Bu anlamda güvenilenin özen ve sadakat borcundan doğan sorumluluğu açısından trust ilişkisi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek ve uygulanacak hukukun tespiti açısından sözleşme olarak vasıflandırılacaktır.

231 "Common Law Trusts in Civil Law Courts", *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, pp. 1030-44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145> (E.T. 27.09.2023), s. 1035; Howard, s. 356.

232 Kurtulan Güner, s. 222.

233 Lepaülle, s. 1139; Howard, s. 357.

234 Özsunay, s. 130; Tandoğan, s. 545; Karayalçın, s. 683; Kocayusufpaşaoğlu, s. 369.

Trust kurumunun atipik bir sözleşme türü olarak nitelendirilmesi mümkündür. Yukarıda bahsi geçen Harrison v. Credit Suisse davasında<sup>235</sup> İsviçre daha Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna taraf olmamışken trust müessesesine ilişkin bir ihtilafın vasıflandırılması sorunu ortaya çıkmıştır. Mahkeme ihtilafta lex fori prensibini benimsemiş ve bu ilişkiyi vekaleti, mülkiyetin devrini ve üçüncü kişi lehine sözleşmeyi içeren atipik bir sözleşme olarak vasıflandırmıştır. *Nomer'e* göre de trust bünyesinde vekalet, mülkiyet devri, bağışlama vaadi ve üçüncü kişi yararına sözleşmenin hukuki unsurlarını barındıran karma bir sözleşmedir<sup>236</sup>. Fransız mahkemelerinde trust'a ilişkin görülen bir davada<sup>237</sup> mahkeme, trust'ı vedia sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin karması bir ilişki olarak nitelendirmiştir. İlgili davada mahkeme, trust ilişkisinde kurucunun güvenilen lehine mülkiyet hakkından vazgeçme gibi bir niyetinin olmadığına, sadece trust konusu mal varlığının korunması ve yönetilmesi amacıyla mal varlığının güvenilene emaneten devredildiğine hükmetmiş, güvenilene trust konusu mal varlığını yönetme yükümlülüğü olan bir vekil olarak nitelendirmiştir. Nitekim Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu da trust'ı tanımlarken kurumu bir hukuki ilişki olarak ele almış ve sözleşmeye yakın bir müessese olarak betimlemiştir<sup>238</sup>. Böylece Kıta Avrupası devletlerinin de trust'ı vasıflandırabilmesini amaçlamıştır. Buna paralel olarak Türk mahkemelerince de güvenilen ve faydalanan arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olarak vasıflandırılması yerinde olacaktır<sup>239</sup>.

Güvenilenin trust konusu mal varlığını yönetmesi ve idare etmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin ihtilafın sözleşme olarak nitelendirilmesi halinde uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK m.24'e bakılması gerekecektir. MÖHUK m.24/1 gereği sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, tarafların açıkça seçtikleri hukuktur. Bu anlamda kurucu belgede bulunan bir hukuk seçimi, kanımızca, m.24/1 kapsamında açık hukuk seçimi olarak kabul edilebilecek ve ihtilafa bu hukuk uygulanacaktır. Hukuk seçimi olmadığı hallerde sözleşmelere uygulanacak hukuk m.24/4 uyarınca belirlenecektir. Bu fıkraya göre halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmadığı sürece, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku

235 Harrison v. Credit Suisse, A.T.F., 96.II.79, J.T. 197.I.329.

236 Ergin Nomer, s. 99.

237 Enregistrement v. Palikao (1880) Tribunal Civil de la Seine bkz. "Common Law Trusts in Civil Law Courts", *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, pp. 1030-44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145> (E.T. 27.09.2023), s. 1031, dipnot 11.

238 Chong, s. 873; Saatcioğlu, s. 180.

239 Demirkol, s. 46.



yahut ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, bulunmadığı taktirde yerleşim yeri hukuk, birden fazla iş yeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacaktır. MÖHUK m.24/4 kapsamında uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle trust ilişkisinde karakteristik edim borçlusunun kim olduğu belirlenmelidir. Karakteristik edim sözleşmeye damgasını vuran, sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran, sözleşmenin sosyal ve ekonomik fonksiyonun gerçekleştirilmesini sağlayan edimdir<sup>240</sup>. Bu tanımdan yola çıkarak trust ilişkisinde karakteristik edim borçlusunu güvenilen olacaktır<sup>241</sup>. Kurucu zaten trust'ın kurulmasıyla trust ilişkisinin dışında kalmaktadır. Faydalananın ise güvenilene karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Trust ilişkisindeki temel yükümlülük trust konusu mal varlığını faydalanan lehine idare etmekle yükümlü olan güvenilene aittir. Dolayısıyla MÖHUK m.24/4 kapsamında trust ilişkisine uygulanacak hukuk güvenilenin mutad meskeni hukuku yahut güvenilenin bu yükümlülüğü ticari veya mesleki faaliyetler gereği yerine getirdiği hallerde iş yeri hukuku, birden fazla iş yeri varsa trust ilişkisiyle en sıkı ilişkili olan iş yeri hukuku, iş yeri hukuku yoksa güvenilenin yerleşim yeri hukuku olacaktır. Trust ilişkisine sayılan bu ülke hukuklarından daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, bu ülke hukuku trust'a ilişkin ihtilafa uygulanacaktır.

Trust konusu mal varlığının taşınmaz teşkil ettiği hallerde ise MÖHUK m.25 uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Madde uyarınca taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Güvenilenin faydalanan lehine kullanması ve idare etmesi gereken trust konusu mal varlığı taşınmaz ise trust ilişkisine uygulanacak hukuk trust konusu taşınmazın bulunduğu yer hukuku olacaktır.

#### **4. Trust Müessesesinin MÖHUK m.20 Kapsamında Vasıflandırılması**

Trust'ın konusunun terekenin yönetilmesinin oluşturduğu hallerde Türk hâkimi ilgili ihtilafı MÖHUK m.20 kapsamında mirasa ilişkin bir ihtilaf olarak vasıflandıracaktır. Trust'ın terekenin yönetilmesi gayesiyle kurulduğu hallerde trust ölüme bağlı tasarrufla kurulmakta ve kurucu belge bir ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılmaktadır. Bu nedenle ölüme bağlı tasarrufla kurulan trust'larda, kurucu belgenin geçerliliği ve ehliyeteye ilişkin ihtilaflar m.20, fıkra dört ve beşe göre çözüme kavuşturulacaktır. MÖHUK m.20/4'e göre ölüme

240 Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 428; Ergin Nomer, s. 335; Doğan, s. 410; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 347; Tekinalp, Uyanık, s. 287.

241 Demirkol, s. 46.

bağlı tasarrufun şekline MÖHUK m.7 uyarınca hukuki işlemlerin yapıldıkları ülke hukuku veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerli olacaktır. Bu anlamda ölüme bağlı tasarrufla kurulan trust'larda kurucu belge, ölenin milli hukukunun veya ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanan hukukun yahut kurucu belgenin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü kurallara uygun olarak yapıldığı takdirde geçerli addedilecektir<sup>242</sup>. Kurucunun ölüme bağlı tasarrufla trust'ı kurma ehliyetine ilişkin ihtilafa ise MÖHUK m.20/5 gereği kurucunun trust'ı kurucu belge ile kurduğu andaki milli hukuku uygulanacaktır.

MÖHUK m.20/1 mirasa dair ihtilaflarda genel kuralı düzenlemektedir, kanuni mirasçılar ve pay oranları, saklı paylı mirasçıların belirlenmesi gibi hususlar bu kurala göre tespit edilecektir<sup>243</sup>. Bu kurala göre Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanacak, taşınmaz dışında kalan tereke ise ölenin milli hukukuna tâbi olacaktır. Terekenin yönetilmesi amacıyla ölüme bağlı tasarrufla kurulan trust'larda tereke güvenilene devredilmektedir. Faydalananın ise bu tereke üzerinde hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Fransız Mahkemesi huzuruna gelen Delorme v. Mallinson davasında<sup>244</sup> yerleşim yeri Fransa'da bulunan bir İngiliz vatandaşı ölümünden sonra tüm mal varlığını, Fransa'daki arsası da dahil olmak üzere, kardeşi ve yeğenlerine, Fransız vatandaşı torunu lehine devretmiş ve torunun evlenmemesi halinde terekenin yeğenlerine geçmesini kararlaştırmıştır. Fransız Mahkemesi terekeye konu olan mal varlığının güvenilen olarak ölenin kardeşi ve yeğenlerine bırakılmasını, torunun saklı payını ihlal ettiğine karar vermiştir. Fransız miras hukukuna göre torunun terekenin yarısı üzerinde saklı payı bulunmaktadır. Terekenin diğer yarısında ise serbestçe tasarrufta bulunulabilecektir. Mahkeme, torunun saklı payını oluşturan kısmı toruna tesis ettikten sonra

242 Ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu Vasiyet Tasarruflarının Şekli Konusunda Kanunlar İhtilafına Dair Sözleşme bulunmaktadır. MÖHUK m.1/2 uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri MÖHUK'a göre önceliklidir. MÖHUK'un düzenlendiği bir konu hakkında Türkiye'nin taraf olduğu bir sözleşme olması halinde, sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufun bir vasiyetname olması halinde vasiyetnamenin geçerliliği ilgili Sözleşmeye göre tespit edilecektir. Sözleşmede amaçlanan birden çok bağlama noktası getirilerek vasiyetnamenin ayakta tutulmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Ergin Nomer, s. 302, 303; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 335 vd., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 282 vd.; Tekinalp, Uyanık, s. 244; Çelikel, Erdem, s.350; Doğan, s. 381, 382.

243 Ergin Nomer, s. 298; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 325; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 266; Tekinalp, uyanık, s. 234; Çelikel, Erdem, s. 343.

244 Dolorme v. Mallinson (1928) Tribunal Civil de Rouen, Dec. 19, 1927, 55 Clunet 1027, bkz. "Common Law Trusts in Civil Law Courts." Harvard Law Review, Cilt 67, Sayı 6, 1954, s. 1030-44. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1337145>. (E.T. 27.09.2023), s. 1038.

serbestçe tasarrufta bulunabilecek kısmında da- evlenmemesi halindeki şartı saklı tutarak- toruna hak sahipliği tanımıştır. Böylece mahkeme saklı paya ilişkin kuralı uygulamış ve tereke üzerinde mirasçı sıfatıyla mülkiyet hakkı sahibi olarak sadece faydalananı kabul etmiş, mülkiyetin ayrılması prensibinin önüne geçmiştir. Fransız mahkemelerine konu olan başka bir davada<sup>245</sup> Fransa'da bulunan bir arazi tereke kapsamında trust konusu mal varlığı olarak tesis edilmesine rağmen mahkeme sadece mirasçı sıfatıyla faydalananı arazinin maliki olarak kabul etmiş ve böylece Fransız kamu düzeninin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

İtalya Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna taraf değilken İtalyan mahkemesi huzuruna gelen Piercy v. ETFAS davasında<sup>246</sup> Major Piercy'nin terekesinin üç çocuğu lehine yönetilmesi amacıyla terekeyi eşine ve üç çocuğuna güvenilen olarak devrettiği ve vasiyetname ile kurulmuş olan bir trust ihtilaf konusu olmuştur. İtalyan kanunlar ihtilafı kurallarına göre miras statüsüne uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğunu tespit eden İtalyan mahkemesi, faydalananın hakkaniyete dayalı malik kabul edilmesinin İtalyan kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini ve bu nedenle ihtilafın çözülmesi için üç alternatifin olduğuna hükmetmiştir. Birinci seçenek bu şekilde kurulan trust'ı tamamen geçersiz kabul etmek ve davaya konu olan İtalya'da bulunan mal varlığını mirasçısız tereke olarak nitelendirerek İngiliz hukuku uyarınca terekenin paylaşılması, ikinci seçenek sadece güvenilenleri terekenin maliki olarak kabul etmek, üçüncü seçenek ise sadece faydalananları mirasçı sıfatıyla terekenin maliki olarak kabul etmektir. İtalyan mahkemeleri somut ihtilaf açısından üçüncü seçeneği seçmiş ve böylece *favor testamenti* ilkesi<sup>247</sup> gereğince vasiyetnameyi ayakta tutmuştur. Aynı zamanda faydalananı mirasçı olarak kabul ederek terekeye ilişkin mülkiyet hakkına sahip olan tek kişinin faydalanan olduğuna karar vermiştir.

MÖHUK m.20/1 veya MÖHUK m.20/2 uyarınca uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olması halinde, tereke üzerinde hem faydalananın hem de güvenilenin mülkiyet hakkına sahip olması gündeme gelecek, bu da MÖHUK m.5 gere-

245 MacCalmont (1911) Tribunal Civl de Nice, May 3, 1905, 38 Clunet 278. bkz. "Common Law Trusts in Civil Law Courts." *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, s. 1030-44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145>. (E.T. 27.09.2023), s. 1038.

246 Piercy v. ETFAS (1986) Tribunal of Oristano, Riv.Foro.Ital.813, bkz. Paton, Grosso, s. 656, 657, 658.

247 Ölenin yapmış olduğu ölüm bağı tasarrufun mümkün olduğunca ayakta tutulmasını sağlayan yorum kuralı. Bkz. Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 221; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 113; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 184 (Miras Hukuku).

ği Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bahsi geçen kararlar ışığında ölüme bağlı tasarrufla bir terekenin idaresi amacıyla kurulan trust'larda öncelikle MÖHUK m.20/1 gereğince saklı pay sahipleri ve oranları tespit edilmeli ve tereke üzerinde bu paylar paylaştırılmalıdır. Ardından ölüme bağlı tasarrufla faydalanan olarak tesis edilmesi işlemi, kanaatimizce mirasçı atama olarak kabul edilmeli, güvenilen ise TMK m.550 ve devamında düzenlenen vasiyetnamayı yerine getirme görevlisi olarak addedilmelidir<sup>248</sup>. Bu anlamda faydalanan olarak tesis edilen kişinin mirasçı atama yoluyla mirasçılık sıfatı ve miras payı oranı MÖHUK m.20/1'e göre çözüme kavuşturulacak, mirasçı atama işleminin geçerliliği şekil açısından MÖHUK m.20/4 ve ehliyet açısından MÖHUK m.20/5 uyarınca belirlenen ülke hukukunca neticelendirilecektir. Terekenin üzerinde faydalananın yani mirasçının mülkiyet hakkı olacak, güvenilene bir mülkiyet hakkı tanınmayacaktır. Güvenilen sadece bu terekeyi yönetmekle görevli olacaktır. Böylece hem trust müessesesindeki temel ilkelerden biri olan kurucunun iradesine saygı duyulmuş olacak hem de bir miras hukuku prensibi olan *favor testamenti* ilkesine uygun olarak ölenin son arzusu yerine getirilmiş olacaktır. Delorme v. Mallinson davasına konu olan ihtilaftaki gibi terekenin murisin torunu lehine işletilmesi ve torunun evlenmemesi halinde terekenin yeğenlerine geçmesinin kararlaştırılması durumu da Türk hukuku kapsamında art mirasçılık olarak nitelendirilecek<sup>249</sup> ve yine bu kişinin mirasçılık sıfatı ve miras payı MÖHUK m.20/1'e göre tespit edilecektir. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde de kamu düzeni devreye girecek ve aynı sonuca ulaşılabilecektir.

### 5. Trust Müessesesinin MÖHUK m.9 Kapsamında Vasıflandırılması

Trust'ın ölüme bağlı tasarruf ile değil de sağlar arası işlemle kurulduğu halde kurucunun trust'ı kurma ehliyetine ilişkin ihtilaflar, MÖHUK m.9/1'e göre neticelendirilecektir. MÖHUK m.9/1 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir. Bu anlamda kurucunun somut ihtilafta trust'ı kurma ehliyetinin olup olmadığı meselesine kurucunun milli hukuku uygulanacaktır. Türk mahkemelerinde görülen davalarda kişilerin davacı veya davalı sıfatıyla davaya taraf olabilmeleri de MÖHUK m.9 gereği çözümlenecektir<sup>250</sup>. Ancak trust müessesesinin tüzel kişiliği olmadığı ve temelinde üçlü bir ilişki olduğundan trust müessesesinin kendisinin davaya taraf olabilmesi mümkün ol-

248 Kurtulan Güner, s. 457.

249 Art mirasçılık ve trust müessesesinin detaylı karşılaştırması için bkz. Kurtulan Güner, s. 452 vd..

250 Ergin Nomer, s. 223; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 213, 214; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 137, dipnot 36.

mayacaktır<sup>251</sup>. Trust müessesesinin kurulmasıyla birlikte kurucu ilişkinin dışında kaldığı ve faydalananın bu üçlü ilişkide sadece güvenilene karşı talep hakkı olduğu için<sup>252</sup> davanın tarafları güvenilen ve faydalanan olacak dolayısıyla güvenilenin ve faydalananın davada taraf olabilmeme problemi hasıl olacaktır. Bu problem de MÖHUK m.9/1'in uygulama alanına girecektir.

MÖHUK m. 9 kapsamında uygulanacak ülke hukuku Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna akit bir devletse, MÖHUK m. 2/3, atıf kuralı<sup>253</sup> gereği güvenilenin ehliyetine ilişkin ihtilaf Konvansiyonla düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecektir<sup>254</sup>. MÖHUK m.2/3'e göre kişinin hukukuna ilişkin ihtilaflarda, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka etki tanınacaktır. Misal güvenilenin ehliyetine ilişkin bir ihtilafta, MÖHUK m.9/1 uyarınca uygulanacak hukukun İtalyan hukuku olması halinde, ihtilafa uygulanacak hukuk Konvansiyonun altıncı ve yedinci maddesine göre belirlenecektir. Bu şekilde belirlenen ülke hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Nitekim Konvansiyon m. 17 gereğince de Konvansiyon m. 6 ve m. 7'ye göre tespit edilen hukuktan kastedilen bu hukukun maddi hukuk hükümleridir. Konvansiyon kurucunun ehliyetine ilişkin bir düzenleme getirmediği için, ihtilaf, MÖHUK m.9 uyarınca tespit edilen ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun maddi hukuk hükümlerine göre neticelendirilecektir.

## Sonuç

Çalışmanın birinci bölümünde trust müessesesinin tarihçesinden bahsedilmiştir. Trust müessesesinin ortaya çıkışının bilinmesi bu müessesesinin belirleyici özelliklerinin anlaşılması açısından zaruridir. Feodal dönemde ortaya çıkan, güvene dayalı trust müessesesinin common law-equity law ayrımının bir sonucu olarak Chancery Mahkemelerince ifade keyfiyeti engellemek amacıyla üçüncü kişiye aynı bir hak tanınarak güvenilene ifaya zorlama imkânı verilmiş-

251 Presta v. Tepper (2009) 102 Cal. Rptr. 3d 12: "a trust itself can neither sue nor be sued in its own name. Instead, the real party in interest in litigation involving a trust is always the trustee.", <https://casetext.com/case/presta-v-tepper> (E.T. 15.10.2023).

252 Davies, Farran, s. 44; Hefti, s. 556; Shattuck, s. 4; Kurtulan Güner, s. 107-108; Saatcioğlu, s. 40; Küçükgüngör, s. 9; Smith, s. 1030.

253 Atıfa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim, Karaca, s. 108 vd; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 59 vd.; Ergin Nomer, s. 85, 86; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 116 vd..

254 Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu m. 8'e göre Konvansiyon m. 6 ve m. 7'ye göre tespit edilen hukuk güvenilenin ehliyetini de kapsamaktadır.

tir. Trust müessesesi temelinde üçlü bir yapıya sahiptir. Kurucu tek taraflı irade beyanıyla, kurucu belgesiyle, belli bir mal varlığı unsurunu, faydalanan menfaatine yönetilmesi ve kullanılması için güvenilene devretmektedir. Bu şekilde güvenilen mülkiyet hakkına dayanarak mal varlığı unsurunu kullanmakta ama bu hakkı üçüncü kişinin menfaatiyle sınırlandırılmaktadır. Trust müessesesini, Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmesinde çekince oluşturan unsurlar mülkiyet hakkının parçalanması ve trust'a konu mal varlığıyla şahsi mal varlığının ayrılmasıdır. Bu unsurlar Kıta Avrupası hukuk sistemindeki mülkiyet hakkının bölünmezliği, mal varlığının teklifi, sınırlı sayı ve aleniyet ilkelerine aykırıdır.

Bu zorluklar çalışmanın ikinci bölümünde ele alınmış ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde var olan trust benzeri fiducie ve truehand müesseseleri çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca Türk hukukundaki trust benzeri kurumlar ele alınmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu'yla hukukumuza giren emeklilik fonu, yatırım fonu, konut finansmanı fonu, varlık finansman fonları, trust'a konu olan mal varlığı unsuru gibi ayrı bir mal varlığı oluşturmakta ve alacaklılar bu mal varlığına el atamamaktadır. Bu fonlar saf inanlı işlem esaslarına göre yönetilmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda inanlı işleme göre yönetilen bu fonlar da aslında Kıta Avrupası hukukundaki bu fiducie ve treuhand gibi trust benzeri müesseselere paraleldir. Türk hukukundaki dolaylı temsil, doğrudan temsil, yasal temsil, yönetim kayımlığı, vakıf, mükellefiyetli bağışlama, intifa hakkı, inanlı işlem, vekalet ve üçüncü kişi yararına sözleşmeler trust ile benzer işlevler gösteren, trust'a benzeyen diğer Türk hukuku kurumlarıdır.

Çalışmanın son bölümünde milletlerarası özel hukukta trust'ların vasıflandırılması sorunu incelenmiştir. Buradaki temel mesele, huzuruna yabancılık unsuru içeren trust müessesesine ilişkin bir ihtilaf gelen Türk hâkiminin bu ilişkiyi nasıl vasıflandıracığı sorunudur. Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu, akit devletler için bu sorunu bertaraf etmiş olsa da ilgili vasıflandırma problemi Türk hukuku açısından bakıldığında Kanaatimizce Türk hâkimi lex fori vasıflandırmadan yararlanmalı ve somut ihtilaf özelinde trust'ın amacını, türünü göz önüne alarak Türk hukukunda benzer işlevi gösteren kuruma yahut kurumlara adapte ederek trust müessesesini vasıflandırmalıdır.

Faydalananın güvenilene ya da üçüncü kişiye karşı hakkaniyete dayalı mülkiyet hakkını ileri sürerek trust konusu mal varlığının kendisine iadesini talep etmesinden doğan ihtilaf Türk mahkemesi tarafından aynı hak olarak vasıflandırılacaktır. Ancak MÖHUK m.21 uyarınca uygulanacak hukukun İngiliz

hukuku olması durumunda trust müessesesinin temel özelliklerinden biri olan mülkiyetin ayrılması, MÖHUK m.5 gereği Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve ihtilafın çözülmesi imkânsız bir hal alacaktır. Kanaatimizce bu durumda mahkeme faydalananı tek malik olarak kabul etmeli, güvenileni de kendine has bir vekil olarak nitelendirmelidir. Böylece Türk hâkimi ilgili ihtilafı MÖHUK m.21 üzerinden neticelendirebilecektir. Aynı sonuca MÖHUK m.21 gereği uygulanacak hukukun Türk hukuku olmasında da varılacaktır. Bu defa uygulanacak hukuk olarak (*Lex causae*) Türk hukukunun kamu düzeni parçalanmış mülkiyetin kabul edilmesini imkânsız hale getirecektir.

Güvenilenin trust konusu mal varlığını faydalanan lehine basiretli bir kişi gibi idare etmesi yükümlülüğünden doğan faydalananı karşı sorumluluğu ise sözleşme ilişkisi olarak vasıflandırmalı ve MÖHUK m.24 kapsamında uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Nitekim Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu da Kıta Avrupası devletlerinin Konvansiyona taraf olabilmesi adına trust müessesesini bir hukuki ilişki olarak tanımlamıştır. Trust müessesesinin sözleşme ilişkisi olarak vasıflandırılması Kıta Avrupası devletlerinin içtihatlarına da yansımıştır.

Trust müessesesinin terekenin idaresi gayesiyle kurulduğu hallerde Türk mahkemeleri ilgili ihtilafı MÖHUK m.20 kapsamında vasıflandıracaktır. Bu anlamda bir ölüme tasarruf şeklinde yapılan kurucu belgenin şekline, kurucunun ehliyetine, sırasıyla MÖHUK m.20/4 ve MÖHUK m.20/5 uygulanacaktır. MÖHUK m.20/1 ve MÖHUK m.20/2 uyarınca uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olması durumunda, terekenin üzerinde hem güvenilenin hem de faydalananın mülkiyet hakkına sahip olması MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzenine engel teşkil edecek ve İngiliz hukukunun uygulanmasını bertaraf edecektir. Dolayısıyla, kanımızca, terekenin idaresi amacıyla kurulan trust'lar mirasçı atama işlemi olarak nitelendirilmeli, güvenilen ise vasiyeti yerine getirme memuru olarak kabul edilmelidir. Bunun üzerine faydalananın mirasçılığı, miras oranı MÖHUK m.20/1'e göre tespit edilmelidir.

Sağlar arası işlemle kurulan trust'larda kurucunun ehliyetine uygulanacak hukuk ise MÖHUK m.9/1 uyarınca neticelendirilmelidir. İlgili madde uyarınca uygulanacak hukuk Trust'lara Uygulanacak Hukuk ve Trust'ların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonuna akit bir devletin hukuku ise güvenilenin ehliyetine ilişkin ihtilaf, MÖHUK m.2/3 atıf kuralı gereği Konvansiyonun getirmiş olduğu kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenecektir. Kurucunun ehliyeti Konvansiyonun kapsamına girmediğinden MÖHUK m.9'un gösterdiği ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kuralının işaret etmiş olduğu hukukun madde hukuk hükümleri kurucunun ehliyetine ilişkin ihtilafa uygulanacaktır.



## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makaleler

- Adıgüzel, Burak, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Altaş, Hüseyin; Kurt, Leyla Müjde, “İnançlı İşlemler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s.1-28.
- Ames, James Barr, “The Origin of Uses and Trusts”, *Harvard Law Review*, Cilt 21, Sayı 4, Şubat 1908, s.261-274.
- Apaydın, Eylem, “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 160, 2016, s.1791-1838.
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Ausness, Richard C., “Non-charitable Purpose Trusts: Past, Present, and Future”, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Cilt 51, Sayı 2, 2016, s. 321-372.
- Ayanoğlu Morali, Ahu, *Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2006.
- Bolgar, Vera, “Why No Trusts in Civil Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 2, Sayı 2, Bahar 1953, s. 204-219.
- Carey, Homer F., *Cases on the Law of Trusts*, Commerce Clearing House, New York, 1931.
- Chang; Yun-chien; Smith., Henry E., “An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property.” *Notre Dame Law Review*, Cilt 88, Sayı 1, 2012, s. 1-56.
- Chong, Adeline, “The Common Law Choice of Law Rules for Resulting and Constructive Trusts”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 54, Sayı 4, 2005, s. 855-883.
- Clarry, Daniel, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 63, Sayı 4, Ekim 2014, s. 901-933.
- Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Davies, Katharine; Farran, Sue, *Equity and Trusts*, 3. Baskı, Hall & Scott Publishing, 2022.
- Berk, Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2022.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul, 2021.
- Dural, Mustafa; Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Dyer, Adair, “International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt 32, Sayı 4, 1999, s. 989- 1022.

- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Friedmann, W., “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat”, (Çev. Ansay, T.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 1958, s. 50-66.
- Gaillard, Emmanuel, “Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred Von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition”, *Cambridge University Press*, Cilt 25, Sayı 2, Mayıs 1986, s. 593-618.
- Gaillard, Emmanuel; Trautman, Donald T., “Trust in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 35, Sayı 2, 1987, s. 307-340.
- Gaul, Alexander, “A Methodological View on the Purported Divide Between Common Law and Civil Law in Terms of Property Law”, *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 4, 2019, s. 52-59.
- Garrigues, Joaquin, “Law of Trusts”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 2, Sayı 1, Kış 1953, s. 25-35.
- Garner, Bryan A., *Black’s Law Dictionary*, 3. Baskı, Thomson West, 2006.
- Graziadei, Michele, “Recognition of Common Law Trusts in Civil Law Jurisdictions under the Hague Trust Convention with Particular Regard to the Italian Experience”, Ed, L. Smith, *Re-imagining the Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, 2012.
- Gümüüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Hansmann, Henry; Kraakman, Reinier, “Property, Contract, and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *Journal of Legal Studies*, Cilt 31, Sayı 2, 2002, s. 373-420.
- Hansmann, Henry; Mattei, Ugo, “The Functions of Trust Law: Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*, Cilt 73, Sayı 2, 1998, s. 434-479.
- Hayton, David, “The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 36, Sayı 2, 1987, s. 260-282.
- Hefti, Peter, “Trusts and Their Treatment in the Civil Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 5, Sayı 4, Sonbahar 1956, s. 553-576.
- Hoyle, Matthew, “Possession Is Nine Tenths of the (Common) Law: A Comparison of Civil Law Ownership and the Rights in English Property Law, Both at Law and in Equity.” *Oxford University Undergraduate Law Journal*, Cilt 39, 2018, s. 39-59.
- Howard, Carly, “Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: A Comparative Analysis”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, Cilt 13, Sayı 2; 2006, s. 343-366.
- İmre, Zahit; Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Karayalçın, Yaşar, İngiliz Hukukunda “Trust” ve Avrupa Hukuku Terim-Kavram-Temel Trust Modeli-Uygulamalar-Hukuk Alanında Gelişmeler, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, 1998.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021 (Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, (Miras Hukuku).
- Kocayusufoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Cilt 1, 7. Baskı., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Kurtulan Güner, Gökçe, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Küçükgüngör, Erkan, “Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Cilt 23, Sayı 2, Aralık 2005, s. 5-29.
- Langbein, John H., “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, *The Yale Law Journal*, Cilt 107, Sayı 1, 1997, s. 165-189.
- Lepaulle, Pierre, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *The Yale Law Journal*, Cilt 36, Sayı 8, Haziran 1927, s. 1126-1147.
- Lorio, Kathryn Venturatos, “Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust”, *Louisiana Law Review*, Cilt 42, Sayı 5, 1982, s. 1721-1740.
- Lupoi, Maurizio, “The Civil Law Trust”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt 32; Sayı 4, 1999, s. 967-988.
- Malberti, Corrado, “Fiduciary Arrangements in Civil Law Countries: Framing the Trustee’s Role and Duties”, *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 1053-1074.
- Martinez, Ignacio Arroyo, “Trust and Civil Law”, *Louisiana Law Review*, Cilt 42, Sayı 5, 1982, s. 1709-1720.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Nomer, Haluk Nami; Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020 (Eşya Hukuku).
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021 (Kişiler Hukuku).
- Oktay-Özdemir, Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2011, s. 657-683.
- Öz, Turgut, Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, 2010.
- Özel, Sibel; Erkan, Mustafa; Pürselim, Hatice Selin; Karaca, Hüseyin Akif, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Özsunay, Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı İşlemler*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968.
- Paliwal, Giriş, “Core Irreducible Features of the Trust: Comparative Analysis of Trust across Common Law, Civil Law, and Mixed Jurisdictions”, *International Journal of*

*Law Management & Humanities*, Cilt 3, 2020, s.121-134.

- Parlak Börü, Şafak, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı Devri”, *TBB Dergisi*, Cilt 128, 2017, s. 231-272.
- Paton, Andrew G.; Grosso, Rosanna, “The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and Their Recognition: *Implementation in Italy*”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 43, Sayı 3, s. 654-661.
- Pettit, Philip H., *Equity and Law of Trusts*, 12.Baskı, Oxford University Press, 2012.
- Robinson, Leland Rex, “Investment Trusts”, *The Journal of Business of the University of Chicago*, Cilt 3, Sayı 3, 1930, s. 279-316.
- Saatcıoğlu, Onur Can, *Uluslararası Özel Hukukta “Trust” Kurumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Serozan, Rona/Başak, Baysal/Sanlı, Kerem Cem), 4.baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Schmidt, Karsten, “Trust as a Legislative Challenge: Bipolar Relation vs. Quasi-Corporate Status? -Basic Trust Models in Legal Practice, Theory and Legislation, A Common Law Perspective”, *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 995-1010.
- Schwarcz, Steven L., “Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery”, *The Business Lawyer*, Cilt 58, Sayı 2, 2003, s. 559-585.
- Shattuck, Mayo A, “Living Insurance Trust”, *Financial Publishing Company*, 1928, s. 1-16.
- Sheedy, James, “Civil Law Jurisdictions and the English Trust Idea: Lost in Translation”, *The Denning Law Journal*, Cilt 20, 2008, s. 173-178.
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Smith, Lionel, “The Duties of Trustees in Comparative Perspective”, *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 1031-1052.
- Swadling, William, “Trusts and Ownership: A Common Law Perspective”, *European Review of Private Law*, Cilt 24, Sayı 6, 2016, s. 951-972.
- Şanlı, Cemal, “Trust’a ve Trust’ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 6, Sayı 1, 2011, s. 24-29.
- Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Fıganmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tekinalp, Gülören; Uyanık, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12.baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Trumpy, Thomas B., “Non-Corporate Entities in Private International Law: The Trust”, *Hague Yearbook of International Law*, Cilt 2, 1989, s. 211-224.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Faruk Acar, Burak Özen), Cilt 1, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Cilt 1).
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yay. Haz. Faruk Acar, Burak Özen), Cilt 2, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Cilt 2).
- Yöneş, Can, *Yabancı Hukukun Uygulanması*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018.

- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Waters, Donovan, “Private Foundations (Civil Law) versus Trusts (Common Law).” *Estates, Trusts & Pensions Journal*, Cilt 21, Sayı 4, 2002, s. 281-330.

### İnternet Kaynakları

- Valentin, Pinel le Dret, “The Trust under the Prism of Private International Law”, [https://www.academia.edu/22994910/The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law\\_Use\\_of\\_Trustin\\_Management\\_of\\_Property\\_The\\_Trust\\_under\\_the\\_Prism\\_of\\_Private\\_International\\_Law](https://www.academia.edu/22994910/The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law_Use_of_Trustin_Management_of_Property_The_Trust_under_the_Prism_of_Private_International_Law) (E.T. 04.10.2023).
- Banakas, Stathis, “Understanding Trusts a Comparative View of Property Rights in Europe”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1400130](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1400130) (E.T. 28.09.2023).
- “Common Law Trusts in Civil Law Courts.” *Harvard Law Review*, Cilt 67, Sayı 6, 1954, s. 1030–44. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1337145>. (E.T. 27.09.2023).
- <https://www.hech.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59> (E.T. 21.04.2023).
- [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com) (E.T. 21.04.2023).
- <https://dergipark.org.tr/tr/> (E.T. 21.04.2023).
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (E.T. 11.05.2023).
- <https://casetext.com/case/tuttle-v-union-bank-and-trust-co> (E.T. 26.09.2023).
- <https://caselaw.findlaw.com/court/ca-supreme-court/1779365.html> (E.T. 26.09.2023).
- <https://casetext.com/case/ballentine-v-eaton> (E.T. 26.09.2023).
- <https://e-lawresources.co.uk/Land/Paul-v-Constance.php> (E.T. 26.09.2023).
- <https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/201011141447240.Knight%20v%20Knight.pdf> (E.T. 26.03.2023)
- <https://www.lawskills.co.uk/articles/2018/03/10301/> (E.T. 26.03.2023).
- <https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/201012061140220.jEngPalmer.pdf> (E.T. 26.09.2023).
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46> (E.T. 21.09.2023).
- [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?etatTexte=VIGUEUR) (E.T. 21.09.2023).
- [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p4292](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4292) (E.T. 21.09.2023).
- [https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli-cc/24/233\\_245\\_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233\\_245\\_233-20180101-en-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli-cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf) (E.T. 21.09.2023).
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46> (E.T.26.09.2023).
- <https://www.coursehero.com/file/p2nmtdt42/2-Contracts-Voidable-by-Minors-Whether-the-minor-has-repudiated-a-contract-in/> (E.T. 26.09.2023).
- <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7c360d03e7f57eb1e8d> (E.T. 26.09.2023).

- <https://www.campionssolicitors.co.uk/banks-v-goodfellow> (E.T. 26.09.2023).
- <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2012/10.pdf> (E.T. 27.09.2023).
- <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/1103> (E.T. 27.09.2023).
- <https://www.proquest.com/openview/f2671bd1b5240d22618fbac9a02037b1/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2032112> (E.T. 28.09.2023).
- <https://casetext.com/case/presta-v-tepper> (E.T. 15.10.2023).

## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Şube Kiracısı Banka ve Kredi Borçlusuna Kiraya Veren Para Borçlarının Birbirine Saydırılmasına İlişkin Değerlendirme\*

Assesment Regarding the Offsetting of the Money Debts of  
the Branch Tenant Bank and the Credit Debtor Leaseholder

Güray TÜRKER\*\* - Ayça Ebru CELEP\*\*\*

## ÖZ

Teknolojide gelişime paralel olarak şubesiz bankacılık uygulamaları ülkemizde hızla yaygınlaşsa da, ülkemizdeki sosyal ve ekonomik yapının yarattığı ihtiyaçlar çerçevesinde banka şubelerinin sayısındaki fazlalığı gözlemlemekteyiz. Bu şubeler ekseriyetle kira sözleşmelerinin akdedilmesi suretiyle faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu bağlamda, bir tarafında kiraya veren olarak bir gerçek kişi veya tüzel kişinin bulunduğu, diğer tarafında ise kiracı olarak bankanın yer aldığı işyeri kira sözleşmelerine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bankalar kiracısı oldukları kira verenlerine kredi kullanılabilmekte ve kira bedelini nakit olarak ödememek maksadıyla farklı hukukî müesseselere başvurma ihtiyacı duyabilmektedir. Uygulamada tarafların ve özellikle bankaların kredi sözleşmesinin borçlusuna kiraya veren ile ayrı olarak yaptığı sözleşmede, kira bedeli ödemelerinin kredi borcuna istinaden nakit olarak yapılmamasının hukukî dayanağını tespit etmekte zorluk yaşadığı görülmektedir. Bu konuyla ilgili diğer bir sorunu ise kira bedeli alacaklarına, kredi borçlusuna kiraya verenin başka alacaklıları tarafından haciz konulması ve bunun kiracı banka ve kiraya veren arasındaki sözleşmeye etkisinin ne olacağı oluşturmaktadır. Bu çalışma kapsamında, “alacağın devri”, “mahsup”, “takas” ve “alacak rehni” kavramları açısından kiracı banka ve kredi borçlusuna kiraya veren arasındaki hukukî ilişkinin niteliği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bunun yanında, kredi borçlusuna kiraya verenin başka alacaklıları tarafından kira bedeline haciz konulmasının söz konusu hukukî kurumlar çerçevesinde etkisi irdelenmiştir. Bu çalışmayla, bu konuyla ilgili olarak uygulamadaki belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmaktadır.

\* Makale gönderim tarihi: 10.07.2023. Makale kabul tarihi: 06.11.2023. Güray Türker, Ayça Ebru Celep, “Şube Kiracısı Banka ve Kredi Borçlusuna Kiraya Veren Para Borçlarının Birbirine Saydırılmasına İlişkin Değerlendirme”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 509-544, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.7>.

\*\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, [0000-0002-7845-3961](https://orcid.org/0000-0002-7845-3961).

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

\*\*\* Araştırma Görevlisi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, [ebru.angi@okan.edu.tr](mailto:ebru.angi@okan.edu.tr), [0000-0003-2673-0450](https://orcid.org/0000-0003-2673-0450).

**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.



**Anahtar Kelimeler:** Banka, şube kirası, kira bedeli, kredi borcu, takas sözleşmesi, alacak rehni, üçüncü kişi, haciz.

## ABSTRACT

Although branchless banking has become common in our state parallelly with the development in technology, we observe the excessive number of bank branches within the frame of the necessities created by the social and economic structure in our country. These branches continue their activities by concluding lease agreements. In this context, it is frequently encountered in practice that there are business lease agreements in which a real person or legal entity is the lessor on one side and the bank is the lessee on the other side. Banks may loan to their lessees and may need to resort to different legal institutions in order to avoid paying the rent in cash. In practice, it's behold that the parties, and especially the banks, have difficulty in determining the legal basis for the non-payment of the rental fee in cash based on the credit debt in a separate agreement with the lessor, the debtor of the credit agreement. Another problem related to this issue is the attachment of the lease claims by other creditors of the lessor and the impact of this on the contract between the lessee bank and the lessor. Within the frame of this research, it has been approved to ascertain the nature of the legal relationship between the lessee bank and the credit debtor lessor in terms of the concepts of "assignment of claim", "deduction", "set-off", "pledge on receivable". Addedly, the effect of the attachment of the lease amount by other creditors of the lessor on the lease amount has been analysed within the framework of the aforementioned legal institutions. This study aims to eliminate the uncertainties in practice regarding this issue.

**Keywords:** Bank, branch lease, lease amount, credit debt, set-off agreement, pledge on receivable, third party, attachment.

## Giriş

Teknolojideki hızlı gelişimin etkilediği alanların başında bankacılık sektörü gelmektedir. Bu gelişimin yansıması kendini özellikle banka şubelerinin sayısının azalmasında göstermekte, "şubesiz bankacılık" gibi terimlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Her ne kadar şubesiz bankacılık eğilimi hızla devam etse de ülkemizin sosyal ve ekonomik yapısı göz önünde tutulduğunda banka şubelerinin çokluğu hâlâ göze çarpmaktadır. Söz konusu şubeler ise ekseriyetle kira sözleşmesinin yapılmasıyla açılmakta ve faaliyetlerini sürdürmektedir. Diğer bir deyişle, bir tarafında kiraya veren olarak bir gerçek kişi veya tüzel kişinin bulunduğu, diğer tarafında ise kiracı olarak bankanın yer aldığı işyeri kira sözleşmelerine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır.

İlk bakışta basit bir çatılı işyeri kira sözleşmesi ilişkisinin göze çarptığı bu hukukî ilişkide bir tarafın banka olması sebebiyle girift yapıda başka hukukî ilişkilerin bu sözleşmeye istinaden vücuda getirildiği uygulamada görülmek-

tedir. Bu çalışmanın ele alınmasının hareket noktasını da bu yapıda olan bir hukukî ilişki oluşturmaktadır.

Uygulamada bankalar kiracısı oldukları ve şube olarak kullandıkları taşınmazların kiraya verenleri ile kira sözleşmesinin akdi esnasında ya da kira sözleşmesinin imzasından sonra kredi sözleşmeleri imzalayabilmektedir. Bu kredi sözleşmelerinin konusu ise taşıt, taşınmaz, ihtiyaç kredisi gibi çeşitlilik gösterebilmektedir. Bankalar bu noktada, kira bedelini nakit olarak ödemek maksadıyla kira sözleşmesi ve kredi sözleşmesi arasında bağlantı kurmayı tercih edebilmektedir. Bu noktada, kiraya verenin kredi sözleşmesinden doğan kredi ödeme borcu ile şube kiracısı bankanın kira akdinden kaynaklanan kira bedelini ödeme borcu karşı karşıya gelmektedir.

Bankaların kredi sözleşmesinin borçlusu kiraya veren ile ayrı olarak yaptığı sözleşmede, kira bedeli ödemelerinin kredi borcuna istinaden nakit olarak yapılmamasının hukuki dayanağını “*alacağın devri*”, “*mahsup*”, “*takas*” ve “*alacak rehni*” hukukî müesseselerine dayandırdığı görülmektedir. Hatta yapılan sözleşmelerde tüm bu terimlerin beraber kullanılması şeklinde bir alışkanlığın geliştiği de gözlemlenmektedir. Bu kapsamda öncelikle banka ve kiraya veren arasındaki bu hukukî ilişkinin niteliğinin tespiti gerekir.

Bu konuyla irdelenmesi gerekli diğer bir hususu ise kira bedeli alacaklarının, kredi borçlusu kiraya verenin başka alacaklıları tarafından haczedilip haczedilemeyeceği oluşturur. Zira burada kira bedeli alacaklarının haczedilip haczedilemeyeceği, kiracı bankanın kredi akdiyle ortaya çıkan alacaklarına doğrudan etkide bulunmaktadır. Kiraya verenin kira bedeli alacaklarının söz konusu hukukî işlemler kapsamında haczedilemeyeceğinin kabulü hâlinde sorun yoktur. Ancak, kira bedeli alacaklarının haczedilebileceğinin kabulü hâlinde o zamana kadar nakit olarak kira bedelini ödemeyen kiracı banka, kira bedeli borcunu nakit olarak icra müdürlüğü hesabına yatıracak ve bu sefer kendi kredi alacağını doğrudan tahsil hakkını kaybetme riski altına girecektir. Bu bakımdan yukarıda yer verdiğimiz hukukî müesseseler çerçevesinde bu sorunun aydınlatılması önem arz etmektedir.

Çalışmamız kapsamında, “*alacağın devri*”, “*mahsup*”, “*takas*” ve “*alacak rehni*” kavramları açısından kiracı banka ve kredi borçlusu kiraya veren arasındaki hukukî ilişkinin niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır. Bununla beraber, kredi borçlusu kiraya verenin başka alacaklıları tarafından kira bedelinin haczedilip haczedilemeyeceği bu dört hukuki kurum yönünden aydınlatılmaya çalışılacaktır.

## I. Alacağın Devri Yönünden Değerlendirme

### A. Genel Olarak

Alacağın devrinin tanımı Türk Borçlar Kanunu'nda<sup>1</sup> (TBK.) yapılmamakla birlikte, TBK m.183/I hükmü alacağın devrinin tanımına ve unsurlarının ne olduğuna ışık tutmaktadır. Söz konusu hükme göre “*kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağın üçüncü bir kişiye devredebilir.*”

Bu hükümden yola çıktığımızda alacağın devri, borçlunun (*debitor cessus*) katılımı ve rızasına ihtiyaç olmaksızın alacak hakkını devreden ve alacak hakkını devralan üçüncü şahıs arasında akdedilen bir sözleşme neticesinde alacağın konusu ve neticesiyle birlikte üçüncü şahsa devrini gerçekleştiren tasarruf muamelesi olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>.

1 R.G. 04.02.2011, S.27836.

2 TBK'da net bir biçimde alacağın devrinin tanımı yapılmamaktadır. Bu sebeple, öğretilerde kanun hükümlerinde yazılı unsurlardan yararlanılarak muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Söz konusu tanımlar için bkz. F. Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 2. Bası, İstanbul, 1977, s.613; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler*, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.1074; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N.1655, (C.II); Andreas Furrer, Markus Muller-Chen, Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N.1907; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, N.3824; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2023, 19. Bası, N.242, (Borçlar); Mustafa Alper Gümüüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.1078; Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, § 41, N.1; Arif B. Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu*, Ankara, 1989, s.6; Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.10; H. Tolunay Ozanemre Yayla, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlîği)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.42; Güray Türker, *İvazlı Alacağın Devrinde Borca Ajkırılık ve Buna Bağlı Sonuçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.37. İBK 164. maddesinde de alacağın devrinin tanımı yapılmamaktadır. İsviçre öğretilerindeki çeşitli tanımlamalar için bkz. Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht V. Band*, Art 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929, Vorbemerkungen Art.164-174, N.1; Andreas von Tuhr, Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, Schultess Verlag*, Zürich, 1974, s.329-330, (Band II); Girsberger, Daniel, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Basel, 2007, Vorbemerkungen Art.164-174, N. 1; Peter Gauch, Eugen Spirig, *Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V 1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Art.164-174 OR*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993, Vorbem Art.164-174, N.20; Eugen, Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s.536; Peter, Gauch, Walter R., Schlupep, Schmid, Jörg, Susan, Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II*, 10. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, N.3399; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, N.90.02.

Öğretide bazı yazarlar<sup>3</sup>, alacağın devrine ilişkin tanımda bulunurken alacaklının değişimini ön plana, başka bir anlatımla, borç ilişkisindeki taraf değişikliğini ön plana koymaktadır. Kanaatimizce, alacağın devri sözleşmesiyle borç ilişkisinin alacaklı yanında bir değişiklik ortaya çıkmaz. Zira borç ilişkisinin içeriğindeki hangi alacak devrediliyorsa, o alacak borç ilişkisinden hukukî soyutlamayla ayrılır<sup>4</sup>. Kısmi alacağın devrini bu duruma örnek olarak verebiliriz. Esas olarak burada alacağın devriyle beraber bir tarafında borçlunun, bir tarafında alacağı devreden ve bir tarafından alacağı devralanın yer aldığı üçlü bir hukukî ilişki meydana gelir.

### **B. Kiracı Banka ve Kredi Borçlusuna Kiraya Veren Arasında Hukukî İlişki Yönünden Değerlendirme**

Şube kiracısı bankanın kira bedeli ödeme borcu ile kiraya verenin kredi borcunun karşılıklı ilişkisinin alacağın devri hukukî işlemine konu olup olamayacağı sorusuna TBK m.183 esasen cevap vermektedir. Belirttiğimiz üzere, kiracı bankanın karşılıklı borç doğuran bu ilişkilere hukukî dayanak bulma arzusu iki temel amaca dayanmaktadır. Bunlardan ilki, bankanın nakit kira bedeli ödemedi kiralanan taşınmaz kullanması, ikincisiyse kiraya verenin olası alacaklılarının kira bedeli alacaklarına haciz koymasına bağlı olarak bankanın kira bedellerini nakit olarak icra dairesi hesabına ödemeyerek, bedelleri kredi alacağına istinaden tahsil edebilmesidir.

İnceleme konumuz açısından somutlaştırıldığında, kiracı banka, kredi borçlusuna kiraya veren ile yaptığı kira sözleşmesinden doğan kiraya verenin kira bedeli alacaklarının kendisine devrini gerçekleştirmeye çalışmakta ve bu şekilde kredi borcunun tahsilini sağlamaya amaçlamaktadır. Burada ifa sebebine dayalı (*causa solvendi*) bir kazandırıcı işlemin yapılması hedeflenmektedir.

Öte yandan kiracı banka, kiraya verenin alacaklılarının söz konusu kira bedellerine haciz uygulaması neticesinde alacağın devrinin tasarruf işlemi<sup>5</sup> niteliğinden faydalanarak haczin uygulanabilmesinin önüne geçmeyi istemektedir.

3 Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess Verlag, Zürich, 1964, s.316; Hermann, Becker, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen*, Art.1-183, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1941, Vorbemerkungen Art.164-174, N.1; Max Keller, Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht Band IV*, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt, 1984, s.37 vd., (Band IV); Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, § 35, N.1791.

4 Türker, s.38.

5 von Tuhr, Escher, Band II, s.330; Becker, BK OR, Art. 164, N.15; Gauch, Spirig, ZK OR, Vorbem. Art. 164-174 OR, N.31 vd.; Girsberger, BSK OR, Art. 164, N.16; Keller, Schöbi, Band IV, s.45 vd.; Tunçomağ, s.1090; Feyzioğlu, s.614; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N.1853; Oğuzman, Öz, C.2, N.1667; Eren, N.3838 vd.; Nomer, Borçlar, N.242; Gümüş, s.1079.

Alacağın devri bir tasarruf sözleşmesi olarak akdedilmesiyle beraber devir konusu alacak hakkını devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçirmektedir. Bu noktada ise gelecekteki (*müstakbel*) alacak haklarının devri meselesi ortaya çıkmaktadır<sup>6</sup>.

Esasen alacağın devri sözleşmesi yönünden sorunun çözümü nettir. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, alacağın devri sözleşmesi borçlu, devreden ve devralandan oluşan üçlü bir hukukî ilişki meydana getirir. Alacağın devri sözleşmesinin varlığından bahsedilmemiz için borç ilişkisinden doğan alacağın, borç ilişkisi tarafları haricinde üçüncü bir kişiye devri gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, borçlu, alacağın devri sözleşmesinin dışında yer almamalıdır. Aksinin kabulü, kanunun sözü ve özüne (*ruhu*) aykırılık teşkil eder ve kanunun yaratmayı hedeflediği bu üç köşeli hukukî ilişki vücut bulamaz. Bu bakımdan, bankanın kiracı sıfatıyla, eş deyişle, borçlu sıfatıyla kira sözleşmesinden doğan kira bedeli alacaklarını, kredi alacağını tahsil etmek amacıyla alacağın devri hukukî işlemiyle devralması mümkün değildir.

## II. Mahsup Yönünden Değerlendirme

### A. Genel Olarak

Takas (*Verrechnung*) ve mahsup (*Anrechnung*) kavramları hem uygulamada hem de mahkeme kararlarında birbirlerinin yerine gelecek şekilde kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Mahsup sözlük anlamı ile “sayışma” veya “hesap edilmiş” anlamında gelmektedir<sup>8</sup>. Ancak mahsup, sözlük anlamından farklı olarak hukukî anlamda, birtakım sebeplere bağlı olarak alacak miktarında indirim yapılmasını ifade eder. Esasen mahsup, bir alacağı meydana getiren duruma ilişkin olarak alacaklının iktisap ettiği bazı yararların ya da borçlunun katlanmak durumunda kaldığı bazı yükümlülüklerin alacaktan düşülmesini ifade ederek takastan farklılık arz etmektedir<sup>9</sup>. Oysa aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı

6 Hâkim görüş, gelecekteki alacak haklarının da devre konu olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. von Tuhr, Escher, Band II, s.349; Girsberher, BSK OR, N.36 vd.; Keller, Schöbi, Band IV, s.56; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, N.3438; Oğuzman, Öz, C.II, N.1699 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N.1807; Eren, N.3862; Nomer, Borçlar, N.242.6.

7 Yarg. 12. HD. E. 2022/9026 K. 2023/1982 T. 23.3.2023, Yarg. 6. HD. E. 2023/989 K. 2023/1241 T. 28.3.2023, Yarg. 11. HD. E. 2007/4734 K. 2008/13453 T. 27.11.2008. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:20.06.2023)

8 Sözlük anlamları için bkz.: www.tdk.gov.tr. Mahsubun eş anlamı olarak “sayışma” kelimesinin kullanılması için bkz.: Fezyioğlu, s. 483.

9 Alfred Koller, *Die Verrechnung nach schweizerischem Recht*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (3) 2007, s.101; Tunçomağ, s.1205; S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.1013; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 27. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.190; Ejder Yılmaz, “Davada Takas

üzere takas, birbirlerine karşı aynı türden alacağa sahip tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemededen kurtaran ve iki alacağı daha azı oranında sona erdiren bir hukukî işlemdir.

Takas ile mahsupun farklılıklarına çalışmamız kapsamında önemine kısaca değinecek olursak ilk olarak, takasın şartlarından biri borçların karşılıklı olması ve bu karşılıklık ilişkisi içinde iki alacağı daha azı oranında sona erdirmesidir. Oysa ki mahsup ile amaçlanan karşılıklı alacakları sona erdirmek değildir<sup>10</sup>. Mahsup, alacaklının iktisap ettiği bazı yararların ya da borçlunun katlanmak zorunda olduğu bazı yükümlülüklerin alacaktan indirilmesi ve sonrasında talep edilen alacağın gerçek miktarının belirlenmesi amacıyla yapılmaktadır<sup>11</sup>. Dolayısıyla mahsupta alacakların karşılıklı olup olmadığı önemsenmeden sadece tek bir alacağın varlığından bahsedilmekte ve bu alacakta bazı nedenlerle indirim yapılmaktadır.

Takasta tarafların birbirlerinden alacakların konusu aynı cinsten olmalıdır. Uygulamada bu en çok para borçlarında söz konusu olsa da para dışında misli şeyler de takasa konu olabilir<sup>12</sup>. Mahsupta ise karşılıklı alacaklar bulunmadığından bunların aynı cins olup olmaması önem teşkil etmeyecektir. Para ile değerlendirilebilecek her türlü kazanım mahsuba esas teşkil edecek alacak miktarından indirim konu edilebilecektir<sup>13</sup>. Takas edilen iki alacak aynı borç ilişkisinden doğmak zorunda değildir, mahsupta ise talep edilen alacakla hesaplamada kullanılan indirim birbiriyle sıkı bir bağlantı içinde olmalıdır. Zira mahsupta tek bir alacakla indirim esas teşkil eden kazanımlar arasında bağlantı bulunmalı dolayısıyla aynı hukuki ilişkinin varlığı aranmaktadır<sup>14</sup>.

Takas ve mahsup konusunu farkları konunun örneklendirilmesi ile daha iyi anlaşılacaktır. Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce erken iade edilmesi halinde kiraya veren, kiralananı sözleşmede öngörülen şekilde kullanıma elverişli olarak bulundurduğu sürece kira alacağına hak kazanır. Ancak TBK m.325/II hükmüne göre, kiraya verenin bu durumlarda yerine getirmekten kurtulduğu giderler ile kiralanan eşyayı bir başka şekilde kullanmakla ka-

ve Mahsup Talebi”, *Medenî Usûl ve İcra – İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, Sayı: 2, 2010, s.248; Hatemi, Gökyayla, § 34, N. 7; Hüseyin Murat Develioğlu, *Takas*, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. s.21-22. Oğuzman, Öz, C.I, N. 1897.

10 Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s.3; Tekinay, s.1013; Develioğlu, s.23; Şemsettin Çuhacı, “Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, Ed. Rayegan Kender, Ed. Samim Ünan, *Prof. Dr. Tahir Çağa Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 167.

11 von Tuhr, Escher, s. 209; Feyzioğlu, s. 483-484; Develioğlu, s. 23; Aral, s. 3

12 Oğuzman, Öz, C.I, N. 1860.

13 Develioğlu, s. 25; Çuhacı, s. 167.

14 Develioğlu, s. 25 vd.; Çuhacı, s. 167.

zandığı ya da kazanmaktan kasten imtina ettiği menfaatleri kira bedelinden düşmekle borçlu olduğu belirtilmiştir. Böylece kiraya verenin kazandığı veya kazanmaktan isteyerek imtina ettiği menfaatleri kira bedelinden mahsup edilecektir. Veyahut iyiniyetli zilyet iade etmekle yükümlü olduğu bir mala zorunlu ve yararlı giderler yapmış olabilir. Bu giderlerinin karşılığını malı iade talebinde bulunandan isteyebilir. Ancak Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 994/son hükmü gereğince iyiniyetli zilyet malın ürünlerinden yararlanmışsa, bu yararlanmadan elde ettiği miktar sahip olduğu giderlerden mahsup edilecektir.

### **B. Kiracı Banka ve Kredi Borçlusuna Kiraya Veren Arasında Hukukî İlişki Yönünden Değerlendirme**

Şube kiracısı bankanın kira bedeli ödeme borcu ile kiraya verenin şube kiracısı bankaya olan kredi borcunun birbirlerine saydırılması tarafların birbirlerine karşı aynı türden karşılıklı alacaklara sahip olduğunu gösterir. Burada karşılıklı alacakları sona erdirmek asıl amaç olduğundan işin niteliği gereği mahsuptan bahsedilemez. Ayrıca birbirine saydırılacak iki alacak aynı borç ilişkisinden de doğmaz. Dolayısıyla şube kiracısı banka ve kiraya veren kredi borçlusuna arasındaki hukukî ilişkinin mahsup olarak değerlendirilmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

### **III. Takas Yönünden Değerlendirme**

#### **A. Genel Olarak**

Takas (*Verrechnung*), birbirlerine karşı aynı türden alacağa sahip tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemedi kurtaran ve iki alacağı daha azı oranında sona erdiren bir hukukî işlemdir<sup>15</sup>. Takasla taraflar aynı türden olan borçlarını sırasıyla ayrı ayrı ifa etmekten kurtularak borcu sona erdirebilirler. Bu bakımdan takas işlemleri basitleştiren, ifa için fazladan işlem yapılmasını, zaman harcanmasını ve masraf yapılmasını önleyen bir fonksiyona sahiptir<sup>16</sup>. Öte yandan takasla birbirinden karşılıklı alacaklı bulunan taraflar hem ken-

15 Çeşitli tanımlamalarla ilgili olarak bkz. Peter Wolfgang, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag*, Basel, 2007, Art.120, N.1; von Tuhr, Escher, Band II, s.190; Viktor Aeppli, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 1. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen*, Art. 114-126 OR, Zürich, 1991, Vorbem Art.120-126, N.17; Becker, BK OR, Vorbem. Art.120-126, N.1; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, N.3201; Keller, Schöbi, Band IV, s.168; Bucher, s.428; Koller, s.101; Tekinay, s.1012; Aral, s.5; Feyzioğlu, s.482; Tunçomağ, s.1202; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 19.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N. 1841, (C.1); Eren, N.4009; Nomer, Borçlar, N.206; Aral, s.1.

16 von Tuhr, Escher, Band II, s.190; Becker, BK OR, Vorbem. Art.120-126, N.3; Bucher, s.429; Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I-II Umumi Hükümler*, İstanbul Akkün Matbaası, İstanbul, 1958, s.885; Tekinay, s.1012; Feyzioğlu, s.483; Tunçomağ, s.1203; Oğuzman,Öz, C.I, N.1842; Eren, N.4010; Develiöğlu, s.9.



di borçlarını ödemiş hem de alacaklarını tahsil etmiş duruma girmektedirler. Bu fayda ise takasın diğer fonksiyonu olarak karşımıza çıkar. Buna göre takas beyanında bulunan alacaklı, kendi alacağı miktarınca, borçlunun diğer alacaklılarına nazaran imtiyazlı duruma gelir<sup>17</sup>. Diğer bir ifadeyle, takas, alacaklının kendi alacağını elde edebilmesine ilişkin bir garanti mekanizması oluşturur.

Takas, TBK m.139-145 hükümleri arasında düzenlenmekte olup, esasen TBK’da yer alan hükümler beyana dayalı takasa ilişkindir. Öğretide takas bazı yazarlarca, yasal (kanunî) takas ve sözleşmesel (*akdî*) takas şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>18</sup>. Bu ayrımda yasal (*kanunî*) takas beyana dayalı takasa karşılık gelmektedir. Bir kısım yazar ise takası, sözleşmesel (*akdî*) takas, yargısal (*kazaî*) takas, kanunî takas<sup>19</sup>, beyana dayalı takas şeklinde dörde ayrılarak tasniflemektedir<sup>20</sup>. İncelememizde dörtlü takas tasnifi baz alınmaktadır.

### 1. Beyana Dayalı Takas

TBK m.139-145 hükümleri beyana dayalı takası düzenlemektedir. Öncelikle TBK hükümleri çerçevesinde takasın hukukî niteliğinin kısaca irdelenmesi konumuz açısından önemlidir. TBK m.143/I uyarınca takas, “*ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir*”. Bu bakımdan, taraflardan birinin tek taraflı, şekle bağlılık göstermeyen, ulaşması gerekli irade beyanı ile tarafların birbirlerine karşı olan aynı türde borçlarını azı tutarında sona erdirebilme yetkisi hukukî niteliği itibarıyla bir bozucu yenilik doğuran hak karakteri taşır<sup>21</sup>. Takas beyanında bulunulmasıyla, beyanda bulunan kişi hem kendi alacağını hem de muhatabın alacağını sona erdirdiği, diğer bir anlatımla, her iki alacak üzerinde tasarrufta bulunduğu için takas tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir<sup>22</sup>.

TBK m.139 ise beyana dayalı takasın koşullarını düzenlemektedir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre, “*iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç mu-*

17 von Tuhr, Escher, Band II, s.202; Aral, s.6; Saymen, Elbir, s.886; Tekinay, s.1012; Feyzioğlu, s.483; Tunçomağ, s.1203; Oğuzman, Öz, C.I, N.1842; Develioğlu, s.10.

18 Aral, s.7; Tekinay, s.1026; Feyzioğlu, s.486 vd.; Tunçomağ, s.1023 vd.; Eren, N.4014.

19 Bu takas türünde, takas şartları mevcut olunca, takas, taraflardan herhangi birinin bu hususta iradesini açıklamasına gerek kalmaksızın kanun gereği kendiliğinden (*ipso iure*) meydana gelir. Bkz. Bucher, s.429 vd.; Saymen, Elbir, s.887; Oğuzman, Öz, C.I, N.1846; Develioğlu, s.39.

20 Saymen, Elbir, s.886 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N.1618 vd; Gümüş, s.1196; Develioğlu, s.38 vd.

21 von Tuhr, Escher, Band II, s.191, 204; Keller, Schöbi, Band IV, s.182; Peter, BSK OR, Art. 124, N.1; Aral, s.7; Feyzioğlu, s.486; Tekinay, s.1013; Oğuzman, Öz, C.I, N.1845; Eren, N.4011; Nomer, Borçlar, N.206; Gümüş, s.1196 vd.; Develioğlu, s.12 vd.

22 Aral, s.125; Feyzioğlu, s.486; Tekinay, s.1013; Oğuzman, Öz, C.I, N.1879; Eren, N.4013; Develioğlu, s.14.

*accel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.*” TBK m.139/I hükmünden görüleceği üzere beyana dayalı takasın olumlu koşulları; takas edilecek borcun karşılıklı olması, karşılıklı bu borçların para borcu veya aynı nitelikte (özdeş) borç olması, takasa konu borçların vadesinin gelmiş olması, eş deyişle, bu borçların muaccel olması ve dava edilebilir borç olmasıdır.

## 2. Sözleşmesel (Akdî Takas)

### a. Genel Olarak

TBK hükümleri belirttiğimiz üzere esasen beyana dayalı takası düzenlemektedir. TBK m.139 vd. hükümlerinde taraflardan sadece birinin irade beyanı ile meydana gelen takasa ait şartların düzenlenmiş olması, takasın her zaman bu şekilde meydana gelebileceği yönünde bir düşünce doğurmamalıdır. Zira TBK m.139 vd. hükümleri emredici nitelik taşımamaktadır. Bu bakımdan, sözleşmesel takas TBK’da düzenlenmemekle beraber irade serbestisinin yansıması olan sözleşme serbestisi uyarınca taraflar dilerse takas sözleşmesi de yapabilirler<sup>23</sup>.

Sözleşmesel takasta taraflar, takas şartlarını ve takasa konu olabilecek alacakları kanunda düzenlenen şartlar ve esaslardan farklı olarak belirleyebilirler<sup>24</sup>. Beyana dayalı takasın şartlarından olan “*karşılıklık*”, “*muaccel olma*” ve “*türdeş olma*” şartları tarafların anlaşmasına göre takas sözleşmesiyle değiştirilebilir<sup>25</sup>. Taraflar, takas yetkisinin doğumunu geciktirici koşula ya da süreye de bağlayabilirler<sup>26</sup>. Öte yandan, sadece muaccel alacaklar değil, gelecekteki alacaklar (*zukünftige Forderung*)<sup>27</sup>, diğer bir ifadeyle, doğmamış alacaklar da takas sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler<sup>28</sup>.

Takas sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği, sözleşmenin kurulması ve geçerliliği hakkındaki genel hükümlere tabidir<sup>29</sup>. Bu sebeple takas sözleşmesi,

23 Becker, BK OR, Vorbem. Art.120-126, N.9; von Tuhr, Escher, Band II, s.208; Aepli, ZK OR, Vorbem. Art 120-126, N.200; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, N.3253; Keller, Schöbi, Band IV, s.185; Bucher, s.432; Saymen, Elbir, s.886; Aral, s.7; Tunçomağ, s.1204; Feyzioğlu, s.487; Oğuzman, Öz, C.I, N.1896; Tekinay, s.1026; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N.1620; Eren, N.4014; Develioğlu, s.40.

24 Saymen, Elbir, s.886; Tunçomağ, s.1204; Feyzioğlu, s.487; Eren, N.4014; Gümüş, s.1198.

25 von Tuhr, Escher, Band II, s.208 vd.; Peter, BSK OR, Vorbem. Art. 120-126, N.1; Keller, Schöbi, Band IV, s.185 vd.; Bucher, s.432; Saymen, Elbir, s.886, 904; Aral, s.8; Tunçomağ, s.1204; Feyzioğlu, s.507; Oğuzman, Öz, C.I, N.1848; Eren, N.4014; Gümüş, s.1198; Develioğlu, s.41.

26 Aral, s.8; Develioğlu, s.42.

27 Gelecekteki alacak ifadesinde, mevcut bir borç ilişkisine dayanarak gelecekte doğması beklenen bir alacak ya da bir borç ilişkisi ortada bulunmasa da doğacağı düşünülen alacak anlaşılır. Bu kavramla ilgili detaylı izahatlar için bkz. Ozanemre Yayla, s.133 vd..

28 Peter, BSK OR, Vorbem. Art.120-126, N.1; *Karl-Heinz Gursky, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2-Rech der Schuldverhältnisse* §§ 362-396, *Sellier-de Gruyter*, Berlin 2006, Vorbem zu §§ 387 ff, Rn.74; Saymen, Elbir, s.904; Aral, s.8; Oğuzman, Öz, C.I, N.1896; Nomer, Borçlar, N.207.4.; Develioğlu, s.42.

29 Koller, s.113; Aral, s.9; Eren, N.4014; Develioğlu, s.40.

örtülü irade beyanı veya iradeyi gösteren davranışla da kurulabilir.

Takas sözleşmesinde taraflarca özel bir düzenleme yapılmadığı durumlarda TBK'nın takasa ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı burada değinilmesi gereken bir diğer husustur. Diğer bir ifadeyle, TBK'nın hükümleri tamamlayıcı veya yorumlayıcı norm olarak takas sözleşmesine uygulanabilir mi? *Aral*, bu sorunun cevabının takas sözleşmesinin içeriğine göre değişeceğini ileri sürmektedir<sup>30</sup>. Bu görüşe göre, takas sözleşmesinde tarafların kanunun öngördüğünden bambaşka bir düzen getirmeleri hâlinde TBK m.139-145'in yedek hüküm olarak uygulanması somut olayın özelliğine göre değişir<sup>31</sup>. Buna karşın, tarafların beyana dayalı takas düzenini sadece tek konuya ilişkin değiştirmeleri hâlinde TBK'nın takasa ilişkin hükümleri yedek hüküm olarak uygulama alanı bulur<sup>32</sup>.

### **b. Takas Sözleşmesinin Hukukî Niteliği**

Takas sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>33</sup>, takas sözleşmesi karşılıklı ibra sözleşmesi niteliğindedir<sup>34</sup>. Bir başka görüşe göre ise, takas sözleşmesi “*ifa yerine geçen karşılıklı bir sözleşmedir*” (*gegenseitige Erfüllungsetzungsvertrag*)<sup>35</sup>. Diğer bir görüşe göre ise<sup>36</sup>, takas sözleşmesi ifa uğruna edim niteliğindedir. Takas sözleşmesi bir isimsiz sözleşme olarak değerlendirilebilmekle beraber, isimsiz sözleşme terimi çoğunlukla borçlandırıcı işlemler için kullanılmaktadır. Ancak, tasarruf sözleşmesi<sup>37</sup> olan takas sözleşmesinin isimsiz bir tasarruf sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde de hukukî bir engel bulunmamaktadır. Bu açıdan, kanaatimizce takas sözleşmesi isimsiz bir tasarruf sözleşmesidir<sup>38</sup>. Bu yönüyle takas sözleşmesi bir ifa modalitesi olarak da değerlendirilebilir.

30 Aral, s.7. Benzer görüş için bkz. Develioğlu, s.41.

31 Aepli, ZK OR, Vorbem Art.120-126, N.211; Aral, s.7; Develioğlu, s.41.

32 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.210; Aral, s.7; Develioğlu, s.41.

33 Oser,Schönenberger, Vorbem. Art.120-126, N.5; Koller, s.113; Feyzioğlu, s.487; Tekinay, s.1026.

34 *Aral'a* göre, takas sözleşmesiyle, her iki taraf da bir şeyden vazgeçmeksizin alacaklarına kavuştuğundan ibra nitelemesi isabetli değildir. Bkz. Aral, s.10. Benzer görüş için bkz. Becker, BK OR, Vorbem. Art. 120-126, N.625.

35 Bkz. Zerres, Thomas, *Vertragsrecht Kommentar*, 2010, §387, Rn.2. Bu sözleşmede, taraflara ait alacaklar üzerindeki karşılıklı tasarruflar, bu tasarruflardan biri diğeri ile birlikte varlık kazanacak şekilde bir araya gelmektedir.

36 Peter, BSK OR, Vorbem. Art.120-126, N.1. BGE 126 III 368.

37 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.212; Gauch,Schluep, Schmid, Emmenegger, N.3253; Koller, s.113; Staudinger/Gursky (2006), Vorbem zu §§ 387 ff, Rn.64.

38 Schlüter, Münchener, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, München 2007, §§ 387, Rn.51; Gert Brüggemeier, *Reihe Alternativkommentare Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI. Band, Luchterhand 1980, §§ 387-389, Rn.39.

## B. Kiracı Banka ve Kredi Borçlusuna Kiraya Veren Arasında Hukukî İlişki Yönünden Değerlendirme

### 1. Takas Türü Yönünden Değerlendirme

Şube kiracısı bankanın kira bedeli ödeme borcu ile kiraya verenin şube kiracısı bankaya olan kredi borcunun birbirlerine saydırılması takas hukukî müessesesinin kullanılmasıyla sağlanabilir. İnceleme konumuz yönünden baktığımızda, şube kiracısı banka ve kredi borçlusuna kiraya veren karşılıklı para alacaklarının takas beyanına ihtiyaç bulunmaksızın kendi kendine takas işlemine tabi olmasını arzulamaktadır. Bu hukukî ilişkide şube kiracısı banka doğmuş ancak muaccel olmamış kredi alacaklarını, kiraya veren kredi borçlusuna ise henüz doğmamış gelecekteki alacaklarını birbirine saydırmak niyetindedir. Tarafların yaptıkları anlaşma ile karşılıklı alacaklarını her defasında tekrarlanacak beyanlara ihtiyaç duymaksızın birbirine saydırması takas sözleşmesine vücut verir. Bu açıdan burada beyana dayalı takas değil, sözleşmesel takas söz konusu olur. Belirtelim ki, uygulamada taraflar bu hukukî ilişkiyi çoğunlukla takas sözleşmesinin bir görünümü olan cari hesap sözleşmesiyle kurmamaktadırlar<sup>39</sup>. Bu sebeple, incelemelerimiz isimsiz takas sözleşmeleri çerçevesinde yapılacaktır.

### 2. Takas Konusunun Gelecekteki Alacak ve Muaccel Alacak Olması Yönünden Değerlendirme

Şube kiracısı banka yönünden kredi sözleşmesinden doğan muaccel olmamış kredi alacakları takasa konu olurken, kredi borçlusuna kiraya veren yönünden kira sözleşmesinden doğan ileride doğacak kira bedeli alacakları, eş deyişle, gelecekteki alacaklar/doğmamış alacaklar takas sözleşmesine konu edilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu beyana dayalı takas yönünden henüz doğmamış alacakların takas edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>40</sup>. Yargıtay'ın söz konusu

39 Sözleşmesel takasın bir görünümünü TTK m.89 vd. maddelerinde yer bulan cari hesap sözleşmesi oluşturmaktadır. Kiracı banka ve kiraya veren kredi borçlusuna arasındaki bu takas sözleşmesinin cari hesap sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği öne sürülebilirse de özellikle uygulamada bu tür sözleşmelerde hesap devrelerinin bulunmaması, eş deyişle, dönemsellik unsurunun bulunmaması bu sözleşmenin cari hesap sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olur. Bankalar, borçlu cari hesap ilişkisiyle müşterileriyle cari hesap sözleşmesi de yapmaktadır. Bankanın müşterisine verdiği kredinin bulunduğu hesap borçlu cari hesaptır ve bu hukukî ilişkide müşteri daima borçlu konumunda, banka ise daima alacaklı durumundadır. Ne var ki, kiracı banka ve kiraya veren kredi borçlusuna arasındaki ilişkide alacaklılık ve borçluluk karşılıklıdır.

40 YHGK 19.10.2022, E.2021/156, K.2022/1321. Benzer kararlar için bkz. Y. 10. HD. 16.03.2021, E.2020/7161, K.2021/3389; Y. 9. HD. 27.02.2017, E.2015/8489, K.2017/2634; Y. 9. HD. 07.09.2015, E.2014/12217, K.2015/24705. (<https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 07.06.2023) Beklenen haklar üzerinde önceden tasarrufla bulunmanın mümkün olduğu yönünde hususunda bkz. Haluk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s.107 vd. (Beklenen Haklar).

incelemesi her ne kadar beyana dayalı takasa ilişkin gözükmese de söz konusu deyimden sözleşmesel takas için de Yargıtay'ın aynı esası benimseyebileceği olasılığı ortaya çıkabilir. Altını çizmek gerekirse, TBK m.139 vd. hükümlerinin emredici hüküm karakterine sahip olmamasından ötürü taraflar sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca doğmamış alacakları konu alan takas sözleşmesi yapabilirler. Takas sözleşmesi kapsamında üzerinde tasarrufta bulunan hak, temel ilişki<sup>41</sup> olan kira sözleşmesinden tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır. Bu sebeple, belirlilik prensibi açısından da burada bir tereddütle karşılaşılmaz.

### 3. Takas Sözleşmesinin Hükümlerini Doğurduğu An Yönünden Değerlendirme

Takas sözleşmesinin doğmamış alacaklar/gelecekteki alacaklar yönünden hükmünü doğurduğu anın tespiti çalışma konumuz yönünden önem taşımaktadır. Takasın tasarruf işlemi niteliğini haiz olması bu önemin altında yatan sebebi oluşturur. Takas sözleşmesinin hükümlerini doğurduğu anın tespiti kredi borçlusu kiraya verenin banka dışındaki alacaklılarının, kira bedeli alacaklarına haciz uygulanıp uygulanmayacağı meselesini yakından ilgilendirmektedir. Takas sözleşmesinin hukukî sonuçlarını hangi anda doğurduğu meselesi öğretilerde tartışılmalı olup, iki temel görüş üzerinden konu irdelenmiştir. Bunun yanında, bu iki temel görüş incelenirken özellikle uygulamada tasarruf işleminin geçmişe etkisiyle yanlış değerlendirilen hususlara da dikkat çekilmeye çalışılmış, görüşlerimizi belirttiğimiz kısımda değerlendirmenin nasıl yapılması gerektiği izah edilmiştir.

#### a. Takasın Hükümlerinin Serbestçe Belirlenebileceğini Savunan Görüş

Takasın hükümlerinin sözleşme taraflarının iradeleriyle serbestçe değiştirilebilmesi takasın hükümlerini doğurduğu anı doğrudan etkilemektedir. Öğretilerde bazı yazarlarca savunulan görüşe göre<sup>42</sup>, takas sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı an taraflarca belirlenebilir, şüphe hâlinde ise TBK m.143/I

41 Bir görüşe göre, bir temel ilişkinin mevcut olmadığı hâllerde, gelecekte kazanılması muhtemel haklar üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Becker, BK OR, Art.164, N.16; Oser, Schöenberger, Art.164 OR, N.4; Oğuzman, Öz, C.II, N.1701. Diğer bir görüşe göre, temel bir ilişki mevcut olmasa veya kazanılması güvence altında olan bir hak beklentisi olmasa dahi, gelecekteki muhtemel haklar üzerinde tasarrufta bulunulabilir. Bkz. Tekinay, s.248 vd.; von Tuhr, Escher, Band II, s.348-349; Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2014, s.313; Türker, s.51. Benzer görüşü ifaden eden İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 57 II 538; BGE 112 II 433, 435 (www.servat.unibe.ch). Gelecekteki alacakla ilgili bir ayırmada bulunmayan ve yalnızca gelecekteki alacak terimini kullanmakta olan yazarlar için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, N.3431; Tunçomağ, s.1082.

42 Keller, Schöbi, Band IV, s.186; Koller, s.113; Aral, s.9.

hükmü uygulanır. Bu görüş uyarınca, tarafların takas sözleşmesinin kurulmasıyla karşılıklı iki borcun sona ereceğini kararlaştırmaları hâlinde bir tasarruf sözleşmesi söz konusu olur<sup>43</sup>. Ancak, takasla sona erdirilmesi istenilen tarihte alacakların mevcut olması gerekir<sup>44</sup>. Bu sonuca TBK m.139/I ve TBK m.143/I hükümlerinden varılmakta olup, konunun aydınlatılması için beyana dayalı takasın benimsediği sistemin irdelenmesi gerekmektedir.

Beyana dayalı takasta, TBK m.139/I düzenlemesine göre, “iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.” Görüleceği üzere TBK m.139/I takasın hüküm doğurabilmesi için karşılıklı alacakların muaccel olması şartını aramaktadır. TBK m.143/I hükmü ise, “takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer.” Söz konusu hüküm esasen beyana dayalı takasın hükmünü doğurduğu anı belirtmektedir. Bu anın tespit edilebilmesi TBK m.139/I ve TBK m.143/I’nin birlikte okunmasına bağlıdır. TBK m.143/I’de yer alan “takas edilebilecekleri anda” deyimini TBK m.139/I’deki “her iki borcun muaccel olduğu” anı ifade eder. Daha net ifade etmek gerekirse, beyana dayalı takasın hükmü geçmişe etkilidir<sup>45</sup>. İki tarafın birbirinden olan alacakları, takasın beyan edildiği tarihte değil, takas hakkının ortaya çıktığı, diğer bir anlatımla, takas beyanında bulunma olanağının doğduğu andan itibaren sona erer. Örneğin, kiracı banka ve kredi borçlusuna kiraya veren arasında herhangi bir takas sözleşmesinin akdedilmediği varsayımında, bankanın takas beyanı yöneltebilmesi için gerekli olan şartların 01.09.2022’de sağlandığı ancak bankanın 10.12.2022 tarihinde takas beyanında bulunduğu durumda, kiracı banka ve kredi borçlusuna kiraya verenin karşılıklı alacakları 10.12.2022 tarihinde değil, 01.09.2022 tarihinde sona ermiş sayılır. Eş deyişle, takas hüküm ve sonuçlarını 01.09.2022 tarihinde doğurur. Takasın geçmişe etkili şekilde hüküm ifade etmesi üçüncü kişilerin alacaklı olmaları sebebiyle uygulayacağı hacizlere de etki eder. Zira takas beyanında bulunulmasıyla kiraya verenin sona eren alacağı, takas hakkının doğumu için gereken şartların sağlanmasından sonraki bir tarihte kiraya verenin alacaklısı olan üçüncü kişi tarafından haczettirildiğinde, takas beyanı alacağı geçmişe etkili şekilde sona erdireceği için alacak üzerindeki haciz hükmümsüz kalır<sup>46</sup>. Çünkü bu hâlde ortada hacze konu olabilecek bir alacak hak-

43 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.212; Aral, s.9.

44 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.212; Aral, s.9.

45 Saymen, Elbir, s.903; Aral, s.141 vd.; Feyzioğlu, C.II, s.515 vd.; Oğuzman, Öz, C.I, N.1891; Tekinay, s.1022; Eren, N.4041; Gümüş, s.1207; Develioğlu, s.253 vd.

46 Feyzioğlu, C.II, s.516; Aral, s.145; Oğuzman, Öz, C.I, N.1892 Tekinay, s.1022; Develioğlu, s.257.

kı bulunmaz. Aynı örnek üzerinden devam ettiğimizde, 08.12.2022 tarihinde alacak üzerine haciz konulduğu varsayımında, 10.12.2022 tarihinde takas beyanında bulunulması hâlinde alacaklar geçmişe etkili şekilde 01.09.2022 tarihinde sona ereceği için 08.12.2022 tarihinde alacak üzerine konulan haciz hüküm ifade etmez.

Beyana dayalı takas yönünden TBK m.139/I hükmünde yer alan karşılıklı alacakların muaccel olma şartına ilişkin istisnaya da değinilmesi gerekmektedir. Beyana dayalı takasta takas hakkının kullanılabilmesi için kural olarak takası söz konusu olan her iki borcun da muaccel olması gerekir. Öğretide, bazı hallerde alacaklardan biri müaccel olmasına rağmen takas edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Bu sonuca kanunun ruhu göz önünde tutularak amaçsal yorumla varılmaktadır. Bu görüşe göre, vade süresinden yararlanmak imkanına sahip olan taraf, bu avantajdan faydalanmayarak takas beyanında bulunabilir. Zira böyle bir borcun ifa edilememesi için mantikî bir engel mevcut değildir. Örneğin, kiracı bankanın kira bedeli borcu (kiraya verenin kira bedeli alacağı) 25.05.2023 tarihinde muaccel olmakta, kredi borçlusu kiraya verenin kredi borcu (bankanın kredi alacağı) ise 10.05.2023 tarihinde muaccel olmaktadır. 10.05.2023 tarihine gelindiğinde kendi lehine tanınmış olan süreden yararlanmak istemeyen banka, henüz vadesi gelmemiş olan kira borcu ile kiraya verenin muaccel kredi borcunu takas edebilir.

Takasın hüküm ifade edeceği anın taraf iradeleriyle serbestçe belirlenebileceğini savunan görüşün kabulü hâlinde taraflar, takasın TBK sisteminde kabul edilen geçmişe etkisini daha da geriye götürebilmektedir. Diğer bir anlatımla, taraflar takas sözleşmesinin yapıldığı tarihi takasın hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an olarak belirleyebilir. Şube kiracısı banka ile kredi borçlusu kiraya veren arasında yapılan takas sözleşmesi uyarınca, kiraya verenin ileride doğacak kira bedeli alacakları ile şube kiracısı bankanın doğmuş ancak henüz muaccel olmamış kredi alacaklarının takasa tabi tutulduğunu ve takasın hükümlerini sözleşmenin yapıldığı tarihte doğurduğunu varsayalım. Bu durumda, TBK m.143/I'deki "*takas edilebilecekleri an*" deyiminin yerini "*sözleşmenin yapıldığı an*" deyimini alır. Bu sözleşme hükmünün sonucu olarak, takas sözleşmesinin akdinden ileriki bir zamanda kira bedeli alacağına konulan haciz, takasa konu kira bedeli alacağının doğmasıyla sözleşme gereği kendiliğinden takas işlemine tabi olur ve bu takas işlemi alacağı geriye etkili olarak (sözleşmenin yapıldığı tarih) sona erdireceği için alacak üzerindeki haciz hükümsüz hale ge-

47 von Tuhr, Escher, Band II, s.195; Gauch,Schluep, Schmid, Emmenegger, N.3227; Keller, Schöbi, Band IV, s.179-180; Bucher, s.436 vd.; Aral, s.37 vd.; Feyzioğlu, s.498; Oğuzman, Öz, C.I, N.1864; Tekinay, s.1017. Her iki alacağın muaccel olması gerektiği görüşü için bkz. Becker, Art. 120, N.19.



lir. Örneğin, kiraya verenin 1.000.000 TL'lik bir taşıt kredisi kullandığını ve bu kredi ödemesinin on iki aya yayılacak şekilde 1.200.000 TL olarak aylık 100.000 TL'lik taksitlerle her ayın beşinde ödeneceğini; bankanın ise şubenin kiralanmasına ilişkin akdedilen kira sözleşmesinde 100.000 TL'lik kira bedelini her ayın onunda ödeyeceğini yükümlendiğini varsayalım. Her ayın beşinci gününde takas sözleşmesi uyarınca bankanın 100.000 TL'lik kredi alacağı, kredi borçlusuna kiraya verenin 100.000 TL'lik kira bedeli alacağı ile takas işlemine kendiliğinden tabi olacak ve bu işlemin sonuçları geçmişe etkili şekilde hüküm doğurarak alacakları sözleşme tarihi itibarıyla sona erdirecektir. Bu doğrultuda, kredi borçlusuna kiraya verenin alacaklılarının kira bedeli alacaklarına haciz uygulaması hâlinde, banka takas sözleşmesinin yapıldığı tarih esas alınarak takas işleminin geçmişe etki ettiğini ve bu kapsamda alacağın sözleşme tarihi itibarıyla sona erdiğini beyan ederek haczi etkisiz hale getirebilecektir. Bunun neticesi olarak da bankanın kira bedeli ödemelerini icra müdürlüğü hesabına yapmasına gerek kalmayacaktır.

### **b. Takasın Hükümlerinin Değiştirilemeyeceğini Savunan Görüş**

Takasın hükümleri sadece takas sözleşmesinin taraflarını değil, yukarıda da zikredildiği üzere üçüncü şahısların haklarını da doğrudan etkileyebilmektedir. Öğretideki diğer bir görüşe göre<sup>48</sup>, her ne kadar takasa ilişkin TBK'da yer verilen hükümler emredici nitelikte olmasa da taraflar takasın hükümlerini değiştiremezler<sup>49</sup>. Diğer bir ifadeyle, takas sözleşmesinin tarafları, sözleşme serbestisi çerçevesinde takasın hüküm ifade edeceği anı serbestçe belirleyemezler. Burada TBK m.143/I hükmü uygulanır ve iki tarafın birbirinden olan alacakları takasın beyan edildiği ve takas sözleşmesinin yapıldığı tarihte değil, takas hakkının ortaya çıktığı, eş deyişle, takas beyanında bulunma olanağının -takasa konu alacakların muaccel olduğu tarihte- ortaya çıktığı andan itibaren sona erer. Belirtelim ki, istisnaen bazı hallerde alacaklardan biri müaccel olmasına rağmen takas edilebilmesi mümkündür. Bir önceki başlık altında da yer verdiğimiz üzere, vade süresinden yararlanmak imkanına sahip olan taraf, bu avantajdan faydalanmayarak takas hakkını kullanabilir. Bu çerçevede, takas sözleşmesinde vade süresinden yararlanmak istemeyen taraf karşılıklı alacakların muaccel olmasını beklemeden kendi borcu muaccel olduğunda takas işleminin hiçbir beyana gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşeceğini kabul edebilir.

Takasın hüküm ifade edeceği anın taraf iradeleriyle serbestçe değiştirilemeyeceğini savunan bu görüşün kabulü hâlinde taraflar, takasın TBK sisteminde

48 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.214; Art. 124, N.138; Saymen, Elbir, s.904.

49 Aepli, ZK OR, Vorbem. Art.120-126, N.214; Art. 124, N.138; Saymen, Elbir, s.904.

kabul edilen geçmişe etkisini daha geriye götüremezler. Şube kiracısı banka ile kredi borçlusu kiraya veren arasında yapılan takas sözleşmesi uyarınca, kiraya verenin ileride doğacak kira bedeli alacakları ile şube kiracısı bankanın doğmuş ancak henüz muaccel olmamış kredi alacaklarının takas sözleşmesine konu edildiğini ve takasın hükümlerini TBK m.143/I çerçevesinde doğuracağını farz edelim. Bu hükmün uygulanmasının sonucu olarak takasa konu kira bedeli alacağı ve kredi alacağı muaccel hale gelmesiyle sözleşme gereği kendiliğinden takas işlemine tabi olur ve bu takas, alacağı geçmişe etkili olarak (TBK m.143/I uyarınca iki borcun takas edilebilecekleri an) sona erdirir. Üst başlık altında yer alan örnek üzerinden gidersek, kiraya verenin 1.000.000 TL'lik bir taşıt kredisi kullandığını ve bu kredi ödemesinin on iki aya yayılacak şekilde 1.200.000 TL olarak aylık 100.000 TL'lik taksitlerle her ayın üçünde ödeneceğini; bankanın ise şubenin kiralınmasıyla ilgili olarak akdedilen kira sözleşmesinde 100.000 TL'lik kira bedelini her ayın yirmisinde ödeyeceğini taahhüt ettiğini ve bankanın *kira bedeli ödemesine ilişkin vadeden yararlanmaksızın* kredi alacağının muaccel hale gelmesiyle kira alacağının da takas işlemine tabi tutulacağını varsayalım. Bu görüşe göre, her ayın beşinci gününde takas sözleşmesi uyarınca bankanın 100.000TL'lik kredi alacağı, kredi borçlusu kiraya verenin ayın onunda ödenmesi gereken 100.000 TL'lik kira bedeli alacağı ile takas işlemine kendiliğinden tabi olacak ve bu işlemin sonuçları geçmişe etkili şekilde hüküm doğurarak alacakları kredi borcunun muaccel hale geldiği tarih olan ayın beşi itibarıyla sona erdirecektir.

Belirtmek gerekir ki, bu hâlde takas sözleşmesinin kira bedeli alacaklarının haczine etkisi oldukça daralır. Karşılaştırmalı olarak incelersek, takasın hükümlerini doğuracağı anın serbestçe değiştirilebileceğinin kabulü halinde takas sözleşmesi, kira bedeli alacağına konulacak tüm hacizleri -takasa konu alacak tutarıyla sınırlı olarak- sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren etkileyerek hacizleri etkisiz hale getirir. Örneğin, şube kiracısı banka mart ayında veya haziran ayında kira bedeli alacaklarına haciz konulduğunun kendisine bildirilmesi hâlinde takas sözleşmesine dayanarak haczi uygulamayabilir. Buna karşın, takasın TBK'da belirtilen hükümlerinin değiştirilemeyeceğinin kabulü hâlinde haczin konulduğunun şube kiracısı bankaya bildirildiği tarihin göz önünde tutulması gerekir. Mevcut örnekten devam edersek, şube kiracısı bankaya kira bedeli alacaklarına haciz konulduğu ilişkin müzekkerenin ayın üçünde yani kredi alacağının muaccel hale gelmesinden önce tebliğ edildiği durumda kiracı banka haczi uygulamak ve kira bedeli alacağını icra dairesine ödemek yükümlülüğü altına girecektir. Çünkü, takasa konu olacak kira bedeli alacağı ve kredi alacağı muaccel olmadığından TBK m.143/I gereği takas hükümlerini doğuramaz. Söz konusu haciz müzekkeresinin kredi alacağının mu-

accel hale gelmesinden sonra örneğin ayın yedisinde bankaya tebliğ edilmesi durumunda ise takas sözleşmesi ve TBK m.143/I gereği takas geçmişe etkili hükmünü doğurur ve konulan haciz etkisini kaybeder. Zira o aya ilişkin kira bedeli alacağı kredi borcunun muaccel hale gelmesiyle takas işlemine tabi tutularak sona erer. Bu çerçevede, haciz müzekkeresinin gelecekteki kira bedeli alacaklarına da haciz konulduğunu belirtmesi durumunda takas sözleşmesi bu hâlde sadece o aya ilişkin ödenecek kira bedeline ilişkin olarak bankaya koruma sağlar. Gelecek aylarda doğacak kira bedelleri henüz takas işlemine tabi tutulmadığından haciz müzekkeresi gereği banka, gelecek aya ilişkin kira bedellerini icra dairesine yatırması gerekir.

### c. Görüşümüz

Takas sözleşmesinin doğmuş ve muaccel hale gelmiş alacaklar yönünden hüküm ifade edeceği anın daha ileriki bir tarih olarak belirlenmesi sözleşme serbestisi çerçevesinde mümkündür. Ancak pratikte bu durumla karşılaşılması düşük ihtimallidir. Bu sebeple, doğmamış, gelecekteki alacaklar yönünden bu konunun irdelenmesi gerekir. Bu bağlamda, takas sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı anın doğmamış alacaklar yönünden değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesinin TBK m.26 hükmünde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde irdelenmesi önem arz etmektedir. Bunun yanında, yukarıdaki başlıklar altında ifade edildiğinden ve uygulamadaki değerlendirmeden farklı olarak burada odaklanılması gereken nokta kanaatimizce doğmamış alacaklar üzerindeki tasarruf işleminin geçmişe etkililiğinden ziyade tasarruf işleminde öncelik (sıra) meselesidir. Şube kiracısı banka ve kiraya veren kredi borçlusuna arasındaki bu çözümü güç sorun tasarruf işleminde öncelik ilkesi çerçevesinde çözümlenmelidir.

Sözleşme özgürlüğü başlığını taşıyan TBK m.26 *“ taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* hükmünü içermektedir. Sözleşmenin içeriği kavramından anlaşılması gereken TBK’da açıkça belirtilmemekle beraber, öğretide<sup>50</sup>, sözleşme taraflarının sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca dayalı olarak üzerinde anlaşmaya vardıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu belirtilmektedir.

TBK m.27/I ise *“kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu”* belirterek, esasen sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir. Belirttiğimiz üzere, TBK’nın takasa ilişkin hüküm-

50 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 2017, § 42, N.3, dn.4; Eren, N.999, 1001; Gümüş, s.211.

leri emredici nitelikte olmayıp, taraflar takas sözleşmesinin içeriğini TBK'da yer alan hükümlerden farklı şekilde belirleyebilirler. Ancak, takasın hüküm ve sonuçlarının tarafların iradeleriyle serbestçe değiştirilebilmesi, bu sözleşme-deki hükümlerin TBK m.27/I sınırları içerisinde kalmasına bağlıdır.

Tarafların iradesine değil, kanuna dayanan ve sözleşmenin zorunlu unsurları olan şartlar “*kanunî şartlar*” (*Rechtsbedingungen, conductio iuris*) terimiyle ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Bunun sonucu olarak, her tasarruf bu işlemin konusunu oluşturan hak üzerinde tasarruf yetkisine ihtiyaç gösterir. Takas, takasta bulunan tarafa ait bir alacağa ve diğer tarafın buna karşılık teşkil edebilecek bir alacağına ihtiyaç gösterir. TBK m.27 çerçevesinde değerlendirdiğimizde, takas sözleşmesi taraflarının, gelecekteki alacaklar/doğmamış alacaklar yönünden takas sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı anı sözleşme tarihi olarak belirlemeleri hukukî imkânsızlık teşkil eder ve söz konusu hüküm TBK m.27 kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Zira gelecekteki alacakların tasarruf sözleşmesi niteliğindeki takas sözleşmesine konu edilebilmesi mümkün olmakla beraber, tasarruf işleminin hükmünü alacak hakkı doğumundan önce göstermesi hukuken mümkün değildir. Çünkü ortada bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Burada tasarruf yetkisi gelecekteki alacak hakkının doğumuyla kazanılır ve bu kanunî şart teşkil eder<sup>52</sup>. Ne var ki, takas sözleşmesinin hükmünü takas sözleşmesinin yapıldığı tarihte doğurmaması, lehine tasarrufta bulunulan kimsenin ara dönemde korumasız kalması sonucunu doğurmaz. Öne alınmış tasarruf işlemi niteliğindeki takas sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunulan şube kiracısı/kredi alacaklısı bankanın, takas sözleşmesi tarihi ile takasın hüküm doğuracağı an arasında korunmaya değer bir beklentisi mevcuttur<sup>53</sup>. Bu ara dönemdeki koruma ise kıyasen TBK m.171/III<sup>54</sup> hükmünün uygulanması ile sağlanır. Bu bakımdan, kiraya veren/kredi borçlusunun ara dönemdeki tasarruflarına, onun alacaklılarının koydurdukları hacze ve onun iflasına karşı bankaya bu şekilde koruma sağlanmış olur. Buna göre, kiraya veren kredi borçlusu gelecekteki kira bedeli alacaklarını takas sözleşmesine konu ettiği takdirde bankanın burada önceliği söz konusu olur. Takas sözleşmesinin 10.01.2023 tarihinde yapıldığı, kiraya verenin alacaklılarının haczinin 25.01.2023 tarihinde konulduğu, kira bedeli alacağının 05.02.2023 tarihinde doğduğu ve muaccel olduğu varsayımında, 05.02.2023 tarihinde kira bedeli

51 von Tuhr, Escher, Band II, N.258; Oser, Schönerberger, Art.151 OR, N.9; Becker, BK OR, Art.151, N.2.

52 von Tuhr, Escher, Band II, s.259; Koller, s.102; Tekinay, s.249; Nomer, Beklenen Haklar, s.112.

53 Nomer, *Beklenen Haklar*, s.113.

54 TBK m.171/III “*koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.*”

alacağının doğmasıyla takas sözleşmesi hüküm doğururken, takas sözleşmesinden sonra konulan haciz takas sözleşmesinin hükümlerini ihlal ettiğinden dolayı hüküm doğurmaz. Burada kanunî şarta bağlı olan sadece takas sözleşmesi değildir. Kiraya veren kredi borçlusunun diğer alacaklılarının koydukları haciz de kanunî şartın gerçekleşmesine bağlıdır<sup>55</sup>. Haciz ancak mevcut haklar üzerinde uygulanabilecek olup, doğmamış, mevcut olmayan bir hakkın haczinden bahsedilememesi gerekir. Esasen burada tasarruf işleminin geçmişe etkililiğinden ziyade tasarruf işlemi sıra sorununun odak noktasına alınması gerekir. Hukuk düzeninin öngörmesinden ötürü tasarruf sözleşmesi niteliğindeki takas sözleşmesi burada kanunî şarta bağlanmaktadır. Sonuç olarak, TBK m.171/III hükmünün kıyasen uygulanması, öne alınmış<sup>56</sup> tasarruf işlemi olan takas sözleşmesine alacaklıların haczine karşı öncelik tanımış olur.

Belirtmek gerekir ki, takas sözleşmesinin hükümlerini takas sözleşmesinin yapılmasıyla beraber doğuracağının kabulü, tarafların takas sözleşmesinin kurulmasıyla karşılıklı iki borcun sona ereceğini kararlaştırmaları anlamına gelir. Burada ise takastan çok ibranın varlığı gündeme gelir. Her ne kadar takas ve ibra borcu sona erdiren hâllerden olsa da söz konusu iki kavram birbirlerinden farklılık taşır. Takasta, ibradaki gibi borçtan kurtarma ya da alaktan feragat durumu bulunmamaktadır. Takas işlemiyle borcun ifası gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda, kiracı banka ve kiraya veren kredi borçlusuna arasındaki takas sözleşmesinde, takas sözleşmesinin hükümlerini takas sözleşmesinin yapılmasıyla beraber doğuracağına ilişkin bir hüküm bulunması hâlinde sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılmamalı, TBK m.27/II uygulama alanı bulmalıdır. Zira sözleşmenin hükümsüzlüğünden çok muteberliği için gayret sarf edilmelidir (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*). Sözleşmedeki söz konusu hükmün kesin hükümsüzlüğünden doğan boşluk tarafların ortak farazî iradelerine göre doldurulur.

Takas hükümlerinin geçmişe etkisinden ziyade takas sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğinden hareketle “öncelik” hususunu merkeze aldığımızda yukarıda belirttiğimiz iki görüşle ilgili bir farklı sonuç daha ortaya çıkmaktadır. Gerek takasın hükümlerinin serbestçe değiştirilebileceğini savunan görüş gerekse takasın hükümlerinin serbestçe değiştirilemeyeceğini savunan görüş çerçevesinde uygulamada yerleşen değerlendirme, ara dönemde kira bedeline konulacak haczi, alacağın sona ermesi gerekçesine dayanarak etkisizleştirmeyi amaçlamaktadır. Zira uygulamada da takas sözleşmesi ile ulaşılmaya istenen amaç budur. Örnekle açıklarsak; kiracı banka, takas sözleşmesi ile takas sözleş-

55 Nomer, *Beklenen Haklar*, s.115.

56 Koller, s.103.

leşmesinin hükümlerini doğuracağı an arasında kendisine tebliğ edilen haciz müzekkresi/ihbarnamesine “*takas sözleşmesi sebebiyle alacak sona erdiğinden haciz uygulanamamıştır*” şeklinde cevap vermeyi hedeflemektedir. Altını tekrar çizersek, burada önemli olan tasarruf işlemlerinde sıra, önceliktir. Bu sebeple, görüşümüz doğrultusunda, takas sözleşmesi ile takas sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı an arasında kira bedeli alacağına haciz konulması durumunda, takas sözleşmesi tarihi itibarıyla daha önce yapıldığı için tasarruf işlemlerindeki öncelik ilkesi gereği ilk sırada yer alacak, daha sonra konulan haciz ise ikinci sıraya geçecektir. Bu sebeple, kiracı bankanın haciz müzekkresine/ihbarnamesine verdiği cevap “*tasarruf işlemi niteliğindeki takas sözleşmesinin varlığından ötürü hacziniz takas sözleşmesinden sonra gelmek üzere sıraya alınmıştır*” şeklinde olacaktır. Görüleceği üzere, burada borcun sona ermesine dayanılarak değil TBK m.171/III’ün kıyasen uygulanması neticesinde haczin etkisizleştirilmesi durumu bulunmaktadır. Sonuç olarak, şube kiracısı banka ve kredi borçlusu kiraya veren takas sözleşmesindeki tutar çerçevesinde doğmamış alacakları sözleşmeye konu edebilecek ve kira bedeli alacaklarına haciz konulması hâlinde tasarruf işleminde sıra meselesi gündeme gelecektir. Bu sayede takas sözleşmesine konu alacak tutarlarıyla ve taka sözleşmesinin süresiyle sınırlı olarak, takas sözleşmesinden sonra konulan hacizlere karşı banka sıra olarak önde yer alacaktır.

#### IV. Alacak Rehni Yönünden Değerlendirme

##### A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu<sup>57</sup> m.954 ile 961 hükümleri, ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle eşya niteliğinde olmayan hak veya alacaklar üzerinde de rehin hakkı (*Pfandrecht*) kurulabileceğini kabul etmektedir. Alacak rehininin kuruluş amacı borçlunun borcunu ifa etmemesinden ötürü alacaklının alacağına kavuşmadığı hâllerde alacaklıya, alacağını teminat altına alma hakkı sağlamaktır. Bu hakkın kurulması ile birlikte rehin alacaklısı, üzerinde rehin kurulan alacağı icra yoluyla paraya çevirerek alacağına kavuşabilme güvencesine sahip olur<sup>58</sup>.

57 R.G. 08.12.2001, S.24607.

58 Dieter Zobl, Christoph Thurnherr, Berner Kommentar, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Art. 884-887 ZGB, Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und, 3.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, Art. 884, N. 2; Karl Oftinger, Rolf Bär, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art. 884-918 ZGB, Das Fahrnispfand, 3., neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1981, Art 899, N.2; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Bası, İstanbul, Fakülter Matbaası, 1982-1983, s. 536 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Menkul Müllkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 70; A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 27; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, N. 3795 vd.; Rona

Alacak rehninin konusunu cismani niteliği bulunmayan ve malvarlığı haklarından olan alacak hakkı oluşturur. Ancak her hak alacak rehnine konu olmaz. Alacak rehnine konu olabilecek haklar ilk hâlde bağımsız ve parayla değerlendirilebilmesi mümkün olan devredilebilir haklardır. Zira rehin alanın, rehin konusunu paraya çevirip alacağını elde edebilmesi için rehne konu alacağın devredilebilir olması gerekmektedir<sup>59</sup>. Bunlar dışında gelecekteki alacakların, başkasına ait alacakların, münferit alacakların veya rehin alanın yahut rehin verenin borçlusuna olduğu alacakların da alacak rehnine konu edildiği savunulabilir<sup>60</sup>.

Rehin konusu alacak bakımından çalışmamız kapsamında değinilmesi gereken husus, rehin alanın kendisinin borçlusuna olduğu alacak üzerinde de rehin hakkı kurabilmesinin mümkün olmasıdır<sup>61</sup>. Bu durum kendi borcu üzerinde rehin olarak ifade edilebilir<sup>62</sup>. Burada esasen rehin veren, rehin alana karşı, kendi alacağını rehner. Buna özellikle bankalar koruyucu amaçlı tedbir olarak başvurabilirler. Bankalar müşterilerinin üçüncü kişilerdeki alacakları üzerinde rehin hakkı kurabilecekleri gibi kendi borçlusuna oldukları alacakları üzerinde de rehin hakkı kurabilirler<sup>63</sup>. Örneğin, banka kendisinin verdiği nakit karşılığı kredilerde, bankaya yatırılan nakit üzerinde rehin hakkı kurabilir<sup>64</sup>. Bu halde banka, aynı zamanda borçlusuna olduğu alacak üzerinde rehin hakkı elde etmiş olur.

Böylece şube kiracısı bankanın kira bedelini nakit olarak ödemekten kaçınabilmesini destekleyici kurum alacak rehniyle vücut bulur. Eğer ki banka ken-

Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, N. 1428 vd.; Haluk Nami Nomer; Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 1338; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 1; Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin, 2017, s.485; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s.625, (*Eşya Hukuku*); Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.732; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 138; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, N.33; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2017, s.319.

59 C. Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Çeviren: İ. Hakkı Karafaki, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946, s.746-747; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3799 vd.; Sirmen, s.5; Ergüne, N. 38-41; Nomer, Ergüne, N. 1341; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s.748; Ayan, s. 319.

60 Sirmen, s. 27 vd..

61 Köprülü, Kaneti, s.537-538; Sirmen, s. 29; Nomer, Ergüne, N. 1343. BGE 36 II 555; 42 III 453. İsviçre hukukunda rehin alanın kendisinin borçlusuna olduğu alacak üzerinde rehin hakkı kurması OR 1167/III hükmünde yer alan düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Hükmüne göre, "Borçlunun tahviller üzerindeki rehin veya hapis hakkı, malikin oy hakkını ortadan kaldırmaz." Oftinger, Bär, Art. 899, N.16.

62 Oftinger, Bär, Art 899, N.16.

63 Seza Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar*, Ankara, 2002, s. 604; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s.748.

64 Köprülü, Kaneti, s. 538; Sirmen, s.29; Nomer, Ergüne, N. 1343 dn. 230.



di borcu olan kira bedeli üzerinde alacak rehni koydurabilirse kiraya verenin olası alacaklılarının kira bedeli alacağı üzerinde rehin haklarını veya konulan hacizleri bertaraf edebilir ve banka kira bedellerinin nakit olarak icra dairesi hesabına ödenmesini engelleyebilir. Çalışma konumuzda, şube kiracısı bankanın kredi sözleşmesinden doğan kredi alacağı ile kendi kira bedeli borcu karşı karşıya gelmektedir. Kira bedelini nakit olarak ödemek istemeyen banka, aynı zamanda kendi kredi alacağı ile kira borcunu karşılıklı ilişkisi içerisinde sona erdirebilmesi için üçüncü kişilerin kira bedeli üzerinde herhangi bir talepte bulunmasını önlemek istemektedir. Bankanın bizzat kendisinin borçlusunu olduğu bir alacak üzerinde rehin hakkı kurabilmesinde bir engel bulunmamasının gerekçelerini irdelemekte fayda görüyoruz.

## **B. Rehin Hakkının Gelecekteki Alacaklar Üzerinde Kurulması Yönünden Değerlendirme**

### **1. Genel Olarak**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, alacak rehininin kuruluş amacı borçlunun borcunu ifa etmediği için alacaklının da alacağına kavuşmadığı hâllerde alacaklıya, alacağını teminat altına alma hakkı sağlamaktır. Alacaklı bu teminatı, borçlunun<sup>65</sup> alacak hakkı üzerinde öncelikli olarak alacağını elde etme hakkına sahip olduğu zaman sağlayabilecektir. Bu hâlde alacak rehni söz konusu olduğunda iki farklı alaktan bahsedilecektir. Alacaklı, kendi alacağını teminat altına almak için rehin veren kişinin alacak hakkı üzerinde rehin kurmak isterse kendi alacağı, “*rehinle teminat altına alınan alacak*” olacak iken üzerinde rehin hakkı kurulması istenen ve teminat kapsamında olan alacak “*rehin konusu alacak*” olacaktır. Rehin hakkının gelecekteki alacaklar üzerinde kurulması, rehinle temin edilen alacak ve rehne konu alacaklar bakımından aşağıda ayrı ayrı değerlendirilecektir. Alacaklı, alacağına kavuşabilmek için rehin konusu alacağın paraya çevrilmesini isteyebileceğinden çalışma kapsamında konumuz açısından önem teşkil eden husus “rehin konusu alacak”, eş deyişle, kiraya veren kredi borçlusunun kira bedeli alacağı olacaktır.

### **a. Rehinle Temin Edilen Alacak Bakımından**

Alacak rehni, bir alacağı teminat altına almak amaçlanarak kurulduğundan, varlığı rehinle teminat altına alınan alacağın varlığına bağlıdır. Böylece fer’ilik ilkesi gereğince rehin hakkı teminat altına aldığı alacağın hukukî kadere sıkı sıkıya bağlıdır<sup>66</sup>. Bu bağlılığa istisna olacak şekilde ileride doğacak

65 Rehnedilen alacak genel olarak rehin verene ait olabilir. Ancak bu bir gereklilik teşkil etmez rehin veren başkasına ait bir alacağı da rehnedebilir. Bkz.: Oftinger, Bär, Art. 900, N. 20; Sirmen, s.36-37.

66 Oftinger, Bär, Art. 884, N. 149; Acar, N. 12 vd.; Sirmen, s.11.

alacağı garanti altına almak için alacak rehninin kurulup kurulamayacağını irdelenmesi gerekir. TMK'nın taşınır veya alacak rehnine ilişkin hükümlerinde, gelecekteki alacakların teminat altına alınmak üzere rehin tesis edilip edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>67</sup>. Doktrindeki hâkim görüşe göre<sup>68</sup>, kanunda taşınır ve alacak rehni hükümlerinde bu husus açıkça belirtilmemiş olsa da ileride doğacak alacakların, rehinle teminat altına alınabileceğinin göstergesi taşınmaz rehni kapsamında düzenlenen TMK m. 881/I hükmünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla TMK m. 881/I hükmüne kıyasen geciktirici şarta veya doğumu vadeye bağlanmış alacaklar da alacak rehniyle teminat altına alınabilir. Ancak alacaklı şart gerçekleşmeden veya alacağın vadesi gelmeden alacağın paraya çevrilmesi talebinde bulunamaz<sup>69</sup>. TMK'da alacak rehninde bu husus açıkça belirtilmemiş olsa da Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.5/(4) hükmünde, müstakbel alacakların rehne konu olabileceği belirtilmiştir. Hükme göre, “Her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar rehne konu edilebilir.”

Gelecekteki alacaklar deynimi ile anlatılmak istenen, mevcut bir borç ilişkisine dayanılarak ileride doğması beklenen ya da bir borç ilişkisi mevcut olmasa dahi gelecekte doğacağı ümit edilen alacakları ifade eder. Gelecekteki alacaklar, taraf iradeleri ile kesin olarak gerçekleşeceği bilinmeyen bir olaya (*geciktirici şart*) ya da kanunda gerçekleşeceği bilinmeyen bir olaya (*kanuni şart*) bağlanmış olabilir. Bu hâlde rehin sözleşmesi rehne konu edilen alacağın gelecekte varlık kazanması şartına bağlanmış olur.<sup>70</sup> Yargıtay, bu konuyu hukukî bir temeli olan ve olmayan alacaklar açısından ele almakta ve hukukî temeli olmayan alacakları gelecekteki alacak kapsamında görmemektedir. Bu görüşe

67 Alman hukuku BGB § 1204 (2) hükmünde taşınır rehni bakımından müstakbel alacakların rehnedilebileceği açıkça düzenlenmiştir. BGB § 1204 (2) hükmü şu şekildedir: “Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.”.

68 Wieland, s. 708; BGE 57 II 539; 61 II 331; 69 II 291; 84 II 366/67; 94 II 280. Kararlar için bkz.: Oftinger, Bär, Art. 899, N. 72; Oftinger, Bär, Art. 884, N. 122; Thomas Geiser, Stephan Wolf, *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrechts, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Band II, 6.Auflage, Helbing Lichtenhan Verlag, Basel, 2019, Art. 884, N.55; Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şarhı Menkul Rehni*, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s.80; Köprülü, Kaneti, s.469; Sirmen, s.14-15; Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s.630-631, (Eşya); Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3607; Nomer, Ergüne, s. 1186; Ergüne, N. 246; Aral, s.116; Aslı Makaracı-Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.86-87; Esener, Güven, s.551; Ayan, s.372. Yargıtay 19. HD T. 4.2.2020 E. 2020/3298 K. 2020/267 sayılı kararına göre; “...Davalı taraf ise aracın taşıt kredisi nedeniyle rehneldiğini, taşıt kredisinden kaynaklanan herhangi bir borç bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. İleride doğacak alacakların taşınır rehni ile teminat altına alınması mümkün ise de teminat altına alınmak istenen alacağın belirli olması gerekir...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:07.06.2023)

69 Cansel, s.81; Sirmen, s.15; Makaracı-Başak, s.88.

70 Sirmen, s.29.

göre, gelecekteki alacaktan söz edebilmek için bir hukukî ilişkinin temelini mevcut olması ile birlikte bu ilişkiden doğan alacağın cinsinin ve borçlusunun belirli olması gerekir<sup>71</sup>.

## **b. Rehin Konusu Alacak Bakımından**

Buradaki değerlendirme ise rehinle teminat altına alınan alacak için değil rehin konusu alacak bakımından yapılacaktır. Doğmuş alacaklar rehin konusu olabileceği gibi gelecekteki alacaklar da rehin sözleşmesinin konusu olabilir. Ancak doğmamış alacaklar bakımından rehin kurulması rehin konusu alacağın doğumu şartına bağlı olacaktır<sup>72</sup>. Dolayısıyla şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolmasıyla rehin hükümlerini doğurmaya başlar. Rehinli alacaklı şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolmasından önce rehin konusu alacağın paraya çevrilmesini isteyemez<sup>73</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere çalışma kapsamında üzerinde tasarrufta bulunulan hak, temel ilişkisi olan kira sözleşmesinden doğmaktadır. Bundan ötürü incelememiz sadece mevcut bir borç ilişkisine dayanılarak ileride doğması beklenen alacaklar yönünden olacaktır. Rehin sözleşmesinin kurulduğu ve hükümlerini doğurduğu an bir alt başlıkta detaylı şekilde incelenecektir.

## **2. Rehin Sözleşmesinin Kuruluşu ve Rehin Sırası**

### **a. Genel Olarak**

Rehin sözleşmesi rehin alan ve rehin verenin alacak üzerinde rehin hakkının kurulması amacıyla yaptıkları *yazılı* sözleşmedir. TMK m.955/I hükmüne göre, “*senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir.*” Hükümde rehinin kurulmasında senede bağlanmış ve senede bağlanmamış alacak rehni bakımından ayırım yapılmaktadır<sup>74</sup>. Hükümde de ifade edildiği üzere senede bağlanmamış alacakların rehninde, rehinin kurulması yazılı bir rehin sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Oysaki senede bağlanmış alacakların rehninde senedin teslim edilmesi bir geçerlilik şartı olarak aranır<sup>75</sup>. Senede bağlanmamış alacaklarda yazılı rehin sözleşmesi bir tasarruf işlemi-

71 Yarg. 11. HD. T. 18.10.2022 E.2021/3407, K.2022/7128; Yarg. 4. HD T. 23.2.2022, E.2019/3035, K.2022/3271; Yarg. 12. HD T. 19.9.2017, E.2015/19214, K.2017/10956. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.06.2023).

72 Öftinger, Bär, Art. 884, N. 99; Köprülü, Kaneti, s. 537; Sirmen, s.29; Ergüne, s. 37-38.

73 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3607a; Nomer, *Beklenen Haklar*, s.172.

74 Senet kavramı için bkz.: Sirmen, s.43; Hilal Rabia Yıldız, *Alacak Rehininin Kurulması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2021, s.69 vd..

75 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sirmen, s.35 vd; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3804.

dir ve teslimine bağlı taşınır rehnindeki aynî sözleşmenin yerini tutmaktadır<sup>76</sup>. Rehin sözleşmesinin yazılı yapılması gerekse de kanun koyucu TMK m.955/II hükmünde rehinin borçluya ihbarını kurucu şart olarak öngörmemektedir<sup>77</sup>.

Çalışma konumuz senede bağlanmamış rehin sözleşmesiyle ilgilidir. Rehin alan kiracı banka ve rehin veren kiraya veren kredi borçlusunun yaptığı yazılı rehin sözleşmesi rehinin kuruluşu bakımından yeterlidir. Ayrıca senedin devredilmesi aranmaz, varsa senedin devredilmesi ancak ispat bakımından önem taşır<sup>78</sup>. Rehin sözleşmesinin önemi rehinin kuruluş tarihinin belirlenmesinde kendini gösterir. Nitekim senede bağlanmamış alacak üzerindeki rehin hakkı rehin sözleşmesinin yapılması ile kurulmuş olur<sup>79</sup>. Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin etkisinin başladığı andan itibaren doğar ve rehin sırası sözleşmenin kuruluş tarihine göre belirlenir<sup>80</sup>.

### b. Rehin Kuruluş Tarihi

Şube kiracısı bankanın kendi borcu üzerinde rehin hakkı kurabildiğinin tespiti yapıldıktan sonra tartışılması gereken esas nokta rehinin kuruluş tarihidir. Baştan belirtmek gerekir ki, gelecekteki alacakların rehinle teminat altına alınması durumunda rehin hakkının geçerliliği alacağın doğması kanunî şartına bağlanmıştır<sup>81</sup>. Böylece alacak henüz doğmadan rehinin paraya çevrilmesi de mümkün olmaz.

İleride doğacak alacaklar söz konusu olduğunda alacak henüz doğmadan rehin hakkının kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş<sup>82</sup>, gelecekteki alacakların rehininde alacak henüz doğmadan önce rehin hakkının kurulabileceğini kabul etmektedir. Ancak alacak henüz var olmasa bile rehin şekli olarak varlığını sürdürecektir. Dolayısıyla rehinli alacaklı alacak doğmadan önce rehinin paraya çevrilmesini isteyemeyecektir<sup>83</sup>. Rehinin sırası ise

76 Saymen, Elbir, Eşya, s.694; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3804; Köprülü, Kaneti, s.540; Sirmen, s.35; Acar, N. 432; Esener, Güven, s.591; Nomer, Ergüne, N. 1347; Ergüne, N. 49; Ayan, s. 320-321.

77 Alman Medeni Kanunu BGB § 1280 hükmünde ihbarın yapılması kurucu şart olarak düzenlenmiştir. Serozan, N.1557. Ancak hukukumuzda bu ihbarın yapılması TBK m.186 hükmünün kıyasen alacak rehininde de uygulanmasını sağlar. Nomer, Ergüne, N. 1349; Ayan, s. 321.

78 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3804.

79 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3804; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s.748; Ergüne, N. 49.

80 Sirmen, s.35.

81 Nomer, *Beklenen Haklar*, s.110-111.

82 Oftinger, Bär, Art. 884, N. 123; Cansel, s.80-81; Sirmen, s.14-15-107; A. Lale Sirmen, *Türk Hukukunda Şart*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982, s.133-134, (Şart); Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3801, vd.; Ergüne, N. 441. Köprülü, Kaneti, s.470. Yargıtay uygulaması ve eleştirisi için bkz.: Erden Kuntalp, "Yargıtay'ın Nesnel Teminatlarla İlgili Olarak Taşınır Rehininin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı İle Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin İki Kararının Hukuki Değerlendirmesi", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s.18-19.

83 Oftinger, Bär, Art. 884, N. 124; Cansel, s.81; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3607a; Ergüne, N. 441.

alacağın doğum tarihine göre değil TMK m. 948/II hükmüne kıyasen rehin kuruluş tarihine<sup>84</sup> göre belirlenecektir. Bu durum ise fer'ilik ilkesinin bir istisnasını teşkil edecektir. Bu görüş TBK m. 171/III hükmünü kıyasen uygulamak yerine rehin sırasının rehin kuruluş tarihine göre belirleneceğini kabul eder. Eğer ki aynı alacak üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulmuş ise bunların sırası da rehin kuruluş tarihine göre belirlenecektir<sup>85</sup>. Önce kurulan rehin sıra olarak diğerlerinde de önce gelecektir (*prior tempore potior iure*). Ancak vurgulamak isteriz ki alacak henüz doğmadan önce rehin hakkının kurulabileceği kabul edilse de alacağa bağlılık ilkesi gereğince alacak doğmadan alacağın paraya çevrilmesi istenemez.

Bir diğer görüşe göre ise<sup>86</sup>, rehin hakkının doğumunun, alacağın doğumu ile yani şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolmasıyla birlikte var olacağı savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, alacağın varlığı söz konusu değilse rehin hakkı da geçerli şekilde kurulamaz. Gelecekteki alacaklar fer'ilik ilkesinin bir istisnasını teşkil edemez. Burada rehin hakkının varlığı, rehinle temin edilen alacak hakkının doğması kanunî şartına bağlanmıştır<sup>87</sup>. Bu görüşe göre, alacak rehni hükümlerinde rehin sırasının kuruluş tarihine göre belirleneceğine ilişkin açık bir kural yoktur. Bu yüzden TBK m.171/III hükmünün koruyucu etkisi kıyasen burada uygulanmalıdır<sup>88</sup>. Böylece rehinli alacaklı rehin konusu alacağa ilişkin sonraki tasarruflardan korunacak ve öncelik hakkı ona ait olacaktır<sup>89</sup>. *Makaracı- Başak'a* göre ise, rehinin sırası tasarruf işlemine göre değil alacak hakkının doğumu tarihine göre belirlenecektir<sup>90</sup>. Bu durumda ileride doğacak alacaklar üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulması halinde, rehinin kuruluş tarihi her bir alacağın doğum tarihi olacaktır. Doktrinde rehin hakkının kuruluşunu alacağın doğumuna bağlayan görüş esasen mevcut ve ileride doğacak bütün

84 Geiser, Wolf, *Basler Kommentar* Art. 884 N.55; Sirmen, s.15; Cansel, s.81; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3607a. TMK 948/II hükmüne göre, "Rehin hakkının sırası kuruluş tarihine göre belirlenir". Öncelik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke esasen taşınır rehni hükümlerinde düzenlenmiştir ancak kıyasen alacak rehni hükümlerinde de uygulanabilir. Alman Hukukunda ise BGB § 1209 hükmünde, rehin hakkının, gelecekteki veya şarta bağlı bir alacak için kurulmuş olması halinde dahi rehinin kuruluş tarihinin rehin sıralaması için belirleyici olduğu kanunda ifade edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi de rehinin hükümlerini ancak alacak doğduktan sonra doğuracağını fakat rehinin sırasının sözleşmenin kuruluş tarihine göre belirleneceğini savunmuştur. Bkz.: Saymen, Elbir, *Eşya*, s. 631.

85 Cansel, s.81; Oğuzman, Seliçi Oktay-Özdemir, N. 3607a.

86 Wieland, s.708; Saymen, Elbir, *Eşya*, s.631; Nomer, *Beklenen Haklar*, s.129; Serozan, N. 1482; Makaracı-Başak, s. 56, 90-91.

87 Daniel Staehelin, *Bedingte Verfügunen*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1993, s.87-88; Nomer, *Beklenen Haklar*, s. 129.

88 Nomer, *Beklenen Haklar*, s. 173; Makaracı-Başak, s. 90-91.

89 Nomer, *Beklenen Haklar*, s. 129.

90 Makaracı-Başak, s. 54, 90-91.

alacakları rehin kapsamına almak isteyen ekonomik gücü elinde bulunduran sözleşmenin taraflarına özellikle bankalara karşı daha güçsüz tarafı korumak amacıyla savunulmaktadır<sup>91</sup>. Görüldüğü üzere her bir görüş gelecekteki alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulmasını kabul etmektedir ancak aralarındaki temel fark rehin kuruluş tarihi ve rehin sırasının belirlenme zamanıdır.

Rehin kuruluş tarihinin belirlenmesinin önemine değinmek için üç farklı görüş dikkate alınarak şöyle bir örnek verilebilir. Örneğin, (M) bankası, 03.06.2022 tarihinde muaccel olacak kira alacağını güvence altına almak amacıyla borçlusunu (K) ile anlaşarak, (K)'nin (A)'dan olan alacağı üzerinde 28.04.2022 tarihinde rehin hakkı kurmuştur. Aynı zamanda (L) bankası 'da 10.06.2022 tarihinde muaccel olacak alacağı lehine yine borçlusunu (K)'nin (A)'dan olan aynı alacağı üzerinde 17.04.2022 tarihinde rehin hakkı kurmuştur. Bu halde aynı alacak üzerinde birden fazla alacak rehini bulunduğu bunların sırasının belirlenmesi önem teşkil etmektedir. İlk görüşe göre, bu halde rehin sırası, rehin kuruluş tarihi olacaktır. Bu halde 17.04.2022 tarihinde (L) bankası lehine kurulan rehin öncelikli olacak ve (L) bankası rehin paraya çevrilmesini isteyebilecektir. Eğer arta kalan bir bakiye olursa o zaman (M) bankası bu bakiyeden alacağını elde edebilecektir. İkinci hâlde kanunda rehin kuruluş tarihi için açık bir kural olmadığını ve TBK m.171/III hükmünün koruyucu etkisinin burada uygulanacağını kabul edildiği durumu da ele alalım. Öne alınmış tasarruf işlemi niteliğindeki rehin sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunan şube kiracısı/kredi alacaklısı bankanın, rehin sözleşmesi tarihi ile sözleşmenin hüküm doğuracağı an arasında korunmaya değer bir beklentisi mevcuttur. Bu ara dönemdeki koruma ise kıyasen TBK m.171/III hükmünün uygulanması ile sağlanır. Bu durumda TBK m. 171/III hükmü koruması neticesinde henüz (L) bankasının alacak hakkının doğması da 17.04.2022 tarihinden sonra yapılan işlemler rehin sözleşmesinin hükümlerini zedelediği ölçüde hükümsüz olur. Görüldüğü üzere her iki durumda da (L) bankası korunacaktır. Rehin sırasının alacağın doğum tarihi olarak kabul edilmesi hâlinde ise her iki görüşten farklı bir sonuç ortaya çıkar. Bu hâlde 03.06.2022 tarihinde doğacak alacak için (M) bankası, rehin hakkı kapsamında (K)'nin (A)'dan olan alacağının paraya çevrilmesini isteyebilecektir. Eğer ki bu tarihlerden birinin aynı olması söz konusu ise bu durumda rehin hakkı sahipleri sıralarına düşen miktarı alacakları oranında paylaşacaklardır<sup>92</sup>.

91 Rehin sözleşmesi bakımından bu tür kayıtlar TMK 23 ve TBK 20 hükümleri gereğince geçersiz olabilecektir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 3607a; Nomer, Ergüne, N. 1198.

92 Oftinger, Bär, Art. 893, N. 18, N.64.

### C. Rehnin Haklarında Sıranın Sözleşme ile Değiştirilebilmesi

TMK m.948/I hükmüne göre, “*Aynı taşınır üzerinde birden çok rehin hakkı bulunduğu takdirde, alacaklılara rehin haklarının sırasına göre ödeme yapılır.*” Taşınır rehninde düzenlenen rehnin sırasına ilişkin bu hüküm alacak rehninde aksine hüküm bulunmadıkça uygulanır<sup>93</sup>. Böylece birden fazla alacağın bulunması halinde rehnin sırasının tespiti önem arz edecektir. Zira teminat tutarı bütün alacakları tatmine yetmez rehnin sırası daha da önemli olacaktır.

TMK m.948/II hükmünde ise taşınır rehni hükümlerinde rehnin sırası rehin hakkının kuruluş tarihi esas alınarak belirlenecektir. Gelecekteki alacaklar bakımından konu tartışmalıdır. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere TMK m.948/II hükmünün kıyasen uygulanacağı görüş kabul edildiğinde rehnin kuruluş tarihi alacağın doğduğu tarih olmayacak rehin hakkının kurulduğu tarih olacaktır. Ancak TMK m.948/II hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar alacak rehninin sırasını bir sözleşme ile düzenleyebilirler. Ancak bu değişimden olumsuz etkilenecek olan alacaklıların muvafakati alınmalıdır<sup>94</sup>.

### D. Görüşümüz

Rehin alanın kendisinin borçlusu olduğu bir alacak üzerinde de rehin hakkı kurabilmesinin mümkün olduğu tespit edildikten sonra önemli olan nokta rehin alan şube kiracısı banka ve rehin veren kiraya veren/kredi borçlusu arasında yapılacak sözleşmenin nasıl yapılacağı ve üçüncü kişilere karşı hükümlerini ne şekilde doğuracağıdır. Öncelikle şube kiracısı banka ve kiraya veren kredi borçlusu arasında TMK m. 955/I hükmünde de ifade edildiği üzere senede bağlanmamış alacakların rehninde, rehnin kurulması tasarruf sözleşmesi niteliğindeki yazılı bir rehin sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Kanun koyucu senede bağlanmamış alacakların kurulmasında ne senedin teslimini ne de alacaklı ve rehnedenden tarafından rehnin borçluya ihbar edilmesini aramaktadır. Dolayısıyla yazılı sözleşmenin yapılması “*aynı sözleşme*” niteliğindedir ve rehnin kurulması için yeterlidir.

Taraflar yazılı sözleşme yaptıktan sonra değerlendirilmesi gereken diğer husus rehnin kuruluş tarihinin saptanmasıdır. Nitekim taraflar baştan tek bir sözleşme yapmakta ve her kira bedeline ilişkin rehin hakkının kurulacağı, bu sözleşmenin içerisinde yer almaktadır. İleride doğacak alacakların rehne

93 Sirmen, s.24-25,107; Nomer, Ergüne, N. 1365; Köprülü, Kaneti, s.546-547; Saymen, Elbir, Eşya, s.689-690; Esener, Güven, s.590.

94 Cansel, s.241; Sirmen, s.108. Örneğin (A), (B) ve (C)'nin aynı alacak üzerinde rehin hakkına sahip olduğunu düşünelim. (A) ile (C)'nin sıra olarak yer değiştirdiği ve (C)'nin alacağının (A)'dan fazla olduğu bir örnekte bu yer değiştirme için (B)'nin muvafakatının alınması gerekmektedir. Zira bu durum (B)'nin aleyhine bir düzenleme olabileceğinden (B)'nin buna katlanması beklenmeyecektir.



konu olabileceği kabul edildikten sonra bu rehinin kuruluş tarihi de tespit edilmelidir. Savunduğumuz görüş uyarınca, TMK'da alacak rehni hükümlerinde rehinin sırasının, kuruluş tarihine göre belirleneceğine ilişkin açık bir kural olmadığından TBK m.171/III hükmünün koruyucu etkisi kıyasen burada da uygulanmalıdır. Öne alınmış tasarruf işlemi niteliğindeki rehin sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunulan şube kiracısı/kredi alacaklısı bankanın, rehin sözleşmesi tarihi ile sözleşmenin hüküm doğuracağı an arasında korunmaya değer bir beklentisi mevcuttur. Bu ara dönemdeki koruma ise kıyasen TBK m.171/III hükmünün uygulanması ile sağlanır. Böylece alacak henüz doğmamış olsa bile rehinli alacaklı, rehin konusu alacağına ilişkin rehinin kuruluş tarihinden (*rehin sözleşmesi tarihi*) sonraki tasarruflardan korunacak ve öncelik hakkı ona ait olacaktır. Belirtmek gerekir ki, gelecekteki alacakların rehin konusu olması hâlinde rehin hakkının geçerliliği alacağın doğması kanunî şartına bağlanmıştır. Böylece alacak henüz doğmadan rehinin paraya çevrilmesi de mümkün olmaz. Bu durumda kira bedeli alacağı her ay sözleşmede belirlenen tarihte doğacak<sup>95</sup> ve kira bedeli alacağının doğması koşuluyla rehinli alacaklı banka, alacağının doğumundan önceki ve rehin sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonra yapılan ara dönemdeki tasarruflara karşı korunacaktır.

Rehin sözleşmesinin yapıldığı tarih ile alacağın doğduğu tarih arasında kiraya veren kredi borçlusunun diğer alacaklıları tarafından kira bedeli alacağına haciz konulması hâlinde rehinli alacaklı banka TBK m. 171/III hükmü uyarınca önceliğe sahip olur. Bu durumu konumuza uygularsak; rehin alan banka ve rehin veren kiraya veren/kredi borçlusuna arasında 04.05.2022 tarihinde tek bir sözleşme ile kira sözleşmesi süresi içerisinde, kira bedelinin her ayın 6'sında muaccel olacak şekilde bütün aylara ilişkin olarak yazılı rehin sözleşmesi yapıldığını, üçüncü bir kişinin de aynı alacak üzerine 05.06.2022 tarihinde haciz koydurduğunu varsayalım. Haciz alacaklısı üçüncü kişinin, alacağın paraya çevirme talebinde bulunması halinde banka rehin alacaklısı olarak TBK m.171/III koruması altında öncelik hakkına sahip olacaktır. Bu hâlde banka haczin sıraya alındığını ancak alacağın paraya çevrilmesi sonucunda arta kalan bakiye olursa üçüncü kişi alacaklının alacağına kavuşabileceği ifade etmelidir.

Belirtelim ki, alacak rehni bir ödeme, ifa fonksiyonu barındırmaz. Belirtildiği üzere, alacak rehininin fonksiyonu teminat sağlamaktır. Bu sebeple, kira bedeli ödemelerini nakit olarak yapmak istemeyen kiracı bankanın bu hukukî ilişki çerçevesinde ödemelerini gerçekleştirebilmesi için bir ifa modalitesine

95 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s.377; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.247.

ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç ise takas sözleşmesiyle karşılanabilir. Şube kiracısı banka ve kredi borçlusu kiraya veren sözleşme serbestisi çerçevesinde hem rehin sözleşmesine hem de takas sözleşmesine aynı sözleşme içerisinde yer verebilirler. Bu durumda, rehin sözleşmesi ve takas sözleşmesindeki süre ve tutarlarla sınırlı olarak alacak rehni ve takas işlevini sürdürür. Dolayısıyla, her iki sözleşmenin öne alınmış tasarruf işlemi niteliği, bu sözleşmelerin tarihinden sonra konulan hacizlerin TBK m.171/III'ün kıyasen uygulanması sonucu sonraki sırada yer almasını sağlar.

## Sonuç

Bankaların şube açmak için akdettikleri kira sözleşmeleri ilk bakışta sadece basit bir çatılı işyeri kira sözleşmesi ilişkisine vücut veriyor gibi gözükse de sözleşme taraflarının ihtiyaçları bu hukukî ilişkiye karmaşık yapıda başka hukukî ilişkilerin eklenmesine neden olabilmektedir. Doğaldır ki, bu sonuç borçlar hukukunun temel ilkelerinden birini teşkil eden sözleşme serbestisi ilkesinden doğmaktadır. Bankalar kiracısı oldukları ve şube olarak kullandıkları taşınmazların kiraya verenleri ile kira sözleşmesinin akdi esnasında ya da kira sözleşmesinin imzasından sonra kredi sözleşmeleri imzalayabilmektedir. Bu hâlde kiraya verenin kredi sözleşmesinden doğan kredi ödeme borcu ile şube kiracısı bankanın kira sözleşmesinden doğan kira bedeli ödeme borcu karşı karşıya gelmektedir.

İlk olarak belirtelim ki, şube kiracısı bankanın kira bedeli borcunu, kredi borçlusu kiraya verenin kredi borcunun birbirine saydırılması alacağın devri yoluyla gerçekleştirilemez. Zira alacağın devriyle beraber bir tarafında borçlunun, bir tarafında alacağı devreden ve bir tarafından alacağı devralanın yer aldığı üçlü bir hukukî ilişki meydana gelir. Alacağın devri sözleşmesinin varlığından bahsedilmemiz için borç ilişkisinden doğan alacağın, borç ilişkisi tarafları haricinde üçüncü bir kişiye devri gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, borçlu, alacağın devri sözleşmesinin dışında yer almazdır.

İkinci olarak, kiracı banka ve kredi borçlusu kiraya veren arasında bu hukukî ilişki mahsup olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü, tarafların buradaki amacı karşılıklı alacakları sona erdirmek olup işin niteliği gereği mahsuptan bahsedilemez. Ayrıca birbirine saydırılacak iki alacak aynı borç ilişkisinden de doğmamaktadır.

Kiracı banka ve kredi borçlusu kiraya veren arasında bu hukukî ilişki takas sözleşmesiyle sağlam bir hukukî zemin bulabilir. Eş deyişle, taraflar karşılıklı borçların birbirine saydırılması amacıyla sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tasarruf sözleşmesi niteliğinde takas sözleşmesi akdedebilirler. Ancak,

gelecekteki alacakların tasarruf sözleşmesi niteliğindeki takas sözleşmesine konu edilebilmesi mümkün olmakla beraber, tasarruf işleminin hükmünü alacak hakkı doğumundan önce göstermesi hukuken mümkün değildir. Burada tasarruf yetkisi gelecekteki alacak hakkının doğumuyla kazanılır ve bu kanunî şart teşkil eder. Öte yandan, takas sözleşmesinin hükmünü takas sözleşmesinin yapıldığı tarihte doğurmaması, lehine tasarrufta bulunan kimsenin ara dönemde korunmasız kalması sonucunu doğurmaz. Öne alınmış tasarruf işlemi niteliğindeki takas sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunan şube kiracısı/kredi alacaklısı bankanın, takas sözleşmesi tarihi ile takasın hüküm doğuracağı an arasında korunmaya değer bir beklentisi mevcut olur. Bu ara dönemdeki koruma ise kıyasen TBK m.171/III hükmünün uygulanması ile sağlanır.

Son olarak, taraflar takas sözleşmesiyle beraber alacak rehni tesisine yönelik olarak bir rehin sözleşmesi de akdedebilirler. Alacak rehni burada banka için teminat fonksiyonu sağlarken, takas sözleşmesi ise bir ifa fonksiyonu sağlar. TMK'da alacak rehni hükümlerinde rehlin sırasının, kuruluş tarihine göre belirleneceğine ilişkin açık bir kural olmadığından TBK m.171/III hükmünün koruyucu etkisi kıyasen uygulama alanı bulabilir. Öne alınmış tasarruf işlemi niteliğindeki rehin sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunan şube kiracısı/kredi alacaklısı bankanın, rehin sözleşmesi tarihi ile sözleşmenin hüküm doğuracağı an arasında korunmaya değer bir beklentisi mevcuttur. Bu ara dönemdeki koruma ise kıyasen TBK m.171/III hükmünün uygulanması ile sağlanır.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makalalar

- Aepli, Viktor, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 1. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR*, Zürich, 1991.
- Acar, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 27. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Akipek, Jale; Akıntürk Turgut; Ateş, Derya, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Aral, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, Savaş Yayınları, Ankara, 1994.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Becker, Hermann, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen*, Art.1-183, 2. Auflage, Stämpfli Verlag Bern, 1941.
- Brüggeleier, Gert, *Reihe Alternativkommentare Gesamtausgabe Rudolf Wassermann Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI. Band, Luchterhand, 1980.
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1988.
- von Büren, Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess Verlag, Zürich, 1964.
- Cansel, Erol, *Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şarhı Menkul Rehni*, C.I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- C. Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Çeviren: İ. Hakkı Karafakı, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946.
- Çuhacı, Şemsettin, "Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme", Ed. Rayegan Kender, Ed. Samim Ünan, *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 159-172.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, *Takas*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Engin, Baki İlkey, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Hukumumuzda Taşınır Rehminin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehminin Kuruluşu*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Esener, Turhan; Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Furrer, Andreas; Muller-Chen, Markus; Çetiner, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- Gauch, Peter; Spirig, Eugen, *Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V 1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung Art.164-174 OR, 3.Auflage*, Schulthess Verlag, Zürich, 1993.
- Gauch, Peter; Schlupe, Walter R.; Schmid, Jörg; Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II*, 10.Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.
- Geiser, Thomas; Wolf, Stephan, *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrechts*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band II, 6.Auflage, Helbing Lichtenhan Verlag, Basel, 2019.
- Girsberger, Daniel, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR*, Herausgeber Honsell, Vogt, Wiegand, 4.Auflage, Stämpfli Verlag, Basel, 2007.
- Gursky, Karl-Heinz, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2-Rech der Schuldverhaeltnisse §§ 362-396*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2006.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Kısa Ders Kitabı, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Hatemi, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Hatemi, Hüseyin; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Keller, Max; Schöbi, Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht Band IV*, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt 1984. (Band IV).
- Kocaman, Arif B., *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu*, Ankara, 1989.
- Kocayusufoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2017.
- Koller, Alfred, *Die Verrechnung nach schweizerischem Recht*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (3) 2007, s.101-113.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Sınırlı Aynı Haklar*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- Kuntalp, Erden, “Yargıtay’ın Nesnel Teminatlarla İlgili Olarak Taşınır Rehninin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı İle Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin İki Kararının Hukuki Değerlendirmesi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s. 3-22.
- Makaracı-Başak, Aslı, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Nomer, Haluk Nami, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002. (Beklenen Haklar).
- Nomer, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023. (Borçlar).

- Nomer, Haluk Nami; Ergüine, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Oftinger, Karl; Bär, Rolf, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis*, IV. Band, Dritte Auflage, Zürich, 1981.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021. (C.I).
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021. (C.II).
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Oser, Hugo; Schönenberger, Wilhelm, *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Das Obligationenrecht Erster Halbband: Art 1-183*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1929.
- Ozanemre-Yayla, H. Tolunay, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İliği)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Peter, Wolfgang, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR, Herausgeber Honsell, Vogt, Wiegand*, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.
- Reisoğlu, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar*, Ankara, 2002.
- Rona, Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Saymen, Ferit H.; Elbir, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku I-II Umumi Hükümler*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.
- Saymen, Ferit H.; Elbir, Halid K., *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- Schlüter, Münchener, *Kommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch*, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, München, 2007.
- Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.
- Sirmen, A. Lale, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990.
- Sirmen, A. Lale, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.(Eşya Hukuku).
- Sirmen, A. Lale, *Türk Hukukunda Şart*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982. (Şart).
- Staehelin, Daniel, *Bedingte Verfügungen*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1993.
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal; Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler*, 6. Baskı, Sermet Matbaası İstanbul, 1976.
- von Tuhr, Andreas; Escher, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Zweiter Band*, Schulthess Verlag, Zürich, 1974. (Band II).
- Türker, Güray, *İvazlı Alacağın Devrinde Borca Aykırılık ve Buna Bağlı Sonuçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Yıldız, Hilal Rabia, *Alacak Rehnini Kurulması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2021.
- Yılmaz, Ejder, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, Sayı: 2, 2010, s.247-284.
- Zerres, Thomas, *Vertragsrecht Kommentar*, Luchterhanf, 2010.
- Zobl, Dieter; Thurnherr Christoph, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 3.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010.



## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Alınmasında Karar Yeter Sayısına Uyulmamasının Hukuksal Sonucu\*

Legal Consequence of Non-Compliance With the Quorum in Taking the Decisions of the Board of Condominium

Ömer Faruk ÇELİK\*\*

## ÖZ

Bu çalışma, Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) hükümlerinde öngörülen karar yeter sayılarına uyulmadan alınan kat malikleri kurulu kararlarının hangi hukuksal sonuçla karşılaşacağı meselesine odaklanmaktadır. Kat malikleri kurulu, KMK m. 30/f. 1 hükmü uyarınca prensip itibarıyla oy çokluğu ile karar alır. Bununla birlikte kanunun özel önem attığı bazı hallerde ağırlaştırılmış karar yeter sayıları düzenlenmiştir. Yeter sayılara ulaşılmadan alınan bir kararın müeyyideye maruz kalacağı şüpheden uzaktır. Ancak hangi tür müeyyidenin uygulanacağı hususunda farklı görüş ve içtihatlar söz konusudur. Bu gibi kararlara karşı ilke olarak KMK m. 33/f. 1 hükmüne istinaden iptal davası açılabilir. İptal davası için kısa sayılabilecek hak düşürücü süreler (1 ay ve 6 ay) öngörülmüştür. Buna karşın kararın yok hükmünde yahut kesin hükümsüz olması durumunda sürelere riayet etme mecburiyeti ortadan kalkmaktadır. Fakat KMK hükümlerinde karar yeter sayılarına uyulmaması halinde hangi tür müeyyidenin uygulanacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda hem yargı kararlarında hem de doktrinde yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle açılan davanın türü, hak düşürücü sürelerin uygulama alanı bulup bulmayacağı ve bu kararlara istinaden gerçekleştirilen işlemlerin akıbeti meselesinde farklı uygulamalara yol açmaktadır. Çalışmanın amacı, bu sorunu sebepleriyle birlikte ortaya koymakla birlikte hangi tür müeyyidenin hukuka uygun olacağını ve bunun ne tür sonuçlara yol açacağını tespit etmektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kat malikleri kurulu, karar yeter sayısı, iptal davası, hükümsüzlük türleri, yetkisiz temsil.

\* Makale gönderim tarihi: 18.07.2023. Makale kabul tarihi: 06.11.2023. Ömer Faruk Çelik, "Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Alınmasında Karar Yeter Sayısına Uyulmamasının Hukuksal Sonucu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2023, s. 545-589, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.2.8>.

\*\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Fatih Sultan Mehmet Vakfı Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, <https://orcid.org/0000-0003-1558-3934>, E-posta: ofcelik@fsm.edu.tr.  
**Çatışma Beyanı:** Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

## ABSTRACT

This study focuses on legal consequences of the decisions of the board of condominium owners taken without complying with the decision quorums stipulated in the provisions of the Condominium Ownership Law (CML). Pursuant to Article 30/Par. 1 of the CML, the board of condominium owners takes decisions by majority of votes in principle. However, in some cases where the law attributes special importance, aggravated quorums are also regulated. It is beyond doubt that a decision taken without reaching the quorum will be subject to invalidity. Yet there are different opinions and jurisprudence regarding the type of invalidity to be applied. In principle, an action for annulment may be filed against such decisions pursuant to Article 33/Par. 1 of the CML. Short prescription periods (1 month and 6 months) are foreseen for the annulment action. On the other hand, in the event that the decision is inexistence or null, the obligation to comply with these short periods disappears. However, the provisions of the CML do not regulate the type of invalidity to be applied in case of non-compliance with the quorum. There is no uniformity in both jurisprudence and doctrine on this issue. This situation leads to different practices, especially with regard to the type of lawsuit filed, whether the period of prescription will be applied, and the consequence of the transactions carried out based on these decisions. The aim of this study is to reveal this problem with its reasons, to determine which type of invalidity will be in accordance with the law and what kind of consequences it will lead to.

**Keywords:** Board of condominium owners, quorum, annulment suit, types of invalidity, unauthorized representation.

## Giriş

KMK hükümlerine göre, ana taşınmazın yönetilmesinde üç unsur görev almaktadır. Bunlar; kat malikleri kurulu (Kurul), yönetici ve kurul tarafından kararlaştırılması şartıyla denetçidir<sup>1</sup>. Her ne kadar görev paylaşımı anılan üç unsur arasında yapılmışsa da KMK m. 27 hükmünde düzenlendiği üzere en temel işlevi kat malikleri kurulu üstlenmektedir<sup>2</sup>. Kurul hem karar alma hem de yürütme işlevini birlikte görme hakkına ve yetkisine sahiptir<sup>3</sup>. Kurul, yönetim işlevini aldığı kararlara istinaden yürütür. Kararlar, olağan ve olağanüstü kat malikleri kuru-

1 Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Basım, Barış Yayınevi, İzmir, 2021, N. 2112; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II-Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 616.

2 Selâhattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2) (Kat Mülkiyeti)*, İstanbul, 1991, s. 105; Ertaş, N. 2110. Doktrinde kat malikleri kurulu bakımından “organ” teriminin kullanıldığına rastlansa da bu terim, bir tüzel kişiliğin varlığı anlamına gelmemelidir; Kemal Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 1984, s. 457.

3 KMK m. 34/f. 2 hükmüne göre sekizden az bağımsız bölüm bulunan yapılarda yönetici atama zorunluluğunun bulunmaması, bu çıkarımın doğruluğunu ortaya koymaktadır, bakınız (bkz.) Abdulkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim (Yönetim)*, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1984, s. 80, dipnot (dn.) 4.

lu toplantılarında alınır. Bu toplantıların düzenlenme usulü, toplanma ve karar alma için gerekli yeter sayılar KMK'da düzenlenmektedir. Buna göre kurul, KMK m. 30/f. 1 hükmüne istinaden, prensip itibariyle oyçokluğu ile karar almaktadır. Bunun yanı sıra, KMK'nın farklı hükümlerinde istisnai ve ağırlaştırılmış karar yeter sayıları da öngörülmüştür<sup>4</sup>. Hatta KMK dışındaki mevzuatta da karar nisabına ilişkin hükümlere rastlanılmaktadır. Bunun en güncel ve önemli örneklerinden birisini 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun<sup>5</sup> m. 6 hükmü oluşturmaktadır. Anılan hükümde, kentsel dönüşüm olarak adlandırılan süreçte düzenlemede sayılan işlemlerin yapılabilmesi için üçte ikilik çoğunlukla karar alınabileceği öngörülmüştür. İşte anılan tüm bu karar yeter sayılarına erişilmemesine rağmen kurul tarafından bir karar alınmışsa, bu karara karşı KMK m. 33/f. 1 hükmünde sayılan kişiler tarafından iptal davası açılabilir.

Her ne kadar KMK m. 33/f. 1 hükmünde sadece "iptal davası" ifadesi geçiyorsa da esasen bu fıkraya göre açılacak davaların hepsini tür bakımından iptal davası kategorisine dâhil etmek isabetli değildir. Şayet kurul kararına uygulanacak müeyyide türü kesin hükümsüzlük yahut yokluk olursa bu durumda iptal edilebilir bir karardan değil, yokluğu yahut kesin hükümsüz olduğu tespit edilmesi gereken bir karardan bahsedilir. Bir diğer ifadeyle, yokluk veya kesin hükümsüzlükten söz ediliyorsa, açılacak dava türü iptal davası değil, tespit davası olmalıdır<sup>6</sup>. Buna karşın, "iptal edilebilirlik" müeyyidesi uygulanacaksa, açılacak dava türü itibariyle iptal davası olacaktır. İptal davası ise mahiyeti itibariyle inşai davalardandır. İşte bu sebeple karar yeter sayısına aykırılık halinde uygulanacak müeyyide türünün belirlenmesi son derece mühimdir.

Uygulanacak müeyyide türleri arasındaki bir diğer önemli fark ise hak düşürücü sürelerle ilişkindir. Şayet iptal edilebilirlik ve bunun sonucu olarak iptal davası söz konusuysa, kanun koyucu, davanın açılması için KMK m. 33/f. 1 hükmünde 1 ve 6 aylık kısa hak düşürücü süreler öngörmüştür. Fakat yokluk

4 KMK m. 24/f. 2, 42/f. 4, 44/f. 1-a, 45 hükümlerinde oybirliği, KMK m. 28/f. 3 ve 70 hükümlerinde beşte dört oranında ağırlaştırılmış nisap, KMK m. 25/f. 2, 34/f. 4, 41/f. 3, 42/f. 1, 2, 4, hükümlerinde ise sayı ve arsa payı çoğunluğu aranmaktadır. Bununla birlikte, KMK m. 19/f. 2 hükmünde "*bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça*" ifadesi yer almakta olup, bu düzenlemeyi kat malikleri kurulu nisabı olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Anılan düzenleme, kurul kararı dışında bir rızadan bahsetmemektedir. Söz konusu rıza, somut olayda kat malikleri kurulu kararı şeklinde verilse dahi bu durum, verilen rızaya kat malikleri kurulu kararı niteliği kazandırmaz. Karar şeklinde verilen rızalar, salt rızaya dair irade beyanı niteliğindedir. Aynı yönde bkz. Yargıtay (Yarg.) 18. Hukuk Dairesi (HD.), Esas (E.) 2010/2561, Karar (K.) 2010/9748, Tarih (T.) 29.06.2010. (Metinde paylaşılan Yargıtay kararları 'Lexpera' bilgi bankasından alınmış olup, farklı bir kaynaktan yararlanılmış olması halinde ayrıca kaynak gösterilecektir).

5 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2021, Resmî Gazete (RG) T. 31.05.2012/ Sayı (S.) 28309.

6 E. Tuncay Senyen-Kaplan, "6356 Sayılı Kanun Açısından Sendika Genel Kurulunun İptali Davası", Ed. Necdet Basa, Sema Uçukhan-Güleç, *Emeğin Hukuk Kurultayı-2*, Ankara, 2016, s. 297.

veya kesin hükümsüzlükten bahsedilecek ise bu durumda davacı, süre şartı olmadan davasını ikame edebilecektir.

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden karar nisabına aykırılık halinde hangi tür müeyyidenin uygulanacağı meselesi oldukça tartışmalıdır. Bu hususta başlıca üç görüş bulunmaktadır; yokluk görüşü, kesin hükümsüzlük görüşü ve iptal edilebilirlik görüşü. Savunulan her görüş hem dava türü bakımından hem de neticeleri bakımından farklı sonuçları doğmasına sebep olacaktır. Doktrindeki tartışma bir yana Yargıtay kararlarında da bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtayın kat malikleri kuruluna ilişkin verdiği kararlarda her üç hükümsüzlük türüne hükmettiğine de rastlanılmaktadır. Bu durum öngörülebilir bir uygulamayı imkânsız kıldığı gibi hukuk güvenliğini de zedelemektedir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, KMK'da yer alan karar nisapları kısa bir şekilde izah edilmeye çalışılacaktır. Ardından ikinci bölümde müeyyide türleri, bu konudaki yargı kararları ve doktrindeki görüşler paylaşılacaktır. Nihayet üçüncü ve son bölümde karar yeter sayısına aykırılık halinde izlenecek yöntem, müeyyide türü ve bunun pratik sonuçları incelenecektir.

## I. Kat Mülkiyeti Kanununda Öngörülen Karar Yeter Sayıları

### A. Prensipten

Kat maliklerinin bir konuda karar alabilmesi için kurul toplantısında KMK'da öngörülen nisaplara uygun çoğunluğa ulaşmış olmaları gerekmektedir. Kat malikleri kurulu, KMK m. 30/f. 1 hükmü gereğince prensip itibarıyla oy çokluğu ile karar alır. Hükmün lafzı şu şekildedir; “*Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir.*”. Hükmün kaleme alınış biçimi oy çokluğu ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda birtakım tereddütlere yol açmıştır. Bir görüşe göre, “*oy çokluğu*” ifadesinden toplantıya katılan kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğa ulaşılması kastedilmektedir<sup>7</sup>. Yani bir diğer ifadeyle, çifte çoğunluk sağlanmalıdır. Bilindiği üzere apartman tipi yapılarda bağımsız bölümlerin arsa payları farklılaşabilmektedir. Fakat arsa payı ne olursa olsun her bağımsız bölüm maliki bir adet oya sahiptir. Arsa payının çoğunluğunun kabule yettiği, buna mukabil malik sayısı bakımından yeterli çoğunluğa ulaşamadığı hallerle karşı karşıya kalınabilir. İleri sürülen bu görüşe göre hem arsa payının hem de malik sayısının birlikte çoğunluğa erişip erişmediğinin hesaplanması gerekir. Malik sayısı bakımından çoğunluğa ulaşılsa dahi arsa payı bakımından çoğunluk sağlanmıyorsa gerekli nisaba ulaşamamıştır.

7 İlknur Arslan, Mustafa Kırmızı, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 490; Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 768.

Aksi yöndeki görüşe göre ise oy çokluğu ifadesiyle kast edilen yalnızca malik sayısının çokluğudur<sup>8</sup>. Bu ikinci görüşe iştirak etmeyi daha uygun bulmaktayız. Şöyle ki, kanun koyucunun amacı şayet hem arsa payı hem de sayı bakımından çoğunluk olsaydı bu durum açıkça ifade edilebilirdi. Nitekim bu şekilde bir çifte çoğunluk arandığı hallerde kanunda açık hükümler düzenlenmiştir. Örneğin, KMK m. 34/f. 4 hükmüne göre yönetici, kat maliklerinin hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır. Halbuki KMK m. 30/f. 1 hükmünde böyle bir ifade yer almamaktadır. Görüşümüze dayanak teşkil eden bir diğer argüman ise “oy çokluğu” teriminin kullanılmasıdır. Oy hakkına sahip olmanın şartı kat maliki olmaktır. Her kat maliki, KMK m. 31/f. 2 gereğince maliki olduğu her bağımsız bölüm için bir oy hakkına sahiptir. Dolayısıyla “oy” ile “bağımsız bölüm sayısı” arasında doğrudan bir bağ vardır. Ancak bu perspektiften bakıldığında aynı bağın “oy” ile “arsa payı” arasında bulunduğunu söylemek güçtür. KMK m. 30/f. 1 hükmünde “arsa payı” ifadesinin geçmediği de nazara alındığında hükümdeki “oy çokluğu” ifadesinden “yalnızca malik sayısının oy çokluğu” anlamının çıkarılabileceğini düşünmekteyiz.

Bu noktada başka bir meseleyi daha izah etmek gerekir. KMK ilk toplantıdaki karar yeter sayısı için KMK m. 30/f. 1 hükmünde “oy çokluğu”, ikinci toplantıdaki karar yeter sayısı için ise KMK m. 30/f. 2 hükmünde “salt çoğunluk” terimlerini kullanmıştır<sup>9</sup>. Esas itibarıyla kanaatimizce her iki terim de aynı anlama gelmektedir. Buna göre, “oy çokluğu” yahut “salt çoğunluk” oy kullanan kişi sayısının yarısından fazlasıdır<sup>10</sup>. Örneğin, toplantıya veya oylamaya katılanların sayısı 100 ise 51 oy; katılanların sayısı 101 ise yine 51 oy ile karar alınabilir<sup>11</sup>. Kanun metinlerinin terim birliği sağlanmış şekilde yasalaşması, öngörülebilir, tutarlı ve tartışmadan olabildiğince uzak bir uygulama için önem arz etmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun aynı anlamı karşılayacak iki farklı terimi bir arada tercih etmesi, kanaatimizce isabetli olmamıştır.

8 İpek Sağlam, “Kat Mülkiyeti Kanunu’na Göre Toplanma ve Karar Alma Esasları”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat, İstanbul, 2009, s. 1356; Ahmet Nar, “Kat Malikleri Kurulu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1-2, 2018, s.172.

9 Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 522. Adalet Komisyonu tarafından benimsenen ve Hükümet tarafından teklif edilen metinde “oy çokluğu” yer almasına rağmen genel kuruldaki görüşmeler neticesinde fıkra hükmünde “salt çoğunluk” ifadesi kendisine yer bulmuştur, bkz. Orhan Yılmaz, “Kat Mülkiyeti Kanununda Yapılan Değişiklikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 1, 2008, s. 24.

10 Arpacı, *Yönetim*, s. 142; Nar, s. 172.

11 Örnek için bkz. Halûk Nami Nomer, *Kişî Birlüklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 41. Benzer görüşte bkz. Seda Öktem-Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 129-130. Dernekler bakımından bkz. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 201-202.

## B. Ağırlaştırılmış Karar Yeter Sayıları

Kural oy çokluğu ile karar alınması olsa da KMK m. 30/f. 3 hükmünün açtığı yolla kanunda farklı nisapların düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucu, özel önem atfettiği konularda ağırlaştırılmış nisaplar ve hatta bazı konularda oybirliği şartı aramaktadır. Oy birliğinden kasıt, toplantıya katılanların oy birliği değildir. Oy birliği, ana taşınmazda yer alan tüm bağımsız bölümlerin maliklerinin onay vermesi ile oluşur<sup>12</sup>. Özellikle ana taşınmaz üzerindeki önemli tasarruflar için kat maliklerinin oybirliği ile karar almasını şart kılınmıştır. Örneğin, KMK m. 24/f. 2 hükmüne göre kat mülkiyeti kütüğünde mesken olarak gözüken bağımsız bölümde sinema, tiyatro, dükkân vb. açılabilmesi için oybirliği ile karar alınması gerekmektedir. Yine KMK m. 42/f. 4, m. 44/f. 1 ve m. 45 hükümlerinde karar alma nisabı olarak oybirliği düzenlenmiştir.

KMK bazı meselelerde ise beşte dörtlük ağırlaştırılmış bir nisap aramıştır. Söz gelimi, yönetim planının değişmesi için KMK m. 28/f. 3 uyarınca beşte dörtlük bir çoğunluk aranır. Bu maddelerde aranan çoğunluk, tüm kat maliklerinin beşte dördünün onayı ile sağlanır. Yoksa toplantıya katılanların beşte dördünün onay vermesi yeterli olmaz. Yine KMK m. 19/f. 2, m. 70, Ek Madde 4 hükümlerinde de beşte dörtlük nisap aranmaktadır.

6306 S.K. m. 6 hükmünde üçte ikilik bir çoğunluk arandığından daha evvel bahsedilmişti<sup>13</sup>. Her ne kadar hükmün kapsamına giren konular, KMK'da oybirliği aranan hallerden daha mühim meseleleri içeriyor ise de kamu sağlığı ve güvenliğinin mülkiyet hakkına nazaran görece üstün görülmesi yönündeki mülahaza nedeniyle oybirliğinden daha düşük bir nisap öngörüldüğünü düşünmekteyiz<sup>14</sup>.

Bazı hâllerde ise karar nisabı çifte çoğunluk olarak belirlenmiştir. Karar alınabilmesi için kat maliklerinin hem sayı hem de arsa payı bakımından salt çoğunluğunun olumlu oyu gerekmektedir. Örneğin, KMK m. 34/f. 4 uyarınca yönetici, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile belirlenir. KMK m. 25/f. 2, m. 41/f. 3, m. 42/f. 1, m. 42/f. 2, m. 42/f. 4, m. 72/f. 2 hükümlerindeki

12 Arpacı, Yönetim, s. 154-155; Nihat İnal, *Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 318. Yarg. 5. HD., E. 1971/323, K. 1971/992, T. 11.02.1971 (Ali Arcaç, *Kat Mülkiyeti*, Seçkin Yayıncılık, 1988, s. 866'dan naklen).

13 Bkz. "Giriş".

14 Ülkemizin bir bölümünün deprem kuşağında, büyük kısmının ise olası afetlerin gerçekleşme alanında olduğu düşünüldüğünde, üçte ikilik çoğunluğun dahi ağır bir nisap olduğunu, bu çoğunluğun uygulamada özellikle toplu yapılarda karar alınmasını güçleştirdiğini düşünmekteyiz. Mülkiyet hakkına aşırı bir müdahaleden kaçınarak kentsel dönüşüm sürecinin karar mekanizmalarını hızlandıracak değişikliklerin yapılması isabetli olacaktır. Afet riski altındaki yapılarda kamu sağlığı ve güvenliği düşüncesinin ağır basması gerektiğini, bu yönde hareket edilirken suistimale-re yol açılmamasına dikkat edilmesi çekincesiyle birlikte önemle ifade etmek isteriz.

düzenlemeler çifte çoğunluk aranan diğer hâllerdendir.

Tüm bu karar yeter sayıları dışında, yönetim planında da özel karar yeter sayıları belirlenmiş olabilir. Bu konuda önceden bir belirleme yapmak mümkün değildir. Zira bu husus kat maliklerinin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte yönetim planında belirlenmiş olan karar yeter sayılarının KMK'daki emredici hükümlere uygun olması gerektiği de unutulmamalıdır.

## II. Karar Yeter Sayısına Erişilmeden Alınan Kat Malikleri Kurulu Kararlarına Uygulanacak Müeyyidenin Belirlenmesi

### A. Sorunun Ortaya Konması

Kat malikleri kurulu, tüzel kişiliği bulunmayan şahıs topluluklarıdır<sup>15</sup>. Kurulun kararları ise mahiyeti itibariyle hukuki işlem olarak kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Önceki kısımlarda da bahsedildiği üzere yeter sayısına ulaşılmadan alınan karar, bu hukuki işlemin geçerliliğini zedelemekte ve hatta ortadan kaldırmaktadır. İşbu hukuka aykırılığa karşı dava açma hakkı KMK m. 33/f. 1 hükmünde düzenlenmiştir. Bu davayı açma hakkı münhasıran kat maliklerine tanınmıştır<sup>17</sup>. Bu dava, KMK Ek madde 1 hükmü uyarınca taşınmazın

15 Nomer, s. 13; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Mülkiyet), 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 168; Hikmet Gökner, *Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1991, s. 377. Kurulun tüzel kişiliği bulunmadığından ne davacı ne de davalı sıfatını haiz olabilir. Bu sebeple kurulun dava ve taraf ehliyeti bulunmadığı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir, bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu (HGK), E. 2017/260, K. 2018/1931, T. 13.12.2018; Yarg. HGK, E. 2017/689, K. 2017/1686, T. 13.12.2017.

16 Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Turhan, Ankara, 2021, s. 45; Nomer, s. 15.

17 Kat maliki olmayanlar iptal davası açamazlar, bkz. Yarg. 18. HD, E. 2003/5105, K. 2003/6206, T. 09.09.2003 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 29, Sayı 12, 2003, s. 1861). Yönetici dahi, yöneticilik sıfatına dayanarak iptal davası açamaz. Ancak yönetici aynı zamanda kat maliki ise, bu sıfatla dava açabilir, bkz. Amédéo Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2014, Artikel (Art.) 712m, N. 224. Doktrinde ERTAŞ ise kararın iptalini kat malikleri dışında bağımsız bölümü devamlı olarak kullanan ve kararların iptalinde özel bir yararı bulunan kişilerin de dava açabileceğini ileri sürmektedir, bkz. Ertaş, N. 2142. Kanaatimizce KMK m. 33/f. 1 hükmünden böyle bir sonuç çıkarılamaz. Hüküm, dava açma hakkını yalnızca kat maliklerine tanımaktadır. AYAN ise dava açma hakkının sadece kat maliklerine tanındığını kabul etmekle birlikte, bağımsız bölümü bizzat kullanan kiracı veya oturma hakkı sahibinin alınan kararlardan doğrudan etkilendiğini, bu sebeple anılan kişilere de dava açma hakkı tanyacak yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır, bkz. Ayan, s. 632-633. Nitekim Yarg. 20. HD., E. 2019/3269, K. 2019/6235, T. 04.11.2019 ilamında özel bir çıkarı bulunması halinde kiracının, oturma hakkı sahibinin veya bağımsız bölümden başka bir nedene dayanarak sürekli biçimde faydalanan kişilerin de hâkimin müdahalesini isteyebileceklerine hükmedilmiştir. Yargıtay'ın bağımsız bölümden faydalananlar lehine bu şekilde bir karar vermiş olması, hak arama özgürlüğü çerçevesinde makul gözükle de yasa hükmüne açıkça aykırıdır. Bize göre de olması gereken hukuk bakımından böyle bir hakkın tanınması, sınırları ve şartlarının belirtilmesi kaydıyla makuldür. Fakat olan hukuk bakımından anılan kişilerin aktif husumetinin bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir.



bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinde görülür. Böylece hem yetkili hem de görevli mahkeme yasada belirlenmiştir. Bununla birlikte, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 37 hükmü ile değiştirilen 18/B maddesinin 1. fıkrasının "c" bendine göre Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edilmiştir. Bu düzenleme 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenleme, uyuşmazlık çeşitleri bakımından bir ayırım gözetmeden tüm uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına almıştır. Bu doğrultuda çalışmamızın konusunu teşkil eden kat malikleri kurulu kararlarına karşı dava yoluna başvurulması da prensip itibarıyla arabuluculuk şartına tabi olacaktır. Tüm uyuşmazlık türlerinin dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edilmesi, özellikle husumet, taraf teşkili ve konu bakımından elverişli olmama hususlarında eleştirilebilir bir düzenlemedir. Lakin bu düzenlemenin değerlendirilmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından, hatta başka bir çalışmanın konusunu oluşturacağından yürürlüğe girdiğini ifade etmekle yetinmekteyiz.

Karar yeter sayısına aykırılık halinde açılacak davanın KMK m. 33/f. 1 hükmüne istinaden ikame olunacağı açıktır. Hükümde üç türlü müeyyideden bahsedilmektedir; iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ve yokluk<sup>18</sup>. Fakat hem anılan hükümde hem de KMK'nın nisaba ilişkin diğer hükümlerinde, nisaba aykırılık halinde hangi müeyyidenin uygulanacağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde olduğu gibi Yargıtay uygulamasında da bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın her üç tür müeyyideye de hükmettiği kararları bulunmaktadır. Her ne kadar üç türlü müeyyideden bahsediliyor ise de sonuçları bakımından bir nüans hariç<sup>19</sup> yokluk ve kesin hükümsüzlük benzer olduğundan, konumuz yönünden iptal edilebilirlik ile geri kalan iki müeyyide türü şeklinde sınıflandırma yapmakta bir sakınca bulunmamaktadır.

Müeyyide türünü tespit etmek özellikle üç yönden önemlidir: açılacak davanın türü, hak düşürücü sürenin uygulanıp uygulanmayacağı ve geçersiz karara

18 Bu konuda "hükümsüzlük" terimi yerine "müeyyide" terimini kullanmayı uygun bulmaktayız. Zira "iptal edilebilirlik" ve "kesin hükümsüzlük", hükümsüzlük sınıflandırmasında yer alan türler olsa da "yokluk" bunlardan ayrı olarak değerlendirilmelidir. Yokluk durumunda hukuk aleminde mevcut bir hukuki işlemden bahsedilemeyeceği için böyle bir işlem bakımından ayrıca hükümsüzlük değerlendirmesi yapmaya gerek bulunmamaktadır, bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem – Sözleşme* (Borçlar), C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz, İstanbul, 2017, s. 580, N. 1.

19 Söz konusu nüans, kesin hükümsüzlüğün sonradan ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali teşkil ettiği duruma ilişkin olup, bu hususa ilişkin daha geniş açıklamalar ileriki bölümlerde yapılacaktır.

istinaden yapılan işlemlerin akıbeti. Şöyle ki, mutlak butlan yahut yokluk söz konusuysa açılacak davanın türü tespit davası olacak, buna karşı iptal edilebilirlik söz konusuysa tür bakımından inşaî dava kuralları cari olacaktır. Bu noktada KMK m. 33/f. 1 hükmünün metnine de değinilmelidir. Hükmün ilk cümlesi, “*Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz.*” şeklindedir. Cümlelerin sonunda yer alan “*kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz*” ifadesinin yer bakımından hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü bu ibare, yokluk ve mutlak butlan hallerinde açılacak davanın niteliğinin de olarak iptal davası olacağı izlenimini uyandırmaktadır. Fakat yok hükmünde yahut kesin hükümsüz bir karara karşı iptal davası açılması hukuk tekniği bakımından isabetsizdir. Böyle durumlarda açılacak dava, nitelik itibariyle tespit davasıdır. Bu nedenle, hükümdeki cümlelerin sonuna böyle bir ibarenin eklenmiş olması isabetli değildir. Cümle sonundaki ifadenin ayrılarak yeni bir cümle olarak kurgulanması, bu hallerde açılacak tespit davası bakımından süre koşulu aranmayacağına belirtilmesi isabetli olacaktır.

İkinci önemli sonuç ise hak düşürücü sürelerle ilişkindir. Hak düşürücü süre bakımından ise yine ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Şayet nisaba aykırılığa, iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanacak ise bu durumda hükümde öngörülen hak düşürücü sürelerle riayet edilmelidir. Toplantıda alınan karara aleyhte oy kullanmak şartıyla<sup>20</sup> karar tarihinden itibaren 1 ay, toplantıya katılmayanların

20 Yargıtay’a göre, aleyhte oy kullanmadan yalnızca “ihtirazi kayıt” konulması dava açmak için yeterli olmaz. Toplantıya katılan malikin karar aleyhine dava açabilmesi için alınan kararın aleyhinde oy kullanması ve aleyhte oy kullanma sebebini belirtmesi gerekir. Bir kararda; “...davacının toplantıya katıldığı ve kararların tamamının oybirliği ile alındığı, davacının sadece “ihtirazi kaydı şartı ile” şerhi ile toplantı tutanağını imzaladığı, alınan kararların yok hükmünde veya mutlak butlanla geçersiz olmadığı anlaşıldığına göre yukarıda anılan Yasa maddelerine göre alınan kararlara aykırı oy kullanmayıp alınan kararlara karşı itiraz sebeplerini açıkça belirtmeksizin imzalayan davacının dava açma hakkı bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle kabulüne karar verilmesi...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir, bkz. Yarg. 18. HD., E. 2014/16228, K. 2015/12775, T. 16.09.2015.

Benzer yönde alınan bir başka kararda ise “Dosyadaki bilgi ve belgelerin, özellikle iptali istenen 20.03.2011 tarihli kat malikleri kurulu kararının incelenmesinde, davacıların sözü edilen kat malikleri kurulu toplantısına katıldıkları, hazırlanmış cetvelini imzaladıkları, alınan kararlara yönelik olarak bir itirazda bulunmuşlarsa da bu itirazlarının muhalefet niteliğinde kayda geçirdiğine dair bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu durumda yukarıda açıklanan Yasanın

kararı öğrenmesinden itibaren 1 ay ve her halükârda karar tarihinden itibaren 6 ay içerisinde dava açılması şarttır. Hâkim tarafından hak düşürücü sürelerle uyulup uyulmadığı re'sen nazara alınır. Bu süreye uyulmadan açılan davalar reddedilir<sup>21</sup>. Buna karşın karar batıl yahut yok hükmünde ise hak düşürücü sürelerle uyulması beklenmez. Kural olarak kat malikleri her zaman dava açabilirler.

Müeyyide türünün belirlenmesine bağlı olarak sonucu değişebilecek üçüncü husus ise, hükümsüz karara istinaden kat malikleri kurulu yahut yöneticinin doğrudan yaptıkları veya üçüncü kişilerle yapmış oldukları hukuki işlemlerin nasıl etkileneceğidir. Bu esasen müeyyide türünün kararı nasıl etkilediğiyle alakalı bir meseledir. Yokluk halinde, ortada kurucu unsurları bulunmayan, dolayısıyla hukuk aleminde varlık kazanamayan bir karar söz konusu olduğundan yapılan işlemler yetki yönünden dayanaksız kalacaktır. Kesin hükümsüzlük halinde ise bir karar bulunuyor olsa da baştan itibaren geçersizdir, bir diğer ifadeyle ölü doğmuştur. Bu durumda kesin hükümsüz karara istinaden yapılan işlemler de bu geçersizlikten etkilenecektir. Yalnız bu hususta kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi her durumda haklı görülmeyebilir. Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi şayet hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan TMK m. 2/f. 2 hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, artık bu yöndeki iddia dinlenmeyecektir<sup>22</sup>. Bir diğer ifadeyle, butlan etkisiz kalacaktır<sup>23</sup>. Bu yönüyle, sonuçları bakımın-

*şartlarına uyulmadığı anlaşıldığından açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle 20.03.2011 tarihli kat malikleri kurulu toplantısının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.*" şeklinde hüküm kurulmuştur, bkz. Yarg. 18. HD., E. 2014/8745, K. 2014/11094, T. 23.6.2014.

Kanaatimizce bu yaklaşım hak ihlalleri gibi ağır neticelere yol açabilecek niteliktedir. Gerçekçi olmak gerekirse, ülkemizdeki kat malikleri kurulu toplantılarında muhalif oy kullanılması durumunda, bunun gerekçeleri ile tutanağa geçirilmesi birçok sebepten ötürü kolay değildir. Toplantıyı yöneten divan başkanının her muhalif oyun gerekçesini dinleyip bunu not alması bazı hallerde pratik olarak da mümkün olamamaktadır. Özellikle günümüzde inşa edilen ve bağımsız bölüm sayıları yüzleri aşan toplu yapılarda pratik bakımdan böyle bir uygulamaya yapılması gerektiği kabulüyle hareket etmek gerçekçi olmayacaktır. Toplanma ve karar nisaplarında dahi birçok usulsüzlüklerin gerçekleştiği toplantılarda bu şartı aramak, hak arama özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olabilir. En azından ihtirazi kayıt ileri sürerek çekincelerini bir şekilde belirtebilmiş olan kat maliklerinin dava açmasının önüne geçilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

21 "Somut olayda; iptali istenen 22.09.2013 tarihli kat malikleri kurulunca alınan kararların aйдat belirlenmesine ilişkin olduğu, bu tür kararların yasanın belirlediği bir ve altı aylık sürelerle tabi olduğu, davacının kat malikleri kurulu toplantısına bizzat katıldığı, apartmanda ısı pay ölçer sistemine geçilmesini istediği ve bu nedenle alınan kararları muhalefet şerhiyle imzaladığı, bu durumda karar tarihi itibarıyla bir aylık sürede dava açması gerekirken bu süreyi geçirdikten sonra 13.11.2013 da açtığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle mahkemece davanın süre yönünden reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yarg. 18. HD., E. 2015/3282, K. 2015/16702, T. 18.11.2015. Aynı yönde Yarg. 18. HD., E. 2014/20318, K. 2015/9062, T. 01.06.2015; Yarg. 18. HD., E. 2014/16222, K. 2015/4771, T. 31.03.2015; Yarg. 18. HD., E. 2014/14840, K. 2015/2116, T. 16.02.2015.

22 Bu hususta genel bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar*, s. 326, N. 20 ve devamı (vd.).

23 Şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması biçiminde ileri sürülmesi halinde butlanın etkisiz kalacağı yönünde bkz. Yarg. 12. HD., E. 1991/7217, K. 1991/10901, T. 02.12.1991.

dan kesin hükümsüzlük ile yokluk müeyyideleri ayrılmaktadır<sup>24</sup>. Son müeyyide türü ise iptal edilebilirliktir. İptal edilebilirlik halinde ise mahkeme kat malikleri kurulu kararının iptaline hükmeder. İptal kararına kadar geçerli bir kararın varlığından bahsedilir<sup>25</sup>. İptal kararı, niteliği itibariyle inşai bir etkiye sahiptir<sup>26</sup>. Kararın iptaline hükmedilmesi ve bu hususun kesinleşmesi ile birlikte kararlar geçersiz hale gelirler. Bu hükmün geçmişte yapılan işlemleri nasıl etkileyeceği ise yapılan işlemin niteliğine göre değişiklik gösterebilecektir<sup>27</sup>.

Çalışmanın bundan sonraki bölümünde, nisaba aykırı kararlara uygulanacak müeyyidenin türü meselesi doktrindeki görüşler ve yargı içtihatları çerçevesinde incelenecektir.

### **B. Karar Yeter Sayısına Aykırılığın Yokluğa Sebep Olacağı Görüşü**

Bir hukuki işlemin temelinde, o hukuki işlemi doğuran irade beyanı bulunmaktadır. Hukuki işlemin hukuk aleminde mevcudiyet kazanması için kurucu unsur olan irade beyanının varlığı elzemdendir. Aksi takdirde söz konusu olduğu iddia edilen işlemin var olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu halde de hükümsüzlük tartışması yapmanın gereksiz olacağı söylenebilir<sup>28</sup>. Zira hükümsüzlük tartışması yapılabilmesi için bundan evvel bir ön şart olarak hukuki işlemin varlığının tespiti gerekmektedir.

24 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 518, N. 2; Nomer, s. 61-62. Moroğlu, aynı görüşte olmakla birlikte “hakkın kötüye kullanılması” yerine “dürüstlük kuralı” kavramını tercih etmiştir, Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş Dokuzuncu Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 37. Her dürüstlük kuralına aykırılığın aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesinin şart olmadığı nazara alındığında hakkın kötüye kullanılması kavramı tercihinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. “Dürüstlük kuralı” ile “hakkın kötüye kullanılması yasağı” arasındaki bağlantı ve görüşlerin özeti için bkz. Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 55, Sayı 3, 1997, s. 192, dn. 1.

25 Moroğlu, s. 28. “Yokluk nedeniyle iptali istenen 07.09.2009, 04.08.2010, 13.07.2011 ve 28.12.2011 tarihli kat malikleri genel kurul toplantısında alınan kararların tamamı yok hükmünde veya mutlak butlanla hükümsüz kararlar olmayıp iptal edilinceye kadar geçerli olan kararlardandır.” Yarg. 18. HD., E. 2014/14553, K. 2015/2224, T. 17.02.2015.

26 Nomer, s. 193.

27 Nomer, s. 198 vd. Anonim ortaklıklar bakımından bkz. Moroğlu, s. 336-337. Yazara göre, seçilen yönetim kurulunun görevde bulunduğu süreçte iyiniyetli üçüncü kişilerle temsil yetkisi çerçevesinde gerçekleştirildiği hukuki işlemler bakımından sonradan seçime ilişkin kararın iptal edilmesi halinde, bu iptal kararı geçmişte etkili olmayacaktır. Zira böyle bir durumda iyiniyetli üçüncü kişilerin yönetim kurulu üyelerinin yetkileri konusunda yarattıkları hukuki görünüme güvenleri haklı olarak korunur. Seçilen yönetim kurulu üyelerinin tescil edilmiş olmasının, üçüncü kişiler nezdinde bir hukuki görünüş yarattığını ve ortaklığın bu görünüş ile bağlı tutulmasının ticaret hukuku ilkesi olduğunu ifade etmektedir, bkz. Moroğlu, s. 86-87. Burada yorum yapılırken anılan görüşün ticaret hukuku ilkelerine göre temellendirildiği, KMK'nın ise amaç bakımından ticaret hukukundan farklı bir noktada olduğu unutulmamalıdır.

28 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 356, N. 19.

Yokluk müeyyidesine ilişkin doktriner tartışmalar<sup>29</sup> bir yana çalışma konumuz bakımından irdelenen mesele, karar nisabına ulaşmamasına rağmen alınan kat maliki kurulu kararının yok hükmünde sayılıp sayılmayacağıdır. Doktrinde oldukça taraftar bulan bir görüşe göre, karar yeter sayısına ulaşılamamış olması durumunda, yaptırım türlerinden yokluk gündeme gelecektir<sup>30</sup>. Zira böylesi bir durumda kurulun iradesinin oluşmayacağı<sup>31</sup>, olumlu yahut olumsuz bir kararın varlık kazanamayacağı ileri sürülmüştür<sup>32</sup>.

Yokluk görüşünün ulaştığı sonuca göre, karar yeter sayısına ulaşılamamışsa, açılacak davanın türü iptal davası/inşai dava değil, yokluğun tespiti davasıdır. KMK m. 33/f. 1 hükmü uyarınca, kat malikleri kurulu kararı yoklukla malul ise bu karar için süre sınırlaması olmaksızın sulh hukuk mahkemesinde dava açılabilir. Yokluğun tespitinin talep edilebilmesi için toplantıya katılmak, olumlu yahut olumsuz oy kullanmak şartı aranmamaktadır.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde, Yargıtay'ın yokluk görüşünü benimsediği kararlar olduğu gibi benimsemediği kararlara da rastlanılmaktadır. Müeyyide türleri arasında hangisinin tercih edileceğine ilişkin tartışmanın yapıldığı az sayıda karardan yeni tarihli olan bir Hukuk Genel Kurulu kararında, karar nisabına aykırılığın yokluk yaptırımına tabi tutulacağına ilişkin görüşün kurulun

29 Yokluk ile kesin hükümsüzlüğün evlenme dışında bir farkı olmadığı görüşü için bkz., Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I-Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği* (Borçlar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 213; Muvazaalı sözleşmelerin yok hükmünde sayılacağı hususunda bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar*, s. 581, N. 2. Taşınmaz satışı gibi resmi şekil gerektiren hallerde şeklin kurucu unsur olduğu, bu nedenle şekle aykırılığın yokluğa sebep olacağı hususunda bkz. Max Keller, Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988, s. 26. Bu husustaki genel tartışmalar için bkz. Nomer, s. 61-62.

30 Arpacı, Yönetim, s. 172-176; Sağlam, s. 1368, dn. 57; Şengül, s. 583-584; Güneş Ayyıldız, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 2, 2006, s. 697; Nar, s. 184; Öktem-Çevik, s. 131.

31 Arpacı, Yönetim, s. 174.

32 Johannes Baltzer, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Grote, Köln und Berlin, 1965, s. 85. Dernek genel kurul kararları bakımından aynı görüşe bkz. Zafer Saka, *Dernekler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 149. Anonim ortaklıklar hukuku bakımından aynı görüşte Hans Michael Riemer, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Stämpfli, Bern, 1998, N. 277; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat, İstanbul, 2010, N. 721; Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*, Temel Yayınları, 1998, İstanbul, s. 883; Fahiman Tekil, "Yokluk Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 1098; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler, II, Anonim Şirketin Organizasyonu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959, s. 66; Oğuz İmregül, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı, Yasa, İstanbul, 1989, s. 149-153; İsmail Kurca, *Anonim Şirketler Hukuku Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 10.

çoğunluğu tarafından benimsenmediği görülmektedir<sup>33</sup>. Fakat yokluk görüşünün kurulun çoğunluğu tarafından neden benimsenmediği karar metninden anlaşılamamaktadır. Buna karşın, anılan kararda yokluk yaptırımını savunan karşı oy gerekçesi detaylı olarak sunulmuş olup şöyledir; “*Yönetici seçimine ilişkin karar, kat maliklerinin oluşturduğu topluluğun iradesidir. Kat malikleri kurulu kararının yokluk yaptırımına tabi olması için kurucu unsur olan iradenin oluşmamış olması gerekmektedir. Kat malikleri kurulunun alacağı kararlarda irade unsuru karar yeter sayısı için öngörülen yeterli çoğunluğa ulaşılmayla gerçekleşir. Kurulda, karar yeter sayısı için öngörülen çoğunluğun oluşmamasına rağmen karar alınmışsa kurucu unsurun eksikliğinden dolayı alınan karar yokluk yaptırımına tabi olacaktır. Yokluk yaptırımına ilişkin bir kararın iptali için dava açılmasında hukukî yararın bulunmadığı düşünülebilir ise de yokluk durumunun varlığı konusunda düşülen ihtilaf nedeniyle de kat malikleri arasında uyuşmazlık çıkması mümkün olduğundan alınan yönetici seçimi kararının yok hükmünde olduğunun tespiti için dava açılabileceğinin kabulü gerekir.*”. Karşı oy hem dayanılan hukuki sebepler hem de sonuçlar bakımından doktrinde ileri sürülen “yokluk” görüşü ile uyumludur.

HGK kararının aksine, Yargıtay’ın daha eski tarihli bazı kararlarında nisaba uyulmamasının yaptırımının yokluk olduğuna hükmedilmiştir. Örneğin bir kararda KMK m. 42 hükmünde aranan nisaba aykırı alınan kararın yok hükmünde olacağı, bu nedenle süre koşulu aranmadan davanın açılabileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir<sup>34</sup>. Buna benzer birçok karar bulunmaktadır<sup>35</sup>. Dolayısıyla Yargıtay’ın bu hususta kesin bir tutum sergilediğini söylemek güçtür. Bununla birlikte en güncel tarihli HGK kararında yokluk görüşünün benimsenmediğini tekrar anımsatmak gerekmektedir.

Her ne kadar amaç bakımından ve yapısal olarak eş olmasa da bu meselede tüzel kişilerin genel kurul organlarına ilişkin görüş ve içtihatları incelemenin

33 Yarg. HGK, E. 2019/34, K. 2022/654, T. 17.05.2022.

34 “42. maddesinde ise “Kat maliklerinden birinin isteği üzerine ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır. Ancak toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılır.” hükmü yer almaktadır. Buna göre iptali istenen kat malikleri kurulu kararı nitelikli çoğunlukla alınması gerekli bir karar olup, yasanın aradığı koşulları taşımaması halinde yok hükmünde bir karar olacağından süre koşulu aranmaz.” Bkz. Yarg. 18. HD., E. 2013/19750, K. 2014/4538, T. 13.03.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.06.2023.

35 Yarg. 18. HD., E. 2014/16826, K. 2014/15793, T. 10.11.2014; Yarg. 18. HD., E. 2013/16525, K. 2014/2178, T. 13.02.2014; Yarg. 18. HD., E. 2013/15913, K. 2014/554, T. 16.01.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.06.2023.

de fikir verebileceğini düşünmekteyiz. Anonim ortaklıklarda ve kooperatiflerde Yargıtay'ın yokluk görüşünü daha çok benimsediği anlaşılmaktadır<sup>36</sup>. Bu yöndeki kararları da değerlendiren ZENGİN, Yargıtay'ın anonim ortaklıklardaki "yokluk" görüşünün artık kabul edilen görüş olduğunu ileri sürmektedir<sup>37</sup>. Kooperatif genel kurulunda toplantı nisabının sağlanmasına rağmen karar nisabının sağlanmadığı bir duruma ilişkin kararda "...Dava, davalı kooperatif genel kurulunun kararlarının iptali istemine ilişkindir. Genel kurula gelip, muhalefet şerhini yazdırmayan davacılarından Cevdet ve Bilal bakımından, davanın gündemin 8'inci maddesi altında, yapılan anasözleşme değişiklikleri yönünden de reddi doğru olmamıştır. Zira sözleşmenin 63'üncü maddesine göre, anasözleşme değişikliği için katılanların 2/3'ünün olumlu oyu gerekmektedir. Somut olayda, toplantı nisabı var ise de 2/3 çoğunluk sağlanmamış olmakla anasözleşme değişikliğine ilişkin alınan kararları yok hükmünde olup, muhalefet şerhi olmasa da davacıların dava hakkı vardır..." şeklinde hüküm tesis edilmiştir<sup>38</sup>.

Kat malikleri kuruluna amaç bakımından benzer olmasa da dernek genel kuruluna dair kararlara da göz atmakta fayda vardır. Nitekim mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda kat malikleri kurulu kararları bahsinde derneklere atf yapılmaktadır<sup>39</sup>. Dernekler bakımından da karar yeter sayısına ulaşamaması halinde yokluk yaptırımının uygulanacağı ileri sürülmektedir<sup>40</sup>.

### C. Karar Yeter Sayısına Aykırılığın Kesin Hükümsüzlüğe Sebep Olacağı Görüşü

Bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olması, kurucu unsurların mevcut ol-

36 Yarg. 11. HD., E. 2005/9997, K. 2006/2773, T. 17.03.2006. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; "Buna göre davalı şirketin kuruluşu sırasında yürürlükte olan TTK'nun 388 nci maddesi ile ilk iki fıkrada gösterilen ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları dışında diğer anasözleşme değişikliklerinin ilk toplantıda şirket sermayesinin en az 3/4'ünün, ikinci toplantıda yarısının, üçüncü toplantıda ise 1/3'nün hazır bulunması koşulu ile müzakere edilebileceği ve hazır bulunanların 2/3'ünün kabul oyu ile ana sözleşme değişikliğinin mümkün olduğu hükmüne bağlanmış olması itibarıyla dava konusu genel kurulda alınan anasözleşme değişikliklerine ilişkin kararların yukarıda açıklanan nisaplar gözetilmediğinde, karar nisabının oluşmadığı ve bu nedenle de alınan kararların yok hükmünde olduklarının kabulü gerekmektedir.". Limited şirket bakımından benzer kararlar, Yarg. 11. HD., E. 2013/11753, K. 2014/1144, T. 20.01.2014; Yarg. 11. HD., E. 2000/3170, K. 2000/6471, T. 06.07.2000.

37 İbrahim Çağrı Zengin, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar*, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 51.

38 Yarg. 11. HD., E. 2005/14333, K. 2006/11909, T. 20.11.2006 (Mahmut Coşkun, *Kooperatifler Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 751'den naklen). Benzer bir karar için bkz. Yarg. 23. HD., E. 2016/7021, K. 2019/1918, T. 13.05.2019.

39 ZGB Art. 712m hükmü ZGB Art. 75 hükmüne atf yapmaktadır.

40 Saka, s. 149; Burak Sabuncu, *Derneklerde Genel Kurul Organı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 321-322.



masına rağmen kamu düzenine ilişkin geçerlik şartlarının bulunmaması demektir. Bu durumda hukuki işlem doğmuştur lakin yapıldığı andan itibaren kesin olarak hükümsüzdür, yaygın tabirle ölü doğmuştur<sup>41</sup>. Kesin hükümsüzlük sebepleri Türk Borçlar Kanunu m. 27/f. 1’de sayılmış ise de hükümdeki sebepler tahdidi değildir<sup>42</sup>.

Doktrinde yokluk ve iptal edilebilirlik görüşlerinin taraftarlarına nazaran azınlıkta kaldığını ifade edebileceğimiz bir görüşe göre, karar nisabına uyulmadan alınmış bir karar, kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır<sup>43</sup>. Bu görüşün temel argümanı, KMK’da yer alan karar yeter sayılarına ilişkin hükümlerin emredici niteliğe sahip olduğudur. Buradan hareketle, kanunun emredici hükümlerine aykırı hukuki işlemler kesin hükümsüzdür.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının kabulü birtakım sonuçlara yol açar. Öncelikle kararın kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılırsa, buna karşı açılacak davanın türü iptal davası değil tespit davasıdır. Bir diğer ifadeyle, mahkemeden kesin hükümsüzlüğün tespiti istenmelidir. İkinci sonuç ise, dava açma sürelerine ilişkin olup, yokluk yaptırımıyla benzer şekilde bu durumda da dava açma için herhangi bir hak düşürücü süre yahut zamanaşımı söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla, bu şekildeki kararlara karşı her zaman tespit davası açılabilir.

Neticeleri itibarıyla yokluk ve kesin hükümsüzlük görüşleri birbirleri ile aynı gözükse de kesin hükümsüzlüğün yokluktan ayrıldığı önemli bir durum<sup>44</sup> bulunmaktadır. Şöyle ki, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmemelidir. Aksi halde, kesin hükümsüzlük iddiası dinlenmeyecektir. Yokluk yaptırımında ise böyle bir itirazdan bahsedilemez. Bu esasında önemli bir fark yaratır. Söz gelimi, nisaba aykırı alınan bir karara karşı, toplantıya katılıp olumlu oy kullanan bir kat malikinin, daha sonra çıkarlarına aykırı sonuçlar doğurması sebebiyle dava açması durumunda artık karar kesin hükümsüz olarak kabul edilse dahi davacının iddiası hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceğinden dinlenmeyebilir. Elbette bu meselede açılan davanın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken oldukça dikkatli olunmalıdır. Sadece kararın üzerinden uzun zaman geçmesi yahut kararın davacı malikın çıkarlarına

41 Hasan Erman, *Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Der, İstanbul, 2016, s. 79.

42 Örneğin muvazaalı sözleşmeler, tam ehliyetsizlerin yaptıkları işlemler de kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalır.

43 Rolf H. Weber, *Die Stockwerkeigentümergeinschaft: praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht*, Schulthess, Zürich, 1979, s. 404.

44 Kesin hükümsüzlük ile yokluk arasındaki diğer fark ise “tahvil” imkânı olup, konumuz bakımından tahvile müracaat edilmesi söz konusu olmaz, bkz. Nomer, s. 108.

aykırı olması veya toplantıya katılmasına rağmen bilerek oy kullanmaması gibi durumlarda açılan her davanın hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kesin bir biçimde söylenemez. Bir diğer ifadeyle burada genel ve kesin ilkeler belirlemek hakkaniyetli ve somut olayın niteliklerine uygun olmayacaktır. Hâkim, somut vakıanın şartlarını değerlendirerek takdir yetkisini kullanmalıdır.

Yargıtay'ın karar nisabına aykırı halde alınan kat malikleri kurulu kararlarını kesin hükümsüz olarak kabul ettiği içtihatları bulunmaktadır. Özellikle yönetim planı değişikliğine dair kararlar bu bakımdan önem arz etmektedir. Bir kararda, yönetim planının KMK m. 28 hükmüne aykırı olarak beşte dördlük çoğunluk olmadan değiştirilmesi yönündeki kararın mutlak butlanla batıl olduğuna hükmedilmiştir. İlgili kararın gerekçesini Yargıtay şu şekilde ifade etmektedir; “634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi uyarınca, yönetim planının bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olduğundan değiştirilmesi, bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile mümkün olup, kat maliklerinin 33. maddeye göre mahkemeye başvurma hakları saklıdır. Belirtilen yasa maddeleri dikkate alındığında dava konusu anataşınmazda yönetim planının değiştirilmesine ilişkin kararların yasada aranan çoğunlukla alınmadığından, mutlak butlanla hükümsüz sayılarak Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesinde düzenlenen süre şartına bakılmaksızın mahkemece işin esasına girilip tarafların göstereceği deliller toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine, düşünülmeden, mahkemece davanın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesinde öngörülen sürelerde açılmaması nedeni ile davanın reddi doğru görülmemiştir.”<sup>45</sup> Bu kararda, beşte dördlük çoğunluğu düzenleyen KMK m. 28 hükmünün emredici niteliğinden yola çıkılarak kesin hükümsüzlük sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar karar metninde emredici niteliğe özel bir vurgu yapılmamışsa da içerikten bu sonuca ulaşmaktayız. Benzer gerekçelerle aynı neticeye ulaşılan başka kararlar da bulunmaktadır<sup>46</sup>.

Anılan kararlarına karşın, aynı hukuk dairesinin yönetim planı değişikliğine ilişkin beşte dördlük çoğunluğa uyulmaması halinde kararın yoklukla malul olacağına hükmettiğine de rastlanılmaktadır<sup>47</sup>. Kanaatimizce Yargıtay burada yokluk

45 Yarg. 18. HD., E. 2015/7135, K. 2016/3137, T. 24.02.2016, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.03.2023.

46 Yarg. 18. HD., E. 2012/14472, K. 2013/1108, T. 28.01.2013; Yarg. 20. HD., E. 2012/14472, K. 2013/1108, T. 01.01.2013, www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 09.03.2023.

47 “Buna göre Kat Mülkiyeti Yasasının 28. maddesi gereğince yönetim planı tüm kat maliklerinin 4/5 çoğunluğu ile değiştirilebileceği, maddede belirtilen nitelikli çoğunlukla alınmamış kararın yok hükmünde bir karar olacağı bu nedenle bu tür kararların iptalinde süre koşulu aranmayacağı dikkate alınmadan 11.07.2009 tarihli kat malikleri kurul kararının iptali davanın da reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”, bkz. Yarg. 18. HD., E. 2015/4800, K. 2015/18113, T. 09.02.2015.

ile kesin hükümsüzlük arasındaki farkı göz ardı ederek, bir diğer ifadeyle yeterince dikkatli davranmayarak bu sonuçlara ulaşmıştır. Sanki yokluk ile kesin hükümsüzlük tamamen aynı sonuçları meydana getiriyormuşçasına bir tutum gözlenmektedir. Yargıtay'ın esas yoğunlaştığı mesele, davanın süresinde açılıp açılmadığı olduğu, burada ise neredeyse ikili bir ayırım yapıldığı, bu ayırımın “iptal edilebilirlik” ve “yokluk ile mutlak butlan” şeklinde gerçekleştiğini anlamaktayız. Bununla birlikte, şu ana kadar paylaşılan kararlara ve kararlardaki gerekçelere aykırılık teşkil edebilecek nitelikteki bir başka Yargıtay kararında, yönetim planında yer alan düzenlemenin aksini öngören ve beşte dördlük çoğunluk sağlanmadan alınan kat malikleri kurulu kararını yok veya kesin hükümsüz kabul eden yerel mahkeme kararı bozulmuş, iptal edilebilirlik için aranan hak düşürücü sürenin geçmesinden ötürü davanın reddinin gerektiğine hükmedilmiştir<sup>48</sup>. Mevzubahis kararın içeriğinden Yargıtay'ın hangi gerekçelerle yerel mahkeme kararını bozduğu tam anlaşılmadığından kat'î bir yorumda bulunmanın da imkân dahilinde olmadığını belirtmek gerekir. Netice itibarıyla yönetim planı bakımından aranan beşte dördlük çoğunluğa aykırılık hakkında Yargıtay'ın üç farklı yönde de kararlar verdiği ve bu durumun hukuk güvenliğini zedelediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Son olarak dernekler bakımından da kesin hükümsüzlüğü ileri süren azınlık görüşü mevcut olduğunu ifade etmek gerekir<sup>49</sup>. Keza kooperatifler bakımından da aynı sonuca ulaşan bazı federal mahkeme kararları da bulunmaktadır<sup>50</sup>.

48 “Mahkemece, 25.11.2012 tarihli kurul toplantısında alınan 2, 3 ve 4 numaralı kararlarda, ortak giderlere her kat malikinin eşit oranda katılacağı belirtilmiştir, yönetim planının 25. maddesinde ise ortak giderlere her kat malikinin arsa payı oranında katılacağı düzenlendiği, 25.11.2012 tarihinde yapılan toplantıda alınan kararların ortak giderlere ilişkin olduğu, bu husus gözönüne alındığında toplantıda alınan kararların yönetim planı değişikliğine ilişkin olduğu, yönetim planı değişikliği yapılabilmesi için KMK'nın 28/3. maddesi gereğince bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyunun gerektiği ve bu çoğunluğa uyulmadan alınan kararların mutlak butlanla batıl veya yok hükmünde sayıldığı gerekçesiyle davanın kabulü ile sayılı taşınmaz üzerinde kurulu bulunan apartmanın 25.11.2012 tarihli kat malikleri kurulu toplantısında alınan 2, 3 ve 4 numaralı maddeler ile alınan kararların iptaline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... Dosyada toplanan bilgi ve belgelere göre; davacı tarafın iptalini talep ettiği 25.11.2012 tarihli kat malikleri kurulu toplantısına katılmadığı ve davanın 31.12.2014 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Toplantıda alınan kararlar iptal edilinceye kadar geçerli kararlar niteliğinde olup kararların yok hükmünde olmasını veya mutlak butlanla hükümsüz sayılmasını gerektiren bir neden de bulunmadığından, anılan madde uyarınca 6 aylık hak düşürücü sürenin dolmasından sonra açılmış olan davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 20. HD., E. 2017/3064, K. 2017/6690, T. 21.09.2017.

49 Rona Serozan, *Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, Filiz, İstanbul, 1994, s. 65.

50 Kooperatiflerde emredici çoğunluğa uyulmadan alınan kararların batıl olduğu yönünde bkz. BGE 78 III 43, 44, www.entscheide.weblaw.ch, Erişim Tarihi: 11.03.2023. Söz konusu federal mahkeme kararında, kanunun emredici hükmünde öngörülen zaruri yeter sayının sağlanamaması nedeniyle geçerli olmayan kararın, itiraz edilmemesi halinde sadece zamanaşımı nedeniyle geçerli hale gelmeyeceği, emredici kurala aykırılığın geçersizliğe yol açacağı ifade edilmiştir. Benzer bir karar için bkz. BGE 93 II 30, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 11.03.2023.

### D. Karar Yeter Sayısına Aykırılığın İptal Edilebilirliğe Sebep Olacağı Görüşü

Hukuki işlemde yokluğa yahut kesin hükümsüzlüğe yol açmayacak düzeydeki birtakım geçerlilik unsurlarına aykırılıklar bulunabilir. Bu halde, kesin hükümsüzlükten ayrılan bir hükümsüzlük türü olarak iptal edilebilirlik söz konusu olur. Doktrindeki bazı yazarlar, karar nisabına ulaşılmadan alınan karar için en uygun yaptırımın iptal edilebilirlik olduğunu savunmaktadırlar<sup>51</sup>. Bu görüşe göre, genel kurul kararlarının meydana gelişine ilişkin bir sakatlığın yokluğa mı sebep olacağı yoksa iptal edilebilirlik müeyyidesinin mi uygulanacağı hususunda bir tereddüt varsa “*yokluğun istisnailığı/ikincilliği ilkesi*” ve işlem güvenliğinin korunması saikiyle iptal edilebilirliğin uygulanması daha isabetli olur<sup>52</sup>.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, iptal kararı kesinleşinceye kadar geçerli bir kurul kararı söz konusudur<sup>53</sup>. Bir diğer ifadeyle, iptal kararı kesinleşinceye kadar iptali istenen karar hükümlerini doğurmaya devam eder. İptal kararı kesinleşince, bu hüküm geçmişe etkili (ex tunc) olur ve karar baştan itibaren geçersiz hale gelir<sup>54</sup>. Fakat bu kesin bir durum değildir. Somut olayın özelliklerine göre iptal kararına rağmen geçmişte gerçekleştirilen bazı işlemler geçerliliğini korur<sup>55</sup>. Yargıtay’ın özellikle yönetici seçimine ilişkin içtihatlarında da iptal kararının geriye yürümeğeğine ilişkin kararları bulunmaktadır<sup>56</sup>.

Bu görüşe göre, iptal edilebilirlik hukuk güvenliği bakımından daha isabetli bir yaptırımdır. Usul hükümlerine aykırılık olmasına doğrudan bir sonuç bağlamaktansa kararın geçersiz kılınıp kılınmama hususundaki seçim hakkının birlik üyelerine bırakılması gerekir<sup>57</sup>.

İptal edilebilirlik görüşünün diğer görüşlerden ayrıldığı temel noktalardan bir diğeri ise sürelerle ilişkindir. Buna göre iptal edilebilir bir kat malikleri ku-

51 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 23. Bası, Filiz, İstanbul, 2021, N. 2305; Weber, 404; Nomer, s. 97, 104; Feridun Çakır, *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 298. Çakır, toplantı nisabına uyulmamasının kendi deyimiyle “yok hükmünde olup mutlan butlan olduğunu” savunurken, karar yeter sayısına ulaşılmamasının iptal edilebilirliğe yol açacağını ileri sürmüştür. Hemen belirtelim ki yokluk ile mutlak butlanı aynı müeyyide olarak değerlendirmek temel ilkelere aykırıdır.

Anonim ortaklıklar bakımından bkz. Moroğlu, s. 138-140; Mehmet Cemil Türk, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, Adalet, Ankara, 2019, s. 108.

52 Senyen-Kaplan, s. 302.

53 Moroğlu, s. 28; Türk, s. 77.

54 Riemer, s. 95; Nomer, s. 197.

55 Kişi birlikleri bakımından bkz. Nomer, s. 198 vd. Anonim ortaklıklar bakımından bkz. Moroğlu, s. 86-91.

56 Yarg. 20. HD., E. 2017/847, K. 2017/6512, T. 19.09.2017; Yarg. 18. HD., E. 1996/336, K. 1996/1714, T. 15.02.1996; Yarg. 18. HD., E. 2014/16777, K. 2015/8391, T. 14.05.2015.

57 Nomer, s. 105.

rule kararı söz konusu ise KMK m. 33 hükmüne göre, aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde dava açmalıdır. Bu süreler, hak düşürücü nitelikte olduğundan, sürelerin kaçırılması durumunda hâkim bu durumu re'sen nazara alacak ve davayı reddedecektir. Uygulamada birçok davanın bu sebeple süre bakımından reddolunduğuna rastlanılmaktadır<sup>58</sup>.

Bir diğer fark ise iptal davasını açabilecek kişiler ile diğer hükümsüzlük türlerini ilişkin davayı açabilecek kişilere ilişkindir. Bir diğer ifadeyle, aktif husumet yokluğu bakımından bir fark söz konusudur. KMK m. 33/f. 1 hükmünde iptal davasını açma yetkisi münhasıran kat maliklerine tanınmıştır. Hükmün lafzından yokluk ve kesin hükümsüzlük halinin de bu kapsamda kalacağı çıkarımı yapılabilir. Fakat yokluk ve kesin hükümsüzlüğün tespitini ilgisini ispat eden herkes açabilir. Bu bakımdan dava açabilecekleri kat malikleri ile sınırlandırmak isabetli olmaz. Örneğin, yok hükmünde bir kurul kararıyla yetki alan yönetici ile işlem yapacak üçüncü kişilerin durumdan haberdar olması halinde işlemten evvel kurul kararının yok hükmünde olup olmadığı hususunda bir tespit davası açmasında hukuki yarar olduğunu düşünmekteyiz. Böylece hukuki yararını ispat eden üçüncü kişinin de husumet bakımından sorun yaşamadan davasını ikame edebileceği düşünülmektedir.

Yargıtay'ın karar nisabına aykırılık halinde yokluğa ve kesin hükümsüzlüğe hükmettiği farklı içtihatlarından yukarıda bahsedilmişti. Birçok Yargıtay kararlarında ise karar nisabına aykırılık halinde iptal edilebilir bir karar söz konusu olacağına hükmedilmiştir. Nispeten güncel sayılabilecek bir kararda yerel mahkeme, oy birliği ile alınması gereken bir kararın oy çokluğu ile alınmasını iptal edilebilirliğe tabi tutmuş, akabinde Yargıtay da bu kararı onamış ve butlan gerektiren bir hâl olmadığına hükmetmiştir<sup>59</sup>.

58 Yarg. 18. HD., E. 2014/16222, K. 2015/4771, T. 31.03.2015; Yarg. 20. HD., E. 2017/915, K. 2017/6513, T. 19.09.2017.

59 "Mahkemece, 15/03/2015 Kat Malikleri Kurulu toplantısının 5 numaralı kararında AVM'de bulunan dükkanların önlerindeki ortak alanların kiraya verilmesine oy çokluğu ile karar verilmiş ise de Kat Mülkiyeti Kanununun 45. maddesinde ana gayrimenkulün bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temlik tasarrufların veya ana yapının dış duvarlarının çatı veya damının reklam maksadı ile kiralanması gibi önemli yönetim işlerinin ancak kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılabilmesi gerekçesiyle iptaline... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlar ile yasal gerektirici nedenlere göre, dava kat malikleri kurulu kararlarının iptali istemine dair iptali istenen kat malikleri kurulu toplantısında alınan kararların niteliğine bakıldığında da yoklukla veya butlanla malul olmasını gerektirecek kararlar da alınmadığı anlaşılmakta olup... hükmün ONANMASINA..." Yarg. 20. HD., E. 2017/2813, K. 2018/465, T. 24.01.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 08.04.2023.

Yönetici ve denetçi seçimine ilişkin verilen kararlar da konumuz bakımından dikkat çekicidir. Bir karara göre, yönetici seçiminin KMK m. 34/f. 4 hükmünde aranan sayı ve arsa payı çoğunluğu ile gerçekleşmemesi durumunda alınan karar yok hükmünde olmayıp, iptal edilebilir niteliktedir<sup>60</sup>. Yargıtay'ın bu ve buna benzer kararları verirken ana taşınmazın yönetimsiz kalmaması saikiyle hareket ettiği düşünülmektedir. Bir başka kararda bu saik açıkça şu şekilde belirtilmiştir; “*Mahkemece davacının yönetici seçildiği 12/02/2012 tarihli toplantının yok hükmünde olduğu ve davacının aktif taraf ehliyetine sahip olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de bu karar yanlıştır. Şöyle ki; Anataşınmazda yönetimin sürekliliği esas olup yönetici ve denetici seçimine dair kararlar iptal edilinceye kadar geçerli olduğundan yok hükmünde sayılamazlar.*”<sup>61</sup>. Bu kararlardan yola çıkarak Yargıtayın “*yönetimin sürekliliği*” isimli bir ilke oluşturduğu söylenebilir<sup>62</sup>.

### III. Karar Yeter Sayısına Aykırılık Halinde İzlenmesi Gereken Yöntem

#### A. Genel Olarak

Yukarıdaki başlıklarda izah olunduğu üzere kat malikleri kurulu toplantısında karar yeter sayısına erişilmemesine rağmen kararın alındığı durumlarda bu kararın hukuki akıbetinin ne olacağı yönünde üç farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir kısım yazarlar ortada bir iradeden bahsedilemeyeceğinden hare-

60 “Yönetici seçiminin kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile seçilmemiş olması halinde bu karar iptal edilinceye kadar geçerli kararlardan olup kararın yok hükmünde kabulü sonucunu doğurmaz. Kat Mülkiyeti Kanununun 34. maddesi gereğince kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar alınmamış olması nedeniyle yönetici seçimi ile ilgili alınan kararın iptali ile yetinilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle kararın yok hükmünde olması sebebiyle tamamen iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Bkz. Yarg. 18. HD., E. 2014/13169, K. 2014/13382, T. 15.09.2014. Benzer yönde daha yeni tarihli bir kararda şu şekilde hüküm kurulmuştur; “Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden dava konusu iptali istenen 29/06/2012 tarihli kat malikleri kurulu toplantısına davacının katılmadığı, ancak davasını 634 Sayılı Kanun’un 33. maddesinde öngörülen 6 aylık süreden sonra 29/12/2015 tarihinde açtığı anlaşılmaktadır. Yönetici seçiminin kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile seçilmemiş olması halinde bu karar iptal edilinceye kadar geçerli kararlardan olup kararın yok hükmünde kabulü sonucunu doğurmaz. Bu nedenlerle mahkemece 29/06/2012 tarihli kat malikleri genel kurulu toplantısında alınan yönetici seçilmesine ilişkin talebinde hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesi gerekirken anılan gerekçe ile iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 20. HD., E. 2017/3180, K. 2018/8219, T. 12.12.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 08.04.2023.

61 Yarg. 20. HD., E. 2017/4462, K. 2018/6102, T. 01.10.2018. Benzer yönde bir başka karar için bkz. Yarg. 20. HD., E. 2018/811, K. 2018/4119, T. 29.05.2018. Yönetici ile birlikte denetçi için de aynı esasın kabul edildiği bir karar için bkz. Yarg. 20. HD., E. 2017/4246, K. 2018/2901, T. 12.04.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.04.2023.

62 Yönetimin sürekliliği ilkesinden bahsedilen kararlar için bkz. Yarg. 20. HD., E. 2017/3807, K. 2017/7128, T. 02.10.2017; Yarg. 18. HD., E. 2014/11314, K. 2014/18929, T. 12.12.2018; Yarg. 20. HD., E. 2018/549, K. 2018/3482, T. 07.05.2018; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 6. HD., E. 2019/945 K. 2019/756, T. 01.07.2019.

ketle hukuki işlemin yoklukla malul olduğunu savunmaktadırlar. Bazı yazarlar ise karar yeter sayılarını düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olduğunu, buna aykırılığın ise kesin hükümsüzlüğe yol açacağını düşünmektedirler. Niha-yet son grupta yer alan yazarlar, daha çok faydacı addedebileceğimiz sebeplerle yeter sayıya ulaşılmasını kurucu unsur görmemekte, aykırılık halinde ise iptal edilebilir bir kararın söz konusu olacağını savunmaktadırlar. Yargı içtihatlarını taradığımızda ise her üç görüşün de savunduğu düşüncelere uygun kararlara rastlanılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, bu meselede tam bir içtihat farklılığı göz-lemlemektedir. Hatta daha ileri gidilecek olursa, beşte dörtlük çoğunluk me-selesi gibi durumlarda Yargıtay'ın aynı hukuk dairesinin dahi farklı kararlarına rastlanılmaktadır<sup>63</sup>.

Hemen ifade edelim ki bu konudaki içtihat ayrılığı, başka bir tabirle aynı konuda dava açan kişilerin farklı sonuçlara maruz kalması, yargı kararlarının öngörülemezliğine ve hukuk güvenliğinin sarsılmasına yol açmaktadır. Bu iç-tihat farklılığının giderilmesi yargı erkine olan güveni de artıracaktır. Bu so-runlu durumun çözülebilmesi için iki farklı yönetime müracaat edilebilir. Ya bu konudaki tüm içtihatlar aynılaştırılmalı (içtihadı birleştirme yoluyla) ya da bir yasa değişikliği vasıtasıyla uygulamada birlik sağlanmalıdır. Bu meselenin hal-li bakımından bir kanaate varmadan evvel öncelikle hukuki işlem türlerinden olan “karar” hakkında kısa bir bilgi verilmesi faydalı olacaktır. Ancak bundan sonra tutarlı bir sonuca varılabilecektir.

Bir diğer mesele ise konunun doktrinde daha çok geçersizlik türü çerçeve-sinde irdelenmesi, bu geçersizliğin uygulama bakımından pratik sonuçlarına yeterince değinilmemiş olmasıdır. Esasen konunun doğrudan pratik sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar iki türdür. Birinci olarak, kat malikleri kurulu-nun sadece anataşınmaz veya kat maliklerini ilgilendiren kararları bakımından doğan sonuçlardır. İkinci olarak ise kurulda alınan kararlara istinaden üçüncü kişilerle gerçekleştirilen hukuki işlemlerin akibetidir. Meselenin çözümünün bu iki türlü sonucu nasıl etkileyeceği, esas olarak irdelenmesi gereken husus-ların başında gelmektedir. Buna göre, varacağımız kanaatin bu sonuçları nasıl etkileyeceği de irdelenecektir.

## B. “Karar” Şeklindeki Hukuki İşlemlerin Niteliği

Hukuki işlemleri taraf bakımından bir ayrıma tuttuğumuzda tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı hukuki işlemler şeklinde bir sınıflandırma yapılması mümkündür. İşte karar, baskın görüşe göre çok taraflı olan hukuki işlemler-dendir<sup>64</sup>. Karar, tüzel kişiliği bulunsun ya da bulunmasın bir kişi topluluğunun

63 Bkz. III, C.

64 Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çevirmen: Cevat Edege, Yeni Matbaa,



belirli bir konudaki iradesinin oylama yöntemiyle oluşmasını sağlayan hukuki işlemdir<sup>65</sup>. Karar, kararı alan kişi topluluğunun iç ilişkilerini ilgilendirir. Prensipte itibarıyla doğrudan dış ilişkide bir sonuç doğurmaz<sup>66</sup>. Kişi topluluğunun üçüncü kişilerle hukuki işlemler gerçekleştirmek istemesi halinde, karar, o işlemin kişi topluluğu tarafının iradesinin hukuki dayanağını oluşturmaktadır<sup>67</sup>. Örneğin, anataşınmazın etrafının çitle çevrilmesi yönünde kat malikleri kurulu tarafından alınan bir karar, tek başına üçüncü kişilere bu işlemin yapılmasına yetmez. Yöneticinin bu karara istinaden üçüncü kişilerle bir sözleşme akdetmesi gerekecektir. Yönetici, burada sözleşmenin tarafı değildir. Kat malikleri kurulunun verdiği karara istinaden anataşınmazdaki maliklerin temsilcisi şeklinde hareket edecek ve kararın sınırları çerçevesinde üçüncü kişi ile sözleşme akdedecektir.

### C. Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Oluşması

Kat malikleri kurulunun kararlarının oluşması için birtakım aşamalardan geçmesi gerekmektedir. Öncelikle usulüne uygun toplanan kurulda, karar alınması için gündemde yer alan yahut eklenen teklif görüşülmeli, daha sonra bu teklif oya sunulmalıdır. Oylama esnasında KMK m. 31 hükmünde belirlenen “oya katılma” esaslarına bilhassa dikkat edilmelidir. Zira özellikle toplu yapılarda ve çok fazla bağımsız bölüm içeren tekil yapılarda vekaleten oy kullanma durumunda hesaplar karışabilmektedir. Keza birden fazla bağımsız bölüme malik olanların nisaplardaki durumu da birtakım hesap hatalarına yol açabilmektedir.

Oylama sonucunda divan başkanı teklif için gerekli karar nisabına ulaşıp ulaşılamadığı tespit edip, bu durumu genel kurula açıklamalıdır. Daha sonra bu netice toplantı tutanağına geçirilmeli ve akabinde noter mühürüyle tasdikli karar defterine işlenmelidir. KMK m. 32/f. 4 hükmü gereğince toplantıda

İstanbul, 1952, s. 140; Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I*, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 922; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 113 N 36. Kararı tek taraflı hukuki işlem olarak kabul eden görüşü savunan yazarlar için bkz. Moroğlu, s. 12, dn. 14'te anılan yazarlar.

İrade sahibinin tek bir tüzel kişi yahut şahıs topluluğu olduğundan hareketle kararın tek taraflı hukuki işlem olduğunu ileri süren görüş için bkz., Ali Pash, “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan «Oy»un Hukuki Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 68, Sayı 1-2, 2009, s. 171-172; Zengin, s. 21 vd.

65 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 113, N 36; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, N. 205; Ümit Y. Doğanay, *Hükmi Şahıslar (Ders Notları)*, 2. Baskı, Kutulmuş Matbaası, 1969, s. 81; Nomer, s. 14 vd.

66 “Genel kurul kararlarının dış ilişkide hukuken doğrudan doğruya etkili olabilmesi için bunun kanunla veya ana sözleşmede öngörülmüş olması gerekir ki bu istisnaen mümkün olabilir.”. Bkz. Moroğlu, s. 10.

67 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 113, N 36; Sabuncu, s. 321.

bulunan bütün kat maliklerince bu kararın altına imza atılmalı; karara aykırı oy verenler bu aykırılığın sebebini belirtmelidirler. Ne yazık ki uygulamada bu esaslara yeterince riayet edilmemektedir. Birçok sorun da esasen bu usule uyulmamasından kaynaklanmaktadır.

Kat malikleri kurulu kararının yukarıda izah olunan aşamalardan hangisinde oluşacağıın tespiti edilmesi mühimdir. Bu tespit, karar yeter sayılarına uyulmaması durumunda ne gibi bir müeyyideye maruz kalınacağı hususunda yol gösterici olacaktır. Bazı yazarlara göre, özellikle anonim ortaklıklarda, toplantı başkanının alınan kararı tespiti ve açıklaması işlemin kurucu unsurudur<sup>68</sup>. Bu görüşe göre, aksinin kabulü halinde kararlara karşı her zaman dava açılabilir olup, bu durum işlem güvenliğini zedeleyecektir. Buna karşılık ikinci görüş, birliğin iradesini meydana getiren üyelerin oylarının kurucu etkiye sahip olduğunu ileri sürmektedir<sup>69</sup>. Bir diğer ifadeyle, kurul kararının esas kurucu unsurunu olumlu yönde birleşen yeterli sayıdaki oylardır<sup>70</sup>.

Bize göre, ikinci görüş daha isabetlidir. Şöyle ki, bir hukuki işlem türü olan “karar” işleminin kurucu unsuru, onu yaratan ve doğuran hukuki fiil, üyelerin aynı istikamete yönelen ve karar nisabını aşacak sayıya ulaşan oylarıdır. Bu bakımdan toplantı başkanının tespit ve açıklama işlemine üstünlük tanıyan görüşe iştirak etmemekteyiz. Kanaatimizce birinci görüş, pragmatik sonuçlara üstünlük tanımakta, bu doğrultuda temellendirme yapmaktadır. Bu yaklaşımı yadsımamakla birlikte, üyelerin oylarının kurucu unsur olmadığını kabul etmenin hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Zira kararın tanımı yapılırken dahi kişi topluluğunun iradesinin oluşması için aynı yöndeki oyların birleşimi şeklinde bir formülasyondan bahsedilmektedir<sup>71</sup>. Bu durumda oyların kurucu unsur olmadığını kabul etmek, kararın tanımındaki esas öğeyi reddetmek anlamına gelecektir. Birinci görüşün kabul edilmesi halinde, toplantı başkanının iradesini kişi topluluğunun üzerinde görmek gibi kanaatimizce isabetsiz bir sonuç ortaya çıkar. Misalen, toplantı başkanının oyları yanlış sayması ve esasen reddedilen bir kararı alınmış gibi göstermesi halinde, esasen kişi topluluğunun iradesini yansıtmayan ve gerçekte olmayan bir karar alınmış gözükmektedir. Bu karara karşı iptal edilebilirlik yaptırımını öngörülürdü-

68 Nomer, s. 52-53 ve dn. 281’de anılan yazarlar.

69 Brigitte Tanner, *Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft*, Schulthess, Zürich, 1987, N. 68 (ZENGİN, s. 51, dn. 41’den naklen).

70 Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 49; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 499; Sabuncu, s. 316.

71 Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, N. 615; İmregün, s. 149.

ğünde ise hak düşürücü sürelerin kaçırıldığı bir senaryoda artık geçerliliği tartışılmayacak bir karardan bahsedilecektir. Bu sonucu kabul etmenin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz<sup>72</sup>.

Burada izah etmemiz gereken bir diğer mesele ise geçersiz sayılan oyların karara etkisidir. Daha evvel ifade olunduğu üzere KMK m. 31 hükmünde oya katılmanın esasları düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere aykırı şekilde oy kullanımlarının söz konusu olması halinde acaba bu durum da müeyyideye sebep olacak mıdır? Fikrimizce, KMK m. 31 hükmüne aykırılığın somut olayda kararın alınmasına etkisi incelenmelidir. Şayet fazla sayıda oy kullanılması, geçersiz oy kullanılması, vekalet sınırlarının aşılması gibi durumlarda geçersiz sayılması gereken oyların toplamının tüm olumlu oylardan tenkisi halinde dahi bakiye olumlu oylar karar alınması için yeterli çoğunluğa erişiyor ise bu durumda geçerli bir karardan bahsedilebilecektir. Bir diğer ifadeyle, geçersiz oyların karar yeter sayısına olumsuz bir tesiri söz konusu değilse bu durumda müeyyideye gerek kalmayacaktır. Meseleyi bir örnek üzerinden izah etmek faydalı olacaktır. Toplam 36 bağımsız bölüm bulunan bir apartmanda 14 dairesi bulunan bir kişinin, oy çokluğu ile alınması gereken karara olumlu oy verdiğini, diğer maliklerden 6 tanesinin de olumlu oy kullandığını, geri kalan 16 kat malikinin ise ret oyu kullandığını ve bunun sonucunda kararın 16 ret oyuna karşı 20 kabul oyuyla alındığını varsayalım. Bu karara karşı açılan bir davada 14 dairesi bulunan kişinin KMK m. 31/f. 2 hükmü gereğince 14 oy kullanamayacağı, bu nedenle kararın yok hükmünde olduğu ileri sürülmüş olsun. Bu varsayımda 14 dairenin maliki olan kişi KMK m. 31/f. 2 uyarınca toplam oyların en fazla üçte biri kadar oy kullanabilecektir. O halde bu kişi, en fazla 12 oy kullanabilecektir. Dolayısıyla bu kişinin 12 oyunun kabul yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Diğer 6 kabul oyuyla birlikte toplamda 18 kabul oyu bulunacaktır. Toplam 36 bağımsız bölümden oluşan ana taşınmazda her ne kadar oy çokluğu için asgari 19 oya ihtiyaç duyuluyor ise de 14 bağımsız bölümün maliki olan kişi en fazla 12 oy kullanabildiğinden, bir diğer ifadeyle 2 oy kullanılamaz hale geldiğinden oy çokluğuna esas alınması gereken sayı 36 değil 34 olacaktır. Bu durumda da oy çokluğu için asgari 18 kabul oyu gerekli ve yeterlidir. Somut örnekte kullanılmayan 2 oy çıkarıldığında dahi toplam 12 ve diğer maliklerden 6 kabul oyu bulunduğu için 18 kabul oyu olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde 18 kabul oyu, oy çokluğu için yeterlidir. Dolayısıyla geçerli bir oy çokluğu olduğu için alınan karar, yokluk ile malul olmayacak, geçerli bir karar olarak kabul edilecektir. Ancak somut örnekte diğer maliklerden 6 tanesi değil de 5 tanesi kabul oyu vermiş olsaydı, toplam kabul oyu 17 olacak idi. Bu halde ise

72 Benzer yönde bkz. Zengin, s. 494.

toplam 34 daire bakımından aranan oyçokluğu en az 18 kabul oyu olacağından, 17 oy yeterli olmayacak ve aranan oy çokluğuna ulaşamadığından bir karar alınamamış olacaktır.

#### **D. Karar Yeter Sayısına Ulaşlamamış Olmasına Rağmen Alınan Kararlara Uygulanacak Müeyyide Hakkında**

Yukarıdaki başlıklarda bir kat malikleri kurulu toplantısındaki karar alma sürecini izah etmiş bulunuyoruz. Esasen hemen yukarıdaki “C” numaralı başlık altında yapılan açıklamadan nisaba aykırı olan kararlara karşı uygulanacak müeyyideye dair görüşümüzü de dolaylı olarak aktarmış olduk. Buna göre, yeterli olumlu yönde oy olmamasına rağmen divan başkanının bir karar alınmış gibi tespitte bulunması ve diğer usulî işlemleri (toplantı tutanağına ve karar defterine yazılma gibi) gerçekleştirilmesi kararın alındığı anlamına gelmez. Bir diğer ifadeyle, böyle bir durumda geçerli yahut geçersiz bir kararın varlığından dahi söz edilemez. Bu nedenle, nisaba aykırı kararlar bakımından yokluk müeyyidesinin en isabetli belirleme olduğu kanaatindeyiz. Zira hukuki işlemi meydana getiren irade, meselemiz bakımından yeter sayıya erişebilecek kadar aynı yönde olumlu oy, bulunmamaktadır. Bu durumda iradenin sakatlığını değerlendirmeye dahi gerek yoktur. Dolayısıyla işlem güvenliği fikrine dayanan faydacı mülahazaları esas alan iptal edilebilirlik görüşüne katılmayı uygun görmemekteyiz. Keza ortada alınan bir karardan bahsedilemeyeceği için kesin hükümsüzlük değerlendirmesi yapmak da kanaatimizce beyhudedir.

#### **E. Karar Yeter Sayısına Aykırı Şekilde Alınan Kararın Sonuçları**

Nisaba aykırı şekilde alınmış bir kat malikleri kurulu kararının yokluk ile malul olacağı görüşüne iştirak ettiğimizi ifade etmiş olduk. Doktrinde, özellikle iptal edilebilirlik görüşünü savunan yazarların, uygulamaya dair endişelerden ve yokluk görüşünün yaratabileceği olumsuz neticelerden ötürü bu görüşte olduklarını düşünmekteyiz<sup>73</sup>. Esasen bu kaygıların yargı içtihatlarına da yansdığı, bazı kararlar verilirken uygulamada oluşabilecek karmaşıklığın yeni hukuki ihtilaflar doğurmak suretiyle içinden çıkılmaz bir hal alabileceği düşüncesiyle hareket edildiğini daha önce ifade etmiştik. Örneğin yönetici seçimine dair içtihatlarda “*yönetimin sürekliliği*” ilkesi adı altında bir ilkenin türetildiği, bu düşünce ile iptal edilebilirlik yaptırımının uygunluğuna karar verildiği gözlemlenmektedir<sup>74</sup>. Bize göre, nisaba aykırı alınmış bir karara yokluk yaptırımı uygulanacağı hususunda şüphe yoktur. Ancak bu yaptırımın neticesi itibariyle rizikolar taşıyabileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu başlıkta,

73 Nomer, s. 52.

74 Yarg. 20. HD., E. 2017/4462, K. 2018/6102, T. 01.10.2018; Yarg. 20. HD., E. 2018/811, K. 2018/4119, T. 29.05.2018; Yarg. 20. HD., E. 2017/4246, K. 2018/2901, T. 12.04.2018.

yok hükmündeki kararın hangi hukuki sonuçlara yol açacağı, özellikle üçüncü kişilerle olan münasebetlerde ne gibi ihtilaflar yaratabileceği üzerinde durulacaktır.

Kat malikleri kurulu, etkilediği kişiler bakımından iki türlü kararlar alabilir. Birinci tür kararlar yalnızca kat maliklerini doğrudan ilgilendiren, bir diğer ifadeyle birliğin iç işlerine<sup>75</sup> ilişkin kararlardır. İkinci tür kararlar ise üçüncü kişiler ile yapılacak işlemlere dayanak teşkil edecek olan kararlardır. Yok hükmünde bir kat malikleri kurulu kararının her iki tür işlem bakımından doğuracağı sonuçlar münferiden incelenmeye değerdir.

### 1. Birliğin İç İşlerine İlişkin Kat Malikleri Kurulu Kararının Yokluk ile Malul Olmasının Etkileri

Kat malikleri kurulu kararlarından bazıları, KMK hükümlerine göre oluşmuş kat maliklerinden müteşekkil tüzel kişiliği olmayan bu birliğin iç işlerine ilişkin olabilir. Özellikle malikler arasındaki ilişkiler, ortak yerlere dair birtakım hususlar (kullanım türü yahut kısıtlaması gibi), ortak giderin belirlenmesi gibi meseleler birliğin iç işlerini ilgilendirir. Örneğin, ortak yerlerden faydalanma hususunda özel bir düzenleme yapılabilir. Bu doğrultuda otoparktan faydalanmaya ilişkin esaslar düzenlenmiş olabilir. Yahut kurul, yönetim planı değişikliğine ilişkin bir karar alabilir<sup>76</sup>. Bu ve bunun gibi örneklerde alınan karar yalnızca birliğin iç işlerini düzenler nitelikte olup, üçüncü kişileri bağlamaz. Fakat alınan kararın etkilediği kişi zümresini kat malikleri ile sınırlandırmak doğru olmaz. Bu kararlar, bağımsız bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananları da etkileyecektir (KMK m. 18/f. 2 ve KMK m. 22/f. 1 hükümlerine kıyasen). Örneğin, kanunun ortak gider olarak adlandırdığı, uygulamada “aidat” olarak bilinen borçlardan sadece kat malikleri değil, bağımsız bölümü kullanan malik dışındaki kimseler de KMK m. 22/f. 1 hükmünün kanaatimizce isabetsiz deyimile “müşterek ve müteselsilen” sorumludurlar<sup>77</sup>.

75 Bu ifadenin kullanımı için bkz. Nomer, s. 201.

76 Yönetim planı değişikliğinin kat malikleri kurulu kararıyla yapılabileceği hakkında bkz. Arzu Genç-Ardemir, *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 474-477.

77 Müşterek ve müteselsil sorumluluğun bir arada öngörülmesi, sorumluluk bakımından birtakım sakıncalar doğurma riskini barındırmaktadır. Esasen kanunun burada müteselsil sorumluluğu öngördüğü, bu iki ifadenin bir arada kullanılmasının vahim bir hata olduğu yönünde bkz. Abdulkadir Arpacı, “Kira, Eser (veya Satış) ve Kooperatif İlişkileri ile Kat Mülkiyeti Arasındaki Bağlar”, ed. Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan, *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Bildirileri*, 8-9 Kasım 2018, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 153; Genç-Ardemir, s. 939.

Müşterek ve müteselsil sorumluluğun özellikle kefalet bakımından yarattığı sorunlar hakkında bkz. Fulya Erlüle, “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2003, s. 629 vd.

Sadece birliğin iç işlerini etkileyen kararların yok hükmünde olmasının ne gibi sonuçlara yol açacağı izah edilmelidir. Bu durumda, alınan karar yok hükmünde olduğundan karar tarihinden önce cari olan uygulamaya dönülmesi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, o meseleye dair bir karar alınmamış gibi önceki uygulamanın geçerliliği devam edecektir. Örneğin, ortak yerde bulunan otoparktan misafirlerin yararlanmasını yasaklayan bir uygulama söz konusuysen misafirlerin de otoparktan istifade edebileceğine yönelik sonradan ve yeter sayıya ulaşmadan alınan bir karar bulunması halinde, sanki bu karar hiç alınmamış gibi önceki uygulamaya devam edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla misafirlerin otoparktan faydalanması yine mümkün olmayacaktır. Yahut KMK m. 24/f. 2 hükmüne göre oybirliği ile alınması gereken bir karar neticesinde hükümde belirtilen işyerlerinden birisinin açıldığı durumda, şayet oybirliği bulunmuyorsa karar yok hükmünde olacağından eski hale döndürme mecburiyeti doğacaktır. Bu doğrultuda yok hükmündeki karara istinaden açılan bu işyerinin kapatılması gerekmektedir. Şayet bu işyeri açma kararı KMK m. 24/f. 4 uyarınca kat mülkiyeti kütüğüne şerh edilmiş ise kararın yokluk ile malul olması bu şerhi de yolsuz hale getirecektir. Ancak şerhin terkin için dava açılması gerekecektir. Şerhi terkin ettirmek isteyen kat maliki, yokluğun tespiti ile birlikte şerhin terkin edilmesini de açtığı davada talep etmelidir. Bir başka örnek vermek gerekirse, yönetim planı değişikliğine ilişkin alınan kararın yok hükmünde olduğunun tespit edilmesi halinde, planın değişiklikten önceki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır.

İzah olunduğu üzere, birliğin iç işleyişine ilişkin kararlarda, kararın yok hükmünde olmasının yaratacağı etki üçüncü kişilerle yapılan işlemlere nazaran daha az karmaşık olacaktır. Bununla birlikte, yukarıda örneklediğimiz meselelerden daha girift sorunlarla karşılaşılabilmesi de olasıdır. Her ihtilaf, barındırdığı özelliklere göre çözülmelidir.

## **2. Üçüncü Kişilerle İşlem Yapılması Halinde Yok Hükmündeki Kararın Etkisi**

### **a. Genel Olarak**

Yukarıda ifade olunduğu üzere kat malikleri kurulu kararına istinaden üçüncü kişilerle birtakım hukuki işlemler gerçekleştirilebilir. Anataşınmazda tüm kat maliklerinin birlikte malik olduğu bağımsız bölümler için kira sözleşmesi akdedilmesi, anataşınmazın tadilatı veya ilave yeniliklerin gerçekleştirilebilmesi için üçüncü kişilerle eser sözleşmesi yapılması, kat maliklerinin hukuki sorunlarının çözümü için bir avukat ile vekalet sözleşmesi yapılması gibi durumlarda üçüncü kişiler ile hukuki işlem yapılmaktadır. Bu durumda nisaba aykırı alınan kararın yok hükmünde olmasının üçüncü kişiler ile yapılan işlemlere etkisi, üzerinde durulması gereken mühim bir meseledir.

Kat malikleri kurulunun üçüncü kişilerle hukuki işlem gerçekleştirilmesine ilişkin kararları, şayet bir yönetici belirlenmişse<sup>78</sup>, o yönetici eliyle gerçekleştirilir. Zira KMK m. 35/f. 1-a gereği kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesi yöneticinin görevlerindedir. Yönetici, anataşmazı kat malikleri adına yönetir ve onlara karşı bir vekil gibi sorumlu olur (KMK m. 38). Bir diğer ifadeyle kat malikleri<sup>79</sup> ile yönetici arasında bir vekalet ilişkisi bulunmaktadır<sup>80</sup>. Dolayısıyla yönetici ile kat malikleri arasındaki ilişkinin hukuki temeli “temsil” ilişkisine dayanmaktadır<sup>81</sup>. Yönetici, alınan karara istinaden bu kararın sınırları çerçevesinde işlem yapılacak üçüncü kişi ile sözleşme akdeder.

Karar yeter sayısına uyulmadan alınan bir karara istinaden yöneticinin üçüncü kişilerle sözleşme akdetmesi durumunda, kurul kararı yok hükmünde olduğundan yöneticinin temsil yetkisini aldığı iradeden de bahsedilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle, burada yöneticinin temsil yetkisindeki yetki unsuru ortadan kalkacaktır. İşte yok hükmündeki karara rağmen üçüncü kişi ile sözleşme yapılması durumunda yetki unsuru yokluğu sebebiyle “yetkisiz temsil” söz konusu olacaktır. Bu durum, ancak kat malikleri kurulu kararıyla yöneticinin üçüncü kişilerle işlem yapabileceği hallere özgüdür. Şöyle ki, KMK m. 35 hükmüne göre yönetici, anataşmazın genel yönetimiyle ilgili işler için ayrıca kat malikleri kurulu kararına ihtiyaç duymaz. Örneğin, kapı camının kırılması durumunda camcı ile sözleşme yapılabilir<sup>82</sup>. Bunun için ayrıca kat malikleri kurulu kararı alınmasına ihtiyaç yoktur. Fakat genel yönetimi aşan işler bakımından yöneticinin işlem yapabilmesi için kat malikleri kurulu kararı gerekmektedir. Örneğin, binanın dış cephesinin mantolaması işlemi genel yönetim işini aşan ve masraflı bir işlemdir. Yönetici bizatihi KMK m. 35 hükmüne istinaden bu

78 KMK m. 34/f. 2 gereğince anagayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa, yönetici atanması mecburidir. Hükmün zıt anlam yorumundan sekizden az bağımsız bölümün bulunduğu anataşmazda yönetici atanmasının gerekli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda ise kat malikleri kurulu kararlarını ya maliklerin belirleyeceği bir temsilci yerine getirebilir ya da tüm kat malikleri birlikte üçüncü kişi ile yapılacak hukuki işlemin tarafı olurlar. Bu son ihtimalde her ne kadar tüm kat malikleri üçüncü kişi ile yapılacak hukuki işleme katılacak iseler de bu durum üçüncü kişi ile yapılacak hukuki işlemi çok taraflı hukuki işlem haline getirmez. Bir diğer ifadeyle, bu durumda yine iki taraflı bir hukuki işlemden (sözleşmeden) bahsedilecektir.

79 İlişkinin tarafı kat malikleri kurulu değil, bizatihi kat malikleridir. Zira kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır, bkz. Ahmet Türkmen, Burak Keçecioglu, “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 870.

80 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 2329; Türkmen, Keçecioglu, s. 863. Türkmen ve Keçecioglu her ne kadar bu değerlendirmeyi profesyonel yöneticilik sözleşmesi bakımından yapmış iseler de KMK m. 38 gereği profesyonel bir sözleşme olmaması durumunda dahi yönetici ile kat malikleri arasında bir vekalet ilişkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

81 Selâhattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku, C.I* (Eşya), 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 681; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 2350.

82 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, N. 2350.



işi yapacak üçüncü kişiler ile sözleşme akdedemez. İşte burada bir kat malikleri kurulu kararı gerekmektedir. Yahut kapıcı, bahçıvan, güvenlik görevlileri, resepsiyon hizmetleri gibi önemli yönetim işi niteliğindeki işler için üçüncü kişiler ile sözleşme yapılabilmesi, bu konuda alınan bir kat malikleri kurulu kararıyla mümkün olur<sup>83</sup>. Bu yönde alınan karar yok hükmünde ise artık temsil yetkisi hiç verilmemiş olduğundan yönetici, yetkisiz temsilci haline gelecektir. Bu durum, yetkisiz temsilci olan yöneticinin üçüncü kişi ile yaptığı işlemin sıhhatini etkileyecektir. Zira bu halde sözleşme kurulmuş gözükmesine rağmen, temsil olunanın yani kat maliklerinin iradesi bulunmadığından hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurmayacaktır<sup>84</sup>. Temsil olunan kat malikleri ve üçüncü kişiler, bu sözleşme ile alacaklı yahut borçlu sıfatı kazanamayacaklardır<sup>85</sup>. Temsil olunan kat malikleri, bu hukuki işleme icazet verene kadar, yetkisiz temsilci tarafından gerçekleştirilen hukuki işlem, taraflar bakımından geçersizdir. Fakat bu geçersizlik kesin değildir, askıdadır. Bir diğer ifadeyle, askıda hükümsüzlük söz konusudur. Bu askıda olma durumu devam ettiği müddetçe üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olduğu halde, temsil olunan kişi (kat malikleri) icazet verip vermeme hakkına sahiptir<sup>86</sup>.

Yöneticinin yetkisiz temsilci haline gelmesi durumunda üçüncü kişi ile akdedilen sözleşmeye yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46 vd. hükümleri prensip olarak uygulanmalıdır. Buna karşın, temsilci olan yönetici, üçüncü kişilerle sözleşme yaparken, yetkisini doğuran (fakat aslında yok hükmünde olan) kurul kararını üçüncü kişiye göstermek suretiyle işlem yaparsa, bu durumda TBK m. 41/f. 2 hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Üçüncü kişi ile yapılan işlemlere ilişkin nasıl bir yöntem izleneceği, yapılan işlemin o anki durumunun yaratacağı ihtimallere göre farklılık arz edebilecektir. Bu sebeple aşağıda gösterilecek ihtimallerin münferiden incelenmesine fayda vardır.

83 Türkmen, Keçecioglu, s. 876.

84 Karl Oftinger, Raymond Jeanpretre, *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İhtihatları*, Çev. Kemal Dayındarlı, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1990, s. 160; A. Samim Gönensay, *Borçlar Hukuku 1. Cilt*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 142. Bu durum, “Üçüncü kişinin temsil olunana karşı hiçbir hukuksal dayanağı yoktur” şeklinde ifade edilmektedir, bkz. Ayfer Kutlu-Sungurbey, *Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988, s. 37. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2011/12-549, K. 2011/644, T. 19.10.2011.

85 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 723, N 3. “Yetkili olmadığı halde başkası namına akit yapmışsa, akde icazet vermeyen kişi sözleşmenin alacaklı veya borçlusu olamaz. İcazetin bulunmaması halinde uğranılan zararın mümessil sıfatını takınan kimse tarafından karşılanması gerekir.” Yarg. 14. HD., E. 2007/2409, K. 2007/4635, T. 20.04.2007.

86 “Öte yandan, temsilci aracılığı ile düzenlendiği ileri sürülen sözleşmenin temsil olunana bağlayıcı olabilmesi için temsil olunan tarafından temsilciye yetki verilmiş olması ya da düzenlenmiş olan sözleşmeye onay (icazet) verilmiş olması gerekir.” Yarg. 15. HD., E. 2005/7437, K. 2006/1321, T. 09.03.2006.

### **b. Kat Malikleri Kurulu Kararının Sözleşme Yapılan Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi Durumunda**

Şayet üçüncü kişiler ile sözleşme yapılırken kat malikleri kurulu kararı üçüncü kişiyeye bildirilmiş ise, bu durumda TBK m. 41/f. 2 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir durum ortaya çıkar. İlgili hükme göre, “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir.*”. Esasen hüküm, üçüncü kişilere bildirilen temsil yetkisinin içeriği ve derecesine ilişkindir. Fakat doktrindeki katıldığımız ağırlıklı görüşe göre, bu hüküm temsil yetkisinin varlığı konusunda da uygulama alanı bulacaktır<sup>87</sup>. Bu görüşe göre, üçüncü kişiyeye kararın bildirilmesi ve işlem yapılan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde<sup>88</sup>, üçüncü kişi TBK m. 41/f. 2 hükmünün korumasından faydalanabilecektir. Böylece, üçüncü kişi temsilciye temsil yetkisi verilmediği yahut yetkilendirme işleminin geçersiz olduğunu bilmiyor veya bilebilecek durumda değil ve kendisine yapılan bildirimde güvenerek temsilci olan yöneticiyle işlem yapmışsa, geçerli bir yetki varmış gibi işlem sonuç doğurur ve temsil olunan kat maliklerini bağlar<sup>89</sup>. Dolayısıyla kararın yokluğunun tespitinde dahi, bu bildirim iyiniyetli olmak kaydıyla üçüncü kişiyeye korur ve hukuki işlem (sözleşme) tarafları bağlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira bu yokluğa bizzat kat malikleri kurulu sebep olmaktadır ve bizzat yarattıkları hukuki görünüme iyiniyetli üçüncü kişilerin güven duyması korunmalıdır. Böylece sözleşme taraflar için bağlayıcı olacak ve taraflarca ifa edilmiş edimlerin iadesine gerek kalmayacaktır.

### **c. Kat Malikleri Kurulu Kararının Sözleşme Yapılan Üçüncü Kişiyeye Bildirilmemesi Durumunda**

Uygulamada, kat malikleri kurulu kararı üçüncü kişiyeye bildirilmeden de işlem yapılmış olabilir. Bu karar bildirilmeden işlem yapılırsa, üçüncü kişi TBK m. 41/f. 2 hükmünün korumasından faydalanamayacaktır. Bu durumda nasıl bir yol izleneceği irdelenmelidir. Biz, böyle durumları kendi içerisinde

87 Kutlu-Sungurbey, s. 39; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetlerinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III, ve 37 Karşısında BK. 36/II’ın Uygulama Alanının Belirlenmesi”, ed. Mürsel Başgöl, Haluk Konuralp, *Prof. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 208; Turhan Esener, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Yetkisiz Temsil* (Yetkisiz Temsil), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 47; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Borçlar), 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, N. 1355; Handan Oruç-Ömeroğlu, *Yetkisiz Temsil*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 180-181.

88 Üçüncü kişinin iyiniyetli olması kanunun lafzında aranmıyor ise de doktrinde haklı olarak korumadan faydalanacak kişinin iyiniyetli olması gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. Esener, *Yetkisiz Temsil*, s. 47; Oruç-Ömeroğlu, s. 50.

89 Eren, *Borçlar*, N. 1355; Oruç-Ömeroğlu, s. 181-182.

ifanın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre sınıflandırarak incelemeyi uygun bulmaktayız. Zira henüz karşılıklı ifanın gerçekleşmediği hallerde (sinallagmatik sözleşmeler bakımından) iade talepleri gündeme gelmeyecektir. Böylece hukuki işlemin akıbeti ve neticeleri, ifanın gerçekleştiği hallere nazaran daha kolay belirlenebilecektir. Bu nedenle söz konusu haller aşağıda münferiden incelenecektir.

### **(1) Üçüncü Kişi ile Sözleşme Akdedilmesine Rağmen Henüz İfanın İcrasına Başlanmadığı Durumda**

İfade olunduğu üzere yöneticinin yetkisiz hale gelmesiyle birlikte üçüncü kişi ile akdedilen sözleşmelerin akıbeti yetkisiz temsil hükümlerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla askıda hükümsüzlüğe göre hareket edilecektir. Buna göre, TBK m. 46/f. 1 hükmü uyarınca yapılan hukuki işlem, ancak kat malikleri kurulu tarafından onandığı takdirde kat maliklerini bağlayacaktır. Böylece askıda hükümsüzlük sona erecek ve işlem baştan itibaren geçerli hale gelecektir. Kat maliklerinin böyle bir onama (icazet) için asıl işlem için aranan karar yeter sayısına ulaşarak onama kararı vermeleri gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde, yeter sayıya ilişkin kanun hükmünün dolanılması gibi kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Şayet üçüncü kişi, temsilin yetkisiz olduğunu öğrendiği durumlarda bu sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa, TBK m. 46/f. 2 hükmüne istinaden kat malikleri kurulundan uygun bir süre içinde bu sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Verilen mehil içerisinde kat malikleri kurulu onay anlamına gelen bir karar alıp bunu üçüncü kişiye bildirmez ise yahut sessiz kalırsa üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulacaktır. Bir diğer ifadeyle askıda hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüğe dönüşecek ve sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz hale gelecektir. Böylece taraflar karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtulacaklardır. Henüz ifa gerçekleşmediği için de edimlerin iadesi talebi gündeme gelmeyecektir.

Buna mukabil, kat malikleri kurulu hukuka uygun bir icazet verirse, sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacaktır. Bir diğer ifadeyle, onay ile birlikte sözleşme geriye etkili olarak sonuç doğuracaktır<sup>90</sup>. Bu halde henüz edimlerini ifa etmeyen taraflar, ifanın icrasına başlayabileceklerdir. Zira tarafların sözleşmeden doğan hakları ve borçları geçerli hale gelecektir. Bu durumun bir örnek ile izah edilmesi faydalı olacaktır. Örneğin, kat malikleri kurulu, anataşınmazın etrafını demir çitlerle çevirmek için bir karar almış ve bu karara istinaden yönetici de yüklenici ile bir eser sözleşmesi akdetmiş olsun. Henüz

90 Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 507; Kutlu-Sungurbey, s. 73; Esener, *Yetkisiz Temsil*, s. 129.

yüklenici taraf, ifanın icrasına başlamadan kararın yok hükmünde olduğuna hükmedilirse, bu durumda kat malikleri kurulu TBK m. 46/f. 1 uyarınca sonradan bir karar alarak sözleşmeye icazet verebilir. Yahut yüklenici taraf, uygun bir mehil tanıyarak kat malikleri kurulunun icazete ilişkin karar almasını talep edebilir. Şayet icazete ilişkin karar verilirse, artık yüklenici ifaya başlayabilir. Fakat burada icazetin verileceği an ile sözleşmenin akdedildiği an arasında bir gecikme yaşanacaktır. Bu gecikmeden ötürü üçüncü kişi olan yüklenici nezdinde bir zarar meydana gelmişse (örneğin teslim edilecek mallar için depo kiralamışsa), bu gecikmeden kaynaklanan zararın tazmininin yetkisiz temsilciden istenebileceği ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Bu durumda yüklenici, yetkisiz temsilci konumundaki yöneticiden bu zararını talep edebilecektir. Bununla birlikte, icazetin verilmesine kadar gecikme gerçekleşmiş ve sözleşmede bir vade belirlenmişse, söz konusu gecikme süresi vadeye eklenmelidir.

İcazet verilmemesi halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelecek olup, bu halde, yüklenici taraf sözleşmenin akdi için bir masraf yapmış ise bu masrafı TBK m. 47/f. 1 gereği menfi zarar<sup>92</sup> kapsamında talep edebilecektir. Bu talebin muhatabı anılan hükümde belirtildiği gibi yetkisiz temsilci olup, meselemiz bakımından yönetici olacaktır. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere buradaki sorumluluk türü, kusursuz sorumluluktur<sup>93</sup>. Fakat üçüncü kişi iyiniyetli değilse, bir diğer ifadeyle kararın yok hükmünde olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise menfi zararın tazminini talep edemez<sup>94</sup>.

Bize göre, temsil yetkisinin ortadan kaldırılmasına esas sebep olan bu durumda temsil yetkisini veren kat malikleri kurulu olduğundan, üçüncü kişi bu kurulu teşkil eden kat maliklerinden de menfi zararını talep edebilmelidir. Nitekim doktrinde ileri sürülen ve iştirak ettiğimiz bir görüşe göre, temsil olunan, kendi *culpa in contrahendo*'sundan sorumlu tutulacak olup üçüncü kişi, temsil olunandan bu sebebe dayalı olarak tazminat talep edebilecektir<sup>95</sup>. Çalışma konumuz bakımından da kararın yok hükmünde olmasının esas sebebi kat malikleri kurulu toplantısında alındığı sanılan karardır. Mevcut olmayan bu

91 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 745, N 39.

92 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 736, N. 26.

93 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 736, N. 26, özellikle dn. 48; Kutlu-Sungurbey, s. 145; Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 204.

94 Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması ve aynı zamanda yetkisiz temsilcinin de kusurlu olması halinde, üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkının bulunup bulunmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 742, N. 34 vd.

95 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s. 747, N. 40 vd.; Mustafa Tiftik, Elif Şen, "Yetkisiz Temsilde Culpaya In Contrahendo Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2658; Oruç-Ömeroğlu, s. 303 vd.

kararın alındı gibi gösterilmesine sebep olan ise bizatihi temsil olunan, yani kat malikleridir. Bu sebeple, üçüncü kişi, menfi zararını doğrudan kat maliklerinden de talep edebilecektir. Kat malikleri veya yönetici, üçüncü kişinin menfi zararını tazmin ettikten sonra şayet kusurları yoksa, kanaatimizce zararın meydana gelmesindeki esas kusurlu kişilere rücu edebilirler. Bu kişiler, esasında yok hükmündeki bir kararı varmış gibi gösterenlerdir. Meselemiz bakımından ise kat malikleri kurulu toplantısındaki divan kurulunda görev alanlar, bilhassa divan kurulu başkanı ve oy saymanı olacaktır. Şöyle ki, KMK'da toplantıyı kimin yöneteceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple en benzer düzenleme olan Dernekler Yönetmeliği incelenmeye değerdir. Dernekler Yönetmeliği'nin toplantı usulünü düzenleyen 15. maddesinin 3. fıkrasına göre toplantı açıldıktan sonra, toplantıyı yönetmek üzere bir başkan ve yeteri kadar başkan vekili ile yazman seçilerek divan heyeti oluşturulur. Bu aşamadan sonra toplantının yönetimi ile ilgili her türlü yetki divandadır<sup>96</sup>. Aynı maddenin 6. fıkrasına göre ise “*Toplantıda görüşülen konular ve alınan kararlar bir tutanağa yazılır ve divan başkanı ile yazmanlar tarafından birlikte imzalanır.*”. Bu kişiler, kusurları nedeniyle sorumlu tutulabilecek ve rücu talebine muhatap olacaklardır. Zira bu kişiler, anılan görevleri kabul etmek mecburiyetinde olmamalarına rağmen kabul etmişler ise kusurlu hareketlerinden ötürü de sorumlu tutulabileceklerdir<sup>97</sup>. Kanaatimizce dernekler hukukundaki söz konusu düzenlemenin kat mülkiyeti hukuku bakımından uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu suretle, yeter sayısına ulaşılamamasına rağmen bir karar alınmış gibi açıklama yapan ve bunun neticesinde üçüncü kişiler nezdinde zarara sebep olan divan kurulu üyeleri de sorumlu olacaktır. Üçüncü kişinin zararını tazmin eden yönetici veya kat malikleri, bu zarar için divan kurulu üyelerine rücu edebileceklerdir.

## **(2) Üçüncü Kişi ile Sözleşme Akdedildikten Sonra İfanın Tamamen veya Kısmen Gerçekleşmesi Durumunda**

Üçüncü kişi ile sözleşme akdedilmesi akabinde tarafların edimlerini tamamen veya kısmen ifa etmesinden sonra kurul kararının yok hükmünde olduğu tespit edilirse nasıl bir yol izleneceği de özellikle sonuçları bakımından incelemeye değerdir. Bu ihtimal, pragmatik sebeplerle iptal edilebilirlik görüşünü

96 Sabuncu, (n. 40) 286.

97 Dernekler bakımından bkz. Sabuncu, s. 322. Yazara göre, “*Tutakların gerçeğe uygun ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde düzenli olarak tutulmasından divan sorumludur.*”. Her ne kadar Sabuncu, bu çıkarımını yoruma açık şekilde düzenlenmiş tutanaklar bakımından yapıyor ise de kanaatimizce tutanağa aktarılan ve gerçek durumu yansıtmayan meselelerden ötürü de divan sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda, yeter sayıya ulaşılamamasına rağmen ulaşılmış gibi gösterilmesi de divanın sorumluluğunu doğurur.

savunan yazarların en riskli gördüğü olasılıktır. Zira yeni ve çözümü karmaşık ihtilafların doğumuna sebebiyet verebilir.

Esasen bu ihtimalde de sözleşmenin akıbeti bakımından hemen yukarıda “aa” numaralı paragrafta izah olunan yönteme sadık kalınmalıdır. Şöyle ki, kat malikleri kurulunun icazete ilişkin bir karar alması gerekecektir. Yahut üçüncü kişi icazet kararı için uygun bir süre tanıyabilir. İcazete yönelik karar verilirse mesele hallolur ve taraflar edimlerinin ifasına devam ederler veya ifası tamamlanmış edimlerin iadesi talebi gündeme gelmez.

Fakat icazet verilmezse sözleşme baştan itibaren geçersiz hale geleceğinden gerçekleştirilmiş ifanın akıbeti değerlendirilmelidir. Temsil olunanın icazet vermemesi durumunda, sözleşme geçersiz hale geleceğinden, ifa edilmiş edimlerin karşılıklı olarak iadesi gerekmektedir. Bu bakımdan gerek kat malikleri gerekse de üçüncü kişi, kabul ettikleri edimleri iade etmekle yükümlü olurlar. Elbette taraflar aksine bir anlaşma yapabilirler. Fakat böyle bir anlaşma bulunmuyor ise edimlerin iadesi meselesinin nasıl gerçekleşeceği önemli bir uygulama sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda prensip olarak TBK m. 47/f. 3 hükmüne göre iade bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hareket edilecektir. Ancak bu konuda hemen bir çekince koymak gerekmektedir. Şöyle ki, doktrindeki birtakım yazarların da isabetle ileri sürdüğü üzere, şayet ifanın konusu bir taşınır mülkiyetinin devri ise sebebe bağlılık (illilik) ve sebepten soyutluk (mücerretlik) görüşünden hangisinin benimsendiği önem taşır<sup>98</sup>. Sebepten soyutluk görüşü benimsenirse<sup>99</sup> geçersiz borçlandırıcı işleme rağmen mülkiyet karşı tarafa geçeceğinden iade talebi de sebepsiz zenginleşmeye dayanacaktır. Fakat doktrindeki baskın görüş olarak savunulan sebebe bağlılık görüşüne göre tasarruf işlemi de sakatlanacağından mülkiyet karşı tarafa geçmediği ve iadenin istihkak davasıyla istenebileceği unutulmamalıdır<sup>100</sup>.

Tamamen veya kısmen ifa edilmiş edimlerin iadesi talepleri bakımından sözleşmenin ve bu sözleşmeden doğan edimlerin niteliğine göre hareket etmek uygun olacaktır. Özellikle sözleşmenin karşılıklı borç yükleyip yüklenmediğine, ifa edilen edimin iadesinin mümkün olup olmadığına, kısmi ifanın söz konusu olup olmadığına göre değerlendirmeler yapılmalıdır. Burada en çok karşılaşılacak durumları incelemenin faydalı olacağını düşünmekle birlikte, somut

98 Andreas von Tuhr, Hans Peter, *Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Band I*, Schulthess, Zürich, 1979, s. 405; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993, s. 206; Kutlu-Sungurbey, s. 184; Kocayusufoğlu, *Borçlar*, s. 752, N 49; Akyol, s. 551.

99 Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s. 945, dn. 17’de anılan yazarlar.

100 Erbek, s. 943, dn. 15’te sayılan yazarlar.

olaydaki edimin niteliğinin hususi bir değerlendirmeye muhtaç olabileceği de unutulmamalıdır.

### **i. Tarafların Edimlerini Tam Olarak İfa Etmeleri Durumunda**

Şayet taraflar edimlerini karşılıklı olarak tam bir şekilde ifa etmişler, bir diğer ifadeyle ifa aşaması sona ermiş ve kararın yok hükmünde olduğu sonradan tespit edilmişse, bu durumda karşılıklı iade talepleri doğacaktır. Bu taleplerin dayanağının sebepsiz zenginleşmeye mi yoksa istihkaka mı dayandırılacağı ifa edilen edimin niteliğine ve savunulacak görüşe göre değişecektir. Şayet karışma veya birleşme şeklinde bir edim varsa, bu durumda mülkiyet karşı tarafa geçecek olup iade talebinin kaynağı sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmalıdır. Örneğin, anataşınmazın dış cephesi boyanmışsa artık boyayı yapan yüklenici sarf ettiği boyanın iadesini talep edemeyecektir. Zira boya anataşınmaz ile birleşmiştir. Bu durumda iade talebi sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmalıdır. Ancak böyle bir durum yoksa iadenin mülkiyet hakkına dayandırılıp dayandırılmayacağı meselesi edimin niteliğine bağlıdır. Şayet edim bir taşınmaz niteliğinde ise ki böyle bir durumla çok sık karşılaşılmaz, bu durumda sebebe bağlılık görüşü gereği iade talebi istihkaka dayandırılır. Fakat edim taşınır mülkiyetinin devri niteliğinde ise bu durumda borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın tasarruf işlemi nasıl etkileyeceğine ilişkin ileri sürülen görüşlere göre değişiklik arz edecektir. Bu durumda illilik görüşü savunulacak ise iade talebi istihkaka, sebepten soyutluk görüşü savunulacak ise iade talebi sebepsiz zenginleşmeye dayandırılacağı yukarıda da ifade edilmişti. Bu hususu bir örnek ile somutlaştırmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Örneğin, kat malikleri kurulu, anataşınmazda yer alan spor salonuna spor malzemeleri alınması için bir karar almış ve yönetici de bu karara istinaden tedarikçi ile satış sözleşmesi akdetmiş ve malzemeler teslim edilmiş olsun. Bu durumda, karar yok hükmünde olduğundan ve sonrasında kat malikleri tarafından icazet verilmediğinden satış sözleşmesi geriye etkili olacak şekilde hükümsüz hale gelecektir. Satıcı taraf olan üçüncü kişi, illilik prensibi esas alınrsa mülkiyet hakkına dayandırılan bir istihkak talebiyle malzemelerin iadesini talep edebilecektir. Zira borçlandırıcı işlemin geçersiz olması tasarruf işlemi de etkileyecek ve mülkiyet hiçbir zaman kat maliklerine geçmemiş olacaktır. Şayet sebepten soyutluk görüşü savunulursa, bu durumda iade talebi sebepsiz zenginleşme esaslarına tabi olacaktır. Zira mülkiyet, borçlandırıcı işlemin geçersizliğine rağmen tasarruf işlemi bundan etkilenmediğinden kat maliklerine geçmiştir.

Sebepsiz zenginleşmeye dayandırılan iade taleplerinin yaratacağı mübadele ilişkisinde, iade borçlarının aynı anda ifa edilmesi esas prensiptir<sup>101</sup>. Bu prensip,

101 Cüneyt Pekmez, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi)*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 123 vd.



fiili sinallagma (*faktische synallagma*) teorisinin bir neticesidir<sup>102</sup>. Buna göre, aynı anda iade yükümlülüğünde taraflardan birisinin iade talebine karşılık öteki taraf ödemezlik def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilecek ve karşı tarafın iadeyi gerçekleştirmesini talep edebilecektir. Yukarıda paylaşılan örnek sebepten soyutluk görüşü üzerinden ele alındığında, spor aletlerinin iadesini isteyen üçüncü kişiye karşı kat malikleri, ifa etmiş oldukları paranın ödenmemesi durumunda aletleri iade etmeyeceğine yönelik bir ödemezlik def'i ileri sürebilecektir.

Özellikle bir tarafın borcunun para ötekinin ise bir şeyin teslimi olduğu sözleşmelerde, tek başına iadenin gerçekleşmesi bir tarafın menfaatini zedeleyen durumlar ortaya çıkarabilir. Spor aletleri örneği üzerinden meseleye açıklık getirelim. Kat malikleri, spor aletlerinin kendilerine tesliminden satıcıya iadesine kadarki süreçte bu aletlerden faydalanmış olabilirler. Böyle bir durumda spor aletlerinden bu faydalanmanın bir karşılığı olmalıdır. Benzer şekilde artık söz konusu aletler yıpranmış olacaktır, uygulamadaki tabirle ikinci el haline gelecektir. Bu da satıcının tekrar o mallardan elde edebileceği geliri düşürmektedir. İşte üçüncü kişi olan satıcı, bu yıpranma (amortisman) bedelinin tazminini de talep edebilecektir. Bu talebin muhatapları yetkisiz temsilci ve/veya daha önce izah olunduğu üzere *culpa in contrahendo* temeline dayanarak kat malikleri olacaktır.

## ii. Tarafların Edimlerini Kısmen İfa Etmeleri Durumunda

Bir diğer incelenmesi gereken husus ise kısmi ifanın gerçekleştiği hallerdir. Bu durumda kısmi ifa gerçekleştikten sonra kararın yok hükmünde olduğu anlaşılmıştır. Böyle bir halde, tarafların ifayı tamamlayıp tamamlamayacağı hususu, sözleşmeye icazet verilmesine bağlıdır. Şayet icazet verilirse, mesele yoktur. Fakat icazet verilmezse, bu durumda kısmi ifanın iadesi talebi gündeme gelir. İfa edilmeyen kısım için ise tarafların edim yükümlülüğü ortadan kalkar. İfa edilen kısım bakımından ise yukarıda açıklandığı üzere sebepsiz zenginleşmeye yahut istihkaka dayalı iade talepleri gündeme gelecektir. Yine yukarıda bahsedildiği üzere ödemezlik def'ini ileri sürme hakkı caridir.

## iii. İfa Edilen Edimin İadesinin İmkânsızlaşması Durumunda

Bir başka incelenmesi gereken husus ise gerçekleşen ifanın iadesinin imkânsızlaşması durumudur. Edimin iadesinin mümkün olmadığı durumlar, edimin tüketilmiş olması veya zarar vermeden iadenin mümkün olmaması yahut iadenin fiilen mümkün olmaması gibi hallerden kaynaklanıyor olabilir. Örneğin, kat maliklerinin ortak mülkiyetindeki daireyi kiraya vermiş oldukları durumda, kiraya verme kararının yok hükmünde olması durumunda geçerli bir

102 Pekmez, s. 123 vd.

kira sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda kiraya veren taraf olan kat maliklerinin edimi, kiralanan yeri kiracının kullanımına bırakmak olduğundan, bu edimin iadesi fiilen mümkün değildir. Üçüncü kişi olan kiracının ise ödediği kira bedellerini sebepsiz zenginleşmeye göre iadesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, kiracının iade etmesi gereken edim imkânsızlaştığından, iade borcunu yerine getiremeyecek olan kiracı, kat maliklerine yönelteceği iade talebini de bu nispette kaybeder. Alman Hukuku kökenli bu yaklaşım, hesap bakiyesi teorisi (*Saldotheorie*) olarak adlandırılmaktadır<sup>103</sup>. Bize göre, bu meselede kiralanan yeri kullandırma ediminin iadesini talep edemeyecek olan kat maliklerinin, bunun karşılığı olarak iade etmekle yükümlü olduğu kira bedelini geri vermekten kaçınması makul bir çözümdür. Aynı prensibi, iade edilecek edimin imkânsızlaştığı diğer durumlarda uygulamakta da bir beis yoktur. Yine de somut olayın bünyesinde yaratacağı farklı ihtimallere göre bir değerlendirme yapılması gerekliliği göz ardı edilmemelidir.

Bir başka örnek vermek gerekirse, apartmanın ısı yalıtımı için mantolama kararı alındığını, bu karar uyarınca üçüncü kişi ile sözleşme akdedildiğini ve karşılıklı olarak ifanın gerçekleştiğini düşünelim. Mantolama işlemine dair kararın ifası gerçekleştirildiğinde artık binadan ayrılması mümkün olmayan bir işlem gerçekleştirilmiş olmaktadır. Kararın sonradan yok hükmünde olduğunun tespit edilmesi ve icazet verilmemesi halinde, artık karşılıklı (kat malikleri ile yüklenici taraf arasında) iade talepleri doğacaktır. Kat maliklerinin iade borcunu ifa etmesi fiili olarak mümkün olmayacağından, bir diğer ifadeyle mantolama işlemi geri alınamayacağından, ifa etmiş olduğu ücret ödeme edimini de artık hesap bakiyesi teorisi gereği talep edemeyecektir.

#### **iv. Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir İşlem Yapılması Durumunda**

Tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlem söz konusu olduğunda nasıl hareket edileceği de değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Böyle hallerde, bir taraf borç altına girmediği için iade yükümlülüğü tek taraflı olarak doğacaktır.

Uygulamada bu duruma sık rastlanmasa da bu hiç karşılaşılmayacağı anlamına da gelmez. Örneğin, apartman kapıcılarına karşılıksız kullanması için konut sağlanmış olabilir. Konut Kapıcıları Yönetmeliği m. 13/f.1 hükmüne göre, kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir. Ancak kat malikleri bunun aksine karar verebilirler. Böyle bir durumda anılan maddenin üçüncü fıkrası gereği kapıcıdan kira bedeli istenemez. Şayet kat malikleri kurulu, bu şekilde tek taraflı borç doğuran bir meseleye dair karar alır ve bu karar yok hükmünde olursa, artık kapıcıyla ile bu hususa dair yapılan anlaşma temelsiz

103 Pekmez, s. 124, dn. 74 ve 75'te anılan yazarlar.

kalır. Dolayısıyla kapıcıdan konutu tahliye etmesi istenebilir. Bu halde KMK Ek Madde 2 hükmü kıyasen uygulanır ve 15 gün içerisinde tahliye edilmesi gerekmektedir. Bu anlaşma tek tarafa borç yüklediği için kapıcının kat maliklerine karşı yöneltebileceği bir iade talebi bulunmayacaktır<sup>104</sup>.

### Sonuç

Bu çalışma kapsamında karar yeter sayısına ulaşılmadan alınan bir kat malikleri kurulu kararının hangi müeyyideyle karşılaşacağı, bu müeyyidenin karara istinaden gerçekleştirilen işlemleri nasıl etkileyeceği meselesi incelenmiştir. Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında aşağıda özet biçimde sıralanan bulgulara ulaşılmıştır.

**1.** KMK m. 33/f. 1 hükmünde kat malikleri kurulu kararlarına karşı dava yoluna başvurulabileceği, bu davanın prensip olarak “iptal davası” niteliğinde olduğu ve kısa sayılabilecek (1 ay ve 6 ay) hak düşürücü süreler öngörüldüğü, buna karşın alınan kararın kesin hükümsüz yahut yok hükmünde olması durumunda hak düşürücü sürelerle riayet etme mecburiyeti olmaksızın davanın açılacağı düzenlenmiştir. Ne bu genel hükümde ne de KMK'daki diğer hükümlerde yeter sayıya ulaşılmadan alınan bir kararın hangi müeyyideye maruz kalacağı düzenlenmiştir. İşbu çalışmanın konusunu da bu eksikliğin yarattığı farklı görüş ve uygulamalar oluşturmuştur.

**2.** Doktrinde yeter sayıya ulaşılmadan alınan kararın karşılaşacağı müeyyideye ilişkin belli başlı üç görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşü savunan yazarlar, böyle bir durumda kararın yokluk ile malul olacağını ileri sürmektedir. İkinci görüşteki yazarlara göre ise yeter sayıya ulaşmayan kararlar, KMK'daki emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. Nihayet üçüncü görüşe göre, yeter sayıya ulaşamamasına rağmen bir karar alınmış ise bu karar iptal edilebilir nitelikteki bir hukuki işlemidir. Bu konudaki içtihatlar tarandığında Yargıtay'ın her üç görüşe de uygun kararlar verdiği tespit edilmiştir. Bu sebeple içtihat farklılığı ortaya çıkmış olup öngörülebilir ve tutarlı bir uygulamadan bahsetmek zorlaşmıştır.

**3.** Ulaştığımız sonuca göre, karar yeter sayısına aykırılık halinde, kat maliklerinin vuku bulmuş bir iradesinden söz edilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle, kat maliklerinin karara konu mesele hakkında bir iradesi oluşmamıştır. Bu nedenle yeter sayıya ulaşılmadan alınan bir karar yok hükmündedir.

**4.** Yokluk müeyyidesi, özellikle dava açılması için süre sınırı bulunmaması ve hakkın kötüye kullanılması itirazının söz konusu olmaması bakımından diğer yaptırım türlerinden ayrılmakta olup, en sert yaptırım türüdür. Bu müeyyi-

104 Meselenin iş hukuku boyutundan doğabilecek ihtilaflar da göz ardı edilmemelidir.

de, birtakım yeni ihtilafların meydana gelmesine sebebiyet verebilecektir. İptal edilebilirlik görüşünü savunan yazarların bazıları özellikle bu menfi sonuçları göz önünde bulundurarak yokluk yaptırımına karşı çıkmaktadırlar. Bize göre ise, hukukun imkân verdiği çözüm yolları ile bu sorunların birçoğu çözülebilecek niteliktedir. Şöyle ki, kat malikleri kat malikleri kurulu kararları iki türlü alınabilir; birliğin iç işleyişini ilgilendiren kararlar ve üçüncü kişiler ile hukuki işlem yapılmasına olanak tanıyan kararlar. Bunlardan birliğin iç işlerine ilişkin kararlarda yokluğun tespiti halinde önceki uygulamaya dönülerek sorun çözülebilecektir.

**5.** Yeter sayıya ulaşmayan karara istinaden üçüncü kişiler ile gerçekleştirilen hukuki işlemler bakımından ise karar yok hükmünde olduğundan karara istinaden işlem yapan yönetici, yetkisiz temsilci haline gelecektir. Dolayısıyla yetkisiz temsil hükümleri uygulanacaktır. Burada belli ayrımlara göre hareket edilmesi gerekir.

**a.** Şayet kat malikleri kurulu kararı üçüncü kişiye bildirilmiş ise TBK m. 41/f. 2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, üçüncü kişiye kararın bildirilmesi ve işlem yapılan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, üçüncü kişi TBK m. 41/f. 2 hükmünün korumasından faydalanabilecektir. Bu koruma sayesinde hukuki işlem (sözleşme) tarafları bağlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira bu yokluğa bizzat kat malikleri kurulu sebep olmaktadır ve bizzat yarattıkları hukuki görünüme iyiniyetli üçüncü kişilerin güven duyması korunmalıdır.

**b.** Şayet kat malikleri kurulu kararı üçüncü kişiye bildirilmemiş ise hukuki işlemin akıbeti askıda hükümsüz olacaktır. Temsil olunan kat maliklerinin icazet verip vermeyeceğine göre hareket edilecektir. İcazet gelene kadar askıda hükümsüz olan işlem, icazetin gelmesiyle birlikte baştan itibaren geçerli hale gelecek ve sorun halledilmiş olacaktır. İcazet gelene kadar yaşanan gecikmeden ötürü üçüncü kişi nezdinde bir zarar doğarsa bu zararın tazmini yetkisiz temsilciden istenebilecektir.

**c.** Fakat icazet verilmezse hukuki işlem baştan itibaren geçersiz olacaktır. Bu durumda bir ayırım yapmak gerekecektir. Bu ayırımın birinci halini sözleşmeden doğan edimlerin henüz ifa edilmediği durum oluşturmaktadır. Bu durumda henüz ifaya başlanmadığından karşılıklı ifa yükümlülüğü son bulacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişi nezdinde doğmuş bir menfi zarar var ise bu zarar yetkisiz temsilci olan yöneticiden TBK m. 47/f. 1 hükmüne istinaden ve kat maliklerinden *culpa in contrahendo* sebebine dayanılarak talep olunabilecektir.

**d.** Fakat kısmi yahut tam ifanın gerçekleştiği hallerde icazet gelmezse ifa edilen edimlerin karşılıklı iadesi talepleri gündeme gelecektir. Bu iade talebi, TBK m. 47/f. 3 hükmü gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ileri sürülecektir. Ayrıca çalışmada izah olunduğu üzere istihkak talepleri de gündeme gelebilecektir. Karşılıklı iadenin aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durum, fiili sinallagma (*faktische synallagma*) teorisinin bir sonucudur. Bununla birlikte karşılıklı iade taleplerinin konusu olan edimlerin imkânsızlaşması halinde hesap bakiyesi teorisi (*Saldotheorie*) sayesinde edimi imkânsızlaşan taraf, karşı taraftan talepte bulunma hakkını da yitirecektir. Karşılıklı edimlerin iadesi mümkün ise bu halde de taraflardan birinin iade talebi karşı tarafın ileri sürebileceği ödemelik def'i ile ötelenebilir. Tüm bu imkânlar sayesinde pratikte karşılaşılabilecek muhtemel sorunların büyük ölçüde ortadan kalkabileceğini düşünmekteyiz.

**6.** Kanaatimizce hukukumuzda oldukça tartışmalı bir mesele haline gelen ve farklı yöndeki içtihatların doğmasına sebep olan bu meselenin çözümü iki yolla mümkündür.

**a.** Birinci çözüm yöntemi, bu konudaki farklı içtihatların birleştirilerek uygulamada birliğin sağlanmasıdır. Zira karar yeter sayısına aykırılığa ilişkin Yargıtay kararlarında yokluğa, kesin hükümsüzlüğe ve iptal edilebilirliğe hükmedildiği anlaşılmaktadır. Uygulamada ortaya çıkabilecek menfi sonuçlar nazara alındığı için ortaya çıkan bu farklılık sonuçtan sebebe gidilmesi gibi bir yöntemin izlendiğine işaret etmektedir. Fakat bu konuda “sebebi”, bir diğer ifadeyle hukuka aykırılığı teşkil eden öge değişmemektedir. Her defasında hukuka aykırılık yeter sayıya ulaşmamış olunmasıdır. Bu nedenle sebebin yol açacağı hukuka aykırılığın da aynı olması kanaatimizce elzemdir. Sonuçların farklılaşması, somut olayın gereklerinden doğabilir. Fakat uygulanacak müeyyidenin her seferinde aynı olması, hukukun öngörülebilir bir kavram olmasının gerekliliğidir. Bu nedenle Yargıtay’ın bu meselede bir içtihadı birleştirme kararı vermesi en makul, hızlı ve etkin yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce en makul olan müeyyide yokluk olduğundan bu yönde bir karar verilmesi hukuk tekniğine en uygun çözüm olacaktır. Lakin bunun dışında bir sonuca varılacak olması da faydasız bir netice olarak değerlendirilmemelidir. Olası bir içtihadı birleştirme kararında diğer yaptırımlardan birisi üzerinde karar kılınması da uygulama yönünden fayda sağlayacaktır. Zira böylece uygulamada birlik sağlanacak ve dava yoluna müracaat edecek kişiler bakımından öngörülebilir bir sonuç yaratacaktır.

**b.** İkinci çözüm ihtimali ise bu konuda bir yasa değişikliği yapılmasıdır. Buna göre, KMK’da yer alan nisaplara ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapı-

larak nisaba aykırılığın müeyyidesinin yasa koyucu tarafından tayin edilmesi gerekir. Fakat bu çözümün taraftarı olmadığımızı hemen belirtmemiz gerekir. Zira yasalarımızda yer alan nisaplara ilişkin hükümlerde böylesi bir hüküm bulunmamaktadır. Keza mehzaz kanun olan ZGB Art. 712a-t arasında da buna benzer bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte bu şekilde bir hüküm yalnızca kat mülkiyeti hukukunu değil diğer kişi birliklerini de ilgilendirebilir ve hatalı olabilecek kıyasların yapılmasına yol açabilir. Zira kat malikleri kurulu, amaç bakımından diğer kişi birliklerinden farklı bir konumdadır. Buna karşın en azından yeter sayıya aykırılık halinde dava açma süresinin belirlenmesi yönünde bir düzenlemenin de uygulamadaki birçok sorunu çözebileceği kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- Akyol, Şener, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Antalya, Gökhan; Topuz, Murat, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I*, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Arpacı, Abdulkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1984 (Kısaltma: Yönetim).
- Arpacı, Abdulkadir, “Kira, Eser (veya Satış) ve Kooperatif İlişkileri ile Kat Mülkiyeti Arasındaki Bağlar”, ed. Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan, *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Bildirileri, 8-9 Kasım 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 151 vd. (Kısaltma: Kat Mülkiyeti).
- Arslan, İlknur; Kırmızı, Mustafa, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler, II, Anonim Şirketin Organizasyonu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II-Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ayyıldız, Güneş, “Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 2, 2006, s. 675-706.
- Baltzer, Johannes, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Grote, Köln und Berlin, 1965.
- Coşkun, Mahmut, *Kooperatifler Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Barlas, Nami “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 55, S. 3, 1997, s. 191-208.
- Çakır, Feridun, *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Doğanay, Ümit Y., *Hükmi Şahıslar (Ders Notları)*, 2. Baskı, Kutulmuş Matbaası, 1969.
- Domaniç, Hayri, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*, Temel Yayınları, 1998.
- Erbek, Özge, “Tasınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s. 937-985.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Kısaltma: Borçlar).
- Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023 (Kısaltma: Mülkiyet).
- Ergüne, Serkan, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Erlüle, Fulya, “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2003, s. 629-644.
- Erman, Hasan, *Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Der, İstanbul, 2016.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Baskı, Barış Yayınevi, İzmir, 2021.
- Esener, Turhan, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımdan Yetkisiz Temsil*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963 (Kısaltma: Yetkisiz Temsil).



- Esener, Turhan, *Borçlar Hukuku I-Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969 (Kısaltma: Borçlar).
- Genç-Ardemir, Arzu, *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Gökmar, Hikmet, *Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1991.
- Gönensay, A. Samim, *Borçlar Hukuku 1. Cilt*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1948.
- Gürsoy, Kemal; Eren, Fikret; Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 1984.
- İmregün, Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa, İstanbul, 1989.
- İnal, Nihat, *Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Keller, Max; Schöbi, Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Hukuk*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Turhan, Ankara, 2021.
- Kırca, İsmail, *Anonim Şirketler Hukuku Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem – Sözleşme, C. I*, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Baskı, Filiz, İstanbul, 2017 (Kısaltma: Borçlar).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetlerinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III, ve 37 Karşısında BK. 36/II'in Uygulama Alanının Belirlenmesi”, ed. Mürsel Başgül, Haluk Konuralp, *Prof. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 207-230 (Kısaltma: Temsil).
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.
- Kutlu-Sungurbey, Ayfer *Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.
- Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş Dokuzuncu Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Nar, Ahmet, “Kat Malikleri Kurulu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1-2, 2018, s. 155-189.
- Nomer, Halûk Nami, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Oftinger, Karl; Jeanpretre, Raymond, *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları*, Çev. Kemal Dayındarlı, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1990.
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Baskı, Filiz, İstanbul, 2021.

- Oruç-Ömeroğlu, Handan, *Yetkisiz Temsil*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Öktem-Çevik, Seda, *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- Özsunay, Ergun, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Pashi, Ali, “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan «Oy»un Hukuki Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 68, Sayı 1-2, 2009, s. 167-182.
- Pekmez, Cüneyt, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Riemer, Hans Michael, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Stämpfli, Bern, 1998.
- Sabuncu, Burak, *Derneklerde Genel Kurul Organı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Sağlam, İpek, “Kat Mülkiyeti Kanunu’na Göre Toplanma ve Karar Alma Esasları”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1351-1372.
- Saka, Zafer *Dernekler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay, “6356 Sayılı Kanun Açısından Sendika Genel Kurulunun İptali Davası”, Ed. Necdet Basa, Sema Uçukhan-Güleç, *Emeğin Hukuk Kurultayı-2*, Ankara, 2016, s. 286-316.
- Serozan, Rona, *Tüzel Kişiler*, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, Filiz, İstanbul, 1994.
- Şengül, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha, İstanbul, 2011.
- Tanner, Brigitte, *Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft*, Schult-hess, Zürich, 1987.
- Tekil, Fahiman, “Yokluk Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul, 2000, s. 1091-1114.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, İstanbul, 1991 (Kısaltma: Kat Mülkiyeti).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Eşya Hukuku, C.I*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978 (Kısaltma: Eşya).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal; Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Tiftik, Mustafa; Şen, Elif, “Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2643-2664.
-

- von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çevirmen: Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.
- von Tuhr, Andreas; Peter, Hans, *Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Band I*, Schulthess, Zürich, 1979.
- Türk, Mehmet Cemil, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, Adalet, Ankara, 2019.
- Türkmen, Ahmet; Keçecioglu, Burak, “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 859-911.
- Weber, Rolf H., *Die Stockwerkeigentümergeinschaft: praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht*, Schulthess, Zürich, 1979.
- Wermelinger, Amédéo, *Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2014.
- Yılmaz, Orhan, “Kat Mülkiyeti Kanununda Yapılan Değişiklikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 1, 2008, s. 9-31.
- Zengin, İbrahim Çağrı, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar*, On İki Levha, İstanbul, 2020.

### Çevrimiçi Kaynaklar

- [www.entscheide.weblaw.ch](http://www.entscheide.weblaw.ch)
- [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)
- [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)



# İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya "hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr" adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.
- Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
  2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
  4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “\*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
  5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
  6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
  7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
  8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
  9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoğlu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.



18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir. Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.
19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.
20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.
21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.



