

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 25

Sayı: 2

2023



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2023



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 25

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2023



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2023

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 25 Sayı: 2 Yıl: 2023

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.023.085.1204

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. İkbâl Sibel SAFİ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları :

Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Egemen KARACA (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Birim Yayın Komisyonu

Prof. Dr. İkbâl Sibel SAFİ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Dekan V.) (Asil Üye)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Asil Üye)

Doç. Dr. Serkan MERAKLI (Yedek Üye)

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER (Asil Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU (Yedek Üye)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge KARAEGE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi) (Ankara)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
dergi.hukuk@deu.edu.tr - <https://hukuk.deu.edu.tr>

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 29.11.2023

Basım Adedi : 50

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacı

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca DergiPark, HeinOnline ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makaleler (dergi.hukuk@deu.edu.tr) gönderilmelidir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programı çıktısının da gönderilmesi** gerekir. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15’tir.
Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlelerin eklenmesi gerekmektedir.
“*Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*”
6. **ULAKBİM/HeinOnline**’ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.
7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.
8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimeden oluşan öz (abstract)**

ve 5 adet anahtar kelime (*keywords*) belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.

10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfa** (çeviriler için en fazla **30 sayfa**) geçmemesi gerekmektedir.

11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:

Kitaplar: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Bası Sayısı, Yayınevi, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1993.

❖ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserin başlığı kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.

Edis, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdın Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, (Hata).

❖ Birden fazla yazarlı eserlere yapılan atıflarda tüm yazarların **Soyadı**, Adı/**Soyadı**, Adı şeklinde atıf yapılmalı, “vd., ve diğerleri” şeklinde kısaltma yapılmamalıdır.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 192.

- ❖ Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.
Ayiter, s. 79; **Edis**, s. 107.
 - ❖ Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmadır.
von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Ankara 1983, s. 998.
 - ❖ **Makaleler:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)
Öztürk, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.
 - ❖ **Kararlar:** Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)
Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)
 - ❖ Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.
14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
 15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
 16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belirtilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.
 17. Hakemlerden herhangi birinin gönderilen yazıda bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık olduğu yönünde kanaat bildirmesi durumunda, yazara yazının Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde yayımlanmaya uygun görülmediği bildirilecektir. Yayın Kurulu, hakem incelemesinden

VIII

geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan herhangi başka bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

18. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
19. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/veya düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) kaydedilerek dosyanın e-posta yoluyla ***dergi.hukuk@deu.edu.tr*** adresine gönderilmesi gerekir.
20. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıma**” verdiği kabul edilir.
21. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Fakülteye devretmiş sayılırlar.
22. Değerlendirme süreci tamamlanarak, yayıma kabul edilen makalelerin yazarlarından **Telif Hakkı Devir Formu** talep edilecektir.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 25 Sayı: 2 Yıl: 2023****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Prof. Dr. Fatih BİRTEK**

Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında
Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine
İlişkin Tartışma 453-476

**Prof. Dr. Serkan ÇINARLI / Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN /
Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL**

Yargı Kararları Işığında İdari Yargıda Şekle Aykırılık Sebebiyle
Dava Dilekçesinin Reddi -İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun
3. ve 5. Maddesi Bağlamında Değerlendirmeler- 477-542

Dr. Öğr. Üyesi Nihat Seyhun ALP

İş Hukukunda İşçinin Aracılık Ücreti ve Karşılaştırmalı Hukuk
Çerçevesinde İncelenmesi.....543-598

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL

Elektronik Pazaryeri İşletmecilerinin Satıcılar Bakımından Yapmış
Olduğu Aracılık Faaliyetinin Hukukî Niteliği 599-646

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Hilal DEMİR

Hukuk Teorilerini Birer “Naya” Olarak Görmek
Jainizmin Üç Önemli Öğretisi İle Hukuk Teorisini Bir Araya
Getirmek 647-684

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV

Ermenistan’ın Kolektif Güvenlik Antlaşması Örgütü’nü (KGAÖ)
II. Dağlık Karabağ Savaşı’na Dahil Etmeye Yönelik Eylemlerinin
Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi 685-729

X

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER

Hükümet Dışı Kuruluşların Uluslararası Antlaşma Kurallarının
Oluşumu ve Uygulanması Sürecine Etkileri.....731-764

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU

Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İşletmeye
Endeksli Pay Oluşturulup Oluşturulamayacağı Sorunu.....765-804

Arş. Gör. Dr. İsa BAŞBÜYÜK

Blokzincir-Kripto Varlık Bağlantılı Yaygın Sahtekarlık Türlerinin
Dolandırıcılık ve İlişkili Suçlar Yönünden Analizi 805-846

Arş. Gör. Dr. Burcu EZER

An Evaluation of the Turkish General Health Insurance Within
the Scope of the Healthcare Reform 847-893

Arş. Gör. Dr. Musa Furkan ŞAHİN

Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi Konusunda Yargı
Kararlarında Kullanılan Kıstaslar 895-937

Arş. Gör. Burak IŞIK

Amerikan Medeni Usûl Hukukunda Taraf Sorgusu 939-978

Arş. Gör. Rıdvan TÜRK

Hınç, Adalet ve Hınç Adaleti: Eleştirel Bir Değerlendirme 979-1010

Meriç Seyhan KARACA

Hukuk ve Değişken Doğruluk: Toulmin İzinde Bir İnceleme.....1011-1046

Dilara AKBEN

Alman Hukukunda ve Türk Hukukunda Hayvanların
Korunmasının Karşılaştırılması 1047-1102

ÇEVİRİ

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang KAHL, M.A./

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep N. AYDINOĞLU YALÇIN (Çev.)

İklimin Korunması ve Temel Haklar (Klimaschutz und
Grundrechte) 1103-1129

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

Faculty of Law Review

Volume: 25 Number: 2 Year: 2023

CONTENTS

RESEARCH ARTICLES

Prof. Dr. Fatih BİRTEK

The Appealability Discussion of Conviction Decision Which Is
Given After the Decision of Reversal of Acquittal in Appeal 453-476

**Prof. Dr. Serkan ÇINARLI / Assoc. Prof. Dr. Hüseyin BİLGİN /
Research Assist. Kadir Can ÖZEL**

In the Light of Judicial Decisions Rejection of the Lawsuit Petition
Due to Violation of the Form in Administrative Jurisdiction
-Evaluations in the Context of Articles 3 and 5 of the Law of
Administrative Jurisdiction Procedure- 477-542

Assist. Prof. Dr. Nihat Seyhun ALP

The Commission Pay of Employee in Employment Law and
Examination Within the Scope of Comparative Law 543-598

Assist. Prof. Dr. Muhammet Emin BİNGÖL

The Legal Nature of the Intermediary Activity of Electronic
Marketplace Operators for Sellers 599-646

Assist. Prof. Dr. Nazlı Hilal DEMİR

Considering Each Legal Theory As a “Naya”
An Attempt to Combine Three Tenets of Jainism with
Legal Theory.....647-684

Assist. Prof. Dr. Tuğçe İSAYEV

Evaluation of the Armenia’s Actions to Involve the CSTO in the
II. Nagorno-Karabakh War in Terms of International Law 685-729

Assist. Prof. Dr. Neslihan ÖZKERİM GÜNER

The Effects of Non-Governmental Organizations on the Formation
and Implementation Process of the International Agreement 731-764

Assist. Prof. Dr. Murat Can PEHLİVANOĞLU

The Issue of Whether a Tracking Stock Can Be Created in Stock
Corporations Within the Framework of Turkish Commercial Code ...765-804

Research Assist. Dr. İsa BAŞBÜYÜK

Analyzing Common Blockchain and Cryptocurrency-Related
Scams under the Fraud and Related Offences 805-846

Research Assist. Dr. Burcu EZER

An Evaluation of the Turkish General Health Insurance
Within the Scope of the Healthcare Reform 847-893

Research Assist. Dr. Musa Furkan ŞAHİN

Criteria Used in Judicial Decisions on Determining the
Excessiveness of the Contractual Penalty 895-937

Research Assist. Burak IŞIK

Deposition in American Civil Procedure Law 939-978

Research Assist. Rıdvan TÜRK

Ressentiment, Justice and Justice of Ressentiment:
A Critical Evaluation 979-1010

Meriç Seyhan KARACA

Law and Variable Truth: An Analysis Following Toulmin.....1011-1046

Dilara AKBEN

Comparison of Animals Protection in German and Turkish Law ...1047-1102

TRANSLATION

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang KAHL, M.A. /

Assist. Prof. Dr. Zeynep N. AYDINOĞLU YALÇIN (Translator)

Climate Protection and Fundamental Rights 1103-1129

BERAAT KARARININ İSTİNAF KANUN YOLUNDA BOZULMASI SONRASINDA VERİLEN MAHKÛMİYET KARARININ TEMYİZ EDİLEBİLİRLİĞİNE İLİŞKİN TARTIŞMA

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375496>

Prof. Dr. Fatih BİRTEK*

Öz

2016 yılı itibariyle Türk ceza muhakemesindeki yargılama sistemi üç dereceli hale gelmiştir. Bu sistem içerisinde, istinaf kanun yolu hem maddi hem de hukuki meselenin denetlendiği “ikinci derece” bir kanun yolu olarak işlev görmek ve adil yargılanma hakkı açısından önemli bir güvence teşkil etmektedir.

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesinin kararındaki hukuka ve usule aykırılıkların “düzeltilmesi” kural iken “bozma” istisnadır. Bu sebeple CMK’de bozma kararı verilebilecek haller sınırlı bir şekilde sayılmıştır. İlk derece mahkemelerinin, bozma kararına karşı direnmeleri mümkün olmadığından (CMK m. 284/1), bozmadan sonraki serbestlik kuralı uyarınca yeni bir karar verilmesi gerekmektedir.

Sanık hakkında verilen beraat kararının istinaf kanun yolunda bozulmasından sonra, ilk derece mahkemesinin “mahkûmiyet” kararı vermesi ve bu kararın da istinaf kanun yolunda kesinleşmesi söz konusu olabilecektir. Direnme yasağı nedeniyle, bozmadan sonra tesis olunan mahkûmiyet kararı bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararı gibi değerlendirilerek, bozmadan sonra tesis olunan ve istinaf kanun yolunda kesinleşmesi gereken mahkûmiyet kararı bakımından, temyiz kanun yolunun açık olup olmadığı uygulamada tartışmalıdır.

* Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Sivas (fatihbirtek@hotmail.com) ORCID: 0000-0001-7019-0653 (Geliş Tarihi: 02.08.2023-Kabul Tarihi: 20.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Çalışmayı dil ve yazım yönünden denetleyen ve çalışma hakkındaki fikirlerini beyan eden Dr. Öğr. Üyesi Abdülbaki GİYİK’e ve Av. Mustafa Onur YAPAR’a teşekkür ederim.

Anahtar Kelimeler

İstinaf, Bozma, Bozma sonrası mahkûmiyet, Temyiz edilebilirlik, Temyiz davası

**THE APPEALABILITY DISCUSSION OF CONVICTION
DECISION WHICH IS GIVEN AFTER THE DECISION OF
REVERSAL OF ACQUITTAL IN APPEAL**

(Research Article)

Abstract

The Turkish criminal procedure (TCP) system transformed into a three-step criminal justice system in 2016. The level of appeal is second degree remedy in this judicial system which is included the supervision of material and legal issue. Also this remedy is the important guarantee in terms of right to fair trial.

The decision of reversal is exceptional but the correction of judicial errors is principal in remedy of appeal. Accordingly, the reasons of decision of reversal are restricted in Criminal Procedure Code. The court of first instance can not give a decision of persistence against to the reversal decision of court of appeal (CPC, Art. 284/1). The court of first instance should give a new decision after the reversal decision within the principle of independence.

Court of first instance can give a conviction decision after the reversal of the decision of acquittal in appeal and this judgement may be became of a final decree after the appeal application. Due to the prohibition of resistance, the conviction decision established after reversal is evaluated as the decision of the penal chamber of the regional court of appeal. Therefore the appealability of mentioned conviction decision is criticized in debate of Court of Cassation.

Keywords

Appeal, Cassation, Conviction after cassation, Appealability, Criminal appeal

GİRİŞ

CMK'nın 272 vd. maddelerinde düzenlenen istinaf kanun yolu, üç dereceli bir yargılama hüviyetini taşıyan Türk ceza muhakemesinde, ikinci derece kanun yoludur. İstinaf incelemesi, “*üst mahkeme*”¹ olarak kabul edilen bölge adliye mahkemelerinin ceza daireleri tarafından yapılmaktadır². Bu kanun yolunda (temyizden farklı olarak) hem maddi mesele hem de hukuki mesele bakımından denetim yapılmakta ve gerek görülen muhakeme işlemleri kısmen veya tamamen tekrar edilerek (veya tekrar edilmeksizin) maddi gerçeğe ulaşıp yeni bir hüküm verilebilmektedir³.

Türk hukukunda, ilk derece mahkemesindeki bütün işlemlerin tekrar edildiği “*geniş anlamda*” istinaf yerine; sadece bölge adliye mahkemesince gerek görülen “*tartışmalı hususların*” ele alındığı ve gerekli görülen işlemlerin tekrarlanması yeterli gören “*dar anlamda*” istinaf uygulaması kabul edilmiştir⁴. Dar anlamda istinaf yolunun kabul edilmesi nedeniyle, istinaf kanun yolunda hukuka aykırılıkların “*düzeltilmesi/ ıslahı*” temel kural iken, “*bozma*” istisnadır⁵. Bu sebeple, Yargıtay'ın aksine bölge adliye mahkeme-

¹ İstinafin, ilk defa mahkemeler hiyerarşisi ortaya çıktıktan sonra uygulanmaya başlandığı ve üst mahkeme olduğu hususunda bkz. **Yenisey**, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 88-89.

² Ceza muhakemesinde, ancak maddi vakıya ilişkin olarak öğrenme yargılaması yapabilen (delillerle doğrudan temas edip yeni bir delil takdiri yapabilen) kanun yolu denetiminin ikinci derece kanun yolu olarak kabul edilebileceği ve istinaf kanun yolunun da bu anlamda “*ikinci derece*” kanun yolu olduğu hususunda bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 111, 759; **Birtek**, Fatih, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 41.

³ Ceza muhakemesinin temel ilkelerine bağlı kalınarak maddi gerçek araştırılabildiği için istinaf kanun yolunun temyizden farklı olduğu hususunda bkz. **Gökce**, Ahmet/**Balcı**, Murat/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 690. İstinafin inceleme kapsamı yönüyle temyizden daha geniş, ancak kararlarının etkinlik alanı bakımından temyizden daha dar olduğu hususunda bkz. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 564. İstinaf incelemesinin en geniş denetim imkanı veren kanun yolu olduğu hususunda bkz. **Güngör**, Devrim, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 35.

⁴ **Yenisey**, s. 72; **Çınar**, Ali Rıza: Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 140; **Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk**: Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 624; **Sarıgül**, Ali Tanju: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, TBB Yayını, Ankara 2017, s. 120; **Ünsal**, Cengiz: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 39-40; **Birtek**, İstinaf, s. 225.

⁵ **Yenisey**, s. 190; **Öztürk**, Bahri (Ed.): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 690.

leri “bozma” mahkemesi olmayıp, “düzeltme” mahkemesidir⁶. Hiç şüphesiz bu tür bir uygulama, davaların daha kısa sürede sona ermesi amacıyla kabul edilmiştir⁷.

İstinaf kanun yolunun kabul edildiği 2016 yılından bugüne kadar olan uygulamada, en yoğun tartışmanın istinaf kanun yolundaki incelemenin kapsamı ve bozma konusunda yaşandığı söylenebilir. Nitekim kanun koyucunun, istinaf kanun yoluna ilişkin yaptığı değişikliklerin de “*bölge adliye mahkemesinde inceleme ve kovuşturma*” başlıklı 280. maddede yoğunlaştığı görülmektedir⁸.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin, bozmayı gerektirmeyen hukuka aykırılıklar bakımından (CMK m. 280/1- e, f’deki haller dışında) hukuka ve usule aykırılıkları kendisinin düzelterek bir karar vermesi gerekirken; Türk hukukunda kabul edilen istinaf türünün mahiyeti ve bu istinaf türündeki denetimin kapsamı konusundaki hatalı değerlendirme neticesinde, gerçekte bozma kararı verilmesini gerektirmeyen hukuka ve usule aykırılıklar bakımından bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği nadir olmayan bir uygulamadır. İstinaf kanun yolunun mahiyeti, kapsamı ve kabul edilmesindeki amaç nazara alındığında, bölge adliye mahkemesince “*mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verildiği*”nden bahisle bozma kararı tesis olunabilmesi mümkün değildir. Hiç şüphesiz, CMK m. 284’te düzenlenen “*direnme yasağı*”, bu tür bir hukuka aykırılığın düzeltilmesine, ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin kararına karşı çıkma imkân tanımamaktadır⁹. Yine bölge adliye mahkemesinin bozma kararının temyiz edilebilmesi de mümkün değildir (CMK m. 286).

CMK m. 280/1-e, f kapsamında, istisnai hallerin gerçekleşmesi üzerine bozma kararı verilmesi halinde de “*direnme yasağı*” nedeniyle ilk derece mahkemesinin bozma kararı doğrultusunda kovuşturmaya kaldığı yerden devam etmesi ve bozma kararında belirtilen hukuka/usule aykırılıkları gidererek yeni bir karar vermesi gerekmektedir.

⁶ Selçuk, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 359.

⁷ Yenisey, s. 191.

⁸ Değişiklikler için bkz. 6545 sayılı Kanun, 6758 sayılı Kanun’un 15. maddesi, 7035 sayılı Kanun, 7079 sayılı Kanun ve 7188 sayılı Kanun.

⁹ Kanun’da açıkça düzenlenmediği için bozma kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmesinin de mümkün olmadığı hususunda bkz. Çınar, s. 156.

İlk derece mahkemesince, sanık hakkında beraat kararı verilmesinden sonra bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından gerek CMK m. 280/1-e, f’de belirtilen sebeplerle (istisnai hallerin mevcut olması nedeniyle) gerekse yukarıda yer verildiği üzere hukuka aykırı olarak tesis olunan “bozma” kararı verilmesi ve ilk derece mahkemesince bozmadan sonra yapılacak yargılamada “mahkûmiyet” kararı verilmesi muhtemeldir. Bu karar bakımından ortaya çıkan asıl sorun, ilk derece mahkemesinin beraat kararının bozulması sonrasında, beraat kararında ısrar edemeyip (direnme kararı veremeyip) bozma kararı doğrultusunda genel hükümlere göre kovuşturmaya devam edip¹⁰ mahkûmiyet kararı vermesi ve bu kararın da CMK m. 282 kapsamında istinaf kanun yolunda kesinleşen hükümlerden olması halinde karşımıza çıkmaktadır. Zira bu durumda, ilk derece mahkemesince hakkında beraat kararı verilen sanık bakımından, direnme yasağı nedeniyle beraat kararının ortadan kalkması ve bozma kararı sonrasında mahkûmiyet kararı verilmesi ve bu kararın da istinaf kanun yolunda kesinleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu tür bir durumda, direnme yasağı nedeniyle, sanık hakkında tesis olunan mahkûmiyet hükmü bölge adliye ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir hüküm gibi kabul edildiğinde, sanık ilk kez mahkûm edilmiş olacak ve bu karar/ hüküm bakımından temyiz kanun yolu açık olacaktır (CMK m. 286). Ancak bu tür bir değerlendirme yapılmaksızın, direnme yasağı göz ardı edilerek salt CMK m. 286’daki hükümler kapsamında bir değerlendirme yapıldığında sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmüne karşı temyiz yolunun kapalı olduğu ve hükmün kesinleştiği kabul edilmek zorundadır.

İlk derece mahkemesinin beraat kararına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından CMK m. 280/1-e, f’ye uygun olarak tesis edilen bozma kararı ile esasında bozma kararı verilmesi mümkün olmayan suç vasfına yönelik bozma kararları ile sübuta yönelik bozma kararları sonrasında ortaya çıkan durum ve bozmadan sonra verilen mahkûmiyet kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine dair kararın temyiz edilebilirliği üzerine etkisinin incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamızda, bozmadan sonra verilen mahkûmiyet kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmasına rağmen, istinaf başvurusunun esastan reddedilmesi ve hükme karşı temyiz kanun yolunun kanun gereği kapatılmış olması (CMK m. 286) halinde, beraat kararına ilişkin istinaf kanun yolundaki ilk bozmanın, sanığın temyiz kanun yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususu tartışılacaktır.

¹⁰ Yenisey/Nuhoglu, s. 973.

I. İSTİNAF KANUN YOLUNDA BOZMA KARARI VE BOZMANIN SONUÇLARI

CMK m. 280/1-e, f’de istinaf incelemesi neticesinde bozma kararı verilebilecek haller sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Buna göre “*ilk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması*”¹¹ ve “*soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile yürütülmesinin zorunlu olması*” hallerinde bozma kararı verilebilecektir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma kararında, kararın hangi nedenle bozulduğunun açık bir şekilde gösterilmesi gerekir¹². Bozma nedenlerinden en az birisinin tespit edilmesi halinde bozma kararı verilmesi gerektiği, hükmün diğer yönlerden (mutlak hukuka aykırılık nedenleri dışındaki nedenler yönünden) incelenmesinin gerekmediği kabul edilmektedir¹³. Kanaatimizce bu düşünce CMK m. 28/1-e’de yer verilen ve kesin/ mutlak hukuka aykırılık hallerine dayalı bozma bakımından geçerli olsa da m. 280/1-f’de yer verilen bozma

¹¹ CMK m. 289/1- g ve h bentlerinin “esnek” hukuka kesin aykırılık halleri olduğu ve bu sebeple istinaf kanun yolunda bozma kararı verilebilecek haller arasından (7079 sayılı Kanun değişikliği ile) çıkarıldığı ancak bu düzenlemenin isabetli olmadığı hususunda bkz. **Şahin/Göktürk**, s. 631, dn. 1057. Düşüncemize göre mezkûr hukuka kesin aykırılık hallerinin “esnek” oluşu, bölge adliye mahkemelerinin bozma kararını vermesini kolaylaştırdığı ve bu kolaylığın mahkemelerin kurulma amacına, istinaf incelemesinin mahiyetine ve kapsamına aykırı uygulamaları ortaya çıkardığından, 7079 sayılı Kanun ile söz konusu değişiklik yapılmıştır. Zira değişikliğe ilişkin kanun teklifinin gerekçesinde “*hükmün gerekçe içermemesi ve hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması hallerinde, istinaf mahkemelerinin söz konusu hukuka aykırılıkları duruşma açmak suretiyle gidermesinin*” hükmüne bağlandığı ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y3/T1/WebOnergeMetni/6f1a4809-a009-48ae-aea1-68f492207f47.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.07.2023).

¹² **Öztürk**, s. 722; **Çınar**, s. 156. Kararın bir nedenden dolayı bozulması halinde dahi bütünüyle bozulmuş sayılacağı ve kesin olarak hükümsüz hale geleceği hususunda bkz. **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 345. Bozma nedenlerinin gösterilmesi hususunda, temyiz kanun yoluna ilişkin CMK m. 302 hükmünün (kıyasen) istinaf kanun yolu bakımından da uygulanmasının mümkün olduğu hususunda bkz. **Ünsal**, s. 290, dn. 68.

¹³ **Çınar**, s. 156-157; **Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 134; **Kaymaz**, Seydi, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 186-187; **Balcı**, Fidan/**Öztürk**, Seyithan: Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 184-185.

nedenleri bakımından geçerli kabul edilmez. CMK m. 280/1-f kapsamında bozma nedeni tespit edildiğinde, ilk derece mahkemesinin bozmadan sonra yapacağı yargılamaya ilişkin olarak yol gösterici mahiyette tespitlerde bulunulması (diğer yönlerden de incelenmesi) mümkün ve gereklidir¹⁴. Bölge adliye mahkemesinin içtihat mahkemesi olmadığı ve içtihat birliğini sağlamak gibi bir görevi bulunmadığı ve temyizde olduğu gibi “kabul bozması”¹⁵ adı altında bir bozma yapamayacağını düşünmekle birlikte, yargılamanın adil/ hakkaniyete uygun ve makul sürede yapılabilmesi için tespit edilen sair hukuka aykırılıkların bildirilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

İlk derece mahkemesinin kararında, bozma nedenlerinin bulunduğu dosya üzerinden yapılacak incelemede anlaşılabileceği gibi duruşma açıldıktan sonra da anlaşılabilir¹⁶ ve yargılama şartı ile uzlaştırma gibi hususlara ilişkin bozma nedeni istinaf başvurusu sonrasında da (örneğin, kanun değişikliği nedeniyle de) ortaya çıkmış olabilir.

Sınırlı sayıda belirtilen ve bu niteliği gereğince de kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmayan¹⁷ bozma nedenleri incelendiğinde, bu nedenlerin usule ilişkin nedenler olduğu, maddi vakıanın sübutuna (maddi meseleye) veya suç vasfına (hukuki meseleye) ilişkin herhangi bir bozma nedeni düzenlenmediği görülmektedir.

¹⁴ Kaymaz’a göre ilk derece mahkemesine (özellikle yeni bir heyet söz konusu olduğunda) yön vermek isabetli değildir. Ancak değer bozma nedenleri söz konusu olduğunda, hukuka aykırılıkların giderilmesinin temini için bu hukuka aykırılıkların da gösterilmesi gerekir. Açıklama için bkz. **Kaymaz**, s. 185.

¹⁵ CMK m. 302/3 kapsamında, temyiz incelemesi neticesinde hükmün temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulması halinde, dilekçede yer verilmese dahi saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hallerinin bozma kararında gösterilmesi “*kabul bozması*” olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay tarafından “kabule göre” denilerek yapılan bozma, uyarma ve yol gösterme amaçlıdır. Yargıtay’a göre kabul bozması direnmeye veya Cumhuriyet başsavcısının itirazına (CMK m. 308) konu edilemez. Yarg. CGK, T. 30.06.2009, E. 2009/169, K. 2009/186; Yarg. CGK., T. 07.12.2012, E. 2012/2-297, K. 2012/22, (www.yargitay.gov.tr, ErişimTarihi: 20.07.2023). Kabul bozması uygulaması, Yargıtay’ın hukuk birliğini sağlama ve içtihat mahkemesi olma işlevinin bir gereği olarak yerleşmiş bir uygulamadır. Açıklama için bkz. **Birtek**, Fatih: “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk”, İstanbul Hukuk Mecmuası (İHM), C. 80, S. 4, Y. 2022, s. 1335.

¹⁶ **Soyaslan**, s. 572; **Erdem**, s. 134; **Ünsal**, s. 289.

¹⁷ Ceza muhakemesinde kural olarak kıyas serbestisi bulunmakla birlikte, sınırlı saymanın olduğu haller ile istisnai hükümlerde (ve kanunilik ilkesi gereğince koruma tedbirlerinde) kıyas yasağının geçerli olduğu hususunda bkz. **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 56; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 73.

Bozma kararı sonrasında, hükmü bozulan ilk derece mahkemesince (veya bölge adliye mahkemesince aynı yargı çevresinde yer alan diğer bir ilk derece mahkemesince) bozma kararı doğrultusunda yeniden inceleme yapılarak yeni bir hüküm kurulması gerekmektedir. Zira bozma kararı ile ilk hüküm ister beraat isterse mahkûmiyet olsun, ortadan kalkmış olur¹⁸.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma kararı ister CMK m. 280/1-e, f'ye ve dolayısıyla hukuka uygun olsun isterse maddi meseleye ve hukuki meseleye ilişkin olması nedeniyle hukuka aykırı olsun, bozma kararı sonrasında CMK m. 284'te yer alan "direnme yasağı" devreye girecektir. CMK m. 284/1'e göre "*Bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemez; bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemez*". Yine bozma kararı sonrasında ceza uyuşmazlığına ilişkin bir "*kesinleşme/ yargılaşma*" durumu ortaya çıkmadığından CMK m. 308/A kapsamında bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisinin kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple ister hukuka aykırı isterse hukuka uygun olsun, bölge adliye mahkemesinin bozma kararının ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir.

Bozma kararının CMK 280/1-e, f'ye açıkça aykırı olarak tesis edildiği (suç vasfına yöneldiği veya sübuta ilişkin olduğu) durumlarda, bozma kararının yok hükmünde sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır.

Yokluk, bir muhakeme işleminin "*işlemin yapılmamış olduğunu bir başka süjenin farz ve kabul etmesi*" olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Yokluk yaptırımını, bir usul işleminin temel unsurlarındaki eksiklik nedeniyle ortaya çıkan, ağır ve önemli aykırılıklara uygulanan bir yaptırımdır²⁰. Yargıtay tarafından "*işlemin bir başka makam tarafından ortadan kaldırılması için kanun yolu tanınmış olan hallerde, yokluk müeyyidesinin söz konusu olamayacağı*" kabul edilmektedir²¹.

¹⁸ Hüküm, nihai karar ortadan kalkmakla birlikte ilk derece mahkemesince ara karar ile uygulanan veya soruşturma aşamasında uygulanan koruma tedbirleri hükümsüz hale gelmez. Hükümsüz hale gelen ve hukuk aleminden silinen karar, ara kararlar değil sadece "*son/ nihai karardır*".

¹⁹ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 204; **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 102.

²⁰ **Ünver/Hakeri**, s. 156. Ceza muhakemesi işlemlerinin müeyyidelerinin neler olduğu konusunun hemen her ülkede yetersiz bir şekilde düzenlendiği ve bu sebeple de çok tartışmalı olduğu hususunda bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 203.

²¹ Y. CGK, 06.05.2008, E. 2008/90, K. 2008/100, (www.yargitay.gov.tr. Erişim Tarihi: 20.07.2023).

Yargıtay kararlarında, kendisine başvuru mercii inceleme yetkisi olmayan bir kararı incelemesi, bir ceza soruşturması bulunmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi, suçtan zarar görmeyen kişilerin davaya katılmasına karar verilmesi²², nihai hüküm sonrasında mahkemenin hükmü değiştirmesi veya tutuklama kararı vermesi²³ gibi ağır hukuka aykırılıklarla malul kararlar, yok hükmünde kabul edilmektedir²⁴. Yok hükmündeki kararlara karşı, kanun yoluna başvurulmasına da gerek yoktur²⁵.

CMK 280/1-e, f hükümlerine aykırı bir şekilde -Kanun'da sınırlı sayılan haller dışında- özellikle suç vasfına veya sübuta yönelik olarak tesis olunan bozma kararlarının, yok hükmünde sayılması mümkün değildir. Zira bu tür durumlarda, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, Kanun'un açık hükmünü doğrudan veya kıyas yapmak suretiyle ihlal etmekle birlikte, tesis olunan karar yokluk yaptırımını gerektirecek nitelikte *“temel unsurlarda ağır bir hata ve eksiklik”* olarak kabul edilemez. Bu tür bir hata, açık bir *“uygulama hatası”* olarak kabul edilebilir. Zira Yargıtay'a göre de *“Uygu-*

²² Ünver/Hakeri, s. 156-157.

²³ Y. 1. CD, 20.03.2014 tarih, E. 2014/118, K. 2014/1750. Bu karar sonrasında, 14/4/2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile CMK m. 112/2'de değişiklik yapılmış ve kanun yolu aşamasında ilk derece mahkemesinin adli kontrol kararı verebilmesinin yolu açılmıştır. Düzenlemeye göre *“Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükmü ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de tutuklama kararı verebilir”*. Bu sebeple nihai hükümden sonra ilk derece mahkemesinin dosyadan el çekmesi kuralına bu düzenlemeyle bir istisna getirildiği söylenebilir. Yine Yargıtay'a göre *“uygulama ve hesap hataları dışında kalan ve sonuç ceza üzerinde değişikliğe yol açmayan maddi yazım hatalarının yöntem ve zaman sınırlamasına tabi bulunmaksızın, bizzat bu hatayı yapan merci tarafından kendiliğinden veya denetim muhakemesi sonunda verilen bir karardaki uyarı üzerine düzeltilmesi mümkündür”*. Yarg. CGK, T. 15.03.2016, E. 2014/482, K. 2016/125, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2023).

²⁴ Yargıtay'ın yokluk müeyyidesini içtihatla genişlettiği ve CMK'de pek çok maddede (örneğin; m. 78/1, 80/1 vs.) yokluk müeyyidesi düzenlendiği hususunda bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s. 205.

²⁵ **Erdem**, s. 54. Yargıtay ise yok hükmündeki kararlar bakımından, şeklen dahi olsa *“yokluğun tespit edilerek”* bu kararların hukuk aleminden çıkarılması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre *“O halde, Erdal Noyan'ın Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tebliğname düzenleyip görüş bildirdiği somut olayda, Özel Dairede işin müzakeresine katılıp oy kullanarak kararın oluşmasını sağladığı anlaşıldığından, açıklanan ilkeler doğrultusunda Özel Dairenin 21.7.2011 gün ve 293-63 Sayılı kararı hukuken yok hükmünde olup sonuç doğurması olanaksızdır. Bu itibarla, itirazın kabulüyle Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün temyiz incelemesinin sağlanması için dosyanın yeniden Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.”* Y. CGK., 27.09.2011, E. 2011/13-250, K. 2011/190. Bu karar ve aksi yöndeki karar için bkz. **Birtek**, İstinaf, s. 114, dn., 429.

*lama hatası; yargılama araçlarının belirli biçimde hatalı takdir edilmelelerinden kaynaklanan hukuki yanlışlıklardır... Kanun maddesinin yanlış yorumlanmasının söz konusu olduğu, hâkimin takdirine bağlı ve bilinçli uygulamalardaki hata ve aykırılıkların yani uygulama hatalarının aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kalaca[ktır]*²⁶.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından ilk derece mahkemesinin beraat kararına yönelik olarak ister hukuka uygun bir şekilde (CMK m. 280/1-e, f bentleri kapsamında) isterse uygulama hatasıyla hukuka aykırı bir şekilde (suç vasfına ve sübuta yönelik) verilmiş olsun, CMK m. 284/1’de yer alan açık düzenleme sebebiyle ilk derece mahkemesinin bozma kararına karşı direnebilmesi mümkün değildir. Bozma kararı ile ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin son kararı kesin olarak²⁷ “kaldırılmış” olur ve ilk derece mahkemesindeki muhakeme, nihai karar öncesine döndüğünden kovuşturmayaya devam edilmesi gerekliliği/ zorunluluğu ortaya çıkar.

II. BOZMA KARARINDAN SONRAKİ MUHAKEME

CMK m. 284’te yer verilen ve bölge adliye mahkemesinin bozma kararına karşı direnme kararı verilmesini yasaklayan düzenleme nedeniyle, bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin “*bozma nedeni doğrultusunda*” hukuka aykırılığı gidermek ve yeniden bir son karar vermek üzere kovuşturmayaya devam etmesi dışında bir yol bulunmamaktadır²⁸.

Bozma kararı ile ilk derece mahkemesinin son kararı ortadan kalkacağından (hükümsüz hale geleceğinden), bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin ayrı bir esasa kaydetmek suretiyle kovuşturmayaya “*nihai karardan önceki aşamadan*” devam etmesi gerekmektedir. Hiç şüphesiz, bozma kararından sonraki “*kovuşturma*”, yeniden başlayan ve bütün işlemlerin tekrar edileceği bir evre olmayıp sadece bozma kararı doğrultusunda inceleme ve araştırmanın yapılacağı bir evredir.

Temyiz kanun yolundaki bozma sonrasında, ilk derece mahkemesinin veya bölge adliye mahkemesinin ne şekilde hareket edeceği CMK m. 307’de açık bir şekilde düzenlendiği halde, istinaf kanun yolu bakımından bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide, CMK 307 benzeri bir düzenlemenin istinaf kanun yolu için de yapılması gerektiği ifade edilmekle

²⁶ Y. CGK, 15.03.2016, E. 2014/482, K. 2016/125, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2023).

²⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 345.

²⁸ İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesine, bozmaya karşı direnme imkanının tanınması gerektiği hususunda bkz. Kaymaz, s. 186-187, 368.

birlikte²⁹, bu tür bir düzenleme olmaksızın da CMK m. 307/1 hükmünün kıyas yoluyla istinaf aşamasında uygulanabileceği de öne sürülmektedir³⁰.

Bozma sonrasında ilk derece mahkemesi, ayrı bir esas ve yeni bir tensip zaptı ile kovuşturmaya devam edecek ve CMK m. 307/1 hükmüne kıyasen³¹ taraflara bozma kararına karşı diyeceklerini sorarak kovuşturmanın seyrini belirleyecektir. Zira bozma kararı sonrasında, tarafların tevsi-i tahkikat talepleri olabileceği gibi bozma kararına yönelik beyanları da bozma kararının hukuka uygun olup olmadığı, daha iyi anlaşılabilmesi ve kararın gereklerinin ne şekilde yerine getirileceği hususunda mahkemeye yön gösterici olabilecektir.

Bozma kararı sonrasında, bozmadan sonraki (bozma kararına uyulmasından sonraki) serbestlik ilkesi³² uyarınca bozma kararındaki hususlar gözetilerek ilk derece mahkemesinin yeniden karar (farklı gerekçeyle aynı kararı veya farklı bir kararı) vermesinin önünde (CMK m. 283'te düzenlenen yaptırımı ağırlaştırmama kuralı dışında) bir engel de bulunmamaktadır³³. Zira istinaf kanun yolunun kabul edilmesindeki amaç hukuk birliğinin ve hukukun gelişmesine katkı sağlanması olmadığından, ilkesel olarak istinaf merciin kararlarının ilk derece mahkemesi tarafından bağlayıcılığı kabul

²⁹ **Birtek**, İstinaf, s. 256.

³⁰ **Çınar**, s. 157; **Sarıgül**, s. 130.

³¹ CMK m. 307/1 hükmünde yer verilen “Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar” düzenlemesi, Yargıtay’ın bozma kararına karşı direnilip direnilmeyeceğinin belirlenmesi amacına da hizmet etse de istinaf kanun yolunda “direnme yasağı” söz konusu olduğundan, istinaf bozması sonrasında bozma kararına karşı tarafların beyanının alınmasında bu amacın mevcut olduğu söylenemez. İstinaf kanun yolunda, CMK m. 307 hükmünün bütünüyle ve kıyasen uygulanabileceği ve sanık dinlenmeksizin bozmaya konu cezadan daha ağır bir cezaya hükmolunamayacağı hususunda - bizim de katıldığımız- düşünce için bkz. **Ünsal**, s. 290.

³² “Bozmadan sonraki serbestlik” ilkesi hakkında bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s. 1782; **Selçuk**, Sami/**Çınar**, Ali Rıza: Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 20-21; **Birtek**, İstinaf, s. 310 vd.

³³ Bozma kararı sonrasında, araştırma, inceleme ya da toplanan yeni delillere dayanarak, ilk kararda yer almayan gerekçeyle (ek veya değişik gerekçeyle) hüküm kurmak “*eylemli uyma*”dır (Y. CGK, 11.02.2014, E. 2013/6-615, K. 2014/65); bölge adliye mahkemesinin bozma kararına uyulduğu belirtildiği halde, ilk hükümle aynı şekilde uygulama yapılması ve bozma kararındaki hukuka aykırılıkların giderilmeksizin karar verilmesi “*fiili direnme*” olarak tanımlanmaktadır. Tanımlama için bkz. **Erdem**, s. 135. Fiili direnmenin yeni bir bozma nedeni olduğu hususunda bkz. **Kaymaz**, s. 187. Bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin, bozma kararının dışına çıkarak, ilk kararını yeniden tartışma konusu yapamayacağı hususunda bkz. **Öztürk**, s. 722; **Erdem**, s. 134. Bozma nedeni teşkil eden hukuka aykırılık giderildikten sonra aynı kararın verilebileceği yönündeki -iştirak ettiğimiz- görüş için bkz. **Güngör**, s. 100.

edilemez³⁴. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesine ısrar yetkisinin tanınması da ısrar konusunda karar verecek bir makamı zorunlu kılar ve bu tür bir uygulama da kanun yolu sürecini uzatacağından, bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin son kararının ortadan kalktığı kabul edilip, yeni bir muhakeme ile yeni bir son karar verilmesi gerekmektedir³⁵. Kanun koyucunun direnme yasağını düzenlemesi de bu amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple, bozmadan sonra yapılacak yargılama bakımından önemli olan husus bozma nedeni teşkil eden hukuka aykırılığın giderilmesidir. Kanun koyucunun “*direnme yasağı*” ile engellemek istediği şey, ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi arasında “*bozma nedeninin*” tartışma konusu yapılmasıdır. Bozma nedeni ortadan kalktıktan veya diğer bir deyişle hukuka aykırılık giderildikten sonra aynı veya farklı bir kararın verilebilmesi mümkündür. Aynı veya farklı karar verilip verilemeyeceğini belirleyen husus, hiç şüphesiz bozma nedenidir.

İstinaf kanun yolunda kural, hukuka aykırılıkların istinaf kanun yolunda düzeltilmesi olduğu halde, bozma kararı verilmesi gereken hallerde bu kuraldan ayrılmış ve hukuka aykırılığın ilk derece mahkemesince düzeltilmesi usulü benimsenmiştir³⁶.

Bozmadan sonra devam olunan kovuşturmada, yeni delil ikame edilmişse bu delilin de duruşmada tartışılması, delillerin bütünüyle ikamesi ve tartışılması tamamlandıktan sonra iddia makamının esasa ilişkin mütalaasının alınması ve akabinde de esasa ilişkin savunmasının yapılması (ve sanık hazırsa son sözünün sorulması) suretiyle kovuşturmanın tamamlanması gerekmektedir.

İlk derece mahkemesince devam olunan kovuşturma neticesinde araştırma, inceleme ya da toplanan yeni delillere dayanarak, ilk kararda yer almayan gerekçeyle (ek veya değişik gerekçeyle) hüküm kurmak “*eylemli uyma*”dır³⁷. Bölge adliye mahkemesinin bozma kararına uyulduğu belirtildiği halde, ilk hükümle aynı şekilde uygulama yapılması ve bozma kararındaki hukuka aykırılıkların giderilmeksizin karar verilmesi ise “*fili direnme*” olarak tanımlanmaktadır³⁸. Öğretide, bölge adliye mahkemesinin bozma

³⁴ Yenisey, s. 195.

³⁵ Yenisey, s. 195.

³⁶ Kaymaz, s. 160-161.

³⁷ Y. CGK, 11.02.2014, E. 2013/6-615, K. 2014/65, (www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 21.07.2023).

³⁸ Tanımlama için bkz. Erdem, s. 135. İstinaf kanun yolunda, bozma kararında sonra ilk derece mahkemesinin ya bozmaya “aynen” uyacağı ya da bozma kararında belirtilen eksiklikler giderilerek yeni bir karar verilebileceği” hususunda bkz. Öztürk, s. 722;

kararına karşı “fiili direnmenin” yeni bir bozma nedeni olduğu öne sürülse de³⁹ biz bu düşünceye kısmen iştirak etmekteyiz. Düşüncemize göre bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma kararı suç vasfına veya sübuta yönelik ise bu tür bir bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinin fiili direnmesi yeni bir bozma nedeni olamaz. Zira bu halde, esasında hiç bozma kararı verilmeyip bozma kararında belirtilen eksikliğin veya hatanın istinaf kanun yolunda giderilmesi gerekmektedir. Ancak bozma kararının CMK m. 280/1-e, f bentleri kapsamında olduğu hallerde bozma kararına karşı fiili direnmenin yeni bir bozma nedeni teşkil edeceği tartışmasıdır⁴⁰. Yine düşüncemize göre bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin “eylemli uyma” ihtimalini öngörmesi halinde, dosyayı “*kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine*” gönderme yetkisini kullanarak bu ihtimali bertaraf edebilmesi de mümkündür.

CMK m. 283'teki açık düzenleme sebebiyle, bozma kararından sonra kurulan hüküm -eğer istinaf kanun yoluna sadece sanık tarafından veya sanık yararına başvurulmuşsa- ilk hükümden⁴¹ daha ağır olamayacaktır (reformatio in peius/ yaptırımını ağırlaştırmama kuralı)⁴².

Özen, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 940.

³⁹ **Kaymaz**, s. 187.

⁴⁰ Yargıtay tarafından, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma kararından sonra, ilk derece mahkemesinin görevsizlik gerekçesiyle görev uyuşmazlığı çıkarıp dosyayı Yargıtay'a göndermesinin direnme olduğu ve bu tür bir kararın “*yok hükmünde*” olduğu kabul edilmiştir. Yarg. 5. CD, T. 20.02.2017, E. 2017/792, K. 2017/591, karar için bkz. **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 706, dn. 119.

⁴¹ “*Daha ağır*” olamayacağı belirtilen hususun (hükümün) sadece cezayı mı, ceza ile güvenlik tedbirlerini mi yoksa bir bütün olarak yaptırım ve yaptırımın bütün hukuksal sonuçlarını mı kapsadığı hususu tartışmalıdır. Tartışma için bkz. **Ersoy**, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 204 vd.; **Selçuk/Çınar**, s. 123 vd.; **Özbek**, V. **Özer/Tepe**, İlker: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2775 vd.

⁴² Kural hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ersoy**, s. 236 vd.; **Selçuk/Çınar**, 25 vd.; **Özbek/Tepe**, s. 3769. İstinaf kanun yolunda, maddi vakıanın bütünüyle yeniden incelenmesi söz konusu olduğundan, bu kanun yolu bakımından aleyhe bozma yasağının büyük bir önem taşıdığı hususunda bkz. **Birtek**, İstinaf, s. 312. Gelişigüzel istinaf taleplerini engelleyebileceğinden bahisle aleyhe değiştirme yasağının istinaf kanun yolunda kabul edilmemesi gerektiğini belirten karşı görüş için bkz. **Antakyalı**, Yasemin: “Ceza Yargılaması Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolu- Bölge Adliye Mahkemeleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 3, S. 6, Nisan 2008, s. 193.

Bozma kararından sonra verilen son karar (nihai hüküm) ilk (bozulan) hükümle aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Yine bu son kararın, CMK m. 272’de düzenlenen kesinlik sınırının altında da olabilmesi mümkündür. Son kararın, kesinlik sınırının altında olması (verildiği anda kesin olması) veya taraflarca istinaf kanun yoluna götürülmemesi halinde -eğer resen istinafa tabi bir hüküm değilse- yeni bir istinaf denetimi söz konusu olamayacaktır. Bu halde, son karardaki hukuka aykırılık iddiaları CMK m. 309 kapsamında, kanun yararına bozma yoluyla çözümlenebilecektir.

İlk derece mahkemesinin bozma kararı öncesindeki son kararının “beraat” olması ve bozma sonrasında da “mahkûmiyet” karar verilmesi halinde, mahkûmiyet kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğunda, eğer mahkûmiyet kararı CMK m. 286 kapsamında temyiz edilebilir bir karar değilse (örneğin; 5 yılın altında bir hapis cezasına ilişkinse) bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bu karara yönelik tesis ettiği “*istinaf başvurusunun esastan reddi*” kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir. Bu noktada, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin suç vasfına ve sübuta ilişkin olduğu yani diğer bir deyişle hukuka aykırı olduğu hallerde, bozma kararı ve sonrasında geçerli olan direnme yasağı nedeniyle temyiz hakkının kaybedilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

III. BERAAT KARARININ BOZULMASINDAN SONRA VERİLEN MAHKÛMİYET KARARINA KARŞI İSTİNAF BAŞVURUSUNUN ESASTAN REDDİ VE BU KARARIN TEMYİZ EDİLEBİLİRLİĞİ

CMK m. 280/1-e, f bentleri kapsamında, istinaf kanun yolunda bozma kararı ancak “*ilk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması*” ve “*soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile yürütülmesinin zorunlu olması*” hallerinde verilebilecektir. Bu haller incelendiğinde, bozma kararı verilebilecek hallerin temelde usule ilişkin olduğu, suç vasfına ve sübuta ilişkin olmadığı görülmektedir.

Yukarıda da zikrolunduğu üzere, istinaf kanun yolunun amacı, mahiyeti ve bu kanun yolundaki denetimin kapsamı nazara alındığında, suç vasfı veya yargılamaya konu eylemin sübutu konusunda bozma kararı verilebilmesi mümkün değildir.

İlk derece mahkemesinin beraat kararına ilişkin olarak, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından CMK m. 289/1-e, f bentlerine uygun veya bu hüküm ihlal edilerek verilen bozma kararı sonrasında verilen yeni kararın “mahkûmiyet” olması halinde sanığın temyiz hakkının elinden alınıp alınmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki; CMK m. 280/1-e, f bentleri kapsamında hukuka uygun bir bozma kararı sonrasında da bozmadan önceki yargılamada ispat konusunda ulaşılan kanaat ile bozmadan sonra ulaşılan kanaat farklı olabilecektir. Her ne kadar aynı hâkim veya mahkeme heyetinin bozmadan sonraki yargılamayı yürütmesi halinde ispata ilişkin kararın değişmesinin pek mümkün olmadığı düşünülebilirse de özellikle “bağlantı” nedeniyle yapılan bozma bakımından bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesi veya “e” bendinde yer verilen ve mutlak/ kesin hukuka aykırılık nedenleri giderildikten sonra ispat konusunda farklı bir sonuca/ kanaate ulaşılabilmesi mümkündür. Yine hâkim veya mahkeme heyetinin değiştiği haller bakımından da bozma kararı m. 280/1-f kapsamında olsa dahi her hâkimin delil takdiri ve şüphenin yenilmesi konusunda ikna olma/ inanma derecesi farklı olacağından⁴³ ve vicdani kanaate ulaşma serbestisi bulunduğu, fiilin vasıflandırılması ve sübutu konusunda farklı bir karar verilebilecek ve bozmadan önceki beraat kararı yerine “mahkûmiyet” kararının verilmesi de söz konusu olabilecektir.

CMK m. 280/1-e, f bentlerine aykırı olarak gerçekte istinaf kanun yolunda duruşma açılarak veya dosya üzerinden değerlendirme yapılarak, suç vasfına ve sübuta yönelik yeni bir karar verilmesi gerekirken, istinaf kanun yolunun kabul edilmesindeki amaç göz ardı edilerek ve düşüncemize göre Yargıtay taklit edilerek bozma kararı verilmesi halinde de CMK m. 284/1’de düzenlenen “direnme yasağı” ve ilk derece mahkemesi hakimlerinin bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından notlandırılması uygulaması⁴⁴ ne-

⁴³ İkna/ inanma konusunun kişiden kişiye değiştiği, izafi bir nitelik taşıdığı, herkesin inanma noktasının farklı olduğu hususunda bkz. **Centel/Zafer**, s. 842; **Yurtcan**, Erdener, CMK Şerhi, C. II, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 796; **Gedik**, Doğan/ **Topaloğlu**, Mahir: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 31; **Birtek**, Fatih: AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 402 vd.; **Birtek**, İstinaf, s. 17-18. İspatın nispi oluşunun, mahkeme kararlarına karşı kanun yolunun açık olmasının nedenlerinden birisi olduğu hususunda bkz. **Aydın**, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, İstanbul 2014, s. 27; **Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 107-108.

⁴⁴ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 28. maddesine göre bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin başkanı tarafından, incelemeye konu dosya ile ilgili olarak ilk

deniyle, bozmadan sonra, ilk nihai kararın bütünüyle değişerek ilk nihai karar beraat olsa dahi bozmadan sonraki son karar mahkumiyet olabilecektir⁴⁵. Hiç şüphesiz bu tür bir uygulama kesinlikle hukuka aykırıdır ve istinaf kanun yolunun kabul edilmesindeki amaçla çelişmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin suç vasfına ve sübuta yönelik olarak bozma kararı vermeleri, istinaf kanun yolunun inkârı veya diğer bir deyişle bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kendisini inkârı anlamına gelir.

İlk derece mahkemesinin “beraat” kararının, istinaf kanun yolunda bozulması sonrasında mahkûmiyet kararı verilmesi ve bu karara yönelik istinaf başvurusunun reddedilmesi neticesinde, son karar CMK m. 286 kapsamında temyiz yolu açık bir karar değilse kararın kesinleşmesi söz konusu olabilecek ve bu kararda bir hukuka aykırılık söz konusu ise bu hukuka aykırılığın olağanüstü kanun yolları dışında çözümlenebilmesi mümkün olamayacaktır. Bu şekilde kesinleşen karar bakımından, sanığın temyiz kanun yoluna başvurma hakkının -hukuka aykırı bir şekilde- elinden alınıp alınmadığının iki farklı açıdan (iki farklı ihtimal bakımından) değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlk olarak, beraat kararının bozulmasına dair bölge adliye ceza mahkemesi kararının CMK m. 280/1-e, f’ye uygun olduğu halde, ilk derece mahkemesinin hatalı uygulaması nedeniyle sanığın temyiz hakkının elinden alınması söz konusudur. Zira bu halde, ilk derece mahkemesinin suç vasfına ve sübuta dair beraat kararının, gerçekte ön ödemeye veya uzlaştırmaya tabi olan veya bağlantı nedeniyle birlikte görülmesi gereken ya da yargılama koşulunun gerçekleşmesi sonrasında görülmesi gereken bir ceza uyumsuzluğu bulunmaktadır. Bu kurumlara ilişkin koşulların ilk derece mahkemesi tarafından ihmal edilmesi veya hatalı değerlendirilmesi nedeniyle bozulması ve bozmadan sonra da sanığın mahkum edilmesi ve akabinde de istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile birlikte -temyiz kanun yolu kapalı hüküm

derece mahkemesi hâkimi/ mahkeme heyeti ve soruşturma aşamasında görev alan, iddianameyi tanzim eden, duruşmaya katılan, mütalaa veren veya kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcılarının hakkında “*kanun yolu değerlendirme formu*” düzenlemektedir. Yine aynı Kanun’un 21/c hükmüne göre bu formlar, “*derece yükselmesi*” bakımından dikkate alınmaktadır. Hakimlerin terfi sisteminin hukuka değil, kuruma (Yargıtay, Danıştay) ve kurumsal görüşe (içtihat) bağlılığı getirdiği yönündeki haklı eleştiri için bkz. **Otaç**, Cengiz: “Adli Yargı Hakimlerinin Görevde Yükselme Şatlarının Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, HFSA 24, s. 160.

⁴⁵ Bu nedenledir ki öğretide, bozma kararı sonrasında dosyanın “*kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine*” gönderilebileceğinin CMK m. 280’de açıkça düzenlenmiş olması isabetli bulunmuştur. Görüş için bkz. **Çınar**, s. 155; **Güngör**, s. 87.

bakımından- temyiz kanun yolunun kapatılması gibi bir olumsuz sonuç ortaya çıkmaktadır.

İkinci olarak, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin istinaf kanun yolunu ve kendisini inkâr anlamına gelecek şekilde ve hukuka aykırı olarak, CMK m. 280/1-e, f bentleri dışına çıkmak suretiyle bozma kararı vermesi ve bozma kararı sonrasında da bozulan beraat kararı yerine mahkûmiyet hükmü kurulması halinde ise -bu hüküm bakımından temyiz kanun yolu kapalıysa- sanığın temyiz yoluna başvurma hakkı, bizatihi bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından elinden alınmış olmaktadır.

İlk ihtimal bakımından, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından verilen bozma kararı hukuka uygun olacağından, sanığın temyiz hakkının -hukuka aykırı bir şekilde- elinden alınması söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar bu ihtimalde de bozmadan önceki beraat hükmünün, mahkûmiyete dönüşmesi söz konusu olabilirse de bu durum bir hukuka aykırılık olmayıp, bizatihi maddi gerçeğin tezahürü ve hâkimin delilleri serbestçe ve vicdani kanaatine göre takdir etmesinin bir sonucudur. Zira bu tür bir bozma kararı bakımından da direnme yasağı söz konusu olsa dahi bölge adliye mahkemesinin bozma kararında suç vasfına ve suçun sübutuna dair bir tespitle bulunulmadığından, bozma kararı sonrasında bozmadan sonraki serbestlik ilkesi uyarınca ilk derece mahkemesinin, bozmadan önceki beraat kararının hatalı olduğunu düşünerek yeni bir karar vermesi hukuka aykırı kabul edilemez. Yine bu şekildeki bir kararın istinaf kanun yolunda kesinleşmesi nedeniyle sanığın temyiz hakkının -hukuka aykırı olarak- elinden alındığı söylenemez.

İkinci ihtimal bakımından ise bölge adliye mahkemesinin beraat kararına yönelik bozma kararının suç vasfına ve sübuta yönelik olması, direnme yasağı ve ilk derece mahkemesi hakimlerinin notlandırılmasından kaynaklanan baskı nedeniyle bozmadan sonra mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırı olup mezkûr baskı nedeniyle hâkimin serbestçe ve vicdani kanaatine uygun bir şekilde karar verdiği söylenemez. Bu durumda hukuka aykırı bozma kararı nedeniyle -temyiz kanun yolu kapalı hükümler bakımından- sanığın temyiz hakkı elinden alınmış olmaktadır. Bu durumda sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı, yukarıda yer verilen yasal baskı ve notlandırma baskısı nedeniyle, ilk defa bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından verilmiş bir mahkûmiyet kararı olarak değerlendirilmeli ve bu karara karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Zira suç vasfının hatalı olduğunu veya beraat yerine mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğini düşü-

nen ceza dairesinin duruşma açarak⁴⁶ veya duruşma açmaksızın⁴⁷ delilleri yeniden takdir etmek suretiyle ilk derece mahkemesinin beraat kararını kal-

⁴⁶ “Yargıtayın CMK m. 193/2 (ve CMK m. 223/9) hükmünün uygulanmasında derhal beraat kararı verilmesi) bakımından dahi ‘delil takdiri gereken hallerde’ savunma alınmaksızın ve sanık sorguya çekilmeksizin beraat kararı verilemeyeceğini kabul ettiği nazara alındığında CMK m. 280/1-a hükmü kapsamında duruşma açılmaksızın ve delil takdiri yapılmaksızın sadece dosya üzerinden inceleme yapılarak sanığın savunması alınmaksızın mahkûmiyet kararı verilebileceğini kabul etmenin ceza muhakemesinin temel ilkelerine aykırı olacağı” hususunda bkz. **Birtek**, İstinaf, s. 235.

⁴⁷ CMK m. 280/1-a (ve bu hükmün atf yaptığı CMK m. 303/1) kapsamında, dosya üzerinden inceleme yapılarak mahkûmiyet kararının kaldırılıp, beraat kararı verilebilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay’a göre “5271 sayılı CMK’nın 280. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra verebileceği kararlar “istinaf başvurusunun esastan reddine”, “düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine”, “hükümün bozulmasına” ve “davanın yeniden görülmesine” olarak sayılmış, davanın yeniden görülmesi kararını veren bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin duruşma sonunda ya istinaf başvurusunu esastan reddedeceği ya da ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kuracağı belirtilmiştir...

CMK’nın 303/1-a. maddesinin Yargıtayca süregelen uygulaması, 7035 sayılı Kanun değişikliği ve gerekçesinde ifade edilen düzenlenme amacı hep birlikte ele alındığında; ilk derece mahkemelerince kabul edilen maddi mesele değiştirilmeden ve yeni bir delil araştırmasına girilmeden bölge adliye mahkemesince duruşma açılmaksızın hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf isteminin esastan reddine karar verilebileceğinin kabülünde zorunluluk bulunmaktadır.

Öte yandan, ceza yargılamamızda dar anlamda istinaf sisteminin benimsenmiş ve ilk derece mahkemesince kabul edilen maddi meselede değişikliğe gidilmemiş olması nedenleriyle duruşma açılmaksızın beraat kararı verilmesinde doğrudan doğruyalık ve yüz yüzelik ilkelerinin ihlal edilmesinden de bahsedilemeyecektir. İstinaf mahkemesi, CMK’nın 280/1-a maddesi gereğince duruşma açılmasına karar vermesi hâlinde; yargılama sonucunda beraat dahil olmak üzere her türlü kararı verebilecektir. Kanun koyucu füzuli işler ile iştigal etmeyeceğine göre; 7035 sayılı Kanun ile beraat kararı verme imkânının getirilmesi bir anlam taşımayacaktır. Bu nedenle Bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen maddi mesele değiştirilmediği ve yeni bir delil de toplanmadığı hâlde beraat kararı verilebilmesi için duruşma açılması gerektiğinin kabulü, 7035 sayılı Kanun’un gerekçesiyle çelişebileceği gibi yargılamanın etkin ve hızlı bir biçimde sonlandırılmasına da katkı sağlamayacaktır. İlk derece mahkemesinin kabul ettiği maddi mesele değiştirilmeden dosya üzerinde yapılacak inceleme ile verilen beraat kararına karşı ilgililerce temyiz kanun yoluna başvurulabilecek olması karşısında bu durumda bir kazanılmış hak da söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan “sanık yararına olan hukuk kurallarına aykırılık hükmün sanık aleyhine bozulması için Cumhuriyet savcısına hak vermez.” hükmü de gözetilmelidir” Yarg. CGK, T. 05.07.2022, E. 2021/359, K. 2022/528, (www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.07.2023). İstinaf kanun yolunda dosya üzerinden delil takdiri yapılmasının ceza muhakemesinin temel ilkelerine aykırı olduğu hususunda bkz. **Kaymaz**, s. 138 vd.; **Balcı/Öztürk**, s. 165; **Birtek**, İstinaf, s. 236-237. Düşüncemize göre dosya üzerinden

dırması ve akabinde de mahkûmiyet kararı vermesi gerekir. Hiç şüphesiz bu şekilde hareket etmesi halinde, bu mahkûmiyet kararı, ilk defa verilen ve CMK m. 286/2-d kapsamında “ilk defa bölge adliye mahkemesince verilen” bir mahkûmiyet kararı olacağından temyiz kanun yolu açık olacaktır.

Yargıtay uygulamasında “beraat kararının istinaf incelemesini yapan Bölge Adliye Mahkemesince üzerine beraat hükmünün hukuka aykırı olarak mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasından sonra anılan karara direnme yetkisi bulunmayan ve kanunen uyma zorunluluğu bulunan ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet hükmünün aslında Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, esas olarak Bölge Adliye Mahkemesince beraat hükmünün mahkumiyet veya mahkumiyet hükmünün beraat olması gerektiği yönünde bozma kararı verilemeyeceği, bu tür kararların istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken kararlardan olduğu, bu şekilde verilen kararların ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğunun kabulü halinde esasen tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağının anlaşılması karşısında, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde kurulan yeni mahkumiyet hükmünün temyizi kabil olduğu” kabul edilmektedir⁴⁸.

Hiç şüphesiz Yargıtay’ın, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kendilerini ve istinaf kanun yolunu inkâr anlamına gelen keyfi bozma kararı nedeniyle ortaya çıkan ve sanığın temyiz hakkını elinden alan uygulamasını ve bu uygulama nedeniyle sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmesini engellemeye yönelen ve istikrar kazanan bu kabulü isabetlidir.

Kanun yoluna başvurma hakkı, hukuka aykırı/ hatalı mahkeme kararlarına karşı kabul edilmiş bir tür hukuki çare olduğundan, adil yargılanma

delil takdiri yapılamaz ve sadece eylemin sübutu konusunda herhangi bir tartışma bulunmayan hallerde, hukuki bir sorun olarak “suçun nitelendirilmesi” (suç vasfına ilişkin hukuki mesele) dosya üzerinden çözümlenebilir ve ancak bu tür bir halde dosya üzerinden mahkumiyet kararı kaldırılıp beraat kararı verilebilir.

⁴⁸ Yarg. 14. CD, T. 04.03.2021, E. 2018/6371, K. 2021/1851, (www.yargitay.gov.tr. Erişim Tarihi: 20.07.2023); “esas olarak Bölge Adliye Mahkemesince suç vasfı yönünden bozma kararı verilemeyeceği, bu tür kararların istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken kararlardan olduğu, bu şekilde verilen kararların ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğunun kabulü halinde esasen tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağı” Yarg. 9. CD, T. 21.10.2021, E. 2021/23736, K. 2021/8589; aynı yönde bkz. Yarg. 9. CD, T. 10.05.2022, E. 2021/13673, K. 2022/4236; Yarg. 5. CD, T. 09.06.2022, E. 2022/599, K. 2022/6476; Yarg. 9. CD, T. 06.07.2022, E. 2021/15983, K. 2022/7579. Kararlar için bkz. www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.07.2023.

hakkı ile bütünlük arz eden⁴⁹ ve hak arama hürriyetini de tamamlayıcı nitelik taşıyan bir haktır⁵⁰. Bu hak, AİHS Ek 7 No’lu Protokol ile açıkça bir insan hakkı olarak tanımlanmış olup hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin, bu karara karşı “*daha yüksek bir mahkemeye*” başvurmasını güvenceye bağlamaktadır.

Yargıtay’ın yukarıda yer verilen ve isabetli bulduğumuz uygulamasının, sanığın kanun yoluna başvurma hakkını güvence altına aldığı görülmektedir. Zira bu sorun, ancak istikrarlı uygulama/ içtihat yoluyla çözülebilir. Kanun değişikliği yoluyla sorunun çözümü mümkün değildir. Çünkü sorun CMK m. 280’deki bir hatadan veya eksiklikten değil, keyfi ve hukuka aykırı istinaf uygulamasından kaynaklanmaktadır. CMK m. 280 hangi hallerde bozma kararı verilebileceğini açık ve kesin bir şekilde ve sınırlı saymak suretiyle düzenlediğinden ve keyfi/ hukuka aykırı her uygulamanın kanun ile ayrıca yasaklanması kanun yapma tekniğine uygun olmadığından bu sorunun kanun değişikliği ile çözümlenmesi gerekli olmadığı gibi uygun da değildir.

SONUÇ

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesinin kararının hem maddi hem de hukuki mesele yönünden denetlendiği ve hukuka aykırılıkların düzeltilmesinin esas olduğu bir kanun yoludur. İstinaf kanun yolunda bozma istisnai olduğu gibi ancak CMK m. 280/1-e, f bentlerinde sayılan sebeplerle sınırlı bir karar türüdür.

Bozmadan sonra, bozma kararında özel olarak gösterilmesi gereken bozma nedenlerini gidererek (hukuka aykırılıkları düzelterek) yeni (aynı veya farklı) bir son karar vermek zorundadır. Bozma kararına karşı direnme yasal olarak mümkün olmadığından, ilk derece mahkemesinin bozma nedenleri hususunda bölge adliye mahkemesi ceza dairesi ile tartışması kanun tarafından engellenmiştir.

CMK m. 280/1-e, f bentleri kapsamında (hukuka uygun) bir şekilde verilen bozma kararı neticesinde, kovuşturmayaya devam olunarak ve hukuka aykırılıklar giderilerek verilecek son karar, bozma öncesindeki kararlarla aynı olabileceği gibi o karardan farklı ve zıt bir karar da olabilecektir. Bozma

⁴⁹ Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal Kitabevi, 1. Cilt, Ankara 2012, s. 609; Harris, D. J./O’Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s. 776.

⁵⁰ Birtok, İstinaf, s. 43-44. Kanun yoluna başvurma hakkının bir insan hakkı olduğu hususunda bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 908.

öncesinde beraat kararı verildiği halde, bozmadan sonraki yargılamada mahkûmiyet kararı verilebilir ve bu karar temyizi mümkün olmayan bir karar olabilir. Bu tür bir karar değişikliği, hukuka aykırılık giderildikten sonra verildiğinden, maddi gerçeğe daha uygun kabul edilmeli ve sanık bakımından herhangi bir hak kaybı tartışması söz konusu olmamalıdır.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından, CMK m. 280/1-e, f bentlerinde sayılan haller dışındaki hukuka aykırılıklar bakımından, duruşma açılarak veya dosya üzerinden inceleme yapıp yeni bir karar verilmek yerine, kanuna aykırı bir şekilde ve istinaf mahkemelerinin varlık nedeni ve istinaf kanun yolunun mahiyeti ve kapsamı yok sayılarak ve kendini inkâr biçiminde, suç vasfına veya sübuta yönelik olarak bozma kararı verilmesi kabul edilemez. İlk derece mahkemesinin beraat kararına yönelik olarak bu tür bir bozma kararı verildiğinde, bu karara karşı direnme yolu kapatıldığından ve ilk derece mahkemesi hakimlerinin bölge adliye mahkemesi tarafından notlandırıldığından, bozma kararında yer verilen gerekçelere aykırı yeni (değişik gerekçeyle ve yeni tartışılan delillerle beraat veya ilk hükümde olduğu gibi beraat biçiminde) bir son karar verilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bu tür bir mahkûmiyet kararı, ilk defa bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından verilmiş bir mahkûmiyet kararı olarak değerlendirilmeli ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun reddedilmesi halinde temyiz kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Bu kabulü ortaya koyan Yargıtay kararları isabetli olup sanığın kanun yoluna (temyize) başvurma hakkını güvenceye alan bir işlev görmektedir. Bu nedenle, mezkûr içtihadın süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Zira bölge adliye mahkemelerinin keyfi davranışının neticesinde ortaya çıkan bu sorunun kanun değişikliği ile çözümlenebilmesi mümkün olmayıp, sorunun tek çözüm yolu istikrar kazanmış içtihatlardır. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olmak ve hukukun yeknesak uygulanmasını sağlamak görevi de burada kendisini göstermelidir.

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesindeki amacın, bu kanun yolunun mahiyetinin ve istinaf denetiminin kapsamının tam olarak özümsemediği hatalı bir istinaf uygulamasında, bir insan hakkı olarak kabul edilen kanun yoluna başvurma hakkının sanığın elinden alınması hukuk devleti (ve hukuk güvenliği ilkesi) açısından kabul edilemez.

KAYNAKÇA

- Antakyalı**, Yasemin: “Ceza Yargılaması Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolu-Bölge Adliye Mahkemeleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 3, S. 6, Nisan 2008, s. 159-212.
- Aydın**, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, İstanbul 2014.
- Balcı**, Fidan/**Öztürk**, Seyithan: Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Birtek**, Fatih: AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Birtek**, Fatih: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019. (İstinaf)
- Birtek**, Fatih: “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk”, İstanbul Hukuk Mecmuası (İHM), C. 80, S. 4, Y. 2022, s. 1331-1372.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Çınar**, Ali Rıza: Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal Kitabevi, 1. Cilt, Ankara 2012.
- Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- Ersoy**, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Gedik**, Doğan/**Topaloğlu**, Mahir: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Gökçen**, Ahmet/**Balcı**, Murat/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Güngör**, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Harris**, D. J./**O’Boyle**, M./**Bates**, E. P./**Buckley**, C. M.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa

- Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi (Avrupa Konseyi) Yayını, Ankara 2013.
- Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Kunter**, Nurullah/**Yenisay**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- Otaç**, Cengiz: “Adli Yargı Hakimlerinin Görevde Yükselme Şatlarının Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, HFSA 24, 156-171.
- Özbek**, V. Özer/**Tepe**, İlker: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 3759-3797.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Özen**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Öztürk**, Bahri (Ed.): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 690.
- Sarıgül**, Ali Tanju: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Türkiye Barolar Birliği Yayını (Yayın No. 332), Ankara 2017.
- Selçuk**, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 319-361.
- Selçuk**, Sami/**Çınar**, Ali Rıza: Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırma Kuralı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Ünsal, Cengiz: Ceza Muhakemesinde İstinaf, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Yenisey, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Yenisey, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Yurtcan, Erdener: CMK Şerhi, C. II, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

**YARGI KARARLARI IŞIĞINDA
İDARİ YARGIDA ŞEKLE AYKIRILIK SEBEBİYLE
DAVA DİLEKÇESİNİN REDDİ
-İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN
3. VE 5. MADDESİ BAĞLAMINDA
DEĞERLENDİRMELER-**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375511>

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI*

Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN**

Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL***

Öz

İdari yargılama usulünde yazılı yargılama usulü geçerlidir. Yazılı yargılama usulünün geçerli olması nedeniyle dava dilekçelerinin de birtakım özellikler taşıması gerekmektedir. Dava dilekçesinde bulunması gereken özelliklerin neler olduğu hususu 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde tek dilekçeyle birden fazla idari işleme karşı dava açılabilir haller ile birden fazla kişinin tek dilekçeyle dava açabileceği haller de 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemelere aykırı dilekçeler hakkında mahkemece dilekçenin reddine karar verilecektir. Dilekçenin reddi kararında belirtilen eksikliklerin giderilmemesi ise davanın reddine karar verilir.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (serkan.cinarli@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0002-2471-875X (Geliş Tarihi: 15.08.2023-Kabul Tarihi: 14.09.2023) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

** Konya Bölge İdare Mahkemesi Hakimi, Konya (huseyinbilgin22@hotmail.com) ORCID: 0000-0003-1887-792X (Geliş Tarihi: 15.08.2023-Kabul Tarihi: 14.09.2023) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

*** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara (k.c.ozel@gmail.com) ORCID: 0000-0002-0223-0382 (Geliş Tarihi: 15.08.2023-Kabul Tarihi: 14.09.2023) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

mesi gibi neticeler doğurabilmektedir. Bu nedenle gereksiz veya hatalı verilen dilekçenin reddi kararları davacıların hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının engellenmesine de neden olabilmektedir.

Çalışmamızda uygulamada çok karşılaşılan dilekçenin reddi ve buna bağlı olarak davanın reddi kararları incelenmiştir. İncelediğimiz kararlardan hareketle de verilen kararların mahkemeye erişim hakkını engelleyip engellemediği hususundaki görüşlerimize yer verilmiştir. Ayrıca ilgili konu başlığı altında kararlarla ilgili yorumlarımıza yer verilerek bu hususlarda uygulamada gördüğümüz eksiklikleri gidermek için çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yazılılık ilkesi, Dava dilekçesi, Dilekçenin reddi, Davanın reddi, 3. madde, 5. madde, 15/5. madde

IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS REJECTION OF THE LAWSUIT PETITION DUE TO VIOLATION OF THE FORM IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION -EVALUATIONS IN THE CONTEXT OF ARTICLES 3 AND 5 OF THE LAW OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION PROCEDURE- (Research Article)

Abstract

The written jurisdiction procedure is valid in the administrative jurisdiction procedure. Due to the fact that the written jurisdiction procedure is valid, the lawsuit petitions should also have some features. The features that should be included in the lawsuit petition are regulated in Article 3 of the Law No. 2577. Likewise, cases where a lawsuit can be filed against more than one administrative act with a single petition and cases where more than one person can file a lawsuit with a single petition are regulated in Article 5 of the Law No. 2577. The court will decide to reject the petition about the petitions that violate the aforementioned regulations. Failure to correct the stated deficiencies in the decision to reject the petition may lead to consequences such as the decision to dismissal of the case. For this reason, the decisions to rejection of an unnecessary or erroneous petition may also prevent the right to legal remedies, the right to fair trial and the right to access to court.

In our study, rejection of the petition, which is very common in practice, and accordingly, the decisions to dismissal of the case were examined. Based on the decisions we have examined, our opinions on whether the decisions made prevent the right to access to the court have been included. In addition, our comments on the decisions were included under the relevant topic, and it has been tried to offer solutions in order to eliminate the deficiencies we saw in practice in these matters.

Keywords

The principle of writing, Lawsuit petition, Rejection of the petition, Dismissal of the case, Article 3, Article 5, Article 15/5.

GİRİŞ

“Söz uçar, yazı kalır!” (*Verba volant, scripta manent!*) deyişiyle yazılılığın önemi toplumsal yaşamın birçok alanında kendini göstermekle birlikte, hukuk alanında da son derece önem taşımaktadır. Zira örneğin, bir ticari -hukuki- ilişkinin senede dayandırılması yahut bir satış sözleşmesinin yazıya dökülmesi, tarafların hak kaybını önlemesi bakımından önem taşımaktadır. Bu durum, idari yargılama hukuku (idari yargı) alanına da ‘yazılılık ilkesi’ olarak sirayet etmiştir. Üstelik bu ilke, idari yargılama hukukunda uyulması ihtiyari değil, zorunlu olan bir ilke olarak kabul edilmektedir.

Yazılılık ilkesi, gerek uygulamada gerekse öğretide idari yargılama hukukunun ilkelerinden ve özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir. İdari yargıda kural ‘yazılılık’, istisna ‘sözlülük’ olduğundan, yargılama sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar bu ilkeye uygun hareket edilmelidir. Bu bağlamda, dava dilekçesiyle dava açılmasından başlayarak bir dizi usul işleminin kural olarak yazılı olarak yürütülmesi gerekmektedir.

Dava dilekçesinin yazılı olması gerekliliği kadar dilekçede bulunması gereken hususlar, davanın açılması ve dilekçenin verilebileceği yerler, dilekçenin verilmesi üzerine yapılacak işlemler ve sonuçları da ele alınması gereken önemli hususlardır. Bunlara ek olarak, dava dilekçesi üzerinde yapılacak ilk inceleme, dilekçe üzerinde ilk inceleme sonucunda verilecek kararlar ve nihayetinde dilekçenin ve davanın reddiyle ilgili kimi meseleler de çalışmamız bakımından üzerinde durulacak konulardandır.

Bahsedilen konular ele alınırken, daha ziyade idari yargıda dava dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme sonucunda şekle aykırılık sebebiyle dava dilekçesinin reddi üzerinde durulacaktır. Normatif olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3. ve 5. maddelerini irdedeceğimiz çalışmamızda, öğretideki çalışmalardan yararlanılmakla birlikte özgün yargı kararlarından da çokça yararlanılmıştır. Böylelikle hem teorisyenlere hem de pratisyenlere yönelik bir çalışma ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. DAVA DİLEKÇESİ

Dava dilekçesi hakkında açıklama yapmadan evvel yazılılık ilkesiyle ilgili detaylı açıklama yapmak isabetli gözükmemektedir. Zira adli yargıda temel kural sözlü yargılamanın esas olmasıyken, idari yargıda yazılı yargılama esastır.

İdarenin işleyişinde ve idari işlemlerin oluşmasında geçerli olan yazıllık ilkesi Fransa'dan esinlenilerek ülkemizdeki idari yargılama usulünde benimsenmiştir¹. İdarenin işlemlerinin kural olarak yazılı olması, Fransa'da ve Türkiye'de idari yargılama usulünde yazıllık ilkesinin benimsenmesine neden olmuştur². İdari yargıda yazıllık ilkesinin benimsenmesinin gerekçesi olarak, dilekçeler aşamasındaki sürelerin düzenlenerek davaların hızlandırılması, uyuşmazlıkların makul ve kısa zamanda sonuçlandırılması gösterilmektedir³.

İdari uyuşmazlıkların konusunu oluşturan idari işlemler ve idari sözleşmeler⁴ yazılı şekle tabi olduğundan, yazıllık ilkesinin son derece doğal olduğu belirtilmektedir⁵. İdari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)⁶ m. 13 gereği, dava açmadan önce idareye yapılacak zorunlu başvuru ve başvuru üzerine verilebilecek ret kararı da yazılı olacaktır. Zımni ret kararları da varsayım olarak aynı mahiyette görülmelidir. İdari uyuşmazlıkların tamamı yazılı veya yazılı varsayılan birer idari işlemten kaynaklanacağı için bunlara karşı açılacak davaların yazılı şekle tabi olması eşyanın tabiatından kaynaklanan bir zorunluluktur⁷.

İdari yargıda yazıllık ilkesi bir zorunluluk olarak İYUK'ta düzenlenmiştir. İdari yargıda geçerli olan yazıllık ilkesi, normatif kaynağını İYUK'un 1/2 hükmünden almaktadır. Bu hükmüne göre, "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır*". Bu düzenle-

¹ **Zabunoğlu**, Yahya: "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1982, s. 97; **Kumrulu**, Ahmet: Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik, Ankara 1989, s. 95.

² **Çağlayan**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 238.

³ **Zabunoğlu**, s. 97; **Kumrulu**, s. 95; **Karakoç**, Yusuf: Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Denge Yayınevi, İzmir 1994, s. 69; **Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, s. 238; **Atay**, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku (İİBF-SBF ve MYO'lar için), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 75.

⁴ Yazıllık ilkesi, sözleşmelerin şartnameleri bakımından da kendini göstermektedir (**Özel**, Kadir Can: "İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme", Ombudsman Akademik Dergisi, S. 12, 2020, s. 184).

⁵ **Atay**, s. 75.

⁶ R.G., T. 20.01.1982, S. 17580.

⁷ **Atay**, s. 75-76.

meye paralel şekilde, İYUK'ta, idari davaların Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılacağı düzenlenmiştir (İYUK m. 3/1)⁸. İYUK m. 16'da da yazılılık ilkesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Maddeye göre, dava dilekçesi ile davacının ikinci dilekçesi ve davalı idarenin savunma dilekçesi ile davalının ikinci savunma dilekçesi yazılı olmalıdır. Aynı maddeye göre, Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcı esas hakkındaki düşüncesini ve taraflar da buna karşı görüşlerini yazılı olarak bildirirler. Ayrıca idari yargı yerleri, 're'sen araştırma ilkesi' kapsamında gerekli gördükleri belgenin gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili yerlerden yazılı olarak ister; bu bilgi ve belgeler idari yargı yerine yazılı olarak sunulur. İdari yargı yeri de her türlü tebligatı yazılı olarak yapar⁹.

1991 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında da yazılı yargılama usulünün ülkemizde uygulanan idari yargılama hukukunun baskın niteliği ve genel ilkelerinden olduğu belirtilmiştir¹⁰. 2004 tarihli bir Danıştay kararında da idari yargı yerlerinin yazılı yargılama yapma zorunluluğunun olduğu ve idari yargıda tanık dinlenilmesi gibi bir yöntem olmadığı¹¹ belirtilerek yazı-

⁸ Adli yargıda sözlü yargılama esas olduğundan, kural olarak mahkeme tarafları bizzat dinlemekte, beyanlarını yüz yüze almakta, iddia ve savunmaları sözlü olarak almaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre, medeni yargılama usulünde de davaların açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçeyle olmaktadır (m. 317/1). Ancak medeni yargılama usulünde, yargılamalar kural olarak duruşmalarla ilerler ve birçok usul işlemi tutanaklara sözlü olarak geçirilir. Ceza yargılama usulünde ise, soruşturma aşamasında yazılılık ilkesi, kovuşturma aşamasında sözlülük ilkesi geçerlidir.

⁹ **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s. 39.

¹⁰ AYM., E. 1990/40, K. 1991/33, T. 01.10.1991, R.G., T. 07.02.1992, S. 21135.

¹¹ İYUK'ta tanık deliliyle ilgili olarak HMK'ya atıf yapılmamış olması ve idari yargıda yazılı yargılama usulünün geçerliliği, Danıştay kararlarında tanık deliline idari yargıda başvurulamayacağının gerekçesi olmuştur. Danıştay, yargılamada tanık deliline başvurulmasını bozma nedeni olarak görmektedir (Dan. 3. D., E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990, Danıştay Dergisi, S. 82-83, s. 261; Dan. 3. D., E. 86/1201, K. 86/2706, T. 24.12.1986, Danıştay Dergisi, S. 66-67, s. 187; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 682; **Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, s. 379; **Candan**, Turgut: "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Hükümlerinin İdari Davalarda Uygulanabilirliği", www.turgutcandan.com, E.T. 14.04.2023). Öğretide kimi yazarlar, yemin ve tanık delili gibi bazı delil çeşitlerinin idari yargılama hukukuyla bağdaşmadığı ve aksi durumun yazılılık ilkesine aykırı olacağı görüşündedir (**Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, C. II - İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 984; **Erkut**, Celâl/**Soybay**, Selçuk: Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 353). Öğretideki kimi yazarlar ise, idari yargılama hukukunda tanık delilinin kabul edilebileceği ve re'sen araştırma ilkesinin tanık deliline başvurmaya elverişli olduğu görüşündedir (**Kaneti**, Selim: Vergi Hukuku, Filiz Kita-

lılık ilkesine sıkı sıkıya uyulması gerektiği belirtilmiştir¹². Öyle ki, idari yargıda taraflar tüm tasarruflarını yazılı olarak yaparlar ve mahkeme yargılama sürecini duruşmalar aracılığıyla değil, dosya üzerinden yürütür. İdari yargı kolunda görevli mahkemeler, yargılamayı esasen dosyada bulunan bilgi ve belgeler üzerinden yaparlar¹³.

İdari yargıda kural yazılilik olmakla birlikte, yazılilik ilkesine göre ikincil nitelikte olan sözlü yargılamanın uygulanabilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir¹⁴. İYUK'ta düzenlenen ve yazılilik ilkesinin istisnası olan 'duruşma'¹⁵ buna örnek olarak verilebilir. Nite-

bevi, İstanbul 1989, s. 299; **Tezel**, Adnan: "Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi", İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, s. 254; **Hondu**, Selçuk: "İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit", Günışığında Yönetim II - Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 302; **Karakoç**, s. 127-128; **Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, s. 381; **Çağlayan**, Ramazan: "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 206; **Ardıçoğlu**, Artuk: "İdari Yargıda Tanık", Yaklaşım Dergisi, S. 215, 2010, www.adaletbiz.com, E.T. 14.04.2023).

¹² Dan. 8. D., E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.02.2004, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.04.2023.

¹³ **Ulusoy**, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 684.

¹⁴ **Gözübüyük**, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 37. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 326; **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 1058; **Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013, s. 242; **Yıldırım**, Ramazan/**Çınarlı**, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 131.

¹⁵ Öğretide, duruşmanın, hem davanın taraflarının psikolojik açıdan rahatlamalarını hem de iddia, savunma ve delillerin tartışılmasını sağlayarak dilekçeler üzerinde anlaşılabilen hususların açıklanmasına yarayan önemli bir müessese olduğu belirtilmekte ve idari yargılama usulünde duruşmaların işlevsiz / etkisiz olduğundan yakınılmaktadır (**Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 39-40; **Çınarlı**, Serkan/**Ağar**, Baykal: "İdari Yargıda Duruşmaların Verimliliği Sorunu", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 45-65). Yargılamanın sözlü olmasının olumlu yönü, hakim'in yargılama sürecinde tarafları bizzat görüp dinleyerek adil yargılamanın gerçekleştirilmesi ve yazılı yargılamaya göre daha pratik olması; yargılamanın yazılı olmasının olumlu yönü, mahkemenin yalnızca dosya üzerinden inceleme yaparak taraflardan etkilenme olasılığının azaltılması ve daha tarafsız olabilmesidir. Bununla birlikte, idari yargıda duruşmaların pratikte etkin ve işlevsel olmadığı belirtilmektedir (**Ulusoy**, İdare Hukuku, s. 685). Nitekim idari yargıda yargılamanın en sonunda bir kez duruşma yapıldığı, önceki yargılama aşamalarında duruşma yapılmadığı, en sonda yapılan duruşmanın da sembolik nitelikte olduğu dile getirilmektedir (**Ulusoy**, İdare Hukuku, s. 685; **Ulusoy**, Ali D.: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 93-94). İdari yargıda koşulların varlığı halinde yalnızca bir kez yapılan duruşmada taraflar dava ve cevap dilekçelerinde yazıtları dışında başka hususları ileri süremezler. Duruşmada taraflar, daha önce yazıtlarını bir kez de sözlü olarak dile getirmekle veya o çerçevede açıklama yapmakla yetinirler (**Candan**, Turgut: İdari Yargı'da Uyuşmazlığın Başlangıcından

kim Danıştay'da, idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yüz yetmiş bir bin Türk lirasını (2023 yılında) aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yüz yetmiş bir bin Türk lirasını (2023 yılında) aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır (İYUK m. 17/1)¹⁶. Temyiz ve istinafta duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır (İYUK m. 17/2). Bununla birlikte, tarafların duruşma yapılması yönündeki talebinin de dilekçeyle yapılabileceği düzenlendiğinden (İYUK m. 17/3), yazılılık ilkesine uyulması gerekliliği duruşmaya geçilebilmesi için adeta bir ön şarttır. Kaldı ki, Danıştay'da duruşmalı işlerde dahi savcı düşüncesini yazılı olarak açıklar (İYUK m. 18/4).

Öte yandan, kamu düzenini ilgilendiren durumlar hariç olmak üzere, dava dilekçesinde ve savunma dilekçesinde ileri sürülmeyen hususlar duruşmada ileri sürülemez¹⁷. Bu sebeple, idari yargıda yazılılık ilkesi ve dilekçeler son derece önemlidir.

A. Dava Dilekçesinde Bulunması Gereken Hususlar

İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılacağından (İYUK m. 3/1),

Sona Ermesine Kadar, Yargılamanın Tüm Aşamalarıyla İlgili Dilekçe Yazım Rehberi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. XVII). Onar'a göre, duruşmanın da dahil olduğu yargılama usulü 'karma sistem' olup ülkemizin idari yargısında uygulanan sistem bu sistemdir. Yazara göre, sözlü yargılama usulü, idari davaların yapısıyla bağdaşmaz (Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1935-1937, 1947).

¹⁶ İlk derece mahkemelerinde tarafların usulüne uygun olarak süresi içerisinde duruşma talep etmesine rağmen, ilk derece mahkemesince duruşma yapılmaksızın karar verilmesi hali istinaf ve temyiz incelemesinde bir bozma nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır (Dan. 4. D., E. 2013/9157, K. 2014/1768, T. 18.03.2014, Danıştay Dergisi, S. 136, s. 517-518; Dan. 8. D., E. 2011/9465, K. 2013/84, T. 17.01.2013, Danıştay Dergisi, S. 133, s. 406-407; Dan. 15. D., E. 2014/7034, K. 2014/7968, T. 11.11.2014; Dan. 10. D., E. 2016/5748, K. 2016/4188, T. 29.11.2016, Bilgin, Hüseyin: İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 347'den naklen; Ankara BİM. 8. İDD., E. 2023/899, K. 2023/730, T. 24.05.2023; İzmir BİM. 2. İDD., E. 2023/849, K. 2023/1017, T. 23.05.2023; Bursa BİM. 2. İDD., E. 2021/932, K. 2023/646, T. 25.04.2023; İstanbul BİM. 1. İDD., E. 2023/494, K. 2023/637, T. 19.04.2023; Konya BİM. 1. İDD., E. 2023/624, K. 2023/613, T. 15.03.2023; Samsun BİM. 2. İDD., E. 2022/122, K. 2023/154, T. 21.02.2023; Gaziantep BİM. 1. İDD., E. 2020/1756, K. 2023/116, T. 19.01.2023; Erzurum BİM. 2. İDD., E. 2022/1371, K. 2022/3554, T. 28.09.2022; Adana BİM. 1. İDD., E. 2022/1413, K. 2022/1962, T. 09.06.2022).

¹⁷ Gözübüyük, s. 326; Tan, s. 1058.

dava dilekçesinin davacı veya varsa temsilcisi tarafından imzalanması bir gerekliliktir¹⁸. Yetkili olmayan kişi tarafından imzalanan dilekçe, imzasız dilekçe olarak değerlendirilir¹⁹. Onar'a göre, "yazılı şekle tabi muamelelerde şekil, imza ile tekemmül eder"²⁰. Nitekim 1955 tarihli bir Danıştay kararında da, davacı tarafından sunulan dava dilekçesinde imza olmaması nedeniyle dilekçenin hukuken dava dilekçesi mahiyet ve vasfında olmadığı, bu sebeple ortada açılmış bir dava bulunmadığı belirtilmiştir²¹. Danıştay, dava dilekçesinin -tüm- nüshalarının imzalanmaması durumunda dilekçenin reddine karar vermektedir²². Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, davacı tarafta birden fazla kişi yer alması halinde bu kişilerin tümünün dava dilekçesinde imzasının bulunmamasını dilekçenin reddi sebebi olarak değerlendirmiştir²³.

İdari yargı kolunda mahkemeler talep konusuyla sınırlı olarak inceleme yapabildiğinden, talep konusunun açık, belirli ve somut olması gerekir²⁴. İdari yargıda dava dilekçesi için belirli bir şekil şartı yoktur. Ancak İYUK gereğince dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu hususlar / unsurlar vardır. İYUK'un 3/2 hükmüne göre dava dilekçelerinde bulunması gereken hususlar²⁵ şunlardır:

- Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,
- Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller,
- Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,

¹⁸ Davacı ve/veya vekili tarafından imzalanmayan dava dilekçesinin İYUK'un 3. maddesi uyarınca reddi gerektiği hakkında bkz. Dan. 8. D., E. 2016/12856, K. 2016/9812, T. 23.11.2016; Dan. 8. D., E. 2016/11279, K. 2016/9212, T. 11.11.2016; Dan. 8. D., E. 2016/15055, K. 2016/11832, T. 29.12.2016, **Bilgin**, İdari Davalar, s. 318-319'dan naklen.

¹⁹ **Yıldırım**, Turan/**Fiş Üstün**, Gül: Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 92.

²⁰ **Onar**, s. 1947.

²¹ Dan. 4. D., E. 1953/1864, K. 1955/312, T. 02.02.1955, Danıştay Dergisi, S. 69, s. 66.

²² Dan. 6. D., E. 1973/1544, K. 1973/1798, **Gözübüyük/Tan**, s. 938'den naklen; Dan. 10. D., E. 2001/5524, K. 2002/7, **Bal**, Yakup/**Karabulut**, Mustafa/**Şahin**, Yahya: İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 25'ten naklen; Dan. 10. D., E. 1997/7466, K. 1998/10, **Bal/Karabulut/Şahin**, s. 32'den naklen.

²³ Dan. İDDK., E. 1977/637, K. 1977/423, **Gözübüyük/Tan**, s. 938'den naklen.

²⁴ **Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 401.

²⁵ Dava dilekçelerinde yer alacak hususlar konusunda geniş bilgi için bkz. **Bilgin**, İdari Davalar, s. 121-130.

- Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktar,
- Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası.
- Öte yandan, askeri hizmetlere ilişkin olarak ilgili asker kişi tarafından açılacak olan iptal veya tam yargı davalarında da İYUK hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu kişilerin dava dilekçelerinde İYUK'un 3/2 hükmünde sayılan hususlara ilave olarak asker kişinin sicili, varsa sınıfı ve rütbesi de belirtilmelidir. Kanun koyucu asker kişilere ilişkin olarak dava dilekçesinde bulunması gereken hususlara ilavede bulunmuştur. Dolayısıyla asker kişilere ilişkin olarak açılacak olan iptal veya tam yargı davalarında asker kişinin sicilini, sınıfını ve rütbesini yazmaması dava dilekçesinin reddi gerekçesi olabilecektir²⁶.

Dava dilekçelerinde, yukarıda sayılan hususların bulunmaması halinde; yani bu hususların belirtilmemiş veya eksik belirtilmiş olması halinde, aynı mahkemede otuz gün içinde tekrar dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilir (İYUK m. 15/1-d). Dilekçe ret kararı, davanın reddi anlamına gelmediğinden, dilekçe üzerindeki eksiklikler tamamlanarak yeni dava dilekçesi aynı mahkemeye sunulabilir. Dilekçenin reddedilmesi üzerine, yeniden verilen dava dilekçesinde eksiklikler tamamlanmamış yahut ilk dilekçe-deki yanlışlıklar tekrarlanmışsa mahkeme tarafından dava reddedilir (İYUK m. 15/5).

Ayrıca dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur (İYUK m. 3/3). Dava konusu yapılan kararın aslının veya suretinin dava dilekçesine eklenmemesi de dilekçenin reddi yaptırımıyla sonuçlanmaktadır²⁷.

B. Dava Açılması ve Dava Dilekçesinin Verilebileceği Yerler

Fiziki ortamda açılacak davalarla ilgili olarak İYUK m. 4'e göre, dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere,

²⁶ Bilgin, İdari Davalar, s. 407.

²⁷ Dan. 8. D., K. 962/363, T. 30.01.1962, Onar, s. 1947'den naklen; Dan. 8. D., E. 2016/176, K. 2016/3240, T. 01.04.2016, Bilgin, İdari Davalar, s. 318'den naklen.

- İdare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına,
- İdare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın asliye hukuk hakimliklerine,
- Yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir²⁸.

Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına veya yukarıda yazılı yerlere verilen dilekçelerin harç²⁹ ve posta ücretleri alındıktan sonra deftere derhal kayıtları yapılarak kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır. Dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır (İYUK m. 6/1). Davanın görüleceği yargı yerine ve diğer yerlere dilekçenin verildiği ve kaydın kapıldığı tarih, davanın açıldığı tarih olarak kabul edilir³⁰. Davacılara, kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulsuz bir alındı kağıdı verilir (İYUK m. 6/2).

2015 tarihli Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve

²⁸ Dava dilekçesi ve diğer belgelerin verileceği yerler ile bu konuya ilişkin idari yargı karar örnekleri konusunda geniş bilgi için bkz. **Bilgin**, İdari Davalar, s. 132-138. Öte yandan, asker kişiler tarafından açılan idari davalar (iptal veya tam yargı davaları) İYUK m. 4'te sayılan yerlere verilebilir. Bir başka ifadeyle, asker kişiler açacakları idari davalarda 4. maddede sayıldığı üzere davaya bakacak olan ilgili idare mahkemesine doğrudan başvurma suretiyle veya ilgili idare mahkemesine gönderilmek üzere, bulundukları yerdeki idare mahkemeleri veya asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla dava açabilir. Ancak asker kişilere yönelik olarak İYUK 20/C-3 özel hükmü de getirilerek asker kişilerin açacakları davalarda kolaylık sağlanmıştır. Buna göre, asker kişiler açacakları idari davalarda bu sayılan yerlere ilave olarak ilgili idari yargı yerlerine gönderilmek üzere, en yakın amirlerine de evraklarını teslim edebilirler. Asker kişilerin en yakın amirlerine verecekleri dilekçenin verildiği tarih de davanın açıldığı tarih olarak kabul edilecektir. Oysa asker olmayan kişiler tarafından açılan davalarda bu şekilde en yakın amirleri vasıtasıyla dava dilekçesinin gönderilmesi imkanı bulunmamaktadır (**Bilgin**, İdari Davalar, s. 407- 408).

²⁹ Dava harçları, sunulan adalet hizmetinin karşılığı (bedeli) olan bir 'fiyat' niteliğinde olmayıp yürütülen adalet hizmetinin (kamu hizmetinin) kamusal finansmanına özel kişilerin 'katkı'sı niteliğindedir. Bu katkı, hem kamu bütçesine gelir sağlamakta hem de dava açma hakkının kötüye kullanılarak mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin önüne geçilmesini sağlamaktadır. Çünkü açtığı dava aleyhine sonuçlanan tarafa harç ve posta giderleri iade edilmemekte, üstelik tarafın davayı kaybetmesi durumunda karşı tarafın dava giderlerini ve vekalet ücretini ödeme yükümlülüğü de doğmaktadır. Bu sebeple, dava açılmasının davacıya belli bir mali külfeti bulunmaktadır. Bununla birlikte, dava harç miktarlarının orantısız şekilde yüksek olması, kişilerin mahkemeye erişim hakkı bağlamında 'hak arama özgürlüğü'ne ve 'adil yargılanma hakkı'na aykırılık oluşturabilecektir (**Ulusoy**, İdare Hukuku, s. 740).

³⁰ Dan. VDDK., E. 2002/277, K. 2002/409, T. 08.11.2002, www.legalbank.net, E.T. 16.04.2023; Dan. VDDK., E. 1999/191, K. 1999/643, T. 24.12.1999, www.legalbank.net, E.T. 16.04.2023.

Esaslarına İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik)³¹ uyarınca, başka yer bürosundan açılan davalarda da dava harca tabiyse harç ve posta ücreti, harca tabi değilse posta ücreti tahsil edildikten sonra teslim alınan evrak elektronik ortama aktarılır, fiziki evrak da gecikmeksizin ilgili mahkemeye gönderilir. Posta ve havale masrafı düşüldükten sonra, harç ve posta ücretinden kalan miktar ilgili mahkemenin hesabına aktarılır (Yönetmelik m. 62/4).

Dava dilekçesi, ön büro³² veya tevzi³³ işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline teslim edilir. Dava dilekçesi, dava harca tabiyse harç ve posta ücreti, harca tabi değilse posta ücreti tahsil edildikten sonra tevzi edilir ve tevzi formunun³⁴ bir örneği başvuru sahibine verilir (Yönetmelik m. 62/1, m. 62/2).

Öğretide, dava dilekçesinin posta yoluyla gönderildiği durumlarda dava açma tarihi postaya verme tarihi değil, dilekçenin mahkeme kalemine ulaşım kaydının yapıldığı tarih olduğu; benzer şekilde asliye hukuk hakimlikleri dışındaki mahkemelere ve Cumhuriyet savcılıklarına verilen dilekçelerde de bu çözümün kabul edilmesi gerektiği dile getirilmektedir³⁵. Danıştay da çeşitli kararlarında, dava dilekçesinin postaya verildiği tarih esas alınarak dava süresinin hesaplanamayacağını belirtmiştir³⁶.

İdari yargıda davalar hem fiziki ortamda hem de elektronik ortamda açılabilir. Zira İYUK m. 31’de, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında HMK’ya atıf yapılmaktadır. Buna bağlamda, adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemi olan Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden dava ve diğer yargılama işlemleri elektronik ortamda gerçekleş-

³¹ R.G., T. 11.07.2015, S. 29413.

³² Ön büro, “*Davanın açılmasından başlamak üzere, vezne görevi dâhil, yargılama ile ilgili bütün işlemler, dava ve işlerin mahkemelere gönderilmesi ile mahkemelere sunulan veya mahkemelerden talep edilen her türlü evraka ilişkin işlemlerin yapıldığı, genellikle mahkemelerin giriş kısımlarında bulunan ve tüm bölge idare, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerine hizmet veren yazı işleri birimini*” ifade eder (Yönetmelik m.4/1-ü).

³³ Tevzi, “*Birimdeki işlerin, niteliği ve kapsamı dikkate alınarak görev, yetki ve iş bölümü esaslarına göre elektronik ortamda dağıtılmasını*” ifade eder (Yönetmelik m. 4/1-y).

³⁴ Tevzi formu, dava veya işlerin hangi mahkemeye ya da daireye gönderildiğini gösteren ve başvuru sahibine verilen alındı belgesine verilen isimdir. Tevzi formu, dağıtım yapılan mahkemenin adını, dosyanın esas numarası ile esas numarasının verildiği tarih ve saati, dosya türünü, tarafların ad ve soyadlarını, davanın konusunu ve varsa ilişkili dosya numarasını içerir (Yönetmelik m. 62/3).

³⁵ Atay, s. 352.

³⁶ Dan. 7. D., E. 984/198, K. 985/114, T. 21.01.1985, Danıştay Dergisi, S. 60-61, s. 329; Dan. 4. D., E. 984/55, K. 984/3440, T. 27.09.1984, Danıştay Dergisi, S. 58-59, s. 160.

tirilebilir (HMK m. 445/1). Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza (e-imza) kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Fiziki olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler e-imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. E-imzayla oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fiziki olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz (HMK m. 445/2).

UYAP ve e-imza kullanımının yaygınlaşmasıyla beraber, idari yargıda elektronik ortamda açılan davaların fiziki ortamda açılan davalara göre gün geçtikçe oranı artmaktadır. Elektronik ortamda dava açmak, duruşmalara katılmak ve geri kalan yargısal süreçleri takip etmek zamandan ve emekten tasarruf sağlamaktadır³⁷. Norm koyucu irade de bu durumu dikkate alarak elektronik ortamda açılacak davalar ve yapılacak işlemlere ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bununla birlikte, bilişim dünyasında UYAP gibi sistemlerde sorunlar ortaya çıkması yahut bu mecralardaki verilerin silinmesi olasılığı düşünüldüğünde fiziki ortamda dava açılması ve diğer işlemlerin yapılması bu açıdan hala önemini korumaktadır.

Dava, dava dilekçesinin harç ve posta ücreti yatırılarak UYAP'a kaydedildiği tarihte açılmış sayılır (Yönetmelik m. 62/5). Elektronik ortamda işlem yapılamaması halinde durum bir tutanakla tespit edilir ve işlem fiziki ortamda yapılır. Elektronik sistem açıldığında fiziki ortamda yapılan işlemler gecikmeksizin elektronik ortama aktarılır. Bu durumda dava, söz konusu tutanağın düzenlendiği tarihte açılmış sayılır. Fiziki ortamda gelen tüm belgeler derhal elektronik ortama aktarılır (Yönetmelik m. 62/, m. 62/8).

Gerçek kişilerin UYAP Vatandaş Bilgi Sistemi, tüzel kişi temsilcilerinin UYAP Kurum Bilgi Sistemi üzerinden dava açabilmeleri için e-imza sahibi olmaları gerekir (Yönetmelik 62/9). Taraf vekilleri de UYAP üzerinden e-imzayla dava açabilir. Bu işler için ayrıca el ürünü imzalı belge istenmez. Avukatların UYAP Avukat Bilgi Sistemi üzerinden dava açabilmeleri için e-imza sahibi olmaları gerekir. Dava, dilekçenin UYAP üzerinden mahkeme ekranlarına düştüğü tarihte açılmış sayılır. İşlem sonucunda başvuru sahibinin elektronik ortamda erişebileceği bir tevzi formu oluşturulur (Yönetmelik 62/10)³⁸.

³⁷ İdari yargıda istinaf ve temyiz incelemesinde duruşma yapılmasının faydalı ve sakıncalı yönlerinin bulunduğu dair bkz. **Özel**, Kadir Can: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 45-81.

³⁸ Dava, fiziki ortamda mesai saati sonuna, elektronik ortamda ise saat 00:00'a kadar açılabilir (Yönetmelik m. 62/11).

C. Dava Dilekçesinin Verilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler

Dava Dilekçesi ve ekleri Danıştay'da Evrak Müdürlüğüne kaydedilir ve Genel Sekreterlikçe görevli dairelere havale olunur (İYUK m. 14/1). Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dilekçeler evrak bürosunca kaydedilerek ilgili mahkemelere havale olunur. Dava dilekçesi ve eklerinin kaydının yapılmasından sonra davacılara (dilekçe sahiplerine), mahkeme kalemleri ya da ön bürolar tarafından kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü ücretsiz bir alındı kağıdı verilir (İYUK m. 6/2, m. 14/2)³⁹.

Davanın görüleceği yere gönderilmek üzere verilen dilekçeler, en geç üç gün içinde Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlığına taahhütlü olarak gönderilir. Bu yerlerde harç pulları bulunmadığı takdirde bunlara karşılık alınan paraların miktarı ve alındı kağıdının tarih ve sayısı dilekçelere yazılır (İYUK m. 6/3). Dilekçelerin üç gün içinde taahhütlü olarak gönderilmesi yönündeki düzenleme, yargı organlarının iç işleyişine ilişkin bir düzenleme olduğundan, bu süreye uyulmaksızın üç günden sonra gönderilen dava dilekçeleri ilgilileri bakımından hak kaybına neden olmaz⁴⁰.

Harç ve posta ücreti yatırılmaksızın dava açılması kural olarak mümkün değildir⁴¹. İdari yargıda açılacak her davaya ilişkin bir dava harcı ve davalı idarenin sayısına göre değişiklik gösteren posta ücreti bulunmaktadır. Kural olarak bu masraflar dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere davacıdan tahsil edilir. Dava masraflarının hiç yatırılmaması veya eksik yatırılması durumunda, mahkemeler karşı tarafa yönelik tebligat işlemlerine başlamazlar⁴².

Bununla birlikte, herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücretiyle dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ⁴³ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilme-

³⁹ İdari yargılamada dava dilekçesinin kaydedilmesi üzerine dava açılmaktadır. Yani dava dilekçesinin kaydedildiği tarih, davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmektedir (Yıldırım/Fiş Üstün, s. 280; Özdemir, Halit Eyüp: İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 78; Bilgin, İdari Davalar, s. 148).

⁴⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 122; Nitekim Danıştay, taahhütlü olarak gönderinin yapılması ve dava dilekçesinin ilgililere elden teslim edilmesini hak kaybı olarak görmemiştir (Dan. 8. D., E. 1992/1166, K. 1993/2258, T. 10.06.1993, www.legalbank.net, E.T. 07.05.2023).

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 122; Ancak 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre harçtan muaf olanlar için bu şart aranmaz.

⁴² Yıldırım/Çınarlı, s. 157.

⁴³ Tebligat re'sen genel bütçeden yapılır (İYUK m. 6/6).

diği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa ‘davanın açılmamış sayılmasına’ karar verilir ve davacıya tebliğ olunur (İYUK m. 6/4)⁴⁴.

Öte yandan, dava açılırken posta ücreti tam olarak ödenmekle birlikte, dava açıldıktan sonra posta ücretinde azalma olabilmektedir. Dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde, otuz gün içinde posta ücretinin tamamlanması daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ⁴⁵ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Posta ücreti süresi içinde tamamlanmazsa ‘dosyanın işlemde kaldırılmasına’ karar verilir. Bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde, eksikliği tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde ‘davanın açılmamış sayılmasına’⁴⁶ karar verilir ve davacıya tebliğ olunur (İYUK m. 6/5)⁴⁷.

D. Dava Dilekçesi Verilmesinin (Dava Açılmasının) Sonuçları

Dava dilekçesinin önemini anlayabilmek için dava dilekçesi verilmesinin, yani dava açılmasının sonuçları üzerinde durmak gerekir. Zira dava açılmasının, idari yargılama hukuku ve maddi hukuk açısından kimi hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar genel olarak; derdestlik, hak düşürücü süre, hüküm verme zorunluluğu, iddia ve savunmanın sınırlandırılmasıyla ilgilidir.

Derdestlik, bir davanın mahkemede görülüyor olmasıdır⁴⁸. Yani derdestlik kavramı, davanın daha önce açıldığını ve halen görülmekte olduğunu

⁴⁴ Dan. VDDK., E. 2010/82, K. 2012/24, T. 25.01.2012, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 122’den naklen.

⁴⁵ Tebligat re’sen genel bütçeden yapılır (İYUK m. 6/6).

⁴⁶ Davanın açılmamış sayılması kararına karşı kanun yollarına başvurmak mümkündür (Dan. İDDK., E. 2006/567, K. 2006/368, T. 04.05.2006, *Danıştay Dergisi*, S. 114, s. 71-73); idari yargıda davanın açılmamış sayılması müessesesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Bilgin**, Hüseyin: “İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması Konusu”, *Adalet Dergisi*, S. 35, 2009, s. 86-106.

⁴⁷ Dan. 9. D., E. 1981/4348, K. 1983/4153, T. 15.06.1983, *Danıştay Dergisi*, S. 52-53, s. 443; Dan. 2. D., E. 2006/3185, K. 2006/2961, T. 30.10.2006, *Danıştay Dergisi*, S. 144, s. 132. Anayasa Mahkemesi, İYUK m. 6/5’in kanun önünde eşitsizliğe neden olduğu ve hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle norm denetimi yoluyla önüne gelen uyumsuzluğa ilişkin verdiği kararda söz konusu hükmü Anayasa’ya aykırı görmemiştir (AYM., E. 2018/150, K. 2019/79, T. 16.10.2019, R.G., T. 19.11.2019, S. 30953).

⁴⁸ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 358.

ifade etmektedir⁴⁹. Davanın açılmasıyla birlikte derdestlik hali de başlar⁵⁰. HMK'nın 'Dava şartları' başlığı altındaki 114/1-ı maddesinde düzenlenen ve "Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması" olarak ifade edilen derdestlik kavramı, İYUK'ta düzenlenmemiştir. Ancak idari yargıda da konusu, sebebi ve tarafları aynı olan⁵¹ birden fazla dava açılabilmesi mümkün olduğundan, HMK'nın derdestliğe ilişkin düzenlemeleri idari yargıda kıyasen uygulanacaktır⁵². Zira derdestlik, usul hukukunun genel ilkelerindendir⁵³. Bir dava görülürken kamu düzenine ilişkin bir dava şartı olan derdestlik durumu ortaya çıktığında, bu durum taraflarca ileri sürülebilir veya hakim tarafından re'sen dikkate alınabilir. Derdestlik halini tespit eden mahkemece davanın reddi yönünde karar verilir⁵⁴.

Dava açılmasının bir diğer sonucu olan hak düşürücü süre, bazı hakların ve yetkilerin kullanılmasının, belirli borçların yerine getirilmesinin talep edilmesinin kanunlar tarafından belirli sürelerle bağlanmasıdır⁵⁵. İdare hukuku ile idari yargıda zamanaşımı özel hukuktan farklı olarak kamu düzenine ilişkindir. Yani özel hukukta zamanaşımı taraflarca ileri sürülebilirken, idari yargıda zamanaşımı taraflarca ileri sürülebilir veya mahkemece re'sen dikkate alınabilir⁵⁶. Öğretide 'zamanaşımı' kavramını kullananlar varken⁵⁷, 'hak düşürücü süre' kavramını tercih edenler de vardır⁵⁸. Yıldırım ve Çınarlı'ya göre, idari yargıda davanın açılmasıyla birlikte, hak düşürücü süre kesilir ve açılan davayla dava konusu hak veya menfaat süre bakımından korunur⁵⁹.

⁴⁹ Yıldırım/Çınarlı, s. 234.

⁵⁰ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 267.

⁵¹ Bir davada derdestlikten söz edilebilmesi için görülmekte olan diğer davanın taraflarının, konusunun ve sebebinin aynı olması gerekir (Dan. 6. D., E. 2012/139, K. 2013/2848, T. 24.04.2013, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.05.2023). Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava görülmekteyken, ikinci davanın esas derdestlikten ötürü incelenemez (Dan. 15. D., E. 2011/358, K. 2011/1493, T. 20.09.2011, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.05.2023).

⁵² Yıldırım/Çınarlı, s. 234.

⁵³ Dan. 15. D., E. 2011/358, K. 2011/1493, T. 20.09.2011, www.legalbank.net, E.T. 08.05.2023.

⁵⁴ Işıklar, Celâl: "İdari Yargıda Derdestlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2012, s. 63.

⁵⁵ Yıldırım/Çınarlı, s. 235.

⁵⁶ Dan. 4. D., E. 51/1975, K. 52/68, T. 18.01.1952, Danıştay Dergisi, S. 54-57, s. 197.

⁵⁷ Gözübüyük, s. 421; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 267

⁵⁸ Yıldırım ve Çınarlı'ya göre, zamanaşımının kesilmesi yerine hak düşürücü sürenin kesilmesinden bahsedilmelidir (Yıldırım/Çınarlı, s. 235).

⁵⁹ Yıldırım/Çınarlı, s. 235.

Dava açılmasının bir diğer sonucu ise, hüküm verme zorunluluğudur. Dava açılması üzerine, mahkeme harekete geçmekle yükümlü olup önüne gelen uyuşmazlık hakkında karar vermek zorundadır⁶⁰. Bu zorunluluk, Anayasa m. 36/2'deki "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" düzenlemesinin de bir gereğidir. Mahkemenin usulüne uygun şekilde açılan davaya bakmaması, hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması sebebiyle hakimın hukuki sorumluluğunun ortaya çıkmasına (HMK m. 46/1-e) ve görevi kötüye kullanma suçu (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶¹ m. 257) bağlamında cezai sorumluluğunun doğmasına neden olabilecektir.

Öte yandan, iddia ve savunmanın sınırlandırılması da dava açılmasının sonuçlarındandır. Hukuk yargılaması kadar geniş kapsamlı olmasa da idari yargılama usulünde de iddia ve savunmalar İYUK aracılığıyla sınırlandırılmıştır⁶². İdari yargılama usulünde taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler (İYUK m. 16/4)⁶³. Yani idari yargılama usulünde davacı bakımından dava dilekçesinin kayda geçmesiyle, davalı bakımından ise cevap dilekçesiyle iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı başlamaktadır⁶⁴. Ayrıca dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir (İYUK m. 21). İddia ve savunmanın sınırlandırılmasının (iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının) istisnası olan bu düzenlemeye göre, birtakım belgelerin vaktinde mahkemeye sunulması mümkün olmamışsa, mahkemenin kabulü halinde bu belgeler daha sonra sunulabilecektir. İddia ve savunmanın sınırlandırılmasının diğer istisnası ise, 'ıslah'⁶⁵ veya 'artırma'⁶⁶ müessesesidir. Buna göre, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir (İYUK m. 16/4). Düzenleme, sadece tam yargı davalarında, dava dilekçesinde belirtilen miktarın bir defaya mahsus olmak üzere mahkeme nihai

⁶⁰ Gözübüyük, s. 422.

⁶¹ R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

⁶² Gözübüyük, s. 423; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 269.

⁶³ Gözübüyük'e göre, kamu düzenini ilgilendiren konularda yapılan iddia ve savunmalar-daki değişiklikler bu kuralın dışındadır (Gözübüyük, s. 423).

⁶⁴ Yıldırım/Çınarlı, s. 236.

⁶⁵ Yıldırım/Çınarlı, s. 236.

⁶⁶ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 270-271.

karar verene kadar arttırılabilmesine imkan tanımakta olup bu yönüyle iddia ve savunmanın sınırlandırılmasının istisnasını oluşturur.

II. YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARI YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 3. VE 5. MADDESİ BAĞLAMINDA DAVA DİLEKÇESİNİN REDDİ SEBEPLERİ

İdari yargıda dava açıldığında, uyuşmazlığın esası hakkında incelemeye geçmeden evvel usul kuralları çerçevesinde bir inceleme yapılmaktadır. Yapılacak bu incelemeye İYUK, “*ilk inceleme*” demektedir⁶⁷. İdari yargının özelliklerinden biri olarak kabul edilen ilk inceleme müessesesi, davaların ön koşullar sürüncemede bırakılmadan karara bağlanmasını sağlayan basit ve hızlı işleyen bir mekanizma olarak görülmektedir⁶⁸. Bu müesseseyle, tebligat işlemleri, keşif, bilirkişi ve duruşma gibi usul işlemlerinin; mahkeme tarafından yapılacak yazışmaların gereksiz şekilde yapılması önlenmiş olmaktadır⁶⁹.

Dava dilekçesi sunulması üzerine ilk inceleme konuları İYUK m. 14’te düzenlenmiştir. Buna göre, dilekçeler üzerinde yapılacak ilk inceleme konuları şunlardır:

- a) Görev ve yetki,
- b) İdari merci tecavüzü,
- c) Ehliyet,
- d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
- e) Süre aşımı,
- f) Husumet,
- g) 3. ve 5. maddelere uygun olup olmadığı.

Dava dilekçeleri, yukarıda sayılan ilk inceleme konuları bakımından Danıştay’da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve

⁶⁷ Öğretide bu müessese “*ön inceleme*”, “*ön yargılama*” olarak da adlandırılmaktadır (Yıldırım/Çınarlı, s. 160; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 271; Atay, s. 355).

⁶⁸ Gözübüyük, A. Şeref/Dinçer, Güven: İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 416; Bilgin, İdari Davalar, s. 267-268. Öğretide, ilk inceleme müessesesi, dava dilekçesindeki eksikliklerin zaman kaybı olmadan, hızlı bir şekilde giderilmesini sağlaması bakımından olumlu görülmeyle birlikte; görev, süre, ehliyet, merci tecavüzü gibi kimi ilk inceleme konuları bakımından olumlu görülmemektedir. Zira hukuken önemli ve karmaşık olan bu sorunlar, karşı tarafın görüşü alınmadan yalnızca mahkemenin değerlendirmesine göre karara bağlanmaktadır (Gözübüyük/Dinçer, s. 416; Tan, s. 1073).

⁶⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 129.

vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından “sırayla”⁷⁰ incelenir (İYUK m. 14/3). İlk inceleme konularında bir sıra bulunduğu için önceki sırada bulunan hukuka aykırılık sonraki sırada bulunan konu bakımından inceleme yapılmasını engelleyecektir. İlk inceleme konularında birden fazla hukuka aykırılık bulunsada dahi, mahkeme sıra itibarıyla ilk gördüğü hukuka aykırılığın düzeltilmesi yoluna gidecektir. Örneğin, dava dilekçesinde ehliyet, süre aşımı ve husumet konularında hukuka aykırılık mevcutsa ehliyet diğer hukuka aykırılıklardan daha önce geldiği için mahkeme yalnızca bu konuda dilekçenin düzeltilmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte, dava dilekçesinin ehliyet yönünden düzeltilmesi sonrasında mahkemeye tekrar sunulan dava dilekçesi bakımından mahkeme diğer konuların da düzeltilmesini isteyecektir⁷¹. İYUK m. 14/3’te sayılan sıraya uyulmaksızın ilk inceleme yapılarak bir karar verilmesi halinde, usul kurallarına uyulmadığından bu durum kanun yollarında bozma sebebi olacaktır⁷².

İlk inceleme konularından herhangi birinde Kanun’a aykırılık tespit edilirse bu husus görevli daire veya mahkemeye bir raporla bildirilir. Tek hakimle çözümlenecek dava dilekçeleri için rapor düzenlenmez. Tek hakimle görülecek davalarda hukuka aykırılıkların giderilmesi için ilgili hakim gerekli işlemleri yapar. İlk inceleme aşaması, dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç on beş gün⁷³ içinde sonuçlandırılır (İYUK m. 14/4). İvedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde ilk inceleme aşaması en geç yedi gün içinde tamamlanır (İYUK m. 20/A/2-c, m. 20/B/1-c). İlk incelemeyi yapanlar, ilk inceleme konularında kanuna aykırılık görmezler veya daire veya mahkeme tarafından ilk inceleme raporu yerinde görülmezse tebligat işlemi yapılır (İYUK m. 14/5).

⁷⁰ **Işıklar**, Celâl: “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 6, 2011, s. 69-140.

⁷¹ **Yıldırım/Çınarlı**, s. 162; **Bilgin**, İdari Davalar, s. 269.

⁷² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 130; Mahkemece davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, İYUK’un 14/3. maddesinde belirtilen sıra gözetilmeksizin davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinin usul hükümlerine aykırı olduğu hakkında bkz. Dan. 11. D., E. 2012/1381, K. 2012/5536, T. 19.09.2012, Danıştay Dergisi, S. 132, s. 414-417.

⁷³ Bu sürenin yön gösterici süre olduğu ve mahkemenin iş yüküyle ilgili olduğu ifade edilmektedir (**Gözübüyük/Dinçer**, s. 414; **Tan**, s. 1073). Bu sebeple, dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç on beş gün içinde ilk incelemenin tamamlanmamasının bir yaptırımı yoktur. Ancak bu sürenin keyfi olarak uzatılması, hakimin disiplin sorumluluğunu gündeme getirebileceği gibi yargılamanın taraflarının da makul sürede yargılanma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet verebilecektir (**Yıldırım/Çınarlı**, s. 161).

İlk inceleme konuları davanın her safhasında dikkate alınır (İYUK m. 14/6). Bu sebeple, ilk inceleme konularındaki bir hukuka aykırılık ilk inceleme sırasında fark edilmez ancak sonradan fark edilirse ilk incelemeye ilişkin usul tekrarlanır.

İlk inceleme sonucunda hukuka aykırılıkların tespit edilmesi durumunda bunun yaptırımları (sonuçları) da Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, ilk inceleme sonucunda tespit edilen hukuka aykırılıkların yaptırımları *“dilekçenin reddi”, “davanın reddi”, “dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi”, “dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliği”, “dilekçelerin görevli idare merciine tevdi”*dir (İYUK m. 15/1). Bu yaptırımlardan davanın reddi dışındaki yaptırımlara karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır⁷⁴.

Davacı tarafından dava dilekçesinin sunulması üzerine idari yargı yerlerince yapılacak ilk incelemede, dava dilekçesinin İYUK m. 3 ve/veya m. 5'e uygun olmaması, yani dava dilekçesinin şekle aykırı olması durumunda da dava dilekçesinin reddi (dilekçenin reddi) kararı verilmektedir (İYUK m. 14/3-g). Yani davacıya otuz gün içinde dava dilekçesini İYUK m. 3 ve m. 5'e uygun şekilde düzenlemek ve noksanları tamamlamak yahut ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılmış ise otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddi kararı verilir (İYUK m. 15/1-d). Dilekçenin reddi kararına karşı Kanun'da herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Otuz gün içinde dava dilekçesindeki eksiklikler tamamlanarak tekrar dava açılması, mahkemeye yeni dilekçe (yenileme dilekçesi) sunulması halinde yeniden harç alınmaz (İYUK m. 15/3)⁷⁵.

⁷⁴ Dan. İDDK., E. 1992/310, K. 1992/159, T. 18.09.1992, www.legalbank.net, E.T. 09.05.2023.

⁷⁵ Davacının otuz gün içinde mahkemeye yeni dilekçesini sunmaması halinde, mahkemeye dava dosyası hakkında herhangi bir işlem yapılmayacaktır ve dosya arşive kaldırılacaktır. Ancak 30 günlük süre geçtikten sonra dilekçenin yenilenmesi halinde ise yenilenen dava dosyası hakkında süresi içinde yenileme yapılmadığından bahisle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilecektir. Bununla birlikte, otuz günlük süre geçmiş ancak dava açma süresinin geçmemiş olması halinde yeniden dava açılabilir (Yıldırım/Çınarlı, s. 225). Bu hususa ilişkin Danıştay kararı: *“... Davacı şirket tarafından işletilen yedi farklı özel okul için aynı dava dilekçesiyle açılan davada, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 27/03/2015 gün ve E: 2015/518, K: 2015/530 sayılı kararıyla; her bir özel okul için ayrı dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verildiği, bu karar üzerine davacı şirket tarafından, Özel ... İlkokulu'nun listede yer almamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yer alan usul hükümleri karşısında, dilekçe ret kararı üzerine otuz gün içerisinde*

Dava dilekçesinin şekle uygun olmadığı durumlarda, dilekçenin düzeltilmesi için dilekçenin reddedilmesinden sonra mahkemeye sunulan yeni dilekçede de aynı yanlışlıklar⁷⁶ yapıldığı takdirde dava reddedilir (İYUK m. 15/5)⁷⁷. Dilekçenin reddi kararına karşı -herhangi bir kanun yolu öngörülmediğinden- kanun yollarına başvurulması söz konusu değilken⁷⁸, davanın reddi kararına karşı kanun yollarına başvurulması mümkündür (İYUK m. 15/4).

Çalışmamızın bu bölümünde de -bizzat ulaştığımız özgün yargı kararları çerçevesinde- İYUK m. 3 ve m. 5'e dayanarak dava dilekçesinin reddi sebeplerini sınıflandırma ve bunlara ilişkin değerlendirme yapılacaktır⁷⁹.

A. Dilekçede Eksiklik Olup Olmadığı (İYUK m. 3)

Dava dilekçelerinde bulunması gereken hususlar, İYUK m. 3'te tek tek sayılmıştır⁸⁰. Bu hususların dava dilekçelerinde bulunmaması halinde şekle

davanın yenilenip yenilenmediği hususu araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken, davanın 60 günlük dava açma süresi içerisinde açılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde hukuki isabet bulunmaktadır. ..." (Dan. 8. D., E. 2015/12664, K. 2016/1699, T. 26.02.2016, **Bilgin**, İdari Davalar, s. 323'ten naklen).

⁷⁶ "Aynı yanlışlık" kavramının neyi ifade ettiğinin kesin ölçütleri bulunmamaktadır. Bu kavramın neyi ifade ettiği somut uyumsuzluk incelenerek ortaya konulabilir. Bu bağlamda, yargı kararları yol gösterici olacaktır. Örneğin, Bursa Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "... İstinaf incelemesine konu uyumsuzluğun çözüme kavuşturulabilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer alan "aynı yanlışlık" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Kanun maddesinde düzenlenen hususun aynı yanlışlıkların tekrarlanması olduğu, ancak bu durumda davanın reddedileceği, aynı yanlışlık kapsamına girmeyen durumlarda ise yeniden dilekçe ret kararı verilmesi gerektiği açıktır. Dilekçenin reddedilmesi üzerine verilen yenileme dilekçesinde yanlışlıklardan bir kısmının düzeltilmesi hâlinde ise, artık aynı yanlışlığın varlığından söz edilemez. ..." (Bursa BİM. 2. İDD., E. 2021/2199, K. 2022/30, T. 10.02.2022).

⁷⁷ Peki ikinci kez sunulan dava dilekçesinde 'farklı yanlışlıklar' yapılırsa ne olacaktır? İkinci kez sunulan dava dilekçesinde farklı yanlışlıkların tekrarlanması halinde, İYUK'un lafzı gereği dilekçe reddedilecek ve dava reddedilemeyecektir. Ancak davacı tarafın süre kazanmak amacıyla veya özensizliği neticesinde dava dilekçesinde sürekli olarak birbirinden farklı yanlışlık - hata yapması durumunda her seferinde davacıya otuz günlük süre tanınması hakkın kötüye kullanılmasına mahkemece göz yumulmasına neden olabilecektir. Bu durumda, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı hakkında mahkemenin takdirini kullanarak davanın reddine karar vermesi bir olasılık olarak düşünülebilir (**Yıldırım/Çınarlı**, s. 226).

⁷⁸ Dan. 4. D., E. 1999/392, K. 1999/1948, T. 12.05.1999, www.legalbank.net, E.T. 09.05.2023.

⁷⁹ Çalışmaya alınmamakla birlikte değişik konularda verilen dilekçenin reddine ilişkin karar örnekleri için bkz. **Bilgin**, İdari Davalar, s. 313-326.

aykırılık sebebiyle dilekçenin reddi kararı verilir. Bu bölümde, İYUK m. 3 bağlamında yargı kararlarından yola çıkarak sınıflandırdığımız dilekçenin reddi sebepleri incelenecek ve ilgili kavramlar üzerinde durulacaktır.

1. Dava Dilekçesinin Doğru Yere Verilmemesi (İYUK m. 3/1)

İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır.

Örnek karar: “... *dava dilekçesi ve eklerinin davacıyı temsil yetkisi olmayan eşi tarafından verildiği gerekçesiyle Danıştay Beşinci Dairesi dava dilekçesinin reddine karar vermiştir. ... yenilenen dava dilekçesi, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) aracılığıyla Danıştay Başkanlığına gönderilmiş ve Danıştay Dairesi ... bu kez dava dilekçesi ve eklerinin PTT aracılığıyla gönderilmesi nedeniyle kabulüne imkan bulunmadığı gerekçesiyle “dilekçenin reddine” karar vermiştir. ... dilekçe ret kararı üzerine, davacı tarafından düzenlenen yenileme dilekçesi de yine aynı şekilde PTT aracılığıyla Danıştay Başkanlığına gönderilmiş ve Danıştay Dairesinin ... kararıyla yine aynı gerekçelerle “dilekçenin reddine” karar verilmiştir. Davacı tarafından bir kez daha düzenlenen yenileme dilekçesinin yine PTT aracılığıyla Danıştay Başkanlığına gönderilmesi ve verilen yenileme dilekçesinde de aynı yanlışlığın yapılmış olması nedeniyle Danıştay Dairesince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun’un 15. maddesinin 5. fıkrası gereğince davanın reddine karar verilmiştir. ...”.*

Anılan kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından verilen kararda, “... *davacıların kendilerinin ya da tayin ettikleri vekillerinin dava dilekçesi ve eklerini, 2577 sayılı Kanun’un 4.*

⁸⁰ “İdari davaların açılması” başlıklı İYUK m. 3: “1. İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır.

2. Dilekçelerde;

a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,

b) Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller,

c) Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,

d) Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktar,

e) Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası,

Gösterilir.

3. Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur”.

maddesindeki yerlere vermesi gerektiği ve davaya ilişkin harç ve posta giderleri ödendikten sonra davanın açıldığına dair alındı kağıdının kendilerine verileceği açıkça belirtildiğinden, dava dilekçesi ve eklerinin posta aracılığıyla gönderilerek dava açılabilceğini kabul etmek mümkün değildir. ...” denilerek temyiz istemi reddedilmiştir. Çoğunluk oyu bu şekilde olmakla birlikte, karara ilişkin karşı oyda⁸¹ Anayasa’da düzenlenen hukuk devleti ilkesine, adil yargılanma hakkına, mahkemeye erişim hakkına, hak arama özgürlüğüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne vurgu yapılarak şu ifadelerle yer verilmiştir: “ ... **İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesini çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuruları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS’nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kanaatine varıldığı ... dilekçenin reddi ve davanın reddi yönünde verilen kararların, 2577 sayılı Kanun’un 4. maddesinin oldukça katı bir şekilde, hak arama ve mahkemeye erişim hakkını kısıtlayacak, hakkın özüne dokunacak şekilde yorumlanması neticesinde ortaya çıktığı görülmektedir. Burada önemli olan husus, dava dilekçesinin görevli yargı merciine dava açma süresi içerisinde ulaşp ulaşmadığı ile ilgili olup ... dava dilekçesinin ... PTT aracılığıyla gönderildiği ve dava açma süresi içerisinde Danıştay kayıtlarına girdiği göz önüne alındığında, hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte katı bir yorumla verilen davanın reddi yolundaki kararda usul ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ...**”⁸².

Kanaatimizce, Danıştay İDDK kararındaki azlık oyunda belirtilen görüş adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı açısından daha makul görünmektedir. Burada usul kurallarındaki oldukça geniş yorum yoluyla davacının iddia ettiği bir hukuka aykırılığın gerçekten var olup olmadığı idari yargı denetimi dışında bırakılmaktadır. Zaten dava dilekçesinin İYUK’un 4. maddesinde sayılan yerlere verilmemesinin yaptırımını, dilekçenin ulaştığı tarihin dilekçenin verildiği tarih olarak kabul edilmesi ve dava açma süreleri ile somut olayda yenileme süresinin başlangıcının bu tarih olarak alınması olup yenileme süresi geçtikten sonra dilekçenin ulaşmış

⁸¹ Karşı oyda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ashingdane/Birleşik Krallık (Başvuru No. 8225/78, T. 28.05.1985), Golder/Birleşik Krallık (Başvuru No. 4451/70, T. 21.02.1975), Mesutoğlu/Türkiye (Başvuru No. 36533/04, T. 14.10.2008), Reisner/Türkiye (Başvuru No. 46815/09, T. 21.07.2015), Eşim/Türkiye (Başvuru No. 59601/09, T. 17.09.2013) kararlarına da atıf yapılmıştır.

⁸² Dan. İDDK., E. 2020/321, K. 2020/1781, T. 12.10.2020; Benzer yönde bir başka karar için bkz. Dan. İDDK., E. 2019/2097, K. 2019/5945, T. 27.11.2019.

olması halinde süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilecektir⁸³. Eğer dilekçe PTT aracılığıyla verilmişse ve süresi içinde ilgili yargı yerine ulaşmışsa artık ortada bir dilekçenin reddi nedeni bulunmamakta olup işin esasına girme amacıyla dosyanın tekemmülüne gidilmesi gerekirdi.

2. Dava Dilekçesinin Yetkili Kişilerce Verilmemesi veya Dava Dilekçesinde Yetkili Kişilerin İmzasının Bulunmaması (m.3/2-a)

Dava dilekçesi ve ekleri yetkili kişilerce sunulmalı ve bu kişilerin sundukları dilekçelerde imzaları bulunmalıdır. Dava dilekçelerinde, tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası yer almalıdır.

Örnek karar 1: “... *dilekçede davacı olarak T.S. ismine yer verildiği, şirket adına dava açılıyor ise davacı olarak şirket adı belirtilmek suretiyle dilekçe düzenlenerek, şirketi temsile yetkili olanlarca bizzat ya da avukata verilecek vekalet üzerine dava açılması gerekirken bu yola gidilmediği, T.S.’ye ait vekaletnamenin dilekçeye eklendiği, ... dilekçenin, 2577 sayılı Yasa’nın 3. madde esaslarına uygun olmadığı sonucuna ulaşılarak dilekçenin reddine karar verildiği, davacı tarafından verilen yenileme dilekçesinde ise, ... şirket adı yerine davacı olarak Y.M. ismine yer verildiği, ... şirketin temsili ile ilgili belgelerin dilekçeye eklenmediği, dolayısıyla bu yönlerden ilk dilekçede yapılan yanlışlıkların tekrar edildiği görüldüğünden, aynı hattanın yapılması nedeniyle açılan bu davanın reddinin zorunlu bulunduğu* ...”⁸⁴.

Anılan kararda mahkemece davanın reddi kararı verilmesi yerine, daha açık ve anlaşılır bir şekilde ifadelere yer verilerek yeni bir dilekçe ret kararı verilmesi yerinde olacaktı. Zira davacı dilekçe ret kararından sonra yeni dilekçede davacı ismini değiştirmiş olup dilekçe ret kararı verilen dava dilekçesinden farklı bir aykırılık ortaya çıkmıştır. Davacının iptalini istediği işlem şirket adına tesis edilen bir işlem ise, bu işleme karşı iptal talebinde bulunacak davacının ancak şirket olabileceği ifade edilerek bu yolla davacı şirketin mahkemeye erişim hakkını sonuna kadar kullanmasına imkan tanınmalıydı.

Örnek karar 2: “... *davanın iki davacı tarafından birlikte açıldığı, ancak dava dilekçesinin davacılardan yalnızca Ankara Barosu Başkan-*

⁸³ Bilgin, İdari Davalar, s. 134.

⁸⁴ İzmir BİM. 2. VDD., E. 2016/161, K. 2017/280, T. 15.02.2017.

*lığı'nın vekili olan Av. C.T. tarafından imzalandığı, dilekçede diğer davacıya ait ıslak imza veya e-imzanın bulunmadığı; ayrıca davacı K.C.Ö.'nün vekil sıfatıyla Av. C.T. tarafından temsil edildiğini belirten bir vekaletnamenin de dosyaya sunulmadığı görülmüştür. ... davacılardan (veya vekillerinden) hepsinin imzasını içermeyen dava dilekçesinin bu haliyle 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. ...*⁸⁵.

Örnek karar 3: “... şirketi temsile yetkili kişi/kişileri gösterir belgeler ile ilgili şahısların imza sirkülerinin eklenmemesi nedeniyle davanın yetkili kişilerce açılıp açılmadığı, imzada bulunup bulunmadığının tespitin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle dilekçe ret kararının verildiği, yenileme dilekçesinde hiçbir noksanlık giderilmeden, aynı yanlışlıklar yapılarak davanın yeniden açıldığı görüldüğünden, ... davanın incelemeksizin reddine karar verilmiştir. ...”⁸⁶.

Örnek karar 4: “... dava dilekçesinde davacı olarak Y.Ö., B.A., O.D. isimlerine yer verildiği ve fakat ekli vekaletnamede vekil eden olarak sadece Y.Ö.'nün yer aldığı görüldüğünden, bu haliyle, dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine uygun olmadığı, bu durumda, işbu yenilenen davaya ait dava dilekçesinde de dilekçe ret kararı verilen dosyadaki ifadelere aynen yer verildiği görülmüş olup ... davanın reddine ... Mahkemenin dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçe eklerinde tüm davacılara ilişkin vekaletname asılların sunulduğu, bu yönüyle dava dilekçesinde eksiklik bulunmadığı görülmektedir. ... İdare Mahkemesi'nce işin esasına girilerek hukuki denetim yapılması gerekirken, ... davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı ...”⁸⁷.

Yukarıda sözü edilen üç kararda ise, kanun yolu denetiminde, ilk derece mahkemelerince verilen davanın reddi kararları kaldırılmıştır. Kanaatimizce de anılan kararlar adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının kullanılması bakımından yerinde kararlar olmuştur. İdari yargı yerlerinde yazılı yargılama kuralı geçerli olsa ve dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar İYUK'un 3. maddesinde açıkça belirtilmiş olsa da mahkemelerce uyuşmazlıkların esasını çözümleyerek davacıların adalete erişim haklarının engellenmediği düşüncesine sahip olması için bu hükümlerin dar yorumlanmasında fayda olduğunu düşünmekteyiz.

⁸⁵ Dan. 8. D., E. 2022/1656, K. 2022/2215, T. 31.03.2022.

⁸⁶ Dan. 4. D., E. 2016/2010, K. 2018/1429, T. 14.02.2018.

⁸⁷ İzmir BİM. 7. İDD., E. 2022/702, K. 2022/826, T. 23.06.2022.

3. Dava Dilekçesindeki Talebin Soyut ve Genel Olması - Dava Konusu İşlemin Açık ve Tereddüde Yer Vermeyecek Şekilde Dava Dilekçesinde Ortaya Konulmaması - Davanın Konu ve Sebepleri ile Dayandığı Delillerin Dava Dilekçesinde Belirtilmemesi (İYUK m. 3/2-b)

Dava dilekçelerinde, davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller bulunmalıdır. Aynı zamanda dava dilekçesinde dava konusu edilen talebin açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir. Dava konusu talebin net olarak ortaya konulması sağlıklı yargılama yapılması açısından da önem taşımaktadır.

Örnek karar 1: “... satış başvurusunun reddi işleminin iptali istemiyle mi; söz konusu taşınmazın dava dışı bir şahsa satışına ilişkin işlemin iptali istemiyle mi; yoksa bu işlemlerden birinin iptali istemi ile iptali istenen işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen maddi zararın tazmini istemiyle mi açıldığı hususunun **ilk dava dilekçesi ve dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçede açık ve net olmadığı** gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun’un 15. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca **davanın reddine** karar verilmiş ise de, ... İli, ... İlçesi, ... Mahallesi, ... ada, ... parsel numaralı taşınmazın 3. kişilere satış işleminin iptali istemiyle dava açıldığı açık olduğundan, **İdare Mahkemesi’nce işin esasına girilerek hukuki denetim yapılması gerekirken, dava konusunun net ve açık olarak ortaya konulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı** sonucuna varılmıştır. ...”⁸⁸.

Örnek karar 2: “... “... **ilk yenileme dilekçesi ile ... ikinci yenileme dilekçesinde aynı yanlışlıkların yapıldığı, her iki dilekçede de iptali istenilen meclis ve encümen kararlarının tarih sayıları belirtilmiş ise de; tüm imar uygulaması ve parselasyon çalışmalarının iptali istenilmek suretiyle ucu açık taleplerde bulunulduğu ve tereddüde neden olunduğu, ... yenilenen dilekçede de aynı yanlışlığın yeniden yapıldığı** anlaşıldığından, ... **davanın reddedilmesi** gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır. ...” gerekçesiyle davanın reddine ilişkin Bursa 1. İdare Mahkemesi’nin ... kararının ... kaldırılması istenilmektedir. ... **İşleminin iptalinin istenildiği açık olduğundan, mahkemece bu işlemlere ilişkin davalı idareden gerekli bilgi ve belgeler istenilerek uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, usule aykırı olarak verilen dilekçe ret kararları üzerine aynı yanlışlıkların tekrarlandığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi**

⁸⁸ İzmir BİM. 7. İDD., E. 2022/702, K. 2022/826, T. 23.06.2022.

*kararı ile dava açma hakkının, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının engellendiği sonucuna ulaşılmıştır. ...*⁸⁹.

Örnek karar 3: “... “... işlemin idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde bulunmadığı, ... hangi işlemin dava konusu edilmek istendiği hususunda tereddüt hasıl olduğu gerekçesiyle ... dilekçenin reddine ... yenilenen dilekçe üzerine, ... dava dilekçesinin bütün olarak tutarlı olmadığı görüldüğünden ... mevcut dava dilekçesinde de önceki dilekçelerde yer alan eksikliklerin aynı şekilde tekrarlandığı, ... davanın reddi ...” yönünde verilen ... kararın kaldırılması istenilmektedir. ... davacı tarafından **OHAL İnceleme Komisyonu’nun ... işleminin dava konusu edildiği, dilekçelerde sözü edilen parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi ve özlük haklarının iadesi isteminin de söz konusu işleme yönelik olduğu, Mahkemece OHAL İnceleme Komisyonu işleminin esasına ilişkin değerlendirmeye yapılarak karar verilmesi gerekirken, dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçede de aynı yanlışların yapıldığı gerekçesiyle ... davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır. ...**”⁹⁰.

Örnek karar 4: “... “7256 sayılı Kanun gereğince taksitlendirme ve ödeme formunun düzenlenmesine, taksitlerden ödemelerinden süresi geçen kısımların ödemesini yapmak amacıyla yasal sürede belirtilen süre kadar ödeme süresi tanınmasına” şeklinde idari yargı mercilerinden talep edilemeyecek idari işlem mahiyetinde yargı kararı tesis edilmesi isteminde bulunulduğu ... davanın konusunun açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya konulmadığından, ... dava dilekçesinin reddine ... üçüncü dilekçede de aynı yanlışlıkların yapıldığı ... görüldüğünden ... reddine ilişkin Kocaeli 1. İdare Mahkemesince verilen ... kararın, ... hukuka aykırı olduğu iddialarıyla kaldırılması ... istenilmektedir. ... yapılandırma başvurusunun zımnen reddine ait işlemin iptalini istediği açık olduğu, re’sen araştırma ilkesi gereği yapılandırmaya konu borcun kaynağının da araştırılabileceği anlaşılmakta olup aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine ait karar mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında isabetli değildir. ...”⁹¹.

Örnek karar 5: “... davaya konu işlemin sadece 3194 sayılı Kanun’un 42. madde gereğince 20.445,56-TL idari para cezası verilmesine mi yoksa; dilekçe içeriğindeki beyanlardan bu cezaya ilaveten yıkım kararına

⁸⁹ Bursa BİM. 2. İDD., E. 2022/206, K. 2022/663, T. 25.05.2022.

⁹⁰ Ankara BİM. 13. İDD., E. 2022/4409, K. 2022/2449, T. 19.04.2022.

⁹¹ İstanbul BİM. 8. İDD., E. 2022/367, K. 2022/670, T. 12.04.2022.

da yönelik olup olmadığının anlaşılamadığından, ... dilekçenin reddi ... yenilenen davada ... iptali istenilen işlemlerden genel bir ifade ile bahsedilmesi ... gerekçesiyle ... davanın reddine karar verilmiştir. ... Davacı tarafından ... kararın kaldırılması istenilmektedir. ... ili, ... ilçesi, ... Köyü, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazdaki yapı ile ilgili davacı adına tesis edilen varsa, inşaat durdurma, yıkım kararı, tehlike arz eden yapının yıkılması işlemi ile davacıya 20.445,56-TL imar para cezası verilmesine ve yapının yıkımına ilişkin ... İl Encümen kararının bir örneğinin istenilmesi üzerine davalı idarece gönderilen bilgi ve belgelerden, davacı adına ... yapı tatil zaptı ile davacının 20.445,56-TL idari para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ... davalı idare il encümeni kararı tesis edildiği görülmekle, ... dosyanın karara bağlanması gerektiğinden; ... davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. ... ”⁹².

Örnek karar 6: “... geniş bir alanda imar planı revizyonu yapıldığı dikkate alındığında, hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde hangi ilçe, semt, mahalleye ilişkin ada ve parsel numaralarında yer alan taşınmazlara ilişkin olarak iptal talebinde bulunulduğunun anlaşılamadığı gibi dilekçe içeriğinde de taşınmazlara ilişkin somut ve öznel herhangi bir açıklamada bulunmamak suretiyle sadece genel olarak ‘1/5000 ölçekli ilave ve revizyon nazım imar planının’ iptalinin istenildiği gerekçesiyle ... dava dilekçesinin reddine dair karar üzerine, yenilenen dilekçede aynı yanlışlıklar yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, davacı tarafından, kamu kurumu niteliğinde meslek örgütü sıfatıyla bakılmakta olan davanın açıldığı hususu göz önüne alındığında, davacının iddiaları kapsamında dava konusu planların yargısal denetiminin yapılmasının mahkemeye erişim hakkının engellenmemesini sağlayacağı açıktır. ... ”⁹³.

Yukarıda yer verilen kararların tamamında yine ilgili bölge idare mahkemesi dairelerince İYUK’un ilgili usul hükümlerinde dar yorumlama yoluna gidilerek davacıların davalarının esasına geçilmesi yolunda kararlar verilmiştir. Bu kararlar, adil yargılama hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının kullanılması bakımından oldukça yerinde kararlar olmuştur. Uygulamada ise, maalesef bazen ilk derece idari yargı hakimlerinin ilk dilekçelere ilişkin verdikleri dilekçe ret kararının yeterince açık olmaması nedeniyle davacıların sunduğu ikinci dilekçeler üzerine davanın reddine karar verebildiği görülmektedir. Bazen de ilk derece mahkemesi hakimleri dilekçe ret

⁹² Samsun BİM. 2. İDD., E. 2022/107, K. 2022/549, T. 28.03.2022.

⁹³ İzmir BİM. 3. İDD., E. 2022/316, K. 2022/367, T. 11.03.2022.

kararında istedikleri hususların tam olarak yerine getirilmediğinden bahisle aslında gerekli olmayan hususları belirttiklerinin ve/veya davacıdan istediklerinin farkına varamadıklarından bu şekilde davanın reddine karar verebilmektedirler.

Örnek karar 7: “... *dava dilekçesinin konu ve sonuç bölümleri arasında tutarsızlık bulunduğu, davanın konusunun açık ve net bir biçimde ortaya konulmasını teminen ilk derece mahkemesince ... dilekçe ret kararı verilmesi gerekirken, 2577 sayılı Kanunun anılan hükümlerine uygun olmayan şekilde davanın incelenmeksizin reddine dair verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.* ...”⁹⁴.

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi verdiği bu kararla, dava konusu işlemin açık ve net olarak ortaya konulması için başvurulacak olan yolun dilekçenin reddi kararı olduğunu vurgulamıştır. Bu yola başvurulmadan dava dilekçesinin incelenmeksizin reddine⁹⁵ karar verilemeyeceği ifade edilmiştir⁹⁶. Dilekçenin reddi kararının, davanın -incelenmeksizin- reddi kararından

⁹⁴ Gaziantep BİM. 2. İDD., E. 2022/157, K. 2022/587, T. 17.03.2022.

⁹⁵ İncelenmeksizin ret kararı hakkında geniş bilgi için bkz. **Eraslan, Yunus/Boz, Selman** Sacit: “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, S. 488, 2019, s. 203-243.

⁹⁶ Danıştay tarafından verilen bir başka benzer kararda, “... *Davanın konusu dava dilekçesinde açık ve net olmasına rağmen dava dilekçesinin reddi üzerine yenilenen dilekçede iptali talep edilen işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte olmadığından bahisle davanın incelenmeksizin reddi* yolunda verilen mahkeme kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da kabul edildiği üzere, *usul kurallarının katı yorumlanması çerçevesinde dolaylı bir şekilde mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması suretiyle hak ihlaline yol açtığından bahisle hukuki isabet bulunmadığı ... AİHS’in “Adil yargılanma hakkı”nın yorumlanması, hayata geçirilmesi anlamında AİHM kararları referans olarak görülmektedir. Mahkeme kararlarında görüleceği üzere adil yargılanma hakkının sağlanmasında tarafların mahkemeye erişim hakkının sağlanması hususu önem arz etmektedir. Mahkemeye erişim hakkının yargı yolunun bulunmaması ve yasal yollarla doğrudan engellenmesi hususları hak ihlali olarak kabul edildiği gibi, usul kurallarının katı yorumlanması çerçevesinde dolaylı bir şekilde mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasının da hak ihlali kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. ... Uyuşmazlıkta, davacı tarafından işyerinin mühürlenmesi yolunda düzenlenen zabuta müdürlüğünün 30/11/2012 tarihli mühürleme tebligatı üzerine anılan tebligatta yer alan ve dayanak olduğu belirtilen 17/09/2012 tarih ve 13124 sayılı işlem ile işyerinin kapatılmasına ilişkin işlemin dava konusu edildiği, Mahkemece davanın konusunun açık ve net olmadığı belirtilerek dilekçenin reddedildiği, yenileme dilekçesinin de mühürleme olmadığından bahisle reddedildiği, ancak ilk dava dilekçesinde davanın konusunun açık ve net olduğu, Mahkemece dilekçenin davanın konusu yönünden reddini gerektiren bir hususun bulunmadığı, ikinci yenileme dilekçesinin de Mahkemece verilen 16/01/2013 tarih ve E: 2013/55, K: 2013/66 sayılı dilekçe ret kararında belirtilen mühürleme olmadığı yolundaki gerekçe doğrultusunda hazırlandığı görülmektedir.*”

farkı ise, davacıya talebini açıkça ortaya koyma imkanı tanınması ve davanın devamına imkan sağlanmasıdır.

Örnek karar 8: “ ... İadesi istenilen mali ve sosyal haklara ilişkin olarak tazminat miktarı da belirlenerek bir karar verilmesi gerektiğinden; her bir kalem için talep edilen miktarların belirtilmediği, ihraç edildiği dönemlerdeki maaş ve emekli sandığı primlerinin yatırıldığı ve 2017 yıllık izninin kullandırıldığı belirtildiği halde aynı dilekçede SGK primlerinin tam olarak ödenmediği, kendi durumunda bulunan bir öğretim görevlisinin **hangi mali haklarda yararlandığı hususunun tam olarak ortaya konulmadığı**; Yine, davacının kadrosunda görev yapan bir öğretim görevlisinin, **hangi tür ödemelerden faydalandığı ve faydalandığı ödemelerden hangilerinin hangi miktarda kendisine ödenmesi gerektiği hususunda tereddüt oluştuğu, hangi parasal hak kalemlerinin dava konusu edildiğinin dava dilekçesinde tek tek açıklanmamış olması ve her bir kalem için talep edilen miktarların ayrı ayrı belirtilmemesi**; nedenleriyle yukarıda metni yazılı 2577 sayılı **İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3. maddesi hükmüne uygunluk görülmediği ... dilekçenin reddine karar verildiği ... dava dilekçesinin yenilenmesi amacıyla verilen dilekçede de aynı yanlışlık yapıldığından, ... davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. ... ilk dilekçe ret kararının 2577 sayılı Kanunun 3. ve 5. maddesine yönelik aykırılıklar sebebiyle, 26.11.2020 tarihli ... dilekçe ret kararının ise 2577 sayılı Kanunun 5. maddesine yönelik aykırılık sebebiyle verildiği dikkate alındığında daha sonra yenilenen dilekçede de aynı yanlışlıkların yapıldığından bahisle, **davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. ...**”⁹⁷.**

Örnek karar 9: “... **dava dilekçesinde ... giriş kısmında ... takip no.lu ödeme emri ile idarî para cezasına yer verildiği, içeriğinde gecikme faizi talebinin de eklendiği, sonuç kısmında ise, idarî para cezasının ve ödeme emrinin iptali istemine yer verildiği, davacı tarafından verilen yenileme dilekçelerinin birebir aynı olmadığı, aynı yanlışlıkların tekrarlanmadığı, davanın reddine ilişkin karardan önce verilen dilekçe ret kararına esas alınan dilekçe ile bu karar üzerine verilen yenileme dilekçesinde yapılan hataların birbirinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla dilekçe ret kararında belirtilen yanlışlıkların, yenileme dilekçesinde aynen tekrar edilmediği anlaşıldığından, yeniden dilekçenin reddine karar verilmesi**

...” şeklinde ifadelere yer verilmiştir (Dan. 17. D., E. 2015/3770, K. 2015/4357, T. 27.10.2015, Danıştay Dergisi, S. 141, s. 161-164, Bilgin, İdari Davalar, s. 317’den naklen).

⁹⁷ Bursa BİM. 2. İDD., E. 2021/2199, K. 2022/30, T. 10.02.2022.

gerekirken davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır. ...⁹⁸.

Örnek karar 10: “... İdare Mahkemesince dava dilekçesinin reddedilmesi sonrasında yeniden verilen dilekçede de aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, **davacı tarafından verilen son dilekçede önceki dava dilekçesiyle aynı yanlışların yapılmadığı, verilen son dilekçeyle davacı tarafından, ... Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı işleminin iptalinin istenildiği hususunda tereddüt bulunmadığından, ... davanın reddine yönelik İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. ...**⁹⁹.

Örnek karar 11: “... İzmir 6. İdare Mahkemesi’nce verilen ... kararı ile; davacının daha önce Mahkemelerinin E. 2020/531 sayılı dosyasında açmış olduğu davada verilen ... kararla ... **dava dilekçesinin “Konu” bölümünde, ... Belediyesi Mali Hizmetler Müdürlüğü Gelir Biriminin 5.2.2020 tarihli ve 336821 no.lu ... imar para cezalarına dair ödeme emrinin iptalini istediği, “Netice ve Talep” bölümünde ise, U5.2.2020 tarihli ve 336821 no.lu ... imar para cezasının iptaline ilişkin istemde bulunulduğu, dava dilekçesinde hangi işlem ya da işlemlerin iptalinin istenildiği hususunda tereddüde düşülmüş olup, ... dava dilekçesinin konu ve sonuç bölümündeki istemler arasındaki farklılığın giderilerek, iptali istenilen idari işlemin tereddüt ve çelişkiye yer vermeyecek şekilde, diğer bir anlatımla ödeme emrinin mi yoksa imar para cezasının mı iptalini istediğinin tarih ve sayısının açık ve net bir şekilde dava dilekçesine yazılması suretiyle dava dilekçesinin yenilenmesi gerektiği bertilerek dava dilekçesinin reddine ... yenilenen dilekçede de aynı yanlışlıkların tekrarlandığından ... davanın reddine karar verilmiştir. ... Olayda yukarıda safahatı anlatılan dava dilekçesi ve U.Y.A.P kayıtları birlikte değerlendirildiğinde; **davacının ilk dilekçe ret kararı üzerine, uyuşmazlık konusu idari para cezasını, Mahkemenin E: 2020/532 sayılı dosyasında, ... 05/02/2020 gün ve 336821 no.lu ödeme emrini ise E: 2020/531 sayılı dosyasında dava konusu ettiği açık olup; yenilenen dava dilekçesinde aynı yanlışlığın yapıldığından bahisle ... davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. ...**¹⁰⁰.**

Örnek karar 12: “... **dilekçe ret kararlarında** özetle davacıya maddi zararının ne olduğunun sorulduğu, maddi zarar kalemlerinin ayrıntılı şekilde belirtilmesi gerektiğinin hatırlatıldığı, **tam yargı davalarında maddi**

⁹⁸ Gaziantep BİM. 4. İDD., E. 2020/4992, K. 2021/926, T. 01.03.2021.

⁹⁹ Ankara BİM. 5. İDD., E. 2020/266, K. 2020/1330, T. 25.12.2020.

¹⁰⁰ İzmir BİM. 4. İDD., E. 2020/2036, K. 2020/1566, T. 26.11.2020.

zararın ne olduğu anlaşılamadan bilirkişi incelemesi ile tespit yapılamayacağı, dilekçe ret kararından sonra düzenlenecek dilekçenin önceki dilekçelerin devamı olamayacağı, yeni bir dava açıldığı, dolayısıyla tüm taleplerin yeni açılacak davada eksiksiz belirtilmesi gerektiği hususlarının belirtildiği, ancak davacı tarafından dava dilekçesinin konu kısmında Mahkememiz kararlarında belirtilen hususlar hilafına “eksikliklerin giderilmesinden ibarettir” ibaresine yer verildiği, davacı tarafından ifade edilen maddi ve manevi zararının ne olduğu hususunun anlaşılamadığı, ... davacı tarafından maddi zararının ne olduğu hususunun net olarak ortaya konulamadığı, belirttiği hususların davacıya nasıl bir maddi getirisinin olacağı hususunun davacı tarafından izah edilemediği, net olarak ortaya konulamayan maddi zararın bilirkişi marifetiyle tespitine olanak bulunmadığı ... gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Yargılama süreci değerlendirildiğinde, dilekçe ret kararında belirtilen yanlışlıkların, yenileme dilekçesinde aynen tekrar edilmediği, dava dilekçelerinin incelenmesinden davacının talebinin, ... işleminin iptali ile 100 milyon TL maddi, 300 milyon TL manevi tazminatın tarafına ödenmesi istemi olarak değerlendirilip işin esası hakkında yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından ... davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır. ...”¹⁰¹.

Yukarıdaki beş kararda ise, ilk derece mahkemelerince verilen dilekçe ret kararlarından sonra yenileme dilekçelerinde aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine karar verilmişse de bölge idare mahkemelerince yenileme dilekçelerinde aynı yanlışlıklar yapılmadığı açıkça ifade edilerek davanın reddi kararları kaldırılmıştır. Anılan kaldırma kararlarının bazılarında iptali istenilen işlemin veya talebin açık ve net olarak ortaya konulduğu da belirtilmiştir. Bölge idare mahkemelerinin bu kararları da yine adil yargılanma hakkının bir gereği olan mahkemeye erişim hakkını kullanma imkanı tanınması nedeniyle yerinde ve doğru kararlardır.

Örnek karar 13: “... düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarında, idarî işlemin unsurları açısından hukuka aykırılık bulunduğu iddiasıyla düzenleyici işlemin/işlemlerin tamamının iptali istenebileceği gibi, düzenleyici işlemin belirli maddelerinin/ibarelerinin iptalinin istenebilmesi de mümkündür. Ancak, her durumda iptali istenen kısımların açıkça belirtilmesi ve bu kısımların davacının menfaatini nasıl etkilediğinin ortaya konulması gerekmektedir. ... dava dilekçesinde belirtilen iddialara konu olan hangi Kurul kararının iptalinin istenildiği hususunda tereddüt oluştu-

¹⁰¹ İstanbul BİM. 7. İDD., E. 2020/654, K. 2020/1784, T. 21.10.2020.

ğundan, ... Resmî Gazete’de yayımlanan **Kurul kararlarından hangisinin / hangi maddelerinin / ibarelerinin hangi gerekçeyle iptalinin istendiğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça ortaya konulması**; bu kısımların her birinin hangi sebeplerle iptallerinin istendiğinin ve davacıların menfaatinin ne şekilde ihlâl ettiğinin dava dilekçesinin “Konu”, “Açıklamalar” ile “Sonuç ve İstem” bölümlerinde bütünlük arz edecek şekilde ayrı ayrı açıklanması gerekmektedir. ...”¹⁰².

Örnek karar 14: “... İptal davalarında, ... menfaat bağı kurulmak suretiyle işlemin tamamının mı yoksa belli kısımlarının mı iptalinin istenildiğinin hukuka aykırılık sebepleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bir düzenleyici işleme karşı açılan iptal davasında, düzenleyici işlemin tamamının, belirli maddelerinin veya maddelerin belirli kısımlarının iptalinin istenebilmesi mümkün olup dava dilekçesinde, iptali istenilen hukuk kuralının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. ... **dava konusu Genelge’nin hangi kısmının iptalinin istenildiğinin açıkça ifade edilmesi**, iptali istenilen hükümler yönünden tek tek **hukuka aykırılık sebeplerinin belirtilmesi ve menfaatinin ne şekilde etkilendiğinin açıklanması, istemlerin terditli olmaması**, ... **dava dilekçesinin reddine ... karar verildi.**”¹⁰³.

Örnek karar 15: “... İptal davalarında, ... menfaat bağı kurulmak suretiyle işlemin tamamının mı yoksa belli kısımlarının mı iptalinin istenildiğinin hukuka aykırılık sebepleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bir düzenleyici işleme karşı açılan iptal davasında, düzenleyici işlemin tamamının, belirli maddelerinin veya maddelerin belirli kısımlarının iptalinin istenebilmesi mümkün olup dava dilekçesinde, iptali istenilen hukuk kuralının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. ... **davacı tarafından Antalya Bilirkişilik Bölge Kurulunun ... kararı ile Bilirkişilik Daire Başkanlığının internet sitesinde yayımlanan “Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar” adlı rehberin tamamının iptalinin istenildiği anlaşılmaktadır.** ... **dava dilekçesinde dava konusu edilen bilirkişilere yönelik Rehberin tam olarak hangi maddesinin, fıkrasının, bendinin ya da ibaresinin iptalinin istenildiğinin açıkça anlaşılmadığı, istemlerin tereddüde yer bırakmayacak şekilde dilekçede ifade edilmediği** görülmektedir. Bu hâli ile dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun’un 3. maddesine uygun biçimde düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, **dava konusu Rehberin hangi kısmının iptalinin istenildiğinin açıkça ifade edilmesi**, iptali istenilen hükümler yönünden tek tek **hukuka**

¹⁰² Dan. 13. D., E. 2022/870, K. 2022/1367, T. 31.03.2022.

¹⁰³ Dan. 10. D., E. 2021/7528, K. 2022/1763, T. 31.03.2022.

aykırılık sebeplerinin belirtilmesi ve menfaatinin ne şekilde etkilendiğinin açıklanması, ... gerekmektedir. ... dava dilekçesinin reddine ... karar verildi."¹⁰⁴.

Örnek karar 16: "... Danıştay Onikinci Dairesinin kararıyla, iptali istenilen Yönetmeliğin açıkça her bir madde, fıkra, bent ve alt bentlerinin ekleriyle birlikte yer verilerek yazılmak suretiyle istemin ortaya konulması, hukuka aykırılık sebeplerinin de belirtilmesi hususları dikkate alınmak suretiyle dava dilekçesinin yeniden düzenlenmesi gerekçesiyle **dava dilekçesinin reddine** karar verildiği; davacı sendika tarafından yenilenen **dava dilekçesinde ise belirtilen eksiklerin giderilmediği ve aynı yanlışlıkların yapıldığının** anlaşıldığı; ... gerekçesiyle, ... **davanın reddine** karar verilmiştir. ...". Danıştay İDDK tarafından anılan karar oyçokluğuyla onanmıştır¹⁰⁵.

Örnek karar 17: "... Danıştay Onaltıncı Dairesinin ... kararıyla; **dava konusu edilen Yönetmelik maddelerinin hangi sebeplerle iptalinin istenildiğinin açık ve net olarak ortaya konulmadığı, dava dilekçesinde iptali istenilen Yönetmelik maddeleri ile davacı arasındaki menfaat ihlâlinin belirgin bir şekilde ortaya koyulmadığı, öte yandan dilekçede belirtilen dört ayrı tebliğ tarihinin hangi işlem ya da işlemlere ilişkin olduğunun açık bir şekilde ifade edilmediği** gerekçesiyle, ... **dilekçesinin reddine** karar verildiği, anılan karara rağmen verilen **yeni dilekçede de aynı yanlışlıkların tekrarlandığı; ... sonucuna varılmış ... davanın reddine** karar verilmiştir. ... Danıştay Onaltıncı Dairesinin **kararının onanmasına ... karar verildi.**"¹⁰⁶.

Yukarıdaki beş örnekte ise, düzenleyici işlemlerin iptali talebi söz konusudur. Düzenleyici işlemler genel, soyut işlemler olup ülke çapında uygu-

¹⁰⁴ Dan. 10. D., E. 2021/7422, K. 2022/1760, T. 31.03.2021.

¹⁰⁵ Karara ilişkin karşı oyda, "... Davacı Sendika tarafından, **dava dilekçesinde, iptali istenen Yönetmeliğin bir bütün olarak ekinde yer alan cetvellerle beraber döner sermaye sistemini oluşturduğu ve döner sermayeye etki eden tüm bileşenleri kapsadığı, ... Yönetmeliğin madde bağlamında değil bir bütün olarak değerlendirilmesinin talep edildiği** belirtilerek, **dilekçenin konu ve sonuç bölümünde anılan Yönetmeliğin tamamının iptalinin istendiği** belirtilmektedir. ... Davacı tarafından, **dava konusu edilen Yönetmeliğin tümüne yönelik hukuka aykırılık iddiasında bulunulduğu** anlaşılmaktadır. Bu durumda, **dava dilekçesinde, davanın konusu açıkça belirtilmesine ve idari yargıda egemen olan re'sen araştırma ilkesine rağmen davacının talebinin dilekçe ret usulü ile sınırlanmasının 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 5. fıkrasında hüküm altına alınan amaç ile uyumlu olmayacağı gibi hakkaniyete de uygun düşmeyeceği, bu haliyle davacının dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. ...**" ifadelerine yer verilmiştir (Dan. İDDK., E. 2021/752, K. 2021/2813, T. 02.12.2021).

¹⁰⁶ Dan. İDDK., E. 2016/4704, K. 2019/321, T. 30.01.2019.

lanması nedeniyle ilk derece yargılaması Danıştay tarafından yapılmaktadır (Danıştay Kanunu¹⁰⁷ m. 24/1-b, m. 24/1-c). Anılan davalarda düzenleyici işlemin iptali istenilen madde ve/veya fıkra hükümleri ile bunların iptal istemi gerekçelerinin de açık ve net olarak ortaya konulması halinde bu düzenleyici işlemlerin yargılamasının kolaylaşacağı tartışmasızdır¹⁰⁸. Yukarıda verilen dilekçenin reddi kararlarında da bu husustan hareketle yargılamanın daha sağlıklı yapılabilmesi amacıyla dilekçenin reddine karar verilmiştir. Anılan kararların ise mahkemeye erişim hakkına sınır getirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira düzenleyici işlemlerin doğaları gereği belli konularda genel, soyut ve nesnel düzenlemeler içermesi nedeniyle ilgili düzenleyici işlemin hangi hükümlerinin ne tür bir menfaati ihlal ettiğinin ve hangi yönlerden hukuka aykırı olduğunun davacılar tarafından ortaya konulması gerekir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ R.G., T. 20.01.1982, S. 17580.

¹⁰⁸ Benzer bir başka Danıştay kararı: “... Uyuşmazlıkta, davacı tarafından 22/02/2020 tarih ve 31047 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren **Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin tamamının iptalinin istendiği, Mahkemenin aynı kanaatte olmaması halinde ise sayılan ilgili maddelerinin iptalinin istenildiği belirtilerek terditli talepte bulunulduğu, davacının menfaatini etkileyen/ihlal eden Yönetmelik maddesinin/maddelerinin hangileri olduğunun ise açık ve net bir şekilde ortaya konulmadığı** anlaşılmıştır. Bu nedenle, anılan Yönetmeliğin hangi madde/maddelerinin veya Yönetmelik maddelerinin hangi kısımlarının iptalinin istenildiğinin ve iptali istenilen kısımların davacının menfaatini ne şekilde etkilediğinin hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde gerekçeleriyle belirtilmesi gerekmekte olup, dava dilekçesi bu haliyle yukarıda anılan Kanun hükümlerine uygun bulunmadığı ...” (Dan. 6. D., E. 2020/4310, K. 2020/5848, T. 23.06.2020).

¹⁰⁹ “... Dava dilekçesinde her ne kadar dava konusu Yönetmeliğin tamamının iptalinin istenildiği görülmekte ise de; davacının Yönetmeliğin tamamının iptalini istemek hususunda sahip olduğu menfaatin ve hukuki sebeplerin ortaya konulması veya Yönetmeliğin sadece davacıya yönelik olan maddelerinin iptali isteniyorsa, iptali istenen maddelerin açıkça, tek tek ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerektiğinden, dilekçenin 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine uygun bulunmadığı ...” (Dan. 8. D., E. 2014/10196, K. 2016/3983, T. 20.04.2016, Bilgin, İdari Davalar, s. 317’den naklen); “... Davacı tarafından, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca 19.11.2015 tarih ve 29537 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin iptali istenilmiş ise de, bu Yönetmeliğin hangi maddelerinin, neden iptalinin istendiği açıkça belirtilmemesi nedeniyle bu haliyle düzenlenen dava dilekçesi 2577 sayılı Yasanın 3. maddesine uygun bulunmamaktadır. ...” (Dan. 8. D., E. 2015/14806, K. 2016/123, T. 20.01.2016, Bilgin, İdari Davalar, s. 320’den naklen); “... Dava dilekçesinde Bakanlar Kurulu Kararının hangi maddelerinin iptali isteminde bulunulduğunun açık ve net olarak ortaya konulmadığı ve gerekçelerinin belirtilmediği, iptali istenilen maddelerin davacının menfaatini nasıl ihlal ettiği hususunun da gerekçelendirilmediği görülmektedir. Bu durumda; davaya konu kararın hangi maddelerin iptalinin istenildiği belirtil-

Örnek karar 18: “... dava konusu edilen işlemin ödeme emri mi yoksa ihbarname mi olduğunun açıkça belirtilmediği, ... dilekçe ret kararının verildiği, ... yenileme dilekçesinde hiçbir noksanlık giderilmeden, aynı yanlışlıklar yapılarak davanın yeniden açıldığı görüldüğünden, ... davanın reddine ...”¹¹⁰.

Örnek karar 19: “... Ankara 9. İdare Mahkemesince; dava dilekçesinin reddi üzerine dava dosyasına ibraz edilen yenilen dava dilekçesinde belirtilen eksiklikler giderilmeyerek “mağduriyetinin giderilmesi” şeklinde istemde bulunularak aynı yanlışlıklara yer verildiği, ... davanın reddi ...”¹¹¹.

Yukarıdaki iki kararda ise, dilekçenin reddi kararında belirtilen eksiklikler davacılar tarafından giderilmediğinden davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararlar, dilekçenin reddi müessesesinin getirilme amacına uygun kararlardır. Zira yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu idari yargı yerlerinde hak talep eden davacı tarafın da birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Burada hak mahrumiyetine neden olunmaması amacıyla, İYUK m. 15 uyarınca davanın reddi kararı verilmesine neden olan dilekçenin reddi kararlarının oldukça açıklayıcı, ayrıntılı olması ve davacıdan istenilen hususların net olarak ortaya konulması gerekmektedir.

4. Dava Konusu Olan İşlemin Tarih, Sayı ve Tebliğ Tarihinin Dava Dilekçesinde Belirtilmemesi ya da Yanlış Belirtilmesi (İYUK m. 3/2-c)

Dava dilekçelerinde, davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi gösterilir. İYUK m. 3/2-c hükmü uyarınca aslında dava dilekçesinde

mediğinden, iptali istenilen madde veya maddeler ile menfaat ilişkisi ortaya konulmadığından, düzenlenen dava dilekçesinde 2577 sayılı Yasanın 3. maddesine uyarlık bulunmamaktadır. ...” (Dan. 8. D., E. 2017/138, K. 2017/2388, T. 04.04.2017); “... Dava konusu düzenleyici işlemin hangi maddelerinin, bu maddelerin hangi fıkralarının veya düzenleyici işlemin tamamının iptali istenilecekse, düzenleyici işlemin tamamının hangi gerekçelerle iptalinin istenildiğinin açık ve tereddüde yer veremeyecek şekilde ortaya konulması, bu maddelerin veya düzenleyici işlemin tamamının hangi yönlerden hukuka aykırı olduğunun ve davacı esnaf odasının menfaatini ne şekilde ihlal ettiğinin açıklanması gerekmeyle birlikte; söz konusu davanın, davacı esnaf odasını dava açma tarihi itibarıyla (30/09/2019) temsili yetkili kişi veya kişilerce veya bu kişilerin vereceği vekaletname ile vekil tayin edilen avukat tarafından, vekaletname dayanağının onaylı bir örneği de eklendikten sonra, davacı esnaf odasının vekaletnamede belirtilen unvanıyla açılması gerekmektedir. ...” (Dan. 8. D., E. 2019/8789, K. 2019/12356, T. 20.12.2019, Bilgin, İdari Davalar, s. 323-324’ten naklen).

¹¹⁰ Dan. 4. D., E. 2016/2010, K. 2018/1429, T. 14.02.2018.

¹¹¹ Dan. 10. D., E. 2013/277, K. 2016/2300, T. 25.04.2016.

dava konusu işlemin tebliğ tarihine yer verilmemiş olması tek başına bir dilekçenin reddi nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak uygulamada davacıların dava konusu işlemin tebliğ tarihini göstermemiş olması tek başına bir dilekçenin reddi sebebi olarak görülmemektedir. Özellikle dava konusu işlemin tesis edildiği tarih ile davanın açıldığı tarih arasında dava açma süresinin geçmediğinin dava dosyasından anlaşılması durumunda bu yola başvurulmamaktadır. Zira dava dilekçesinde dava konusu işlemin tebliğ tarihine yer verilmesinin istenilme nedeni, davanın kanuni süresi içerisinde açılıp açılmadığının anlaşılması amacıdır. Dolayısıyla işlemin tesis edildiği tarihe göre davanın süresi içinde açıldığının açıkça anlaşılması halinde dilekçenin reddine karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Uygulamada tebliğ tarihinin gösterilmemiş olması, dava dilekçesinde İYUK m. 3'te aranan başkaca hususların da yer alması durumunda dilekçenin reddi nedeni olarak gösterilmektedir. Örneğin, dava konusu işlemin eklenmemesi, tarih ve sayısının belirtilmemesi ve aynı zamanda tebliğ tarihinin gösterilmemesi gibi.

Dava konusu edilen işlemin tebliğ tarihinin açıkça belirtilmediği davalarda, mahkemece yapılacak olan ilk incelemeye esas ara kararına verilen cevapta ve/veya davalı idarenin dava dilekçesine karşı vermiş olduğu cevap dilekçesinde, dava konusu edilen işlemin davacıya tebliğ edildiğine dair tebliğ-tebellüğ belgesi gibi belgelerle ispat edilmesi ve bu tebliğ tarihinden itibaren davanın süresi içerisinde açılmamış olması halinde mahkemece davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmektedir. İlk inceleme konuları içerisinde davanın süresinde açılıp açılmadığı hakkındaki süre aşımı hususu, dava dilekçesinin usulüne uygun olup olmadığına dair dilekçenin reddine ilişkin ilk inceleme konusundan önce geldiği için bu şekilde bir uygulama yapılması İYUK açısından da bir aykırılık taşımamaktadır. Böylelikle özellikle süresi içinde açılan davalarda sırf tebliğ tarihi belirtilmediğinden bahisle verilecek olan dilekçenin reddi kararı nedeniyle davanın görüm ile çözüm süresinin uzamasının ve dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Örnek karar 1: “... dilekçede anılan işlemlerden 3. kişilere satış işlemi için “... Tapulama Mahkemesinin ... dosyasına sunulan tapu kaydında haricen öğrendik” ifadesine yer verilmişse de, **iptali istenen işlem tebliğ edilmişse tebliğ tarihinin ayrıca belirtilmesi, tebliğ edilmemiş haricen öğrenilmişse hangi tarihte ve ne şekilde öğrenildiğinin ayrıca ve açıkça dilekçede belirtilmesi gerekir iken belirtilmediği, ... reddedilen dava dilekçesindeki yanlışlıklara tekrar yer verilmesi sebebiyle, ... davanın reddine karar veren İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin ... kararının haksız ve hukuka**

aykırı olduğu, ... istinaf yolu ile incelenerek kaldırılması ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi istenilmektedir. ... dava dilekçeleri ve ekleri incelendiğinde; ... **şüpheyi yer vermeyecek şekilde uyuşmazlık konusu taşınmazın yevmiye numarası da gösterilerek satış işleminin iptalinin istenildiği anlaşılmaktadır.** ... Açıklanan nedenlerle; ... **istinaf başvurusunun kabulüne, istinafa konu İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin ... kararının kaldırılmasına ...** ¹¹².

Örnek karar 2: “... İdare Mahkemesince verilen ... kararlar ile **dava dilekçesinde iptali istenen işlemin dilekçeye ekli olan işlemle tutarlı olmadığı (tarihlerinin farklı olduğu)** belirtilerek **dilekçe ret kararları** verildiği, sonrasında da davacı tarafından **yenilenen dilekçede ret işleminin tarih ve sayısı açık bir şekilde belirtilmediği** dolayısıyla aynı yanlışlığın yapıldığı gerekçesiyle ... **davanın reddedildiği** anlaşılmaktadır. ... davacı vekilince ısrarla hatalı bir şekilde işlemin tarihi olarak ... tarihi yazılmış ise de dosyadaki evraklardan bu tarihin tebliğ tarihi olduğu anlaşılmakla, İdare Mahkemesince dava konusu işlem ... sayılı işlem olarak görülmesi gerekmekte iken aynı yanlışlığın yapıldığı gerekçesiyle **davanın reddedilmesinde hukuka ayarlık bulunmamaktadır.** ...” ¹¹³.

Örnek karar 3: “... Çorum İdare Mahkemesi'nin ... kararı ile; ... davaya konu **Encümen kararı dilekçe ekinde ibraz edilmediği gibi tebliğ tarihine de yer verilmediği**, ... dava konusu edilen işlem/işlemlere dair ayrıntılı bir şekilde tarih ve sayı ile **tebliğ bilgileri yönünden yeterli somut bilgi ve izahatta bulunulmadığı** ... anlaşıldığından ... **davanın reddine karar verilmiştir.** ... davacı tarafından dilekçede belirtilen hususların yargılamanın devamı için yeterli görüldüğü ve **davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.** ...” ¹¹⁴.

Örnek karar 4: “... Yozgat İdare Mahkemesi'nce verilen ... kararla; ... **dilekçe ret kararı** üzerine davacı tarafından verilen **yenileme dilekçesinde**, ... **dava konusu işlemin tarih ve sayısı ile tebliğ tarihinin bildirilmediği**, ... daha önce dilekçe ret kararı verilmesine neden olan yanlışlıkların aynen tekrarlanması nedeniyle ... **davanın reddine karar verilmiştir.** ... Dosyada mevcut dava ve yenileme dilekçelerinin incelenmesinden, ... Mahkemece, sözleşme feshi işleminin esasına ilişkin değerlendirme yapılarak **karar verilmesi gerekirken, dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçede de**

¹¹² İzmir BİM. 7. İDD., E. 2022/702, K. 2022/826, T. 23.06.2022.

¹¹³ Gaziantep BİM. 1. İDD., E. 2022/1209, K. 2022/574, T. 12.05.2022.

¹¹⁴ Samsun BİM. 2. İDD., E. 2022/107, K. 2022/549, T. 28.03.2022.

aynı yanlışların yapıldığı gerekçesiyle ... **davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.** ...¹¹⁵.

Örnek karar 5: “... İdare Mahkemesince, ... işleminin tarih ve sayılarının açık bir şekilde belirtilmediği ... dava konusu edilen işlemlerde tereddütte neden olunduğu, ... gerekçesiyle, ... dava dilekçesinin reddine karar verildiği, ancak ... yenilenen dava dilekçesinde de bahsi geçen dilekçe ret kararında belirtilen eksikliklerin giderilmediği ve reddedilen dava dilekçesindeki aynı yanlışlıkların tekrarlandığının görüldüğü gerekçesiyle ... **davanın reddine karar verilmiş ... işleminin iptalinin istenildiği hususunda tereddüt bulunmadığından, ... davanın reddine yönelik İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.** ...¹¹⁶.

Yukarıdaki beş örnekte de görüldüğü üzere dava dilekçesinde tek başına tebliğ tarihinin gösterilmemiş olması dilekçenin reddi nedeni olarak görülmemiştir. Örneklerde dava konusu edilen işlemlerin tarih ve sayılarında açıklık olduğu, davacıların iptalini istediği işlemleri açıkça belirttiği gibi gerekçelerle dilekçenin reddi ve sonrasında davanın reddi kararları hukuka uygun bulunmamıştır. Kanaatimizce de bu kararlar yerinde ve doğru kararlar olup mahkemeye erişim hakkını koruyucu nitelik taşımaktadırlar.

Örnek karar 6: “... dilekçeye eklenen ... ihbarnamenin tarih, sayı, tebliğ tarihi ile uyumsuzluk konusu miktarın dilekçeye yazılmadığı, ... görüldüğünden, ... dilekçenin reddine ... davacı tarafından verilen yenileme dilekçesinde ise, ... ilk dilekçede yapılan yanlışlıkların tekrar edildiği görüldüğünden, aynı hatanın yapılması nedeniyle açılan bu davanın reddi ...¹¹⁷.

Örnek karar 7: “... dava konusu ... işlemlerin tarih ve sayısının açık bir şekilde ifade edilmesi ... davanın belirtilen eksiklikler giderilmek suretiyle 2577 sayılı Kanun’un 3. maddesine uygun olarak yenilenen, ... açık ve anlaşılabilir bir dilekçeyle açılması gerekmektedir. ... **dava dilekçesinin reddine** ...¹¹⁸.

Son iki kararda ise, mahkemece/dairece dilekçenin reddine sebep olarak gösterilen eksikliklerin davacılar tarafından giderilmediği ve İYUK’un 3. maddesi uyarınca dava dilekçesinde bulunması gereken ancak bulunmayan birden çok hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla anılan karar-

¹¹⁵ Ankara BİM. 2. İDD., E. 2021/3768, K. 2021/2963, T. 31.12.2021.

¹¹⁶ Ankara BİM. 5. İDD., E. 2020/266, K. 2020/1330, T. 25.12.2020.

¹¹⁷ İzmir BİM. 2. VDD., E. 2016/161, K. 2017/280, T. 15.02.2017.

¹¹⁸ Dan. 10. D., E. 2021/7528, K. 2022/1763, T. 31.03.2022.

larda verilen dilekçenin reddi ve sonrasındaki davanın reddi kararlarını mahkemeye erişim hakkını ihlal eden kararlar olarak görmemek gerekir.

5. Vergi, Resim, Harç, Benzeri Mali Yükümler ve Bunların Zam ve Cezalarına İlişkin Davalar ile Tam Yargı Davalarında Uyuşmazlık Konusu Miktarın Dava Dilekçesinde Belirtilmemesi (İYUK m. 3/2-d)

Dava dilekçelerinde, vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalar ile tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar belirtilmelidir. Danıştay'a göre de; idare mahkemelerince davacıların uğradıkları ve ileri sürdükleri zararın neye ilişkin olduğu, hangi zararın tazmininin istenildiği ve bu zararı ortaya koyan bilgi ve belgelerin bulunup bulunmadığı belirlenerek davanın konusunun açıklığa kavuşturulması gerektiği, bunun için de dava dilekçesinin reddine karar verilebileceği ifade edilmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla tam yargı davalarının konusu belirli bir miktar alacak olduğu için bu alacak miktarının yazılı olarak ifade edilmesi gerekir. Ancak bu konuya Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararıyla istisna getirilmiştir. Buna göre, kamu görevlilerinin idarelerce bilinen maaş, döner sermaye gibi alacakları için açılacak olan davalarda dava konusu miktarı belirtmelerine gerek bulunmamaktadır¹²⁰.

Örnek karar: “... *davacıya maddi zararının ne olduğunun sorulduğu, maddi zarar kalemlerinin ayrıntılı şekilde belirtilmesi gerektiğinin hatırlatıldığı, tam yargı davalarında maddi zararın ne olduğu anlaşılmasından bilirkşişi incelemesi ile tespit yapılamayacağı, dilekçe ret kararından sonra düzenlenecek dilekçenin önceki dilekçelerin devamı olamayacağı, yeni bir dava açıldığı, dolayısıyla tüm taleplerin yeni açılacak davada eksiksiz belirtilmesi gerektiği hususlarının belirtildiği, ancak davacı tarafın-*

¹¹⁹ Dan. İDDK., E. 2016/4462, K. 2018/2511, T. 24.05.2018, **Koçak**, Nazım Taha: Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 361'den naklen.

¹²⁰ “... *kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3/d maddesinde yer alan “tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği” yolundaki hükmün, ancak bunun mümkün olduğu, yani zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulama alanı bulunduğu, kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilirliği ...*” (Dan. İBK., E. 1983/1, K. 1983/10, T. 29.12.1983, R.G., T. 20.06.1984, S. 18437).

dan dava dilekçesinin konu kısmında Mahkememiz kararlarında belirtilen hususlar hilaflına “eksikliklerin giderilmesinden ibarettir” ibaresine yer verildiği, davacı tarafından ifade edilen maddi ve manevi zararının ne olduğu hususunun anlaşılamadığı, dava dilekçesinde; “... bursu ile kabul aldığı, Avrupa Genç ... Cemiyetine Türkiye’den seçilen tek kişi olduğu, doçentlik sınavına başvurduğu, tutuklu iken bunların maddi getirisini hesaplamasının zor olduğu, bu hususların bilirkişi ile saptanmasını istediği, bu hakkını elinden alanların bunları tazmin etmesi gerektiği ...” belirtildiği, dolayısıyla davacı bazı soyut ifadelerle maddi zarara uğradığını ifade etse de, davacı tarafından maddi zararının ne olduğu hususunun net olarak ortaya konulamadığı, belirttiği hususların davacıya nasıl bir maddi getirisinin olacağı hususunun davacı tarafından izah edilemediği, net olarak ortaya konulamayan maddi zararın bilirkişi marifetiyle tespiti olanak bulunmadığı, dolayısıyla ... dilekçenin reddedilmesi üzerine, ... yenilenen davada aynı yanlışlıklar yapıldığından davanın reddi ne karar verilmişse de ... Yargılama süreci değerlendirildiğinde, dilekçe ret kararında belirtilen yanlışlıkların yenileme dilekçesinde aynen tekrar edilmediği, dava dilekçelerinin incelenmesinden davacının talebinin, ... Üniversitesi Rektörlüğü Personel Daire Başkanlığının 17.12.2018 tarihli ve 345810 sayılı işleminin iptali ile 100 milyon TL maddi, 300 milyon TL manevi tazminatın tarafına ödenmesi istemi olarak değerlendirilip işin esası hakkında yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından ... davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır. ...”¹²¹.

Buradaki kararda davanın iptal davası ve tam yargı davası olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde tazminat miktarlarının da açıkça belirtilmiş olması yeterli görülmüş ve davanın bu şekliyle karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir.

İdari yargıda tam yargı davalarında talep edilen tazminat miktarının açık ve net olarak belirtilme zorunluluğu mahkemece bu konuda hüküm kurulacak olmasıyla ve taleple bağlılık ilkesiyle doğrudan doğruya ilgilidir. Zira ıslah hakkının kullanılmasını bir tarafa bıraktığımızda, idari yargı yerleri kendilerinden talep edilen miktarlardan daha fazlasına hükmedemeyecektir. Bu nedenle de tam yargı davasında davacı tarafından talep edilen miktarın dava açılırken ilk aşamada açık ve net olarak ortaya konulması oldukça önem taşımaktadır.

¹²¹ İstanbul BİM. 7. İDD., E. 2020/654, K. 2020/1784, T. 21.10.2020.

6. Vergi Davalarında Davanın İlgili Bulunduğu Verginin veya Vergi Cezasının Nevi ve Yılı, Tebliğ Edilen İhbarnamenin Tarihi ve Numarası ve Varsa Mükellef Hesap Numarasının Dava Dilekçesinde Belirtilmemesi (İYUK m. 3/2-e)

Dava dilekçelerinde, vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası yer almalıdır. Vergi yargılamasında dava konusu edilen işlemlerin açık ve net olarak ortaya konulması ve iptali istenilen vergi işlemleri hakkında doğru bir şekilde hüküm kurulabilmesi için iptali istenen vergi ve/veya vergi cezasının türü, vergilendirme yılı gibi bilgilerin dava dilekçesinde bulunması önem arz etmektedir. Bu bilgilerin eksik olması halinde dava dilekçesinin reddine karar verilerek bu konudaki tereddütler giderilebilir. Ancak bu konuda aşırı usulü yorumdan kaçınılmalıdır. Aksi halde, madde hükmünün aşırı usulü yorumu nedeniyle davacının hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkının engellenmesine neden olunabilir.

Örnek karar: “... dilekçeye eklenen ... ihbarnamede vergi de yer aldığı halde sadece vergi cezasının kaldırılması ifadesine yer verildiği, ihbarnameler üzerine açılan davalarda tahsilat işlemleri kendiliğinden durduğu halde yürütmenin durdurulması isteminde de bulunulduğu görüldüğünden, ... düzenlenen dilekçenin, 2577 sayılı Yasa’nın 3. madde esaslarına uygun olmadığı sonucuna ulaşılarak **dilekçenin reddine karar verildiği;** davacı tarafından verilen **yenileme dilekçesinde ise, ... ilk dilekçede yapılan yanlışlıkların tekrar edildiği** görüldüğünden, **aynı hatanın yapılması nedeniyle açılan bu davanın reddi ...**”¹²².

Karara bakıldığında, davacının yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuş olmasının dilekçenin reddi nedeni olmayacağı açıktır. Burada mahkemece, davacının ‘yürütmenin durdurulması talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığı’ yönünde karar verilebilirdi. Dava dilekçesine ekli bilgi ve belgelerde vergiler bulunsada dahi davacı açıkça ve sadece vergi cezasının iptalini istemişse bu yönden dava konusu işlemin yargılamasının yapılması gerekirdi. Dolayısıyla yukarıda yer verdiğimiz dilekçenin reddi kararına ve buna bağlı olarak yenileme dilekçesinde aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddi kararına katılmıyoruz. Anılan karar nedeniyle davacının adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı engellenmiştir.

¹²² İzmir BİM. 2. VDD., E. 2016/161, K. 2017/280, T. 15.02.2017.

7. Dava Konusu Kararın ve Belgelerin Asıllarının veya Örneklerinin Dava Dilekçesine Eklenmemesi (İYUK m. 3/3)

Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur. İYUK hükmü bu şekilde olmakla birlikte, uygulamada UYAP sistemine ve e-tebligat usulüne geçişle birlikte artık dava dilekçelerinin karşı taraf sayısından bir fazla olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak uygulamada İYUK'un bu hükmü nedeniyle hala bütün dilekçeler (dava dilekçeleri, savunma dilekçeleri, istinaf dilekçeleri, temyiz dilekçeleri) iki nüsha verilmektedir.

Öte yandan, uygulamada çoğunlukla dava konusu idari kararın tek başına dava dilekçesine ekli olmaması dava dilekçesinin reddi nedeni olarak görülmektedir. Özellikle işlemin tarih ve sayısının belirtilmiş olduğu halde bu yola başvuruya gerek de bulunmamaktadır. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargı yerinde mahkemece gerekli olan tüm bilgi ve belgeler ilgili idarelerden ara kararla istenebilir. Ancak idari yargı yerinde iptal ve/veya tam yargı davası açan davacı, davasında haklı olduğunu gösteren her türlü bilgi ve belgeyi dava dilekçesine ekleyebilir. Dava dilekçesine eklenecek bilgi ve belgeler konusunda herhangi bir sınırlama da bulunmamaktadır. Davacı tarafından sunulacak bilgi ve belgelerden özellikle idarenin elinde bulunması mümkün olanların iki suret olmasına da gerek bulunmamaktadır.

Örnek karar 1: “... Mahkemenin dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçe eklerinde tüm davacılara ilişkin vekaletname asılların sunulduğu, bu yönüyle dava dilekçesinde eksiklik bulunmadığı görülmektedir. ... İdare Mahkemesi'nce işin esasına girilerek hukuki denetim yapılması gerekirken, dava konusunun net ve açık olarak ortaya konulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı ...”¹²³.

Örnek karar 2: “... dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dava dilekçesinde, davalı idareye yapılan başvurulara cevap verilmemesi nedeniyle iptali istenilen işlemlere ulaşılmadığından bahisle dilekçenin yenilendiği anlaşıldığından, dilekçe ret kararında belirtilen bir kısım eksikliğin giderilmiş olduğu ve kararda sözü edilen yanlışlıkların aynı şekilde tekrarlanmadığı sonucuna varılmıştır. ... UYAP sistemi üzerinden erişilen dava konusu parsellerle ilgili ... inşaat ruhsatlarının dava dosyasına sunulduğu görülmüştür. Kaldı ki, gerekli görülmesi durumunda Mahkemece ilk ince-

¹²³ İzmir BİM. 7. İDD., E. 2022/702, K. 2022/826, T. 23.06.2022.

leme aşamasında verilecek ara kararı ile dava dilekçesinde belirtilen işlemlerin ve bu işlemlere dayanak olan başvuruların idareden temin edilmesi de mümkündür. Bu durumda, **dilekçe ret kararı** üzerine verilen **yenileme dilekçesinde aynı yanlışlıklar yapıldığından söz edilemeyeceğinden**, bu gerekçeye dayalı olarak **davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir**. ...¹²⁴.

Örnek karar 3: “... Çorum İdare Mahkemesi’nin ... kararıyla; **davaya konu Encümen kararı dilekçe ekinde ibraz edilmediği gibi tebliğ tarihine de yer verilmediği**, ... bahisle **dilekçenin reddi** üzerine, ... **yenilenen davada** ... dava konusu işlem ve/veya işlemlerin yargı yerince denetimini yapmaya elverişli bir şekilde tarih ve sayısına yer verilmediği gibi **dilekçe ekinde de ibraz edilmediği, iptali istenilen işlemlerden genel bir ifade ile bahsedilmesi gerekçesiyle dilekçenin reddedildiği** ... önceki dilekçelerde işaret edilen yanlışlıkların **giderilmediği ve aynen tekrarlandığı** anlaşıldığından ... **davanın reddine karar verilmiştir**. ... **davalı idarece gönderilen bilgi ve belgelerden**, davacı adına 04/02/2021 tarihli yapı tatil zaptı ile davacının 20.445,56-TL idari para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ... **davalı idare il encümeni kararı tesis edildiği görülmekle**, ... taleplerle ilgili ayrıca değerlendirme yapılarak dosyanın karara bağlanması gerektiğinden; **davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet bulunmamaktadır**. ...¹²⁵.

Yukarıdaki üç kararda ilk derece mahkemesince verilen dilekçenin reddi kararı üzerine yenileme dilekçelerinde birtakım eksikliklerin giderildiği açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde ilk derece mahkemesince görülen eksikliklerin aslında dilekçenin reddini gerektiren eksiklikler olmadığı da vurgulanmıştır. Dolayısıyla burada sözü edilen eksikliklerin davanın reddi gibi bir sonuç doğurmayacağına hükmedilmiştir. Bu haliyle anılan kararlar adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını koruyan kararlardır.

Örnek karar 4: “... davacılara miras kaldığı anlaşılan anılan **taşınmazın mülkiyet durumuna ve veraset ilamına ilişkin bir belgenin de dosyaya sunulmadığı** gerekçesiyle Tokat İdare Mahkemesinin 17.05.2014 tarih ve E: 2014/192, K: 2014/186 sayılı kararı ile **dilekçenin reddine karar verildiği**, bu karar üzerine **yenilenen dava dilekçesinin de davacılar tarafından bahse konu taşınmaza ilişkin tapu kayıt örneği ile veraset ilamının dava dilekçesine eklenmesi gerekirken yine eklenmediği**, ... anılan taşınmazın imar durumuna ilişkin hiçbir belgeye yer verilmemesinin ... tered-

¹²⁴ İzmir BİM. 3. İDD., E. 2022/572, K. 2022/571, T. 21.04.2022.

¹²⁵ Samsun BİM. 2. İDD., E. 2022/107, K. 2022/549, T. 28.03.2022.

dütlere yol açtığı, ... bu hususa ilişkin hiçbir bilgi/belgenin dava dosyasına sunulmadığından bahisle ... reddine karar verildiği, bu karar gereğince sadece ada ve parsel numarası değiştirilmek suretiyle yenilenen dava dilekçesi üzerine de Tokat İdare Mahkemesinin 18.07.2014 tarih ve E: 2014/299, K: 2014/385 sayılı kararı ile belirtilen eksiklikler giderilmeden, bir başka deyişle aynı yanlışlıklar tekrarlanmak suretiyle açılan davanın ... reddine karar verilmiştir. ...¹²⁶.

Örnek karar 5: “... davanın iki davacı tarafından birlikte açıldığı, ... davacı A.Ö.’nün vekil sıfatıyla Av. U.Ş. tarafından temsil edildiğini belirten bir vekaletnamenin de dosyaya sunulmadığı görülmüştür. Bu durumda, ... dava dilekçesinin bu haliyle 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. ...”¹²⁷.

Örnek karar 6: “... İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin ... kararıyla; ... dava konusu edilen işlem ve bu işlemin tebliğine ilişkin tebliğ alındılarının da dava dilekçesine eklenmediği gibi, şirketi temsile yetkili kişi/kişileri gösterir belgeler ile ilgili şahısların imza sirkülerinin eklenmemesi nedeniyle davanın yetkili kişilerce açılıp açılmadığı, imzada bulunup bulunmadığının tespitin mümkün bulunmadığı ... gerekçesiyle ... dilekçe ret kararının verildiği, ... yenileme dilekçesinde hiçbir noksanlık giderilmeden, aynı yanlışlıklar yapılarak davanın yeniden açıldığı görüldüğünden, ... davanın reddine karar verilmiştir. ... temyiz isteminin reddi ile Vergi Mahkemesinin kararının onanmasına ... karar verildi.”¹²⁸.

Yukarıdaki üç kararda ise, dilekçe ret nedenleri ile dilekçenin reddi nedeniyle eksiklik görülen hususların giderilmemesi nedeniyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemelerince tespit edilen hususlar oldukça açık ve net olarak ortaya konulmuştur. Dolayısıyla idari yargılama usulünün yazılı yargılama usulü olması ve bu yolda sunulacak olan dava dilekçelerinde -sağlıklı yargılama yapılabilmesi için- asgari birtakım koşullar aranması gerektiğinden, bu kararların da doğru ve isabetli kararlar olduğunu düşünüyoruz.

B. Tek Dilekçeyle Dava Açılması (İYUK m. 5)

İdari yargıda kural olarak her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Bununla birlikte, birden fazla idari işleme karşı tek dilekçeyle dava açılması veya birden fazla kişinin tek dilekçeyle dava açması durumunda, dava

¹²⁶ Sivas BİM., E. 2015/199, K. 2015/188, T. 19.03.2015.

¹²⁷ Dan. 8. D., E. 2022/1656, K. 2022/2215, T. 31.03.2022.

¹²⁸ Dan. 4. D., E. 2016/2010, K. 2018/1429, T. 14.02.2018.

dilekçesi İYUK m. 5 bağlamında incelenecektir¹²⁹. İYUK m. 3'te olduğu gibi bu durumda da dava dilekçesinin şekle uygun olup olmadığı denetlenmekte, şekle aykırı dava dilekçesi reddedilmektedir¹³⁰. Bu bölümde, aynı (tek) dilekçeyle dava açılacak haller üzerinde durulacaktır.

1. Birden Fazla İşleme Karşı Tek Dilekçeyle Dava Açılması - Aralarında Maddi veya Hukuki Yönden Bağlılık ya da Sebep-Sonuç İlişkisi Bulunmayan Birden Fazla İşleme Karşı Bir Dilekçeyle Dava Açılması (İYUK m. 5/1)

Aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık¹³¹ ya da sebep-sonuç ilişkisi¹³² bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçeyle de dava açılabilir¹³³. Uygulamada aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunan işlemlerin tespiti ile aralarında sebep-sonuç ilişkisi bulunan işlemlerin tespiti konusunda sorunlar çıkabilmektedir. Özellikle imar planı değişikliğine giren birden çok parselin maliki olan kişinin anılan parsellerine ilişkin aynı imar planı değişikliğini birlikte dava konusu edip edemeyeceği veya arazi toplulaştırmasına giren birden çok arazinin aynı işlemle toplulaştırmaya alınması

¹²⁹ “Aynı dilekçe ile dava açılacak haller” başlıklı İYUK m. 5: “1. Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir.

2. Birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekir”.

¹³⁰ **Derdiman**, R. Cengiz: “İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2020, s. 249-295; **Sancakdar**, Oğuz: “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 223-270.

¹³¹ “Maddi yönden bağlılık” ifadesinin belirli, kesin ve değişmez bir tanımı mevcut değildir. Bunun cevabı çoğunlukla yargı kararlarında aranmaktadır. “Hukuki yönden bağlılık”, dava konusu işlemlerin yargısal denetiminin ve bu işlemlerden kaynaklı açılan tam yargı davalarının aynı yargı yerinin görev ve yetki alanına girmesi, dava konusu işlemlerin birbirinden farklı yargılama usullerine tabi olmamasıdır (**Atay**, s. 369).

¹³² Davaya konu olan işlemlerden birine ilişkin verilen kararın diğer işleme ilişkin verilecek kararı etkilemesi durumunda, işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığından bahsedilir.

¹³³ Bu durum, Anayasa m. 141/4’ün yargıya yüklediği, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması göreviyle uyumludur. Hakkaniyetli bir uygulamayla, idari yargılama süreçlerinde zamandan, emekten, masraflardan tasarruf edilerek usul ekonomisinin gerçekleşmesine katkı sağlanabilecektir.

nedeniyle tek dilekçeyle dava konusu edilip edilemeyeceği hususlarında çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Zira aslında aynı işlemle tesis edilmiş ve aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunan işlemler olmakla birlikte çok farklı yerlerde taşınmazların bulunması, uyuşmazlık hakkında keşif ve bilirkişi incelemesi yapılacak olması ve bunun tek dosya üzerinden yürütülmesinde zorluklar bulunması nedeniyle İYUK'un 5. maddesi uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilebilmektedir. Dilekçenin reddi kararı üzerine, davacının aynı şekilde tek dilekçeyle aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunan işlemler bakımından vereceği yenileme dilekçesi sonrasında davanın reddine karar verilmesi durumunda, bu kararlar istinaf ve/veya temyiz yerleri tarafından kaldırılmaktadır.

Benzer bir sorun dava konusu edilen işlemler arasında sebep ve sonuç ilişkisi bulunması hususunda da karşımıza çıkmaktadır. Özellikle ortada iki ayrı işlemin bulunması ve bu işlemlerden birisinin diğerinin sebebi olması halinde her iki işleme karşı birlikte dava açılıp açılmayacağı hususu önem arz etmektedir. Burada sorun ilk işleme karşı dava açma süresinin geçirilmiş olması halinde ikinci işlemin tesisinden sonra bu işlemin sebebi olarak ilk işlemden bahsedilmesi ve bu işlemin de dava konusu edilmesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Burada ikinci işlemin sebebi olan ilk işleme karşı süresi içerisinde dava açılmadığı gerekçesiyle ilk işlemin kesinleştiği ve dolayısıyla bu işleme bağlı olarak tesis edilen işlemin de hukuka uygun olduğundan bahisle davanın reddine mi karar verilecektir? Yoksa ikinci işlemin sebebi olan ilk işlem idari işlemin sebep unsuru yönünden inceleme konusu edilebilecek midir? Bu durumda, sebep unsuru yönünden inceleme yapma imkanı getirilmesi halinde dava açma süresi geçmiş olan bir işleme karşı dava açma süresinin canlandırılma imkanı getirilmiş olmayacak mıdır? Özellikle düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresi konusunun İYUK'ta açıkça düzenlenmiş olması ve genel dava açma süresi içerisinde düzenleyici işlemlere karşı dava açılmamış olsa dahi bu işlemin uygulama işlemine karşı açılacak olan davalarda düzenleyici işlemlere karşı da dava açılabilmesinin açıkça belirtilmiş olması karşısında, bu düzenlemenin daha önce tesis olunan ve idari işlemin sebep unsurunu oluşturan işlemler açısından da uygulanması mümkün olacak mıdır? Bu şekilde bir düzenlemeye kanun koyucunun açıkça yer vermemiş olması aslında idari istikrar bağlamında artık dava açma süresi geçirilen işlemlerin idari anlamda kesinleştiği ve hukuki sonuçlarının doğması gerektiği anlamına gelmeyecek midir? Bütün bu soruların cevaplarının verilebileceği bir uygulama birliği bulunmamakta olup somut olayın özelliğine göre yargı kararları ortaya çıkmaktadır.

Örnek karar 1: “... dava dilekçesinin yargı kararının yerine getirilerek taşınmazının eski haline getirilmesi gerektiği iddiası çerçevesinde ele alınması ve ... **maddi zarar kalemlerinin hangi unsurlardan oluştuğunun ortaya konulması bakımından dava dilekçesinin (2577 sayılı Kanun’un 3. madde yönünden) reddine karar verilmesi;** aynı zamanda **davacı tarafından yaşanan süreçte sağlığını yitirmesi nedeniyle manevi tazminat isteminde de bulunulmakla birlikte dava dilekçesinde bu zararın idarece gerçekleştirildiği belirtilen “baskı, tehdit ve yaptırımlar nedeniyle” oluştuğu iddia edildiğinden ve tek dilekçeyle dava açma koşulları oluşmadığından manevi zararın tazmini istemi bakımından dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun’un 5. maddesi doğrultusunda ayrı bir dava açılması için dilekçenin reddine karar verilmesi, sonuç olarak ... dava dilekçesinin İYUK 3. ve 5. maddesi yönünden reddine karar verilmesinden sonra yeniden incelenmesi amacıyla dava dosyasının Mahkemesine iadesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. ...”¹³⁴.**

Örnek karar 2: “... Dava dosyasının incelenmesinden; ... **Büyükşehir Belediye Başkanlığınca tesis edilen ... tadilat ruhsatı işlemi ve ... no.lu bağımsız bölümün satışına yönelik Toplu Konut İdaresi Başkanlığı işleminin iptali istemiyle ilk kez 05.10.2021 tarihli dava dilekçesi ile ... açılan davada ... sayılı kararlar ... tadilat ruhsatının iptali istemi için ayrı bir dilekçeyle ayrı bir dava, ... no.lu bağımsız bölümün satışına yönelik işlemin iptali istemi için ayrı bir dilekçeyle ayrı bir dava açılması gerektiği gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verildiği ... yenileme dilekçesi ile yeniden dava açıldığı, bu dilekçede de ilk dava dilekçesindekiyle aynı istem, iddia ve dava sebeplerine yer verildiği, bir başka deyişle, 05.10.2021 tarihli dava dilekçesi ile 22.11.2021 tarihinde kayda giren yenileme dilekçesinin tamamen aynı olduğu; ... daha sonra ise, davacılar vekili tarafından sunulan ve 03.12.2021 tarihinde kayda giren dilekçede “... mahkemeniz dosyasında yenileme dilekçesi UYAP’a yüklenirken sehven eski dava dilekçesi gönderildiği anlaşılmış olup, sehven gönderilen eski dava dilekçesinin işleme alınmayarak dilekçemiz ekindeki yenileme dilekçesinin işleme alınmasını talep ederim.” denilerek ... yenileme dilekçesi sunulduğu anlaşılmaktadır. ... davacı tarafından sunulan 03.12.2021 tarihinde kayda giren dilekçeyle 22.11.2021 tarihinde kayda giren yenileme dilekçesinin sehven verildiği hususunun açıkça belirtildiği, ayrıca yeniden düzenlenmiş dava dilekçesinin ibraz edildiği, bu haliyle davacının Şanlıurfa 1. İdare Mahkemesinin ... dilekçe ret kararının gereği yerine getirmeme yolunda bir kasının bulunmadığı gibi davanın usulüne uygun bir şekilde devam ettirme**

¹³⁴ İstanbul BİM. 4. İDD., E. 2022/447, K. 2022/728, T. 27.05.2022.

iradesini de ortaya koyduğu hususu anlaşılmış olup hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde aşırı şekilcilikle verildiği anlaşılan istinafa konu İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmadığı açıktır. ... Öte yandan, davacı tarafından sunulan 03.12.2021 kayıt tarihli beyan dilekçesiyle, bu dilekçe ekinde ibraz edilen aynı tarihli yenileme dilekçesinin işleme alınması, 22.11.2021 tarihinde kayda giren yenileme dilekçesinin işleme alınmaması hususu talep edilmiş ise de; sonradan verilen 03.12.2021 kayıt tarihli dava dilekçesinin, önceki dava dilekçesi yerine ikame edilmesi, usul hükümleri gereği olanaklı değildir. ... yeniden dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. ... ”¹³⁵.

Yukarıdaki kararda ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesi yerine dilekçenin reddi kararı verilmesi gerektiği ifade edilerek davacıya mevcut davasını devam ettirebilme imkanı getirilmiştir. Bu haliyle anılan kararın mahkemeye erişim hakkı kapsamında yerinde ve doğru bir karar olduğunu söyleyebiliriz. Kararda özellikle aşırı şekilcilikten kaçınılması gerektiğinin ifade edilmiş olması da adil yargılanma hakkı anlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla¹³⁶ da uyumludur.

Örnek karar 3: “... SGK para cezalarının yapılandırması başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali isteniyor ise ayrı, SGK prim borçlarının yapılandırılması başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali isteniyor ise **her iki işlem için ayrı ayrı dava açılması gerektiğinden davanın konusunun açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde ortaya konulmadığından, ... 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3. ve 5. maddesine uygun bulunmayan dava dilekçesinin reddine karar verildiği, ... İdare Mahkemesince her ne kadar dava dilekçesinin tarih ve sayısı belirli herhangi bir işlemin iptali istemine yer verilmediği, yapılandırmaya konu borcun kaynağı gösterilmediği ve idari yargı yerinden idari işlem tesis edilmesi yönünde talepte bulunulduğu, bu suretle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun’un 3. ve 5. maddesi hükmüne uygun olmadığına ilişkin dilekçe ret kararları üzerine yenileme dilekçesinde de aynı yanlışlık yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, netice itibarıyla davacının 7256 sayılı Kanun kapsamındaki yapılandırma başvurusunun zımnen reddine ait işlemin iptalini istediği açık olduğu, re’sen araştırma ilkesi gereği yapılandırmaya konu borcun kaynağının da araştırılabileceği anla-**

¹³⁵ Gaziantep BİM. 2. İDD., E. 2022/1170, K. 2022/1014, T. 18.05.2022.

¹³⁶ Mesutoğlu/Türkiye (Başvuru No. 36533/04, T. 14.10.2008), **Bilgin**, Hüseyin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 228-231.

*şılmakta olup, aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine ait karar mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında isabetli değildir. ...*¹³⁷.

Bir önceki karar gibi bu kararda da mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak korunması gerektiği vurgulanarak davanın esasına girebilmesi amacıyla mümkün olduğunca davacıya fırsat tanınması gerektiği yönünde bir yorum yolu seçilmiştir. Bu sayede ilk derece yargı yerinin mümkün olduğunca davayı neticelendirmesi gerektiği ifade edilmek istenilmiştir.

Gerçekten de idari yargıda dava dilekçesinin reddi, temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgilidir. Anayasa Mahkemesi de konuyu adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı bağlamında yakın tarihli bir kararında ele almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2023 tarihli kararına konu olaya göre, Edirne İl Emniyet Müdürlüğü'nde polis memuru olarak görev yapan Başvurucunun **yıllık izin almaksızın veya görevli almaksızın yurt dışına giriş-çıkış yaptığından** bahisle disiplin soruşturması başlatılmıştır. Başvurucu hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda, Edirne Valiliği İl Polis Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın **tek işlemiyle 68 kez, ayrı ayrı 1 günlük aylıktan kesme cezası** verilmiştir. Başvurucu işlemin iptali için Edirne İdare Mahkemesi'nde dava açmış; ancak İdare Mahkemesi İYUK m. 5 uyarınca **dilekçenin reddine** karar vermiştir. İdare Mahkemesi kararında; Başvurucunun amirinden izinsiz olarak görevli olduğu il sınırları dışına 68 defa çıktığından hakkında disiplin cezası tesis edildiği, **her bir olayın birbirinden bağımsız olması nedeniyle Başvurucunun talepleri arasında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunmadığı** belirtilerek **her bir aylıktan kesme cezasına karşı ayrı ayrı olmak üzere toplam 68 ayrı dava açılması gerektiği** ifade edilmiştir. Başvurucu **dava dilekçesini yenilemişse de İdare Mahkemesi; dava dilekçesinde aynı yanlışlığın tekrarlandığını, 68 ayrı disiplin cezasına karşı Başvurucunun yeniden aynı dilekçeyle dava açtığını** belirtmiştir. Başvurucunun istinaf talebi de İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin yaptığı değerlendirmede; İdare Mahkemesi'nin daha önce benzer konularda tek bir işlemle tesis edilen birden fazla disiplin cezasını içeren uyuşmazlıkları esastan incelediğine, Başvurucu tarafından **iptali istenen işlemlerin de niteliği gereği tek bir davayla incelenebileceğine**, Başvurucu hakkında verilen **disiplin cezaları tek bir işlemle tesis edildiğinden bu cezalar arasında maddi ve**

¹³⁷ İstanbul BİM. 8. İDD., E. 2022/367, K. 2022/670, T. 12.04.2022.

hukuki yönden bağlılık ile sebep-sonuç ilişkisi bulunduğu vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında; Başvurucunun kendisi hakkında tesis edilen her disiplin cezası için ayrı ayrı olmak üzere toplam 68 dava açmak zorunda bırakılmasının **mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırarak Başvurucu üzerinde ağır bir külfete yol açtığını**, Anayasa m. 141/4 gereğince **davaların en az giderle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu**, dolayısıyla İdare Mahkemesi'nce **Başvurucunun katlanmak zorunda bırakıldığı mali külfetin orantısız olduğunu** ifade ederek Başvurucunun Anayasa m. 36'da güvence altına alınan **adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine** karar vermiştir¹³⁸.

Bu bağlamda, kişinin aynı fiili birden fazla gerçekleştirmesi sebebiyle idari makam tarafından bu kişiye yönelik birden fazla disiplin cezasını içerecek şekilde tek işlemle ceza verildiyse bu cezalar arasında İYUK m. 5/1 bağlamında maddi veya hukuki yönden bağlılık ve sebep-sonuç ilişkisi bulunduğu, işleme karşı idari yargıya gidildiyse idare mahkemesinin işlemi esastan incelemesi gerektiği; aksi durumun davacıyı mali külfete sokacağı, usul ekonomisine aykırı olacağı ve gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Anayasa'da düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edeceği söylenebilir¹³⁹.

¹³⁸ AYM., Başvuru No. 2019/38387, T. 15.03.2023, R.G., T. 20.04.2023, S. 32169.

¹³⁹ Nitekim Konya Bölge İdare Mahkemesi, önüne gelen 9 uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesince İYUK'un 5. maddesi uyarınca verilen **dilekçe ret kararı üzerine davacının anılan dilekçe ret kararının gereğini yerine getirerek 9 ayrı dava açmasına neden olduğu ve bu davalarda da daha sonra incelenmeksizin davanın reddine** karar verildiği, burada **idare mahkemesinin davacıyı yanlış yönlendirdiği ve davacının mağdur edildiği** gerekçesiyle -derdestlik nedeniyle- davanın incelenmeksizin reddine karşı yapılan istinaf başvuruları üzerine daha önce verilen **dilekçenin reddi kararını hukuka aykırı bularak buna ilişkin ilk derece mahkemesi kararını kaldırmıştır**. Anılan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "... İlk derece mahkemelerinin dilekçe ret kararları üzerine yenilenen davalarda verdikleri kararların itirazı aşamasında, **istinaf mahkemesinin salt dilekçe ret kararı uyarınca verilecek yenileme dilekçesinin dilekçe ret kararının gereklerine uygun olup olmadığını incelemekle yetinemeyeceği, bir anlamda davanın yenilenmesine gerekçe oluşturan dilekçe ret kararının da istinafa konu kararın evveliyatı olarak usul kurallarına uygun olup olmadığının irdelenmesi ve istinaf incelemesine konu edilmesi gerektiği** açıktır. Bu bağlamda, ... Üniversitesi ... Fakültesi ... Bölümü öğrencisi olan davacının yapmış olduğu itirazların değerlendirilmesi sonucunda toplam 9 adet dersi almasının uygun olduğuna karar verilmesine ilişkin ... Üniversitesi Yönetim Kurulunun 13.12.2016 tarih ve 42 Toplantı-2 Karar sayılı kararının tek bir işlem olması, davacı bakımından maddi ve hukuksal çerçevesi ile hukuksal sonuçlarının aynı olduğunun anlaşılması karşısında, aynı işlemin iptali istemiyle Adana 3. İdare Mahkemesinin 2017/241 Esasına kayden açılan davada, bu

Gerçi uygulamada genellikle birden çok disiplin cezasına karşı tek dilekçeyle dava açılmış olması halinde dilekçenin reddine karar verilebilmektedir. Genellikle bu tür dosyalarda İYUK'un 5. maddesi uyarınca verilen dilekçenin reddi kararlarına davacılar tarafından uyulmakta ve ayrı ayrı dilekçe ret kararında gösterilen şekilde davalar açılmaktadır. Bu nedenle de davacılar hak kaybına uğramamaktadırlar. Ancak davacıların dilekçe ret kararına rağmen yine bütün işlemlere karşı birlikte dava açmakta ısrar etmeleri halinde ise, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiş olsa dahi bölge idare mahkemelerince bu kararlar mahkemeye erişim hakkının gereği olarak kaldırılmaktadır. Öte yandan, birden fazla işleme karşı birlikte dava açılması halinde, özellikle disiplin cezasına konu işlemlerden birisinin istinaf yolunda kesinleşecek olması karşısında diğerinin temyiz yolunun açık olması halinde iki dava konusu işlemin aynı dava dilekçesinde görülmesi sorun yaratabilecek bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında burada ilk derece mahkemesince dava dilekçesinin İYUK'un 5. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi doğru olacaktır. Ancak eğer bu şekilde bir karar verilmemiş ve uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmişse, artık ilgili istinaf dairesince işin esasına girilerek her iki işlem yönünden istinaf incelemesi

hususun 2577 sayılı Kanunun 5. madde hükmüne aykırı bir durum olarak değerlendirilmeyerek anılan Mahkemece verilen 08/11/2017 günlü, K: 2017/1272 sayılı karar ile dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, dolayısıyla davacının bir diğer mahkemede haklı görülerek iptalle sonuçlanan davasıyla aynı nitelikteki davada verilen dilekçe ret kararı sonrasında yenilenen 9 ayrı davada da incelenmeksizin ret kararı verilerek davacı aleyhine ayrı ayrı olmak üzere avukatlık ücretine hükmedilmesinin, yargılama sürecinin mümkün olduğunca kısa olması ve yargılamanın en ucuz maliyetle yapılması yolundaki genel ilkelerin, ihtilaf konusu olayın özünü etkilemeyecek bir usul hükmüne feda edilmesi gibi bir durum ortaya çıkaracağı göz önünde bulundurulduğunda, davacının tek bir kararla tesis edilen işleme yönelik olarak tek dilekçeyle açtığı davada vermiş olduğu 03/03/2017 tarihli dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 5/1 maddesine uygun bir dilekçe olduğu, bu itibarla uyuşmazlığın tek bir davada görüm ve çözümünün mümkün olduğu sonucuna varıldığından, davacının usulüne uygun olarak düzenlediği dava dilekçesine yönelik olarak usul ve yasaya aykırı verilen dilekçe ret kararı sonrasında açılan davaların derdest olduğu gerekçesiyle incelenmeksizin reddi yönünde verilen istinafa konu Mahkeme kararında usul kurallarına ve hukuka uyarlık bulunmamıştır. ...” (Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2530, K. 2017/3175, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2531, K. 2017/3174, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2529, K. 2017/3173, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2521, K. 2017/3172, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2520, K. 2017/3171, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2525, K. 2017/3170, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2528, K. 2017/3169, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2527, K. 2017/3168, T. 14.12.2017; Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2526, K. 2017/3167, T. 14.12.2017).

yapmalı ve istinaf incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararda; disiplin cezalarından biri hakkında kesin karar verildiği belirtildikten sonra temyiz yolu açık olan disiplin cezası için ise bu yolun açık olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Konya Bölge İdare Mahkemesi kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile devlet memurluğundan çıkarma cezasının birlikte tek dilekçeyle dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, davanın geldiği aşamada dilekçenin reddi kararı verilmesinin adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayacağını ifade ettikten sonra her iki işlem yönünden istinaf incelemesi yaparak başvuru hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması yönünden kesin, devlet memurluğundan çıkarma cezası yönünden ise temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir¹⁴⁰.

Örnek karar 4: “... konuları ve inceleme yöntemlerinin birbirinden farklı olması nedeniyle *aralarında maddi veya hukuki bağluluk ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunmayan ... taleplerden*; Dava konusu işlemin, davacı hakkında uygulanan “görevden uzaklaştırmaya” ilişkin kısmının iptali ile bu döneme ilişkin mali ve sosyal hakların tazmini istemiyle ayrı, dava konusu işlemin, davacının “kamu görevinden çıkarıldığı” (ihraç sürecine ait) döneme ilişkin kısmının iptali ile bu dönemde zamanında ödenmeyen maaşların yasal faizinin tazmini ve bu dönemde ödenmeyen diğer parasal hakların ... tazmini istemine ayrı, ... banka promosyonlarına ilişkin kısmın dava konusu yapılması halinde bu talebe karşı ayrı, olmak üzere toplamda

¹⁴⁰ “... Her ne kadar uyuşmazlığa konu dava dilekçesinde birlikte dava konusu edilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile Devlet Memurluğundan Çıkarma cezası arasında yukarıda yer verilen 2577 sayılı Kanunun 5. maddesinde öngörülen anlamda sebep-sonuç ilişkisi ya da maddi veya hukuki bağluluk bulunmamakta ve bu nedenle dava konusu işlemlerini ayrı ayrı dilekçelerce dava konusu edilmesi gerekmekte ise de, ilk derece Mahkemesince davanın birlikte görüldüğü ve 03/03/2016 tarihinde açılan davanın 25/04/2017 tarihinde karara bağlandığı ve Dairemizce karar verildiği 13/12/2017 tarihi esas alındığında aradan 18 ay gibi bir sürenin geçtiği, dava konusu işlemlerden birisinin Devlet Memurluğundan Çıkarma cezası olması ve davacının uzun süredir görevinin başında bulunmaması nedeniyle her iki cezaya (işleme) karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiğinden bahisle dilekçe ret kararı verilmesi amacıyla dosyanın ilk derece Mahkemesine iade halinde, dosyanın yeniden incelenmesi için geçecek olan süre göz önüne alındığında davanın adil yargılama hakkı kapsamında makul sürede görülmesi için öngörülen yargılama süresinin de ihlal edilmiş olacağı, bunun da Anayasa’nın 141/4. maddesinde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” şeklinde düzenlenen usul ekonomisine aykırı olacağı, nitekim yukarıda yer verilen T.C. Anayasa hükmü ile AİHS ve AİHM’in Mesutoğlu/Türkiye davasında ifade ettiği hususlar da dikkate alınarak her iki kararın tek dilekçe ile tek dava içerisinde görülebileceği sonuç ve kanaatine varılarak işin esasına geçildi. ...” (Konya BİM. 3. İDD., E. 2017/2347, K. 2017/3145, T. 13.12.2017).

üç dava açılması gerekirken tek davada uyuşmazlık doğuran dilekçenin 2577 sayılı Kanun'un 5/1. maddesine de uygun olmadığı gerekçesiyle ... dilekçenin reddine karar verildiği, ... Davanın yasal süresi içerisinde yenilenmesinin ardından, ... yine tek davada uyuşmazlık yaratan yenileme dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 5/1. maddesine de uygun olmadığı açıktır. ... yenileme amacıyla ... verilen üçüncü dilekçede de ısrarla ve bilinçli olarak karşı hukuksal yorumlarla "açıkta ve ihraçta geçen dönemlere ait parasal haklar" yine birlikte dava konusu yapıldığından, aynı yanlışlık yapıldığı tartışmasızdır. ... davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. ... ilk dilekçe ret kararının 2577 sayılı Kanun'un 3. ve 5. maddesine yönelik aykırılıklar sebebiyle, ... sayılı dilekçe ret kararının ise 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesine yönelik aykırılık sebebiyle verildiği dikkate alındığında daha sonra yenilenen dilekçede de aynı yanlışlıkların yapıldığından bahisle, davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 5. madde hükmünde belirtilen tek dilekçe ile dava açılabilmesine yönelik koşulların içeriği açıklanmamış olup belirtilen koşulların her somut olayda yargı yerince değerlendirilmesi gerekmektedir. ... davacının açıkta ve ihraçta geçen dönemlere ait parasal hak talepleri arasında ... maddi veya hukuki bağıllık bulunması nedeniyle dilekçe ret sebebi oluşturmayaacağı ... Açıklanan nedenlerle; davacının istinaf başvurusunun kabulüne, ... Bursa 2. İdare Mahkemesinin ... kararının kaldırılmasına ...¹⁴¹.

Yukarıdaki kararda bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesi kararının İYUK'un 5. maddesine ilişkin yorumunu hukuka aykırı bularak kararı kaldırmıştır. Bize göre de davacının açıkta geçen sürelerle ilişkin parasal hak taleplerinin arasında maddi veya hukuki yönden bağıllık olduğu açık olup bu talepler birlikte ve tek dilekçeyle dava konusu edilebilecektir.

Örnek karar 5: "... imar para cezalarına dair ödeme emrinin ve ... imar para cezasının iptali talebiyle ... dava açtığı, anılan Mahkeme Hakimliği'nin ... kararı ile, ödeme emri ve idari para cezasına ayrı dava açılması gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verildiği, ... Olayda ... safahatı anlatılan dava dilekçesi ve U.Y.A.P kayıtları birlikte değerlendirildiğinde; davacının ilk dilekçe ret kararı üzerine, uyuşmazlık konusu idari para cezasını, Mahkemenin E: 2020/537 sayılı dosyasında, işbu davanın konusunu oluşturan ... ödeme emrini ise E: 2020/536 sayılı dosyasında dava konusu ettiği açık olup yenilenen dava dilekçesinde aynı yanlışlığın yapıldığından bahisle ... davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık

¹⁴¹ Bursa BİM. 2. İDD., E. 2021/2199, K. 2022/30, T. 10.02.2022.

*görülmemiştir. ... istinaf başvurusunun kabulü ile İzmir 6. İdare Mahkemesi'nce verilen ... kararın kaldırılmasına ...*¹⁴².

Bu kararda da aslında biraz dikkat gösterilerek farkına varılacak bir hususun ilk derece mahkemesince gözden kaçırılmış olmasına dikkat çekilmiştir. Zira ilk dilekçe ret kararından sonra davacı dilekçe ret kararı doğrultusunda dava dilekçesini yenilemiş ve iki ayrı dava açmıştır. Ancak ilk derece mahkemesince bu husus gözden kaçırılmıştır. Öte yandan, kanaatimizce ilk dilekçe ret kararı da doğru ve yerinde bir karar değildir. Zira ödeme emri ile idari para cezaları arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunması nedeniyle birlikte tek dilekçeyle dava konusu edilmelerinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Örnek karar 6: “... dilekçe ret kararlarında belirtilen yanlışlıklar düzeltilmeksizin, ödeme emirlerine karşı ayrı ayrı dava açılması gerekirken davanın 2577 sayılı Yasanın 5/1. maddesine aykırı olarak **yeniden tek dilekçeyle açıldığı** gerekçesiyle 2577 sayılı Yasanın 15/5. maddesi uyarınca **reddeden İzmir 4. Vergi Mahkemesi Hakimliği kararının**, yasal dayanak-tan yoksun olduğu ileri sürülerek **bozulması istenilmektedir**. ... İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nce işin gereği görüşülüp düşünüldü: İzmir 4. Vergi Mahkemesi Hakimliğince verilen ... kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, kararın bozulmasını gerektiren başka bir neden de bulunmamaktadır. ... **itirazın reddine, anılan kararın onanmasına** ...”¹⁴³.

Somut olayın özelliğine göre bazı işlemlere karşı ayrı ayrı dava açılması gerekebilmektedir. Bu durumlarda davacının tek dilekçeyle dava açmakta ısrar etmesi halinde davanın reddine karar verilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Özellikle idarelerce düzenlenen ödeme emirlerinin içeriğinde bazen idari para cezaları ile vergi alacakları birlikte aynı ödeme emrine konu edilebilmektedir. Bu durumda, dava konusu işlemin bir kısmı vergi mahkemelerinin görevine girerken, diğer bir kısmı (idari para cezalarına yönelik kısım) idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Bu halde, dava önüne gelen ve dava konusu ödeme emrinin tamamı dava edilen ilk derece vergi mahkemesince ödeme emrinin İYUK m. 5'e göre ayrılarak dava konusu edilmesi amacıyla dilekçenin reddine karar verilebilecektir. Bu şekilde karar verilmesi davacının bir an evvel idare mahkemesinde davasını açması bakımından da davacı yararınadır. Zira ilk derece vergi mahkemesince işin esasına girilerek nihai karar verilirken, dava konusu edilen ödeme emrinin idari para cezalarına ilişkin nihai kararda kısmen görev yönünden

¹⁴² İzmir BİM. 4. İDD., E. 2020/2036, K. 2020/1566, T. 26.11.2020.

¹⁴³ İzmir BİM., E. 2008/3264, K. 2009/211, T. 20.01.2009.

davanın reddine karar verilmesi davacının görevli yargı yerinde dava açma süresini geciktirecektir. Bu gibi durumlarda dilekçenin İYUK'un 5. maddesi uyarınca reddi davacı lehine bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Örnek karar 7: Oyçokluğuyla alınan kararda, ilk derece mahkemesince İYUK'un 15/5. maddesi uyarınca verilen davanın reddi kararı şu ifadelerle onanmıştır: “... Davayı hemşehri sıfatıyla açan davacılar, **nazım imar planının uygulama imar planlarına dayanak teşkil ettiği, bu nedenle sebep-sonuç ilişkisinin olduğunu ileri sürmüşse de, davanın ... ada, ... sayılı ve ... sayılı parsellere ilişkin olduğu ve iki ayrı parsel için ayrı ayrı dava açılması gerektiği** açıktır. ... anılan taşınmazlara ilişkin 1/1000 ölçekli uygulama imar planları farklı işlemlerle kabul edilmiştir. ... gerekçeler yerinde bulunarak; İstanbul 6. İdare Mahkemesinin ... **temyize konu kararının onanmasına** ... ”. Ancak kararda hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkına değinilen karşı oy bulunmaktadır¹⁴⁴.

Örnek verdiğimiz olaydaki gibi zaman zaman ayrı ayrı parsellerdeki taşınmazlar için ayrı ayrı dava açılması gerektiği yönünde kararlar olmakla birlikte, bu tür davaların tek dilekçeyle görüldüğü davalar da bulunmaktadır. İlk derece mahkemesince işlemler tek tek aynı davada değerlendirilmekte ve tek bir karar yazılmaktadır. Bu durumda, temyiz mercii olarak dosya önüne gelen Danıştay tarafından da her bir işlem tek tek incelenmekte ve dava açılmasından itibaren aradan uzun bir süre geçmiş olması nedeniyle artık dilekçenin reddine karar verilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmemektedir.

Örnek karar 8: “... Dava; zabıt katibi olarak görev yapan davacı tarafından, 657 sayılı Kanunun 125/D-(f) maddesi uyarınca 3 yıl süreyle **kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin ... İdari Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığının 06.06.2013 günlü ve 2013/76 sayılı işleminin iptali ile Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 18. maddesinin iptali** istemiyle açılmıştır. ... bakılan uyuşmazlıkta, **dava konusu disiplin cezasına dayanak alınmayan ve aylıktan kesme cezasını gerektiren haller, uyarma ve kınama cezalarına**

¹⁴⁴ “... davacıların aynı ada üzerindeki taşınmazlara ilişkin imar planlarının iptali istemiyle bakılan davayı açtığı, taşınmazlara ilişkin farklı tarihli uygulama imar planları yapılmış ise de, dayanak nazım imar planının aynı plan olduğu, ancak ... parsel sayılı taşınmaza ilişkin nazım imar planının iptalinin istenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, işlemler arasında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunduğundan, İdare Mahkemesince, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dilekçe ret kararı üzerine verilen dilekçede aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine yönelik kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ...” (Dan. 6. D., E. 2015/978, K. 2019/3050, T. 24.04.2019).

karşı başvuru yolu, Yüksek Disiplin Kurulu'nun karar süresi ve usulleri, te-
kerrür, disiplin cezalarına itiraz, cezaların sicilden silinmesi konularını dü-
zenleyen **maddelerin iptalinin istenildiği**, davacının 657 sayılı Devlet Me-
murları Kanunu'nun 125/D-(f) maddesi uyarınca 3 yıl süreyle kademe iler-
lemesinin durdurulması cezası ile cezalandırıldığı da dikkate alındığında
dava konusu disiplin cezasıyla iptali istenen Yönetmelik hükümleri ara-
sında yukarıda metnine yer verilen mevzuat metninde belirtilen nitelikte
maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulun-
madığı ve aynı dilekçe ile dava konusu edilmesinin hukuken mümkün
olmadığı gerekçesiyle Dairenin ... kararıyla **dilekçenin reddine** karar veril-
diği, davacının ... **yenileme dilekçesinde** ... Dairenin ... dilekçe ret kara-
rında belirtilen **yanlışlıkların tekrar edildiği** gerekçesiyle, ... **davanın red-**
dine karar verilmiştir. ... Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenme-
sinden; ... Danıştay ... Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bu-
lunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını
gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının **temyiz isteminin**
reddine, ... kararının onanmasına ...¹⁴⁵.

Konuya ilişkin bu son kararımız da İYUK'un 5. maddesinin getirilme
amacına uygun düşmektedir. Zira davacının iptalini istediği disiplin cezasına
ilişkin işlem ile dayanak gösterdiği düzenleyici işlem arasında herhangi bir
maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunmamaktadır. Burada davacı disiplin
cezasına ilişkin işlemi, düzenleyici işlemle birlikte dava konusu ederek
aslında ilk derece mahkemesi olarak görevli olmayan Danıştay'ın ilk derece
mahkemesi olarak davaya bakmasını sağlamak istemiştir. Olayda Danış-
tay'ın ilk derece mahkemesi olarak, hatta istinafta kesinleşen bir karar ol-
ması nedeniyle temyiz mercii olarak dahi görevli olmadığı bir davayı kanuna
karşı hile yoluyla bakmasının sağlanması amaçlanmış olup Danıştay tara-
findan buna müsaade edilmemiştir.

2. Birden Fazla Kişi Tarafından Tek Dilekçeyle Dava Açılması - Hak veya Menfaatlerinde İştirak Bulunmayan Birden Fazla Kişi Tarafından Müşterek Dilekçeyle Dava Açılması (İYUK m. 5/2)

Birden fazla kişinin müşterek (ortak) dilekçeyle dava açabilmesi için
davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan
maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekir. Bu bağlamda vur-
gulamak gerekir ki, kişilerin aynı parselin maliki olmaları halinde birlikte

¹⁴⁵ Dan. İDDK., E. 2014/4966, K. 2017/345, T. 06.02.2017.

dava açabilmeleri mümkünken; aynı yerde görev yapan kamu görevlilerinin kamu görevlerini yürütürken işledikleri bir disiplin suçu üzerine aynı soruşturmayla verilen disiplin cezalarına karşı bütün davacıların tek bir dilekçeyle dava açmalarına imkan bulunmamaktadır. Zira burada her bir davacı için ayrı ayrı disiplin cezası işlemi tesis edilmiş olacak ve her birisinin muhatap olduğu işleme karşı ayrı ayrı dava açması gerekecektir.

Örnek karar 1: “... Mardin İdare Mahkemesi’nce verilen ... davanın reddi kararının; işlemlerin neden ve sebebinin bir olduğu, bu sebeplerin varlığı halinde tek bir dilekçeyle dava açılabileceği hükmüne bağlanmış olduğu, tarh edilen cezaların aynı hukuki gerekçeyle dayandığı düşünülerek davacı ismiyle ve şirket ortağı sıfatıyla tek dava açıldığı, ödeme emri numaralarının karışması nedeniyle haklı olarak vergi dairesinin davacıya gönderdiği ödeme emrinin son rakamı olan 14 yerine 10 yazmak suretiyle dava açılmış olduğu, kararlarda istenilen tüm hususların yerine getirilmiş olduğu ileri sürülerek istinaf yoluyla incelenip kaldırılması istenilmektedir. ... Gaziantep Dördüncü İdari Dava Dairesi’nce ... dava dilekçesinde davacı olarak H.E.’nin gösterilmesi gerektiği hâlde, davacı ismi olarak şirket adına da yer verilerek şirket adına vekâleten kendisi adına asaleten ibaresine yer verildiği, ... davanın reddine ilişkin karardan önce verilen dilekçe ret kararına esas alınan dilekçe ile bu karar üzerine verilen yenileme dilekçesinde yapılan hataların birbirinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. ... dilekçe ret kararında belirtilen yanlışlıkların, yenileme dilekçesinde aynen tekrar edilmediği anlaşıldığından, yeniden dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında usûl kurallarına uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır. ...”¹⁴⁶.

Örnek karar 2: “... Resmi Gazete’de yayımlanan ... sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın ... ilinde bulunan alanların orman sınırları dışına çıkarılmasına ilişkin kısmının iptali istenilmektedir. ... Dava konusu işlemin iptali istemiyle ... Barosu Başkanlığı ve Y.H. tarafından birlikte dava açıldığı görülmektedir. Dava konusu işlem yönünden davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunmadığının anlaşılması karşısında dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun’un 5. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, dava konusu işlemin iptali istemiyle her iki davacı tarafından ayrı ayrı dava açılması gerekmektedir. ... yeniden düzenlenecek ayrı ayrı dilekçelerle, gerekli harç ve masrafları yatırılmak suretiyle dava açmakta serbest olmak üzere dava dilekçesinin reddine ...”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Gaziantep BİM. 4. İDD., E. 2020/4992, K. 2021/926, T. 01.03.2021.

¹⁴⁷ Dan. 8. D., E. 2022/1656, K. 2022/2215, T. 31.03.2022.

Örnek karar 3: “... Bitişik nizamda bulunan iki farklı kişiye ait binanın ara duvarının kaldırılarak tek iş yeri oluşturmak suretiyle ruhsata aykırı imalat yapılması halinde, **her davacı için ayrı encümen kararı ile 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca yıkım ve para cezası verilmesine ilişkin işlem tesis edilmesi nedeniyle her bir davacı tarafından kendisi adına tesis edilen işleme karşı ayrı ayrı dava açılması gerektiği ...**”¹⁴⁸.

Örnek karar 4: “... 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin **dava konusu encümen kararının birden fazla bağımsız bölümde gerçekleştirilen farklı nitelikteki ruhsata aykırılıklara ilişkin olduğu, davacılar tarafından ayrı ayrı dava konu edilmesi gerektiğinden, idare mahkemesince dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerektiği ...**”¹⁴⁹.

Yukarıdaki dört örnekte de birden çok davacının birlikte dava konusu ettikleri işlemlere karşı tek dilekçeyle dava açamayacakları haller verilmiştir. Bu kararlar kanaatimizce de yerinde kararlardır. Her bir davacının kendisini ilgilendiren işlem için ayrı dava açması İYUK’un 5/2 hükmünün bir gereği olduğu gibi yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından da yerinde bir uygulama olacaktır.

SONUÇ

İdari yargılama usulünde yazılı yargılama usulü geçerli olduğu için dava, savunma ve beyan dilekçelerinin yazılı olarak ilgili yargı yerlerine verilmesi gerekmektedir. Özellikle dava dilekçesinin taşınması gereken hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun’da yer alan düzenlemelere aykırılıklar durumunda ise, dava dilekçesinin reddine karar verileceği ifade edilmiştir. Dava dilekçesinin reddi halinde davacının aslında bir hak kaybı olmamaktadır. Ancak davacının yargı yerince belirtilen eksikliği gidermemesi, bir başka deyişle aynı yanlışlığa devam etmesi halinde davanın reddine karar verilmekte olup davanın esasına girilmemektedir. Dava dilekçesinin reddi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkanı mevcut değilken; dilekçe ret kararı üzerine sunulan yenileme dilekçesinde benzer yanlışlıkların yapıldığından bahisle verilen davanın reddi kararlarına karşı ise istinaf kanun yoluna başvurmak mümkündür. İlgili bölge idare mahkemesi dairesince davanın reddine ilişkin karar ve bu kararın gerekçesi olan dilekçe ret kararları üzerinde inceleme

¹⁴⁸ Dan. 14. D., E. 2016/1651, K. 2018/3126, T. 09.05.2017.

¹⁴⁹ Dan. 14. D., E. 2014/10456, K. 2018/2424, T. 18.04.2017.

yapılarak verilen kararın doğru ve hukuka uygun olup olmadığı yönünde denetim yapılmaktadır.

Uygulamada idari yargı yerlerinde açılan davalar üzerine dava dilekçesinde ilk inceleme yapılmakta ve İYUK'ta sayılan ilk inceleme konuları yönünden dava dilekçeleri incelenmektedir. İlk inceleme konularından herhangi birinde bir aykırılık bulunması halinde öncelikle bu hususlar yönünden karar verilmesi davanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmesine imkan sağlayacaktır. Süresinde açılmayan bir davada dava dosyasının tekemmül ettirilerek daha sonra davanın süresinde açılmadığına karar verilmesi gereksiz yere zaman kaybına ve masrafa neden olacağı gibi yargı yerlerini de oyalamış olacaktır. Benzer şekilde, yanlış hasma karşı açılan bir davanın yanlış hasımla tekemmül ettirildikten sonra karar aşamasında doğru hasmın tespiti üzerine doğru hasma tebligata çıkılması ve dosyanın doğru hasımla tekemmülü de davaların makul sürede görülmesinin önündeki bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer hususlar görevli ve/veya yetkili olmayan bir konuda dosyanın tekemmül ettirilmesinde de söz konusudur. Bu nedenle idari yargı yerlerinde ilk inceleme konularında yapılacak olan inceleme çok büyük bir önem arz etmektedir.

İşte bu ilk inceleme konularından birisi de dava dilekçesinin İYUK'un 3 ve 5. maddesine uygun olup olmadığının saptanmasıdır. Dava dilekçesinde yukarıda da belirttiğimiz üzere birtakım özellikler bulunması yazılı yargılama usulünün geçerli olmasının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla davacıların dava dilekçelerinde birtakım usulü hususlara yer vermesi gerekmektedir. Dava dilekçesinin taşınması gereken hususların dava dilekçesini inceleyen hakim tarafından ilk incelemede gözetilerek bir aykırılık varsa derhal giderilmesinin istenmesi makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir.

Uygulamada daha ziyade İYUK'un 3. maddesi uyarınca verilen dilekçenin reddi kararlarıyla ilgili uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Dava dilekçesinde bulunması gereken hususlara açıkça İYUK'ta yer verilmiş olmakla birlikte, burada sayılan hususların katı yorumlanıp yorumlanmayacağı hususunda idari yargı hakimine büyük bir görev düşmektedir. Özellikle ilgili idarelerin elinde bulunan veya ara kararlar istenerek temin edilebilecek olan bilgi ve belgelerin yokluğu ve/veya dava dilekçesine eklenmemesi nedeniyle dilekçenin reddine karar verilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dava konusu işlemin tebliğ tarihinin belirtilmemesi veya dava konusu işlemin eklenmemiş olması gibi hususların tek başına dilekçenin reddi sebebi olarak görülmemesi yargılamanın hızlanması bakımından önem taşımaktadır.

Öte yandan, dava dilekçesinde dava konusu edilen işlemlerin açık ve net olarak ortaya konulması da gerekmektedir. Dava dilekçesi önüne gelen idari yargı hakimi yargılama yapacağı işlemin ne olduğunu bu dilekçeden anlayabilmelidir. Eğer dava dilekçesinden bu husus anlaşılmıyorsa, davacının dava açmaktaki meramı tam olarak belli değilse bu takdirde dilekçenin reddine karar verilmesinden kaçınılmamalıdır.

Burada uygulamada karşımıza çıkan birtakım problemler de olmaktadır. Bilhassa davacının dava konusu ettiği işlemin açıkça tarihini, sayısını belirtmesine rağmen dava dilekçesinde bu işlemin dayanağı olan işlem ve işlemlerin de hukuka aykırılığından söz etmesi halinde bu işlemlerin sebep unsuru yönünden incelenip incelenemeyeceği ve anılan işlemler hakkında da ayrıca ve açıkça iptal talebinde bulunulup bulunulamayacağı problemli olan hususlardandır. Özellikle birbiriyle sebep-sonuç ilişkisi bulunan bu tür zincir işlemlerden birisine karşı dava açılmamış ve o işlemin idari anlamda kesinleşmiş olması halinde sonraki işlemle yeniden dava edilip edilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, idari istikrar ilkesi mi korunacak yoksa sonraki idari işlemin sebep unsuru olarak kesinleşmiş idari işleme karşı dava açma süresi mi canlandırılacaktır? Kanaatimizce somut olayın özelliğine göre bu konuda uygulayıcıların karar vermesi gerekmektedir. Birbirinden ayrılamaz nitelikteki işlemler için dava konusu işlemin sebep unsuru yönünden dava konusu edilmeyen önceki işlem de hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabilir. Ancak birbirinden bağımsız işlemler için ve artık sebep unsuru açık ve net olmadığı durumlarda, ilk işlemin dava konusu edilmemiş olması sonradan tesis edilen işlemle geçen dava açma süresini canlandırmayacaktır. Örneğin, işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptaline karar verilmesi ve bu işleme karşı dava açılmamış olmasından sonra bu işleme dayalı olarak gerçekleştirilen mühürleme işleminde mühürleme işleminin dayanağı olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptali talebi sebep unsuru olarak bu işlemde incelenemeyecektir.

Öte yandan, davacının talebinin açık ve net olması iptal edilecek olan işlemin belirlenebilir olması bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla dava dilekçesinin açık, anlaşılır, somut ve net ifadeler içermemesi de dilekçenin reddi sebebi olarak görülebilir. Ancak bu bağlamda mahkemelerce aşırı şekilci yorumdan kaçınılması gerekmektedir. Zira aşırı usulü yorum yoluyla davacının adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının engellenmesi gibi bir neticeyle karşılaşılması söz konusu olabilir. Bu durumda, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ihlal kararları verilebilir.

İYUK'ta düzenlenen ikinci bir dilekçenin reddi sebebi ise, 5. maddede tek (aynı) dilekçeyle birden fazla işlemin iptalinin istenilip istenilemeyeceği ile birden fazla kişinin tek dilekçeyle dava açıp açamayacağı meselesidir. Uygulamada İYUK m. 3'e göre bu konudaki uyuşmazlık sayısı daha azdır. Zira konu yoruma çok açık olmadığı gibi genellikle davacılar tarafından dilekçe ret kararının gereği de yerine getirilmektedir. Ayrıca davacıların tek dilekçeyle birden fazla işleme dava açması hallerinde verilen dilekçe ret kararına uymamaları durumunda da istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemelerince bu durum davanın reddi sebebi olarak görülmeyebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil:** Türk İdari Yargılama Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- Ardıçoğlu, Artuk:** “İdari Yargıda Tanık”, Yaklaşım Dergisi, S. 215, 2010, www.adaletbiz.com.
- Atay, Ender Ethem:** İdari Yargılama Hukuku (İİBF-SBF ve MYO’lar için), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Bal, Yakup/Karabulut, Mustafa/Şahin, Yahya:** İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Bilgin, Hüseyin:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Bilgin, Hüseyin:** İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, (İdari Davalar).
- Bilgin, Hüseyin:** “İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması Konusu”, Adalet Dergisi, S. 35, 2009, s. 86-106.
- Candan, Turgut:** “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Hükümlerinin İdari Davalarda Uygulanabilirliği”, www.turgutcandan.com.
- Candan, Turgut:** İdari Yargı’da Uyuşmazlığın Başlangıcından Sona Ermesine Kadar, Yargılamanın Tüm Aşamalarıyla İlgili Dilekçe Yazım Rehberi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Çağlayan, Ramazan:** İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, (İdari Yargılama Hukuku).
- Çağlayan, Ramazan:** “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 195-206.
- Çınarlı, Serkan/Ağar, Baykal:** “İdari Yargıda Duruşmaların Verimliliği Sorunu”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 45-65.
- Derdiman, R. Cengiz:** “İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2020, s. 249-295.

- Eraslan**, Yunus/**Boz**, Selman Sacit: “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, S. 488, 2019, s. 203-243.
- Erkut**, Celâl/**Soybay**, Selçuk: *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Gözübüyük**, A. Şeref: *Yönetsel Yargı*, Güncelleştirilmiş 37. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Diñçer**, Güven: *İdari Yargılama Usulü*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: *İdare Hukuku*, C. II - İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Hondu**, Selçuk: “İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit”, *Günüşiğinde Yönetim II - Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 289-302.
- Işıklar**, Celâl: “İdari Yargıda Derdestlik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, 2012, s. 63-106.
- Işıklar**, Celâl: “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 6, 2011, s. 69-140.
- Kalabalık**, Halil: *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013.
- Kaneti**, Selim: *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Kaplan**, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.
- Karakoç**, Yusuf: *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, Denge Yayınevi, İzmir 1994.
- Koçak**, Nazım Taha: *Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Kumrulu**, Ahmet: *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik*, Ankara 1989.
- Kuru**, Baki/**Arsılan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Onar**, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- Özdemir**, Halit Eyüp: *İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Özel**, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, S. 12, 2020, s. 181-220.

- Özel**, Kadir Can: “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 45-81.
- Sancakdar**, Oğuz: “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 223-270.
- Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Tezel**, Adnan: “Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi”, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Reşat Kaynar’a Armağan, İstanbul 1981, s. 251-268.
- Ulusoy**, Ali D.: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Ulusoy**, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (İdare Hukuku).
- Yıldırım**, Ramazan/Çınarlı, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- Yıldırım**, Turan/Fiş Üstün, Gül: Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Zabunoğlu**, Yahya: “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1982, s. 87-101.

KISALTMALAR

AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BİM.	: Bölge İdare Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
E-imza / e-imza	: Güvenli Elektronik İmza
e-tebligat	: Elektronik Tebligat
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İçtihatları Birleştirme Kurulu
İDD.	: İdari Dava Dairesi
İDDK.	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
VDD.	: Vergi Dava Dairesi
VDDK.	: Vergi Dava Daireleri Kurulu
Y.	: Yıl
Yönetmelik	: 11.07.2015 Tarihli Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik

İŞ HUKUKUNDA İŞÇİNİN ARACILIK ÜCRETİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375520>

Dr. Öğr. Üyesi Nihat Seyhun ALP*

Öz

İşçi, bazen işveren ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme akdedilmesine aracılık etmekte veya işveren adına üçüncü kişi ile sözleşme yapmakta ve karşılığında belli bir oranda ücret almaktadır. İşte bu ücret türü aracılık ücreti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özelliğinden dolayı uygulamada bazı alanlarda aracılık ücretinin yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra aracılık ücreti, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzda da ücretin bir türü olarak düzenlenmiş ve böyle bir ücret türünün işçi ve işveren arasında kararlaştırılabileceğine açıkça izin verilmiştir. Keza İsviçre ve Alman hukukunda da aracılık ücreti düzenlenmiştir. Ancak yaygınlığı ve önemine kıyasla Türk hukukunda aracılık ücreti ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Bu sebeple çalışmamızda İsviçre ve Alman hukuku da dikkate alınarak aracılık ücreti ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ücret, İşçinin ücret hakkı, İşverenin ücret ödeme borcu, Aracılık ücreti, Komisyon

* Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi, Antalya (nihatseyhunalp@gmail.com)
ORCID: 0000-0002-8727-9600 (Geliş Tarihi: 07.07.2023-Kabul Tarihi: 24.08.2023)
Yazar, eserin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE COMMISSION PAY OF EMPLOYEE IN EMPLOYMENT LAW
AND EXAMINATION WITHIN THE SCOPE OF
COMPARATIVE LAW**

(Research Article)

Abstract

Sometimes the employee mediates for the conclusion of a contract between the employer and the third party or makes a contract with the third party on behalf of the employer and receives a certain amount of wages in return. This type of wage appears as the commission pay. Due to this feature, it is seen that the commission pay is widely used in some areas in practice. In addition, the commission pay has been regulated as a type of wage in our Turkish Code of Obligations No. 6098 and it has clearly been allowed that such a wage type can be arranged between the employee and the employer. Likewise, the commission pay are regulated in Swiss and German law. However, in comparison to its prevalence and importance, the commission pay have not been examined in detail in Turkish law. Therefore in our study, the commission pay has been examined in detail by taking into account the Swiss and German laws.

Keywords

Wage, Employee's right to wage, Employer's payment obligation, The commission pay, The commission.

GİRİŞ

Kural olarak iş sözleşmesinin tarafları ücretin türünü, miktarını, ödeme zamanını ve biçimini serbestçe belirleyebilir¹. İşçinin ücreti, nakdi ücretler ile aynı ücretler şeklinde sınıflandırılacağı gibi sabit ücretler ile performansla bağlı ücretler şeklinde de sınıflandırılabilir². Şu halde ücretlerin zaman birimine göre hesaplanması yanında bireysel çalışma sonucuna göre de hesaplanması mümkündür³.

Performansa dayalı ücret, üretilen mal ve hizmetin miktarına yani yapılan işin sonucuna göre ödenen ücrettir⁴. Böylelikle işçilerin çalışmasının karşılığı tam olarak ödenmekte ve nihayetinde işçinin başarısı gerçek anlamda ödüllendirilmektedir⁵. Ancak bu durumda dahi işletmesel riskler işverene ait olup, işverenler bu riski işçiye devredecek şekilde bir düzenleme yapmamalı ve performansla dayalı ücret ödemelerinin sınırlarını ve koşullarını oluşturmalıdır⁶.

¹ **Cardinaux**, Basile: “Variable Vergütungen im Arbeitsrecht”, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und Berufliche Vorsorge, Heft: S1, 2020, s. 341; Tarafların ücretin miktarını, şeklini ödeme zamanını sözleşme serbestisi kapsamında serbestçe belirleyebildiklerine ilişkin bkz. **Çelik**, Nuri/**Caniklioglu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku, 35. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s. 323, 333, 335; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara 2022, s. 637, 647.

² **Ianni**, Sara/**Meier-Dieterle**, Felix C.: “Lohnarten – Eine “Tour D’horizon””, Der Schweizer Treuhänder, Heft: 3, 2014, s. 209.

³ **Geiser**, Thomas: “Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn”, Aktuelle Juristische Praxis, Heft: 4, 2001, s. 384.

⁴ **Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 80; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 622; **Ianni/Meier-Dieterle**, s. 210; “Gerçek ve gerçek olmayan (Echte und unechte) performansla bağlı ödeme arasında bir ayrım yapılmalıdır. Gerçek performansla dayalı ücret ile çalışan, ücretlerini aktif olarak etkileyebilir. İşçi ne kadar iyi çalışırsa ücreti o kadar yüksek olur. Parça başı ücret ve aracılık ücreti, gerçek performansla dayalı ücretler olarak kabul edilir. Çalışma sonucu, değerlendirmede temel alınır. Gerçek olmayan performansla dayalı ücret, şirketin başarısına bağlı olarak ortaya çıkan ücreti içerir veya belirli bir bölümün başarısına bağlıdır. Ücretlendirme başarıya bağlı olmasına rağmen, işçi başarının gerçekleşmesini doğrudan etkileyemez. Genellikle kâr veya satış payı olarak tasarlanan iş sonucundan pay alma, gerçek olmayan performansla dayalı ücret olarak nitelendirilir.” (**Ianni/Meier-Dieterle**, s. 210).

⁵ **Geiser**, s. 382; **Vogelsang**, Hinrich: Arbeitsrechts-Handbuch, VII. Buch. Entgeltzahlungspflicht, § 75. Provision, 19. Auflage, Hrsg. **Schaub**, Günter, Beck Verlag, München 2021, Rn. 1.

⁶ **Geiser**, s. 382; “Girişimcilik riski işveren tarafından karşılanır. Bu nedenle, ücret, tamamen iş sonucuna göre ölçülse bile, en azından yapılan iş için uygun bir ödeme ile sonuçlanmalıdır.” (**Cardinaux**, s. 341).

Performansa dayalı ücretin tüm iş ilişkilerinde aynı şekilde uygulanabilmesi imkânsız olup, hangi türünün uygun olduğu işin niteliğine, işçinin yaptığı işe ve konumuna bağlıdır⁷. Bu bağlamda performansa dayalı ücretler çeşitli şekillerde karşımıza çıkmakla birlikte konumuz açısından önemli olan aracılık ücretidir.

Türk Borçlar Kanununun⁸ (TBK) ücret hükümlerine bakıldığında, aracılık ücreti 404. maddede⁹ düzenlenmiş olup, bir ücret türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun (İBK) 322b ve 322c maddelerinde de aracılık ücreti, bir ücret türü şeklinde özel olarak düzenlenmiştir. Keza Alman hukukunda da Alman Ticaret Kanununun (Handelsgesetzbuch-HGB) § 65 hükmü aracılığıyla ticari temsilciler için geçerli olan § 87/1 ve 3 ve yine HGB'nin § 87a ile § 87c arası hükümlerinin, işçinin ücretinin aracılık ücreti olarak düzenlenmesi durumunda işçiler için geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁰.

⁷ Geiser, s. 383.

⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, R.G. 4.2.2011/27836.

⁹ *İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar.*

Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.

İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır.

Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür.

Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.

¹⁰ **Vogelsang**, Rn. 9; **Spinner**, Günter: Münchener Kommentar zum BGB, Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, § 611a Arbeitsvertrag, 8. Auflage, Hrsg. **Sacker**, Franz Jürgen/**Rixecker**, Roland/**Oetker**, Hartmut/**Limperg**, Bettina, Beck Verlag, München 2020, Rn. 663; **Krause**, Rüdiger: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, § 65 Erfolgsabhängige Leistungsentgelte, 5. Auflage, Hrsg. **Kiel**, Heinrich/**Lunk**, Stefan/**Oetker**, Hartmut, München 2021, Rn. 5; **Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87 [Provisionspflichtige Geschäfte], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022, Rn. 1 (87).

Aracılık ücreti, uygulamada özellikle bazı alanlarda yaygın olmakla birlikte mukayeseli hukuk da dikkate alınarak bu ücret türü ayrıntılı bir şekilde araştırılmamıştır. Çalışmamızda bir ücret türü olan aracılık ücreti, İsviçre ve Alman Hukukları da dikkate alınarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bununla birlikte çalışmamız, aracılık ücretinin hukuki niteliği, hesaplama esasları, doğumu ve sona ermesi gibi temel konuları kapsamakta olup, bu ücret ile çalışan işçilerin fazla çalışma, yıllık ücretli izin, kıdem tazminatı gibi konulardaki durumu çalışmanın hacmi gereği irdelenmemiştir. Bu kapsamda ilk olarak sırasıyla aracılık ücretinin tanımı, hukuki niteliği, türleri ve hesaplama şekli, aracılık ücretinin doğması ve sona ermesi incelenmiştir. Ardından bu ücret ile ilgili işverenin yazılı hesap verme yükümlülüğü ve işçinin inceleme hakkına değinilmiştir.

I. ARACILIK ÜCRETİNİN TANIMI VE AMACI

İsviçre hukukunda aracılık ücreti, işçi tarafından aracılık edilen veya yine işçi tarafından işveren adına yapılan sözleşmelere istinaden katılım payının bir yüzdesi olarak ifade edilmiştir¹¹. Keza Alman hukukunda da aracılık ücreti, işçinin faaliyetine atfedilebilecek işlemlerin değerinin bir yüzdesi olarak kabul edilir¹². Türk hukukunda ise işçinin yapmış olduğu işin

¹¹ **Fritsch**, Daniela: Orell Füssli Kommentar Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Hrsg. **Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016, s. 812; **Emmel**, Frank: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Auflage, Hrsg. **Huguenin**, Claire/**Müller-Chen**, Markus, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2016, s. 55; **Streiff**, Ullin/**Kaenel**, Adrian/**Rudolph**, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2012, s. 321; **Rehbinder**, Manfred/**Stöckli**, Jean-Fritz: Berner Kommentar zum Schweizerische Privatrecht Band: VI (Obligationenrecht) 2. Abteilung (Die Einzelnen Vertragsverhältnisse) 2. Teilband (Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR) 1. Abschnitt (Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR), Hrsg. **Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010, s. 272; **Stachelin**, Adrian: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht Band V/2c Das Obligationenrecht Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Auflage, Hrsg. **Gauch**, Peter/**Schmid**, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2006, s. 192, 193; **Bortolani**, Sergio/**Scherer**, Miriam: Stämpfli's Handkommentar Arbeitsvertrag, Hrsg. **Etter**, Boris/**Facincani**, Nicolas/**Sutter**, Reto, 2021, s. 145; **Morf**, Roger Peter: “§ 6 Besondere Lohn- und Vergütungsformen / XVI. Die Provision (Art. 322b und Art. 322c OR)”, Lohn und Besondere Vergütungsformen im Privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht Band/Nr. 73, Hrsg. **Portmann**, Wolfgang/**Stöckli**, Jean-Fritz, Stämpfli Verlag AG, 2011, s. 237.

¹² **Preis**, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bürgerliches Gesetzbuch Buch, Recht der Schuldverhältnisse, § 611a Arbeitsvertrag, 23. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**,

değeri ölçüsünde ve belirli bir oranda ödenen ücret olduğu ileri sürülmüştür¹³.

Aracılık ücreti, işçinin iş görme edimine ve başarısına paralel olarak ödenmektedir. Hal böyleyken aracılık ücretinin amacı, işçinin iş görme edimi neticesinde ortaya çıkan sonuca ve başarıya katılımını ödüllendirmek ve böylelikle işçiyi üçüncü kişilerle yeni anlaşmalar yapmaya teşvik etmektir¹⁴. Öyle ki aracılık ücreti, işçinin çabası neticesinde işveren ve üçüncü kişi arasında bir sözleşmenin akdedilmesiyle ortaya çıkar ve bu durum, işverenin veya üçüncü kişilerin çabalarından bağımsız olarak gerçekleşir¹⁵. Anılan nedenlerle aracılık ücreti, pazarlamacılar¹⁶, toptan ve perakende satışlarda, hizmet sektöründe ve sigortacılıkta yaygın şekilde düzenlenebilmektedir¹⁷.

II. ARACILIK ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide aracılık ücretinin hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda aracılık ücretinin performansa dayalı bir ücret olduğu¹⁸ ve yine aracılık ücretinin başarı ücreti olarak kabul edilmesi gerek-

Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 23. Auflage, 2023, Rn. 435; **Spinner**, Rn. 661; **Hagen**, 87, Rn. 2; **Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 65 [Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022, Rn. 1 (65).

¹³ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 331; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 636; **Sümer**, s. 78; **Bedük**, Mehmet Nusret: İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulaması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2004, s. 33; **Alparslan**, Murat: İşverenin Ücret Ödeme Borcu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1999, s. 23; Gerçekleştirilen faaliyetin değerine göre belirli bir yüzdeyle ödenmesi kararlaştırılan ücretin komisyon olarak ifade edildiği görüşüne ilişkin bkz. **Tekin**, Ufuk: "Acentenin Tahsil Komisyonu Talep Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 365; Benzer şekilde bkz. **Tuncay**, Can: "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", ÇEİS, C. 26, S. 2, 2012, s. 11.

¹⁴ **Morf**, s. 237.

¹⁵ **Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 65 [Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022, Rn. 8 (65).

¹⁶ **Preis**, Rn. 435; **Vogelsang**, Rn. 7.

¹⁷ **Bortolani/Scherer**, s. 145; **Cardinaux**, s. 345; **Sümer**, s. 79; Ticari işlerde uygulanan bir ücret olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 331; Daha ziyade komisyoncular gibi bağımsız çalışan kişiler için ödendiği görüşü için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 636.

¹⁸ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 321; **Rehbinder/Stöckli**, s. 272; **Stachelin**, s. 192; **Bortolani/Scherer**, s. 145; Aracılık ücretinin işçinin performansı dikkate alınarak belirlenen ücretlerden olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Kayık Aydınalp**, Aslıhan: "İş Hukukunda Prim", TAAD, C. 9, S. 36, 2018, s. 56.

tiği ileri sürülmüştür¹⁹. Çünkü aracılık ücreti, işçinin çalışmasıyla değil, aksine işverenle üçüncü kişi arasında bir sözleşmenin akdedilmesi noktasında başarıya ulaşılmasıyla ortaya çıkar²⁰. Keza aracılık yapılan veya işveren adına akdedilen sözleşmeler için ödenen aracılık ücretinin yapılan iş miktarıyla bağlantılı olmasından dolayı akort ücretin²¹ bir alt türünü temsil ettiği de savunulmuştur²². Yine performansa dayalı ücret olması bakımından parça başı ücretle yakından ilişkili olduğu da düşünülmüştür²³. Bununla birlikte öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, aracılık ücreti sadece performans ve başarı faktörlerinden değil, aynı zamanda kanunlarda yer alan düzenlemeler gereği doğması ve salt işçinin performansına ve başarısına dayanmaması nedeniyle parça başı ücretten farklıdır²⁴.

İşçinin aracılık ücretini talep edebilmesi için sadece işveren ile üçüncü kişi arasında sözleşme akdedilmesi veya işçinin işveren adına bu sözleşmeyi akdetmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda bu sözleşmenin geçerli bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu durumda her ne kadar işçi performans göstermiş ve sözleşme akdedilmiş olsa da sözleşmenin geçerli bir şekilde doğmaması durumunda ücrete hak kazanamayacaktır. Yine aracılık ücretinde, parça başı ücretin aksine işverenin yeterli derecede müzakere ortamı sağlamaması, işverenin üçüncü kişiyle sözleşme yapma zorunluluğunun olmaması ve hatta üçüncü kişiye sağlanan ürün veya hizmetin kalitesinin bile sözleşme yapmayı etkileyeceği ve işçinin aslında bir noktada rizikoyu üstlendiği unutul-

¹⁹ **Pletke**, Matthias/**Schrader**, Peter/**Siebert**, Jens/**Thoms**, Tina/**Klagges**, Rhea-Christina/**Teubert**, Rene: *Rechtshandbuch Flexible Arbeit*, B. Dimensionen der Flexibilisierung, 2. Auflage, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 820; **Spinner**, Rn. 661; **Krause**, Rn. 1; **Vogelsang**, Rn. 1; **Oetker**, 65, Rn. 1; Aracılık ücretinin iş sonucundaki paya benzer şekilde, başarı ile ilgili bir ücret olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Morf**, s. 239; Başarı ücreti olduğuna ilişkin bkz. **Rehbinder/Stöckli**, s. 272.

²⁰ **Krause**, Rn. 9; **Vogelsang**, Rn. 17; **Hagen**, 87, Rn. 9.

²¹ Akort ücretin yapılan işin sonucuna göre ödenen bir ücret olduğuna ve parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi birimler ölçü alınarak hesaplanacağına ilişkin bkz. **Bedük**, s. 48; Benzer şekilde bkz. **Centel**, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 23, 2011, s. 10 (Ücret Ödeme Borcu); **Kayık Aydınalp**, s. 57.

²² **Rehbinder/Stöckli**, s. 273; Yapılan işin sonucuna göre belirleneceğinden akort ücrete benzediği görüşüne ilişkin bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 331; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 636; **Alparslan**, s. 24; **Çopuroğlu**, Çağlar: *Ücret ve Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 27; Bununla birlikte bir bölge veya müşteri grubu için aracılık ücretinin kararlaştırılmasında bu tanımların uygun olmayacağı görüşüne ilişkin bkz. **Rehbinder/Stöckli**, s. 273.

²³ **Geiser**, s. 386; **Rehbinder/Stöckli**, s. 279.

²⁴ **Morf**, s. 238.

mamalıdır²⁵. Dolayısıyla aracılık ücreti, akort veya alt türü olan parça başı ücret gibi doğrudan işçinin performansına bağlı değildir²⁶. Bununla birlikte aracılık ücreti, işçinin aracılığıyla veya işveren adına işçi tarafından akdedilen veya belirli bir bölgedeki veya belirli bir müşteri grubundaki kişilerle yapılan sözleşmelerin değeri üzerinden ödenen bir ücret²⁷ olduğundan sonuç dikkate alınarak ödeneceği ve hak kazanmak için işçinin geçerli bir sözleşme yapma noktasında başarı sağlaması gerekeceği de göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak aracılık ücretinin akort veya parça başı ücret gibi performanstan ziyade başarıya dayanan ücrete daha yakın olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha isabetli bir çözüm olacaktır.

III. ARACILIK ÜCRETİNİN DİĞER ÜCRET TÜRLERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ

Performansa ve başarıya dayalı ücretler, bireysel olarak sadece işçinin performansına dayanabileceği gibi ilgili tüm işyerinin/işletmenin veya bazı bölümlerinin performansına da dayanabilir. İşte ilk durumda parça başına ücret ve aracılık ücreti söz konusu iken, ikinci durumda işin sonucundan pay alma söz konusu olur²⁸. Görüldüğü üzere işin sonucundan pay alma ile aracılık ücreti birbirine yakın ücret türleridir.

Ücret, bireysel işlemlerin değerine göre ödendiğinde aracılık ücreti söz konusuysa işin sonucundan pay alma, tüm işyeri/işletmenin toplam hacminden alınan payı ifade edecek olup, ilgili işçi tarafından yapılan işlemleri tek başına kapsamaz²⁹. Bu durumda işçinin bireysel performansı, sonucun bir kısmına etki etmektedir³⁰. Buna karşılık aracılık ücretinde ise işyerinin veya bir bölümünün başarısı belirleyici olmayıp, doğrudan işçinin bireysel performansı önem arz eder³¹. Yine işin sonucundan pay almanın aksine işçi, aracılık ücretinde yapılan sözleşmelerin işverene sağladığı kar ile de bağlı değildir³². Hal böyleyken işçi, iş sözleşmesi sona ermeden önce sonuçlandı-

²⁵ Benzer şekilde bkz. **Geiser**, s. 387.

²⁶ **Güneş**, Volkan: İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayınevi, Ankara 2021, s. 42.

²⁷ **Rehbinder/Stöckli**, s. 272; **Vogelsang**, Rn. 1.

²⁸ **Geiser**, s. 383.

²⁹ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 320.

³⁰ **Morf**, s. 238.

³¹ **Bortolani/Scherer**, s. 145; **Morf**, s. 237; **Geiser**, s. 386.

³² **Stachelin**, s. 192; **Çenberci**, Mustafa: İş Hukuku Şerhi I, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 511; Aracılık ücretinde satılan mal veya hizmet üzerinden elde edilen gelir dikkate alınarak hesaplama yapılırken kar payında satılan malların değerine göre

rılan, ancak daha sonra ifa edilen işlemler için de aracılık ücreti alma hakkına sahipken, işin sonucundan pay almada yalnızca hesaplama döneminde tamamlanan işlemlerden, yani ciroyu etkileyen işlemlerden pay alır³³.

Aracılık ücreti, işyerinin/işletmenin belirli bir oranda kar etmesi veya belirli bir oranda ciro yapılması durumunda ödenecekse, her ne kadar aracılık ücreti olarak adlandırılrsa da burada işin sonucundan pay alma ücreti vardır³⁴. Çünkü bu kapsamdaki ücret, işçinin bireysel faaliyetine göre değil, aksine belirli bir zaman dilimi içerisinde işyerinin/işletmenin bütünü veya bir bölümünün tüm işlemlerine göre hesaplanmaktadır³⁵. Nihayetinde işyeri/işletmenin kârıyla bağlantılı olan, yani kişisel satış miktarına bağlı olmayan ödemeler, aracılık ücreti değildir³⁶. Keza Alman hukukunda da kar komisyonu (umsatz provision), kardan pay alma gibi düzenlenmiş olup, işyerinin/işletmenin veya işletmenin bir bölümünün toplam satışına dayanmakta olduğu ve işçinin bireysel faaliyeti ve başarısı ile bağlantılı olmadığı kabul edilmiştir³⁷. Hatta bu komisyon türüne sözleşme yapısına bağlı olarak kâr paylaşımı hükümlerinin uygulanabileceği dahi ileri sürülmüştür³⁸.

İşçiye işlemlerin değeri veya sayısı ne olursa olsun, aracılık ücreti adı altında asgari bir ödeme yapılıyorsa, bu durumda işçiye aracılık ücreti değil, sabit bir ücret ödenmektedir³⁹. Çünkü asgari bir aracılık ücreti taahhüt edilmişse, gerçekte aracılık edilen veya sonuçlandırılan işlemlerden bağımsız olarak ücret ödeme borcu ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Öte yandan aracılık ücreti, prim ve ikramiye gibi ücret eklerinden de farklıdır. Prim, ikramiye gibi ücret eklerinin aksine, işverenin aracılık ücreti ödemesi konusunda herhangi bir takdir yetkisi olmayıp, aracılık ücretinin doğumuna ilişkin şartlar yerine getirilirse, bu ücretin ödenmesi gerekmektedir⁴¹.

kardan pay verildiği görüşüne ilişkin bkz. **Çil**, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 391.

³³ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 320.

³⁴ Aracılık ücreti, işçinin bireysel iş performansı ile değil, şirketin veya bir bölümün genel başarısıyla ilgiliyse bu ücretin, OR 322a maddesine göre işin sonucundan pay alma ücreti olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Bortolani/Scherer**, s. 146.

³⁵ **Rehbinder/Stöckli**, s. 273; **Morf**, s. 238; **Senti**, Christoph: "Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen", Aktuelle Juristische Praxis, Heft:5, 2015, s. 697.

³⁶ **Hagen**, 87, Rn. 2.

³⁷ **Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges/Teubert**, Rn. 821; **Spinner**, Rn. 661; **Vogelsang**, Rn. 2; **Oetker**, 65, Rn. 2.

³⁸ **Spinner**, Rn. 661; **Krause**, Rn. 2; **Vogelsang**, Rn. 2; **Oetker**, 65, Rn. 2.

³⁹ **Rehbinder/Stöckli**, s. 272; **Fritsch**, s. 812.

⁴⁰ **Fritsch**, s. 812.

⁴¹ **Bortolani/Scherer**, s. 145.

Aracılık ücretinin, işçinin iş ilişkisi dışında gerçekleştirdiği bir faaliyetle ilgili olarak ödenmesi durumunda aracılık ücretinin değil, komisyonculuk sözleşmesinin var olduğu düşünülmelidir⁴². Bir inşaat işçisi olan usta-başının özel bir anlaşmaya dayalı olarak müteahhitte kazandırdığı her inşaat sözleşmesi için bir ücret alması bu duruma örnek olarak verilebilir⁴³.

IV. ARACILIK ÜCRETİ TÜRLERİ

İşçinin aracılık görevi, çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda işçinin aracılığı, işveren adına sadece aracılık etmek veya işveren adına hem aracılık etmek hem de sözleşme akdetmek şeklinde sınıflandırılabilir (Die Vermittlungs- Abschlussprovision). Ancak aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe işçi, aracılık görevini ifa eder veya aracılık ücretine tabi sözleşmeyi işverenle yapmaya hazır bir müşteriyi bulur ve sözleşme geçerli bir şekilde kurulursa bu ücreti talep edebilir⁴⁴. Dolayısıyla işçinin temel görevi, işveren için potansiyel müşterileri aramak, bunları ziyaret etmek, ürünlerin tanıtımını ve bilgilendirmesini yapmak ve nihayetinde sözleşme yapmaya ikna etme noktasında çabalamaktır⁴⁵. Bu kapsamda genellikle önceden tip olarak hazırlanan sözleşmeyi müşteri imzalamakta ve işçiye teslim etmektedir⁴⁶. Ancak bu aracılık ücreti türünde dikkat edilmesi gereken nokta, aracılık faaliyetinin üçüncü tarafla akdedilen sözleşmenin konusuyla ilgili olmasıdır⁴⁷.

Kural olarak işçinin işveren adına ve hesabına üçüncü kişilerle sözleşme akdetme yetkisi yoktur. Ancak bu durumun aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Bu noktada hem aracılık etmek hem de sözleşme akdetme durumu söz konusu olup işçi, işveren adına ve hesabına sözleşme yapma yetkisine sahiptir⁴⁸. Başka bir ifadeyle işçi, işverenin temsilcisi olarak hareket eder. Ancak her temsil yetkisinde olduğu gibi bu durumda da işçinin yetkisi kapsamlı veya sınırlı olabilir⁴⁹. Dolayısıyla işçinin temsil yetkisini aşmaması gerekmektedir. Aksi halde yetkisiz temsil söz konusu olacaktır.

İşveren adına aracılık etmek veya sözleşmeyi akdetmek şeklindeki aracılık ücreti dışında bölge ve alan aracılık ücreti de (Bezirks- oder Rayonprovision) düzenlenebilir. Burada bir işçiye işveren tarafından belirli bir alan veya müşteri grubu tahsis edilmektedir⁵⁰. Başka bir ifadeyle işçiye mekânsal olarak sınırlı bir bölge veya belirli bir müşteri grubu atanmaktadır⁵¹. Böylelikle işçi, bu bölgede veya ilgili müşteri grubu ile aracılık etme

⁴² Staehelin, s. 193.

⁴³ Staehelin, s. 193.

veya sözleşme akdetme noktasında katkısı olmasa bile aracılık ücretine hak kazanmaktadır⁵².

Bölge ve alan aracılık ücretinde bölge sınırlarının içerisindeki müşteriler, işlemin yapıldığı sırada işçinin sorumlu olduğu bölgede ikamet eden kişilerdir⁵³. Hatta bölgede ikamet eden kişilerle bölge sınırları dışında yapılan veya bölge sınırları dışındaki şubeler için bölge sınırları içerisinde bulunan merkez tarafından yapılan sözleşmeler de aracılık ücretine tabidir⁵⁴.

⁴⁴ **Bortolani/Scherer**, s. 146; Pazarlamacılık sözleşmesinde de kural olanın pazarlamacının işlemlere aracılık etmesi olduğu ve fakat tarafların yazılı şekilde pazarlamacıya işlemi akdetme yetkisini de verebileceği görüşüne ilişkin bkz. **Topuz**, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m.448-460)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 299; Pazarlamacının, bir ticari işletmenin merkezi dışındaki yerlerde tacir adına aracılık eden veya sözleşme yapan kimse olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Topçuoğlu**, Metin: “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2011, s. 32.

⁴⁵ **Morf**, s. 239; **Yavuz**, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 538; Aracı pazarlamacı hakkında da benzer durumun olduğuna ilişkin bkz. **Topçuoğlu**, s. 33; **Koç**, Derviş: Pazarlamacılık Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014 s.19-20; İşlem yapma veya yapılmasına aracılık etme ediminin pazarlamacılık sözleşmesinde iş görme edimi olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Centel**, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, Tisk Akademi, C. 6, S. 12, 2011, s. 14 (Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması).

⁴⁶ **Topçuoğlu**, s. 33; **Koç**, s. 20.

⁴⁷ **Krause**, Rn. 12.

⁴⁸ **Morf**, s. 240; **Cardinaux**, s. 345; Bu yetkiye sahip olan pazarlamacının taciri temsil yetkisine sahip olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Topçuoğlu**, s. 34; Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacının, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkili olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Topçuoğlu**, s. 35, 38; Benzer şekilde bkz. **Koç**, s. 19.

⁴⁹ **Morf**, s. 240.

⁵⁰ **Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87 [Provisionspflichtige Geschäfte], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022, Rn. 14 (87); **Krause**, Rn. 1; **Spinner**, Rn. 661; **Morf**, s. 240; **Rehbinder/Stöckli**, s.273; **Hagen**, 87, Rn. 26.

⁵¹ **Hagen**, 87, Rn. 30.

⁵² **Hagen**, 87, Rn. 32; **Oetker**, 87, Rn. 17; Benzer düzenlemenin TTK’da acenteler hakkında düzenlendiği ve acenteye belirli bir bölge veya müşteri çevresinin münhasıran tahsis edilmesi halinde, bu bölgede yahut müşteri çevresiyle kendi katkısı olmaksızın kurulan işlemler sebebiyle de ücret ödeneceği görüşü için bkz. **Tekin**, s. 364; Pazarlamacılar için de benzer durumun olduğuna ilişkin bkz. “**Topuz**, s. 332; **Tuncay**, s. 12; **Topçuoğlu**, s. 48; **Akdeniz**, Umut: “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 4, 2013, s. 23.

⁵³ **Hagen**, 87, Rn. 33; **Oetker**, 87, Rn. 17.

⁵⁴ **Hagen**, 87, Rn. 33; **Oetker**, 87, Rn. 17.

Buna karşılık müşterinin yerleşim yerinin bölge dışında olması ile birlikte sözleşmenin bölge sınırları içerisinde yapılması halinde bu işlem, aracılık ücreti kapsamında bir işlem olmadığından işçinin aracılık ücreti talep hakkı doğmaz⁵⁵.

Alman hukukunda, HGB § 65/2 hükmüne göre bölge aracılık ücreti, işçiler için uygulanmaz. Bununla birlikte tarafların iş sözleşmesinde aksini düzenlemesine izin verilir⁵⁶. Bu olasılıkta işçiye belirli bir bölge veya müşteri grubunun atanması yeterli olmayıp, o bölgeye ait müşterilerle yapılan işlemlerde işçinin etkisi olmasa dahi işçiye bölge aracılık ücretinin ödeneceğine ilişkin sözleşmede açık bir düzenleme olmalıdır⁵⁷. Buna karşılık pazarlamacılık sözleşmesinde aksi durum söz konusu olup, pazarlamacıya belirli bir bölge veya müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisinin verilmesi durumunda TBK'nın 453/1. maddesi gereği pazarlamacının burada tekel hakkı söz konusudur ve aksi durum, açıkça kararlaştırılmalıdır⁵⁸.

V. ARACILIK ÜCRETİNİN HESAPLANMASI

A. Tam İfa Durumunda Hesaplama

İsviçre Borçlar Kanununun 322b/1 ve yine TBK'nın 404. maddesinde aracılık ücretinin hesap esasları belirlenmediğinden taraflar, serbestçe bu esasları belirleyebilir. Ayrıca taraflar, aracılık ücretinin tutarını veya süresini sınırlandıracak şekilde hükümleri de sözleşmede düzenleyebilir⁵⁹. Çünkü İBK'nın 322b. maddesi, aracılık ücretinin miktarını değil, kaynağını düzenler⁶⁰. Keza TBK'nın 404. maddesinde de aracılık ücretinin miktarı ve ödeme süresi ile ilgili emredici bir hüküm bulunmamaktadır.

Aracılık ücretinin hesaplamasına ilişkin esaslar tarafların anlaşmasına tabi olmakla birlikte en yaygın olanı, satış miktarı veya geliri üzerinden yüzde olarak hesaplamaktır⁶¹. Ayrıca işlem değeri dikkate alınmaksızın yapılan işlem sayısına veya ağırlık birimine göre de aracılık ücreti ödene-

⁵⁵ Hagen, 87, Rn. 34; Oetker, 87, Rn. 17.

⁵⁶ Hagen, 87, Rn. 27; Vogelsang, Rn. 25.

⁵⁷ Hagen, 87, Rn. 27; Vogelsang, Rn. 26; Oetker, 87, Rn. 15.

⁵⁸ Koç, s. 53; Akdeniz, s. 25; Topuz, s. 326; Topçuoğlu, s. 45.

⁵⁹ Bortolani/Scherer, s. 150.

⁶⁰ Bortolani/Scherer, s. 150.

⁶¹ Rehbinden/Stöckli, s. 277; Cardinaux, s. 345; Aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe satış geliri üzerinden hesaplanması gerektiğine ilişkin bkz. Staehelin, s. 196; Bortolani/Scherer, s. 150; "Komisyon hakkı, pazarlamacının aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerin sayısına göre belirlenebileceği gibi aracılık edilen ya da kurulan sözleşmelerin para cinsinden karşılığına göre de tespit edilebilecektir." (Topuz, s. 330).

bilir⁶². Bu durumda aracılık ücreti = satış miktarının %x'i veya satılan birim başına x miktar şeklinde kararlaştırılabilir⁶³.

Aracılık ücretinin hesap esasları, işçinin aracılık ettiği veya sonuçlandırdığı işlemlerin gelirin dayandığı gibi karına da dayanabilir⁶⁴. Ancak aksi açıkça kararlaştırılmadıkça kar üzerinden değil, satış geliri üzerinden hesaplanmalıdır⁶⁵. Hatta İsviçre hukukunda şüphe durumunda bu ücretin kar üzerinden değil, ciro üzerinden hesaplanması kabul edilmektedir⁶⁶.

Aracılık ücreti, satış geliri arttıkça artan yani basamaklı şekilde de hesaplanabilir⁶⁷. Yine aracılık ücreti, şarta bağlı olarak da kararlaştırılabilecek olup, örneğin belli bir miktar satıştan sonra ödenebilir⁶⁸. Bu durumda belirlenen hedefin aşılmasına bağlı olarak taliki bir koşul bulunmaktadır⁶⁹. Ancak hangi hesap yöntemi belirlenirse belirlensin, aracılık ücretine hak kazanılabilmesi için işverenle üçüncü kişi arasında geçerli bir sözleşmenin akdedilmesi gerekmektedir⁷⁰.

Alman hukukunda, çok sayıda alımlarda ve nakit ödemelerde yapılan indirimlerin⁷¹, navlun, paketleme, gümrük ve vergiler gibi tüm yan masrafların aracılık ücret hesabından düşülemeyeceği fikri savunulmaktadır⁷². İsviçre hukukunda ise sadakat iskontosu ve çok sayıda alımlarda alım miktarı üzerinden yapılan indirimlerin aracılık ücreti hesabında dikkate alınacağı ve fakat peşin ödemeden işveren yararlandığı için peşin ödeme indiriminin aracılık ücretinde dikkate alınamayacağı ileri sürülmüştür⁷³. Yine aksi ka-

⁶² **Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87b [Höhe der Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022, Rn. 2 (87b); **Krause**, Rn. 25; **Rehbinder/Stöckli**, s. 272; **Stahelin**, s. 196; **Bortolani/Scherer**, s. 150.

⁶³ **Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87b [Höhe der Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022, Rn. 1 (87b).

⁶⁴ **Fritsch**, s. 813.

⁶⁵ **Emmel**, s. 55.

⁶⁶ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 321; **Rehbinder/Stöckli**, s. 274; **Fritsch**, s. 813.

⁶⁷ **Rehbinder/Stöckli**, s. 278; Aracılık ücreti derecelendirmelerinin de yapılabileceğine ilişkin bkz. **Spinner**, Rn. 611.

⁶⁸ **Krause**, Rn. 3; **Stahelin**, s. 195.

⁶⁹ **Krause**, Rn. 3.

⁷⁰ **Senti**, Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen, s. 697.

⁷¹ **Hagen**, 87b, Rn. 8.

⁷² **Krause**, Rn. 24; Nakit ödemeler için hiçbir indirim (nakit indirimleri) aracılık ücretine tabi ücretten düşülmeyeceği ve yine kargo, paketleme, gümrük, vergiler gibi yan maliyetler için de aynısının geçerli olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Oetker**, 87b, Rn. 3.

⁷³ **Rehbinder/Stöckli**, s. 277-278; Peşin ödeme avantajı işverene fayda sağladığı için peşin ödeme indirimi kesintisi yapılmayacağı görüşüne ilişkin bkz. **Stahelin**, s. 196.

karlaştırılmadıkça nakliye, gümrük vergileri, sigorta veya paketleme gibi işveren tarafından üstlenilen masrafların aracılık ücreti hesaplamasında nihai tutarından düşülemeyeceği düşünülmüştür⁷⁴. Bununla birlikte İsviçre hukukunda aksi yönde görüşler de olup, aracılık ücretinin nakliye masrafları, sigorta primleri, KDV tutarları gibi kesintiler yapılarak müşteriye fatura edilen net tutar üzerinden hesaplanacağı ileri sürülmüştür⁷⁵. Türk hukukunda da brüt veya net satış tutarı üzerinden aracılık ücretinin hesaplanacağına ilişkin engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. İşverence yüklü miktarda alım, peşin ödeme veya hatır indirimi gibi liste fiyatlarından başta yapılan indirimlerde aracılık ücretinin indirimden sonraki miktar üzerinden hesaplanması gerekmekte birlikte nakliye, vergi, sigorta veya paketleme gibi masraflar işverence üstlenileceğinden, aracılık ücretinin hesabında dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak taraflarca net tutar üzerinden hesaplama yapılacağı açıkça karlaştırılmışsa, söz konusu masraflar düşüldükten sonra kalan net tutar üzerinden aracılık ücreti hesaplanmalıdır.

B. Kısmi İfa Durumunda Hesaplama

Türk Borçlar Kanununun 404/3. maddesine göre kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılacaktır. Benzer hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 322b maddesinde de düzenlenmiştir. Bu kapsamda kısmi ifa durumunda, aracılık ücreti orantılı olarak ödenir⁷⁶. Hatta bu maddenin nispi emredici olmasından dolayı kısmi aracılık ücret talebi başka koşullara da bağlanamaz⁷⁷.

Alman hukukunda da benzer uygulama bulunmaktadır. Aracılık ücreti talebi için işverenin borcunu tamamen ifa etmesi gerekmez⁷⁸. İşveren sözleşmeden doğan edimlerinin tamamını yerine getirmiş ise tam ifa, kısmen

⁷⁴ Reh binder/Stöckli, s. 277.

⁷⁵ Fritsch, s. 813; Bortolani/Scherer, s. 150; Başka bir anlaşma olmaması durumunda, kesintilerden sonraki hesap tutarının tamamı üzerinden aracılık ücretine hak kazanılacağı görüşüne ilişkin bkz. Emmel, s. 56; Brüt veya net ciro üzerinde hesaplama yapılabileceği görüşüne ilişkin bkz. Reh binder/Stöckli, s. 277; Aksi karlaştırılmadıkça üçüncü kişilere ödenecek olan KDV, posta, paketleme, sigorta gibi masraflar düşüldükten sonraki miktar üzerinden aracılık ücretine hak kazanıldığı görüşüne ilişkin bkz. Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 325; Hesaplama esasındaki fiyatın söz konusu işlem için işveren tarafından fatura edilen fiyat yani net fiyat olduğu, brüt fiyattan KDV, indirimler, ölçüm ve tartım ücretleri, sigorta primleri, gümrük ve taşıma masraflarının düşüleceği görüşüne ilişkin bkz. Staehelin, s. 196.

⁷⁶ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Fritsch, s. 813; Bortolani/Scherer, s. 154; Krause, Rn. 17.

⁷⁷ Reh binder/Stöckli, s. 275; Staehelin, s. 197.

⁷⁸ Oetker, 87a, Rn. 3.

yerine getirmişse ise kısmi ifa söz konusudur⁷⁹. Bu durumda aracılık ücret talebi tam ifa halinde tam olarak, kısmi ifa durumunda ilgili ölçüde kesin hale gelir⁸⁰. Kaldı ki üçüncü kişi, işlemi gerçekleştirir gerçekleştirmez ve gerçekleştirdiği ölçüde aracılık ücret talebi kesinleşir⁸¹. Dolayısıyla üçüncü kişi kısmen ifa ederse, işçinin kısmi aracılık ücret hakkı devam eder⁸². Nihayetinde kısmi aracılık ücretini ortadan kaldıracak düzenlemelere de izin verilmez⁸³.

VI. ARACILIK ÜCRETİNİN MİKTARI

Aracılık ücretinin miktarı, bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle belirlenebilir⁸⁴. İsviçre hukukunda, sözleşmede, asıl ücretin sadece aracılık ücretinden oluştuğu düzenlenebileceği gibi ağırlıklı kısmının bu ücret olduğu da düzenlenebilir⁸⁵. Keza Alman hukukuna göre de işçiye tek başına⁸⁶ veya sabit bir ücrete ek olarak aracılık ücreti ödenebilir⁸⁷. Türk hukukunda da benzer durum bulunmaktadır⁸⁸.

⁷⁹ Oetker, 87a, Rn. 2; Vogelsang, Rn. 36.

⁸⁰ Hagen, 87a, Rn. 5; Oetker, 87a, Rn. 3; “İşveren işlemi kısmen gerçekleştirmişse, işlem artık tam olarak yapılmaya bile kısmi ifa için üçüncü kişinin edimi üzerinden aracılık ücreti alma hakkı devam eder” (Vogelsang, Rn. 36).

⁸¹ Hagen, David: BeckOK (Beck’scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87a [Fälligkeit der Provision], 64. Edition, Hrsg. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter, 2022, Rn. 7 (87a).

⁸² Oetker, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87a [Fälligkeit der Provision], 22. Auflage, Hrsg. Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid, 2022, Rn. 6 (87a); Vogelsang, Rn. 39; Hagen, 87a, Rn. 7.

⁸³ Vogelsang, Rn. 38.

⁸⁴ Hagen, 87b, Rn. 3; Krause, Rn. 23.

⁸⁵ Abegg, Andreas/Bernauer: Christof: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Hrsg. Gauch, Peter/Stöckli, Hubert, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2021, s. 871; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 325; Emmel, s. 55; Rehbindler/Stöckli, s. 272; Fritsch, s. 812.

⁸⁶ Hagen, 65, Rn. 6.

⁸⁷ Vogelsang, Rn. 7; Oetker, 65, Rn. 4.

⁸⁸ Sümer, s. 79; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s. 382-383; Doğan Yenisey, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 317; Bedük, s. 33; Tuncay, s. 11; Asıl ücreti teşkil etmeye elverişli olduğuna ilişkin bkz. Çenberci, s. 511; Çoğu zaman asıl ücrete ek olarak ödendiğine ilişkin bkz. Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 331; Aksi görüş için bkz. Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış: “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi “ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 30, 2011, s. 251; Esas ücrete ek ödeme niteliğinde olduğu görüşüne ilişkin bkz. Kayık Aydınalp, s. 54-55.

Aracılık ücreti, sabit bir ücret ile birlikte ödenmesi durumunda işçiye gelir güvencesi sağlanmaktadır⁸⁹. Çünkü aracılık ücretine hak kazandıran işlemler, dış etkenlere özellikle de müşteri tercihinine, işverenin ticari itibarına ve ürün kalitesine bağlı olup, sadece işçinin performansına bağlı değildir. Bu durumda işçinin, ücretsiz çalışması riskine karşı korunması gerekmektedir⁹⁰. Yine sadece aracılık ücretine dayalı çalışma söz konusuysa bu ücret, işçinin çalışması için uygun olmalıdır⁹¹. Dolayısıyla böyle bir durumda aracılık ücretinin miktarı, her zaman makul ücrete karşılık gelmelidir. Keza İsviçre hukukunda, işçinin ücreti sadece aracılık ücretinden oluşuyorsa asgari ücrette uyulup uyulmadığı kontrol edilir ve asgari ücret seviyesinin altında ücret ödenmesi durumunda işverenin ücreti tamamlaması gerekir⁹². Yine Alman hukukunda da asgari ücret ve toplu iş sözleşmesi düzenlemelerine uyulması koşuluyla, tek başına aracılık ücreti düzenlenebilir⁹³. Hal böyleyken aracılık ücreti hangi şekilde hesaplanırsa hesaplansın, asgari ücretin veya toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenen miktarın altına inemez⁹⁴. Hatta Alman hukukunda toplu sözleşmede asgari ücret ve buna ek olarak iş sözleşmesinde aracılık ücreti kararlaştırılmışsa, aracılık ücret ödemeleri de dâhil olmak üzere toplu iş sözleşmesindeki ücretin ödenmesi gerektiği, yani aracılık ücreti ve sabit ödeme toplamının toplu iş sözleşmesinde garanti altına alınan miktara ulaşmasının yeterli olduğu kabul edilir⁹⁵.

İsviçre hukukunda, TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesini düzenleyen 454. maddesinin mehazı olan 349a/2. hükmünün, yani ücretinin tamamının veya önemli bir kısmının aracılık ücreti şeklinde ödenmesi durumunda makul olması gerektiği düzenlemesinin iş ilişkilerinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹⁶. Bu kapsamda iş sözleşmesindeki aracılık ücreti düzenle-

⁸⁹ Geiser, s. 387.

⁹⁰ Krause, Rn. 4.

⁹¹ Ianni/Meier-Dieterle, s. 210.

⁹² Cardinaux, s. 343.

⁹³ Spinner, Rn. 663; Krause, Rn. 4.

⁹⁴ Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges/Teubert, Rn. 822; Krause, Rn. 4.

⁹⁵ Spinner, Rn. 667; Vogelsang, Rn. 7; Hagen, 87b, Rn. 6.

⁹⁶ Geiser, s. 387; Senti, Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen, s. 709; "Ana hatla-
rıyla belirtilen ücret özgürlüğü çeşitli kısıtlamalara tabidir. Örneğin, pazarlamacıların
ücretleri komisyonlu veya komisyonsuz sabit bir ücretten oluşmalıdır (Madde 349a
Para. 1). Ücretin münhasıran veya esas olarak bir komisyon şeklinde olması gerektiğine
dair yazılı bir anlaşma, yalnızca komisyonun pazarlamacının çalışması için uygun bir
ücretle sonuçlanması durumunda geçerlidir (Madde 349a Para. 2). Federal Yüksek
Mahkeme, bu düzenlemenin, yalnızca pazarlamacılar için değil, aynı zamanda işçiye
münhasıran veya ağırlıklı olarak komisyon ödendiği tüm durumlarda geçerli olması

mesi, işçinin makul bir ücret almasını sağlamıyorsa, ücrete ilişkin sözleşme hükmü bir bütün olarak geçersizdir ve ilgili sektördeki olağan ücret koşulları ile değiştirilmelidir⁹⁷. Keza Alman hukukunda da aracılık ücretinin makul ücrete karşılık gelmesi kabul edilmektedir⁹⁸. Taraflar açıkça miktarı düzenlememişlerse Alman hukukunda, çalışma alanı dikkate alınarak alışılmış/olağan miktarın dikkate alınacağı ve bu mümkün değilse makul bir ölçüye göre belirleneceği kabul edilir⁹⁹. Bunun yanı sıra Alman hukukunda, sabit bir ücret olmaksızın ödenen aracılık ücreti uygun bir miktarda değilse ya da zor işlemlerin riskini işçi tek başına üstlenmek zorundaysa münhasıran aracılık ücreti düzenlemesinin ahlaka aykırı olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Hiç şüphesiz Türk hukukunda da aracılık ücretinin asgari ücretin altında olmaması gerekmektedir¹⁰¹. Bu kapsamda TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesini düzenleyen 454. maddesini kıyasen¹⁰² ve yine TBK'nın 401. maddesini doğrudan temel aldığımızda işçiye asgari ücretten az olmamak üzere makul aracılık ücretinin tek başına ödenebileceği kanaatindeyiz. Keza işçinin aracılık ücretine hak kazanması sadece performansına bağlı olmayıp, dış etkenlere de bağlı olduğundan aradaki ücret farkının işverence ödenmesi

gerektiğine karar vermiştir.” (Cardinaux, s. 341); “Ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyon ücretinden oluşacağına dair şart ancak yazılı olursa geçerlidir. Ayrıca komisyonun pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığı olması da bu anlaşmanın geçerli olması için şarttır (m. 454/2). Komisyon ağırlıklı bir ücret belirlenirken pazarlamacının eğitim düzeyi, işe kişisel katkısı, sorumluluğu ve sosyal yükümlülükleri göz önünde tutulur.” (Topuz, s. 302-303).

⁹⁷ Bortolani/Scherer, s. 156.

⁹⁸ Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges/Teubert, Rn. 823.

⁹⁹ Vogelsang, Rn. 48; Hagen, 87b, Rn. 4; Krause, Rn. 22-23; Oetker, 87b, Rn. 2.

¹⁰⁰ Vogelsang, Rn. 7; Oetker, 65, Rn. 4; Hagen, 65, Rn. 6; Krause, Rn. 4; Ücret, ilgili sektörde ve ekonomik bölgede ödenen bir ücretin üçte ikisi bile değilse veya ekonomik alanda gerçekleştirilen faaliyet için genel ücret düzeyinin altında ise BGB § 138 Paragraf 2 anlamında edim ve karşı edim arasında bariz bir orantısızlık olduğu görüşüne ilişkin bkz. Hagen, 65, Rn. 6.

¹⁰¹ Süzek, s. 383; Sarı Çiftçi, Saliha: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmesinde Ücret (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2015, s. 44.

¹⁰² Maddede geçen uygun ücretin asgari ücretten fazla olmak şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Güllüce, Muhammed Ali: Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2014, s. 76; TBK m. 454/2 hükmünün kıyasen iş sözleşmelerine uygulanması durumunda ücretin tamamen performansa dayalı olarak belirlenmesinin mümkün olduğu ve fakat işçinin bireysel performansı ile başkaca faktörlerin ücreti etkilemesi durumunda mümkün olmadığı görüşü için bkz. Güneş, s. 47.

gerekmektedir. Bununla birlikte işçinin makul bir aracılık ücreti almaması, performansından kaynaklanıyorsa ücret kaybını kendisi üstlenmelidir¹⁰³.

Aracılık ücreti işçinin yaptığı iş, eğitimi, yaşı, kıdemi dikkate alınarak geçim masraflarını tatmin edici bir şekilde karşıladığında makul ücret olarak kabul edilir¹⁰⁴. Sektörde alışlagelmiş ücret düzeyi, yol gösterici olarak dikkate alınabilir¹⁰⁵. Keza TBK'nın 401. maddesinde de işçiye emsal ücretin ödenmesi gereği açıkça düzenlenmiştir. Ancak makullüğün tespitinde belirleyici olan, işçinin fiilen elde ettiği kazançlar değil, makul çabalarla elde edilebileceği kazançlardır¹⁰⁶.

İşçinin ileride hak ettiği aracılık ücret alacaklarına mahsup edilecek şekilde aylık sabit bir gelir ödemesi de iş sözleşmesinde düzenlenebilir¹⁰⁷. Ancak burada dikkate edilmesi gereken nokta, aracılık ücretini almaya hak kazanan işçiye aylık belirli bir miktar garanti edilmişse, artık bir aydaki düşük kazançlar başka bir aydaki kazanç fazlasından mahsup edilemez¹⁰⁸.

VII. ARACILIK ÜCRETİNE HAK KAZANILMASININ ŞARTLARI

A. Aracılık Ücretinin İş Sözleşmesinde Düzenlenmesi

Aracılık ücreti, diğer ücretler gibi bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenebilir. Aracılık ücretine hak kazanılabilmesi için her şeyden önce bu ücret türü sözleşmede düzenlenmelidir¹⁰⁹. İş sözleşmesinde düzenlendikten sonra üçüncü kişi ile akdedilen sözleşmenin işveren açısından karlı olup olmadığı, aracılık ücretinin doğumu için önemli değildir¹¹⁰. Çünkü aracılık ücreti kârdan değil, bireysel işlemlerin değerinden hesaplanır¹¹¹.

¹⁰³ Bortolani/Scherer, s. 155.

¹⁰⁴ Emmel, s. 55; Bortolani/Scherer, s. 155; Ianni/Meier-Dieterle, s. 210; Cardinaux, s. 341.

¹⁰⁵ Emmel, s. 55; Bortolani/Scherer, s. 155.

¹⁰⁶ Ianni/Meier-Dieterle, s. 210.

¹⁰⁷ Krause, Rn. 4; Hagen, 87b, Rn. 6; Oetker, 65, Rn. 3.

¹⁰⁸ Oetker, 65, Rn. 3; Hagen, 87b, Rn. 6; Spinner, Rn. 662; Vogelsang, Rn. 4; Krause, Rn. 33; "İşveren tarafından avans olarak fazla ödenen tutarlar, sözleşmenin yorumuna göre garanti edilen asgari komisyonları temsil ediyorsa, işçinin geri ödeme yükümlülüğü yoktur." (Rehbinder/Stöckli, s. 276).

¹⁰⁹ Hagen, 65, Rn. 3; Vogelsang, Rn. 13.

¹¹⁰ Rehbinder/Stöckli, s. 274; Staehelin, s. 193; Ianni/Meier-Dieterle, s. 210; Oetker, 87, Rn. 7; Hagen, 87, Rn. 9.

¹¹¹ Ianni/Meier-Dieterle, s. 210.

B. İşçinin İşveren Adına Aracılık Etmesi

Mehaz İBK'nın 322b. maddesi, işçinin aracılık ücretini elde edebilmesi için hangi faaliyetlerde bulunması gerektiğini düzenlemez¹¹². Keza TBK'nın aracılık ücretine ilişkin hükümlerinde de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla aracılık ücreti, işçinin üçüncü kişiyle bir sözleşme yapması (abschluss) veya bir sözleşme akdetmek isteyen tarafa aracılık etmesi (vermittlung) durumunda söz konusu olur¹¹³. Şu halde taraflar, işçinin yapılacak işleme katkısını serbestçe belirleyebilir. Örneğin, işçinin sözleşmeyi kendisinin yapması gerektiği ve sadece aracılık faaliyetinin yeterli olmadığı kabul edilebilir¹¹⁴. Öyle ki işçi, işveren adına sözleşme akdetme yetkisiyle yetkilendirilmişse sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte aracılık ücreti doğarken, işçinin yetkilendirilmemesi durumunda işverenin onayı ile birlikte aracılık ücreti doğar¹¹⁵. Öte yandan işçinin sözleşmenin yapılmasına katkıda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, belirli bir alanda veya müşteri grubu ile yapılan tüm işlemler için aracılık ücretine hak kazanacağını düzenlemek de mümkündür¹¹⁶.

Aracılık ücretinde, sadece işverence satılan mal veya hizmetle ilgili aracılık ücretinin düzenleneceği algısı hâkim olmakla birlikte İsviçre hukukunda işverenin satın alan tarafında olması durumunda da bu ücretin ödenebileceği ileri sürülmüştür¹¹⁷. Keza Alman hukukunda HGB § 87b/2 hükmünde aracılık ücretinin hesabının üçüncü kişinin veya işverenin ödemek zorunda olduğu ücrete göre hesaplanması düzenlenmektedir¹¹⁸. Kanaatimizce TBK'nın 404. maddesinden aksi açıkça çıkarılamayacağından, işverenin satın aldığı mal ve hizmet için de aracılık ücretinin ödenebileceği sözleşmede düzenlenebilir¹¹⁹.

¹¹² Bortolani/Scherer, s. 146.

¹¹³ Abegg/Bernauer, s. 871; Rehbindler/Stöckli, s. 273; Oetker, 87, Rn. 2.

¹¹⁴ Bortolani/Scherer, s. 146.

¹¹⁵ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 321; Cardinaux, s. 345; Oetker, 87, Rn. 7; Vogelsang, Rn. 19.

¹¹⁶ Bortolani/Scherer, s. 146.

¹¹⁷ Morf, s. 237.

¹¹⁸ Krause, Rn. 24; Oetker, 87b, Rn. 3; Hagen, 87b, Rn. 7.

¹¹⁹ Aracılık ücretinin çoğunlukla işveren adına satılan mal veya hizmet karşılığında gündeme gelebileceği görüşü için bkz. Çil, s. 391; "...pazarlamacı sadece mal ve hizmet satımına yönelik faaliyet de gösterebilir. Buna karşılık, mal veya hizmet "alımına" yönelik bir faaliyet, pazarlamacılık faaliyeti değildir." (Akdeniz, s. 5).

C. Üçüncü Kişiyle Yapılan Sözleşmenin Aracılık Ücretine Tabi İşlemlerden Olması

İşçinin aracılık ücretine hak kazanabilmesi için söz konusu işlemin aracılık ücretine tabi işlem grubuna girmesi gerekir¹²⁰. Mevzuatın 322b hükmü, aracılık ücretine tabi işlemleri değil, yalnızca aracılık ücretine hak kazanılmasını düzenlemektedir¹²¹. Benzer durum TBK'nın 404. maddesi için de geçerlidir. O halde taraflar işletmenin, işyerinin ve işin özelliklerini göz önünde bulundurarak aracılık ücretine tabi işlemleri sözleşmeye dayalı olarak serbestçe belirleyebilir¹²². Keza Alman hukukunda da taraflar, HGB § 87 ve devamı maddelerine ek olarak hangi işlemler için aracılık ücretinin ödeneceğini belirleyebilir¹²³.

İsviçre öğretisinde, İBK'da her ne kadar sadece üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden aracılık ücretinin doğduğu düzenlenmiş olsa da işçinin, kendi hesabına yaptığı işlemlerde yani kendi siparişleri için de bu ücretin doğduğu ileri sürülmüştür¹²⁴. Bununla birlikte işçi, kendi lehine olacak bir fiyat üzerinden işlemi yapmamalıdır¹²⁵. Alman hukukunda ise bir görüşe göre, işçinin kendi siparişleri, sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı veya sektörde adet olduğu takdirde aracılık ücretine tabi olup, bu gereklilikler yerine getirilmezse aracılık ücreti ihtilaflıdır¹²⁶. Başka bir görüşe göre, sözleşme tarafları aksini kararlaştırmadıkça, üçüncü bir kişiyle sözleşme olmadığı için (§ 87/1 HGB) işçinin kendisi tarafından verilen sipariş için aracılık ücreti doğmaz¹²⁷. Türk hukukunda ise TBK'nın 404. maddesinde açıkça üçüncü kişinin zikredilmesinden dolayı kural olarak işçinin kendisiyle sözleşme yapması durumunda aracılık ücretine hak kazanamayacağı, buna karşılık iş sözleşmesinde açık bir hüküm bulunması durumunda hak kazanabileceği, sonuç olarak Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

D. İşveren İle Üçüncü Kişi Arasında Geçerli Bir Sözleşmenin Yapılması

Aracılık ücreti, her halükarda üçüncü kişi ile sözleşmenin akdedilmesiyle, başka bir ifadeyle borçlandırıcı işlemin yapılmasıyla birlikte

¹²⁰ Bortolani/Scherer, s. 158.

¹²¹ Bortolani/Scherer, s. 146.

¹²² Morf, s. 245; Bortolani/Scherer, s. 149.

¹²³ Hagen, 87, Rn. 6.

¹²⁴ Rehbinder/Stöckli, s. 274.

¹²⁵ Stachelin, s. 193.

¹²⁶ Hagen, 87, Rn. 10.

¹²⁷ Vogelsang, Rn. 18.

doğar¹²⁸. Aracılık ücreti, işveren ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin hukukta geçerli bir şekilde ortaya çıkması taliki koşuluna bağlanmıştır¹²⁹. Ancak taraflar, aksini kararlaştırabilecek olup, örneğin hukuki işlemin sonuçlandırılması gerekmeden ücrete hak kazanılabileceğini de kararlaştırabilir¹³⁰.

İşveren, kural olarak aracılık edilen işlemle ilgili sözleşme yapıp yapmama konusunda özgür olmakla birlikte dürüstlük kuralına aykırı şekilde kaçınması durumunda, işçiye aracılık ücreti ödemekle yükümlüdür¹³¹. Kaldı ki işveren, işçiye aracılık ücretini ödemek zorunda kalmamak için lehine bir sözleşmeyi akdetmezse dürüstlük kuralına aykırı hareket eder¹³². Ancak müşterinin güven tesis etmemesi, ticari itibarının kötü olması, ekonomik durumunun bozuk veya iflasın eşiğinde olması veya işçinin fiyat, miktar gibi konularda verilen talimatlara uymayan şekilde sözleşme taslağı hazırlanması gibi haklı nedenler olması durumunda işverenin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı düşünülemez.

Genellikle işverenin üçüncü kişiyle sözleşme yapma konusunda menfaati bulunmaktadır¹³³. Fakat mali sıkıntı içerisinde olan üçüncü kişiden bir avans istenmesi veya güvence talep edilmesi ve fakat üçüncü kişinin bu talebi reddetmesi durumunda işverenden sözleşmeyi akdetmesi beklenemez¹³⁴. Bu durumda işverenin sırf aracılık ücreti ödemek için kendi menfaatlerini dikkate almamasını talep etmek, hayatın olağan akışına aykırıdır. Yine öğretideki bir görüşe göre, işvereni üretim kapasitesinin sınırına getirecek veya açacak bir aracılık faaliyeti yürütülmüşse bu durum, yalnızca söz konusu

¹²⁸ Reh binder/Stöckli, s. 273; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 321; Fritsch, s. 812; “İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar.” (Güneş/Mutlay, s. 251); “Aracılık yapılan işlemin işveren ve müşteri arasında geçerli olarak kurulmasıyla pazarlamacının komisyon hakkı muaccel hale gelir.” (Tuncay, s. 12).

¹²⁹ Morf, s. 245-246; Oetker, 87, Rn. 1.

¹³⁰ Fritsch, s. 813.

¹³¹ Reh binder/Stöckli, s. 273; Staehelin, s. 195; Fritsch, s. 813; Bortolani/Scherer, s. 148; Vogelsang, Rn. 17; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 321; Cardinaux, s. 345; Krause, Rn. 9; “Onaya tabi olarak yapılmış bir sözleşmeyi, bu işlem ekonomik açıdan mantıklı olduğu ve gerçekleştirilebildiği sürece işveren onaylamayı reddedemez.” (Morf, s. 246); Tacirin, pazarlamacının bulduğu müşteri ile sözleşme yapıp yapmamakta serbest olduğu görüşüne ilişkin bkz. Topçuoğlu, s. 40.

¹³² Bortolani/Scherer, s. 148.

¹³³ Morf, s. 246.

¹³⁴ Morf, s. 247.

işlemin ifasını değil, aynı zamanda işverenin önceki siparişlerini yetiştirmesini de tehlikeye atacak ve işverenin sözleşmeyi reddetmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacaktır¹³⁵. Öte yandan işverenin bağlantılı olduğu başka bir işyeri üzerinden bu sözleşmeyi yapması durumunda, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı aracılık ücreti doğacaktır¹³⁶. Hal böyleyken bireysel durumun tüm koşulları dikkate alınarak sözleşmenin işverenin menfaatine olması ve işverenin yaklaşımının açık bir şekilde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu ücrete hak kazanılmalıdır. Keza işveren, dürüstlük kuralına aykırı şekilde üçüncü kişiyle geçerli bir sözleşmenin akdedilmesi koşulunun gerçekleşmesini de engellemiştir Bu halde TBK'nın 175. maddesi gereği koşul gerçekleşmiş kabul edilip, işçiye aracılık ücreti ödenmelidir. Bütün bu durumlarda ispat yükünün işçi de olduğu unutulmamalıdır¹³⁷.

İşveren, dürüstlük kuralını ihlal etmeksizin haklı nedenlerle sözleşmeyi akdetmese işçi, aracılık ücreti talep edemez¹³⁸. Bu durumda işçi, münhasıran aracılık ücreti ile çalışıyorsa, iş görme borcunu yerine getirmiş ama ücret alamamış olacaktır. Şu halde işçi tam süreli çalışıyorsa bu işçiye asgari ücretten az olmayan, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa çalışma süresiyle orantılı asgari ücretten az olmayan emsal ücret ödenmelidir. Bu kapsamda ödenen ücretin aracılık ücreti değil, zaman esasına göre ödenen ücret olduğu kanaatindeyiz.

Alman hukukunda ise aracılık ücreti; işveren ile işçi arasında bir sözleşme bulunması, işveren ile üçüncü kişi arasında geçerli bir sözleşmenin akdedilmesi, akdedilen sözleşmenin işçinin faaliyetinden kaynaklanması veya işçinin aynı tür işlemler için müşteri olarak kazandığı üçüncü kişilerle sözleşmenin akdedilmesi şartlarına bağlanmıştır¹³⁹. İsviçre hukukundan farklı olarak iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme akdedilir ve işveren tarafından ifa edilirse veya işveren kusurlu olarak borcunu yerine getirmezse ve yine üçüncü kişi ifa ederse aracılık ücretine hak kazanılır¹⁴⁰. Özetle Alman hukukuna göre aracılık ücreti, işverenin ifasıyla doğar. Her

¹³⁵ **Morf**, s. 247.

¹³⁶ **Krause**, Rn. 9.

¹³⁷ Dürüstlük ilkesine aykırı davranış olasılığının yüksek olduğuna dair ispatın yeterli olduğuna ilişkin bkz. **Morf**, s. 248.

¹³⁸ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 323.

¹³⁹ **Oetker**, 87, Rn. 1.

¹⁴⁰ **Bengelsdorf**, Peter: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht Teil I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses § 49 Aufhebungsverträge, 5. Auflage, Hrsg. **Moll**, Wilhelm, 2021, Rn. 147.

halükarda aracılık ücreti, üçüncü kişi (müşteri) işlemi ifa eder etmez ve o ölçüde kesin/bağlayıcı (unabdingbar) bir alacak olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte Alman hukukunda bu durum aksinin düzenlenebileceği, dolayısıyla sözleşme akdedilir akdedilmez koşulsuz bir aracılık ücretinin ortaya çıkacağı¹⁴¹, yine işverenin ifayı kısmen yapsa dahi aracılık ücretinin tamamının tahakkuk edebileceği kabul edilmiştir¹⁴². Ancak sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte aracılık ücretinin doğacağının açıkça düzenlenmesi gerekli olup, sadece işçiye sözleşme akdetme yetkisinin verilmesi yeterli değildir¹⁴³. Öte yandan üçüncü kişinin ifasıyla aracılık ücretinin kesin hale gelmesi sözleşme ile değiştirilemez¹⁴⁴.

E. İşçinin Faaliyeti ile Akdedilen Sözleşme Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

İşçinin aracılık ücretine hak kazanabilmesi için aracılık türü ne olursa olsun işçinin aracılık faaliyeti ile akdedilen sözleşme arasında nedensellik bağı gerekmektedir¹⁴⁵. İşçinin faaliyeti, sözleşmenin yapılması noktasında göz ardı edilmeyecek nitelikteyse, yani işçinin faaliyeti olmaması durumunda sözleşme akdedilemeyecekse nedensellik bağı bulunmaktadır¹⁴⁶. Keza Alman hukukunda da sözleşmenin akdedilmesinin işçinin faaliyetine bağlı olması gerekmekte olup, faaliyet olmadan sözleşmenin akdedilememesi durumu mevcut olmalıdır¹⁴⁷. Bu bağlamda Alman hukukunda işçinin faaliyeti, tek veya baskın bir nedensellik gerektirmeyip, birlikte nedensellik (Mitursächlichkeit) dahi yeterli kabul edilmektedir¹⁴⁸. Ancak her halükarda işçinin faaliyeti, bir şekilde sözleşmenin yapılmasına etki etmiş ve katkı sağlamış olmalıdır¹⁴⁹. Basitçe bir sözleşme formu doldurmak veya yalnızca yazım işleminde görev almak veya tercüman olarak çalışmak gibi katkılar yetersizdir¹⁵⁰. İşçinin aracılık faaliyetleri ile akdedilen sözleşme arasındaki illiyet bağı, işçi tarafından kanıtlanmalıdır¹⁵¹.

Akdedilen sözleşmenin işçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisine uygun olması gerekmele birlikte mutlak suretle aracılık edilen haliyle aynı olması gerekmez. Ayrıntılardaki değişiklikler, aracılık ücreti talebi için önemsiz olmakla birlikte¹⁵² tamamen farklı işlemlerin sonuçlandırılması durumunda herhangi bir talep doğmaz¹⁵³. Dolayısıyla burada nedensellik bağının olmadığı kabul edilmelidir. Hal böyleyken akdedilen sözleşmenin, işçi-

¹⁴¹ Vogelsang, Rn. 38.

¹⁴² Oetker, 87a, Rn. 4; Krause, Rn. 17; Vogelsang, Rn. 37.

¹⁴³ Hagen, 87a, Rn. 37.

¹⁴⁴ Krause, Rn. 17.

nin aracılık ettiği sözleşme ile özdeş olması yeterlidir¹⁵⁴. Keza işçinin faaliyeti ile sözleşmenin akdedilmesi arasında doğrudan zamansal bir bağlantı gerekli olmayıp, müzakerelerin başlangıçta kesilmesi ve fakat daha sonra işçinin faaliyeti olmadan yeniden başlatılması ve sözleşmenin akdedilmesi durumunda, nedensellik bağının kurulduğu kabul edilebilir¹⁵⁵.

Alman hukukunda akdedilen sözleşmeye birden fazla işçinin dahil olması durumunda, aksine anlaşmalarının yokluğunda, her işçinin aracılık ücretini tam olarak hakkececeği kabul edilir¹⁵⁶. Hatta işçinin, dahil olmadığı sözleşmeler için bile aracılık ücretine hak kazanacağı konusunda anlaşmaya varılabilir¹⁵⁷. Buna karşılık İsviçre hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, sözleşmenin akdedilmesine birden fazla işçinin dahil olması durumunda, işlem üzerinde özel/hususi etkisi olan işçi için aracılık ücreti doğacaktır¹⁵⁸. Başka bir görüşe göre, sözleşme birden fazla işçinin işbirliği ile gerçekleşmişse, aksi kararlaştırılmadıkça herkesin kendi sorumluluk alanı dâhilinde tam olarak aracılık ücretini alma hakkı bulunmak-

¹⁴⁵ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 321; Abegg/Bernauer, s. 871; Rehbinden/Stöckli, s. 274; Staehelin, s. 193; Fritsch, s. 812; Emmel, s. 55; Bortolani/Scherer, s. 147; Morf, s. 238; “Eğer belirli alan veya çevredeki işler için pazarlamacı tek yetkili pazarlamacı kılınmamışsa o zaman sadece kendisinin aracılık ettiği veya yaptığı işler için komisyon alma hakkı vardır.” (Tuncay, s. 14).

¹⁴⁶ Bortolani/Scherer, s. 147.

¹⁴⁷ Vogelsang, Rn. 20; Oetker, 87, Rn. 9; Krause, Rn. 13.

¹⁴⁸ Vogelsang, Rn. 21; Oetker, 87, Rn. 10; Hagen, 87, Rn. 18; İşçinin işverenle aralarındaki sözleşmeye göre iş görme edimini yerine getirmesi durumunda bu edimin yerine getirilmesi, tek başına sözleşmesinin akdedilmesinde yeterli olmasa da akdedilme noktasında birlikte nedensellik (mitursächlich) olduğu görüşüne ilişkin bkz. Oetker, 87, Rn. 9; Hagen, 87, Rn. 18.

¹⁴⁹ Vogelsang, Rn. 21.

¹⁵⁰ Vogelsang, Rn. 21.

¹⁵¹ Vogelsang, Rn. 21; Oetker, 87, Rn. 9; Krause, Rn. 15; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322.

¹⁵² Hagen, 87, Rn. 8; Oetker, 87, Rn. 10.

¹⁵³ Oetker, 87, Rn. 7; Vogelsang, Rn.20.

¹⁵⁴ Vogelsang, Rn. 18.

¹⁵⁵ Oetker, 87, Rn. 9, 10; Hagen, 87, Rn. 18; “İşçinin faaliyeti ile işlemin sonuçlanması arasında doğrudan zamansal bir bağlantı olması gerekmez, faaliyetin etkisinin devam etmesi yeterlidir.” (Vogelsang, Rn. 21); Bu durumda aracılık ücretinin doğacağı görüşü için bkz. Rehbinden/Stöckli, s. 274.

¹⁵⁶ Spinner, Rn. 666; Vogelsang, Rn. 22; Oetker, 87, Rn. 10; Hagen, 87, Rn. 19.

¹⁵⁷ Vogelsang, Rn. 23.

¹⁵⁸ Abegg/Bernauer, s. 871.

tadır¹⁵⁹. Son olarak birden fazla işçinin birlikte faaliyette bulunması durumunda aracılık ücretinin ilgili tarafların nedensel katkılarına göre bölüneceği de savunulmuştur¹⁶⁰. Kanaatimizce birden fazla işçinin faaliyette bulunması ve fakat hangi işçinin faaliyeti ile sözleşmenin akdedilmesi arasında nedensellik bağının bulunduğu tespit edilememesi durumunda, bütün işçiler aracılık ücretine hak kazanmalıdır. Keza bu risk işverenin üzerinde olup, işveren böyle bir sonuç istemiyorsa aksi durumu sözleşmede düzenlemelidir. Örneğin işveren, her bir işçi için farklı sözleşme taslağı hazırlaması durumunda, akdedilen sözleşmenin hangi taslakla bağlantılı olduğunu tespit edebilecek ve bu işçi aracılık ücretine hak kazanacaktır.

Tekrar siparişler noktasında, işçinin bu siparişler için de aracılık ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir¹⁶¹. Çünkü gerekli olan tek şey, işçinin faaliyetinin bir etki yaratmaya devam etmesidir¹⁶². Örneğin işçi hasta olduğunda ve anlaştığı müşteriler hastalık döneminde tekrar sipariş verdiğinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır¹⁶³. Ancak bunun için iş ilişkisi sırasında sözleşmenin akdedilmesi ve yine iş ilişkisi sırasında işçinin bu tür işlemler için üçüncü kişiyi müşteri olarak kazanmış olması gerekmektedir¹⁶⁴. Keza Alman hukukunda da HGB § 87/1 hükmü gereği, iş ilişkisi sona erinceye kadar sözleşme akdedilir ve bu sözleşme işçinin faaliyetine atfedilebilirse veya işçi aynı tür işlemler için üçüncü kişiyi müşteri olarak kazanmışsa aracılık ücreti-

¹⁵⁹ **Rehbinder/Stöckli**, s. 274; “Rehbinder/Stöckli’nin görüşü farklı bir odak noktasına sahiptir. İşçiler için en uygun olan bu görüşe göre her durumda, yalnızca işçinin katkısının öğreti ve içtihat tarafından gerekli kılınan doğal nedensellik eşliğine ulaşıp ulaşmadığının belirlenmesi gerekir. Diğer katkılara kıyasla hangi faaliyetin hangi işçi tarafından ne kadar ağırlıkta yapıldığına dair bir tespit gerekmez. Taraflar başka bir sözleşmeye dayalı anlaşma yapmamışlarsa, Rehbinder/Stöckli’ninki, öğretide ileri sürülen görüşlerden tercih edilmeyi hak eder.” (**Morf**, s. 243).

¹⁶⁰ **Stachelin**, s. 193; “Bu yaklaşım, bir yanda işverenin diğer yanda işçilerin çıkarlarını dengeleyerek birbirinden ayrılan tüm çıkarları dengelemeyi amaçlar. Stachelin’in görüşü, eksiksiz bir çözüm mekanizması göstermesi bakımından da ikna edicidir. Ancak sorun devam etmektedir. Çünkü bu görüş, işçilerin farklı nedensel katkılarının zor bir değerlendirmesini veya orantılarının bulunmasını gerektirir.” (**Morf**, s. 243).

¹⁶¹ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 322; **Rehbinder/Stöckli**, s. 274.

¹⁶² **Rehbinder/Stöckli**, s. 274.

¹⁶³ **Krause**, Rn. 11.

¹⁶⁴ **Stachelin**, s. 193; İşçinin nedensel katkısının iş sözleşmesinin bitiminden sonra da etkisini sürdürdüğü, işveren ile müşteri arasındaki müteakip işlemler için de ücrete hak kazanılacağı düşünülse de, aynı müşterinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenle yapmış olduğu yeni işlemlerde, işçinin faaliyeti ile süre ve konu açısından yeterli bir bağlantının kalmaması durumunda artık aracılık ücretinin doğmayacağı görüşü için bkz. **Morf**, s. 251-252.

tine hak kazanılır¹⁶⁵. Bu durumda aracılık ücreti talebinin ortaya çıkması için işçinin üçüncü kişiyi müşteri olarak kazanması yeterlidir¹⁶⁶. Ancak üçüncü kişilerin yeni müşteri olması gerekli olup, bunlar daha önce işverenle ticari ilişki içinde olmayan veya işverenle işçinin aracılık faaliyeti yürütmediği bir alanda ticari ilişkisi olan müşterilerdir¹⁶⁷. Ayrıca işverenle üçüncü kişi arasındaki ticari ilişki sona ermişse, işçinin ticari ilişkiyi canlandırması durumunda da bunlar yeni müşteri olarak düşünülebilir¹⁶⁸. Yine daha önce işverenle ticari ilişkide olmakla birlikte işçi, ekonomik olarak yeni bir müşteri kazanmaya karşılık gelecek derecede bu ticari ilişkiyi önemli ölçüde genişletmeyi başardıysa bu müşteriler de yeni kabul edilebilir¹⁶⁹. Keza işçi ile ticari ilişki içinde olan ve onun tarafından işverene getirilen müşteriler de yeni kabul edilmelidir¹⁷⁰. Her halükarda müşteriler, ilk sözleşme akdedildikten sonra ancak o zaman kazanılmış kabul edilir¹⁷¹. Bununla birlikte işverenin satış programına yeni mal veya hizmet eklemesi durumunda daha önce edindiği müşteriler yeni olarak kabul edilmeyecektir¹⁷². İşçi, müşterinin aynı türden işlemler için kazanıldığı ve işveren ile müşteri arasındaki ticari işlemin yapıldığını ispatlamakla yükümlüdür¹⁷³.

VIII. ARACILIK ÜCRETİNE HAK KAZANILMASI İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

A. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Durumunda Aracılık Ücretine Hak Kazanılması

Kural olarak aracılık ücreti, iş ilişkisi sırasında aracılık edilen veya akdedilen sözleşmelerden doğar¹⁷⁴. Bununla birlikte İsviçre hukukunda, üçüncü kişiyle akdedilen sözleşme işçinin faaliyetine dayanmaktaysa bu sözleşmenin, iş ilişkisi sırasında veya sona ermesinden sonra akdedilmesinin bir öneminin bulunmadığı kabul edilmiştir¹⁷⁵. Aksi halde işveren, sözleşmenin akdedilmesini geciktirerek aracılık ücretine hak kazanılmasını engel-

¹⁶⁵ Bengelsdorf, Rn. 148; Krause, Rn. 8.

¹⁶⁶ Rehbinder/Stöckli, s. 274.

¹⁶⁷ Vogelsang, Rn. 24; Oetker, 87, Rn. 11; Hagen, 87, Rn. 22.

¹⁶⁸ Vogelsang, Rn. 24.

¹⁶⁹ Oetker, 87, Rn. 11; Hagen, 87, Rn. 23.

¹⁷⁰ Oetker, 87, Rn. 11; Hagen, 87, Rn. 22.

¹⁷¹ Hagen, 87, Rn. 22.

¹⁷² Vogelsang, Rn. 24; Hagen, 87, Rn. 21; Oetker, 87, Rn. 12.

¹⁷³ Oetker, 87, Rn. 13; Hagen, 87, Rn. 45.

¹⁷⁴ Hagen, 65, Rn. 8; Krause, Rn. 7; Vogelsang, Rn. 16.

¹⁷⁵ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 321; Abegg/Bernauer, s. 871; Bortolani/Scherer, s. 147.

leyebilecektir¹⁷⁶. Şu halde sözleşmenin akdedilmesi, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra söz konusu olsa bile, iş ilişkisi sona eren işçinin faaliyetinden kaynaklanıyorsa işçinin aracılık ücreti talep hakkı bulunmaktadır¹⁷⁷. Keza İsviçre hukukunda, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra şartların oluşması durumunda, işverenin ödenen aracılık ücretini geri alma hakkına sahip olduğu ve fakat işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra aracılık ücreti talebinin olmadığı gibi son derece adaletsiz bir durumun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Alman hukukunda da HGB § 87/1 hükmüne göre, aracılık ücret hakkı, kural olarak iş ilişkisi süresince mevcuttur¹⁷⁹. Ancak aracılık ücreti iş ilişkisi sona erdikten sonra da doğabilir¹⁸⁰. Bu bağlamda Alman Hukukunda iş ilişkisinin sona ermesinden sonra aracılık ücretine hak kazanılabilmesi için;

- a) *İşveren ve üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin iş ilişkisi sona ermeden önce akdedilmiş olması ve fakat işveren tarafından ancak iş ilişkisinin sona ermesinden sonra ifa edilmesi*¹⁸¹ veya
- b) *Sözleşmesinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra akdedilmiş olması, işçinin bu arada işleme aracılık etmiş/başlatmış olması ve sonucun esas olarak işçinin faaliyetinden kaynaklanacak şekilde ortaya çıkması*¹⁸² veya
- c) *Üçüncü kişinin aracılık ücretine tabi sözleşme teklifini işveren veya işçiye, iş ilişkisi sona ermeden yapması*¹⁸³ gerekir.

Türk hukukunda TBK'nın 404. maddesindeki düzenlemeyi yorumladığımızda, aracılık ücretine sadece iş ilişkisi devam ederken hak kazanılacağı gibi bir sonuca ulaşmamız mümkün değildir. Zaten Alman hukukundan farklı olarak İsviçre ve Türk hukukunda, iş ilişkisi devam ederken işveren ve

¹⁷⁶ Morf, s. 251.

¹⁷⁷ Rehbinder/Stöckli, s. 273.

¹⁷⁸ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 324; Rehbinder/Stöckli, s. 273.

¹⁷⁹ Hagen, 87, Rn. 3.

¹⁸⁰ Bengelsdorf, Rn. 147.

¹⁸¹ Bengelsdorf, Rn. 150; “HGB § 87/1, aracılık ücret hakkını sözleşme ilişkisi sırasında işlemlerin sonuçlandırılmasına bağlar. Bu hükme göre aracılık edilen işin sözleşme ilişkisi sırasında mı yoksa sona erdikten sonra mı ifa edileceği önemsizdir. Bu nedenle hüküm, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden önce akdedilmiş ancak daha sonra ifa edilen işlemler için bir aracılık ücret hakkı tesis etmektedir” (Hagen, 87, Rn. 15).

¹⁸² Bengelsdorf, Rn. 150; Krause, Rn. 7; Vogelsang, Rn. 16; Oetker, 87, Rn. 19; Hagen, 87, Rn. 37.

¹⁸³ Bengelsdorf, Rn. 150; Krause, Rn. 7; Vogelsang, Rn. 16; Oetker, 87, Rn. 19; Hagen, 87, Rn. 41.

üçüncü kişi arasında sözleşme akdediliyorsa işveren veya üçüncü kişinin ifasına bağlı olmaksızın aracılık ücreti doğacaktır. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken nokta, iş ilişkisi sona erdikten sonra akdedilen sözleşmede, işçinin faaliyetine dayalı nedensellik bağıdır. Esas itibarıyla sözleşme şartları şekillenmişse, esaslı unsurlar belirlenmişse ve fakat nihai irade açıklanmamışsa, işçi işleme aracılık etmiş olur¹⁸⁴. Keza üçüncü kişinin sözleşme teklifini iş ilişkisi sona ermeden yapması durumunda işçinin faaliyetine dayalı nedensellik bağının var olduğunun kabul edilmelidir. Hal böyleyken işçinin bunları ispat etmesi durumunda, aracılık ücretine hak kazanacağı noktasında tereddüt bulunmamalıdır. Her halükarda iş ilişkisinin sona ermesinden sonra yapılan sözleşmenin, işçinin aracılık ettiği haline uygun olmalıdır¹⁸⁵.

Akdedilen sözleşme, işçinin faaliyetine dayalı nedensellik bağından kaynaklanmadıkça, yalnızca görüşmeleri başlatma ve hazırlık bu ücret için yeterli değildir¹⁸⁶. Dolayısıyla üçüncü kişiyi ziyaret etmek, numune göndermek gibi hazırlık aşamalarında işçinin faaliyetine dayalı nedensellik bağının olması gerekir¹⁸⁷. İş ilişkisi devam ederken sözleşmenin karşı tarafı ile işçinin görüşmesi ve fakat aracılık edilen sözleşmenin iş ilişkisinin sona ermesinde çok daha sonra yapılması ve işçinin faaliyeti ile sözleşmenin yapılması arasında yeterli nedensellik bağının olmaması durumunda aracılık ücretine hak kazanılmaz¹⁸⁸. Dolayısıyla sözleşme, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra makul bir süre içinde sonuçlandırılmalıdır¹⁸⁹. Makul süre, işlemin ve ürünün türüne göre belirlenebilir¹⁹⁰. Örneğin mevsimlik ürünler söz konusu olduğunda işlemin genellikle o mevsim içinde yapılması gerektiği düşünülebilir¹⁹¹.

B. Ardışık Siparişlerde Aracılık Ücretine Hak Kazanılması

Ardışık sipariş sözleşmelerinde, tüm edimler önceden kesin olarak kararlaştırılmışsa tüm siparişler için tek bir işlemin olduğu kabul edilmelidir.

¹⁸⁴ **Vogelsang**, Rn. 16; **Oetker**, 87, Rn. 20.

¹⁸⁵ **Oetker**, 87, Rn. 19; **Hagen**, 87, Rn. 36.

¹⁸⁶ **Hagen**, 87, Rn. 39.

¹⁸⁷ **Vogelsang**, Rn. 16; Müşteri, ticaretin geleneklerine ve ilgili tarafların niyetine göre yalnızca nihai ihtiyacı araştırmaya hizmet eden bir numune satın almışsa, bunun ayrılan işçinin faaliyetinden kaynaklanmakta olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Oetker**, 87, Rn. 20.

¹⁸⁸ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 325.

¹⁸⁹ **Bengelsdorf**, Rn. 150; **Krause**, Rn. 7; **Vogelsang**, Rn. 16; **Oetker**, 87, Rn. 19; **Hagen**, 87, Rn. 40.

¹⁹⁰ **Vogelsang**, Rn. 16; **Oetker**, 87, Rn. 20; **Hagen**, 87, Rn. 40.

¹⁹¹ **Vogelsang**, Rn. 16.

Bununla birlikte edimler açıkça kararlaştırılmamış ve fakat müteakip siparişler sadece planlanmışsa her sipariş, ayrı bir işlem olarak kabul edilmelidir¹⁹². Bu durumda işveren ile üçüncü kişi, aralarındaki sözleşmede hangi dönemlerde ne kadar ürünün teslim edileceğini ve miktarını açıkça düzenlemişlerse tek bir işlem yaptıkları kabul edilmelidir. Fakat işveren ile üçüncü kişi, sadece ürünü belirlemekle birlikte miktar ve fiyatı üzerinde açıkça anlaşmamışlarsa müteakip siparişlerin her biri, ayrı bir işlem kabul edilmeli ve ayrı ayrı aracılık ücreti tahakkuk etmelidir. Bununla birlikte müteakip işlemler için daha düşük bir aracılık ücreti miktarı sözleşmeyle kararlaştırılabilir¹⁹³.

İşveren ile üçüncü kişi aralarında bir çerçeve anlaşma yapmışlarsa kural olarak, aracılık ücreti bu anlaşmadan değil, buna dayanarak akdedilen sözleşmelerden doğar¹⁹⁴. Şu halde bir çerçeve anlaşma söz konusuysa ve her yeni sipariş için yeni bir sözleşme yapılması gerekiyorsa bu durumlarda, iş ilişkisi sırasında akdedilen sözleşmeler için ayrı ayrı aracılık ücreti doğacaktır¹⁹⁵.

C. Aracılık Ücretinin Doğumunun İfa Şartına veya Diğer Şartlara Bağlanması

İşveren ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme, hukuken geçerli bir şekilde ortaya çıkması durumunda akdedilmiş sayılır¹⁹⁶. Dolayısıyla aracılık ücreti talep etmek için sadece aracılık yapmak yeterli değildir. Aracılık ücreti, işveren ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin hukuken geçerli bir şekilde ortaya çıkması şartına bağlanmıştır¹⁹⁷.

Alman hukukunda ise HGB § 87a hükmüne göre, aracılık ücret hakkı borçların ifa edilmesiyle doğacaktır. İşveren, sözleşmeden doğan edimi yerine getirdiğinde ifa etmiş olur¹⁹⁸ ve aracılık ücreti doğar¹⁹⁹. Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda aracılık ücretinin doğumu için tarafların borçlarını ifa etmesi şartı düzenlenmemiştir²⁰⁰. Bu

¹⁹² Oetker, 87, Rn. 7; Hagen, 87, Rn. 12.

¹⁹³ Krause, Rn. 11.

¹⁹⁴ Oetker, 87, Rn. 7; Vogelsang, Rn. 19.

¹⁹⁵ Vogelsang, Rn. 36.

¹⁹⁶ Vogelsang, Rn. 19; Oetker, 87, Rn. 7; Hagen, 87, Rn. 11.

¹⁹⁷ Morf, s. 245-246; Oetker, 87, Rn. 1.

¹⁹⁸ Vogelsang, Rn. 35.

¹⁹⁹ Hagen, 87a, Rn. 1.

²⁰⁰ Aksi görüş için bkz. Doğan Yenisey, s. 315.

durumda işçinin iş ilişkisi devam ederken aracılık ettiği sözleşmeden doğan borçlar, iş ilişkisi sona erdikten sonra ifa edilse dahi işçi, aracılık ücretini talep edebilir²⁰¹. Dolayısıyla bu hükümlerin nisbi emredici özelliği de dikkate alındığında aracılık ücretinin doğumunun tarafların sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri şartına bağlanması mümkün değildir.

Aracılık ücretinin doğumu şarta bağlanamamakla birlikte TBK'nın 404/2. maddesi, istisnai hükümler içerir. Bu bağlamda kural olarak, sözleşmenin akdedilmesiyle aracılık ücreti doğmakla birlikte borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler veya sigorta sözleşmelerinde, her kısım için aracılık ücreti talebinin ancak bu kısmın vadesi gelmesiyle veya ifa edildiğinde ortaya çıkacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir. Keza mehzat İBK'nın 322b/1 maddesi de nisbi emredici olup, aracılık ücretinin daha sonraki bir zamanda doğmasına ilişkin anlaşmalar geçerli değildir ve ancak kısım kısım ifa edilen sözleşmeler ve sigorta sözleşmelerine istisna tanınmaktadır²⁰². Çünkü işveren, bu sözleşmeden doğan ekonomik menfaati sözleşmenin akdedildiği anda değil, ancak daha sonraki bir zamanda veya taksitler halinde elde etmektedir²⁰³. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, anlaşmanın yazılı olarak yapılması geçerlilik şartıdır ve aksi durumda, aracılık ücret alacağı sözleşmenin akdedilmesiyle doğar²⁰⁴.

Bu uygulama, dönemsel prim ödeme yükümlülüğü olan sigorta sözleşmeleri ile taksitli sözleşmeler için yaygındır²⁰⁵. Ayrıca taksitler arasındaki süre de önemsizdir²⁰⁶. Dolayısıyla burada sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte aracılık ücretinin doğmayacağı yazılı olarak kararlaştırılır ve bu ücretin doğumu, ifa veya vade tarihi şeklinde taliki şarta bağlanır. Buna karşılık diğer sözleşmelerde aracılık ücreti talebinin ertelenmesi mümkün değildir²⁰⁷.

Kısım kısım ifa ile ilgili istisnanın üçüncü kişi tarafından yerine getirilen ifa olarak kabul edilmesi kanundan anlaşılmakla birlikte işveren tarafından yerine getirilen ifa açısından da geçerli olup olmayacağı açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe

²⁰¹ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 324; Rehbinden/Stöckli, s. 273; Staehelin, s. 194; Emmel, s. 55; Bortolani/Scherer, s. 147.

²⁰² Rehbinden/Stöckli, s. 275; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 324; Staehelin, s. 196; Fritsch, s. 813.

²⁰³ Bortolani/Scherer, s. 149.

²⁰⁴ Bortolani/Scherer, s. 149.

²⁰⁵ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 324; Taksitlerin ödenmesi, bir tarafın birbirini takip eden ifasının tipik bir örneği olduğuna ilişkin bkz. Rehbinden/Stöckli, s. 275.

²⁰⁶ Staehelin, s. 196.

²⁰⁷ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 324.

göre, üçüncü kişi, borcunu ifa etmekle birlikte işverenin kısmi edimlerle ifasını gerçekleştirmesi durumunda veya işverenin sözleşmeye uygun mal veya hizmetleri teslim almış olması ancak üçüncü kişiye daha sonra ödeme yapmak zorunda olduğu hallerde işverene böyle bir imkân tanınmasının mantığını anlamak zor olacaktır²⁰⁸. Çünkü kanaatimizce üçüncü kişi borcunu ifa ederek aslında işverenin menfaatini temin etmiştir. Bunun sonucunda kısım kısım ifa edilen ve sigorta sözleşmelerinde bile aracılık ücretinin bütün ifalar gerçekleştiikten sonra doğacağı şeklinde düzenlenmesi mümkün değildir²⁰⁹.

Aracılık ücretinin doğumunun geçerli bir sözleşmenin akdedilmesi şartına bağlanmasına ilişkin mehaz 322/b-1 hükmü, nisbi emredici olarak kabul edildiğinden, taraflar aracılık ücret talebini ifa şartında olduğu gibi başka şartlara da bağlayamazlar²¹⁰. Bu bağlamda öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız bir görüşe göre işveren, aracılık ücretinin doğumunu üçüncü kişiyle yapılan işlemin belirli bir süre içinde yasal olarak sonuçlanması şartına bağlayamaz²¹¹. Keza iş ilişkisinin sona ermesinden sonra yapılan işlemler için işçinin aracılık ücretine hak kazanamayacağına²¹², başka bir ifadeyle yalnızca iş ilişkisi devam ederken akdedilen sözleşmeler için aracılık ücretine hak kazanılacağına yönelik şartlar da geçersizdir. Kaldı ki, aracılık ücretinin doğumu için iş ilişkisinin belirli bir süre devam etmesi gerektiği de düzenlenemez²¹³. Buna karşılık tarafların, aracılık ücretinin doğumunu işverence belirlenen hedefe ulaşılması durumuna bağlaması mümkündür²¹⁴.

²⁰⁸ **Morf**, s. 250; Aşamalı ifanın işveren veya üçüncü kişi tarafından yapılması noktasında fark olmadığı görüşüne ilişkin bkz. **Fritsch**, s. 813; **Stahelin**, s. 196.

²⁰⁹ **Bortolani/Scherer**, s. 149; **Fritsch**, s. 813.

²¹⁰ **Stahelin**, s. 195.

²¹¹ **Morf**, s. 245; Müşteri ile sözleşme yapılmadığı takdirde dahi aracılık ücreti ödeneceği düzenlemesinin işçi lehine olduğu, bu hükümlerin nisbi emredici niteliğinin yalnızca aracılık ücreti talebinin ortaya çıktığı zaman noktasıyla ilgili olduğu ve dolayısıyla tarafların aracılık ücretine tabi işlemler konusunu belirlemekte serbest olduğu ve tarafların aracılık ücretinin yalnızca belirli bir süre içinde sonuçlandırılan işlemler için ödenmesi gerektiği konusunda anlaşabileceği görüşüne ilişkin bkz. **Bortolani/Scherer**, s. 149; Aracılık ücretinin, iş sözleşmesinde süre sınırına bağlanabileceği görüşüne ilişkin bkz. **Vogelsang**, Rn. 15.

²¹² **Stahelin**, s. 195; “Bizim görüşümüze göre, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra yapılan işlemlerle ilgili olarak işçinin artık aracılık ücreti alma hakkı bulunmadığına ilişkin taraflar arasında bir anlaşmaya izin verilmelidir. Böyle bir anlaşma ile taraflar, aracılık ücreti alacağının ne zaman doğduğunu değil, aracılık ücretine tabi işlem grubunu belirler.” (**Bortolani/Scherer**, s. 147).

²¹³ **Hagen**, 87, Rn. 6.

²¹⁴ **Bortolani/Scherer**, s. 146.

D. Sona Erme Durumunda Aracılık Ücretin Geri Ödenmesi

Alman hukukunda aracılık ücreti işverenin ifasına istinaden daha önce doğmuş olsa bile, üçüncü kişinin ifa etmeyeceğinin kesinleşmesi halinde sona ereceğinden işçinin aracılık ücretini iade etmesi gerekir²¹⁵. İsviçre hukukunda da aracılık ücretinin ödenmesi ve fakat sonradan hakkın düşmesi durumunda işçi, bunu geri ödemek zorundadır²¹⁶. Hatta işçi, iş ilişkisi sona ermiş olsa bile ödenen aracılık ücretini iade etmelidir²¹⁷. Ancak iş sözleşmesinin sona erdiği sırada ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değilse, işçiden ödenen aracılık ücretinin iadesi beklenemez²¹⁸. Öte yandan aracılık ücretinin sabit bir ücret ile birlikte ödenmemesi yani aracılık ücretinin münhasıran ödenmesi durumunda işveren, kanaatimizce geri ödeme talebinde bulunamaz. Çünkü bu durumda iş sözleşmesinin unsurlarından olan iş görme edimi işçi tarafından yerine getirilmiş olacak ve fakat işveren, ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Hatta işçinin ücretsiz bir şekilde çalışma durumu ortaya dahi çıkacaktır. Keza İsviçre hukukunda TBK'nın 454/2. maddesinin mehzazı olan İBK'nın 349a hükmüne göre, ücretin münhasıran veya önemli bir kısmının aracılık ücreti şeklinde ödenmesine dair yazılı bir anlaşmanın olması durumunda, bu ücretin pazarlamanın çalışması için uygun bir ücret olması gerektiği ve tüm iş ilişkileri için geçerli olan bu düzenlemenin işveren tarafından geri ödeme talebinin önünde durabileceği ve işverenin hâlihazırda ödenmiş aracılık ücretlerini geri talep edemeyeceği ileri sürülmüştür²¹⁹.

İşveren tarafından hâlihazırda ödenmiş olan aracılık ücretlerinin geri alınmasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Şöyle ki; aracılık ücretinin vadesinden önce ödenmesi durumunda bu bir avans²²⁰ olmakla birlikte işveren, vadesi gelen aracılık ücretlerini ödediği halde alacak sonradan sona ererse, aracılık ücretinin geri ödemesi, sözleşmeden doğan alacak kapsamında düşünülmelidir²²¹. Bu bağlamda İsviçre hukukunda işçinin geri ödeme yükümlülüğünün sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olduğu kabul edilir²²².

²¹⁵ Krause, Rn. 18; Vogelsang, Rn. 39; Oetker, 87a, Rn. 7; Hagen, 87a, Rn. 18.

²¹⁶ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Bortolani/Scherer, s. 153.

²¹⁷ Bortolani/Scherer, s. 154.

²¹⁸ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322.

²¹⁹ Senti, Christoph: "Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber", Aktuelle Juristische Praxis, Heft:1, 2014, s. 45 (Rückforderung oder Verrechnung).

²²⁰ Senti, Rückforderung oder Verrechnung, s. 46.

²²¹ Senti, Rückforderung oder Verrechnung, s. 44.

²²² Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Staehelin, s. 198; Morf, s. 257.

Alman hukukunda da benzer durum bulunmaktadır²²³. Burada bozucu koşul gerçekleştiği için kanaatimizce Türk hukukunda da sözleşmeye dayalı talep olarak kabul edilmelidir²²⁴. Ancak Türk hukukunda fazla yapılan ödemelerin geri iadesine ilişkin sözleşmede hüküm olmaması durumunda genel hüküm olan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür²²⁵.

IX. ARACILIK ÜCRETİNİN ÖDENME ZAMANI

Aracılık ücretinin doğumu ile muaccel olduğu zamanlar farklılık arz eder. Başka bir ifadeyle aracılık ücreti, üçüncü kişiyle sözleşmenin akdedilmesiyle doğmakla birlikte sözleşmesinin akdedilmesini izleyen ayın sonunda muaccel hale gelir.

Aracılık ücreti, TBK'nın 406/2. maddesi gereği her ayın sonunda ödenmesi gerekmeyle birlikte tarafların anlaşması veya adet olması halinde daha kısa bir ödeme zamanı kararlaştırılabilir. Ancak taraflar, aracılık ücretinin muacceliyet tarihini kısaltabilirken, yazılı olarak anlaşsalar dahi uzatamazlar²²⁶. Bu bağlamda mezkur maddeye göre işlemlerin yapılması altı aydan fazla bir süreyi gerektiriyorsa, taraflar bu işlemlere ilişkin aracılık ücretinin ödenmesini yazılı anlaşma ile erteleyebilir. İşlemin yapılması, sözleşmeden doğan borçların her iki tarafça tam olarak ifa edilmesi anlamına gelir²²⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, aracılık ücretinin asıl ücrete ek olarak kararlaştırılması durumunda erteleme yapılabilecek olup, buna karşılık ücretinin tamamının aracılık ücretinden oluşması durumunda, ifalar altı aydan daha uzun bir süre gerektirse dahi aracılık ücretinin ödenmesi ileri bir tarihe bırakılamaz²²⁸.

İfaların yerine getirilmesinin altı aydan fazla sürmesi ve tarafların yazılı anlaşmayla aracılık ücretinin muacceliyet tarihinin ötelenebileceği açıkça düzenlenmekle birlikte, ne kadar ötelenebileceği konusunda ilgili madde,

²²³ Krause, Rn. 18; Vogelsang, Rn. 39; Oetker, 87a, Rn. 15; Hagen, 87a, Rn. 18.

²²⁴ Bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda iade talebinin sözleşmeden doğan bir talep olduğu görüşüne ilişkin bkz. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 1206.

²²⁵ Yılmaz, Halil: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Avans, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 324.

²²⁶ Bortolani/Scherer, s. 153.

²²⁷ Bortolani/Scherer, s. 151.

²²⁸ Benzer şekilde bkz. Koç, s. 81; Zengin, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s. 136.

herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bağlamda ilgili maddenin amacının ifanın tam olarak gerçekleşmemesine rağmen işverenin işçiye aracılık ücreti ödemek zorunda kalmasını önlemek olduğu ve fakat üçüncü kişinin ifasının tamamlanmasından sonra artık muacceliyetin ötelenmesinde işverenin haklı bir menfaatinin bulunmadığı ileri sürülmüştür²²⁹. Biz de bu görüşe katılmakla birlikte en geç, üçüncü kişinin ifasını tamamladığı veya tamamlaması gerektiği ayın son gününde muacceliyetin gerçekleştiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler veya sigorta sözleşmelerinde her kısım için aracılık ücreti talebi, bu kısmın vadesi gelmesiyle veya ifa edildiğinde ortaya çıkacağından ayrıca muaccel olduğu tarihi ertelemek için hiçbir sebep olmadığı, ilgili taksit için aracılık ücreti talebinin olduğu ayın sonunda muaccel olduğu görüşüne katılmaktayız²³⁰.

İş ilişkisinin sona ermesi halinde taraflar, borçlarını fesihten sonra kısmen veya tamamen ifa edecek olsalar bile, sona erme tarihinde işçinin aracılık ücreti kural olarak muaccel olur²³¹. Ancak yazılı bir sözleşmeye dayanarak muacceliyet tarihi iş ilişkisinin sona erdiği tarihten sonraya ertelenebilir. TBK'nın 442/2. maddesine göre; *“muacceliyet tarihi, işçinin aracılığı suretiyle kurulan hukuki ilişkilerde üçüncü kişinin üstlendiği borç, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra tamamen veya kısmen ifa edilecekse altı aya; dönemsel edimler içeren ilişkilerde bir yıla; sigorta sözleşmelerinde veya ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan işlerde ise iki yıla kadar ertelenebilir”*.

X. ARACILIK ÜCRETİNİN AVANS OLARAK ÖDENMESİ

Türk hukukunda işçinin ücretinin hizmetiyle orantılı olarak avans şeklinde ödenmesi düzenlenmiştir (TBK m.406/son). Hizmetiyle orantılı olarak ifadesi kıdem değil, çalışma süresi veya yaptığı iş miktarı olarak anlaşılmalıdır²³². Dolayısıyla bu hüküm, aslında işverenin avans ödeme borcunun üst sınırını oluşturur²³³.

Taraflar, işçinin ileride elde edilecek aracılık ücret alacaklarından mahsup edilmesi şartıyla avans alabilme hakkını kararlaştırabilir²³⁴. Dolayısıyla Türk hukukunda aracılık ücretinin avans olarak ödenmesi mümkündür²³⁵. Hatta taraflar zaruret şartı aranmaksızın sözleşmede avans ödemesi yapılmasını düzenleyebilir²³⁶. Bu durumda işçi avansa karşılık gelen aracılık faaliyetlerini yerine getiremezse aralarındaki sözleşme temelinde bu avansı

²²⁹ Bortolani/Scherer, s. 152.

²³⁰ Bortolani/Scherer, s. 151-152.

²³¹ Rehbinder/Stöckli, s. 278; Staehelin, s. 200.

iade edecektir²³⁷. Buna karşılık öğretide işçinin gelecekte yapacağı çalışmalar için bir ödeme yapılması durumunda bunun avans olarak değerlendirilemeyeceği, çünkü avansın hizmetle orantılı olarak ödendiği haklı olarak ileri sürülmüştür²³⁸.

Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda, HGB § 87a/1 hükmü gereği işveren, aracılık ücretini avans olarak ödemekle yükümlüdür. Bu bağlamda taraflar, aracılık ücretinin üçüncü kişinin ifasından sonra doğacağı konusunda anlaşmaya varabilmekle birlikte işveren, borcunu tamamen veya kısmen yerine getirdiğinde işçi, avans alma hakkına sahiptir²³⁹. Ancak bu talep, işverenin üçüncü kişiden sonra ifaya etmesi durumunda geçerli değildir²⁴⁰.

XI. ARACILIK ÜCRETİNİN SONA ERMESİ

A. Akdedilen Sözleşmenin Hukuken Geçerli Olmaması

İşçinin aracılık ücretini talep edebilmesi için olmazsa olmaz şartımız, işveren ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmesinin hukuken geçerli olmasıdır. Akdedilen sözleşme, kesin hükümsüzse veya iptal edilirse geçersizdir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda sözleşmenin kesin hükümsüz olması veya iptalinde²⁴¹ veya sözleşmeden dönülmesi veya bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda işçinin aracılık ücretinin doğmadığı kabul edilmiştir²⁴². Keza Alman hukukunda da benzer durum bulunmaktadır²⁴³.

Akdedilen sözleşmenin hukuken geçerli olmamasının işçi veya işverenin kusuruna dayandığı durumlarda aracılık ücretinin akıbeti İsviçre Borçlar

²³² Centel, Ücret Ödeme Borcu, s. 11.

²³³ Yılmaz, s. 96; Çopuroğlu, s. 96.

²³⁴ “Avans ödemesi olarak alınan tutar, hizmet ifasının gelecekte tahakkuk edecek bedelinden (ücretten) mahsup edilmek üzere ön ödeme şeklinde tahsil edilmiş miktardır” (Yılmaz, s. 31.); “Avans, ücretin ödenme dönemi henüz gelmediği için, muaccel olmayan ancak hak edilmiş ücret alacağının işçiye ödenmesidir” (Çopuroğlu, s. 94).

²³⁵ Yılmaz, s. 139.

²³⁶ Çopuroğlu, s. 95.

²³⁷ Vogelsang, Rn. 3; Krause, Rn. 33; Aradaki farkın geri ödenmesi gerekiyorsa, yasal dayanağının sözleşmeye dayalı olacağı görüşüne ilişkin bkz. Krause, Rn. 33; Avansın sözleşmesinin devamında ödeneceği ve bu sebeple bir hizmetin yerine getirilmiş olması gerektiğine görüşüne ilişkin bkz. Yılmaz, s. 36.

²³⁸ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 651; Yılmaz, s. 97; Çopuroğlu, s. 96.

²³⁹ Oetker, 87a, Rn. 10; Vogelsang, Rn. 38; Hagen, 87a, Rn. 37.

²⁴⁰ Oetker, 87a, Rn. 4; Hagen, 87a, Rn. 8.

²⁴¹ Emmel, s. 55.

²⁴² Rehbinden/Stöckli, s. 274.

²⁴³ Oetker, 87, Rn. 2; Krause, Rn. 10; Hagen, 87, Rn. 13.

Kanununda²⁴⁴ ve Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Örneğin işçi, bir müşteriyi, işverenin ürünleri veya hizmetleri hakkında yanlış veya eksik olarak bilgilendirmiş veya hileli davranışları ile sözleşmeyi akdettirmiş olabilir²⁴⁵. Bu durumda işçinin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü ihlal ederek sonuçlandığı ve hukuken geçerli olmayan bir sözleşmede zaten aracılık ücreti talep edemeyeceği bir gerçektir²⁴⁶. Bununla birlikte hukuken geçerli olarak ortaya çıkmamasından işveren sorumluysa, üçüncü kişi ile sözleşme akdedilirken gerekli özenin işverence de gösterilmesi gerekeceğinden İBK madde 322b/3(TBK m.404/3)'deki düzenlemenin kıyasen uygulanması ve işçinin aracılık ücretine hak kazanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁷. Kanaatimizce işverenin iradeyi sakatlayan davranışları neticesinde sözleşmenin iptal edilmesi, sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu bilerek akdetmesi veya işverenden kaynaklanan diğer nedenlerle sözleşmenin hukuken geçerli doğmaması durumunda dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle ve yine TBK'nın 175. maddesi gereği işçi aracılık ücretine hak kazanmalıdır. Bununla birlikte işverenin kusuru olmaksızın sözleşmenin hukuken geçerli doğmaması durumunda TBK'nın 404/1. maddesi gereği aracılık ücreti talebi doğmaz. Bunun sonucunda işçi, münhasıran aracılık ücreti ile çalışıyorsa iş görme borcunu ücret almaksızın yerine getirmiş olacaktır. Bu olumsuzluğun giderilmesi için işçiye zaman esasına göre ücret ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hukuken geçerli olmayan bir sözleşme, işveren ve üçüncü kişi tarafından ifa edilir ve taraflardan hiçbirisi bu durumu ileri sürmezse işçinin aracılık ücretinin doğduğu haklı olarak ileri sürülmüştür²⁴⁸. Yine taksitli sözleşme veya bir sigorta sözleşmesi ileriye etkili olacak şekilde geçersiz hale gelirse, hâlihazırda ifa edilen taksitler üzerinde aracılık ücret hakkı devam eder²⁴⁹. Son olarak akdedilen sözleşmesinin kısmen geçersiz olması durumunda bu oranda işçinin talep hakkı düşer²⁵⁰.

B. Akdedilen Sözleşmeden Doğan Borçların İfa Edilmemesi

Türk Borçlar Kanununun 404/1. maddesi ile 404/3. maddesi birbirinden farklı olup, 404/1. maddede aracılık ücreti hiç doğmamışken, 404/3. maddede

²⁴⁴ Morf, s. 249.

²⁴⁵ Morf, s. 249.

²⁴⁶ Morf, s. 249.

²⁴⁷ Morf, s. 250.

²⁴⁸ Morf, s. 248.

²⁴⁹ Bortolani/Scherer, s. 154.

²⁵⁰ Rehbinder/Stöckli, s. 274; Oetker, 87, Rn. 8.

işçinin aracılık ücreti geçerli olarak doğmuş, ancak bu talep daha sonra tamamen veya kısmen ortadan kalkmıştır. Hal böyleyken işçinin aracılık ücreti, aracılık edilen sözleşmenin akdedilmesi neticesinde doğmakla birlikte bu talep, başlangıçtan itibaren bozucu koşula bağlanmıştır ve sözleşme ifa edildiğinde kesin hale gelir²⁵¹. Mezkûr maddede “...*ücret istemine yönelik hak sona erer.*” ibaresinden, borçların ifa edilmemesi durumunda aracılık ücreti alacağında bozucu koşulun gerçekleştiği anlaşılmaktadır²⁵².

Sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin bu sözleşmeden kaynaklı herhangi bir menfaati olmayacağından işçinin aracılık ücreti talep hakkı sona erer²⁵³. Çünkü yalnızca ifa, işçinin aracılığı ile gerçekleşen ekonomik menfaati işverene sağlar²⁵⁴. Fakat işçinin münhasıran aracılık ücreti ile çalışması durumunda işçi, ücret almaksızın çalışmış olacak ve iş sözleşmesinin unsurları olan iş görme ve ücret dengesi bozulacaktır. Kanaatimizce bu hüküm, ancak asgari ücretten az olmayan sabit ücret ile birlikte ödenen aracılık ücreti için uygulanabilir. Bununla birlikte işçinin ücreti münhasıran aracılık ücreti olarak ödeniyorsa ve işçi tam süreli çalışıyorsa bu işçiye asgari ücretten az olmayan, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa çalışma süresiyle orantılı asgari ücretten az olmayan emsal ücret zaman esasına göre ödenmelidir.

Üçüncü kişinin, borçlarını ifa etmemesinde işverenin kusuru olmamalıdır²⁵⁵. Üçüncü kişinin ifa etmemesi, işverenin sözleşmeden doğan borçla-

²⁵¹ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; İşverenin kendi kusuru almaksızın borcunu ifa edememesi ve sözleşmesinin karşı tarafının borcunu ifa etmemesi durumunda bozucu koşulun gerçekleştiğine ilişkin bkz. Staehelin, s. 197.

²⁵² İsviçre hukukunda da benzer durumun olduğuna ilişkin bkz. Staehelin, s. 197; Bortolani/Scherer, s. 154; Morf, s. 256.

²⁵³ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Rehbindner/Stöckli, s. 275; Fritsch, s. 813; Morf, s. 252; Bu durumda aracılık ücretinin düşeceğine ilişkin bkz. Cardinaux, s. 345; Yavuz, s. 539; “Konusu üçüncü kişi ile işveren arasında geçerli bir sözleşme kurulmasına aracılık etmekten ibaret olan bir hizmet ilişkisinde üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle aracılık faaliyetini yerine getirmiş işçinin ücretini alamaması TBK m. 404/I hükmüne aykırıdır. Nitekim söz konusu fıkra ücretin istenebilmesi sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına bağlanmıştır. Tüm bunların ötesinde üçüncü kişinin kendi edimini yerine getirmemesinde veya işverenin her ne sebeple olursa olsun sözleşmeyi ifa etmemesinde işçinin kusuru yoktur. İşçi hizmet sözleşmesinde kendine düşen edimini yerine getirerek geçerli bir sözleşme kurulmasına aracılık ettiyse ücrete hak kazanmalıdır.” (Sarı Çiftçi, s. 42-43); Bununla birlikte tarafların pazarlamacılık sözleşmesinde, sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda komisyon hakkının akıbetini istedikleri gibi kararlaştırabilecekleri görüşüne ilişkin bkz. Topçuoğlu, s. 49; Benzer şekilde bkz. Topuz, s. 335.

²⁵⁴ Staehelin, s. 197; Morf, s. 253.

²⁵⁵ Rehbindner/Stöckli, s. 276; Pazarlamacılık sözleşmesinde de benzer durumun olduğuna ilişkin bkz. Topçuoğlu, s. 49; Topuz, s. 335.

rını hiç ifa etmemesi, eksik ifa etmesi, ayıplı ifa etmesi, işverenin kusurundan dolayı sözleşmeden dönülmesi veya işverenin daha sonra yüksek bir fiyat istemesi gibi işverenin kusurundan kaynaklanıyorsa işçinin aracılık ücreti devam edecektir²⁵⁶. Keza aynı durumun işverenin iyi niyet göstergesi olarak veya sorumlu olduğu nedenlerle ürünleri geri alması veya bir ikale sözleşmesi yapması halinde de geçerli olacağı ileri sürülmüştür²⁵⁷. Buna karşılık savaş, salgın hastalık, doğal afetler, grev, hammadde kıtlığı veya ithalat yasakları gibi durumlarda işverenin kusuru olmadığından aracılık ücret hakkı sona erer²⁵⁸. Bütün bu durumları dikkate aldığımızda, dürüstlük kuralı gereği işverenin sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmesi beklenmiyorsa, işverenin kusurundan bahsedilemez²⁵⁹. Bu bağlamda işverenin ifa edememe noktasındaki imkânsızlık objektif nitelikte olup, sübjektif imkânsızlık durumunda ücret hakkı devam etmelidir²⁶⁰.

Üçüncü kişinin borçlarını yerine getirmemesinin tamamen mi veya kısmen mi olması gerektiği TBK'nın 404/3. maddesinde düzenlenmemiştir. Ancak her halükarda ifa edememe, belirli bir ağırlıkta olmalıdır²⁶¹. Keza işverenin kısmi ödemeyi kabul etmemesi durumunda işçinin aracılık ücret hakkı sona erer²⁶². Buna karşılık öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre kısmi ifada aracılık ücret hakkının o kısım kadar devam etmesi gerekmektedir²⁶³. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta, işverenin kısmi ifayı kabul etmesi durumunda bu görüşün kabul edilebileceğidir. Yoksa işverenin kısmi ifayı kabul etmemesi durumunda aracılık ücretinin tamamı sona erecektir. Keza Alman hukukunda da işverenin, kısmi ifayı reddetmesiyle birlikte aracılık ücret hakkının düşeceği ve fakat kısmi ifanın

²⁵⁶ Morf, s. 253; Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Reh binder/Stöckli, s. 276; Staehelin, s. 198; Süzek, s. 383.

²⁵⁷ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322-323; Abegg/Bernauer, s. 871; Reh binder/Stöckli, s. 274; Emmel, s. 56; Bortolani/Scherer, s. 153.

²⁵⁸ Abegg/Bernauer, s. 871; Reh binder/Stöckli, s. 274; Staehelin, s. 197; Bortolani/Scherer, s. 153; Morf, s. 253; Süzek, s. 383.

²⁵⁹ Fritsch, s. 813; Emmel, s. 56.

²⁶⁰ Morf, s. 253; "Taraflardan birinin edimi, kusursuz imkânsızlık sebebiyle ifa edilememişse, borç ilişkisi sona ereceğinden pazarlamacı komisyon hakkını yitirecektir." (Topçuoğlu, s. 49); "İşveren, haklı bir sebep olamamasına rağmen edimi ifa etmemiş veya kusurlu davranışları ile edimin imkânsızlığına yol açmışsa pazarlamacıya komisyon ödemekle yükümlü olacaktır." (Topuz, s. 335).

²⁶¹ Morf, s. 254.

²⁶² Reh binder/Stöckli, s. 276.

²⁶³ Reh binder/Stöckli, s. 275; Staehelin, s. 198.

kabul edilmesi durumunda aracılık ücret talebinin bu kısım kadar devam edeceği kabul edilmektedir²⁶⁴.

TBK'nın 404/3. maddesinde, aracılık ücretinin sona ermesinde üçüncü kişinin ifa etmemesinin tek başına yeterli olmayacağı, işverenin makul yollara başvurması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte İsviçre hukukunda işverenin, üçüncü kişinin sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmesi için kendinden beklenebilecek makul yollara başvurması gerektiği kabul edilmektedir²⁶⁵. Bu kapsamda işveren, makul olduğu sürece icra veya dava gibi zorlayıcı tedbirlere başvurmamalıdır²⁶⁶. İşveren için makul olmadığı durumlarda, üçüncü kişiye karşı yasal işlem başlatması gerekmez²⁶⁷. Bununla birlikte işverenin hangi yollara başvuracağını belirleme hakkı işverenin işletmesel kararı kapsamında olup, işçi bu yolu belirleyemeyeceği gibi bu noktada işvereni de zorlayamaz²⁶⁸. Öte yandan başarılı olabilme ihtimali olduğu halde işverenin bu yollara başvurmaması durumunda, aracılık ücret hakkının sona ermeyeceği haklı olarak ileri sürülmüştür²⁶⁹. Keza Alman hukukunda da üçüncü kişinin yalnızca ödemeyi reddetmesi, aracılık ücretinin sona ermesi için yeterli olmayıp, işverenin ifayı sağlamak için kendisinin belirlediği gerekli tedbirleri alması gerekmektedir²⁷⁰. İşveren, kendisi için makul olmasına rağmen gerekli tedbirleri almıyorsa, aracılık ücreti devam eder²⁷¹.

İşveren, üçüncü kişinin ifasından vazgeçerse veya gelecekteki ticaret hacmini göz önünde bulundurarak yasal işlem başlatmamaya karar verirse aracılık ücreti devam eder²⁷². Buna karşılık işverenden gerekli tedbirlerin alınmasının beklenemeyeceği durumlarda, aracılık ücreti sona erecektir²⁷³. Özellikle üçüncü kişinin iflas etmesi halinde²⁷⁴ veya üçüncü kişi ödeme güçlüğündeyse işverenin yasal yollara başvurmaması makul karşılanabilir²⁷⁵.

²⁶⁴ Hagen, 87a, Rn. 16; Oetker, 87a, Rn. 9.

²⁶⁵ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 322; Abegg/Bernauer, s. 872; Staehelin, s. 197; Fritsch, s. 813; Emmel, s. 56; Bortolani/Scherer, s. 153.

²⁶⁶ Rehbinden/Stöckli, s. 276.

²⁶⁷ Vogelsang, Rn. 39.

²⁶⁸ Morf, s. 256.

²⁶⁹ Vogelsang, Rn. 39.

²⁷⁰ Oetker, 87a, Rn. 8; Hagen, 87a, Rn. 11.

²⁷¹ Krause, Rn. 18; Oetker, 87a, Rn. 8; Hagen, 87a, Rn. 12.

²⁷² Hagen, 87a, Rn. 15.

²⁷³ Hagen, 87, Rn. 14.

²⁷⁴ Krause, Rn. 18; Hagen, 87a, Rn. 13.

²⁷⁵ Oetker, 87a, Rn. 8.

Yine işveren yazılı ihtar veya kişisel iletişim gibi mahkeme dışı önlemlere de başvurulabilir²⁷⁶. Ayrıca taraflar, sözleşme veya toplu sözleşme yoluyla daha ayrıntılı olarak işverenin üçüncü kişilere karşı yasal işlem başlatmasına gerek olmadığı durumları²⁷⁷, üçüncü kişinin ne zaman ifa etmediğini, işçinin aleyhine olmamak koşuluyla belirleyebilir²⁷⁸. Ancak üçüncü kişiye karşı açılan dava, hiçbir koşulda işçinin masrafları üstlenmesine bağlı tutulamaz²⁷⁹.

İşverenin dava veya takip neticesinde bir sonuç alamaması durumunda, aracılık ücreti artık sona erecektir. Fakat dava ve takip sonucu elde edilen miktar, hem hukuki hem de ekonomik olarak bir kaim değer görülür²⁸⁰. Dolayısıyla kanaatimizce dava veya takip neticesinde elde edilen miktar üzerinden aracılık ücret hakkı devam edecektir. Keza İBK'nın 322b/3. maddesi, (TBK m.404/3) aracılık ücretinin sona erdiği hali düzenlemekle birlikte bu maddenin işverenin uğrayacağı kayıp veya zarardan işçinin sorumlu olması şeklinde yorumlanamayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür²⁸¹.

Alman hukukunda sözleşmenin akdedilmesinden sonra aracılık ücreti alacağı, işlemin işveren tarafından ifası şeklinde taliki koşula²⁸², üçüncü kişinin ifasına bağlı olarak bozucu koşula bağlanmıştır²⁸³. İşveren borcunu ifa ederse artık taliki koşul ortadan kalkar. Kaldı ki, işverenin ifa zamanı önemsiz olup, iş ilişkisinin ifa anında mevcut olup olmadığı da önemli değildir²⁸⁴.

İşverenin borcunu tamamen ifa etmemesi veya gerektiği gibi ifa etmemesi halinde sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş sayılmaz²⁸⁵. Ancak üçüncü kişinin sorumlu olmadığı durumlardan kaynaklanmadıkça işveren

²⁷⁶ Hagen, 87a, Rn. 14.

²⁷⁷ Oetker, 87a, Rn. 10.

²⁷⁸ Krause, Rn. 18; Hagen, 87a, Rn. 17.

²⁷⁹ Oetker, 87a, Rn.10; Hagen, 87a, Rn. 17.

²⁸⁰ Morf, s. 255; "...müşteriden kaynaklanan haklı sebeplerle sözleşme ifa edilmemiş ve tacir ifa davası açarak ifayı veya şartları çerçevesinde zararlarını tazmin ettirmişse komisyon hakkı varlığını muhafaza edecektir." (Topçuoğlu, s. 49).

²⁸¹ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 323; Abegg/Bernauer, s. 872.

²⁸² Krause, Rn. 17; Oetker, 65, Rn. 6.

²⁸³ Bengelsdorf, Rn. 149; Spinner, Rn. 665; Vogelsang, Rn. 35; Oetker, 65, Rn. 6.

²⁸⁴ Hagen, 87a, Rn. 6.

²⁸⁵ Krause, Rn. 19; Vogelsang, Rn. 40; Hagen, 87a, Rn. 23; Geç ifa durumunda işçinin, sözleşmeye göre işverenin ifa etmiş olması gereken zamanda aracılık ücretini hak ettiği ve teslimattaki gecikmenin nedenlerinin önemsiz olduğu görüşüne ilişkin bkz. Oetker, 87a, Rn. 13; Benzer şekilde bkz. Hagen, 87a, Rn. 24.

borcunu ifa etmezse HGB § 87a/3 hükmü uyarınca işçinin aracılık ücret hakkı devam eder²⁸⁶. Yine işveren kısmi ifa hariç, üçüncü kişinin ifasını haklı bir neden olmaksızın reddederse aracılık ücret hakkı devam eder²⁸⁷. Buna karşılık işverenin sorumlu olmadığı nedenlerle ifa edememesi halinde veya üçüncü kişinin şahsından kaynaklanan nedenlerle işverenin ifa etmesi makul olarak beklenemiyorsa aracılık ücret hakkı sona erer²⁸⁸. Bu bağlamda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurduktan sonra, işverenin ifası beklenemiyorsa artık işverenin borcunu ifa etmesi makul değildir²⁸⁹. Örneğin üçüncü kişinin iflası veya iflasından şüphelenilmesi durumunda işverenin ifa etmemesi²⁹⁰, kredi itibarının düşük olması²⁹¹, ödeme güçlüğü, güven eksikliği²⁹² gibi durumlar makul kabul edilebilir. Aslında bu durumlar, işverenin onlar hakkında bilgi sahibi olsaydı sözleşmeyi akdetmeyeceği durumlardır²⁹³. Bu durumların hepsi Türk hukuku için de geçerli kabul edilmelidir.

Nihayetinde Alman hukukunda aracılık ücreti, üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmemesi bozucu koşuluna bağlıdır²⁹⁴. Bu kapsamda, üçüncü kişinin ifa etmeyeceği kesin ise artık bozucu koşul gerçekleştiğinden aracılık

²⁸⁶ **Hagen**, 65, Rn. 11; **Krause**, Rn. 19; **Vogelsang**, Rn. 40.

²⁸⁷ **Vogelsang**, Rn. 38.

²⁸⁸ **Vogelsang**, Rn. 40; **Krause**, Rn. 19; Sözleşmenin ifa edilmemesinin işverenin işletmesel risk alanına dahil edilmesi durumunda aracılık ücretinden sorumlu olacağı görüşüne ilişkin bkz. **Vogelsang**, Rn. 41; “Tek belirleyici faktör, girişimcinin ifa etmemekten sorumlu olmamasıdır. Sorumluluğu yüklenme zorunluluğu sadece kusur anlamına gelmez, aynı zamanda kendisine atfedilebilen risklerin sorumluluğu anlamına da gelir. Bu nedenle aracılık ücreti hakkı, kişinin kendi işinde yaşadığı zorluklar, yanlış hesaplama, menfaat kaybında da devam eder. Girişimci, kamu sektörünün yasa dışı müdahaleleri gibi kendi risk alanı dışındaki durumlardan sorumlu değildir. Girişimcilik riski ilkesine göre girişimci, teslimat zorluklarından ve iflasından sorumludur” (**Oetker**, 87a, Rn. 14); “Aracılık ücreti, girişimcinin sorumlu olmadığı koşullardan dolayı borcunu ifa edememesi durumunda ve bu ölçüde sona erer. Girişimci, yalnızca kendisinin veya temsilcilerinin kusurundan değil, aynı zamanda işyeri ve işletmesel risk alanına giren nedenlerden de sorumludur. Bunu yaparken, ekonomik koşulların uygun şekilde değerlendirilmesiyle birlikte, bireysel olayın tüm koşullarının genel bir değerlendirmesi gereklidir. Girişimci, işyeri veya işletmesel risk alanına girmeyen durumlardan sorumlu değildir; örneğin öngörülemeyen işletmesel aksamalar veya üst makamların yasa dışı müdahaleleri gibi. Prensip olarak, girişimcinin iflası onun risk alanına girer.” (**Hagen**, 87a, Rn. 25).

²⁸⁹ **Oetker**, 87a, Rn. 15; **Hagen**, 87a, Rn. 26.

²⁹⁰ **Vogelsang**, Rn. 42.

²⁹¹ **Hagen**, 87a, Rn. 27.

²⁹² **Oetker**, 87a, Rn. 15.

²⁹³ **Hagen**, 87a, Rn. 28.

²⁹⁴ **Oetker**, 87a, Rn. 7.

ücret hakkı düşer²⁹⁵. Üçüncü kişinin ifa etmediğinin objektiflik ilkesine göre tespit edilmesi gerekir²⁹⁶.

Alman hukukunda kendisinin sorumlu olmadığı nedenlerle işlemin imkânsız hale geldiğini veya ifanın kendisi için makul olmadığını²⁹⁷, İsviçre hukukunda ise kusuruna dayanmayan imkânsızlığı veya kusuru olmaksızın üçüncü kişi tarafından yerine getirilmediğini ispat yükü işverene aittir²⁹⁸.

XII. İŞVERENİN YAZILI HESAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İsviçre hukukuna göre, işçinin hesap tutma yükümlülüğü kararlaştırılmadığında, aracılık ücretinin muaccel olduğu her dönem²⁹⁹ için aracılık ücretine tabi tüm işlemler hakkında bilgi veren ve kontrol imkânı sağlayan bir hesaplamayı işveren işçiye vermekle yükümlüdür³⁰⁰. Türk hukukunda ise işveren, TBK'nın 404/4. maddesi gereği, söz konusu ayda hak edilen aracılık ücretleri için her ayın son gününde yazılı bir hesap hazırlamalıdır. Kural olarak yazılı hesabın hazırlanması işverenin sorumluluğunda olup işveren, aracılık ücretinin hesaplanmasıyla ilgili parametreleri bilen yegâne kişidir³⁰¹. Yine kural, hesabın aylık olarak tutması olmakla birlikte daha uzun bir hesap dönemi, ancak yapılması altı aydan uzun süren işlemler için yazılı bir anlaşmayla mümkündür³⁰². Keza İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da aracılık ücreti ve hesaplanma esaslarının kontrolü için suret istenebilir. Buna göre işçi, HGB § 87c/2 hükmü uyarınca işverence verilen beyanların kontrolü için defter sureti talep edebilir. Keza bu talep, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da ileri sürülebilir³⁰³.

²⁹⁵ **Hagen**, 87a, Rn. 10; **Oetker**, 87a, Rn. 7; **Bengelsdorf**, Rn. 149; “İfa üçüncü kişi için ifa imkânsız hale gelirse, üçüncü kişi mahkeme kararıyla veya bir sözleşmeye dayalı olarak ifadan muaf tutulursa veya cayma hakkını kullanırsa, HGB § 87a paragraf 2’ye göre aracılık ücret talebi düşer.” (**Krause**, Rn. 18).

²⁹⁶ **Oetker**, 87a, Rn. 8; **Hagen**, 87a, Rn. 10.

²⁹⁷ **Hagen**, 87a, Rn. 33; **Oetker**, 87a, Rn. 16; **Krause**, Rn. 20.

²⁹⁸ **Emmel**, s. 56; Objektif imkânsızlığın meydana geldiğinin ispat yükünün işverene ait olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Morf**, s. 253; Aracılık ücreti talebini geçersiz kılan bozucu koşulun gerçekleştiğinin ispatının işverene ait olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Stachelin**, s. 198.

²⁹⁹ “TBK m. 406/2’ye göre daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa aracılık ücreti her ayın sonunda ödeneceğinden, TBK m. 404’te geçen “dönem” kelimesi kural olarak ay sonunu ifade etmektedir.” (**Zengin**, s. 126, Dipnot. 265).

³⁰⁰ **Fritsch**, s. 814; **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 327; **Bortolani/Scherer**, s. 158.

³⁰¹ **Bortolani/Scherer**, s. 158.

³⁰² **Rehbinder/Stöckli**, s. 278.

³⁰³ **Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87c [Abrechnung über die Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöße**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022, Rn. 4 (87c).

Yazılı hesap verme yükümlülüğü, hak kazanılan aracılık ücretlerinin kontrol edilmesini sağlar³⁰⁴. Hal böyleyken işçinin, aracılık ücretine konu işlemlerini, müşteri adını, malın cinsini, miktarını ve sözleşme tarihini, aracılık ücreti tutarı ve vade tarihini de içeren yazılı ve anlaşılır bir yazılı hesap alma hakkı vardır³⁰⁵. Bu anlamda yazılı hesabın aracılık ücretine tabi işlemleri ayrı ayrı ve tereddütte yer bırakmayacak şekilde ayrıntılı olarak içermesi gerekir. Alman hukukunda da defter suretinin, aracılık ücretinin hesaplanmasına imkân sağladığı ve hesaplama için gerekli tüm bilgileri içermesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁶. Bu durumda defter sureti, işverenin ticari defterlerinde gösterilen ve aracılık ücretinin hesaplanması için önemli olan her şeyi, yani müşterinin adını ve adresini, satılan malın türünü, miktarını, fiyatını, iade ve ifa edilmeme ve nedenlerini içermelidir³⁰⁷. Yine defter suretinin hangi zaman dilimini kapsadığı da açıkça belirtilmelidir³⁰⁸. Ayrıca işçinin matematiksel ve hukuki inceleme yapabilmesi için açık olmalıdır³⁰⁹. Bununla birlikte sadece faturaların bir suretini vermek, işverenin yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmez³¹⁰. Keza defter suretinin gerekli bilgileri içermemesi durumunda işçi, yeniden suret talep etme hakkına sahiptir³¹¹.

İşverence hazırlanan bu yazılı hesap, bir borç kabulü niteliğindedir³¹². Keza Alman hukukunda da soyut bir borç ikrarı olduğu kabul edilmiştir³¹³.

³⁰⁴ **Bortolani/Scherer**, s. 157; **Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87c [Abrechnung über die Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022, Rn. 4 (87c).

³⁰⁵ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 327; **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Stahelin**, s. 200; **Fritsch**, s. 813; **Emmel**, s. 57; **Bortolani/Scherer**, s. 158; **Oetker**, 87c, Rn. 1; **Hagen**, 87c, Rn. 4; **Vogelsang**, Rn. 55.

³⁰⁶ **Vogelsang**, Rn. 56.

³⁰⁷ **Oetker**, 87c, Rn. 5; **Hagen**, 87c, Rn. 11; Aracılık ücretinin hesaplanması, tutarı ve vade tarihi için önemli olan tüm bilgileri içermesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. **Krause**, Rn. 27.

³⁰⁸ **Hagen**, 87c, Rn. 11a.

³⁰⁹ **Hagen**, 87a, Rn. 34.

³¹⁰ **Vogelsang**, Rn. 56; "Prensip olarak, girişimci belirli bir sunum biçimiyle sınırlı değildir; Defter sureti, yapılan işlemlerin sadece tam olarak değil, aynı zamanda düzenli ve anlaşılır bir şekilde sunulmasını da gerektirmektedir. Bunun sağlanabileceği şekil, münferit durum veya kararlaştırılan aracılık ücreti türüne ve kapsamına bağlıdır. Tüm ilgili ticari işlemlerin bir defter suretinde açık, düzenli ve iyi düzenlenmiş bir sunum şekli, sipariş ve fatura belgelerinin kopyalarının da eklendiği bir liste şeklinde olabilir." (**Hagen**, 87c, Rn. 11).

³¹¹ **Krause**, Rn. 28; **Hagen**, 87c, Rn. 11a.

³¹² **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Stahelin**, s. 200.

³¹³ **Krause**, Rn. 26; **Hagen**, 87c, Rn. 2.

Bu önemine binaen iş ilişkisi sona erdikten sonra da işçinin yazılı hesap alma hakkı vardır³¹⁴. Bunun yerine inceleme hakkı kullanılması da istenemez³¹⁵.

İşveren, işçinin talebi olmaksızın bu hesabı vermekle yükümlüdür³¹⁶. Bununla birlikte aracılık ücret talebinin söz konusu olmadığı durumlarda bu yükümlülük de söz konusu değildir³¹⁷. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre e-posta veya başka iletişim araçları ile gönderilen, eksiksiz ve ayrıntılı olarak gerekli bilgileri içeren dijital bir belge de bu gereksinimleri karşılar³¹⁸.

Yazılı hesap yükümlülüğü şekle tabi olmayan bir anlaşmayla işçiye de devredilebilir³¹⁹. Ancak bu durumda işveren, işçinin hesaplama yükümlülüğü olduğunu ispatlamalıdır³²⁰. Bu nedenle öğretide yazılı yapılması önerilmiştir³²¹. Öte yandan işçinin yazılı hesap hazırlamakla yükümlü olduğu durumlarda, bu yükümlülüğüne aykırı davranmasıyla aracılık ücret hakkını kaybettiğinden bahsedilemez³²².

Yazılı hesap verme yükümlülüğü, nisbi emredici bir hüküm olduğundan tarafların anlaşması ile işçi aleyhine değiştirilemez³²³. Hatta makul bir süre içinde itiraz edilmemesi durumunda onaylanmış sayılacağına ilişkin hükümlere de geçerlilik sağlanmamalıdır³²⁴. Bununla birlikte işçi, aracılık ücret hesaplarına makul bir süre içinde itiraz etmeli ve fakat buna uymaması halinde kural olarak hakkını kötüye kullandığı düşünülmemelidir³²⁵. Keza Alman hukukunda da işçinin sessizliği, borcun ikrarına yönelik bir kabul beyanı

³¹⁴ **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 327; **Stahelin**, s. 200; **Geiser**, s. 388.

³¹⁵ **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Stahelin**, s. 200.

³¹⁶ **Krause**, Rn. 26.

³¹⁷ **Hagen**, 87c, Rn. 5.

³¹⁸ **Bortolani/Scherer**, s. 158.

³¹⁹ **Stahelin**, s. 200; **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Bortolani/Scherer**, s. 158.

³²⁰ **Stahelin**, s. 200; **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Bortolani/Scherer**, s. 159.

³²¹ **Bortolani/Scherer**, s. 159.

³²² **Bortolani/Scherer**, s. 159.

³²³ **Stahelin**, s. 200.

³²⁴ **Streiff/Kaenel/Rudolph**, s. 327; **Stahelin**, s. 200; Ancak herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde, hesapların iyiniyet temelinde kabul edilmiş sayılabilmesi için itiraz olmaması halinde işçiye hak kaybının sonuçları hakkında bildirimde bulunulması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. **Rehbinder/Stöckli**, s. 279.

³²⁵ **Abegg/Bernauer**, s. 873; **Stahelin**, s. 200; **Bortolani/Scherer**, s. 159; Makul süre içerisinde kontrol etmek ve varsa itirazlarını ileri sürmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Rehbinder/Stöckli**, s. 279; **Fritsch**, s. 813; **Emmel**, s. 57; Ancak işçinin davranışlarının hesaplamaya rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmaya sebebiyet vermemesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. **Stahelin**, s. 200.

olarak kabul edilmemekte ve aksi bir sözleşme maddesi de HGB § 87c/5 hükmüne göre geçersiz kabul edilmektedir³²⁶. Yine belirli bir süre içinde itiraz edilmediği takdirde hesabın onaylanmış sayılacağına ilişkin sözleşme hükmü de geçersizdir³²⁷.

İşveren, yazılı beyanının doğruluğunu kanıtlamakla yükümlüdür³²⁸. İşveren bu yükümlülüğünü yerine getirmezse ve işçi bu nedenle aracılık ücret talebini kanıtlamazsa, ihtilaflı aracılık ücreti iddialarını kanıtlama ve hesaplama faktörleri hakkında anlaşılır bilgi verme yükümlülüğünün işverene ait olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür³²⁹.

XIII. İŞÇİNİN İLGİLİ DEFTER VE BELGELERİ İNCELEME HAKKI

İşçi, yazılı hesabı kontrol etmek için gerekli olduğu sürece inceleme hakkına sahip olup işverenin, hesaplama esasları hakkında bilgi vermesi ve ilgili defter ve makbuzlara erişim sağlaması gerekmektedir³³⁰. Bu yükümlülük, işçinin ücreti ve hesabını koruma amacına hizmet eder³³¹.

İşverenin defterlerinin ve makbuzlarının incelenmesi, yazılı hesap yükümlülüğünün yerine geçmez³³². Bu kapsamda işverenin yazılı hesap hazırlaması ve işçiye inceleme için gerekli olan defter ve makbuzlarla ilgili bilgi ve erişim sağlaması gerekir³³³.

İşçinin inceleme hakkı, işveren tarafından verilen hesabı kontrol etmek için gerekli olan bilgi ve belgeler ile sınırlıdır³³⁴. Bu kapsamda işçinin inceleme hakkı, aracılık ücretinin hesabı ile ilgili defter ve makbuzları, siparişleri, formları, kesilen faturaları ve benzeri belgeleri kapsamaktadır. Keza aracılık ücretinin net cirodan hesaplanması halinde inceleme hakkı, kesintilerin hesaplanmasını da kapsar³³⁵. Özetle inceleme hakkı, yapılan kesintiler dahil olmak üzere aracılık ücretinin belirlenmesinde belirleyici olan her şeyle ilgilidir³³⁶.

³²⁶ Krause, Rn. 26; Vogelsang, Rn. 55; Hagen, 87c, Rn. 10; Oetker, 87c, Rn. 4.

³²⁷ Oetker, 87c, Rn. 7; Hagen, 87c, Rn. 24.

³²⁸ Rehbinders/Stöckli, s. 279; Fritsch, s. 814; Emmel, s. 57.

³²⁹ Abegg/Bernauer, s. 872; Emmel, s. 57.

³³⁰ Fritsch, s. 814.

³³¹ Centel, Ücret Ödeme Borcu, s. 9.

³³² Rehbinders/Stöckli, s. 279.

³³³ Bortolani/Scherer, s. 157.

³³⁴ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 318; Bortolani/Scherer, s. 159.

³³⁵ Geiser, s. 388.

³³⁶ Staehelin, s. 201.

İncelemeye sunulan belgelerde kontrolün yapılması için gerekli olmayan bilgilerin üstü kapatılabilir veya çizilebilir (örneğin banka hesap numaraları)³³⁷. Bununla birlikte işverenin gizlilik konusunda meşru bir menfaat ileri sürebileceği veriler, inceleme için gerekliyse, bu hakkın kullanılmasında her iki tarafın menfaatlerini koruyacak bir yöntemin izlenebileceği haklı olarak ileri sürülmüştür³³⁸.

İşçinin kendisinin inceleme hakkı olmakla birlikte aynı zamanda taraflar anlaşarak, bu konuda uzman bir kişiden de yardım alabilir. Her ne kadar TBK'nın 404/5. maddesinde mehzat kanun temel alınarak "bilirkişi" ifadesi geçmiş olsa da, taraflarca bilirkişi atanmasının Türk Usul Hukukuna uygun olmadığı, Türk Usul Hukukunda bilirkişinin ancak mahkeme tarafından atanacağı gerekçesiyle öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir³³⁹. Dolayısıyla kanaatimizce bu ifadeyi hesap incelemesi bilgisine sahip bir uzman olarak algılamak yerinde olacaktır. Yine TBK'nın 404/5. maddesi, işçinin kendi inceleme hakkının yanında mı uzman incelemesi talep edebileceği veya yoksa kendisinin bu haktan vazgeçerek sadece uzmandan mı talep edebileceği noktasında muğlaktır. Bu konuda İsviçre hukuku ile ilgili olarak ileri sürülen bir görüşe göre uzmana danışma hakkı, işçinin kendi inceleme hakkına ek olarak yani kümülatif şekilde mevcuttur³⁴⁰. Başka bir görüşe göre ise uzman görevlendirilirse işçi, ilgili defter ve belgeleri ilave olarak kendisi denetleyemez³⁴¹. Keza Alman hukukunda da işverenin işçiye veya işçi tarafından atanan bir denetçiye denetim izni verme noktasında seçme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir³⁴². Kanaatimizce işçi lehine yorum ilkesinden hareketle hem uzmanın hem de işçinin kendisinin inceleme hakkının var olduğu düşünülmelidir.

³³⁷ Emmel, s. 57.

³³⁸ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 318-319; Emmel, s. 57; Hatta işverenin mesleki sır kapsamında gizli tutulması gereken müşteri isimlerinin açıkça yazılması yerine sadece atıfta bulunmasının, aracılık ücretine hak kazanan işçinin sözleşme yaptığı müşterileri zaten tanınması nedeniyle mümkün olmayacağı görüşüne ilişkin bkz. Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 327.

³³⁹ Ertürk Arslan, Arzu: "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, 2012, s. 538-539; Ekmekçi, Ömer: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, s. 23.

³⁴⁰ Streiff/Kaenel/Rudolph, s. 319; Geiser, s. 388.

³⁴¹ Staehelin, s. 201.

³⁴² Oetker, 87c, Rn. 6; Vogelsang, Rn. 60.

Alman hukukunda da işçi, ticari defterleri inceleme veya incelettirme hakkına sahiptir³⁴³. Buna karşılık defter sureti talep etme ve inceleme hakkı aynı anda talep edilemeyecek olup inceleme, defter kaydı sureti teslimini hariç tutar³⁴⁴. Böylelikle işçi, inceleme talep edilebilmesi için önce defter sureti talebinde bulunmalıdır³⁴⁵. Dolayısıyla inceleme hakkının önkoşulu, defter sureti talebinin reddedilmesi veya defter suretinin doğruluğu veya eksiksizliği konusunda makul şüphelerin olmasıdır³⁴⁶. Makul şüpheler, defter suretine yönelik güven kaybına yol açabileceğinden inceleme hakkı kapsamı sadece haklı şüphelerin bulunduğu müşteri veya işlemlerle ile sınırlı olmayıp, bütün işlemleri kapsamaktadır³⁴⁷. Keza defter sureti usulüne uygun bir şekilde düzenlenmiş olsa bile, hesaplama yapabilmek için yeterli bilgi sağlamaması durumunda da inceleme yapılabilir³⁴⁸.

İsviçre hukukunda, bir tarafın diğer tarafla anlaşmadan bir uzmanı görevlendirmesi durumunda, inceleme maliyetini karşı taraftan talep edemeyeceği ileri sürülmüştür³⁴⁹. Alman hukukunda işçi, defter suretinin yanlış olması haricinde inceleme masraflarını karşılayacaktır³⁵⁰. Türk hukukunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, TBK'nın 404/5. maddesinde hesabı gözden geçirme ihtiyacının ortaya çıkması durumu düzenlenmiştir. Buna göre, defter ve belgelerin yanlış veya eksik bilgiler içermesi durumunda, bu ihtiyacın gerçekleşmiş olacağı ve işverenin kendi kastı ve ihmalinden doğan inceleme masraflarını işçiye yansıtamayacağı kanaatindeyiz. Keza Alman hukukunda olduğu gibi artık bu belgelerin güvenilirliği sorunu ortaya çıkacağından, inceleme, bütün işlemler üzerinde yapılabilmelidir. Bununla birlikte böyle bir ihtiyaç olmaksızın işçi tarafından inceleme talep edilmesi durumunda bu masraflar, işçi tarafından karşılanmalıdır.

SONUÇ

İşçinin ücreti, zaman göre ücret şeklinde ödenebileceği gibi performansla bağlı şekilde de ödenebilir. Taraflar, bu hususu iş sözleşmesinde belirleyebilir. Keza işçinin ücretinin performansına dayalı olarak hesaplanması ve ödenmesi durumunda işçi, çalışmasının tam karşılığını almaktadır. Bu

³⁴³ Hagen, 87c, Rn. 16.

³⁴⁴ Krause, Rn. 31.

³⁴⁵ Hagen, 87c, Rn. 20.

³⁴⁶ Hagen, 87c, Rn. 17; Krause, Rn. 30; Oetker, 87c, Rn. 6; Vogelsang, Rn. 60.

³⁴⁷ Hagen, 87c, Rn. 17; Vogelsang, Rn. 60.

³⁴⁸ Hagen, 87c, Rn. 17; Oetker, 87c, Rn. 6.

³⁴⁹ Abegg/Bernauer, s. 873.

³⁵⁰ Hagen, 87c, Rn. 19; Oetker, 87c, Rn. 6; Krause, Rn. 30; Vogelsang, Rn. 60.

yönüyle zamana göre ücretle kıyaslandığında işverenin lehine olduğu açıktır. Bu bağlamda aracılık ücreti de uygulamada işverenler tarafından kullanılan bir ücret türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza Türk Borçlar Kanununun 404. maddesinde de aracılık ücreti, ücret türlerinden biri olacak şekilde açıkça düzenlenmiştir. Yine mukayeseli hukuk dikkate alındığında, İsviçre Borçlar Kanununun 322b ve 322c maddelerinde aracılık ücreti açıkça düzenlenmiş ve ticari temsilciler için geçerli olan Alman Ticaret Kanunu § 87/1 ve 3 ve yine § 87 a ila 87 c arası hükümlerinin işçinin ücretinin aracılık ücreti olarak ödenmesi durumunda kıyasen uygulanacağı Alman hukukunda kabul edilmiştir.

Aracılık ücreti, işçinin işveren adına aracılık ettiği veya işveren adına akdettiği sözleşmelerin değeri üzerinden veya yapılan işlem sayısına göre ödenen ücrettir. Öte yandan aracılık ücretinin akort ücret veya parça başı ücret niteliğinde olduğu görüşleri de ileri sürülmüştür. Bu ücret, işçinin performansından ziyade işveren ile üçüncü kişi arasında hukuken geçerli bir sözleşme akdedilmesine ve yine kanunda aranan diğer şartları taşımasına bağlı olduğundan, zikredilen ücretler niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz. Aracılık ücreti, performanstan ziyade hukuken geçerli bir sözleşme akdedilmesi başarısına dayandığından, bu ücreti başarı ücretine yakın olarak kabul etmek kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Aracılık ücreti, çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki işçi, işveren adına sadece aracılık etmek veya işveren adına hem aracılık etmek hem de sözleşme akdetmek göreviyle ücrete hak kazanabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, işçinin kural olarak sadece aracılık faaliyetinde bulunmasının yeterli olmasıdır. Eğer işveren adına sözleşme de akdedilecekse, bu durumun iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmesi ve işçiye yetki verilmesi gerekir. Yalnız hangi aracılık ücret türü düzenlenirse düzenlensin, bu ücret işçinin bireysel faaliyetlerinin sonucu olarak ödenmelidir. Eğer taraflar, işçinin bu ücretini hesaplarken bireysel faaliyetinden ziyade işyerinin/işletmenin bütünün veya bir bölümünün faaliyetlerini dikkate alıyorsa burada aracılık ücreti değil, işin sonucundan pay alma ücreti düzenlenmiştir.

Türk hukukunda aracılık ücret hesabının brüt veya net satış tutarı üzerinden hesaplanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce yüklü miktarda alım, peşin ödeme veya hatır indirimi gibi liste fiyatlarından işverence başta yapılan indirimlerde, aracılık ücretinin indirimden sonraki miktar üzerinden hesaplanması gerekmekte birlikte nakliye, vergiler, sigorta veya paketleme gibi işverence üstlenilmesi gereken masrafların aksi kararlaştırılmadıkça aracılık ücreti hesabında dikkate alınmaması

gerekir. Bununla birlikte kısmi ifa durumunda, TBK'nın 404/3. maddesi gereği aracılık ücreti orantılı olarak ödenecektir.

İşçi ve işveren, ücretin sadece aracılık ücretinden veya ağırlıklı kısmının aracılık ücretinden oluştuğunu kararlaştırabilir. Keza iş sözleşmesinde sabit bir ücretle birlikte aracılık ücretinin ödeneceği de düzenlenebilir. Ancak aracılık ücreti hangi şekilde düzenlenirse düzenlensin, asgari ücretten ve toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenen miktardan az olamaz. Bununla birlikte TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesini düzenleyen 454. maddesini kıyasen ve yine TBK'nın 401. maddesini doğrudan temel aldığımızda, işçiye, asgari ücretten az olmamak üzere münhasıran aracılık ücretinin ödenebileceği kanaatindeyiz.

TBK'nın 404. maddesinden aksi açıkça çıkarılamayacağından, sadece işverenin sattığı mal ve hizmet için değil, işverenin satın aldığı mal ve hizmet için de işçi aracılık ücretine hak kazanabilir. Öte yandan TBK'nın 404. maddesinde açıkça üçüncü kişi ile sözleşme akdedilmesi zikredildiğinden, işçinin kendisiyle sözleşme yapması durumunda aracılık ücretine hak kazanılamayacağı, buna karşılık iş sözleşmesinde açık bir hükmün bulunması durumunda hak kazanılabileceği kanaatindeyiz.

Aracılık ücreti, üçüncü kişi ile hukuken geçerli bir sözleşmenin akdedilmesiyle doğar. Bununla birlikte işveren, aracılık edilen işlemle ilgili olarak üçüncü kişiyle sözleşme yapıp yapmama noktasında serbesttir. Ancak işverenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde sözleşmeyi akdetmemesi, sözleşmenin karşı tarafının iradesini sakatlaması veya kusuruyla kesin hükümsüzlüğe sebebiyet vermesi gibi durumlarda işçinin aracılık ücretine hak kazandığını kabul etmek gerekir. Yine işveren, dürüstlük kuralına aykırı şekilde koşulun gerçekleşmesini engellediğinden, TBK'nın 175. maddesi gereği koşul gerçekleşmiş kabul edilecek ve kanaatimizce aracılık ücreti doğacaktır. Ancak işveren, dürüstlük kuralını ihlal etmeksizin sözleşmeyi akdetmemesi veya işverenin kusuru olmaksızın sözleşmenin hukuken geçerli doğmaması durumlarında, aracılık ücreti doğmaz. Bunun sonucunda işçi, münhasıran aracılık ücreti ile çalışıyorsa iş görme borcunu ücret almaksızın yerine getirecektir. Bu olasılıkta işçiye, tam süreli çalışıyorsa asgari ücretten, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa çalışma süresiyle orantılı asgari ücretten az olmayan emsal ücret ödenmelidir. Bu durumda ödenen ücretin aracılık ücreti değil, zaman esasına göre ücret olduğu kanaatindeyiz.

İşçinin aracılık ücretine hak kazanabilmesi için sözleşmenin hukuken geçerli olarak doğmasının yanında işçinin aracılık faaliyeti ile akdedilen sözleşme arasında nedensellik bağı da gerekir. Öte yandan birden fazla

işçinin aracılık faaliyetini yürütmesi durumunda, hangi işçinin faaliyet ile sözleşmenin akdedilmesi arasında nedensellik bağının tespiti zor olduğundan bütün işçilerin aracılık ücretine hak kazandığının kabulü kanaatimizce isabetli bir çözüm olacaktır.

Türk Borçlar Kanununun aracılık ücretini düzenleyen 404. maddesini temel aldığımızda mezkur maddede, aracılık ücretine sadece iş ilişkisi devam ederken hak kazanılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Hal böyleyken aracılık edilen sözleşme ile işçinin faaliyeti arasında nedensellik bağının bulunması ve iş ilişkisinin sona ermesinden sonra makul bir süre içinde akdedilmesi durumunda, işçinin aracılık ücretine hak kazanması gerektiği kanaatindeyiz.

Aracılık ücretinin doğumu ile muaccel olduğu zamanlar farklılık arz etmektedir. Aracılık ücreti, üçüncü kişiyle sözleşmenin akdedildiği anda doğar ve fakat sözleşmenin akdedilmesini izleyen ayın sonunda muaccel hale gelir. Bununla birlikte işlemlerin yapılması altı aydan fazla bir süreyi gerektiriyorsa bu işlemlere ilişkin aracılık ücretinin vadesi, yazılı anlaşma ile TBK'nın 406/2. maddesi gereği ertelenebilir. Öte yandan ilgili maddede tarafların ne kadar öteleyebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda aracılık ücretinin, en geç üçüncü kişinin ifasını tamamladığı veya tamamlaması gerektiği ayın son günü muaccel hale geldiği kanaatindeyiz.

İşçinin aracılık ücreti, işveren ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin hukuken geçerli olmasıyla doğarken, sözleşmeden doğan borçlar, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi işverenin kusuruna dayanmaksızın ifa etmezse aracılık ücreti talep hakkı düşer. Dolayısıyla aracılık ücreti, bozucu koşula bağlanmıştır. Bununla birlikte bozucu koşul gerçekleşirse ve işçi münhasıran aracılık ücretiyle çalışıyorsa ücret alınmaksızın iş görme borcu yerine getirilmiş olacak ve iş görme-ücret unsuru ihlal edilecektir. Kanaatimizce TBK'nın 404/3 hükmü, ancak asgari ücretten az olmayan sabit ücret ile birlikte ödenen aracılık ücreti için söz konusu olmalıdır. Bozucu koşul gerçekleşmiş olsa bile işçi, münhasıran aracılık ücretiyle ve tam süreli çalışıyorsa bu işçiye asgari ücretten, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa çalışma süresiyle orantılı asgari ücretten az olmayan emsal ücret, zaman esasına göre ödenmelidir. Yine kanaatimizce üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesi aracılık ücretinin sona ermesi noktasında tek başına yeterli olmayıp, işveren, ifayı sağlamak için dava veya takip gibi makul yollara da başvurmalıdır. Ancak dürüstlük kuralı gereği işverenden beklenebilecek önlemlere başvurusu istenebilir. Kaldı ki, dava ve takip sonucu elde edilen miktar, işverenin sözleşmeden elde edeceği menfaatin

yerine geçeceğinden kanaatimizce dava veya takip neticesinde elde edilen miktar üzerinden aracılık ücret hakkı devam etmelidir.

TBK'nın 404/4. maddesi gereği işveren, hak edilen aracılık ücretleri için her ayın son gününde yazılı bir hesap hazırlamak ve işçiye teslim etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte yapılması altı aydan uzun süren işlemler için yazılı bir anlaşmayla daha uzun bir hesap dönemi kararlaştırılabilir. Ayrıca işçi, işverence verilen yazılı hesabı kontrol etmek için gerekli evrakları inceleme hakkına da sahiptir. Bu kapsamda inceleme talep edilen belgeler, aracılık ücretinin hesaplanması ile ilgili olan bütün belgelerdir. Öte yandan işçinin kendisinin inceleme hakkı olmakla birlikte aynı zamanda taraflar, anlaşarak bu konuda uzman bir kişiden yardım da alabilir.

KAYNAKÇA

- Abegg, Andreas/Bernauer, Christof:** Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Hrsg. **Gauch, Peter/Stöckli, Hubert,** Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2021.
- Akdeniz, Umut:** “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 4, 2013, s. 1-34.
- Alparlan, Murat:** İşverenin Ücret Ödeme Borcu,(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1999.
- Bedük, Mehmet Nusret:** İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulaması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004.
- Bengelsdorf, Peter:** Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses, § 49 Aufhebungsverträge, 5. Auflage, Hrsg. **Moll, Wilhelm,** 2021.
- Bortolani, Sergio/Scherer, Miriam:** Stämpflis Handkommentar Arbeitsvertrag, Hrsg. **Etter, Boris/Facincani, Nicolas/Sutter, Reto,** 2021.
- Cardinaux, Basile:** “Variable Vergütungen im Arbeitsrecht”, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und Berufliche Vorsorge, Heft: S1, 2020, s. 340-355.
- Centel, Tankut:** “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, Tisk Akademi, C. 6, S. 12, 2011, s. 6-22 (Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması).
- Centel, Tankut:** “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 23, 2011, s. 5-14 (Ücret Ödeme Borcu).
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment:** İş Hukuku, 35. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- Çenberci, Mustafa:** İş Hukuku Şerhi I, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- Çil, Şahin:** İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Çopuroğlu, Çağlar:** Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Doğan Yenisey, Kübra:** “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 297-336.

- Ekmekçi, Ömer:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 13, 2009, s. 19-28.
- Emmel, Frank:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Auflage, Hrsg. **Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus**, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2016.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Ertürk Arslan, Arzu:** “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2012, s. 531-556.
- Fritsch, Daniela:** Orell Füssli Kommentar Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Hrsg. **Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland**, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Geiser, Thomas:** “Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn”, *Aktuelle Juristische Praxis*, Heft:4, 2001, s. 382-393.
- Güllüce, Muhammed Ali:** Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2014.
- Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış:** “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, C. 3, S. 30, 2011, s. 231-288.
- Güneş, Volkan:** İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayınevi, Ankara 2021.
- Hagen, David:** BeckOK (Beck’scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 65 [Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter**, 2022 (65).
- Hagen, David:** BeckOK (Beck’scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87 [Provisionspflichtige Geschäfte], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter**, 2022 (87).

- Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87a [Fälligkeit der Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022 (87a).
- Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87b [Höhe der Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022 (87b).
- Hagen**, David: BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht HGB § 87c [Abrechnung über die Provision], 64. Edition, Hrsg. **Rolfs**, Christian/**Giesen**, Richard/**Meßling**, Miriam/**Udsching**, Peter, 2022 (87c).
- Ianni**, Sara/**Meier-Dieterle**, Felix C.: "Lohnarten – Eine "Tour D'horizon"", Der Schweizer Treuhänder, Heft: 3, 2014, s. 209-213.
- Kayık Aydınalp**, Aslihan: "İş Hukukunda Prim", TAAD, C. 9, S. 36, 2018, s. 53-72.
- Koç**, Derviş: Pazarlamacılık Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.
- Krause**, Rüdiger: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I § 65 Erfolgsabhängige Leistungsentgelte, 5. Auflage, Hrsg. **Kiel**, Heinrich/**Lunk**, Stefan/**Oetker**, Hartmut, München 2021.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara 2022.
- Morf**, Roger Peter: "§ 6 Besondere Lohn- und Vergütungsformen / XVI. Die Provision (Art. 322b und Art. 322c OR)", Lohn und Besondere Vergütungsformen im Privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht Band/Nr. 73, Hrsg. **Portmann**, Wolfgang/**Stöckli**, Jean-Fritz, Stämpfli Verlag AG, 2011, s. 236-257.
- Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 65 [Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022 (65).
- Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87 [Provisionspflichtige Geschäfte], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022 (87).
- Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87a [Fälligkeit der Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022 (87a).

- Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87b [Höhe der Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022 (87b).
- Oetker**, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Handelsgesetzbuch, HGB § 87c [Abrechnung über die Provision], 22. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 2022 (87c).
- Pletke**, Matthias/**Schrader**, Peter/**Siebert**, Jens/**Thoms**, Tina/**Klagges**, Rhea-Christina/**Teubert**, Rene: Rechtshandbuch Flexible Arbeit, B. Dimensionen der Flexibilisierung, 2. Auflage, Beck Verlag, München 2022.
- Preis**, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bürgerliches Gesetzbuch Buch, Recht der Schuldverhältnisse § 611a Arbeitsvertrag, 23. Auflage, Hrsg. **Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid, 23. Auflage, 2023.
- Rehbinder** Manfred/**Stöckli**, Jean-Fritz: Berner Kommentar zum Schweizerische Privatrecht Band: VI (Obligationenrecht) 2. Abteilung (Die Einzelnen Vertragsverhältnisse) 2. Teilband (Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR) 1. Abschnitt (Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR), Hrsg. **Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.
- Sarı Çiftçi**, Saliha: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmesinde Ücret (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2015.
- Senti**, Christoph: "Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen", Aktuelle Juristische Praxis, Heft:5, 2015, s. 695-712 (Lohnfortzahlung und Lohnersatz zahlungen).
- Senti**, Christoph: "Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber", Aktuelle Juristische Praxis, Heft:1, 2014, s. 40-59 (Rückforderung oder Verrechnung).
- Stahelin**, Adrian: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band V/2c Das Obligationenrecht Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Auflage, Hrsg. **Gauch**, Peter/**Schmid**, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2006.
- Streiff**, Ullin/**Kaenel**, Adrian/**Rudolph**, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2012.

- Spinner**, Günter: Münchener Kommentar zum BGB, Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, § 611a Arbeitsvertrag, 8. Auflage, Hrsg. **Sacker**, Franz Jürgen/**Rixecker**, Roland/**Oetker**, Hartmut/**Limpert**, Bettina, Beck Verlag, München 2020.
- Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- Tekin**, Ufuk: “Acentenin Tahsil Komisyonu Talep Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 362-370.
- Tuncay**, Can: “Pazarlamacılık (Ticari Gezgini) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, ÇEİS, C. 26, S. 2, 2012, s. 4-17.
- Topçuoğlu**, Metin: “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2011, s. 27-70.
- Topuz**, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m.448-460)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 293-356.
- Vogelsang**, Hinrich: Arbeitsrechts-Handbuch VII. Buch. Entgeltzahlungspflicht § 75. Provision, 19. Auflage, Hrsg. **Schaub**, Günter, Beck Verlag, München 2021.
- Yavuz**, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Yılmaz**, Halil: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Avans, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Zengin**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.

ELEKTRONİK PAZARYERİ İŞLETMECİLERİNİN SATICILAR BAKIMINDAN YAPMIŞ OLDUĞU ARACILIK FAALİYETİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375528>

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL*

Öz

Bu çalışmada, elektronik pazaryerinde ürünlerini sergileyerek “satış” yapan kişiler için söz konusu pazaryerini elektronik ortamda sağlayan pazaryeri işletmecisinin yapmış olduğu faaliyetin hukukî niteliği ile elektronik pazaryeri işletmecisinin niteliği çerçevesinde ilgili sözleşme tipi için kanunda öngörülen hükümlerin bazılarının taraflar arasındaki ilişkiye uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu anlamda pazaryeri işletmecisinin pazaryeri sözleşmesi ile üstlendiği faaliyetin en temelde aracılık; pazaryeri işletmecisinin kendisinin de aracı olduğu kanaatine varılmıştır. Yine kural olarak sürekli olarak bir ticari işletme için aracılık yapan pazaryeri işletmecisinin yapmış olduğu aracılık faaliyetinin acentelik olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Pazaryeri sözleşmesinde pazaryeri işletmecisinin birtakım asli başka edimleri üstlenmiş olması sebebiyle pazaryeri sözleşmesinin farklı şekillerde nitelendirildiği hâllerde pazaryeri sözleşmesinin karakteristik ediminin aracılık faaliyeti olması TTK’da düzenlenen acentelik hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği mütalaa edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Acente, Elektronik pazaryeri, Elektronik pazaryeri işletmecisi, Aracılık, E-ticaret

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (mebingol@medipol.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7176-636X (Geliş Tarihi: 10.07.2023-Kabul Tarihi: 05.10.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE LEGAL NATURE OF THE INTERMEDIARY
ACTIVITY OF ELECTRONIC MARKETPLACE
OPERATORS FOR SELLERS**

(Research Article)

Abstract

In this study, the legal nature of the activity carried out by the marketplace operator who provides the marketplace in the electronic platform for the persons who make "sales" by exhibiting their products in the electronic marketplace and the suitability of some of the provisions provided by the law for the relevant contract type within the framework of the nature of the electronic marketplace operator to the relationship between the parties have been evaluated. In this sense, it was concluded that the activity undertaken by the marketplace operator with the marketplace agreement is essentially intermediation and that the marketplace operator itself is an intermediary. Again, as a rule, it was concluded that the intermediary activity of the marketplace operator, who acts as an intermediary for a commercial enterprise on a continuous basis, should be characterized as agency. In cases where the marketplace agreement is characterized in different ways due to the fact that the marketplace operator has undertaken certain other primary obligations in the marketplace agreement, it is considered that the agency provisions regulated under the TCC may find an area of application since the characteristic performance of the marketplace agreement is the intermediary activity.

Keywords

Commercial agent, Electronic marketplace, Electronic marketplace operator, Intermediation, E-commerce

GİRİŞ

İnternet; tüketicilerin, kullanıcıların, içerik oluşturucuların, web sitesi operatörlerinin ve reklam verenlerin farklı iş modelleri çerçevesinde kâr sağlayabileceği çok farklı yaratıcı içerik sunmaktadır. Bu tür içeriklerin paylaşılmasına olanak sağlayan platformlar, özellikle ticari amaçlı kullanımlara hizmet eder. İnternet kullanımının artmasıyla birlikte, fiziki pazar yerleri kadar elektronik pazaryerleri de rağbet görmeye başlamıştır. Hatta özellikle pandemiyle birlikte sokağa çıkma yasakları, evden çalışma gibi sebeplerden ötürü tüketicilerin elektronik pazaryerlerine tercih oranı büyük ölçüde artmıştır. Bunlara ek olarak, elektronik pazaryerlerinde birçok ürünün ve markanın daha kolay karşılaştırılma imkânının tanınması, alışverişin daha kolay gerçekleştirilmesi gibi nedenlerle de elektronik ticaret yaygınlaşmıştır. Özellikle tüketiciler bakımından bu şekilde platformlar, geniş bir ölçüde farklılık gösteren teklifler noktasında bilgi almaları ve doğru ürünü bulmaları bakımından çevrimdışı dünyada mümkün olmayan imkânlar tanımaktadır. Hatta bazı platformlar doğrudan satıcı ile tüketici arasında sözleşmenin kurulması imkânını da sağlamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da satıcılar tüm elektronik pazaryerlerinde ürünlerini sergilemeye başlamış ve satıcıların fiziki yerlere ek olarak elektronik pazaryerlerinde de satış yapma eğilimleri artmıştır. Elektronik pazaryeri sağlayan işletmeler de yoğun reklam ve kampanyalar ile hem ürün çeşitliliğini ve dolayısıyla satıcı sayısını hem de tüketici/alıcı sayısını artırmaya çabalamıştır. Yine elektronik pazaryeri sayısı ve çeşitliliği artmış, elektronik pazaryerlerinde yalnızca ürün satışı değil, lojistik, iş bulma gibi hususlar bakımından da aracılık faaliyeti yapılmaya başlanmıştır.

Bu çalışmada da elektronik pazaryerinde ürünlerini sergileyerek “satış” yapan kişiler için söz konusu pazaryerini elektronik ortamda sağlayan pazaryeri işletmecisinin gerçekleştirdiği faaliyetin hukukî niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır. Yukarıda yer verildiği üzere, ticari hayatta artık söz konusu ilişkinin çok yaygınlaşması sebebiyle, tarafların hak ile borçlarının belirlenmesi ve ilgili sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda kanunlarda öngörülen hangi hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağını tespiti bakımından, elektronik pazaryeri işletmecisinin gerçekleştirdiği faaliyetin niteliğinin saptanması büyük bir önem arz etmektedir. Yine pazaryeri işletmecisinin satıcılara karşı sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da ilişkinin niteliğinin tespiti mühimdir. Dolayısıyla elektronik pazaryeri işletmecisinin hukukî niteliğinin tespiti için hazırlanan bu çalışmada ilk olarak pazaryeri ile satıcı kavramları açıklanacak, ardından tarafların bu ilişkide üstlendiği

edimler tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu tespitin ardından tarafların edimlerinden yola çıkılarak ilişkinin niteliği belirlenmeye çalışılırken doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilecek ve söz konusu görüşler değerlendirildikten sonra elektronik pazaryeri işletmecisinin hukukî niteliği saptanacaktır. Son olarak elektronik pazaryeri işletmecisinin niteliği çerçevesinde ilgili sözleşme tipi için kanunda öngörülen hükümlerin bazılarının taraflar arasındaki ilişkiye uygunluğu da ayrıca değerlendirilecektir.

I. ELEKTRONİK PAZARYERİ VE SATICI KAVRAMLARI

İnternet kaynaklı alışverişin yaygınlaşmasına paralel olarak alışveriş imkânını kolaylaştıran elektronik pazaryeri sayısı da artmıştır. Söz konusu pazaryerleri satıcılara, sanal mağaza açılması, mal ya da hizmetlerin reklamlarının yapılması, ilan verilmesi, mal veya hizmetlerin internetteki kullanıcılara sunulması sayesinde satıcı ile alıcı arasında akit yapılmasını sağlaması gibi faaliyetler sunmaktadır¹. Dolayısıyla aslında söz konusu ilişki bakımından üç farklı taraf bulunmaktadır². Bunlar; elektronik pazaryeri işletmecisi, satıcı ve alıcıdır. Satıcı ile alıcı arasında hizmet alımına ya da mal satımına yönelik akit, elektronik pazaryeri işletmecisi tarafından sağlanan platform aracılığıyla gerçekleştirilir.

Her üç kavram da elektronik ticaretin düzenlenmesine ilişkin ilgili mevzuatta tanımlanmıştır³. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, birazdan bahis konusu edilecek olan ilgili mevzuatta kullanılan terminolojinin bir kısmı bu çalışmada kullanılan terminolojiden farklılık arz etmektedir. Ancak aşağıda görüleceği üzere ifadeler, muhtevaları itibarıyla özdeştir⁴. Bu çerçe-

¹ **Demirbaş**, Harun: 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 26.

² İktisat bilimi ve rekabet hukuku çerçevesinde elektronik pazaryerleri, çok taraflı pazaryerleri olarak nitelendirilmektedir. Pazaryerlerinin temel özelliği ise, değişik gruplar arasında etkileşim sağlayarak ağ etkisi oluşturmaktadır. Bu yönde bkz. **Gündüz**, Hale: Çift Taraflı Pazarlarda Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 106, Ankara 2009, s. 6.

³ Kavramlara ilişkin olarak internet ve e-ticaret ile ilgili mevzuat, perakendecilikle ilgili mevzuat, vergi mevzuatı, ödeme hizmetleri ile sermaye piyasası mevzuatı yönelik tanımlar ve kullanılan terimlere ilişkin geniş bilgi için bkz. **Oğuz**, Elif: Türk ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Acenteliğin Uygulama Alanı Kapsamındaki Çevrimiçi Aracılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 31-42.

⁴ Bununla birlikte Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 20 Haziran 2019 tarih ve 2019/1150 (AB) sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin İşletme Kullanıcıları için Dürüstlük ve Şeffaflığın Geliştirilmesi Hakkında Tüzüğü (*Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and*

vede 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ("ETDHK"), elektronik pazaryeri işletmecisi ifadesi yerine "aracı hizmet sağlayıcı" ifadesi tercih edilmiş ve ilgili kavram; "*Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri*" şeklinde tanımlanmıştır. Yine satıcı ifadesi yerine "hizmet sağlayıcı" ibaresi kullanılmış ve söz konusu ifade de; "*Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri*" şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte ETDHK'da alıcıya yönelik ayrıca tanıma yer verilmemiştir.

Yine ETDHK'nın dayanak olduğu ve 29.12.2022 tarihinde 32058 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik"te ("Yönetmelik") de ilgili kavramlar tanımlanmıştır. Yönetmelik'in 4. maddesine göre elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı; "*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı*" ifade eder. Yine elektronik ticaret hizmet sağlayıcı; "*Elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı*" anlamına gelir. ETDHK'dan farklı olarak Yönetmelik'te alıcı tanımına da yer verilmiş ve buna göre alıcı; "*Elektronik ticarete konu mal veya hizmeti satın alan ya da satın alma amacıyla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade eder. Son olarak Yönetmelik'te aracılık hizmetinin de; "*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmeti*" olduğu belirtilmiştir. Hem ETDHK hem de Yönetmelik elektronik pazaryerine ilişkin verilen tanımlara göre elektronik pazaryeri, elektronik pazar yeri işletmecisi tarafından aracılık faaliyetlerinin sunulduğu elektronik ticari ortamı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla elektronik pazaryeri, satıcı ile alıcıların buluşturulduğu ve satıcıların ürün ve hizmetlerinin geniş kitlelere sunulması için oluşturulan işletmeci gerçek ya da tüzel kişi tarafından oluşturulan ortamı ifade ederken, satıcı ise işletmeci tarafından oluşturulan bu sanal ortamda mal ya da hizmetlerini sunarak, bun-

transparency for business users of online intermediation services) çerçevesinde, satıcının karşısında bulunan kimselerin tüketici olması ile sınırlı olarak kullanılan "çevrimci aracı" kavramı için bkz. Oğuz, s. 5 vd. Bu çalışmada elektronik pazaryeri işletmecisinin aracılık yaptığı kimseler tüketiciler ile sınırlandırılmadığından, elektronik pazaryeri işletmecisi, "çevrimiçi aracı" kavramını da içine alan bir anlamı ihtiva etmektedir.

ların sağlanmasına yönelik üçüncü kişilerle sözleşmeler yapan gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir.

II. PAZARYERİ SÖZLEŞMESİ (*MARKETPLACE AGREEMENT*) VE TARAFLARIN EDİMLERİ

A. Pazaryeri Sözleşmesi

Elektronik pazaryerleri çok çeşitlidir. Bu çerçevede elektronik pazaryerleri, satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmenin yapılmasına iş modeline göre farklı şekillerde etki edebilir. Yine sınır ötesi işlemler sebebiyle platformlar ile ilgili sorunlar çoğu zaman salt milli bir sorun da değildir. Genel olarak, bir çevrimiçi karşılaştırma ve aracılık platformu, mal ve hizmet sağlayıcılarının bunları ücretsiz veya ücretli olarak yayınlatabildiği veya başka bir şekilde hizmet yelpazesine dikkat çekebildiği, algoritma tabanlı bir teknik altyapı aracıdır. Belirli ürünleri arayan kullanıcılara bu teklifler gösterilir ve kullanıcı söz konusu ürünleri platform aracılığıyla satıcıdan “satın alabilir”⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere, pazaryerinin kullanımı ile ilgili olarak taraflar arasında üçlü bir ilişki kurulmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak, satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasında uygulamada pazaryeri sözleşmesi (*marketplace agreement*) olarak da anılan bir sözleşme kurulur⁶. Yine alıcılar platform içinde satıcı tarafından sunulan mal veya hizmetleri tercih ederek, yine platform üzerinden sipariş oluşturduğunda, alıcı ile satıcı arasında da sunulan mal ya da hizmetin niteliğine göre bir hukukî ilişki tesis edilir. Bununla birlikte alıcıların platforma girişi ve platform aracılığıyla mal ya da hizmet satın alması esnasında da platform ile alıcı arasında çoğu zaman üyelik / kullanıcı sözleşmesi olarak ortaya çıkan bir hukukî işlem tesis edilir⁷. Eldeki çalışmada yukarıda sayılan sözleşmelerden yalnızca pazaryeri sözleşmesine değinilecek olup yukarıda anılan diğer iki sözleşme bu çalışmada ayrıca değerlendirilmeyecektir.

Pazaryeri sözleşmesi en yalın hâli ile elektronik ortamda hizmet sağlamak isteyen kişi ve elektronik ortamda hizmet sağlayan pazaryeri işletmecisi arasında kurulan ve tarafların hak ile yükümlülüklerini belirleyen sözleşmedir. Dolayısıyla ilgili sözleşmenin tarafları, platformu işleten kişi ile plat-

⁵ **Hauck, Ronny/Blaut, Heiko:** “Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern”, Neue Juristische Wochenschrift, V. 71, Nr. 20, 2018, s. 1425.

⁶ Doktrinde benzer yönde kullanım için bkz. **Demirel, Aysel:** 7416 sayılı Kanunla Değişik 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 118 vd.

⁷ Söz konusu ilişkinin hukukî niteliğine yönelik bkz. **Demirel, s. 169.**

formda ürün ve hizmet sergileyerek alıcılar ile akit yapan satıcıdır. Bununla birlikte, yeniden satıcılık yöntemi (*merchant*) olarak anılan web sitesi tabanlı satış hâlinde, eldeki makale konusu olan pazaryeri sözleşmesinin varlığından bahis mümkün değildir⁸. Zira bu yöntemde satıcılar, kendilerine ait ürünleri toptan bir şekilde pazaryeri işletmecisine satmakta ve pazaryeri işletmecisi satın aldığı ürünleri kendi depolarında saklayarak, alıcıların talepleri doğrultusunda ürünleri kendi nam ve hesabına satmaktadır. Dolayısıyla satış sözleşmesinin tarafı, alıcı ile pazaryeri işletmecisidir. Görüldüğü üzere, yeniden satıcılık yönteminin kullanıldığı hâllerde başkalarının ticari faaliyetleri için bir elektronik ortam sağlanması söz konusu olmadığından, pazaryeri işletmecisinin buluşturma faaliyetinden⁹ de bahis söz konusu değildir. Bu yöntemin kullanıldığı hâllerde hem pazaryeri işletmesi ile satıcı arasında yapılan ilk sözleşme hem de pazaryeri işletmecisi ve alıcı arasında kurulan ikinci sözleşme herhangi bir özellik göstermez. Bu yüzden herhangi bir buluşturma faaliyetinin bulunmadığı bu yöntemin uygulanması sonucu tesis edilen sözleşmeler bu çalışma kapsamında ayrıca değerlendirme altına alınmayacaktır.

Buna karşılık elektronik pazaryerleri kullanılarak satış yapılan ikinci yöntem olan platform sağlama (*marketplace*) yönteminde¹⁰ ise, pazaryeri işletmecisi, genellikle belirli bir komisyon karşılığında, satıcılar ile alıcıların buluşabileceği sanal bir pazaryeri oluşturur ve satıcı ile alıcı arasındaki sözleşme doğrudan bu platform kanalıyla yapılır¹¹. Yani pazaryeri işletmecisi, sadece tarafları buluşturur¹². Dolayısıyla alıcı ile satıcı arasında yapılan sözleşmenin de tarafı değildir¹³. Bu yüzden eldeki makalenin konusu da platform sağlama yönteminin uygulandığı bu durumlarda, pazaryeri işletmecisinin satıcı için yapmış olduğu faaliyetler kapsamında taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğidir.

Ek olarak, pazaryeri içerisinde doğrudan satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmenin yapılması imkânı olmayan platformların hukukî niteliği de bu ça-

⁸ **Baş**, Kadir: “Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması”, BATİDER, C. 33, S. 4, 2017, s. 119; **Hamamcıoğlu**, Esra: “Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 35, 2018, s. 52, dn. 15.

⁹ Pazaryeri işletmecisinin üstlenmiş olduğu buluşturma faaliyetinin teknik anlamıyla aracılık faaliyeti olup olmadığına ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. aşa. III. B. 1.

¹⁰ İlgili modelin acentelik modeli olarak adlandırıldığı hususunda bkz. **Baş**, s. 120.

¹¹ **Baş**, s. 120.

¹² OECD, The Economic and Social Role of Internet Intermediaries, <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf>, s. 12.

¹³ **Baş**, s. 120.

alışma kapsamında incelenecektir. Yani, satıcıların pazaryerinde yaptığı ilanlar ile sahip olduğu ürün ve hizmetleri sunduğu ve fakat satış sözleşmesinin platform kanalıyla kurulmadığı, alıcının satıcıya pazaryerinde yer alan ilanlar üzerinden ulaşarak sözleşmenin fiziken alıcı ve satıcı arasında kurulduğu pazaryerlerinin varlığı hâlinde, bir aracılık faaliyetinin var olup olmadığı ile varsa bunun platform sağlama yöntemi ile benzer olup olmadığının da ayrıca irdelenmesi gerekir¹⁴. Zira bu son durumda, pazaryeri işletmecisi kural olarak reklam tabanlı bir gelir elde etme yöntemini benimsemekte ve satıcılardan herhangi bir komisyon da almamaktadır¹⁵.

B. Pazaryeri Sözleşmesinde Tarafların Edimleri

Elektronik pazaryeri sözleşmesi tanımlandıktan ve sözleşmenin kapsamı belirlendikten sonra, ilgili sözleşme ile tarafların üstlendikleri edimlerin de genel itibarıyla belirlenmesi gerekmektedir. Edimlerin belirlenmesi, ilişkinin niteliğinin tespit edilmesi noktasında da büyük bir önem arz etmektedir. Bu çerçevede pazaryeri işletmecisi, erişim sağlama, yer sağlama ve arama motoru işlevi ile içeriği teslim, diğer web sitelerine bağlantı, bir web sitesine reklam konulması, elektronik posta hizmeti verilmesi gibi internet hizmet sağlayıcıları tarafından sağlanan birtakım hizmetleri sağlamayı üstlenmektedir¹⁶. Ancak belirtildiği üzere, pazaryeri işletmecisinin söz konusu edimlerinin kaynağı yer sağlayıcı olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla pazaryeri işletmecisinin elektronik pazaryerine özgü de birtakım asli edim yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve en önemlisi, sözleşme konusu pazaryerinin satıcı tarafından kullanılma imkânının ve platform üzerinden satış yapılarak faaliyette bulunulma yetkisinin tanınmasıdır. Pazaryeri sözleşmesine aracılık sözleşmesi niteliği¹⁷ kazandıran husus da aslında pazaryeri işletmecisinin üstlendiği bu edimdir. Yani pazaryeri sözleşmesi ile birlikte işletmeci, satıcı ile alıcı arasında sözleşmelerin kurulabilmesi için bir ortam sağlanmakta ve ilgili sözleşmelerin tarafları platform içerisinde buluşturulmaktadır.

Pazaryeri işletmecisinin her ne kadar pazaryeri sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü buluşturma faaliyeti olsa da pazaryeri iş-

¹⁴ Bu durumun söz konusu olduğu platformlara, Letgo, Sahibinden ve Hürriyetemlak örnek gösterilebilir. Benzer yönde bkz. **Çekirdek**, Meltem: İnternet Üzerinden Satış Konu Edinen Sözleşmelerin Belirleyici Özellikleri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2019, s. 58.

Çekirdek, s. 57-58.

¹⁵ **Demirel**, s. 121.

¹⁷ Bu hususa ilişkin tartışmalar için bkz. aşa. III. B. 1.

letmecisi söz konusu hizmet verilirken ilgili hizmetle doğrudan ya da dolaylı olarak ilintili olan birtakım başka edimleri de üstlenmektedir. Söz konusu edimlerin niteliği ve türü, her bir platform ve sektör özelinde değişebilecek olsa da, en temelde işletmeci sözleşme ile şunları da üstlenir: platformun sürekli bir şekilde satış işlemleri için işler durumda bulunması, satıcının ürün ya da hizmetlerini platform üzerinde sergileyebilmesi adına gerekli olan teknik işlemlerin yapılması, katalog oluşturma ve listeleme, güvenli ödeme ve iade sistemlerinin oluşturulması ve pazaryeri sözleşmesinde var ise, lojistik ile müşteri hizmetlerinin verilmesi. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, platform işletmecisi tarafından üstlenilen edimler bunlar ile sınırlı değildir. Hem platform kullanımının yaygınlaşması hem de platformun hizmet verdiği sektöre bağlı olarak birçok ek hizmet sunulmakta, var olan hizmetlere de yenileri eklenmektedir. Pazaryeri işletmecisinin temel edimi olan buluşturma dışında başka birtakım yükümlülükleri üstlenmesinin, pazaryeri sözleşmesinin hukukî niteliğini de değiştirip değiştirmediği de önem arz etmektedir. Buna yönelik olarak da doktrinde birçok fikir ileri sürülmüş ve buluşturma edimine ek olarak yüklenen edimler sonucunda, sözleşmenin isimsiz bir sözleşme hâline büründüğü ifade edilmiştir¹⁸. Ancak bununla birlikte bu çalışma kapsamında karmaşık edimlerin iç içe geçtiği pazaryeri sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespit edilmesi hedeflenmemektedir. Daha önce de belirtildiği üzere bu çalışmada, en temelde satıcı ile alıcıyı buluşturmayı üstlenen pazaryeri işletmecisinin bu faaliyetinin hukukî niteliği tespit edilecektir.

Pazaryeri sözleşmesi ile satıcının üstlendiği asli edim ise kural olarak ücret ödemektir. Söz konusu ücret daha önceden kararlaştırılmış olan götürü bir bedel olabileceği gibi satış bedelinin belirli bir oranı olarak belirlenen komisyon da olabilir. Platform uygulamasında genellikle alıcı ile satıcı arasındaki sözleşme bedeli satıcı adına platform tarafından tahsil edilmekte ve platform işletmecisi, söz konusu meblağdan hak kazandığı ücreti mahsup ettikten sonra, geri kalan kısmı satıcıya aktarmaktadır¹⁹.

¹⁸ İlgili görüş için bkz. **Demirel**, s. 160; **Özbay-Özdoğan**, Zeynep: İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicie Karşı Sorumluluğunun Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 65; atipik iş görme sözleşmesi görüşü için bkz. **İnceoğlu**, M. Murat/**Baş-Süzel**, Ece: “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S: 189-190, 2020, s. 479. Bu hususta ayrıca bkz. aşağı. IV. A.

¹⁹ Nitekim Trendyol Pazaryeri Sözleşmesi’nin 6.2.3. maddesi; “*Satıcı, DSM’nin, Sözleşme ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca hukuki sebebi her ne olursa olsun tüm muaccel*

Bununla birlikte bazı pazaryeri sözleşmelerinde belirtildiği üzere, platformdaki faaliyet sonucunda satıcı ile alıcı arasında sözleşme fiziki bir şekilde kurulur ve pazaryeri işletmecisi bu işlemin tesisinden ötürü herhangi bir ücrete hak kazanmaz. Söz konusu ilişkide pazaryeri işletmecisi reklam tabanlı gelir elde etmektedir. Böyle bir ilişkide tarafların edimlerine bakıldığında platform işletmecisinin üstlendiği temel edim, ilgili platformun gereği gibi kullanılmasının sağlanması iken satıcının / kullanıcının temel edimi ise, platformda yer verilen kurallara uygun bir şekilde platformun kullanılmasıdır. Bu platformların bir kısmında alıcı ile satıcıyı buluşturma, temel bir edim olarak pazaryeri işletmecisi tarafından üstlenilmemiştir. Bununla birlikte faaliyet özü itibarıyla alıcı ve satıcının buluşturulmasını içerdiğinden benzer kapsamda ele alınmalıdır. Söz konusu platform yönteminde de her ne kadar bir buluşturma faaliyeti bulunsun da edimlerin niteliği klasik anlamdaki pazaryeri sözleşmesinden pek çok açıdan farklılaştığından, satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasında kurulan sözleşmenin hukukî niteliği de değişiklik arz edecektir.

Bunlara ek olarak hem pazaryeri işletmecisi hem de satıcılar bakımından ETDHK, Yönetmelik ve TKHK’da birçok ek yükümlülük de öngörülmüştür. Ancak söz konusu yükümlülüklerin tarafların yapmış olduğu pazaryeri sözleşmesinin niteliğine bir etkisi bulunmamaktadır.

III. TARAFLARIN EDİMLERİ DOĞRULTUSUNDA ELEKTRONİK PAZARYERİ İŞLETMECİSİNİN NİTELİĞİ

A. Doktrindeki Görüşler

Pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasında yapılan pazaryeri sözleşmesinin hukukî niteliğine yönelik olarak yukarıda birçok farklı görüşün bulunduğu ifade edilmiş ve genel itibarıyla pazaryeri sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirildiği belirtilmiştir²⁰. Pazaryeri sözleşmesinin kendisine özgü yapısı, hukuk kurallarının geleneksel satış kanalları dikkate alınarak hazırlanmış olması²¹ ile taraflar arasındaki edimlerin her bir sözleşme özelinde

alacaklarını (Komisyon Bedeli, sunulan diğer her türlü hizmete ilişkin bedeller, Taşıma Hizmeti Bedeli, taşıma hizmeti maliyetlerini, Alıcı'ya iade edilen Ürün/Hizmet satış bedelleri, cezai şart tutarları ve Satıcı'nın onay verdiği indirim, promosyon ve kampanya uygulamalarının tüm maliyetleri de dahil) ve adli ve/veya idari merci kararlarına istinaden yaptığı ödeme tutarlarını Satıcı için tutulan cari hesaba işleme ve Satıcı'nın borç bakiyesini netleştirme ve bu tutarları Satıcı'ya yapacağı Ürün/Hizmet'in satış bedeli ödemelerinden mahsup etme hakkına sahip olduğunu kabul eder.” şeklindedir.

²⁰ Bkz. yuk. II. B.

²¹ Baş, s. 116.

farklılaşması bu görüşün temel kaynağı olarak gözükmektedir. Bununla birlikte en temelde pazaryeri işletmecisinin edimi ve aslında elektronik pazaryerlerinin de ortaya çıkış sebebi, alıcılar ile satıcıların buluşturulmasıdır. Bu çalışmada da sözleşmenin nitelendirilmesinden bağımsız olarak sözleşmenin karakteristik edimi olduğu açık olan buluşturma faaliyetinin niteliği tespit edilerek pazaryeri işletmecisinin ilgili faaliyeti hangi sıfatla yaptığı belirlenecektir. Söz konusu nitelendirme yapıldıktan sonra, pazaryeri sözleşmesinin niteliği isimsiz bir sözleşme olsa bile, buluşturma faaliyetinden kaynaklanan olası bir uyuşmazlıkta ya da tarafların birbirlerine karşı taleplerine hangi hükümlerin uygulanması gerektiği saptanmış olacaktır²². Bu arada belirtmek gerekir ki geline nokta gerçekten de elektronik pazaryerlerinde buluşturma faaliyetine ek olarak taşıma, ödeme hizmetleri²³ gibi tipik / atipik edimler üstlenmekte ve taraflar arasındaki ilişki saf “aracılık”tan öteye taşınmaktadır. Bununla birlikte teorik düzlemde ve belki de uygulamada saf “aracılık” faaliyetini yerine getirmeyi planlayan pazaryeri işletmecileri de olabilir. Dolayısıyla saf “aracılık” faaliyetini yerine getiren elektronik pa-

²² Uygulanacak hükümlere ilişkin olarak bkz. aşa. IV. B.

²³ Yeri gelmişken birçok elektronik pazaryeri sözleşmesinde yer alan ve pazaryeri işletmecisinin satıcı adına ödeme alması bakımından öngörülen, elektronik pazaryeri işletmecisinin, satıcının “ticari temsilcisi” olarak hareket ettiğine yönelik hükümlerin de yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Zira ticari temsilcinin bağımlı bir tacir yardımcısı olduğu ve aracılık faaliyetinde bulunmadığı gerçekleri bir yana, uygulamadaki sözleşmelerde bu yönde hükümlerin öngörülmüş olması, Ödeme ve Menkul Kıymet Muta-bakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde düzenlenen “ticari temsilcilik” istisnasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte hükmün mehzazında acente anlamına gelen “*commercial agent*” kavramı kullanılmış olup, hüküm, kanaatimizce yanlış tercüme edilmiştir. Hükme ilişkin olarak bkz. Arıcı, Fatih: “Bankacılık Hukukunda Yeni Ödeme Hizmetleri ve Ödeme Hizmetleri Rejiminden İstisna Edilen Bazı Faaliyetler” Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’ın Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ed. Arslan Kaya/Alı Paslı/Baki İlkay Engin/İpek Aşıkoğlu/Elif Oğuz, İstanbul 2020; Oğuz, s. 42-43. Bu yüzden uygulamada, sözleşmelerin hukukî nitelendirilmesi açısından farklı sonuçlara sebebiyet verecek düzenlemelerden kaçınılması yerinde olacaktır.

Örneğin Trendyol’un pazaryeri sözleşmesinin 4.3.3 maddesi; “*Sözleşme ile, Satıcı, Platform’dan yapmış olduğu Ürün/Hizmet satışları kapsamında Ürün/Hizmet satış bedellerinin Alıcı’dan tahsili konusunda, DSM’yi, “ticari temsilcisi” sıfatıyla yetkilendirmiş olduğunu ve DSM’nin Ürün/Hizmet satış bedellerini Alıcı’dan bu sıfatla satın alma anında tahsil edeceğini kabul eder. Satıcı, Ürün/Hizmet satış bedellerinin Alıcı tarafından DSM’ye ödenmesi ile Alıcı’nın ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olacağını ve dolayısıyla Alıcı’nın Satıcı’ya bu kapsamda ayrıca bir ödeme yapmakla yükümlü olmayacağını kabul eder.*” şeklindedir.

zaryerleri bakımından bu kısımda yapılan tespitler ise doğrudan uygulanmaya elverişli olacaktır.

Pazaryeri işletmecisinin üstlendiği buluşturma faaliyeti çerçevesinde, ilgili faaliyet “aracılık” faaliyetini çağrıştırdığı için, doktrinde de tipik aracılık sözleşmelerine yönelik değerlendirmelerde bulunulmuş ve doktrindeki görüşler temelde aşağıda da yer verildiği üzere, üç başlık altında incelenmiştir. Yine belirtmek gerekir ki doktrinde bazen ilişkinin hukukî niteliğinin ne olduğundan ziyade ne olmadığına ilişkin de görüşlere yer verilmiştir. Bu görüşlere de ilgili başlık altında ayrıca yer verilmesi planlanmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki doktrinde bazı yazarlar, buluşturma faaliyetinin niteliğine yönelik bir görüş bildirmekten ziyade, görüşlerini pazaryeri sözleşmesinin tamamı bakımından serdetmiştir²⁴.

1. Acentelik

Pazaryeri işletmecisinin faaliyetinin hukukî niteliğine yönelik doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilki, satıcının tacir olduğu durumlarda, pazaryeri işletmecisinin faaliyetinin acentelik niteliğinde olduğudur²⁵. Bu görüş,

²⁴ Bkz. aşağı. III. A. 1.

²⁵ Bu yönde Alman doktrininde bkz. **Ströbl**, Albin: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2021, § 84, Nr. 13-14; Alman hukukunda karşı görüş için bkz. **Dieselhorst**, Grages: “Der Onlineshop-Betreiber als Handelsvertreter? Anwendung der §§ 84 ff. HGB auf Shopbetreiber im Internet”, MMR, 2011, s. 371. Yine rekabet hukuku özelinde karşı görüş için bkz. **Schuhmacher**, Florian/**Holzweber**, Stefan: Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, hrsg. Grabitz/Hilf/Nettesheim, C.H. Beck, München 2022, Nr. 905.

İngiliz hukukunda rekabet hukuku özelinde bkz. **Akman**, Pınar: “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”. In Journal Competition Law & Economics, 2017, s. 31-32. Yine Adil Ticaret Ofisi (Office of Fair Trading)’nin Booking.com/Expedia/IHG kararında, online seyahat acentelerinin otellerin acentesi olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde İngiliz Rekabet Komisyonu fiyat karşılaştırma sitelerinin aracılık yaptıkları poliçeler üzerinden ücret kazanmaları ve satış bedellerini belirlemedikleri sebepleriyle acente olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Akman**, 27. Buna karşılık İngiliz hukukunda online platformların acente olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. **Baş**, s. 131, dn. 50.

Türk hukukunda bkz. **Baş**, s. 129 vd.; **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 161; rekabet hukuku özelinde yine aynı yönde bkz. **Bingöl**, Muhammet Emin: “E-Ticaret Platformları Lehine Öngörülen En Çok Kayrılan Müşteri Kayıtlarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 1, 2023, s. 28; **Doğan**, Cihan: Rekabet Hukuku ve İktisadî Bağlamında Dijital Platformlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 368. İlgili görüşü savunan yazarlardan biri olan **Baş**, acentelik sözleşmesinin kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme ol-

platformların, TTK'nın 102. maddesinde belirtilen bağımsızlık ve süreklilik unsurlarını²⁶ kural olarak taşıdığını ifade etmektedir²⁷. Yine acentelik sözleşmesinden bahis için gerekli bir diğer şart olan, müvekkilin sözleşmelerine aracılık etme veya bu sözleşmeleri müvekkil ad ve hesabına yapma unsurunun²⁸ da bulunduğu ifade edilmektedir. Zira işletmeci tarafından satıcıya platform sağlanarak, satıcı ile alıcılar arasında sözleşme yapılması için aracılık faaliyeti yapılmaktadır²⁹. Ayrıca TTK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında aranan acentelik faaliyetinin meslek edinilmiş olması şartı da aracılık faaliyetinin, çoğu zaman elektronik pazaryeri işletmelerinin temel iştiğal konusu olması sebebiyle sağlanmaktadır³⁰. Yine bu görüş, belirli bir yer ve bölge

duğunu, doktrinde hâkim fikrin bu yönde olduğunu ve TTK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasında acenteliğe uygulanacak bir hüküm bulunmaması hâlinde, vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanacak olmasının de acentelik sözleşmesinin bu niteliğine etki etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak yazarın acentelik sözleşmesinin hukukî niteliğinin *sui generis* bir sözleşme olduğuna dair görüşüne katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira TBK'da veya özel bir kanunda esaslı unsurları düzenlenmiş sözleşmeler isimli sözleşme olarak nitelendiriliyor iken; kanunda düzenlenmeyen ancak tarafların meydana getirdiği sözleşmeler ise isimsiz sözleşmeler olarak ifade edilmektedir. (İlgili hususta birçokları yerine bkz. **Oktay**, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, s. 263) Acentelik sözleşmesi de TTK ile birlikte tipik ve isimli bir sözleşme hâline gelmiştir. (Nitekim açık bir şekilde aynı yönde **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022, s. 1268) Acentelik sözleşmesinin esaslı unsurlarının tamamı TTK'da düzenlenmektedir. Kaldı ki doktrinde hâkim fikir olarak anılan görüş de 6762 sayılı TTK döneminde ileri sürülmüştür.

²⁶ Unsurlar için genel olarak bkz. **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968 s. 517; **Kınacıoğlu**, Naci: "Acente ve Acentelik Sözleşmesi", Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Ankara 1963; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2022, s. 259; **Kaya**, Arslan (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Nomer-Ertan**, N. Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 529; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 503 vd.; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2023, s. 233; **Karaege**, Özge: Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 12 vd.

²⁷ **Baş**, s. 130; **Bingöl**, EKM, s. 28. Tacir olma ve süreklilik unsurlarının var olduğu durumlarda dijital iş platformlarının da acente olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. **Tolu-Yılmaz**, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 276-279.

²⁸ **Arkan**, s. 219; **Kaya** (**Ülgen**/**Helvacı**/**Nomer-Ertan**), s. 529; **Kayıhan**, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Baskı, Umutepe Yayınları, Kocaeli 2018, s. 41; **Karaege**, s. 19-20.

²⁹ **Baş**, s. 131.

³⁰ **Baş**, s. 131; **Bingöl**, EKM, s. 28.

tahsisinin acentelik sözleşmesinin esaslı bir unsuru³¹ olmadığı dolayısıyla elektronik pazaryerleri bakımından böyle bir tahsis olmasa da yine acente olarak nitelendirilebileceği, kaldı ki belirli bir yer ve bölge tahsisinin acentelik sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmesi hâlinde dahi, elektronik pazaryerlerinin faaliyet alanının internet ile sınırlı olmasının bu unsuru sağlayacağını ifade etmektedir³². Yine ücretin de acentelik sözleşmesinin bir unsuru olup olmadığının doktrinde tartışmalı olduğu belirtilmiş³³, bununla birlikte elektronik pazaryerleri bakımından zaten satıcılar tarafından pazaryeri işletmecisine bir komisyon ödendiği için, ilgili tartışmadan bağımsız olarak bu unsurun da var olduğunun kabul edilmesi gerektiği³⁴; bununla birlikte taraflar arasında ücret ödenmeyeceği hususunun açıkça kararlaştırıldığı durumlarda, TTK'nın 120. maddesinin 2. fıkrası uyarınca acentelik sözleşmesinden bahsin mümkün olmadığı da dile getirilmiştir³⁵.

Daha önce de belirtildiği üzere doktrinde bir kısım yazarlar, elektronik pazaryerlerinin hukukî niteliğinin ne olduğundan ziyade acente olmadığına ilişkin görüşleri de dile getirmiştir. Bu kapsamda bu görüşe göre ilk olarak,

³¹ Bir unsur olmadığı yönünde bkz. **Karayalçın**, s. 517; **Arkan**, s. 219; **Kınacıoğlu**, s. 15; **Baş**, s. 132; aksi yönde bkz. **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan)**, s. 530; **Karaeğe**, s. 26; **Tekin**, Ufuk: Acentenin Ücret Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2018, s. 62-63.

³² **Baş**, s. 132-133; **Tolu-Yılmaz**, s. 277.

³³ Acentelik bakımından ücretin bir unsur olmadığı yönünde bkz. **Kaya**, s. 13; **Oğuz**, s. 107, dn. 50. Buna karşılık, hem ücretten söz eden hükümler hem acentelik bakımından öngörülen meslek edinme şartı hem de acentenin çoğu zaman ticari işletme işletiyor olması sebebiyle uygulama alanı bulacak olan TTK'nın 20. maddesinden hareketle, ücret ödenmesinin acentelik bakımından bir unsur olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. **Bahtiyar**, s. 232. TTK m. 120/1 (d)'den yola çıkarak benzer sonuca ulaşılabileceği yönünde bkz. **Baş**, s. 128; Yine TTK'nın 113. ve devamı hükümleri çerçevesinde ücret hakkının bir unsur olduğu yönünde bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 534.

Ücretin bir unsur olup olmadığına yönelik doğrudan bir değerlendirme yapmamış olmasına rağmen, "başarıya dayalı ücretin" acentelik sözleşmesinin bir unsuru olmadığı yönünde bkz. **Tekin**, s. 13. Unsurlara ilişkin yapmış olduğu açıklamalarda ücreti bir unsur olarak ele almamış olmasına rağmen, ücretin acente bakımından temel nitelikte bir hak olduğu yönünde ayrıca bkz. **Karaeğe**, s. 99-100.

Buna karşılık TTK m. 120/1 (d)'de "acentenin istemeye hak kazandığı" ücretten bahsedildiği ve TK 120/2 uyarınca acente aleyhine geçersiz olan şartlar acentenin hak kazandığı ücrete yönelik olması gerektiği; tarafların acentenin hangi hâllerde ücrete hak kazandığını yani ücret koşullarını belirlemekte serbest olduğu yönünde ayrıca bkz. **Kaya**, s. 140; **Oğuz**, s. 107, dn. 50.

³⁴ **Bingöl**, EKM, s. 128, dn. 133.

³⁵ **Baş**, s. 133; **Tolu-Yılmaz**, s. 277. Farklı yönde değerlendirmeler için bkz. ve karşı. **Oğuz**, s. 107.

elektronik pazaryeri işletmecisi, acentelik bakımından öngörülen kanunî tiplerle yalnızca sınırlı bir ölçüde uyumludur³⁶. Zira kanunen öngörülen acentelik modelinde acente, müvekkili adına müşteriyle doğrudan temas kuran ve böylece kendi taahhüdü yoluyla müşterinin iradesinin oluşmasını etkileyen kişidir. Alman hukukunda ileri sürülen bu görüş, acentenin bu niteliğinin HGB'deki acentelik hükümlerinde birkaç kez dile getirildiğini de ifade etmiştir³⁷. Yapılan işle orantılı bir komisyonun belirlenmesine dair § 87 (1) HGB (TTK m. 113); acentenin kendisinin yeni müşteriler edindiği veya mevcut müşteri ilişkilerini genişlettiği varsayımına ve acentenin başarısına dayanan denkleştirme talebini düzenleyen § 89b HGB (TTK m. 122); son olarak, acentenin temel olarak aracılık yapmak için çaba sarf etmesi gerektiğini ve bu kapsamda aktif olarak müşteri bulmasının beklendiğini hüküm altına alan § 86 (1) HGB (TTK m. 109/1) hükümleri de bu durumu gösterir³⁸. İkinci olarak, geleneksel acentelik modelinde müvekkilin mal ya da hizmetlerinin satın alınması noktasında müşterinin karar vermesinde acentenin kişisel bir etkisi bulunmakta iken, elektronik pazaryeri işletmecisinin son müşteri ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu anlamda elektronik pazaryeri işletmecisi, ne müşterinin iradesinin oluşmasını etkiler ne de kişisel güven iddiasında bulunur. Dolayısıyla elektronik pazaryeri işletmecisi tarafından gerçekleştirilen böyle bir faaliyet acentelik olarak nitelendirilmeye elverişli değildir. Bu faaliyet olsa olsa acentelik statüsü olarak nitelendirilemeyecek teknik bir yardımcı hizmet modeline tekabül etmektedir³⁹. Üçüncü olarak, acentelik ilişkisinin tipik özelliklerinden biri olan üç taraflı ilişkinin, söz konusu yer sağlama hizmeti olduğunda gündeme gelmediği, zira yer sağlayıcının müvekkil ile müşteri arasında ayrı bir kişi olarak gözükmeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre, hukukî işlemde yalnızca iki kişinin aktif olarak yer alması durumunda acentelikten bahis de mümkün değildir⁴⁰. Bu görüş elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilemeyeceğine delil olarak aynı zamanda 86/653/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin lafzını

³⁶ **Dieselhorst**, s. 369. Nitekim Türk hukukunda ödeme hizmetlerine ilişkin yapılan bir değerlendirmeye göre, elektronik pazaryeri işletmecilerinin faaliyetlerinin acentelik olarak nitelendirilemez. Bu görüşe göre elektronik pazaryeri işletmecisi, piyasa oluşturan merkezi düzenleyici sıfatına sahiptir. Bunun sebebi olarak da elektronik pazaryeri işletmecilerini yetkilendiren üyelerin genellikle tacir olmayışı gösterilmiştir. Bkz. **Arıcı**, s. 328-330.

³⁷ **Dieselhorst**, s. 369.

³⁸ **Dieselhorst**, s. 369.

³⁹ Nitekim BKartA'nın 20.12.2013 tarihli HRS kararında da, bu husus dile getirilmektedir. Benzer yönde bkz. **Dieselhorst**, s. 370.

⁴⁰ **Dieselhorst**, s. 370.

da göstermiştir. Buna göre Direktif'in 1. maddesinin 2. fıkrasının hem İngilizce hem de Fransızca metinlerinde acentelikten bahis için, müşteri üzerinde bir tür "müzakere" şeklinde aktif bir etkinin gerekli olduğunu açıkça ortaya konmaktadır. Elektronik pazaryeri işletmecisinin var olduğu durumlarda, bu şekilde aktif bir etki mevcut değildir⁴¹. Bu görüş son olarak, HGB'nin 84. paragrafı ve devamındaki (TTK m. 102 vd.) hükümlerinin elektronik pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasındaki ilişki bakımından geçerli olmaması sebebiyle, sözleşmenin acentelik olarak nitelendirilmesinin yine mümkün olamayacağını dile getirmiştir. İlgili görüşe göre, § 87 (1) HGB'de (TTK m. 113) faaliyetleri ile paralel bir şekilde komisyona hak kazanma durumu, yer sağlama sözleşmelerine yönelik mevcut piyasa uygulamalarına bakıldığında, elektronik pazaryeri işletmelerinin büyük çoğunluğu bakımından geçerli değildir. Zira uygulamada pazaryerleri ücrete komisyon bazında değil, (aylık veya yıllık) sabit oran şeklinde veya hacimle ilgili parametrelere bağlı olarak (örn. depolama kapasitesi) hak kazanır⁴². Benzer şekilde § 89b HGB'de (TTK m. 122) yer alan denkleştirme talebinin de uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Çünkü müşteri kazanmak kesinlikle elektronik pazaryeri işletmecisinin görevlerinden biri değildir ve onun faaliyetinin özü, müşterilerin kendi inisiyatifleriyle ve kendi takdirlerine bağlı olarak sipariş verebilecekleri bir BT altyapısının sağlanmasıdır. Böyle bir faaliyet de denkleştirme isteme hakkını doğurmaz⁴³. Ayrıca § 86 HGB (TTK m. 109/1) kapsamında gündeme gelecek olan rekabet yasağı da elektronik pazaryeri işletmecisi bakımından gündeme gelmez. Bunun nedeni, elektronik pazaryeri işletmecisinin sunduğu teknik hizmetin, genellikle aynı veya benzer biçimde başka şirketlere de sunulan jenerik bir faaliyet olmasıdır. Dolayısıyla elektronik pazaryeri işletmecisi aleyhine rekabet etmeme hükümlerinin öngörülmesi, böyle bir ortamda son derece sıra dışıdır⁴⁴. Son olarak, elektronik pazaryeri işletmecisinin klasik bir acente gibi korunmaya muhtaç olmaması, elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesine engeldir⁴⁵.

Yine Alman hukukunda bir görüş, aracılık faaliyetinin pazaryeri işletmecileri bakımından gerçekleşmesine rağmen, acentelik için gerekli unsurlardan bir diğeri olan müvekkil tarafından aracılık faaliyetleri için sürekli yetkilendirmenin çoğu zaman gerçekleşmeyeceğini ve bu yüzden pazaryeri

⁴¹ Dieselhorst, s. 370.

⁴² Dieselhorst, s. 370.

⁴³ Schuhmacher/Holzweber, Nr. 905; Dieselhorst, s. 371.

⁴⁴ Dieselhorst, s. 371.

⁴⁵ Dieselhorst, s. 371.

işletmecisinin acente olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁶. Bu görüşe göre acentenin müvekkil tarafından sürekli görevlendirilmesinin, zamansal ve faaliyet bakımından olarak iki veçhesi bulunmaktadır⁴⁷. Zaman bakımından görevlendirmede, belirli faaliyet süresi ve girişimci lehine belirsiz miktarda işleme yönelme aranmaktadır. Hukukî açıdan bakıldığında, acente ile müvekkil arasındaki hukukî ilişkinin geçici bir ilişkinin ötesine geçmesi için, acentenin faaliyette bulunma yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu çerçevede acente, müvekkilinin ekibinin bir parçasıdır ve müvekkilinin yardımcısı sıfatıyla onun menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla bu görüşe göre HGB'nin 84. paragrafı ve devamındaki hükümleriyle (TTK m. 102 vd.) oluşturulan model çerçevesinde acente, sözleşmenin tarafları arasında tarafsız bir konumda olmayıp münhasıran müvekkilinin menfaatlerini korur⁴⁸. Bu yüzden acente tipik olarak yalnızca müvekkili ile sözleşmesel ilişkisi içerisindedir ve aynı zamanda müşteri ile sözleşmesel bir ilişkisi bulunmaz. Bunun sonucu olarak da acente, kendi müvekkilinin satış organizasyonunun bir parçasıdır⁴⁹. Bu açıklamalar doğrultusunda bu görüş, elektronik pazaryerlerinin kanunda öngörülen bu çerçeveye uyum sağlamadığını ifade etmiştir⁵⁰. Zira pazaryeri işletmecisi satıcının tarafında değil, satıcı ile alıcı arasında bağımsız bir konumda bulunmaktadır. Pazaryeri sözleşmesi bağlamında pazaryeri işletmecisi, sürekli olarak belirli satıcılar için hareket etmeyip sadece satıcıların işlem bazlı olarak ürünlerini platform aracılığıyla sunmalarına imkân tanır. Dolayısıyla pazaryeri işletmecisi, ne satıcının yardımcısıdır ne de asli olarak satıcıya aracılık faaliyetinde bulunarak yardımcılıkla yükümlüdür⁵¹. Bununla birlikte Alman hukukunda aksi görüş tarafından, pazaryeri işletmecisi açısından aracılık faaliyetinin yerine getirilmesi için sürekli olarak yetkilendirme unsurunun bulunduğu ifade edilmiştir⁵².

Türk hukukunda da bir görüş, zorunlu unsur olup olmaması tartışmalı olmakla birlikte, temel unsur niteliğinde olan tekel hakkının elektronik pazaryeri sözleşmesi bakımından söz konusu olmaması sebebiyle acentelik

⁴⁶ **Vilgertshofer**, Fabian: Online Plattformen und vertragliche Haftung, C.H. Beck, München 2019, s. 85-86.

⁴⁷ **Emde**, Raimond/**Valdini**, Daniel: Online-Hotelportale als Handelsvertreter, BB 2016, Heft 16, s. 899.

⁴⁸ **Vilgertshofer**, s. 84.

⁴⁹ **Vilgertshofer**, s. 84.

⁵⁰ **Engert**, Andreas: "Digitale Plattformen", AcP 218, 2018, s. 321; **Vilgertshofer**, s. 84. Aksi görüş için bkz. **Emde/Valdini**, s. 899.

⁵¹ **Vilgertshofer**, s. 85-86.

⁵² **Emde/Valdini**, s. 899.

sözleşmesinden bahsin mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁵³. Bu çerçevede ilgili görüş uyarınca, internete erişebilen herkes, elektronik pazaryerinden faydalanabileceği gibi alıcılar bakımından bir sınırlama da söz konusu olamayacağı için TTK’da aranan “belirli” bir müşteri çevresinden bahis de mümkün değildir⁵⁴.

2. Simsarlık

Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, elektronik pazaryeri işletmecisinin aracılık faaliyeti sonucunda ücrete hak kazanacağını kararlaştırıldığı hâllerin tamamında, simsarlığa ilişkin unsurlar bulunmaktadır ve bu çerçevede taraflar arasındaki pazaryeri sözleşmesinin hukukî niteliği simsarlık sözleşmesidir⁵⁵. Buna karşılık simsarlık açısından ücret zorunlu bir unsur olduğu için, satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmenin platform aracılığıyla kurulmadığı pazaryerleri bakımından, satıcılardan herhangi bir komisyon alınmadığından, işletmeci ile satıcı arasındaki yapılan sözleşmenin simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. İlgili görüşe göre bu sözleşme de kendine özgü bir sözleşme niteliğindedir⁵⁶.

Yine başka bir görüş, elektronik pazaryeri işletmecisinin satış yapılması hâlinde ücrete ya da komisyona hak kazandığı elektronik pazaryeri sözleşmesinin simsarlık sözleşmesine yaklaştığını belirtmiş, pazaryeri sözleşmesinin de simsarlıkta olduğu gibi geçici nitelikte olabileceğini ifade etmiş ve fakat simsarlık sözleşmesinde öngörülen birtakım yükümlülükler ile elektronik pazaryeri sözleşmesi çerçevesinde işletmecinin üstlendiği edimlerin birbirleriyle tam olarak örtüşmediğini ileri sürmüştür⁵⁷. Buna karşılık doktrinde başka bir görüş, elektronik pazaryerlerinin simsar olarak nitelendirilebileceği hâllerin çok sınırlı olduğunu belirterek, ilgili sözleşmenin yalnızca satıcı ile elektronik pazaryeri işletmecisi arasındaki ilişkinin geçici olduğu hâllerde simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği, ilişkinin sürekli olduğu durumlarda acentelik niteliğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁸.

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak ticari işler simsarlığı ve adi işler simsarlığı olarak iki tür farklı simsarlık türü bulunmakta ve

⁵³ Çekirdek, s. 68.

⁵⁴ Çekirdek, s. 68.

⁵⁵ Çekirdek, s. 71-72.

⁵⁶ Çekirdek, s. 74.

⁵⁷ Demirel, s. 148.

⁵⁸ Tolu-Yılmaz, s. 273.

doktrinde bir görüş, pazaryeri işletmecisinin faaliyetlerinin § 93 HGB’de düzenlenen ticari işler simsarlığı olduğunu savunmaktadır⁵⁹. Bu görüşe göre, acenteden ve adi işler simsarından farklı olarak ticari işler simsarının aracılık faaliyeti çok sınırlı bir alana yöneliktir. Bu anlamda § 93 (2) HGB’de taşınmazlara yönelik aracılık faaliyetleri açısından ticari işler simsarlığı hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla en baştan, faaliyetleri doğrudan taşınmaz alım-satımı ve kiralanmasına yönelik olarak Airbnb, Wimdu, 9Flats gibi pazaryeri işletmecileri bakımından ilgili hükümlerin uygulanması mümkün değildir ve söz konusu işletmecilerin ticari işler simsarı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁶⁰. İlgili görüşe göre acenteden farklı olarak ticari işler simsarı, § 93 HGB çerçevesinde sözleşme ile aracılık faaliyetlerini sürekli bir şekilde yapmayı üstlenmez. Aksine ticari işler simsarı, taraflardan birinin yanında hareket etmeksizin, işin niteliğinin gerekliliklerine göre faaliyet gösterir. Bu yüzden ticari işler simsarı, taraflardan birinin yardımcısı olmayıp, taraflar arasında tarafsız (nötr) konumda bulunan bağımsız bir aracıdır⁶¹. Bu durum, ticari işler simsarının adi işler simsarından da ayırmaktadır. Zira ticari işler simsar bakımından, simsarın bağımsız bir aracı olması kanunî model olarak öngörülmüş olmasına rağmen, adi işler simsarında, simsarın her iki tarafın menfaatlerine uygun çalışması istisnai-⁶²dir. Dolayısıyla bu görüşe göre en azından kural olarak, pazaryeri işletmecilerinin faaliyetleri yukarıda ortaya konan ticari işler simsarlığı modelini karşılamaktadır. Çünkü pazaryeri işletmecisinin, sözleşmenin her iki tarafıyla da üyelik şeklinde bir sözleşmesi bulunmakta ve pazaryeri işletmecisi, aracılık faaliyetini taraflardan birinin sürekli bir aracı olarak görevlendirilmeden yerine getirmektedir⁶³. Sonuç olarak, hem sürekli bir aracılık görevi bulunmadığı hem de alıcı ile satıcı arasında bağımsız bir konumda bulunduğu için, elektronik pazaryerlerinin ticari işler simsarı olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴.

3. Komisyonculuk

Doktrinde bir görüş, pazaryeri işletmecisinin aracı rolü üstlendiğini ve bunun da bağımlılık ilişkisini gerektiren hizmet sözleşmesini bertaraf ettiğini

⁵⁹ Vilgertshofer, s. 89.

⁶⁰ Vilgertshofer, s. 89.

⁶¹ Vilgertshofer, s. 90.

⁶² Engert, s. 327; von Hoyningen-Huene, Gerrick: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2016, §93 HGB, Nr. 49.

⁶³ Vilgertshofer, s. 90.

⁶⁴ Vilgertshofer, s. 90; aksi yönde bkz. Emde/Valdini, s. 899.

ve yine satıcının markasının ve logosunun kullanılmasıyla birlikte alıcılar nezdinde biliniyor olması sebebiyle müvekkili temsil şartının gerçekleşmesi nedeniyle vekalet sözleşmesinin de söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Buna karşılık ilgili görüşe göre, pazaryeri işletmecisinin komisyoncu olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁶⁵. Zira elektronik pazaryeri işletmecisi, ürün ya da hizmetlerini satmak isteyen satıcılara, elektronik bir ortam oluşturmakta; potansiyel alıcılar ise platform aracılığıyla ve platformun sağladığı teknik imkânlar dâhilinde, ürün ya da hizmetleri incelemekte ve sözleşme görüşmelerini yapmaktadır. Bu durum da aslında elektronik pazaryeri işletmecisinin işlevinin temelde alıcı ile satıcı arasındaki bilgi akışını sağlamak-tan ibaret olduğunu gösterdiği ve bu yüzden pazaryeri işletmecisinin komisyoncu olarak nitelendirilmesinin doğru olacağını ileri sürmüştür⁶⁶.

B. Değerlendirme ve Görüş

Bir üst başlıktan da anlaşılabileceği üzere, pazaryeri sözleşmesindeki temel edim olan buluşturma faaliyeti bakımından, pazaryeri işletmecisinin hukukî niteliğine yönelik olarak doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu başlık altında öncelikle doktrinde yer verilen görüşler ele alınacak, ardından, çalışmada ele alınan anlamı ile pazaryeri işletmecisinin hukukî niteliği belirlenmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte, pazaryeri işletmecisinin pazaryeri sözleşmesi ile üstlendiği alıcı ile satıcıyı buluşturma faaliyetinin, yukarıda yer verilen görüşler anlamında bir “aracılık” faaliyetine vücut verip vermediği meselesi öncelikli olarak incelenmelidir. Zira doktrinde bir kısım yazarlar tarafından pazaryeri işletmecisinin aracılık faaliyetinde bulunmadığı belirtilmiştir⁶⁷. Hâl böyle iken, ilgili faaliyetin aracılık olmadığı tespit edilirse, aracılığa ilişkin sözleşme tiplerine uygunluk tartışmasına da gerek kalmayacaktır.

1. Ön Sorun: Aracılık Faaliyetinin Var Olup Olmadığının Tespiti

Elektronik pazaryeri işletmecisinin satıcı ile alıcıyı buluşturma faaliyetlerinin aracılık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususu özellikle Alman hukukunda ciddi bir şekilde tartışılmıştır⁶⁸. Türk hukukunda ise konuya ilişkin değerlendirmeler yapan yazarların tamamı, pazaryerleri tara-

⁶⁵ Yaşar, İlke: Elektronik Ortamda Yer Alan Dağıtım Sistemlerinin Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukları Açısından Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 70.

⁶⁶ Yaşar, s. 70.

⁶⁷ Nitekim bkz. aşa. III. B. 1.

⁶⁸ Tartışmalar için birçokları yerine bkz. Vilgertshofer, s. 87 vd.

findan yapılan faaliyetin aracılık olduğundan şüphe edilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁹.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, aracılık faaliyetinin bulunup bulunmadığı hususu taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tarafların subjektif iradelerine göre değil, objektif şartlara göre belirlenir. Bu anlamda aracılık, satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmenin pazaryeri işletmecisinin alıcıyı etkilemesi sonucu kurulması anlamına gelir⁷⁰. Aracılık faaliyeti, aracının sözleşmenin her iki tarafıyla da temas kurmasını ve sözleşmenin akdedilmesi yönünde bilinçli bir şekilde çalışması anlamında, aracının kendisi ile müzakere ederek ilgili tarafın kararını etkilemesini gerektirir⁷¹. Aracılıktan bahis için, söz konusu faaliyetlerin sözleşmenin kurulmasına katkıda bulunması yeterlidir. Bu kapsamda, aracının etkisinin tamamen ikincil öneme sahip olmaması koşuluyla, aracının satış noktasını işleterek ya da açık bırakarak sözleşmenin kurulmasına katkıda bulunması dahi aracılık faaliyetinden bahis için yeterlidir. Buna örnek olarak, öneri ile kabul beyanlarının taraflara iletilmesi, taraflarla hazırlık görüşmelerinin yapılması gösterilebilir. Kanaatimizce pazaryeri işletmecisinin, kullanıcıların niyet beyanlarını elektronik olarak bir haberci sıfatıyla ilgili diğer kullanıcıya iletmesi ve böylece iki sözleşme tarafı arasındaki iletişimi sağlaması, en temelde bir aracılık faaliyetidir⁷². Ancak bu kabul ile birlikte aracılık faaliyetinin gerçek sınırının belirlenmesi de zarurîdir. Dolayısıyla, belirli bir işleme özgü olmayan, salt ilişkilerin başlatılmasının kolaylaştırılması, reklam ve iletişimin sürdürülmesi gibi faaliyetleri sürdüren kimselerin aracı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁷³.

Öte yandan doktrinde bazen pazaryeri işletmecileri tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin, tekliflerin sunulması veya bilgi verilmesinin ötesine geçmediği ileri sürülmektedir⁷⁴. Zira bu görüşe göre, pazaryeri işletmecisi

⁶⁹ Nitekim bkz. **Baş**, s. 131; **Oğuz**, s. 168; **Özbay-Özdoğan**, s. 57.

⁷⁰ **Vilgertshofer**, s. 87; **Karaeğ**, s. 22.

⁷¹ **Vilgertshofer**, s. 91.

⁷² **Vilgertshofer**, s. 91.

⁷³ **Vilgertshofer**, s. 87; **Karaeğ**, s. 21.

⁷⁴ Nitekim Alman doktrininde bazı yazarlar tarafından, eBay gibi çevrimiçi platformların aracılık faaliyeti, yol gösterme dışında yalnızca yardımcı hizmetlerle sınırlı olduğu için kısmen reddedilmektedir. **Emde**, Raimond: Vertriebsrecht, 3. Auflage, De Gruyter, Berlin 2014, §84 Nr. 58. Benzer şekilde Airbnb gibi platformların, teknik anlamda sözleşmenin yapılması bakımından bir aracılık yapmadıkları, sadece sözleşmenin yapılması için teknik ortamı sağladıkları ifade edilmektedir. Öte yandan doktrinde, otel portallarının operatörlerinin, rezervasyon sistemlerinde teklifleri bağımsız olarak tanıttıkları, müşterinin çok özel otelleri filtreleyebildiği ve böylece müşterinin isteklerine göre so-

tarafından yalnızca iletişim desteği ve destekleyici hizmetlerin sağlanması, potansiyel sözleşme tarafı üzerinde henüz bir “etki” oluşturmaz⁷⁵. Bu anlamda aracının faaliyeti, haberci olarak yalnızca sözleşme tarafları arasında bilgi aktarımı ile sınırlıysa, aslında hukukî anlamda bir aracılık faaliyetinin⁷⁶ bulunmadığı dile getirilmiştir⁷⁷. Ancak ifade etmek gerekir ki, çevrimiçi pazaryeri aracılığıyla sözleşmeler yapılırken durum böyle değildir. Pazaryeri işletmecisi, bilgileri yalnızca tarafsız bir haberci olarak iletmez⁷⁸. Trendyol, Hepsiburada, eBay, Amazon Marketplace ve Airbnb gibi çevrimiçi platformlar, alıcıların kendilerine uygun teklifleri bulabilmesi için arama ve filtreleme işlevleri sağlamaktadır. Bu anlamda platform içerisindeki tüm satıcılar, pazaryeri işletmecisi tarafından bir veri tabanına kaydedilir ve satıcıların platformda bilgi yayınlamasına izin verilir. Pazaryeri işletmecisi ayrıca,

mut teklifler sunduğu hedefli bir çevrimiçi arama işlevi sağladığı için gerçek bir aracılık yaptıkları ileri sürülmektedir. **Emde/Valdini**, s. 901.

Ancak tüm yaklaşımların diğer platformlar bakımından da uygulama alanı bulması mümkündür. Bu çerçevede eBay, Airbnb örneklerinde aracılık faaliyetinin reddedilmesine rağmen otel portalları olan HRS ve Booking bakımından aracılık faaliyetinin kabul edilmesi çelişkili gözükmemektedir. Her iki tip bakımından temel farklılık, platform işletmecisi ile ilgili faaliyet değil, sağlanan hizmetin niteliğidir. Tüm online platformlar, satılan hizmetlerin reklamını yapar, belirli filtreleme seçenekleri ile arama seçeneği sunar ve bu yüzden nihai olarak, arama kriterlerine uygun sonuçları bir öneri olarak alıcılara sunar. Otel portallarında olduğu gibi, diğer platformlar da ödeme hizmetleri verir ve kullanıcılara puan verme imkânı tanır. Nitekim Alman hukukundaki mevcut uygulama, yerinde bir şekilde sigorta sektöründeki online platformların aracılık faaliyetini kabul etmektedir. Dolayısıyla benzer husus bu çalışmada incelenen elektronik pazaryerleri bakımından da kabul edilmelidir. Benzer yönde bkz. **Dreyer**, Holger/**Haskamp**, Thomas: “Die Vermittlungstätigkeit von Plattformen”, ZvertriebsR, 2017, 6, s. 362; **Engert**, s. 321; **Vilgertshofer**, s. 87.

⁷⁵ **Vilgertshofer**, s. 92.

⁷⁶ Aracılık faaliyetine ilişkin, bir işin çözüme kavuşturulması için tarafların bir araya getirilerek yardım edilmesi şeklindeki tanım için bkz. **Ünal**, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Yaklaşım Yayınları, Ankara 1997, s. 53; ayrıca aracılık faaliyetine yönelik sermaye piyasası hukuku özelinde birçokları yerine bkz. **Manavgat**, Çağlar: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991, s. 63.

⁷⁷ **Vilgertshofer**, s. 92; **Karaege**, s. 21.

⁷⁸ Söz konusu yorum bir anlamda klasik anlamda Facebook ve Twitter gibi platformlar bakımından geçerli olabilecektir. İki kişi bir sözleşme yapmak için Facebook’u kullanırsa, o zaman Facebook bu sözleşmenin kurulması açısından “aracı” olarak nitelendirilemez. Zira Facebook’ın aracı olarak sözleşmenin kurulmasına nihai bir etkisi olmaz. Nitekim bu yönde bkz. **Vilgertshofer**, s. 92. Hemen ifade etmek gerekir ki Facebook’un ticari olarak kullanılma seçeneği de bulunmaktadır. Ancak burada belirtilmek istenen Facebook’un kuruluş amacı çerçevesinde kullanımıdır.

çevrimiçi olarak kullanıcılar arasında iletişimi ve sözleşmelerin yapılmasına imkân tanır, ödeme işlemlerini gerçekleştirir, derecelendirme sistemleri sağlar. Bu nedenle pazaryeri işletmecisi, alıcı ve satıcı arasında gerçekleştirilecek olan işlem için, sadece “iletişim desteği” sağlamaz. Bunun yerine pazaryeri işletmecisi, sözleşme öncesinden sözleşme sonrasına kadarki işlemlerin tamamına eşlik eder. Dolayısıyla aracılık faaliyetinden bahis için gerekli olan etki, aktif insan faaliyetleri ile karakterize edilmemelidir⁷⁹. Bu anlamda, doğrudan kişiler arası temas veya kişisel faaliyet, aracılık anlamında “etki” bakımından bir ön şart değildir⁸⁰. Aracılık faaliyetinin varlığı açısından aranan etki, pazaryeri işletmecisi tarafından kullanıcıların birbirini bulmasını sağlayan bilgi teknoloji altyapısının kurulması ve işletilmesi durumlarında da bulunmaktadır⁸¹.

Doktrinde de yerinde bir şekilde ortaya konulduğu üzere, elektronik pazaryerleri de yukarıda belirtilen aracılık faaliyetine ilişkin sınırın uçlarında yer almaktadır⁸². Ancak elektronik pazaryerlerinin faaliyetlerinin, özellikle, Alman Federal Mahkemesinin loto bayilerine yönelik meşhur kararıyla karşılaştırılarak, aracılık faaliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti mümkündür⁸³. Bu bayiler loto şirketleri tarafından satış bayiisi olarak kullanılmaktadır. Benzer husus petrol şirketleri ile benzin istasyonu işletmecileri arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir. Fonksiyonel olarak bakıldığında, elektronik pazaryerleri de pazaryeri şeklindeki sanal satış noktaları niteliğindedir ve satıcılar elektronik pazaryerlerini etkin bir dağıtım kanalı olarak kullanmaktadır⁸⁴. Bu anlamda nasıl ki loto şirketleri loto satış bayiileri kanalıyla alıcılarına ulaşıyorsa, satıcılar da elektronik pazaryerleri aracılığıyla alıcılarına ulaşmaktadır. Bu yüzden pazaryeri işletmecileri de modern satış aracı-

⁷⁹ Bu yönde bkz. **Dreyer/Haskamp**, s. 362; **Vilgertshofer**, s. 92.

⁸⁰ **Dreyer/Haskamp**, s. 361; **Vilgertshofer**, s. 92. Acente açısından bkz. **Emde/Valdini**, s. 900.

⁸¹ **Vilgertshofer**, s. 92; **Dreyer/Haskamp**, s. 361; **Emde/Valdini**, s. 900; **Engert**, s. 321.

⁸² **Dreyer/Haskamp**, s. 359; **Engert**, s. 321; **Vilgertshofer**, s. 87-88.

⁸³ **Vilgertshofer**, s. 87-88.

⁸⁴ Bu anlamda İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen, 3.7.2018 tarihli, E. 2017/145, K. 2018/833 sayılı kararda da elektronik pazaryerleri, alışveriş merkezlerine benzetilmiştir: “...Mahkememiz dosyasından 10/05/2018 tarihli bilirkişi raporu alınmıştır. Raporda “Elektronik Ticaret şirketleri tıpkı bir AVM’nin içinde bulunan mağazalar gibi online ticaret işlemi yapmak isteyen şirketlere bir platform (online pazar yeri denilebilir) imkânı sunar, bu platform üzerinden yapılan ticari hareketlerde genellikle sadece satışı yapan e-ticaret şirketinden belirli komisyonlar aldıkları bir iş modeli oluşturlar...” (Karar için bkz. www.lexpera.com)

ları olarak nitelendirilmelidir⁸⁵. Nitekim pazaryeri işletmecisinin faaliyetleri, Federal Mahkeme tarafından aracılık faaliyeti karinesi olarak kabul edilen salt işletmenin açık tutulmasından da çok ötedir⁸⁶.

Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ("TKHK") 48. maddesinin 5. fıkrasının gerekçesinde de platform işletmecisi tarafından üstlenilen bu edimin aracılık faaliyeti olduğu vurgulanmıştır. Gerekçeye göre tüketici hukukunda aracılık, platformun işletilmesi ile tarafların iletişime geçmesini sağlayan ve platformda sağladığı imkânlar ile satıcı ile alıcı arasında sözleşmenin yapılmasının etkin bir parçası olmaktır⁸⁷. Bu çerçevede pazaryeri olarak faaliyet gösteren birçok platformda satıcı ile alıcı doğrudan iletişime geçmemekte, taraflar arasındaki akit platform aracılığıyla kurulmakta ve sözleşmenin kurulması ile ifası aşamalarında platform etkin bir rol oynamaktadır⁸⁸. Bu yüzden işletmecinin sözleşme ile üstlendiği faaliyet en temelde aracılık, işletmecinin kendisi de aracıdır⁸⁹.

⁸⁵ Federal Mahkemenin önceki uygulamasının dijital satışlar bakımından da uygulanması durumunda, satıcının teklifinin teknik ve dijital olarak platform üzerinde sunulması, müşteriye çevrimiçi platform aracılığıyla doğrudan reklamı yapılan ürün için bir işlem yapma fırsatı verilirse pazaryeri işletmecisi tarafından aracılık hizmeti olarak kabul edilebileceği yönünde ayrıca bkz. **Ströbl**, MüKoHGB § 84, Nr. 13-14.

⁸⁶ **Dreyer/Haskamp**, s. 361; **Vilgertshofer**, s. 87-88. Bununla birlikte Federal Mahkeme vermiş olduğu bir kararda dışçiler ile hastaları buluşturan bir online platformun aracılık faaliyetinde bulunduğunu kabul etmemiştir. Karar için bkz. **Vilgertshofer**, s. 93.

⁸⁷ *"Beşinci fıkra ile özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumlulukları düzenleme altına alınmıştır. Uygulamada satıcı veya sağlayıcılar dışında onlara aracılık eden üçüncü kişiler, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketicilere ulaşmasına aracılık etmekte, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil etmektedirler. Bu durumda bu kişilerde satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı bu maddede yazan hususlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet siteleri bu fıkra hükümlerine tabi olmayacaktır."* Gerekçe için bkz. www.lexpera.com

⁸⁸ Benzer yönde bkz. **Özbay-Özdoğan**, s. 57.

⁸⁹ Belirtmek gerekir ki, platformun aracılığı aşan faaliyetlerinin de bulunması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda da artık saf bir aracılık faaliyetinden bahsedilemeyeceğinden ilgili sözleşmenin hukuken nitelendirilmesi de tamamen farklılaşır. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Uber* kararında, daha önceden belirlemiş olduğu kriterleri uyuşmazlığa uygulayarak, *Uber*'in saf bir aracı olmadığını, aynı zamanda taşıma şirketi de olduğunu belirtmiştir. CJEU Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain SL, Case C-434/15 of 20 December 2017. Karara ilişkin detaylı değerlendirme için bkz. **Şeker**, Emriye Özlem: "Avrupa Birliği'nde Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Düzenlenmesi- Uber ve Airbnb Örnekleri", *BATİDER*, 37, S. 1, 2021, s. 126-127.

2. Komisyonculuğa İlişkin Değerlendirme

Pazaryeri işletmecisinin komisyoncu olarak nitelendirilmesine yönelik görüş⁹⁰ kanaatimizce yerinde değildir. Zira komisyon sözleşmesini düzenleyen TBK'nın 532. maddesi; *“Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir.”* şeklindedir. Görüleceği üzere, komisyon sözleşmesinin unsurlarından biri dolaylı temsildir⁹¹. Nitekim acentelik ile komisyoncu arasındaki en temel fark da komisyoncunun müvekkilini dolaylı bir şekilde temsil ediyor olmasıdır. Bunun sonucu olarak, üçüncü kişiler ile yapılan sözleşmenin tarafı doğrudan komisyoncu olup komisyoncu daha sonradan kendisi üzerinde doğan hak ile borçları müvekkiline devreder⁹². Ancak daha önce ifade edildiği üzere, platform işletme modelinde, ürün ya da hizmete ilişkin akit, alıcı ile satıcı arasında yapılır ve pazaryeri işletmecisi hiçbir şekilde söz konusu akdın tarafı olmaz. Bu yüzden pazaryeri işletmecisi, komisyoncu olarak nitelendirilemez⁹³. Yani pazaryeri işletmecisinin aracı olduğunu gereği gibi dış dünyaya yansıtması durumunda, pazaryeri işletmecisinin komisyoncu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁹⁴.

3. Sımsarlığa İlişkin Değerlendirme

Yukarıda herhangi bir ayırım yapılmaksızın pazaryeri işletmecisinin her hâlde sımsar olduğunu ifade eden bir görüş bulunmakla birlikte, yalnızca taraflar arasındaki ilişkinin geçici olduğu durumlarda pazaryeri işletmecisinin sımsar olarak nitelendirildiğini ifade eden bir görüşün de bulunduğu yer verilmiştir⁹⁵. TBK'nın 520. maddesinde düzenlenen sımsarlık sözleşmesinin unsurları; bağımsızlık, aracılık, geçicilik ve ücrettir⁹⁶. Bu bağlamda

⁹⁰ Buna karşılık platform aracılığıyla taşıma faaliyetlerinin gerçekleştiği durumlarda taşıma işleri komisyonculuğundan bahsedilebileceği yönünde yerinde tespit için bkz. **Tolu-Yılmaz**, s. 281.

⁹¹ **Arkan**, s. 259; **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan)**, s. 503.

⁹² **Arkan**, s. 249; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1286; **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan)**, s. 503; **Karaege**, s. 84.

⁹³ Benzer yönde bkz. **Çekirdek**, s. 61.

⁹⁴ **Dreyer/Haskamp**, s. 362; **Vilgertshofer**, s. 82. Temelini doğrudan temsil ilişkisinden alan aracılık faaliyetinin, acenteyi komisyoncudan ayıran özellik olduğu yönünde bkz. **Ayan**, Özge: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD 2010, C. 12, S. 2, s. 82.

⁹⁵ Bkz. yuk. III. A. 2.

⁹⁶ **Arkan**, s. 207-208; **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan)**, s. 486-490; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 503 vd.; **Bahtiyar**, s. 246.

özellikle aracı acente ile simsar arasındaki ayırt edicilik, ilişkinin geçici mi yoksa sürekli mi olduğuna bakılarak tespit edilir⁹⁷. Söz konusu unsurlardan herhangi birinin bulunmadığı bir sözleşmesel ilişkinin simsarlık olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu çerçeveden bakıldığında, pazaryeri işletmecisi, simsar olarak da nitelendirilemez. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, klasik anlamda pazaryeri sözleşmesinde, pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasındaki ilişki sürekli niteliktedir. Nitekim uygulamada özellikle elektronik pazaryerleri aracılığıyla yapılan satışlara yönelik kurulan pazaryerleri sözleşmelerinin neredeyse tamamında taraflar arasındaki sürekli bir ilişki tesis edilir. Bu durum da sözleşmenin simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engeldir. Dolayısıyla simsarlığın geçicilik unsuruna yönelik değerlendirme yapmaksızın pazaryeri sözleşmesinin her hâlde simsarlık sözleşmesi olarak nitelendiren görüş de kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte, ilişkinin geçici olduğu durumlarda ve simsarlık sözleşmesine yönelik diğer unsurların da bulunduğu hâllerde artık pazaryeri işletmecisinin yapmış olduğu aracılık faaliyetinin simsarlık olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Bu başlık altında ayrıca, Alman hukukunda ifade edilen ticari işler simsarlığı görüşünün de ele alınması gerekmektedir. Aslında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, Türk hukukunda da ticari işler simsarlığı ayrı olarak düzenlenmekteydi. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK ile birlikte, ticari simsarlığa ilişkin hükümlere, eskimleri, uygulama olanaklarının kalmaması ve konunun TBK’da zaten düzenleniyor olması gerekçeleri ile yer verilmiştir⁹⁸. Ticari işler simsarlığının Türk hukukunda bulunmaması sebebiyle

⁹⁷ Arkan, s. 222; Kaya, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2016, s. 11; Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan), s. 490; Bahtiyar, s. 233; Bozer/Göle, s. 162; Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 303; Karaege, s. 79-80.

⁹⁸ 6102 sayılı TTK Genel Gerekçe, s. 37: “6762 sayılı Kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunan ticaret işleri tellallığı (m. 100-115), eskimiş ve artık uygulama olanığı kalmamış hükümlere yer vermişti. Aynı konunun BK’da da düzenlenmiş bulunduğu dikkate alınarak ve BK’daki bu hükümler uygulama yönünden yeterli görülerek, ticari işler tellallığına ilişkin maddeler kanundan çıkarılmıştır.” Bununla birlikte TTK ile birlikte öngörülen bu değişiklik öğretilerde eleştirilmiştir. Bkz. Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan), s. 484 vd; Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 57-58; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 336. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Oruç, Murat: “Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi”, TAAD, Y. 7, S: 30, s. 224.

uygulama alanı bulamayacağı gerçeği bir kenara, ilk olarak geçiciliğe ilişkin bu başlık altında yapılan açıklamalar, ticari işler simsarlığı görüşü bakımından da geçerlidir. İkinci olarak, salt pazaryeri işletmecisinin her iki tarafla da üyelik sözleşmesi imzalaması ve bağımsız / nötr olması sebebiyle ilişkinin Alman hukuku açısından da ticari işleri simsarlığı olarak nitelendirilmiş olması kanaatimizce hatalıdır. Zira pazaryeri işletmecisinin mevzuat ve işin niteliğinden kaynaklı olarak alıcıların da menfaatlerini koruma yükümlülüğü, onu taraflar arasında bağımsız bir konuma getirmemektedir. Pazaryeri işletmecisi, kural olarak, satıcının mal ve hizmetlerinin sürümünün artırılması için satıcıya yardımcı olmakta ve bu hizmetleri çerçevesinde satıcıdan bir ücret elde etmektedir. Bu durum da tek başına pazaryeri işletmecisinin hem alıcı hem de satıcı açısından nötr bir konumda olmadığını göstermektedir.

4. Acenteliğe İlişkin Değerlendirme

a. Genel Açıklamalar

Yukarıda yer verilen son tipik aracılık faaliyeti acenteliktir. Pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti bakımından acentelik sözleşmesinin tipik unsurlarının ve bunların pazaryeri sözleşmesinde var olup olmadığının tespiti büyük bir önem arz etmektedir.

Daha önce bahsedildiği üzere, elektronik pazaryerleri her geçen gün gittikçe yaygınlaşmaktadır. Klasik dağıtım yöntemlerinde kural, dağıtıcının satıcıya ekonomik olarak bağlı olmasıdır⁹⁹. Bununla birlikte yeni bir dağıtım şekli olan organize perakende dağıtımda, dağıtıcı birçok farklı ürünü satmakta ve bu yüzden satıcı karşısında ekonomik olarak daha güçlü bir konum elde etmektedir¹⁰⁰. Dağıtıcının satış kanalına girmek ve daha fazla tüketiciye ulaşabilmek adına satıcılar dağıtıcı tarafından öngörülen ticari şartları kabul etmekte ve böylelikle klasik dağıtımdaki pazarlık gücü tersine dönmektedir¹⁰¹. Ancak TTK'nın 102. ve devamında düzenlenen hükümleri, klasik dağıtım modelini esas alarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte TTK'nın ilgili hükümlerinin uygulanması, dağıtımın yapıldığı mecra, alıcının kim olduğu veya ürün ya da hizmetin niteliğine bağlı değildir. Dolayısıyla elektronik pazaryerlerinin aracılık yaptığı durumlarda ekonomik olarak bağımlılığın

⁹⁹ Küçükayhan-Aşçıoğlu, Meltem: Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 11; Oğuz, s. 135.

¹⁰⁰ Küçükayhan-Aşçıoğlu, s. 11; Oğuz, s. 135.

¹⁰¹ Küçükayhan-Aşçıoğlu, s. 11; Oğuz, s. 135.

yönünün değişmiş olması, tek başına acenteliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel değildir¹⁰². Yani elektronik pazaryerlerinin faaliyetlerinin şekli, ürün ya da hizmetlerin pazarlanma biçimi, satıcıların ekonomik olarak bağımlı konuma geçmesi gibi durumlar, elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak sınıflandırılmasına tek başına engel değildir¹⁰³. Acentelik hükümlerinin dar yorumlanması gibi aksi bir düşünme tarzı, temel kurallar olan TTK'nın ilgili hükümlerinin değişen koşullara uyum sağlamasına mani olacaktır¹⁰⁴.

Acentelikten bahis için, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık edilmesi ya da bu sözleşmelerin müvekkil ad ve hesabına yapılması gerekmektedir¹⁰⁵. Bu yüzden satıcının ticari işletme işletmediği hâllerde, pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesi en baştan mümkün değildir. Özellikle evde yapılan ürünlerin platformlar aracılığıyla satılması giderek yaygınlaşmaktadır. Bu gibi hâllerde, satıcı ticari işletme işletmediği için, pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesinden -diğer unsurların varlığından bağımsız olarak- bahsedilemez.

TTK'nın 102. maddesi uyarınca acentelik sözleşmesinin unsurları; bağımsızlık, sözleşmeye dayanarak faaliyet gösterme, aracılık ya da sözleşme yapmak, süreklilik, meslek edinme ve tartışmalı olmakla birlikte ücret ile belirli bir bölge ya da faaliyet gösterilmesidir¹⁰⁶. Bu çalışma kapsamında acentenin tüm unsurları ayrıca ve özel olarak incelenmeyecektir. Sadece pazaryeri işletmecisinin nitelendirilmesi bakımından özellik arz eden unsurlara değinilmesi planlanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki mukayeseli hukukta pazaryeri işletmecisinin acente olup olmadığı değerlendirilirken odaklanılan unsurlar, aracılık faaliyetinin varlığı ile acentenin aracılık görevi için sürekli bir şekilde yetkilendirilmiş olup olmadığıdır¹⁰⁷. Yani mukayeseli hukukta pazaryeri işletmecisi bakımından diğer unsurların karşılandığı kabul

¹⁰² Nitekim benzer yönde bkz. **Oğuz**, s. 136.

¹⁰³ Bununla birlikte yukarıda da ortaya konulduğu üzere, Alman hukukunda HGB'nin acenteliğe ilişkin hükümlerinin elektronik pazaryerlerine uygun olmayışı gerekçesiyle pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin bir görüşün var olduğu belirtilmişti. Söz konusu görüş için bkz. **Dieselhorst**, s. 369 vd.

¹⁰⁴ **Oğuz**, s. 139.

¹⁰⁵ **Arkan**, s. 219; **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer-Ertan)**, s. 529; **Kaya**, s. 533; **Kayıhan, Şaban**: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Baskı, Umutepe Yayınları, Kocaeli 2018, s. 41.

¹⁰⁶ Unsurlara ilişkin olarak birçokları yerine bkz. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer-Ertan)**, s. 529 vd.

¹⁰⁷ Bkz. aça. III. B. 4. b.

edilmekte, pazaryeri işletmecisinin aracılık faaliyeti yapıp yapmadığına ve sürekli bir görevlendirmenin bulunup bulunmadığına göre acente sıfatını haiz olup olmadığına dair görüş bildirilmektedir. Buna karşılık Türk doktrininde acentelik değerlendirilmesinde ön plana çıkartılan unsur, mukayeseli hukuktan farklı olarak, acentelik sözleşmesi açısından bir unsur olup olmadığı tartışmalı olan acentenin belirli bir bölge ya da faaliyet göstermesidir¹⁰⁸. Türk doktrininde pazaryeri işletmecisinin acente vasfı, daha çok bu unsur özelinde tartışılmıştır. Bu yüzden eldeki makale bakımından satıcı tarafından pazaryeri işletmecisinin görevlendirilmesi ile belirli bir bölge ya da müşteri çevresinde faaliyet gösterilmesi hususlarına ayrı bir ihtimam gösterilecektir. Aracılık faaliyetine ilişkin değerlendirmeler daha önce yapıldığı için, acentelik özelinde ayrıca bir değerlendirmede bulunulmayacaktır¹⁰⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere, acentenin faaliyetlerinin kanunen sürekli olması gerekmektedir. Aracılık faaliyetinin sürekli olarak yapılmaması durumunda, acenteden değil simsardan bahsedilmektedir¹¹⁰. Yine kural olarak meslek edinme, bağımsızlık, sözleşmeye dayanarak faaliyet gösterme unsurlarının pazaryeri işletmecisi bakımından var olduğu kabul edilmelidir¹¹¹.

Pazaryeri işletmecisinin nitelendirilmesi bakımından belirleyici olduğu düşünülen unsurlara dair değerlendirmelere geçilmeden önce, önemine binaen doktrinde bir unsur olup olmadığı tartışmalı olan, ücrete dair de açıklamalar yapılmalıdır¹¹². Zira daha önce de belirtildiği üzere yaygın olarak kullanılan bazı pazaryerlerinde, satıcıdan herhangi bir ücret alınmamaktadır. Ücretin acentenin bir unsuru olup olmaması tartışmasından¹¹³ bağımsız ola-

¹⁰⁸ Bkz. aşa. III. B. 4. c.

¹⁰⁹ Nitekim yapılan faaliyetlerin çoğu zaman aracılık faaliyeti olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. yuk. III. B. 1.

¹¹⁰ Bkz. yuk. III. B. 3.

¹¹¹ Daha önce birçok kez dile getirildiği üzere, internet kullanımının yaygınlaşmasına paralel olarak pazaryeri çeşitleri de farklılaşabilmektedir. Bu çalışma çerçevesinde mevcut pazaryerlerindeki ortalama yaklaşım dikkate alınarak açıklama yapılmaktadır. Dolayısıyla somut olay açısından ilgili pazaryeri işletmecisinin bu unsurları taşımaması hâlinde acente olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

¹¹² Acentenin ücret hakkına ilişkin olarak genel olarak bkz. **Karaege**, s. 97 vd.; **Tekin**, s. 29 vd.

¹¹³ Acentelik bakımından ücretin bir unsur olmadığı yönünde bkz. **Kaya**, s. 13; **Oğuz**, s. 107, dn. 50. Buna karşılık, hem ücretten söz eden hükümler hem acentelik bakımından öngörülen meslek edinme şartı hem de acentenin çoğu zaman ticari işletme işletiyor olması sebebiyle uygulama alanı bulacak olan TTK'nın 20. maddesinden hareketle, ücret ödenmesinin acentelik bakımından bir unsur olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz.

rak, kural olarak pazaryeri sözleşmelerinde sabit bir ücret ya da belirli bir oranda komisyon kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hâllerde -diğer unsurların da varlığı şartıyla- pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesine bir engel bulunmamaktadır¹¹⁴.

b. Pazaryeri İşletmecisinin Aracılık Faaliyetleri İçin Sürekli Olarak Yetkilendirilmesi Bakımından Değerlendirme

Yukarıda bir görüş tarafından, aracılık faaliyetinin pazaryeri işletmecileri bakımından gerçekleşmesine rağmen, acentelik için gerekli unsurlardan bir diğeri olan müvekkil tarafından aracılık faaliyetleri için sürekli yetkilendirmenin çoğu zaman gerçekleşmeyeceğini ve bu yüzden pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilemeyeceğinin ileri sürüldüğü ifade edilmişti¹¹⁵. Yine söz konusu hususta aksi bir görüşün de var olduğunun ve pazaryeri işletmecisi açısından aracılık faaliyetinin yerine getirilmesi için sürekli olarak yetkilendirme unsurunun bulunduğu da ileri sürüldüğü ifade edilmişti¹¹⁶.

Kanaatimizce Türk hukuku bakımından pazaryeri işletmecisi açısından aracılık faaliyetinin yerine getirilmesi için sürekli olarak yetkilendirme unsurunun var olduğunun kabulü gereklidir. Gerçekten de TTK'nın öngördüğü sistemde acente, bağımsız bir tacir yardımcısı olarak, acentelik sözleşmesi ile üstlendiği edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu anlamda aracı acente varsa aracılık faaliyetinde bulunmak için çaba gösterilmesi, sözleşme

Bahtiyar, s. 232. TTK m. 120/1 (d)'den yola çıkarak benzer sonuca ulaşılabileceği yönünde bkz. **Baş**, s. 128; Yine TTK'nın 113. ve devamı hükümleri çerçevesinde ücret hakkının bir unsur olduğu yönünde bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 534.

Ücretin bir unsur olup olmadığına yönelik doğrudan bir değerlendirme yapmamış olmasına rağmen, "başarıya dayalı ücretin" acentelik sözleşmesinin bir unsuru olmadığı yönünde bkz. **Tekin**, s. 13. Unsurlara ilişkin yapmış olduğu açıklamalarda ücreti bir unsur olarak ele almamış olmasına rağmen, ücretin acente bakımından temel nitelikte bir hak olduğu yönünde ayrıca bkz. **Karaege**, s. 99-100.

Buna karşılık TTK m. 120/1 (d)'de "acentenin istemeye hak kazandığı" ücretten bahsedildiği ve TK 120/2 uyarınca acente aleyhine geçersiz olan şartlar acentenin hak kazandığı ücrete yönelik olması gerektiği; tarafların acentenin hangi hâllerde ücrete hak kazandığını yani ücret koşullarını belirlemekte serbest olduğu yönünde ayrıca bkz. **Kaya**, s. 140; **Oğuz**, s. 107, dn. 50.

¹¹⁴ Nitekim zaten acenteliğin unsurlarından biri olan meslek edinilme şartı çerçevesinde, esnaflara ilişkin TTK'nın 15. maddesi nedeniyle uygulama alanı bulacak olan ücret isteme hakkına dair TTK'nın 20. maddesi ile birlikte acentelik, genellikle ücret karşılığı yapılır. Nitekim bu yönde bkz. **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer-Ertan)**, s. 549.

¹¹⁵ İlgili görüş için bkz. **Vilgertshofer**, s. 85-86.

¹¹⁶ **Emde/Valdini**, s. 899.

yapmaya yetkili bir acente var ise müşterilerle sözleşmelerin yapılması için faaliyetlerde bulunulması gereklidir. Yani aracılık konusu sözleşmenin kurulması bakımından çaba sarf etmek acente bakımından bir edim borcudur¹¹⁷. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, kanaatimizce yukarıda bahsi geçen pazaryerlerinin çoğu bakımından bu unsur gerçekleşmiştir. Zira uygulamada görülen pazaryeri sözleşmelerinde, satıcı tarafından yüklenen ürün veya hizmetlerin tamamı açısından alıcı söz konusu bu ürün ya da hizmetlerden birini platform üzerinden almak istediğinde, pazaryeri işletmecisi bu talepleri karşılayacağını taahhüt etmekte ve sözleşmenin kurulması bakımından aracılık yapmaktadır. Yani aslında çoğu pazaryeri işletmecisi, pazaryeri sözleşmesi ile satıcıya karşı, aracılık faaliyeti yapacağını sürekli bir şekilde üstlenmektedir. Bu anlamda pazaryeri işletmecisinin alıcı ile de bir üyelik sözleşmesi şeklinde ayrı bir sözleşmesel ilişki içerisinde olması, klasik anlamda acente gibi doğrudan satıcının tarafında bulunmaması ve alıcının menfaatlerini de koruması gibi hususlar faaliyetin acentelik olarak nitelendirilmesine engel değildir. Yine her ne kadar Alman doktrininde elektronik pazaryeri işletmecisinin alıcı ile satıcı bakımından tarafsız bir konumda olduğu ifade edilmiş olsa da pazaryeri işletmecisi satıcıdan işlem bazlı komisyon almakta ve alıcıya da kural olarak hizmet vermeyi taahhüt etmemektedir. Özellikle tüketici mevzuatı çerçevesinde pazaryeri işletmecisinin alıcılara karşı birtakım yükümlülükleri üstlenmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir.

Bu kapsamda pazaryeri sözleşmesinde aracılık faaliyeti bakımından bir yetkilendirme yoksa ya da pazaryeri işletmecisi bu şekilde bir yükümlülüğü satıcıya karşı üstlenmediyse, artık yapılan aracılık faaliyeti sebebiyle pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira TTK'nın 102. maddesine göre acentenin müvekkili tarafından sürekli bir şekilde yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

c. Pazaryeri İşletmecisinin Belirli Bir Yer veya Bölgede Faaliyet Göstermesi Bakımından Değerlendirme

TTK'nın acenteliğe ilişkin tanımından, acentenin müvekkili için yerine getireceği faaliyetlerin belirli yer ya da bölge ile sınırlı olması gerektiği anlaşılmaktadır. TTK'da geçen "belirli bir yer veya bölge" kavramından, tarafların serbest iradeleriyle belirlemiş oldukları bir bölge anlaşılmaktadır¹¹⁸. İlgili hususun acenteliğin bir unsuru olup olmadığı ise doktrinde tartışma-

¹¹⁷ Bahtiyar, s. 233; Şener, s. 302-303.

¹¹⁸ Kaya, s. 10.

lıdır. Bir görüşe göre, TTK'nın 104. maddesi çerçevesinde acentenin inhisar hakkının kaldırılabilmesi sebebiyle, belirli yer veya bölgede faaliyet, acenteliğin bir unsuru değildir¹¹⁹. Diğer görüş ise, müvekkil ile acente bakımından öngörülen tekel hakkının doğrudan acentenin belirli bir yer veya bölgede faaliyet göstermesiyle ilintili olduğu, söz konusu kuralın aksinin sözleşme ile kararlaştırılabilir olmasından bağımsız olarak da acentenin faaliyetlerinin coğrafi olarak sınırlandırılmış bir bölgede yerine getirmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁰.

Elektronik pazaryerlerine ilişkin olarak doktrinde bir görüş, elektronik pazaryerleri bakımından bu unsurun sağlanmadığı, bununla birlikte ilgili unsurun sağlanmamasının tek başına elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesine engel olamayacağını ifade etmiştir¹²¹. Elektronik ortam, TTK'nın 102. maddesinde ifadesini bulan ve coğrafi bir alanı ifade eden “belirli bir yer veya bölge” kavramını karşılamamaktadır¹²². Bununla birlikte, özellikle lojistik hizmeti de veren elektronik pazaryerlerinin satıcı ile yaptığı sözleşmelerde coğrafi olarak bir bölge sınırlandırılması bulunmaktadır. Örneğin, market kullanıcıları için hizmet veren bir pazaryeri işletmecisi, söz konusu kullanıcı ile marketin bulunduğu bölgeye özgü olarak sözleşme yapmaktadır. Bu gibi durumlarda “belirli yer veya bölge” unsurunun sağlandığı açıktır. Yine sadece Türkiye’de faaliyet gösteren bir satıcı ile lojistik ağı Türkiye ile sınırlı olan bir pazaryeri işletmecisi bakımından da Türkiye aracılık faaliyetlerinin coğrafi sınırını oluşturmaktadır. Ancak lojistik hizmetinin bulunmadığı seyahat araçları gibi pazaryerlerinde, pazaryeri işletmecisi bakımından oluşan doğal bir coğrafi sınırdan bahsetmek imkânı bulunmamaktadır. Fakat yetkilendirmenin bu şekilde dünyanın tamamını kapsamı da tek başına ilgili elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesine engel değildir. Zira TTK’da yer ve bölgenin sınırlandırılmasına dair herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Önemli olan husus, tarafların bu konuda iradelerini ortaya koymuş olmasıdır. Bununla birlikte acentelik sözleşmesi de zımnî olarak dahi kurulabildiğine göre, taraflarca herhangi bir yer veya bölgenin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda

¹¹⁹ Karayalçın, s. 517; Arkan, s. 219; Kınacıoğlu, s. 15; Baş, s. 132.

¹²⁰ Kaya (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Nomer-Ertan), s. 530.

¹²¹ Oğuz, s. 151-152.

¹²² Oğuz, s. 151. Buna karşılık doktrinde Baş, belirli yer veya bölge unsurunun, acenteye çeşitli kriterlere göre belirlenen müşteri çevresinin bırakılması suretiyle sağlanabileceğini ifade etmiş ve internet ortamının aynı amaca hizmet eden bir ortam olduğunu belirtmiş ve sonuç olarak internet ortamıyla sınırlandırılan faaliyet alanının, TTK'nın 102. maddesinde öngörülen unsuru karşıladığını savunmuştur. Baş, s. 132.

da pazaryeri işletmecisinin tüm dünyada yetkilendirildiği şeklinde bir yorum yaparak, bu unsurun yine de var olduğunu kabulü gerekmektedir¹²³.

d. Pazaryeri İşletmecilerinin Gerçekleştirdiği Aracılık Faaliyetinin Niteliği Bakımından Değerlendirme

Yukarıda elektronik pazaryerlerinin gerçekleştirdiği faaliyetlerin genel anlamıyla aracılık faaliyeti olduğu tespit edilmiş ve aracılık faaliyetine vücut veren tipik sözleşmeler bu çerçevede inceleme altına alınmıştı. Bununla birlikte elektronik pazaryerleri tarafından yapılan aracılık faaliyetlerinin tamamı aynı nitelikte değildir. Doktrinde söz konusu faaliyetler yerinde bir şekilde, alıcıları satıcıya yönlendiren elektronik pazaryerleri ve platform üzerinden alıcı ile satıcının sözleşme kurmasına imkân tanıyan elektronik pazaryerleri olarak ikiye ayrılmaktadır¹²⁴. Her iki türün de acentelik anla-

¹²³ Nitekim bu yönde bkz. **Teoman**, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 14: 2010/2011, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 8; **Oğuz**, s. 154. İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, Booking.com'a dair vermiş olduğu kararda, belirli bir yer veya bölge unsurunun acentelik bakımından bir unsur olmadığına ve Booking.com'un acente olduğuna karar vermiştir. 18.10.2019, 2015-1174/1021 (www.lexpera.com). Yine Yargıtay, internet üzerinden yabancı bir havayoluna ait bilet satan aracının acente niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. İlgili karar; "...Davacı vekili dava dilekçesiyle, davalı tarafından tüketici sorunları hakem heyetine başvurularak, müvekkili şirketin web sitesi üzerinden uçak bileti satın alındığını, satın alınan biletin davadışı F1 Airlens tarafından 15.07.2016 tarihinde 21.45'te Amsterdam-Kopenhag-Alanya güzergahında gerçekleştirilen uçuşa ait iade edilemez bir promosyon bileti aldığını, alınan bilette havayolundan kaynaklanan sebeplerle uçuşun Kopenhag-Alanya parkurunun gerçekleştirilemediğini bilet ücretinin kendilerinden tahsil edildiğini belirterek hakem heyeti kararının iptalini talep etmiştir. Mahkemesince, yapılan yargılama, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre davalı tüketiciye yönelik ayıplı hizmet ile uçuşun gerçekleştirildiği bu bağlamda itiraza konu hakem heyeti kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilerek itirazın reddine karar verilmiştir. Karar kesin olmakla birlikte bu karar aleyhine Adalet Bakanlığının yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebinde bulunulmuştur. Bilindiği üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun 102'nci maddesinin birinci fıkrasında: "**Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.**" denilmek suretiyle acenteliğin tanımı yapılmıştır. Yine 6520 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca havayolu şirketi adına sözleşme kurulmasına aracılık eden bir şirket olarak faaliyet gösteren acentanın uçuş iptali sebebiyle oluşan ayıplı hizmetten sorumlu tutulamayacağından Tüketici Mahkemesince verilen kararın doğru olmadığından kararın bu nedenle kanun yararına bozulmasına, diğer kanun yararına temyiz itirazlarının ise yerinde bulunmadığından reddine karar verilmesi gerekmiştir." şeklindedir. Yarg. 11. HD, T. 03.04.2019, 1242 E. 2603 K. sayılı kararı (www.lexpera.com).

¹²⁴ **Oğuz**, s. 162-163.

mında aracılık faaliyeti olup olmadığı hususunun ise ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Hemen peşinen ifade etmek gerekir ki kanaatimizce, oluşturulan platformda sözleşmenin yapılmasına imkân tanımayan ve alıcıyı fiziki ya da elektronik başka bir ortama yönlendiren elektronik pazaryeri işletmecisinin aracı acente olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹²⁵. Zira bu pazaryerleri bakımından, aracı acentelikte gündeme gelen haberci olarak hareket etme olgusu söz konusu olmamakta ve ilgili pazaryerlerinin sözleşmenin kurulması esnasında bir iradesi bulunmamaktadır¹²⁶. İlgili yönlendirmenin yapılması ile birlikte artık alıcı, elektronik pazaryeri işletmecisinin kontrolü altında olmayan bir mecrada satıcı ile iletişime geçmekte ve sözleşme, söz konusu mecrada kurulmaktadır¹²⁷. Sözleşmenin kurulması bakımından pazaryeri işletmecisi tarafından kontrolün kaybedilmesi de kanaatimizce ilgili pazaryeri işletmecisinin aracı acente olarak nitelendirilmesine mânidir.

Buna karşılık alıcı ile satıcının sözleşme kurmasına imkân tanıyan elektronik pazaryeri işletmecisinin diğer unsurların da bulunması hâlinde aracı acente olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira elektronik pazaryeri işletmecisi, alıcıların kendilerine uygun teklifleri bulabilmesi için arama ve filtreleme işlevleri sağlamakta, platform içerisindeki tüm satıcıların platformda bilgi yayınlamasına izin vermekte, çevrimiçi olarak kullanıcılar arasında iletişimi ve sözleşmelerin yapılmasına imkân tanımakta, ödeme işlemlerini gerçekleştirmekte ve derecelendirme sistemleri sağlamaktadır. Dolayısıyla pazaryeri işletmecisi, alıcı ve satıcı arasında gerçekleştirilecek olan işlem için, sadece “iletişim desteği” sağlamaktan çok öte, sözleşme öncesinden sözleşme sonrasına kadarki işlemlerin tamamına eşlik etmektedir. Pazaryeri işletmecisi tarafından sözleşmenin kurulması bakımından yapılan bu aracılık faaliyeti, geleneksel acente ile aynı kapsamdadır¹²⁸. Bu anlamda satıcı ile alıcı arasında yapılacak olan sözleşme, pazaryeri işletmecisinin kurmuş olduğu platform üzerinden alıcının karşısına çıkarılmakta, alıcının kabul iradesi de yine platform üzerinden satıcıya iletilmektedir.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki pazaryeri işletmecisi, kural olarak satıcının sözleşme yapmaya yetkili acentesi olarak nitelendirilemez.

¹²⁵ Nitekim benzer yönde bkz. **Baş**, s. 131; **Oğuz**, s. 164.

¹²⁶ Doktrinde yerinde bir şekilde söz konusu faaliyetlerin yönlendirici simsara benzediğini ve fakat pazaryerinin hizmetleri sürekli bir şekilde yürütmesi nedeniyle simsar olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu yönde bkz. **Oğuz**, s. 165. Doktrinde ilgili husus, fırsat gösterme simsarlığı olarak da nitelendirilmektedir. **Şener**, s. 301.

¹²⁷ **Oğuz**, s. 164-165.

¹²⁸ Nitekim benzer yönde bkz. **Baş**, s. 131; **Oğuz**, s. 167.

Zira kural olarak satıcı tarafından pazaryeri işletmecisine sözleşme yapma yetkisi verilmemektedir (TTK m. 107).

IV. SATICI İLE PAZARYERİ İŞLETMECİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE ACENTELİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Bir üst bölümde ortaya konulduğu üzere, pazaryeri sözleşmesinde temel olarak pazaryeri işletmecisinin üstlenmiş olduğu edim, aracılık faaliyetidir ve söz konusu bu aracılık faaliyeti acenteliğe ilişkin diğer şartların da bulunduğu durumlarda acentelik olarak nitelendirilmelidir. Bununla birlikte, uygulamada pazaryeri işletmeciliği salt aracılık faaliyeti ile sınırlandırılmakta, pazaryeri işletmecisi tarafından aracılık faaliyetine ek olarak sözleşmenin hukukî niteliğini değiştirebilecek birtakım asli edimler üstlenilmektedir. Böyle bir durumda da doktrinde pazaryeri sözleşmesinin, genel olarak isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirildiği yukarıda ifade edilmişti¹²⁹. Doktrinde isimsiz sözleşmelerin türlerine yönelik farklı tasniflendirme bulunsa da pazaryeri sözleşmesi ile tarafların üstlendiği edimlere göre, pazaryeri sözleşmesinin isimsiz sözleşmenin bir türü olan karma sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür¹³⁰. Bu durumda karma sözleşmelerin tamamlanmasına yönelik kabul edilen teoriler olan, soğurma, birleştirme ve kıyas yoluyla uygulama teorilerinin tamamı bakımından, TTK'da düzenlenen acentelik hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilir¹³¹. Yine daha önce

¹²⁹ Bkz. yuk. II. B.

¹³⁰ Bu anlamda belirtildiği üzere pazaryeri sözleşmesi doktrinde isimsiz sözleşmelerden hem karma hem de *sui generis* sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, elektronik pazaryeri işletmecisi bu sözleşme ile platform üzerinden satıcının mal ya da hizmetlerinin sergilenmesinin sağlanması, satıcı ile alıcı arasındaki akdin kurulması imkânının tanınması ve satıcı adına sözleşme bedelinin tahsil edilmesi gibi birtakım edimler üstlenmektedir. İşletmeci tarafından üstlenilen söz konusu yükümlülükler, işletmecinin bu yükümlülüklerin tamamını birlikte ifa etmesi hâlinde satıcı sözleşmeden beklediği amacı elde edeceği için, sözleşme bakımından bir bütünlük teşkil etmektedir. Bu da tarafların kararlaştırdıkları edimleri özel bir bütünlük arz edecek şekilde birleştirmeleri yoluyla bir sözleşme kararlaştırılmış olması anlamına geldiğinden, sözleşmenin *sui generis* bir sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Nitekim bu görüşe göre ilgili sözleşme, uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda doğmuş ve esaslı unsurları kanunda düzenlenmemektedir. Bu yönde bkz. **Özbay-Özdoğan**, s. 66. Komisyon olmadan hizmet veren pazaryerleri bakımından da yapılan sözleşmenin *sui generis* bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Çekirdek**, s. 74.

¹³¹ Zira soğurma teorisine göre, sözleşmenin en baskın unsura dair kanuni düzenlemelerin sözleşmenin tamamlanmasıyla, karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu, çözüme kavuşturulacaktır. Birleştirme teorisi ise, farklı tipteki sözleşmelerin parçalanarak her bir unsurun ait olduğu sözleşme tipine dair kanuni düzenlemelerin ilgili

belirtildiği üzere, pazaryeri işletmecisinin faaliyetlerinin salt aracılık faaliyetleri olduğu hâllerde doğrudan acentelik sözleşmesinin varlığından bahis mümkündür¹³². Dolayısıyla her iki hâlde de satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasındaki aracılık ilişkisine acentelik hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir¹³³. Bu anlamda, pazaryeri işletmecilerinin faaliyetlerinin ekonomik

unsura uygulanması ve daha sonrasında ortaya çıkan hukukî sonuçların da birbirine bağlanmasına yöneliktir. Son olarak kabul görebilecek diğer teori olan kıyas yoluyla uygulama teorisi de karma sözleşmelerin taraf iradesi çerçevesinde oluşan bir sentez olduğunu ve ait olduğu sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin doğrudan değil, taraf iradelerine uygun bir şekilde kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Görüleceği üzere, her bir teori bakımından, pazaryeri sözleşmesindeki aracılık faaliyetinin temel edim olması karşısında, acenteliğe ilişkin diğer şartların da karşılandığı durumlarda her hâlde acentelik hükümlerine başvuru söz konusu olmaktadır.

Söz konusu teoriler ve isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümler bakımından birçokları yerine bkz. **Oktay**, s. 277.

Buna karşılık söz konusu teorilerin uygulanması sonucunda kira sözleşmesinin uygulama alanı bulacağı yönde bkz. **Demirel**, s. 161. İlgili görüşe katılma imkânı olmadığı hususunda bkz. aşa. dn. 126.

¹³² Nitekim dijital iş platformları gibi salt aracılık hizmeti veren platformların, bu hizmeti sürekli olarak sağlaması durumunda, müvekkilin tacir olması şartını da taşımasıyla birlikte acente olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde yerinde tespit için bkz. **Tolu-Yılmaz**, s. 277-278.

¹³³ Bu çerçevede pazaryeri sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu ileri süren bir görüş, sözleşmenin TBK'da düzenlenen isimli sözleşmelere dair birtakım unsurları içermesine rağmen, özgün özelliklerinin de bulunduğunu ve sözleşme ile tarafların üstlendikleri asli edimlerin isimli sözleşmelerden farklılaşabileceğini ileri sürmüştür. Buna göre pazaryeri sözleşmesi, bilhassa kira sözleşmesine dair unsurlar olmak üzere birçok isimli sözleşmeye dair unsurları barındıran karma bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşmenin karma bir sözleşme olduğunu ifade eden bu görüş, diğer sözleşme tiplerinden ayrı olarak, özellikle kira sözleşmesi ile adi ortaklık sözleşmesine vurgu yapmaktadır. Zira her ne kadar, klasik kira sözleşmesinden farklı olsa da, pazaryerinin kullanımının satıcıya bırakılması geniş anlamda hak olarak düşünülebileceği ve elektronik pazaryeri üzerinden satış yapmanın aslında sanal bir ortamda mağaza kiralamak ile özdeş olduğu, bu çerçevede pazaryerinin ücretli kullanıldığı durumlarda sözleşmenin niteliğinin kira sözleşmesine; ücretsiz kullanıldığında ise kullanım ödücü sözleşmesine çok yaklaştığını dile getirmiştir. Buna karşılık, sözleşme ile pazaryerinin kullanılmasının bırakılmasına ek bazı yükümlülüklerin üstlenilmiş olması ve yapısal olarak her iki sözleşme türü arasında temel mentalite farklılığı sebepleriyle, sözleşmenin hukukî niteliğinin tek başına kira sözleşmesi ile açıklanamayacağı belirtilmektedir. Yine aynı görüş, belirli noktalarda pazaryeri sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesinden farklılaştığını belirttikten sonra, pazaryeri işletmecisinin ürünlerin fiyatları ile kampanyalar dahil olmak üzere, satıcı ile alıcı arasındaki ilişkide söz sahibi olduğu durumlarda, artık pazaryeri sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesine yaklaştığını ifade etmektedir. Söz konusu görüş için bkz. **Demirel**, s. 157-161.

Ancak ilgili görüşe kanaatimizce yerinde değildir. Zira ilgili görüşü ifade eden yazarın da aslında ortaya koyduğu üzere, pazaryeri sözleşmesi ile TBK'nın 299. ve devamındaki

olarak geleneksel acenteden çok farklılaşması da aracılık faaliyetleri bakımından hukuken acenteliğin unsurlarını taşıyan pazaryeri işletmecilerine TTK'da öngörülen hükümlerin uygulanmasına engel değildir¹³⁴.

anlamıyla bir "şey" in kiralanmasından bahis mümkün değildir. Nitekim pazaryeri sözleşmesi açısından kiraya konu bir hakkın bulunduğundan da bahis mümkün değildir. Ek olarak kira sözleşmesinde kiraya verenin borcu kiralanan şeyin kullanılmasının bırakılmasıdır. Kullanılmasının bırakılmasından da kasıt, kiralanan şeyin fiili hakimiyetinin kiracıya devridir. Bu çerçevede kiralanana üzerinde kira süresi boyunca ve kira sözleşmesi çerçevesinde söz hakkı kiracıya geçmektedir. Ancak pazaryeri sözleşmesinde platforma yönelik olarak, satıcının söz hakkı bulunduğundan bahis mümkün değildir. Pazaryeri işletmesi bağımsız bir işletme olarak, kendi kuralları ve prensipleri ile taraflar arasındaki pazaryeri sözleşmesi çerçevesinde ilgili platform üzerinde tek hak sahibi konumundadır. Yani taraflar arasında pazaryeri sözleşmesinin imzalanması ile birlikte, platformun satıcının ürünlerinin sergileneceği kısmında satıcıya kullanımdan kaynaklı olarak bir söz hakkı tanınmamaktadır. Dolayısıyla pazaryeri sözleşmesinin sanal bir ortamda dükkan kiralanmaya benzetilmesi de kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü taraflar arasındaki edimler ortaya konarken, söz konusu edimlerin niteliğinin en temel iş görme ve daha özde aracılık faaliyetine yönelik olduğu da belirtilmişti. Buna karşılık kira sözleşmesi, kullandırmaya yönelik bir sözleşmedir. İlk bakışta, pazaryeri sözleşmesinde de platformun satıcıya kullandırıldığından yola çıkılarak kira sözleşmesi ile benzerlik taşıdığı düşünülebilir. Ancak fiziki pazaryerlerinde veya alışveriş merkezlerinde, kiraya veren salt fiziken ilgili bölümü kiracıya kiralamakta ve kiracının alıcılar ile gerçekleştirdiği satış işlemlerine hiçbir şekilde dahil olmamaktadır. Buna karşılık pazaryeri sözleşmesinde işletmecinin temel edimi, satıcının mal ya da ürünlerinin platform üzerinden satın alınması imkânının sağlanması ve bu anlamda işleme aracılık edilmesidir. Bu da bir aracılık faaliyetini ve dolayısıyla iş görmeyi bünyesinde barındırır. Bu sözleşme açısından kira sözleşmesi anlamında bir kullandırma olmadığı gerçeği bir yana eğer bir kullandırma var ise söz konusu kullandırma, talî niteliktedir ve aracılık faaliyeti bakımından zorunluluk arz etmesi sebebiyle söz konusu olmaktadır. Nitekim böyle bir kullandırma bakımından müvekkili tarafından ürünlerin satılması için acentenin işletmesine bırakılmasından farklı bir durum bulunmadığının kabulü gerekir.

Yine benzer şekilde reklam kampanyalarına pazaryeri işletmecisi tarafından karar verildiği hâllerde dahi adi ortaklık sözleşmesinden bahis mümkün değildir. Zira pazaryeri sözleşmesi bakımından adi ortaklığın unsurlarından olan sermaye, ortak amaç ile ortak amaç için çaba (*affectio societatis*) unsurlarından bahis mümkün değildir. Hem işletmecinin hem de satıcının alıcıların artmasını hedeflemesi, sözleşme ile tarafların amaçlarının farklı olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira satıcının sözleşme ile temel hedefi alıcılara yeni satış kanalı oluşturmak ve kendisine ait satışları artırmak iken pazaryeri işletmecisinin hedefi söz konusu satışlardan komisyon almak ve pazaryerinin tamamının kullanımının artırılmasıdır. Bu hedef uğruna satıcının satışlarının artırılması, ikincil bir gaye olarak ortaya çıkmakta ve satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasındaki sözleşmede adi ortaklık anlamında ortak bir amaçtan bahis de mümkün değildir.

¹³⁴ Ayrıca bu yönde bkz. **Baş**, s. 136. Nitekim 7392 sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle, TKHK'nın 48. maddesine eklenen ve mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin, satıcı ya da sağlayıcının onayı olmaksızın düzenledikleri, kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da

B. Hükümlerin Değerlendirilmesi

Acentelik hükümlerinin doğrudan ve/veya kıyasen taraflar arasındaki ilişki bakımından uygulanabilir olduğu tespit edildikten sonra, bu çalışmada acenteliğe dair hükümlerin tamamı değil, sadece elektronik pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasındaki ilişki bakımından özellik arz edebileceği öngörülen hükümlere ilişkin kısa bir değerlendirme yapılacaktır¹³⁵.

1. Tarafların Çift Yönlü Tekel Hakkı

Taraflar arasında özellik arz edebilecek ve aslında uygulamadaki pazaryeri sözleşmelerinin birçoğunda göz ardı edilen ilk hüküm, çift taraflı tekel hakkını düzenleyen TTK'nın 104. maddesidir. İlgili hüküm; *“Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz.”* şeklindedir. Hükümde öngörülen çift yönlü tekel kuralı, taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisinin bulunduğu geleneksel acentelik bakımından oldukça anlamlıdır¹³⁶. Zira müvekkilin yalnızca bir acente ile çalışmasının, müvekkilin mal ya da hizmetlerinin sürümünün acente tarafından artırılması bakımından makûl olacağı düşünülmektedir¹³⁷. Bununla birlikte elektronik pazaryerleri bakımından oluşturulan dolaylı ağ etkisi sebebiyle, platform içerisinde bulunan satıcı sayısının artması, platformu kullanan tüketici sayısının ve dolayısıyla her bir satıcının sürümünün artmasına vesile olmaktadır¹³⁸. Taraflar arasındaki ilişkide satıcının pazaryeri işletmecisinin yalnızca onun ürün ya da hizmetlerinin satımına dair bir beklentisi bulunmadığı gibi pazaryeri işletmecisinin ekonomik yapılanması da buna uygun değildir.

Buna karşılık, TTK'nın 104. maddesi çerçevesinde taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadığı sürece çift yönlü tekel hakkının geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda acentelik sözleşmesinin zımnî olarak kurulması hâlinde dahi çift yönlü tekel hakkı bulunmaktadır¹³⁹. Dolayısıyla her ne ka-

gereği gibi ifa edilmemesinden şahsen sorumlu olduğu düzenlenmiştir (THKH m. 48/6-e). Görüleceği üzere kanun koyucu tarafından, elektronik pazaryeri işletmecileri bakımından yetkisiz temsile ilişkin öngörülen TTK'nın 108. maddesi ile aynı sonucu doğurran bir hüküm öngörülmüştür. Bu konuda bkz. ve karşı. **Oğuz**, s. 180, dn. 317.

¹³⁵ Hükümlere ilişkin değerlendirmeler için yine bkz. **Baş**, s. 136 vd.

¹³⁶ **Baş**, s. 138.

¹³⁷ **Oğuz**, s. 154.

¹³⁸ **Oğuz**, s. 154-155.

¹³⁹ **Kaya**, s. 46; **Baş**, s. 138.

dar tarafların amaçlarına ve taraflar arasındaki ilişkinin ekonomik niteliğine uygun olmasa da¹⁴⁰, satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasında yapılan sözleşmede tekel hakkı yazılı olarak kaldırılmadıysa, tekel hakkının bulunduğu kabulü gerekmektedir¹⁴¹. Bu durum özellikle TTK'nın 113. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme altına alınan ve acentenin ücrete hak kazanacağı hâl bakımından önemlidir¹⁴². İlgili hüküm; “*Acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebilir.*” şeklindedir. Görüleceği üzere, tekel hakkının kaldırılmadığı durumlarda, satıcının ürün ya da hizmetlerini başka elektronik pazaryerleri üzerinden satması durumunda, elektronik pazaryeri işletmecisinin bu işlemler bakımından ücret hakkı doğacaktır. Tam tersi durumda yani, pazaryeri işletmecisinin tekel hakkı kaldırılmadan başka satıcılar için aracılık yapması durumunda da tekel hakkına aykırılık sebebiyle satıcının zararlarını karşılamak yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu yüzden, her iki taraf bakımından da ekonomik olarak etkinlik sağlamayan çift yönlü tekel hakkının pazaryeri sözleşmesinde açık bir şekilde kaldırılması gerekmektedir¹⁴³.

2. Acentenin Müvekkilinin Menfaatlerini Koruma Yükümlülüğü

Pazaryeri işletmecisi ve satıcı arasındaki ilişki bakımından uygulama alanı bulacak ve özellik arz edebilecek bir diğer hüküm, acentenin müvekkilinin menfaatini koruma yükümlülüğünü düzenleyen TTK'nın 109. maddesidir. İlgili hüküm; “*Acente, sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlüdür.*” şeklindedir¹⁴⁴. Elektronik pazaryerleri bakımından mü-

¹⁴⁰ Nitekim hükmün her iki tarafı da korumaya yönelik olmasının örtülü boşluk ve amaca göre sınırlandırmaya da engel olduğu yönünde bkz. **Oğuz**, s. 157.

¹⁴¹ Bu yönde bkz. **Baş**, s. 138; **Oğuz**, s. 158.

¹⁴² **Baş**, s. 138.

¹⁴³ **Baş**, s. 138; **Oğuz**, s. 158. Bununla birlikte çift yönlü tekel hakkına ilişkin TTK'nın 104. maddesine; “yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça” ibaresinin olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından eklenmesi gerektiği yönünde bkz. **Baş**, s. 139.

¹⁴⁴ Doktrinde bir görüş, acenteliğe ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması gerektiği tespitine rağmen, acentenin borçlarına ilişkin hükümlerin ve acenteyi koruyucu hakların doğrudan “çevrimiçi aracı”lara uygulanmasının adil sonuçlar doğurmayacağını ve bu hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede pazaryeri işletmecisinin, satıcının menfaatlerini genel anlamda korumak yükümlülüğünün olduğu ifade edilmiştir. bkz. **Oğuz**, s. 140. Buna karşılık, yazarın bazı açıklamalarından acenteliğe ilişkin hükümlerin doğrudan uygulama alanı bulacağı gibi bir yaklaşımın olduğu da anlaşılmaktadır. Örnek olması için bkz. **Oğuz**, s. 154-158.

vekkilin menfaatini koruma yükümlülüğü açısından ilk sorun, pazaryeri işletmecisinin çok sayıda müvekkilinin bulunması ve taraflar arasında geleneksel acentelikteki gibi bir güven ilişkisinin kurulmamasıdır¹⁴⁵. İkinci olarak derecelendirme sistemi ve komisyon veya reklam ücreti ödeyen satıcıların ürün ya da hizmetlerinin elektronik pazaryeri içerisinde daha fazla görünür kılınmasıdır. Doktrinde de ifade edildiği üzere, pazaryeri işletmecisi tarafından öngörülen derecelendirme sistemi sebebiyle satıcının imajı zedeleyebilir ve bunun da TTK'nın 109. maddesinde düzenlenen menfaatleri koruma yükümlülüğüne aykırı olduğu mütalaa edilebilir¹⁴⁶. Ancak ilgili uygulamalar, tüketicinin menfaatine olduğu gibi elektronik pazaryeri sözleşmesinin niteliğine de uygundur. Nitekim birden fazla tacir bakımından aracılık yapan bir acentenin her bir tacire karşı eşit derece sadakat göstermesi gerektiği kabulü karşısında¹⁴⁷, elektronik pazaryeri işletmecilerinin söz konusu bu uygulamalarının tüm satıcılar bakımından eşit ve objektif olduğu durumlarda, TTK'nın 109. maddesinde düzenlenen acentenin menfaatleri koruma yükümlülüğüne aykırı olduğu söylenemeyecektir¹⁴⁸.

3. Acentenin Denkleştirme İsteme Hakkı

Son olarak pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasındaki ilişkide, denkleştirme istemi bakımından da doktrinde değerlendirmeler yapılmaktadır¹⁴⁹. Acentelik sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu için, sözleşme sona erdiğinde, kural olarak tarafların asli edim yükümlülükleri de

¹⁴⁵ Bu hüküm çerçevesinde pazaryeri işletmecisinin göstermesi gereken özenin basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülüğü olduğunda bir tartışma bulunmadığı yönünde bkz. **Baş**, s. 139; buna karşılık birden çok müvekkili olması sebebiyle göstermesi gereken özenin geleneksel acenteden daha düşük olduğu yönünde bkz. ve karşı. **Oğuz**, s. 140. Pazaryeri işletmecisinin basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülüğü çerçevesinde göstermesi gereken özene ilişkin olarak ayrıca bkz. **Bingöl**, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 37 vd.

¹⁴⁶ **Baş**, s. 141. Bu anlamda pazaryeri işletmecilerinin kullanıcı yorum ve puanlandırmalarına yönelik hazırlamış olduğu platform sayesinde, pazaryeri işletmecisi kurduğu sistemi düzenleyen *görünmez el* olarak nitelendirilmekte ve bu sistem sayesinde pazaryeri işletmecisi, platforma göre “en iyi” işletmelerin platforma kalmasını sağlamaktadır. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Oğuz**, s. 20.

¹⁴⁷ Nitekim bu yönde bkz. **Kaya**, s. 116.

¹⁴⁸ **Baş**, s. 141.

¹⁴⁹ Denkleştirme isteminin hukukî niteliğine ilişkin olarak bkz. **Bingöl**, Muhammet Emin: “Denkleştirme İsteminin Hukukî Niteliği”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016, Ed. Başak Baysal, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 141 vd.

sona erer¹⁵⁰. Dolayısıyla kural olarak, sözleşme sona erdikten sonra taraflardan biri sözleşmeden kaynaklanan bir menfaat elde ederse, karşı tarafa herhangi bir ödeme yapmak yükümlülüğü altında değildir. TTK'nın 122. maddesinde öngörülen denkleştirme istemi ise, bunun bir istisnası olarak kabul edilmektedir¹⁵¹. TTK'nın 122. maddesinde en dikkat çeken husus, hakkaniyet kriteridir. Hakkaniyet, hem acenteye denkleştirme bedelinin ödenip ödenmeyeceğinin hem de ne miktarda ödeneceğinin tespitinde önemli bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Yani maddede sayılan diğer tüm hususlar gerçekleşmiş olsa bile eğer hakkaniyet gerektirmiyorsa acenteye denkleştirme bedeli ödenmeyecektir¹⁵². Dolayısıyla denkleştirme bedeline hükmedilebilmesi için hakkaniyet, “son şart” olarak kabul edilmiştir.

Pazaryeri işletmecisi ile satıcı arasındaki hukukî ilişkide doktrinde de yerinde olarak tespit edildiği üzere, TTK'nın 122. maddesinde öngörülen diğer şartların gerçekleşmesi gündeme gelebilir¹⁵³. Bu anlamda pazaryeri işletmecisinin denkleştirme bedeline hak kazanması bakımından belirleyici husus, hakkaniyet unsurudur. Doktrinde bir görüş, pazaryeri sözleşmesinin ekonomik niteliği ile taraflar arasındaki güç dengesi açısından, TTK'da öngörülen hakkaniyet koşulunun pazaryeri işletmecisi bakımından çoğu zaman gündeme gelmeyeceğini¹⁵⁴ ve bu yüzden pazaryeri işletmecisinin satıcıdan çok istisnai hâllerde denkleştirme bedeli talep edeceğini ifade etmektedir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Bingöl, Denkleştirme, s. 152.

¹⁵¹ Kaya, s. 245; Ayan, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 98. Denkleştirme istemi, acente tarafından yaratılan ve sözleşme sona erdikten sonra müvekkile devredilen müşteri çevresinden artık faydalanamayacak olan acenteye yapılan bir ödemedir. Bu ödemenin hukukî niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, denkleştirme isteminin teknik anlamda bir tazminat olduğunu savunurken (bu yönde bkz. Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları (Değerlendirme ve Öneriler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 69.); diğer görüş, maddede her ne kadar “tazminat” ifadesi kullanılmış olsa da burada teknik anlamda bir tazminatın söz konusu olmadığını ve yapılan ödemenin aslında bir “karşılık” olduğunu savunmuştur (bu yönde bkz. Kaya, s. 246; Ayan, Denkleştirme Talebi, s. 103-106; Kayıhan, s. 185.

¹⁵² Bingöl, Denkleştirme, s. 153.

¹⁵³ Nitekim bkz. Baş, s. 144-147.

¹⁵⁴ Bu görüşe göre pazaryeri işletmecisi geleneksel acenteden farklı olarak yeni müşteriler kazanmak için yoğun bir çaba sarfetmemekte ve pazaryeri işletmecisinin gelir kaynakları farklılaşmaktadır. Bundan dolayı, pazaryeri sözleşmesi sona erdikten sonra hakkaniyet gereği pazaryeri işletmecisi lehine bir denkleştirme yapılmasından bahsin güç olacağı belirtilmiştir. Baş, s. 148.

¹⁵⁵ Baş, s. 148. Bir görüşe göre, denkleştirme istemi, yaratılan değer talebine ilişkin bir karşılıktır ve acentelik sözleşmesi kapsamında acenteye verilen ücret, bu değer artışını

Denkleştirme istemi hakkaniyet temelli bir karşılıktır.¹⁵⁶ Acenteye denkleştirme istemi getirilmesinin amacı, acentenin kendi çabaları ile müvekkilin işletmesine kazandırdığı müşteri çevresiyle yapılan sözleşmelerden dolayı acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra herhangi bir ücrete hak kazanamaması ve buna karşılık müvekkilin, bu müşteri çevresiyle işlemler yapmaya devam ederek bu işlemlerden menfaat elde etmesidir.¹⁵⁷ Dolayısıyla bu durum, pazaryeri işletmecisi bakımından da gündeme gelebilir. Fakat denkleştirme isteminin altında yatan hakkaniyet düşüncesi, denkleştirme isteminin bir nevi acentenin yatırımlarını koruma altına aldığı yaklaşımları¹⁵⁸ göz önüne alındığında, satıcılardan ekonomik olarak çoğu zaman daha güçlü konumda olan pazaryeri işletmecilerinin denkleştirme taleplerinin reddi gerekecektir. Bununla birlikte pazaryerini kurmak, taraflar menfaatine olabilecek bir şekilde korumak ve sürdürmek, başlı başına aracılık faaliyeti çerçevesinde bir çaba olarak görülmelidir.¹⁵⁹ TTK'da öngörülen hakkaniyet kriteri zaten pazaryeri işletmecilerinin denkleştirmeye yönelik taleplerinin yerindeliği bakımından yeterli bir kontrol mekanizması sağla-

tam olarak karşılamamaktadır. Dolayısıyla bu değer artışına karşılık olarak acenteye bir bedel ödenmelidir. Bu bedel belirlenirken acentenin çabası değil müvekkilin işletmesindeki değer artışı dikkate alınmalıdır. Buna ek olarak bu görüşün acentenin sözleşme süresi boyunca çabasını da dikkate aldığından bahsedilemez. Bu görüşe göre, acente herhangi bir çaba göstermemesine rağmen sözleşme sona erdikten sonra işletmenin değeri bir şekilde artmışsa yine acenteye denkleştirme istemi ödenecektir. Bu görüş takip edildiğinde, pazaryeri işletmecisi bakımından da satıcıya bir değer artışının sağlandığı durumlarda, denkleştirme isteyebileceği sunucuna ulaşılabilir. İlgili görüş için bkz. **Ayan**, Denkleştirme Talebi, s. 102.

¹⁵⁶ Doktrinde hakim görüş denkleştirme isteminin bir karşılık olduğunu kabul etmekle birlikte, ilgili karşılığın kaynağı hususunda farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bu anlamda sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı olduğu yönünde bkz. **Ayan**, Denkleştirme Talebi, s. 105-106; **Kayihan**, s. 185. Aynı yönde bkz. **Akkanat**, Halil/Çekin, Mesut Serdar: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 32; *sui generis* karşılık olduğu yönünde bkz. **Kaya**, s. 244; **Ayan**, Denkleştirme Talebi, s. 102; **Poroy/Yasaman**, s. 305; **Altınok Ormancı**, Pınar: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 3, 2009, s. 291; **Karasu**, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 4, s. 289; hakkaniyet temelli bir karşılık olduğu yönünde bkz. **Bingöl**, Denkleştirme, s. 163.

¹⁵⁷ **Ayan**, Denkleştirme Talebi, s. 98; **Kaya**, s. 246; **Bingöl**, Denkleştirme, s. 148.

¹⁵⁸ Bu yönde bkz. **Akkanat/Çekin**, s. 34-35.

¹⁵⁹ Karş. **Baş**, s. 148.

maktadır. Bu yüzden kategorik olarak pazaryeri işletmecilerinin denkleştirme talep edemeyeceklerinin ifade edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla somut olay özelinde hakkaniyet kriteri sağlanıyorsa pazaryeri işletmecisinin denkleştirme talep etmesi mümkündür.

SONUÇ

Pazaryeri işletmecisi tarafından yerine getirilen ve kullanıcıların niyet beyanlarını elektronik olarak bir haberci sıfatıyla ilgili diğer kullanıcıya iletilmesi ile iki sözleşme tarafı arasındaki iletişimi sağlanması en temelde bir aracılık faaliyetidir. Pazaryeri olarak faaliyet gösteren birçok platformda satıcı ile alıcı doğrudan iletişime geçmemekte, taraflar arasındaki akit platform aracılığıyla kurulmakta ve sözleşmenin kurulması ile ifası aşamalarında platform etkin bir rol oynamaktadır. Bu yüzden pazaryeri işletmecisinin pazaryeri sözleşmesi ile üstlendiği faaliyet en temelde aracılık, pazaryeri işletmecisinin kendisi de aracıdır.

TTK'nın 102. ve devamında düzenlenen hükümler, klasik dağıtım modelini esas alarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte TTK'nın ilgili hükümlerinin uygulanması, dağıtımın yapıldığı mecra, alıcının kim olduğu veya ürün ya da hizmetin niteliğine bağlı değildir. Dolayısıyla elektronik pazaryerlerinin aracılık yaptığı durumlarda ekonomik olarak bağımlılığın yönünün değişmiş olması, tek başına acenteliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel değildir. Yani elektronik pazaryerlerinin faaliyetlerinin şekli, ürün ya da hizmetlerin pazarlanma biçimi, satıcıların ekonomik olarak bağımlı konuma geçmesi gibi durumlar, elektronik pazaryeri işletmecisinin acente olarak nitelendirilmesine tek başına engel değildir. Acentelik hükümlerinin dar yorumlanması gibi aksi bir düşünme tarzı, temel kurallar olan TTK'nın ilgili hükümlerinin değişen koşullara uyum sağlamasına mani olacaktır. Bu çerçevede kural olarak sürekli olarak bir ticari işletme için aracılık yapan pazaryeri işletmecisinin yapmış olduğu aracılık faaliyetinin acentelik olarak nitelendirilmesi gerekir. Çoğu pazaryeri işletmecisi, pazaryeri sözleşmesi ile satıcıya karşı, aracılık faaliyeti yapacağını sürekli bir şekilde üstlenmektedir. Bu anlamda pazaryeri işletmecisinin alıcı ile de bir üyelik sözleşmesi şeklinde ayrı bir sözleşmesel ilişki içerisinde olması, klasik anlamda acente gibi doğrudan satıcının tarafında bulunmaması ve alıcının menfaatlerini de koruması gibi hususlar faaliyetin acentelik olarak nitelendirilmesine engel değildir. Oluşturulan platformda sözleşmenin yapılmasına imkân tanımayan ve alıcıyı fiziki ya da elektronik başka bir ortama yönlendiren elektronik pazaryeri işletmecisi ise, aracı acente olarak kabul edilemez. Buna karşılık, alıcı ile satıcının sözleşme kurmasına imkân tanıyan elektronik pazaryerlerinin

diğer unsurların da bulunması hâlinde aracı acente olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Pazaryeri işletmecisi tarafından aracılık faaliyetine ek olarak sözleşmenin hukukî niteliğini değiştirebilecek birtakım asli edimler üstlenilmekte, bu da pazaryeri sözleşmesinin, genel olarak isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermektedir. İsimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlere ilişkin doktrindeki yaklaşımlar çerçevesinde TTK'da düzenlenen acentelik hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilir. Yine pazaryeri işletmecisinin faaliyetlerinin salt aracılık faaliyetleri olduğu hâllerde doğrudan acentelik sözleşmesi bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki hâlde de satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasındaki aracılık ilişkisine acentelik hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Bu anlamda her ne kadar tarafların amaçlarına ve taraflar arasındaki ilişkinin ekonomik niteliğine uygun olmasa da, satıcı ile pazaryeri işletmecisi arasında yapılan sözleşmede tarafların tekel hakkı yazılı olarak kaldırılmamışsa, tekel hakkının bulunduğu kabulü gerekmektedir. Yine pazaryeri işletmecisinin satıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Son olarak hakkaniyet kriteri pazaryeri işletmecilerinin denkleştirmeye yönelik taleplerinin yerindeliği bakımından yeterli bir kontrol mekanizması sağlamakta ve bu yüzden kategorik olarak pazaryeri işletmecilerinin denkleştirme talep edemeyeceklerinin ifade edilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akkanat**, Halil/Çekin, Mesut Serdar: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- Akman**, Pınar: “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”. In Journal Competition Law & Economics, 2017.
- Altınok Ormancı**, Pınar: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 3, 2009, s. 451-480.
- Arıcı**, Fatih: “Bankacılık Hukukunda Yeni Ödeme Hizmetleri ve Ödeme Hizmetleri Rejiminden İstisna Edilen Bazı Faaliyetler” Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’ın Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ed. Arslan Kaya/Alı Paslı/Baki İlkay Engin/İpek Aşıkoğlu/Elif Oğuz, İstanbul 2020.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2022.
- Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008 (Denkleştirme Talebi).
- Ayan**, Özge: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD 2010, C. 12, S. 2, s. 79-120.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2023.
- Baş**, Kadir: “Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması”, BATİDER, C. 33, S. 4, 2017, s. 115-153.
- Bingöl**, Muhammet Emin: “Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016, Ed. Başak Baysal, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 141-171 (Denkleştirme).
- Bingöl**, Muhammet Emin: “E-Ticaret Platformları Lehine Öngörülen En Çok Kayrılan Müşteri Kayıtlarının Rekabet Hukuku Bakımından

- Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 1, 2023, s. 1-44 (EKM).
- Bingöl**, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021.
- Çekirdek**, Meltem: İnternet Üzerinden Satış Konu Edinen Sözleşmelerin Belirleyici Özellikleri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2019.
- Demirbaş**, Harun: 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Demirel**, Aysel: 7416 sayılı Kanunla Değişik 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Dieselhorst**, Grages: “Der Onlineshop-Betreiber als Handelsvertreter? Anwendung der §§ 84 ff. HGB auf Shopbetreiber im Internet”, MMR, 2011.
- Doğan**, Cihan: Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Dreyer**, Holger/**Haskamp**, Thomas: “Die Vermittlungstätigkeit von Plattformen”, ZvertriebsR, 2017, s. 6.
- Emde**, Raimond/**Valdini**, Daniel: Online-Hotelportale als Handelsvertreter, BB 2016, Heft 16.
- Emde**, Raimond: Vertriebsrecht, 3. Auflage, De Gruyter, Berlin 2014.
- Engert**, Andreas: “Digitale Plattformen”, AcP 218, 2018.
- Gündüz**, Hale: Çift Taraflı Pazarlarda Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 106, Ankara 2009.
- Hamamcıoğlu**, Esra: “Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 35, 2018, s. 43-72.
- Hauck**, Ronny/**Blaut**, Heiko: “Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern”, Neue Juristische Wochenschrift, V. 71, Nr. 20, 2018.
- İnceoğlu**, M. Murat/**Baş-Süzel**, Ece: “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)”

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 189-190, 2020, s. 475-491.

Karaege, Özge: Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Karasu, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 4, s. 283-318.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968.

Kaya, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2016.

Kayihan, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Baskı, Umutepe Yayınları, Kocaeli 2018.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

Kınacıoğlu, Naci: “Acente ve Acentelik Sözleşmesi”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Ankara 1963.

Küçükayhan-Aşçıoğlu, Meltem: Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Manavgat, Çağlar: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991.

Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları (Değerlendirme ve Öneriler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Oğuz, Elif: Türk ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Acenteliğin Uygulama Alanı Kapsamındaki Çevrimiçi Aracılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Oktay, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, s. 263-295.

Oruç, Murat: “Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi”, TAAD, Y. 7, S. 30, s. 221-236.

Özbay-Özdoğru, Zeynep: İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicie Karşı Sorumluluğunun Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

- Schuhmacher**, Florian/**Holzweber**, Stefan: Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, hrsg. Grabitz/Hilf/Nettesheim, C.H. Beck, München 2022.
- Ströbl**, Albin: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Şeker**, Emriye Özlem: “Avrupa Birliği’nde Çevrim içi Aracılık Hizmetlerinin Düzenlenmesi- Uber ve Airbnb Örnekleri”, BATİDER, 37, S. 1, 2021, s. 119-152.
- Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Teoman**, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 14: 2010/2011, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Tekin**, Ufuk: Acentenin Ücret Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2018.
- Tolu-Yılmaz**, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer-Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Ünal**, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Yaklaşım Yayınları, Ankara 1997.
- Vilgertshofer**, Fabian: Online Plattformen und vertragliche Haftung, C.H. Beck, München 2019.
- von Hoyningen-Huene**, Gerrick: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2016.
- Yaşar**, İlke: Elektronik Ortamda Yer Alan Dağıtım Sistemlerinin Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukları Açısından Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022.

HUKUK TEORİLERİNİ BİRER “NAYA” OLARAK GÖRMEK

Jainizmin Üç Önemli Öğretisi İle

Hukuk Teorisini Bir Araya Getirmek

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375533>

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Hilal DEMİR*

Öz

Kör adamlar ve fil hikâyesi bir grup kör bilgenin daha önce hiç karşılaşmadıkları file dokunarak onu betimlemeye çalışmalarını konu edinmektedir. Bu kapsamda hikâyede, fili tanımaya can atan altı bilgenin sırasıyla hayvanın farklı bölgelerine temas ederek, kendi yaşadıkları deneyimler üzerinden birbirlerinden oldukça uzak yargılarda bulundukları görülmektedir. Hikâyenin sonunda, bir taraftan söz konusu çelişkili görüşlerin her biri bir anlamda doğru kabul edilmekte, diğer tarafta ise hakikatin yalnızca bir kısmına ulaşmayı başaran bilgelerin ileri sürdükleri düşüncelerin diğer doğruları veya gerçekliğin bütünü açıklamada yetersiz kaldıkları vurgulanmaktadır. Buradan hareketle, fil hakkında daha doğru bilgiye ulaşmanın yolu, bilgelerin sahip oldukları farklı görüşleri birbirleriyle yarıştırmalarından değil, aksine bunları bir araya getirmelerinden geçmektedir. Hikâyenin vermek istediği mesaj özümsemiğinde, ilk bakışta birbirleriyle uyumsuz görünen alternatiflerin, kapsayıcı bir perspektif ile gerçekliğin farklı parçaları olarak bütünleştirilebilmeleri mümkün hale gelmektedir. Peki, bu anlayış ile rotamızı hukuk alanına; birbirinden farklı, geçmişten bu yana hukukun kaynağına, tanımına, işlevine yönelik aralarında köklü tartışmaların mevcut bulunduğu hukuk akımlarına çevirsek? Acaba hukuk kavramına dair farklı sorular soran ya da aynı sorulara farklı cevaplar veren hukuk akımları altında yerlerini alan ‘hukuk teorisyenlerini’ hikâyedeki ‘bilgeler’, ‘hukuku’ ise -bir yönüyle- hikâyede tanımlanmaya çalışılan ‘fil’ olarak düşünürsek; hukuk akımlarının her birinin eşit derecede geçerli/doğru kabul edilmeleri ve bir arada varlıklarını sürdürmelerinin mümkün ve hatta zorunlu olduğu sonucuna

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (nh.demir@iku.edu.tr) ORCID: 0000-0002-2190-3749 (Geliş Tarihi: 13.03.2023-Kabul Tarihi: 09.07.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

varmak olanaklı olabilir mi? İşte bu çalışma kapsamında, sorunun cevabının Jainizm felsefesinin belkemiğini oluşturan üç önemli öğreti ışığında 'evet!' şeklinde verilebilmesinin mümkün olduğu ortaya koyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Jainizm, Kör Adamlar ve Fil, Anekanta-vada, Naya-vada, Syad-vada, Hukuk kavramı, Hukuk teorileri, Hukuk felsefesi

CONSIDERING EACH LEGAL THEORY AS A “NAYA”

An Attempt to Combine Three Tenets of Jainism with Legal Theory

(Research Article)

Abstract

The story of the blind men and the elephant is briefly about a group of blind sages -who have never encountered an elephant before- learn by touching and imagine what an elephant looks like. In the story, each blind sage feels a different part of the elephant's body, and accordingly, based on their limited experience, they describe the elephant quite differently, and in the end, each of these descriptions is considered true in a sense. However, it is asserted that the considerations put forward by the sages are true in a sense, on the other hand, it is emphasized that they are insufficient to explain other truths or the whole reality. From this point of view, the way to reach knowledge about the elephant is not by the sages competing, but by bringing their theses together. When the message that the story wants to convey is assimilated, it becomes possible to integrate alternatives that seem incompatible with each other at first glance, as different pieces of reality with an inclusive perspective. Well, -with this perspective- what if we turn our route to different legal theories, among which there are deep-rooted debates about the source, definition, and function of law? By means of comparing 'legal theorists' to the 'sages' and the 'law' to the 'elephant', is it possible for each theory of law to be considered equally valid/correct and to be accepted that the co-existence of them is possible and even necessary? Here in this study, it is revealed that it is possible to answer the question as 'yes!' using the three important tenets that form the backbone of Jain philosophy.

Keywords

Jainism, The Blind Men and the Elephant, Anekanta-vada, Naya-vada, Syad-vada, Concept of law, Legal theories, Philosophy of law

GİRİŞ: Saxe’ın Fili

*Hindistan halkından, öğrenmeye hevesli altı adam
Tümden kör oldukları halde, giderler fili ‘görmeye’...
İlki yaklaşır file, yıkılır geniş ve sağlam gövdesine
Bağırır: “Tanrı korusun beni! Bu fil düpedüz bir duvar benzeri!”
İkincisi hisseder filin uzun ve sivri dişini, haykırır:
“Ah! Ne var burada, bu kadar pürüzsüz ve keskin?
Bana göre durum çok berrak, hayranlık uyandıran bu fil aynı bir
mızrak!”
Üçüncüsü yaklaşır hayvana, hortumunu alarak ellerinin arasına,
Konuşur cesurca: “Bu fil benziyor uzun bir yılan!”
Dördüncüsü hevesle uzatır elini, hisseder filin dizini:
“Bu harikulade yaratığın neye benzediği çok açık, tıpkı bir ağaççık!”
Şans eseri filin kulağına dokunan beşincisi iddia eder:
“Bunun neyi andırdığını kör bir adam bile kolaylıkla söyler. Kim inkâr
edebilir ki; bu harika fil bir yelpazeye benzer!”
Ardından kavrar altıncısı hayvanın sallanan kuyruğunu hızlıca
Der: “Bu fil bir halattan farksız kanımca!”
Böylece her biri kendi görüşünde
Son derece katı ve inatçı,
Altı adam tartıştı uzun sürelerce ısrarlı,
**Oysaki her biri doğru iken kısmen,
Hepsi de yanlıştı tümden¹!***

Kör Adamlar ve Fil şiirinin Amerikalı yazarı, 1816 yılı doğumlu John Godfrey Saxe’in², kökeni bir Hint hikâyesine dayanan metni İngilizceye

¹ Saxe, John Godfrey: The Poems, Boston, Houghton, Osgood and Company, 1879, s. 259-261. Şiir metninde akıcılığın sağlanabilmesi amacıyla gerekli görüldüğü yerlerde sadeleştirme ya da eklemeler yapılmış ve çoğunlukla anlam odaklı çeviri yöntemi benimsenerek mısra sonlarında ses benzerliği yaratılmaya çalışılmıştır.

² Kendisi hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse; hayatının farklı dönemlerinde hukukçu, gazeteci, eğitimci ve şair olarak anılan, çok yönlü bir insan olan Saxe beşerî bilimler alanında lisans derecesi ile mezun olmuş, akabinde hukuk okumaya karar vermiştir. Ardından belirli bir süre avukat, eyalet savcısı ve başsavcı olarak görev yapmış olsa da asıl ilgi duyduğu edebiyattan ve gazetecilikten hiç uzaklaşmamıştır. Kimi zaman bu alanları birleştirerek, hukuk dünyasına ilişkin kaleme aldığı şiirleriyle de ün kazanan Saxe, diğer yandan bir gazetenin editörü olarak da çalışmıştır. Bir taraftan siyasete atıl-

çevirip şiirleştirerek Batılı zihinlerde yer ettiği bilinmektedir. Esas olarak tarihi bir hayli eski olan ve ilk kez Hint dinlerinin kutsal metinlerinde karşımıza çıkan bu öykünün, çoğunlukla 19. yüzyılın önemli şairlerinden (ve ayrıca başarılı bir hukukçu)³ olan Saxe ile ilişkilendirilmesinin şaşkınlıkla karşılanmaması gerekmektedir. Zira Saxe'in, Hint alt kıtasında yayılan anlatıyı başarılı şekilde yorumlayarak, Batı dünyası ile ilk tanıştıran kişi olması bu bağın kurulması için yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında, *kör adamlar ve fil* metninin yüzyıllar içerisinde ortaya çıkmış farklı uyarlamaları arasında Saxe'in eseri seçilmekte, ancak yapılan bu tercih, eserin menşeinin ve ardında bulunan -Hint felsefe geleneğinin temel taşlarından birini oluşturan- teorisinin ayrıntılı olarak araştırılmasını engellemektedir.

Bu kısa girişten anlaşılacağı üzere, çalışmanın devamında ileri sürülecek iddialar açısından önem teşkil eden *kör adamlar ve fil* öyküsü, ilk ortaya çıktığı coğrafya ile sınırlı kalmayıp, bu sınırları aşarak öncelikle çeşitli bölgelere, ardından farklı kıtalara yayılarak günümüze kadar ulaşmaktadır. Ancak eklemek gerekir ki bu yolculukta öykü orijinallliğini koruyamayarak zaman içerisinde değişikliğe uğramakta ve muhtelif yorumları gün yüzüne çıkmaktadır. Bu uyarlamaların çoğunda öyküde yer alan kişi sayıları değişiklik göstermekte ya da bu kişilerin file dokundukları yerler ve yaptıkları benzetmeler birbirlerinden farklı anlatılmaktadır. Kimi versiyonlarda fili teşhis etmeye çalışan bilgelerin doğuştan kör oldukları söylenirken kimilerinde fili zifiri karanlık bir odada betimlemeye çalışan kişiler okuyucuyu karşılamaktadır. Yine bazı anlatılarda kendi istekleri doğrultusunda fili tasvir etmeye çalışan bilgiler yer almakta iken bazılarında kralın emri üzerine filin

mayı da deneyerek farklı yıllarda vali adayı olarak tarihte yerini alsa da burada istediği başarıyı elde edememiş, ardından kendini edebiyat alanında eserler ve farklı yerlerde dersler vermeye adanmıştır. Ancak 1874 yılı itibarıyla ailesinde trajik ölümlerin başlaması üzerine; neşeli, şakacı, mutlu bir karaktere sahip olduğu söylenen Saxe, derin bir üzüntüye ve umutsuzluğa sürüklenmiştir. Ayrıca kendinin de bu yıllarda geçirmiş olduğu bir demiryolu kazası sonucunda tam olarak iyileşememesi nedeniyle, oldukça üretken bir isim olarak anılsa da hayatının son on yılında bir satır dahi yazamayarak, 1887 yılında 71 yaşında iken hayatını kaybetmiştir. John Godfrey Saxe'in ayrıntılı biyografisi için bkz. Taft, Russell W.: John Godfrey Saxe: A Biographical Sketch of Vermont's Lawyer, Journalist, Lecturer and Rhymster, 1900.

³ Başarılı bir şair olarak anılan, aynı zamanda iyi bir hukukçu olan Saxe, hukuk camiasında "yasalar da sosisler gibi nasıl yapıldıklarını bildiğimiz oranda kendilerine duyulan saygıyı kaybederler" sözüyle akıllara gelmektedir. Bu ifade bazı yerlerde farklı isimlerle anılsa da esasen Saxe'a ait olduğuna ilişkin bkz. Shapiro, Fred R.: "Quote... Misquote", The New York Times Magazine, 2008, <<https://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27www1-guestsfire-t.html>> E.t: 13.09.2022.

yanına getirilen ya da tesadüfen bir fil ile karşılaşan bilgiler söz konusu olmaktadır. Nihayet bu kısa öykünün türlü örnekleri incelendiğinde değişmeyen en önemli unsurun *fil* olduğu tespit edilmekte, bu çeşitlilik ise öykünün niteliğiyle ve vermek istediği mesajlarla uyum içerisinde bir görünüm sergilemektedir. Bahse konu mesajlar şu an için gizemini korusa da ufak bir ipucu olması açısından, her bir farklı anlatının *gerçekliğin farklı parçalarını eşit derecede kabul edilebilir şekilde incelemekten ibaret olduğu, diğer taraftan ancak bu anlatıların bir araya getirildikçe gerçekliğe yaklaşabilmenin mümkün olduğu* söylenebilmektedir⁴.

Nitekim bu farklılıklar bir yana bırakılarak, Saxe’ın kaleminden çıkan eser üzerinde genel bir inceleme yürütüldüğünde gerçekliği temsil eden *file* ulaşmaya can atan altı kör bilgenin sırasıyla hayvanın farklı bölgelerine dokunarak kendi yaşadıkları deneyimler üzerinden çeşitli tanımlamalar yaptıkları görülmektedir. Tüm bilge insanlar aynı *fili* çok farklı şekillerde tecrübe etmekte ve bu kişisel tecrübelerin her biri bir anlamda ‘doğru’ kabul edilmektedir. Aynı zamanda yapılan her bir tanımlamanın, kişinin içinde yaşadığı kültür veya önceki tecrübeleri doğrultusunda bilgi sahibi olduğu kavramlarla sınırlı olduğu ve *file* ilişkin gerçekliğin yalnızca bir kısmına atıfta bulunduğu da gözden kaçmamaktadır. Bu kapsamda, hikâyede hakikatin oldukça kısıtlı bir parçasına ulaşmayı başaran bilgelerin ileri sürdükleri düşüncelerin ‘doğru’ oldukları, ancak bunların *diğer doğruları* veya *gerçekliğin bütünü*nü açıklamada yetersiz kaldıkları vurgulanmaktadır⁵.

⁴ Bknz. dn.8.

⁵ Bu noktada çok önemli bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Öncelikle *kör adamlar ve fil* şiirinin/hikâyesinin, çalışmanın ilerleyen sayfalarında ele alınacak, kabaca gerçekliğin çok yönlü olduğu düşüncesi üzerine kurulu *metafizik bir doktrin* olan *anekanta*’yı açıklamak için kullanıldığı belirtilmeli ve bu nedenle söz konusu alegorik şiirde/hikâyede tanımlanmaya çalışılan *fil* metafizik bir öge olarak kabul edilmelidir. Bununla beraber, şiirde/hikâyede yer alan kör bilgelerin bu ögeyi tanımlama girişimleri esnasında farklı bölgelere dokunarak, dokundukları parçalar ile farklı nesneler arasında benzerlik kurmakta olduklarının altı çizilmelidir. Diğer deyişle, herhangi bir bilge temas ettiği bölgenin, ilişki kurduğu o nesne olduğunu iddia etmemekte ve benzetme ilişkisi kurmakla sınırlı kalmaktadır. Aksi halde dokundukları parçaların örneğin, halat, yılan, mızrak olduğunu ileri sürdükleri senaryoda bu nesnelerin bir araya getirilmesinde *filin* gerçek doğasına ulaşamayacağı açık olup, bu ifadeleri kısmi ‘doğru’ kabul etmek de sorunlu hale gelecektir. Bu nedenle, bilgelerin ifadelerinin çok sınırlı da olsa ‘doğru’ ya da hakikatin ufak bir parçasına ulaştıklarının kabul edilmesinin gerekçesi (kör oldukları da ön planda tutulduğunda) tezlerinin (‘doğru’ bir şekilde kurdukları) benzerlik üzerinden ileri sürülmelerinde gizli olduğu düşünülmekte ve bunu destekleyecek şekilde şiirin/hikâyenin orijinal metinlerinde de bu benzetme ilişkisi ön planda yer almaktadır. Böylece sahip oldukları farklı fikirleri yarıştırmak yerine bu fikirlerin bir araya getirilmeye

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta; şiirde yer alan “*her biri doğru iken kısmen, hepsi de yanlıştı tümünden!*” mısralarında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki bilge insanların görüşlerinin sınırlı şekilde *doğru* sayılmasıyla beraber, bunların tek başlarına gerçekliğin tanımlanmasında eksik kaldıkları gerekçesiyle, bir bilgenin yalnızca kendi tezinin *mutlak doğru olduğunu iddia etmesi* onu kaçınılmaz olarak büyük bir *yanlış*a sürüklemektedir. Bu nedenle bilgelerin *tümüyle hatalı* kabul edilmelerinin ardında; *file* ilişkin ileri sürdükleri argümanların hatalı olması değil; her birinin yalnızca *kendi düşüncesinin mutlak olduğu* iddiasını taşımaları yatmaktadır. Buradan hareketle (kör olan bilgiler açısından *fil* hakkında edinilebilmesi mümkün olan en) doğru bilgiye ulaşmanın yolu; bilgelerin sahip oldukları uyumsuz düşünceleri birbirleriyle yarıştırmalarından değil aksine bu tezleri bir araya getirmelerinden geçmektedir. Böylece hikâyenin vermek istediği mesaj özümsemiğinde, ilk bakışta birbirleriyle çelişkili görünen alternatiflerin kapsayıcı bir perspektif ile gerçekliğin farklı parçaları olarak bütünleştirilebilmeleri mümkün hale gelmektedir.

Saxe bu alegorik şiiri, yukarıdaki çeviride yer verilmeyen şu ifadelerle sonlandırmaktadır⁶; “*Tartışmacılar cehalet içerisinde; bir diğerinin ileri sürdüğünden habersiz, ...tek bir fil hakkında münakaşa edip durdular gereksiz.*” Buna bağlı olarak Saxe’ın yorumunda, ortaya koydukları muhtelif fikirlere ilişkin birbirleriyle tartışmakta olan bilgelerin gereksiz bir çaba içerisinde oldukları sonucu ortaya çıkmaktadır. Şiir, bütünüyle ardında barındırdığı felsefe ile değerlendirildiğinde ise aslında ileri sürülen görüşlerin her birinin gerçeklikle bir bağlantısının bulunduğu, gerçekliğin oldukça karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve ona farklı noktalardan ulaşmaya çalışan her-

başlanmasıyla, tanımlanmaya çalışılan *fil*’in doğasına yönelik kafalarında oluşan resmin daha net şekillenmeye başladığı, farklı bir ifade ile bu davranışın *kör olan* bilgiler açısından *fil*’in görünüşünün mümkün olan en doğru şekilde kavranabilmesine katkıda bulunduğu görülmektedir. Ancak elbette her bilgenin benzetmesi gerçeklikten tamamıyla sapmamışsa da *fil*’in gerçek görüntüsünü anlamakta yetersiz kalmıştır. Bunu engelleyecek şekilde, hikâyede kör bilgelerin gözleri açık şekilde kurgulanarak dokunmakta oldukları bölgeleri tüm gerçeklikleriyle ifade edebilmelerini sağlamak mümkün olabilirdi. Fakat bu durumda hikâyenin ardında barındırdığı Jainist felsefede yer alan; insanların (yüce bilgiler hariç) nihai gerçeklikle ancak sınırlı bir bağlantısının olabileceği, mutlak hakikatin tecrübe edilebileceğinden tüm yönleriyle/bütünüyle dil aracılığıyla ifade edilmesinin mümkün olmadığı gibi düşünceler riske girecekti. Neyse ki bu çalışmada hukuk teorisyenlerinin kör olma gibi bir *zorunlulukları* yoktur. Bu nedenle *kör bilgiler* farklı fikirleri bir araya getirerek *fil*’in gerçek doğasına *yaklaşabiliyorken; hukuk bilgelerinin* uyumsuz tezleri bir araya getirerek hukukun doğasına *ulaşmalarında* bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca bknz. dn.8.

⁶ Saxe, s. 261.

kese değişik yüzünü gösterdiği noktasına varmak mümkün hale gelmektedir. Bu yorumdan hareketle, çeşitli felsefi geleneklerin gerçekliği ayrı açılardan ele almaları nedeniyle birbirlerinden farklı yapılara sahip oldukları kabul edilebilmektedir⁷.

Peki ya bu anlayış ile rotamızı hukuk alanına; birbirinden farklı, geçmişten bu yana hukukun kaynağına, tanımına, işlevine yönelik aralarında köklü tartışmaların mevcut bulunduğu hukuk akımlarına çevirsek? Bu kapsamda, tarih boyunca birçok hukuk teorisyeninin, cevaplanmasına yönelik sayısız girişimleri bulunan ‘hukuk nedir?’ sorusu karşısında verilen yanıtlarda üç köklü yaklaşımın rol oynadığından bahsedilebilmektedir. Genel hatlarıyla, ilk yaklaşım hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye vurgu yapmakta; ikinci yaklaşım hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartmakta; son yaklaşım ise hukuk ve toplumun tarihsel gelişimi arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşmaktadır. Diğer deyişle, bu teorilerin savunucularından her biri -aynı hikâyedeki gibi- farklı noktalardan hareketle yaptıkları tanımlamalar ile *hukuka* ulaşmaya çalışmaktadır.

Bu kapsamda, hukuk kavramına ilişkin farklı sorular soran veya aynı soruları farklı bakış açıları ile yanıtlayan hukuk akımları altında yerlerini alan ‘hukuk teorisyenlerini’ öyküdeki ‘bilge insanlara’; ‘hukuku’ ise -*bir yönüyle*⁸- ‘file’ benzetirsek, çoğu zaman birbirleriyle uyumsuz tezler ileri

⁷ Rescher, Nicholas: A Journey Through Philosophy in 101 Anecdotes, Pittsburgh University of Pittsburgh Press 2015, s. 176-178.

⁸ Bu noktada çalışma açısından çok önemli bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Çalışmada ‘hukuk’ kavramı ile *kör adamlar ve fil* hikâyesinde hakikati temsil eden ‘fil’ arasında bir takım bilge tarafından farklı (ve sınırlı) açılardan, değişik ve hatta birbirleriyle uyumsuz şekillerde tanımlanmaya çalışılmaları noktasında bir benzerlik kurulmaktadır. İlerleyen sayfalarda -literatürde aksi görüşlerin de yer aldığı- altını çizerek (*bknz. s. 11, 12*)- hikâyede filin varlığının, bilgelerin iddialarının değerlendirilebileceği mutlak, değişmez bir gerçekliğin Jainizm felsefesinde mevcut olduğuna işaret ettiği düşünülmektedir. Bu kapsamda çalışma benzerlik ilişkisini sınırlı tutarak, içerisinde mutlak, değişmez hukuk düşüncesini zorlayacak bir iddia barındırmamaktadır. Zira böyle bir iddia kimi hukuk akımlarını daha baştan dışlanma riskiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Burada mutlak veya değişmez olan tek şey ‘hukuk’ kavramının -farklı şekillerde de olsa- milattan öncesi yıllardan (en önemli örneklerden biri *Minos* diyalogu) bu yana farklı perspektiflerden tanımlanma çabası ve bu yoğun çabalar karşısında halen elimizde muhtelif tezlerin (kim zaman şekil değiştirse de) varlıklarını koruyor olmasıdır.

Bu noktada, çalışmada sınırlı bir benzerlik kurmak yerine özellikle Batı felsefesinde örtüşebilecek farklı örnekler bulunabilecekken neden Jainist kuramlar ve/veya bunların açıklanmasında kullanılan *kör adamlar ve fil* hikâyesinin tercih edildiği sorusu akıllara gelebilmektedir. Bu çabanın altında, Jainizm felsefesinde mutlak/nihai gerçeklik fikrinin bulunduğu hususuna odaklanmak değil ele alınacak öğretilerin kabaca, (i) kişinin sahip olduğu bakış açısının ne denli sınırlı olduğunu göstermek suretiyle iddialarında tek

süren hukuk akımlarının her birinin eşit derecede geçerli/doğru kabul edilmeleri ve bir arada varlıklarını sürdürmelerinin mümkün ve en önemlisi zorunlu olduğu sonucuna varmak olanaklı olabilir mi?

I. HİKÂYENİN KÖKLERİNE; *ANEKANTA-VADA*'YA UZANAN YOLCULUK

Henüz çalışmanın ilk başlığı altında hukuk alanına ilerlemenin erken olduğu ve öncelikle *kör adamlar ve fil* hikâyesinin doğduğu zamana ve toplarlara giderek ardında barındırdığı felsefenin ayrıntılı biçimde kavranması gerektiği düşünülmektedir. Bu doğrultuda söz konusu öykünün temeline ulaşmak için yapılan çetrefilli araştırma bizleri tarihte oldukça eski zamanlara; yaklaşık olarak M.Ö. 1500-1200 yılları arasına götürmektedir. Yalnızca zamanda değil, ayrıca farklı bir coğrafyaya yolculuğu da şart kılan bu araştırmanın sonucu, pek çok dine ev sahipliği yapmış olan Hindistan'da ortaya çıkmış, aralarında birçok ortak nokta bulunan ve önemli Hint dinleri arasında gösterilen Hinduizm, Budizm ve Jainizm kaynaklarını işaret etmektedir. Nitekim bu dinlerin ortak noktalarından birinin de -sözleri farklı olsa da- *kör adamlar ve fil* hikâyesine yaptıkları atıflar olduğu görülmektedir. Ancak çalışma kapsamında tüm bu kaynaklardan ziyade, yalnızca ilgili hikâyenin ardında yatan düşüncenin ilk parıltısının görüldüğü Hinduizm kaynaklarını belirterek, esas olarak bu düşünce üzerine oldukça kapsamlı bir teori (*anekanta-vada*) inşa eden Jainizm'e özgü felsefenin incelenmesi ile sınırlı kalınmaktadır.

Bu bilgilerden hareketle, bahse konu hikâye ile anlatılmak istenen düşüncenin ilk olarak dünyanın en eski dinlerinden biri olarak bilinen Hinduizm'in kutsal metinlerinden en önemlisi olan *Rigveda*'da geçen bir cümlede köklerini bulduğu söylenmektedir⁹. Kutsal metinde yalnızca bir

tarafı dogmatik bir tavır takınmasını engellemeye çalışması; (ii) gerçeğin tek yönlü olmayan doğasına ilişkin inanç ile birbirlerinden farklı, ancak çok yönlü gerçeğin bir kısmına dokundukları düşünülen tüm felsefi teorilerin -ta ki kendisinin tek doğru olduğunu ileri sürene kadar- eşit derecede kabul edilebilir olduklarını ortaya koyması; (iii) tek bir perspektifin yetersiz kalacağı düşüncesi doğrultusunda 'gerçeğe' ancak muhtelif teorilerin bir araya getirilmesi sonucunda ulaşılacağına inanması ve (iv) birbiriyle uyumsuz tezlerin 'doğru' kabul edilmelerinin klasik mantık ilkelerinin reddi anlamına da gelmediğini ileri sürmesi gibi birçok iddiayı bünyesinde birlikte barındırmaktadır. Bu nedenle bu çalışma kapsamında, Jainizm felsefesinde (öğretileri ayrıntılı açıklamak için bu ifadelere yer verilmiş olsa da) nihai gerçeğin var olduğu noktasına değil; *gerçeğin çok yönlü olduğu* inancı (*anekanta-vada*) ve buna bağlı olarak geliştirilen tezler odaklanmak gerekmektedir.

⁹ Literatürde *Rigveda*'da yer alan ünlü ifadeye yapılan atıftan sonra ileri sürülen görüşler genellikle *kör adamlar ve fil* hikâyesi ile desteklenmektedir. Bunun bir örneği için bkz.

cümleden ibaret olduğu görülen bu ifadenin literatürde çok sayıda farklı çevirisinin ve yorumunun bulunduğu da altını çizerek, şu şekilde aktarılması yerinde görülmektedir: “*O, ‘bir’ olmasına rağmen, bilgiler ondan çok farklı şekillerde bahsederler*¹⁰” Bu ifade Hinduizm’de hakikat, nihai (mutlak) gerçeklik/Tanrı ve din arayışlarında yol gösterici bir niteliğe sahip olup, farklı inanışların gerçeklik anlayışlarının *mutlak olanın* çeşitli yorumlarından ibaret olduklarını belirtmektedir. Bu kapsamda, dünyadaki farklı dini sistemler arasında var olduğu düşünülen uyumu anlama yolunda hoşgörü içeren bir Hindu bakış açısı olarak atıf yapılan bu özlü söz ile verilmek istenen önemli mesajlardan biri de gerçekliği ifade etme noktasında muhtelif yolların bulunabileceği ve bu yolların eşit derecede doğru kabul edilebileceği şeklinde özetlenmektedir¹¹.

Kör adamlar ve fil hikayesinin tohumlarının atıldığı Hinduizm’in hemen ardından, onunla birçok ortak noktaya sahip, ancak ona kıyasla çok daha az bilinen ve ortaya çıkış tarihi hakkında bir konsensüsün bulunmadığı Jainizm kaynaklarına başvurulduğunda ise konuya ilişkin geniş kapsamlı bir yazın okuyucuyu karşılamaktadır. Çoğu Batılı kaynakta kurucusu M.Ö. 6. yüzyılda yaşayan *Mahavira* (“büyük kahraman”) kabul edilen, kimi eserlerde ise çok daha eski bir kökene sahip olduğu iddia edilen Jainizm’in, takipçileri tarafından aksine başlangıcı veya sonu olmadığı ve bu bağlamda *Mahavira*’nın da hakikatleri ileten vaizlerden yalnızca bir tanesi olduğuna inanılmaktadır¹².

Griffiths, Paul J.: An Apology for Apologetics: A Study in the Logic of Interreligious Dialogue, Wipf and Stock, 2007, s. 46.

¹⁰ The Rigveda: The Earliest Religious Poetry of India, (trans. Stephanie W. Jamison/Joel P. Brereton) Oxford University Press, 2014, s. 359. Ayrıca kimi çevirilerde, ifadede yer alan ‘O’ kelimesi yerine; *hakikat*, *gerçeklik* ya da *Tanrı* gibi kavramların tercih edildiği de görülmektedir. Kutsal metnin orijinal halinde bu ifade “*Ekam Sadvipra Bahudha Vadanti*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu tümcede yer alan kelimelerin Türkçe karşılıkları araştırıldığında, “*Ekam*” dilimize, “bir/tek” olarak çevrilebilmekte; “*Sad*” ise, *hakikat*, *gerçeklik*, *ebediyen var olan*, *Tanrı* kavramının yerine kullanılmaktadır. “*Vipra*”; *bilge insanlar*, *insan bilgisi*, *akıl* manasına gelmekte; “*Bahudha*” ise *birçok/çok sayıda* anlamı taşımaktadır. Son olarak, “*Vadanti*” sözcüğü; *konusmak*, *bahsetmek* şeklinde ifade edildiğinde söz konusu cümlemin gerçek anlamı ortaya çıkmaktadır. Bknz. **Minz**, Florence/**Mishra**, Shruti: “Ekam Sad Vipra Bahudha Vadanti: A Vedic Consciousness of God”, 2020, s. 129, 130.

¹¹ **Griffiths**, s. 46. Ayrıca bknz. **Schweig**, Graham M.: “Interiority and Connectivity: A Brief Comparative Study on the Relation of Scripture and Contemplation in Bridal Mysticism and Krishna Bhakti”, Journal of Hindu-Christian Studies, Vol:27, No:4, 2014, s. 13.

¹² Jainizmin ayrıntılı tarihi hakkında bknz. **Dundas**, Paul: The Jains, London, Routledge, 2002, s. 12-44.

Batıda çoğunlukla tanınan dünya dinleri arasında kendine bir yer tahsis etme konusunda başarısızlık yaşayan Jainizm, tahmin edileceği üzere bu çalışma açısından tam tersi bir konumda bulunmaktadır. *Kör adamlar ve fil* öyküsü, Jainizm felsefesinin (ayrıca bu çalışmanın) temel taşlarından birini oluşturan ve adı *Mahavira* ile anılan *anekanta-vada* ile ön plana çıkmaktadır. Söz konusu öyküye, *tek yönlü olmama öğretisi* şeklinde ifade edilebilecek ya da ayrıntılı haliyle; *sayısız özelliğe sahip, karmaşık bir doğası olan gerçekliğin birden fazla görünümünün bulunduğu* ilişkin düşünceyle eşleştirilebilecek, Jainizm'e özgü metafizik bir öğreti olan *anekanta*'yı açıklamak için sık sık başvurulduğu görülmektedir. İşte bir sonraki başlık altında Hint felsefe geleneğine eşsiz bir katkı olarak değerlendirilen *anekanta-vada*'nın ayrıntılı şekilde incelenmesi ile konuya devam edilmesi hedeflenmektedir.

A. Anekanta-vada; “*Tek yönlü olmama öğretisi*”

İlk olarak etimolojik açıdan *anekanta-vada*'nın; ‘*anekanta*’ ve ‘*vada*’ olarak Sanskritçe iki kelimenin birleşiminden oluştuğunu belirtmek gerekmektedir. ‘*Vada*’ sözcüğünü dilimize kuram/teori/doktrin/öğreti şeklinde çevirmek mümkündür. ‘*Anekanta*’ ise; ilki ‘*an*’ (...olmayan); ikincisi ‘*eka*’ (tek) ve sonuncusu ‘*anta*’ (yön/yüz/taf) olmak üzere üç farklı kökten meydana gelmekte ve bu anlamıyla *ekanta* (tek taraflı/tek yönlü olma) düşüncesine karşı bir duruş sergilemektedir¹³.

Tek taraflı, dogmatik bir tutumu hatalı bulan bu öğretinin ayrıntılı şekilde incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki Jainizm felsefesinde *anekanta-vada*'nın kritik bir role sahip olması şaşırtıcı değildir. Bunun **ilk** nedeni olarak, Hindistan'da öğretinin ortaya çıktığı; sosyal ve ekonomik eşitsizliğin, çatışmaların ve şiddet olaylarının yoğun olarak yaşandığı döneme işaret edilmektedir. Aynı zamanda, çoğunlukla Jainizm'in ve *anekanta-vada*'nın kurucusu olarak kabul edilen *Mahavira*'nın bu teoriye kendi öğretilerinde yer verdiği tarihlerde (*Platon* döneminde Atina'da olduğu gibi) Hindistan'da da dogmaların, aşırı görüşlerin, fanatizmin çoğaldığı ve hoşgörüsüzlüğün hüküm sürdüğü bir ortam bulunduğu bilinmektedir. Nitekim bu iddiayı destekleyecek şekilde, literatürde *Mahavira*'nın zamanında bu türden yaklaşık 363 adet aşırı görüşün var olduğunun tespit edildiği görülmektedir¹⁴. Bu doğrultuda, *Mahavira* tarafından farklı düşünceler kar-

¹³ Benesch, Walter: An Introduction to Comparative Philosophy: A Travel Guide to Philosophical Space, Palgrave Macmillan, 1997, s. 136; Matilal, Bimal Krishna: The Central Philosophy of Jainism (Anekanta-Vada), L.D. Institute of Indology, 1981, s. 24.

¹⁴ Bhattacharyya, Narendra Nath: Jain Philosophy, Historical Outline, Munshiram Manoharlal Ltd., 1976, s. 67.

şısında hoşgörölü olmayı teşvik eden, kapsayıcı, birleştirici ve şiddet karşıtı bir teörinin geliştirilmesinin altında yatan nedenleri anlamak zor olmamaktadır.

Anekanta öğretisinin Jainizm’in köşe taşları arasında yer almasının ardında bulunan **ikinci** neden ise, Jainizm felsefesinin antik Hindistan’da var olan farklı metafizik veya ontolojik teorilerin sentezlenmiş halini içinde barındırmasında saklıdır. Elbette felsefi alanda karşıt görüşlerin sentezi her zaman yeni sorunları beraberinde getirmektedir. İşte bu problemlerin farkında olan Jain filozofların, ortaya çıkan sorunları çözmek amacıyla kendilerine özgü yöntemler geliştirdikleri görölmektedir. Bu bağlamda, ilerleyen sayfalarda ayrıntılı olarak ele alınacak ve gerçekliğin çok yönlü olduğu düşüncesi üzerinde yükselen *anekanta* öğretisi uyarınca, herhangi bir koşul veya sınırlama olmaksızın mutlak biçimde ileri sürüldüğü takdirde hiçbir felsefi veya metafizik önerme geçerli kabul edilmemektedir. Örneğin, “a=b”dır” şeklindeki bir savın *tek taraflı* (*ekanta*) olduğu, önermenin özneye koşulsuz ve sınırsız olarak belirli bir nitelik yüklediği ve diğerk rakip olasılıkları dışladığı, bu nedenle *anekanta-vada*’nın temel ilkesini ihlal ettiğisöylenmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu ilkeyi ihlal eden, karşıt olasılıklara açık kapı bırakmayan, koşulsuz *tek taraflı* bir önermenin, kişiyi hata yapmaya sevk edeceği ileri sürölmektedir¹⁵. Böylelikle Jain teorisyenlerin bu doktrin aracılığıyla bir taraftan dogmatik düşüncelerin ve çatışmaların yoğun olduğu dönemde hoşgörüyü teşvik etmeyi, diğerk taraftan farklı teorilerin sentezi üzerine kurulu düşünce sistemlerinde ortaya çıkabilecek sorunları gidermeyi hedefledikleri anlaşılmaktadır.

Bu teorisyenlerin ulaşmak istedikleri söz konusu amaçlar ve bu amaçlara ulaşmak için inşa ettikleri araçlar arasında bulunan bağ incelendiğinde ise pek de haksız olmadıkları açığa çıkmaktadır. Şöyle ki herhangi bir alanda (ki bu alanlar arasına hukuk felsefesinin dâhil olması kaçınılmazdır) ve zamanda belirli bir okulun ileri sürdüğü tezin, çoğunlukla (doğrudan veya dolaylı olarak) karşıt bir tez ortaya koyan rakip okullar tarafından tamamen reddedildiği görölmektedir. Bu bağlamda asırlardır süre gelen bu felsefi tartışmalardan bir ders çıkarılması gerektiğini düşünen Jainist teorisyenlere göre, her okul, akım ya da ekol kendi tezini, genellikle mutlak doğru olduğu iddiasıyla ileri sürerken, karşıt görüşlerin de aynı iddiayı taşıdığını görmezden gelerek hareket etmekte ve söz konusu durum felsefede dogmatizmi ve hoşgörüsüzlüğü destekleyen bir ortamın oluşmasını teşvik etmektedir. İşte bu *tek taraflı* (*ekanta*) öğretilerin neden oldukları huzursuz ortam, *anekanta*

¹⁵ Matilal, s. 1, 2.

sisteminde ortadan kalkmakta ve rakip okulların karşıt önermeleri bir arada varlıklarını sürdürebilmektedir. Bu sistemin çatısı altında, *gerçekliğin tek taraflı olmayan doğasına* yönelik inanç ile birbirlerinden farklı, ancak çok yönlü gerçekliğin bir kısmına dokundukları kabul edilen tüm felsefi teorilerin eşit derecede kabul edilebilir oldukları ortaya koyulmaktadır. Tek bir perspektifin gerçekliğin doğasını açıklamakta yetersiz kalacağı düşüncesi doğrultusunda, hakikate ancak bu teorilerin bir araya getirilmesi sonucunda yaklaşılabileceğine inanılmaktadır¹⁶.

Böylelikle Jainizm felsefesinde *anekanta-vada*'nın önemli bir role sahip olmasının ve daha en başta, inşa edilmesinin altında yatan gerekçelere ışık tutulmasının ardından teorinin derinlemesine incelenmesine devam etmek gerekmektedir. Buradan hareketle, gerçekliğin çok boyutlu olduğu, muazzam sayıda yönü ve niteliği bulunduğu düşüncesine dayalı *anekanta* öğretisi gereği bir önermenin gerçeğe yaklaşabilmesi; onun tek taraflı (*ekanta*) olmaması ve karşıt görüşlere bütünüyle kapılarını kapatmaması ile mümkün hale gelmektedir. Nitekim *anekanta-vada* açısından bir kişinin yapabileceği en büyük hata, karmaşık doğaya sahip gerçekliği tek bir yönüne indirgemeye çalışmasında ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, yalnızca kısmi gerçekliğin bilgisine sahip olabilen bir kişinin, rakip görüşleri yanlış oldukları iddiasıyla tamamen reddetme hakkı bulunmamakta, kendi sahip olduğu düşüncelerin gerçekliğe sınırlı bir biçimde dokunsa da tamamını kavrayabilmek açısından yetersiz olduğunu kabul etmesi gerekmektedir¹⁷.

Bu doğrultuda, karmaşık doğaya sahip gerçekliğin nihai tek bir yargısı ya da tanımının mümkün olamayacağından hareketle, ona ulaşmak amacıyla yalnızca kısmi bir gerçeklik sunan tek bir bakış açısına dayalı dogmatik bir yöntem yerine, çeşitli bakış açılarını bir araya getiren çok yönlü bir yaklaşımın izlenmesi gerekmektedir. Zira bir şeyin tüm yönlerini hesaba katmadıkça, onu tam olarak kavramak ve eksiksiz bir şekilde ifade edebilmek mümkün olmamaktadır. Bu haliyle -gerçekliğin çok yönlü bir doğası olduğuna yönelik ontolojik iddiaların doğruluğuna ilişkin tartışmalar bir kenara bırakıldığında- Jainizm felsefesinin belkemiğini oluşturan, kişinin dogmatik bir tavır takınmasını yasaklayan *anekanta-vada*; genel çerçevede karşıt görüşlere hoşgörülü ve saygılı bir tutum geliştirilmesini hedefleyen, muhtelif bakış açılarını bir araya getirebilen bir öğreti olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸.

•

¹⁶ Matilal, s. 2, 3.

¹⁷ Schwartz, Andrew: "Relativity (Jainism)", K.T.S. Sarao/ Jeffery D. Long (eds.) Buddhism and Jainism, Springer 2017, s. 1008.

¹⁸ Matilal, s. 6.

Bu noktaya kadar genel çerçevesi çizilen *anekanta* öğretisinin *tamamlayıcı parçalarını* incelemeye geçmeden önce önemli bir parantez açarak; kimi zaman (hatta çoğunlukla) literatürde *anekanta* öğretisinin *gayri-mutlakçılık* (non-absolutism) şeklinde ifade edilmekte¹⁹ kimi zaman da Jainizm’e özgü *görelilik* (relativity) kavramının, çağdaş Batı düşüncesinde nihai bir gerçekliği kabul etmeyen (ya da gerçekliğin yalnızca bir uzlaşma meselesi olduğunu ileri süren) *görecilik* (relativism) kavramı ile karıştırılmakta olduğunu belirtmek gerekmektedir. Oysaki *kör adamlar ve fil* hikâyesinden hatırlanacağı üzere, *anekanta* öğretisinde hakikati temsil eden ve insanlar tarafından deneyimlenebilen *mutlak* bir *filin* gerçekten var olduğu ve var olan bu filin belirli niteliklere sahip olduğu görülmektedir. Diğer deyişle, hikâyede bilgelerin iddialarının değerlendirilebileceği mutlak bir gerçekliğin mevcut olduğunun altı çizilmekte, ancak Jainizm felsefesinde bu gerçekliğin asıl doğası *bütünüyle* yalnızca *Mahavira* gibi *yüce bilgeler* tarafından kavranabilmektedir. Bu yüce bilgeler dışında, file (hakikate) ulaşmaya çalışan sıradan kişiler nihai gerçeklikle sınırlı bağlantı kurabilmekte; tek bir bakış açısı ile gerçekliğin yalnızca bir yüzüne ulaşabilmektedir. Hakikate yaklaşabilmenin yolu, onun muhtelif niteliklerini ortaya çıkartan çok sayıdaki eşit derecede geçerli farklı bakış açısının bir araya getirilmesinden geçmektedir. Bu çerçevede *kör adamlar ve fil* hikâyesine geri dönersek, fili mızrağa benzeten kişinin, fili bir duvara benzeten kişinin görüşünü tamamen reddetmemesi, her birinin *gerçeği kısmen de olsa doğru bir şekilde tanımladığı gerekçesiyle* diğer bakış açılarının da aynı şekilde geçerli olduğunu kabul etmesi gerekmekte, ancak bu durum kişinin kendi görüşlerinden vazgeçmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Görüldüğü üzere bu düşünceler *anekanta* öğretisini, insanların herhangi bir şeyi kesin olarak bilme yetisine dair derin bir *şüphecilikten* kaynaklanan geleneksel Batı *göreciliğinden* uzaklaştırmaktadır. *Anekanta-vada* uyarınca söz konusu farklı bakış açıları, yalnızca bakış açıları olmalarına binaen geçerli kabul edilmemekte; bu düşüncenin altında *her bir perspektifin nihai gerçeklikle özel bir bağlantısı bulunduğuna* dair inanç yatmaktadır. Böylelikle bu öğretinin, “anlaşamama konusunda anlaşma” (*agree to disagree*) tarzında bir *görecilikten* farklı temeller üzerinde yükseldiğini söylemek mümkün hale gelmektedir²⁰.

¹⁹ Bu kullanım, Jainizm felsefesine ilişkin kaleme alınmış çoğu eserde yer almakla beraber, en önemli örneği için bkz. **Mookerjee**, Satkari: *The Jaina Philosophy of Non-Absolutism: A Critical Study of Anekantavada*, Motilal Banarsidass, 1978.

²⁰ **Matilal**, s. 24, 25; **Long**, Jeffery D.: *Jainism: An Introduction*, I.B. Tauris and Co. Ltd, 2009, s. 118; **Schwartz**, Andrew: “Anekantavada (Jainism)” K.T.S. Sarao/ Jeffery D.

•

Buraya kadar *anekanta-vada*’ya ilişkin paylaşılan bilgiler ışığında, kuramın çoğu olumsuzluğu ortadan kaldırabileceği düşüncesi ile beraber bu haliyle kendinden kaynaklı birçok farklı soruna neden olabileceği de akıllara gelmektedir. Nitekim bu düşünce haksız sayılmayıp, *anekanta* öğretisinin onu tamamlayacak farklı savlara ihtiyaç duyduğu açıktır. Söz konusu ihtiyaç, çalışmanın bu satırlarına kadar gelmiş bir okuyucu tarafından da kolayca fark edilebilmektedir. Örneğin, gerçekliğe ulaşma yollarını ya da kişilerin sahip oldukları bakış açılarını bir şekilde kendi aralarında sınıflandırarak ortaya koymak mümkün olabilir mi? Daha estetik bir ifade ile şayet gerçeklik karmaşık ve çok yönlü bir doğaya sahip ise birinin ‘*hangi açıdan*’ gerçekliğe dokunduğu söylenebilecektir? Peki, birbirleriyle çelişkili olabilecek söz konusu bakış açılarının bir araya getirilmesi, çatışan önermelerin her birinin eşit derecede geçerli ya da doğru kabul edilmesi geleneksel mantık ilkelerini ihlal mi etmektedir? İşte bu tarz soruların cevaplandırılabilmesi için *gerçekliğin çok yönlü olduğu* tezi yanında başka argümanlara da gerek duyulmaktadır. Zira gerçekliğin doğasına yönelik metafizik bir doktrin olan *anekanta-vada* tek başına diyalektik ve bilgi teorisinden yoksun kalmaktadır. Bu nedenle, Jainist düşünürler teorilerini, yine kendilerine özgü epistemo-lojik bir doktrin olan *naya-vada* ve koşullu öndeyi kuramı olarak adlandırılan *syad-vada* ile birleştirmektedirler.

Literatürde bu duruma ilişkin yapılan bir benzetmeden hareketle, *anekanta-vada* bir kuş olarak düşünülürse, bu kuşun uçabilmesi için iki kanada ihtiyaç bulunmakta ve bu iki kanattan birini *naya-vada* bir diğerini ise *syad-vada* oluşturmaktadır²¹. Böylece bir sonraki başlık altında bu kuşun ilk kanadı olan, “şayet gerçeklik karmaşık ve çok yönlü bir doğaya sahip ise birinin *hangi açıdan* gerçekliği bildiği söylenebilecektir?” ya da “çok yönlü bir doğaya sahip olan gerçekliği ‘bilme yollarını’ somut bir şekilde ortaya koymak mümkün müdür?” soruları karşısında yardıma koşan *naya-vada* ele alınmaktadır. Bu başlıklar arasındaki geçişi kolaylaştırmak amacıyla ise *anekanta-vada*’nın gerçekliğin çok yönlülüğünü temsil eden *file* ilişkin; *naya-vada*’nın ise hikayedeki *bilge insanlar* hakkında bir öğreti olduğunu belirtmenin yararlı olacağı düşünülmektedir²².

Long (eds.) Buddhism and Jainism, Springer, 2017, s. 119; Schwartz, ‘Relativity’, s. 1006-1008.

²¹ Padmarajiah, Y. J.: A Comparative Study of the Jaina Theories of Reality and Knowledge, Jain Sahitya Vikas Mandal, 1963, s. 273.

²² Schwartz, ‘Anekantavada’, s. 120; Schwartz, ‘Relativity’, s. 1007.

B. Naya-vada; “(çoklu) bakış açısı öğretisi”

“Herhangi bir şey çok yönlü tabiata sahip olup, bütünüyle yalnızca yüce bilge tarafından kavranabilir. Ancak bir şey (sıradan bir insan tarafından) belirli perspektifle ele alındığında, bir naya’nın konusu haline gelir”²³.

Peki, nedir bu *naya*? ‘Naya’nın sözlük anlamını ‘bakış açısı’ ya da ‘perspektif’ şeklinde ortaya koymak mümkündür. Jainizm felsefesinde belirli bir görüş veya bakış açısı *naya* olarak adlandırılmakta ve her bir *naya* bünyesinde bir şey hakkında kısmi gerçeklik bilgisini barındırmaktadır²⁴. ‘Vada’ ise önceki başlıktan hatırlanacağı üzere; kuram/teori/doktrin/öğreti anlamlarına gelmekte ve bu doğrultuda *naya-vada* ‘(çoklu) bakış açısı öğretisi’ olarak anılmaktadır.

Nayalar, gerçeğe ulaşmaya çalışan kişiler tarafından benimsenen bakış açıları olarak düşünmek mümkün olup; bunlar, kişilerin herhangi bir şeyi araştırırken izledikleri yolları somutlaştırmaya hizmet eden ön kabulleri oluşturmaktadır. *Anekanta* öğretisine ilişkin verilen bilgilerden hatırlanacağı üzere kişi, bir şey hakkında yalnızca belirli bakış açılarına sahip olabilmekte ve bu nedenle ulaşmaya çalıştığı şeyin doğası zorunlu şekilde bu bakış açıları tarafından şartlandırılmış ve sınırlandırılmıştır olmaktadır. Bu durum ise o şey hakkında kısmi (doğru), eksik bilgiye sahip olunması ile sonuçlanmaktadır. İşte *nayalar*, gerçeklik araştırılırken izlenebilecek alternatif perspektiflerin sınıflandırılması görevini yerine getirmekte; farklı bir deyişle, bir kişinin gerçekliğe ulaşma yollarını temsil etmektedir. Buradan hareketle *naya-vada*, muhtelif *nayalar* kategorize ettikten sonra kişinin sahip olduğu bakış açısının sadece bu *nayalardan* biri olduğunu göstermek suretiyle, kişinin bilgisinin sınırlı doğasını tanımasını sağlamaya ve iddialarında tek taraflı (*ekanta*), dogmatik bir tavır takınmasını engellemeye çalışmaktadır²⁵.

Bu noktada merak uyandıran *nayalar* listesini incelemeye geçmeden önce bir parantez açarak eklemek gerekir ki *naya* kadar onun bir anlamda

²³ **Divakara**, Siddhasena: Nyayavatara: the Earliest Jaina Work on Pure Logic, Indian Research Society, 1909, 29. mısra. Keşif Divakara, M.Ö. 5. yüzyılda Jainizm felsefesi ve epistemoloji alanında yazdığı eserlerle tanınmaktadır. Parantez içindeki açıklama yazara aittir.

²⁴ **Grimes**, John A.: A Concise Dictionary of Indian Philosophy, State University of New York Press, 1996, s. 202.

²⁵ **Koller**, John M.: “Syadvada as the Epistemological Key to the Jaina Middle Way Metaphysics of Anekantavada”, Philosophy East and West, Vol:50, No:3, 2000, s. 401, 402.

karşısı olan *pramana*²⁶ kavramı da Jainizm öğretisinde önemli bir yer tutmakta; *nayalar* ile elde edilen bilgi sınırlı iken, *pramanadan* gelen bilgi saf ve mutlak kabul edilmektedir. Bu tür mutlak bilgiye yalnızca tüm bakış açılarının (*nayaların*) toplamı ile ulaşabilmek mümkün olmaktadır ki bu sıradan bir insan açısından erişilebilir bir nokta olmayıp, yalnızca yüce bilgiler için geçerliliğini korumaktadır. İşte buna rağmen sıradan bir kişinin, gerçeğe sonsuz sayıdaki bakış açısından yalnızca biri/birkaçı ile yaklaştığının bilincinde olmayarak *-naya'yı pramana* ile karıştırması- farklı bir deyişle, sınırlı bir perspektifi mutlak perspektif olarak ele alması *ekanta* hatasına düşmesine neden olmaktadır²⁷. Nitekim *pramana* bir şeyi bütün olarak ortaya koyarken, *naya* onun sadece bir kısmını ortaya çıkartmaya hizmet etmektedir. Bu doğrultuda bir *naya*, *pramananın* yalnızca bir parçasını oluşturmakta ve bu nedenle *pramana* ile özdeş sayılmamaktadır. Burada açıklamayı öğretide yer alan örneklerle noktalandırmak gerekirse, *pramana* okyanus ile kıyaslanırken *nayalar* farklı şişelerde muhafaza edilen okyanus sularına benzetilmektedir²⁸.

Görüldüğü üzere, Jainist filozoflar kişilerin farklı perspektifler hakkında sahip oldukları cehaleti ortadan kaldırarak, bilginin doğruluğunu belirlemeye yardımcı olan bir mantık sistemi oluşturmaya çalışmaktadırlar²⁹. Bunu yaparken, gerçekliğe ulaşma yolunda sınırsız sayıda *naya* bulunabileceğinin altını çizerek, literatürde genellikle *yedi nayadan* oluşan bir listeyi kaleme aldıkları görülmektedir. *Nayaların* sayılarının çoğaltılmasının mümkün olmasıyla beraber, Jain teorisyenlerin işaret ettiği yedi temel *naya* bunlar arasında en belirgin ve kapsamlı olanlarını temsil etmekte ve diğer tüm *nayaların*, bu temel *nayalar* altında değerlendirilebileceği düşünülmektedir³⁰.

Nayaları tek tek ele almaya başlamadan önce belirtmek gerekir ki söz konusu *nayalar listesi* genellikle iki kategoriye ayrılarak incelenmektedir. İlerleyen satırlarda fark edileceği üzere, ilk dört *naya* 'varlığa' ilişkin iken, son üç *naya* 'dilini kullanımı' ile ilgilidir. Modern terminoloji kullanılarak

²⁶ *Prama*, gerçek bilgi anlamına gelmekte ve *pramana* bu bilgiye giden yolu temsil etmektedir. Farklı bir deyişle, bir şeyin çok yönlü doğasının bütünüyle kavranma aracı şeklinde ifade edilebilmektedir. **Bothra**, Pushpa: The Jaina Theory of Perception, Motilal Banarsidass, 1976, s. 21; **Sanghavi**, Sukhlalji: Advanced Studies in Indian Logic and Metaphysics, Firma K. L. Mukhopadhyaya, 1961, s. 11, 12.

²⁷ **Schwartz**, 'Relativity', s. 1007; **Koller**, s. 403.

²⁸ **Matilal**, s. 41.

²⁹ **Desai**, Mohan Lal D.: The Naya-Kamika, a Work on Jaina Logic by Sri Vinaya Vijaya Maharaj, Central Jaina Publishing House, 1915, s. 2, 3.

³⁰ **Atreya**, B. L.: The Elements of Indian Logic, Darshana Printers Moradabad, 1962, s. 142.

ifade etmek gerekirse, ilk dördünün ontolojik, son üçünün ise semantik (anlambilim) ayrımlara yönelik olduğu görülmektedir³¹.

İşte bu ünlü listenin başında **ilk** olarak, konu edilen şeyin sahip olduğu genel ve özel nitelikleri arasında bir ayrım yapılmadığı alelade, sıradan bir bakış açısı olan *naigama-naya* bulunmaktadır. Örneğin, “bu alanda bolca bambu yetişmektedir” ifadesinde yer alan bambunun onu diğer şeylerden farklı kılan, kendine özgü ya da diğer şeylerle ortak sahip olduğu özellikler ön planda yer almamaktadır. Bununla beraber, *naigama-naya*’nın literatürde onun teleolojik karakterini öne çıkartan önemli bir yorumu daha bulunmaktadır. Şöyle ki bu bakış açısı, bir dizi farklı eylemin ortak sonucu ya da amacıyla ilgili olarak da ele alınmaktadır. Örneğin, bir kişi ateş yakmak için odun taşımakta, ardından bir tencereye pirinç koymakta ve su eklemekte iken ne yaptığı sorulduğunda yalnızca yemek yapmakta olduğu cevabını vermektedir. Burada yemek yapmak, içerisinde pek çok farklı parçayı, eylemi barındıran kolektif bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve *naigama-naya* uyarınca bu kavramı oluşturan farklı parçalar yerine hizmet ettikleri ortak amaç ya da meydana getirdikleri sonuç üzerinde durulmaktadır³².

İkinci sırada yer alan *samgraha-naya* ise hakkında yargıda bulunulan şeyin, içerisinde bulunduğu sınıflara ilişkin olup, onun diğer şeylerle benzer, ortak sahip olduğu noktalara, genel özelliklerine odaklanmaktadır. Muhtelif şeyler belirli bir kategori altında toplanarak bir araya getirilmekte ve böylece aynılığı vurgulamak amacıyla o şeyin diğerlerinden farklı olduğu yönler görmezden gelinmektedir. Örneğin; insan, hayvan ve bitkileri genel olarak “canlılar” kategorisi altında toplamak mümkündür. Bu perspektif ile kişi, tanımlamaya çalıştığı şeyin en genel özelliği üzerinde durarak, onun içinde yer aldığı sınıfa, bütüne odaklanmaktadır. Ancak bu bakış açısının mutlak şekilde kabul edildiği durumlarda, genelin içerisinde tikel olanın sahip olduğu kimliği kaybetmesi kaçınılmaz olmaktadır³³.

Nayalar listesinin **üçüncü** sırasında ise tam aksine bir şeyin kendine özgü, onu aynı sınıf içerisinde yer alan diğerlerinden farklı kılan özelliklerine dikkat çeken *vyavahara-naya* bulunmaktadır. Bir önceki bakış açısı

³¹ **Matilal**, s. 44. Bu ayrıma ilişkin olarak literatürde dördüncü sırada yer alan *naya*’nın aslında iki farklı kategorinin sınır noktasını oluşturduğunun ifade edildiği ve herhangi bir kategoriye dahil edilmediği de görülmektedir. Bu konuda bkzn. **Benesch**, s. 138.

³² **Padmarajah**, s. 315; **Matilal**, s. 43; **Cort**, John E.: “Intellectual Ahimsa Revisited: Jain Tolerance and Intolerance of Others”, *Philosophy East and West*, Vol:50, No:3, 2000, s. 326.

³³ **Benesch**, s. 138; **Koller**, s. 402; **Cort**, s. 326.

toplamayı, kapsamayı, aynılığı içinde barındırırken, *vyavahara-naya* alt sınıflandırma ve farklılaştırmaya yoğunlaşmaktadır. Bu bakış açısının bütününden ziyade parçaya vurgu yaptığını söylemek mümkün olup, mutlak şekilde kabul edildiği takdirde yalnızca tikelin değerli hale gelmesi ve tümelin önemini kaybedeceği akıllara gelmektedir³⁴.

Listenin **dördüncü** basamağında, bir şeyin yalnızca mevcut durumunu dikkate alan, farklı bir deyişle onu belirli bir zaman ve mekân bağlamında değerlendiren bakış açısı *rjusutra-naya* bulunmaktadır. Bu perspektif söz konusu şeyi, y konumu ve x zamanındaki durumu açısından ele almakta, o şeyin deneyimlendiği anlık doğasına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu perspektife örnek olarak, bir tiyatro oyununda kralı canlandıran aktörü o yer ve zaman bağlamında kral olarak değerlendirmek verilebilmektedir³⁵. Ancak bu bakış açısının mutlaklaştırılması halinde, ilgili şeyin sadece mevcut yer ve zamanda tecrübe edilen haliyle tanımlanması, diğer deyişle mevcut durumun, o şeye ilişkin tek gerçek haline gelmesi ve bunun sonucunda farklı koşullardaki durumunun, geçirdiği/geçireceği değişimin göz ardı edilmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır³⁶.

Bu noktadan sonra listede yer alan *nayaların* varlıklardan ziyade onlar hakkında kullanılan dile yönelik olarak düzenlendikleri görülmektedir. Bu doğrultuda, **beşinci** sırada yer alan *sabda-naya*; gramer bilgisini ön plana almakta, kelimenin kullanıldığı cümle içindeki yerleşimine, görevine (örneğin, bir kelime kimi zaman sıfat kimi zaman isim olarak kullanılabilir), ifadede taşıdığı anlama ve cümledeki haber (zaman) kipine dikkat etmekte, kısaca bir kelimenin bulunduğu ortam bağlamında değerlendirme yapmaktadır. Bununla beraber, *sabda-naya*’dan hareketle dilde pek çok eş anlamlı ya da eş sesli kelime bulunduğunun farkına varılarak, bunların ilgili bağlama göre kazandıkları anlam değerleri esas alınmaktadır. Ancak *sabda-naya* mutlak bir perspektif olarak benimsendiği takdirde, bir kelimenin sadece tek bir bağlamda kazandığı anlama odaklanılmakta ve o anlam kelimenin tek gerçek anlamı haline gelmektedir³⁷.

Hemen ardından **altıncı** sırada bulunan etimolojik bakış açısı olarak da adlandırılan *samabhirudha-naya* ise farklı bir yol izleyerek, bir ifadede kullanılan kelimelerin etimolojik kökenlerine gönderme yapmaktadır. Bu bakış açısında, bir kelime farklı zaman veya konumda değişik anlamlar taşıyor

³⁴ Benesch, s. 139; Matilal, s. 44; Padmarajah, s. 317, 318; Cort, s. 326.

³⁵ Padmarajah, s. 319, 320; Koller, s. 402, 403; Cort, s. 326.

³⁶ Benesch, s. 141.

³⁷ Matilal, s. 45; Benesch, s. 141; Koller, s. 403; Cort, s. 326.

olsa da orijinal kökeni, menşei esas alınmaktadır. Ancak bu perspektifin mutlak olarak kabul edilmesi durumunda, bir kelimenin tarihsel anlamı, diğer anlamlarını dışlayarak onun tek ve mutlak anlamı haline gelmektedir³⁸.

Son olarak, listenin **yedinci** basamağında karşımıza çıkan *evambhuta-naya* uyarınca, bir şeyi ifade ederken kullanılan kelimenin, o şeyin yerine getirdiği mevcut işlevle uyumlu olması gerekmektedir. Bu bakış açısı bir kelimeyi, yalnızca o işlev yürütülürken kullanılabilecek tek bir anlamla sınırlamakta, örneğin, bir kişi hakkında uyurken ya da yürürken değil, sadece gerçekten yemek pişirirken aşçı kelimesini kullanmamızı şart koşmaktadır. Bu nedenle *evambhuta-naya*, her farklı işlev doğrultusunda ele alınan şeye yönelik farklı adlandırmayı zorunlu kılmaktadır. Söz konusu perspektifin mutlak kabul edilmesi durumunda bir kelimenin anlamını, salt ele alınan şeyin mevcut doğası; o anki işlevi ve kullanımı ile sınırlı kalmasına yol açmaktadır³⁹.

Özetlemek gerekirse, listede yer alan ilk üç *naya* uyarınca şeylerin genel ve/veya spesifik özelliklerine odaklanılmakta, dördüncü *naya* ise salt deneyimlenmekte oldukları yer ve zamanı esas alarak bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Listenin son üç basamağında bulunan *nayalar* dilin kullanımına yönelik bakış açıları olup; beşinci ve altıncı *naya* gereğince, ifadelerde yer alan kelimelerin anlamları, kullanıldıkları bağlama ya da etimolojik kökene göre farklılık gösterebilmektedir. Yedinci ve son *naya* ise kelimeleri belirli bir anlamla sınırlandırarak, bir kelimenin ancak bir şey onun tarafından belirlenen işlevi yerine getirdiğinde gerçek anlamını kazanacağını ortaya koymaktadır⁴⁰. Böylece listede yer alan *nayalar* aracılığıyla ulaşılan bilgilerin hepsi bir anlamda doğru, ancak gerçekliğin tamamıyla kavranabilmesi açısından eksik kabul edilmektedir. Madalyonun diğer yüzüne bakıldığında herhangi bir *naya* doğrultusunda ileri sürülen yargının *mutlak* kabul edilmesi mümkün olmamakta, zira aynı yargıların zıt olumlamaları da farklı *nayalar* açısından doğru kabul edilebilmektedir. Bu nedenle, resmin tamamını görebilmenin ya da yukarıda ifade edildiği üzere *pramanaya* yaklaşmanın yolu farklı *nayaların* bir arada bulunmasından geçmektedir.

³⁸ Benesch, s. 142; Matilal, s. 46; Padmarajiah, s. 321.

³⁹ Folkert, Kendall W.: Scripture and Community: Collected Essays on the Jains, Atlanta, Georgia, Scholars Press 1993, s. 221, 222; Padmarajiah, s. 324; Cort, s. 326; Matilal, s. 46; Benesch, s. 142, 143.

⁴⁰ Dundas, s. 231.

Bu doğrultuda, başlıға son olarak Jainist teorisyenlerin *naya-vada*'yı inşa ederek ulaşmak istedikleri amacı yineleyerek nokta koymak gerekmektedir. Bu öğreti ile bir kişinin sahip olduğu perspektifin, listede yer alan *nayalardan* yalnızca birine/birkaçına dahil olduğu gösterilerek, ileri sürdüklerinin koşulsuz şekilde, mutlak doğru kabul edilemeyeceği ve diğer görüşlere de açık kapı bırakılmasının zorunlu olduğu fikri ortaya koyulmakta; böylece kişinin dogmatik, tek taraflı (*ekanta*) bir tavır takınmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Görüldüğü üzere, bu hedefe ulaşmak açısından kullanışlı bir araç olan *naya-vada*, başkalarının sahip oldukları görüşlere hoşgörü ile yaklaşılmasını teşvik etmekle kalmayıp, aynı zamanda bu görüşler arasında doğan farklılıkların gerekçelerinin somut biçimde anlaşılmasını sağlamaya da hizmet etmektedir.

•

Peki, gerçeklikle özel bir bağı bulunduğundan hareketle *doğru* kabul edilen ve herhangi bir *naya* ışığında ileri sürülen bir önermenin *yanlış* kabul edilme ihtimali var mıdır? İşte bu sorunun cevabını bulmak için, *naya-vada*'yı tamamlayıcı ve ondan ayrılmaz bir doktrin olan *syad-vada*'ya başvurmak gerekmektedir. Nitekim *naya-vada*, *syad-vada*'nın kaynağını oluşturmakta; *syad-vada* ise belirli bir mantık sistemi ve geliştirilen kimi teknikler doğrultusunda *naya-vada*'nın ifade biçimine ilişkin bir öğreti olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Syad-vada; “koşullu öndeyi”⁴¹ öğretisi”

“Evrensel veya mutlak geçerli bir önermenin (veya bu önermelerin mutlak inkârının) var olması mümkün değildir. Tüm önermeler yalnızca sınırlı ve belirli koşullar çerçevesinde geçerli kabul edilebilir. Bu nedenle *naya-vada* öğretisinin *syad-vada* öğretisi ile sıkı bir ilişkisi vardır; her bir *naya* açısından varılan yargıya ilişkin olarak *syad-vada* tarafından belirtilen kadar çok alternatif bulunur. Bu husus, bir *naya* doğrultusunda hareket edilirken akılda tutulursa, o *naya* doğru bir şekilde kullanılmış sayılır. Şayet *syad-vada* öğretisinin gerektirdiği gibi, yargılar diğer *nayalara* herhangi bir atıfta bulunmaksızın ortaya koyulursa, o *naya* yanlış kullanılmış olur ve bu durumda varılan yargıların da yanlış olduğu kabul edilir.”⁴²

⁴¹ Öndeyi; fiziki veya toplumsal bir sistemin kendinin veya unsurlarının gelecekteki durumunu, mevcut bilgiye, eldeki teoriye veya bilimsel açıklama modeline dayanarak önceden doğru tahmin etme. Cevizci, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayıncılık, 2005, s. 1289.

⁴² Dasgupta, Surendranath: A History of Indian Philosophy I-V, Cambridge University Press, 1922, s. 181.

Syad-vada öğretisinin adeta özeti sayılabilecek bu alıntı, bir önceki başlık altında yer verilen listede bulunan *nayalar* aracılığıyla ulaşılan -doğru ancak gerçekliğin tamamıyla kavranabilmesi açısından eksik kabul edilen-yargıların *yanlış* olarak nitelendirilme ihtimallerinin de bulunduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. İlk bakışta içerisinde çelişki barındırdığı düşünülen bu ifadenin anlaşılabilmesi için öncelikle *naya-vada*’yı tamamlayıcı nitelikte olan *syad-vada* öğretilerine ışık tutmak gerekmektedir. Bu kapsamda, okumayı kolaylaştırmak ve bu çelişkiyi bir an önce ortadan kaldırmak amacıyla belirtmek gerekir ki *syad-vada* öğretisi uyarınca, *nayalar* çerçevesinde ileri sürülen bir önermenin *doğru* olarak kalmaya devam edebilmesi için ifade biçimi açısından kimi kurallara uyulması gerekmektedir. Şayet bir önerme *syad-vada* öğretisinin zorunlu kıldığı şekilde ifade edilmemekte ise doğruluk değerini kaybetmektedir. Daha ayrıntılı şekilde açıklamak gerekirse, bir önermenin doğruluğunu korumak amacıyla başına ‘*syat*’ eki getirilmesi gerekmektedir. Bu ek, bir düşüncenin göreceli olduğunu, yalnızca bir *naya* doğrultusunda ve belirli koşullar altında ileri sürüldüğünü ve mutlak olmadığını garanti etmektedir⁴³. Peki, Jainizm felsefesinde bu denli önem teşkil eden ‘*syat*’ esasen ne anlama gelmektedir?

Sanskritçe bir kelime olan ‘*syat*’ dilimize *olabilir/belki/muhtemelen* şeklinde çevrilebilmekte, ancak Jainizm felsefesinde ‘*syat*’ın daha farklı ve özel bir anlamda kullanıldığı görülmektedir. Şöyle ki Sanskrit dilinde *syat* doğrudan bir soruyu yanıtlamak için kullanılan üç alternatiften biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, “A, B midir?” sorusuna ilişkin olarak; “evet”, “hayır” ya da “*syat*” (*olabilir*) cevabı verilebilmektedir. Burada *syat* cümleye olasılık/belirsizlik gibi anlamlar katmaktadır. Ancak hatırlanacağı üzere *anekanta-vada* olasılığa, belirsizliğe ya da şüpheciliğe dayalı bir doktrin olmaktan uzak bir görüntü sergilemektedir. Bu nedenle, söz konusu öğretinin tamamlayıcısı olan *syad-vada* kapsamında *syat*; aslında “*koşullu evet*” anlamında kullanılmakta; başında *syat* eki bulunan bir cümle ile kişi ‘*belirli bir anlamda, evet*’, ‘*belirli bir açıdan, evet*’ ya da ‘*belirli koşullar çerçevesinde, evet*’ demektedir. Farklı bir deyişle *syat*, koşullu onay anlamı taşımakta ve beraber kullanıldığı kategorik önermeyi, koşullu önerme⁴⁴ haline getirmektedir⁴⁵. Bu durumu aşağıda tekrar üzerinde durulacak olan bir

⁴³ Dasgupta, s. 179.

⁴⁴ Kategorik önerme; bir yüklem basit bir biçimde, bir özne hakkında olumlandığı, tasdik edildiği ya da olumsuzlandığı, inkâr edildiği önerme türüdür. Koşullu önerme ise, bir koşul bildirip, bu koşulun yerine gelmesi durumunda geçerli olacak bir durumu betimleyen önermeler olarak açıklanmaktadır. Cevizci, s. 983, 984, 1023.

⁴⁵ Matilal, s. 52.

örnekle anlatmak gerekirse, ‘*çanak vardır*’ ifadesi başına *syat* eklenerek; ‘*belirli bir açıdan bakıldığında (syat), çanak vardır*’ ifadesine dönüşmektedir. Böylelikle dışlayıcı ve mutlak söylemler yerlerini kapsayıcı ve göreceli söylemlere bırakmaktadır.

Jainist mantıkçılar herhangi bir önermenin belirli bir bakış açısından (*nayadan*) hareketle ortaya koyulduğunun ve bu nedenle koşullu bir şekilde ifade edilmeleri gerektiğinin altını çizerek, her birinin başına *syat* eki koyma zorunluluğuna dikkat çekmektedirler. Bununla beraber literatürde *syatın* (yine) *yedi* olası uygulamasından bahsedilmekte ve bu alternatiflerin, belirli bir önermenin tüm doğruluk değerlerini tükettiği öne sürülmektedir. Belirtmek gerekir ki aşağıda ele alınacak olan *syatın* söz konusu yedi olası kullanımı, bir önceki başlık altında ele alınan yedi *nayaya* karşılık gelmemekle beraber, hepsinin amacının; farklı görüşleri Jainizm felsefesinde var olan bütünün parçaları şeklinde konumlandırmak olduğu düşünülmektedir⁴⁶.

Bu doğrultuda, bir varlığa ilişkin *syat* uygulamasının -olumlama (kabul) ya da olumsuzlama (inkâr) olasılıklarının yanı sıra varlığın doğasının tanımlanamaz olma ihtimaline bağlı olarak- bunların farklı kombinasyonları ile beraber sayılarının sınırlı olduğu tezine dayanarak ortaya yalnızca yedi olasılık çıktığı ileri sürülmektedir⁴⁷. Ortaya çıkan söz konusu yedi olasılığı ise şu şekilde örneklendirmek mümkün olmaktadır:

- i. **Belli bir açıdan (*syat*)**, (bir çanağın tanımlayıcı özelliklerine sahip olmak anlamında) *çanak kesinlikle vardır*.
- ii. Belli bir açıdan, (çanakla bağdaşmayan bazı özelliklere sahip olmak anlamında) *çanak kesinlikle yoktur*.
- iii. Bir açıdan *çanak kesinlikle var*, başka bir açıdan ise kesinlikle *yoktur*. Burada daha önce bahsedilen iki düşünce birbiri ardına (ancak eşzamanlı olmayacak şekilde) ele alınmaktadır.
- iv. Belli bir açıdan, *çanak tanımlanamaz*. Burada ilk iki düşünce birbiriyle eşzamanlı olarak ele alındığında, çanağın doğasının mevcut kelimelerle ifade edilemez olduğu kabul edilmektedir. Zira bir varlığa hem var olma hem de var olmama durumu; aynı anda ve aynı koşullar altında isnat edilememektedir.
- v. Belli bir açıdan, *çanak hem kesinlikle vardır hem de tanımlanamaz*. Burada birinci ve dördüncü olasılıklar birleştirilmektedir.

⁴⁶ Long, s. 147.

⁴⁷ Cort, s. 326, 327.

- vi. Belli bir açıdan, çanak hem kesinlikle *yoktur* hem de *tanımlanamaz*. Burada ikinci ve dördüncü olasılıklar birleştirilmektedir.
- vii. Belli bir açıdan, çanak kesinlikle hem *vardır* hem *yoktur* ve *tanımlanamaz*. Burada üçüncü ve dördüncü olasılıklar birleştirilmektedir⁴⁸.

Bu kafa karıştırıcı ihtimallerin yorumlanmasına geçildiğinde ise ilk olarak, *syat* ekinin kategorik önermeyi koşullu hale getirdiğinden hareketle, birinci ve ikinci olasılıkların çelişmediğini ortaya koymak gerekmektedir. Örneğin, “Eğer *p* ise A, B’dir” ya da “Eğer *q* ise A, B değildir.” Ancak listede yer alan üçüncü ve dördüncü öndeyle ilerlendiğinde durum karmaşık bir hal almaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; üçüncü olasılığın, birinci ve ikinci olasılıkların birleşik ancak *eş zamanlı olmayan* iddiasını içerdiğidir. Bu doğrultuda, nasıl ki birinci ve ikinci *koşullu* öndeyle bir-birleriyle çatışma içerisinde olmadıkları kabul edilmekte ise aynı şekilde, ilk bakışta tutarsız gibi görülen söz konusu üçüncü olasılığın da içerisinde çelişki barındırdığından bahsedilemeyecektir. Zira *belirli bir açıdan* var olduğu kabul edilen bir varlığın, *farklı bir açıdan* var olmadığının kabul edilebilmesi mümkündür. Bu olasılıkta tek bir perspektifle (aynı *nayadan* hareketle), aynı koşullar altında birbirini dışlayıcı nitelikte iki zıt durum kabul edilmemekte; farklı bir perspektif, farklı durum ve koşullar söz konusu olmaktadır. Böylelikle üçüncü ihtimal kapsamında klasik mantığın çelişmezlik ilkesinin ihlal edilmediği ortaya çıkmaktadır. Bu durumu literatürde yer alan ilginç bir örnekle açıklamak gerekirse; olayda bir kişi, başka bir kişinin boyunun hem 180 cm’nin üzerinde hem de 180 cm’nin altında olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu çelişki farklı perspektiflerle yaklaşıldığında, örneğin kişinin dik durmasını engelleyen bir hastalığı olduğundan hareketle, şayet iyileşip dik durabilseydi 180 cm’yi aşacağı yönünde geliştirilen bir savunmayla giderilebilmektedir⁴⁹.

Buna bağlı olarak, listede yer alan dördüncü olasılıkta -üçüncü olasılıktan farklı olarak- ilk iki öndeyle birbiriyle eşzamanlı ve aynı koşullar altında ele alınmaları söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda, var olma ve var olmama durumları birbirlerini dışlayıcı bir niteliğe sahip olduklarından ve mevcut dilde eşzamanlı olarak bu iki zıt durumu ifade edebilecek bir kelime bulunmadığından varlığın *tanımlanamaz* olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Yedi katmanlı koşullu öndeyle listesinde, bu olasılığı takip eden diğer öndeylelerin

⁴⁸ Örnek için bkz. **Samantabhadra**, Acarya: Aptamimamsa, (trans. Vijay K. Jain) Vikalp Printers, 2016, s. 27-30; **Long**, s. 148; **Matilal**, s. 55.

⁴⁹ **Strawson**, P. F.: Introduction to Logical Theory, Routledge, 2011, s. 16-19.

⁵⁰ **Matilal**, s. 59, 60.

ise yukarıda ele alınan olasılıkların farklı bir araya getirilişlerinden oluşukları göze çarpmakta ve ayrı bir açıklama yapılmasının gerekli olmadığı düşünülmektedir⁵¹.

Sonuç olarak, Jainizm felsefesi *syad-vada* aracılığıyla bir varlığa birbirleriyle uyumsuz kimi özelliklerin atfedildiği ve bu durumda dahi her birinin eşit derecede doğru kabul edilebildiği bir mantık sistemi geliştirmeye ve ayrıca kendini tutarsızlık suçlamasından kurtarmaya çalışmaktadır. Nitekim bu gibi durumlarda çelişmezlik ilkesinin ihlali söz konusu olmamakta; ifadenin başına *syat* eki getirilerek herhangi bir varlık hakkında farklı *nayalardan* hareket edildiği vurgulanarak, birbirleriyle uyumsuz önermeler ileri sürmek mümkün hale gelmektedir.

Buna bağlı olarak *syad-vada* öğretisine nokta koyulmadan önce, ar-
dında bulunan düşünceyi daha iyi kavrayabilmek amacıyla Jainizm literatüründe önemli bir yere sahip olan *altın taç* hikâyesini de burada paylaşmanın yararlı olacağı düşünülmektedir. Söz konusu hikâye okunurken Jainizm’de varoluşun; *ortaya çıkma*, *yok olma* ve *devamlılık* ile karakterize edildiğinin akıllarda tutulması gerekmektedir. Bu kısa bilgilendirmenin ardından hikâyeye gelince; yıllar öncesinde altın bir taç dönemin kralının eline geçmekte, ancak bu harikulade altın tacı bir yandan kralın oğlu kendine istemekte, diğer yandan kraliçe söz konusu tacı eritip kolye haline getirerek boynunda taşımayı talep etmektedir. Bu istekler karşısında kral karısını kıramayarak tacın eritilip kolye haline getirilmesine karar vermektedir. Böylece kraliçe istediği kolyeye sahip olduğu için büyük bir mutluluk duymakta, prens ise gıpta ile bakılan tacın yok edilmesinden dolayı hayal kırıklığı yaşamaktadır. Kral ise duruma kayıtsız kalmakta, zira taç şekil değiştirmiş olsa da onun için önem arz eden altın miktarı aynı şekilde varlığını korumaktadır. Böylece hikâyede yer alan üç farklı karakter, aynı varlığa ilişkin *ortaya çıkma*, *yok olma* ve *devamlılık* açılarından yaklaşarak gözlemledikleri fenomenlere farklı tepkiler vermektedirler. Bir yandan hikâyenin ana unsuru taç yok

⁵¹ Ayrıca literatürde söz konusu öndeyilere değer atfedilmesine çokça rastlanmaktadır. Buna göre her ifadenin başında *syat* olduğu unutulmaksızın, liste şu şekilde değiştirilebilmektedir. 1.Doğru, 2.Yanlış, 3.Hem doğru hem yanlış, 4.Nötr, 5.Doğru ve nötr, 6.Yanlış ve nötr, 7. Hem doğru hem yanlış ve nötr. Bu kapsamda yalnızca iki doğruluk değerine sahip olan klasik mantığın çoğu taraftarı, bu değerler sisteminin çılgınlık olduğunu düşünmekte, ancak mantık alanında kimi çağdaş teorisyenin (örneğin, Graham Priest ya da J. Michael Dunn) üç veya dört değerli mantık sistemlerini onayladıkları görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Jain**, Pragati: “Saptabhangi: The Jaina Theory of Sevenfold Predication: A Logical Analysis”, *Philosophy East and West*, Vol:50, No:3, 2000, s. 388.

olmakta ve onun yerini ortaya çıkan kolye almakta, diğer yandan her ikisinin temel niteliği olan altın varlığını sürdürmektedir. Bu kapsamda, bir perspektifle yeni bir varlığın meydana geldiği, diğer bir perspektifle bir varlığın yok edildiği ya da üçüncü perspektifle aynı nesnenin (şekil değiştirerek) varlığını devam ettirdiği ileri sürülebilmektedir⁵². Bu şekilde bir yaklaşım izlendiğinde *syad-vada* öğretisinin ilk bakışta klasik mantığın çelişmezlik ilkesini ihlal ettiği düşünülse de aslında birbiriyle tezat ifadeler farklı *nayalardan* ileri sürüldükleri için ortada bir çelişki bulunmadığı kabul edilmektedir⁵³.

Böylece Jainizm felsefesinde evrensel ve mutlak geçerli olan herhangi bir olumlanmanın (ya da olumsuzlanmanın) mümkün olmadığı, tüm bunların yalnızca görece geçerli (ya da geçersiz) kabul edildiği anlaşılmaktadır. O halde *syad-vada* gereğince, “hiçbir önerme, ileri sürüldüğü koşullara atıfta bulunulmadığı sürece doğru kabul edilmemektedir.”⁵⁴ Söz konusu ifadeden hareketle ise başlığı şu şekilde sonlandırmak mümkün olmaktadır; “önermenizin başına *syat* ekleyin ve işte şimdi doğruyu yakaladınız!”⁵⁵

II. HUKUK TEORİSİNİN ÜÇ TEMEL ‘NAYA’SI

Jainizm felsefesinin çekirdeğini oluşturan *anekanta-vada* ve onu tamamlayan diğer doktrinleri bu noktaya kadar sabırla okumayı sürdüren ve ayrıca farklı hukuk akımları hakkında genel bilgiye sahip bir okuyucu muhtemelen bu başlık altında ileri sürülecekleri sezinlemektedir. Ancak bu beklentiye karşılama girişiminden önce önemli birkaç konuya dikkat çekmek gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle yabancı hukuk literatüründe *kör adamlar ve fil* hikâyesine yapılan atıfların şaşırtıcı sayıda fazla olduğu görülmektedir. Bu atıflar yalnızca akademik düzeyle sınırlı kalmamakta, ayrıca uygulamada avukatlar ve yargıçların kaleme aldıkları yazılarda da bu hikâye karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, atıflar incelendiğinde hikâyeye bilinçli olarak başvuranlar bulunduğu gibi, bahse konu hikâyenin özünden, vermek istediği temel mesajdan ve menşinden koparıldığı da göze çarpmaktadır. Buna göre kimi eser hikâyenin Doğu dinlerinde sahip olduğu kökleri görmezden gelerek, Hint felsefesinden uzak bir görüntü çizmekte; örneğin, içerisinde gerçeği mutlak şekilde keşfettikleri ve aksi yöndeki tezlerin

⁵² *Nayalar* listesinden hareketle, farklı perspektiflerin bunlarla sınırlı olmadığı da akıllarda tutulmalıdır.

⁵³ Örnek için bkz. **Samantabhadra**, s. 101; **Long**, s. 143, 144.

⁵⁴ **Shah**, Nagin: *Jaina Theory of Multiple Facets of Reality and Truth (Anekantavada)*, Motilal Banarsidass, 2000.

⁵⁵ **Matilal**, s. 61.

tamamıyla hatalı oldukları düşünceleri üzerinde yükselen eserlerde dahi hikâyeye gönderme bulunmaktadır⁵⁶. Bu gibi eserlerde genellikle metaforik hikâyeye atıf yapılarak eleştirilen görüşe ilişkin alternatif bir perspektif sunulmakta, ancak bu sefer de sunulan bu alternatif perspektifin mutlak doğru olduğu kabul edilerek yeniden *ekanta* hatasına düşülmektedir. İşte aynı tuzığa düşmemek amacıyla, özellikle bu başlıktan itibaren ileri sürülen argümanların başında *syat* eki varmışçasına okunması gerekliliğinin altını çizmek gerekmektedir. Nitekim bu çalışmada yer alan (hukuk teorisinde yaşanan tartışmalara -tamamlayıcı öğretileri ile beraber- *anekanta* öğretisi çerçevesinde yaklaşılması gerektiği) iddialarının da belirli bir *naya* ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi zorunlu olmakta, ancak bu zorunluluk kişinin (yazarın) bu iddialarından vazgeçmesi anlamını taşımamaktadır.

Bununla beraber, konuya devam etmeden önce son bir uyarı daha yapılması yerinde görülmektedir. Şöyle ki bu başlık altında adlarından söz edilecek “birbirleriyle çelişen ve birbirlerini tamamlayan” üç hukuk felsefesi akımı hakkında ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirmenin farklı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek derinliğe sahip olduğunu ve bu nedenle bu çalışmanın kapsamına dahil edilmediğini belirtmek gerekmektedir. Buradan hareketle konuya ilişkin yalnızca genel bir çerçeve çizmekle yetinerek; hukuk teorisyenlerini hukukun doğasına ve hukuka hangi perspektiften (*nayadan*) yaklaşılması gerektiğine ilişkin görüşleri doğrultusunda üç temel gruba ayırmanın mümkün olduğunu ortaya koyarak başlamak gerekmektedir. Elbette bu gruplar içerisinde (örneğin, Finnis’in doğal hukuk anlayışı ile Fuller’ın prosedürel doğal hukuku ya da hukuki pozitivizm geleneğinin içerisinde Kelsenci ve Hartçı pozitivizm) ciddi fikir ayrılıklarının bulunduğu da bir gerçektir. Bu nedenle bir önceki başlık altında Jain teorisyenlerin *nayalar listesini* kaleme alırken, *nayaların* sayılarında değişiklik yapılmasının mümkün olmasıyla beraber, yedi temel *nayanın* bunlar arasında en belirgin ve kapsamlı olanlarını temsil etmekte olduğu düşüncelerine *hukuk akımları listesi* açısından da başvurulabilmektedir. Hukuk teorilerinin de üç yaklaşımdan birine sıkıştırılma zorunluluğu bulunmamakta, ancak sahip oldukları ortak paydalardan hareketle kategorize edilmeleri, incelenmeleri açısından kolaylık sağlamaktadır.

⁵⁶ 2001 yılında *kör adamlar ve fil* hikayesinin hukuk retoriğinde kullanımına ilişkin kapsamlı bir eser yayımlanmıştır. Ancak söz konusu eserde ele alınan çoğu örneğin bu çalışma ile içeriklerin farklı olması nedeniyle burada ayrıntılı bir inceleme yapmaya gerek görülmemiştir. Bu konuya ilişkin iddialar, hikâyenin kullanıldığı farklı bağlamlar ve fazlaca sayıda örnek eser için bkznz. Zlotnick, David M.: “The Buddha’s Parable and Legal Rhetoric” Washington and Lee Law Review, Vol:58, No:957, 2001, s. 957-1016.

Bu doğrultuda, hukuk kavramı tarih boyunca çok farklı şekillerde tanımlanmış olsa da üç baskın yaklaşımın ön planda yer aldığı görülmektedir. Buna göre, ‘*nayalar*’ gerçeğe ulaşmaya çalışan kişiler tarafından benimsenen bakış açıları olarak düşünüldüğünde, ‘*hukukun üç temel nayası*’ olarak isimlendirilmenin yanlış olmayacağı bu yaklaşımların **ilki** *doğal hukuk* etiketi altında hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye dikkat çekmekte; **ikinci** yaklaşım *hukuki pozitivizm* olarak adlandırılarak hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartmakta; **son** yaklaşım ise *toplumsal hukuk teorisi* başlığı ile hukuk ve toplumun tarihsel gelişimi arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşmaktadır⁵⁷. Sondan başa doğru bir yol izlendiğinde toplumsal hukuk teorisinin hukuka ampirik bir bakış açısıyla; hukuki pozitivizmin hukuka kavramsal ve analitik açıdan, doğal hukuk teorisinin ise hukuka normatif açıdan yaklaştığını belirtmek gerekmektedir. Bu kapsamda -hukukun doğasını keşfetme yolunda farklı *nayalar* olan- toplumsal hukuk teorisinde sosyal bilimler, hukuki pozitivizmde analitik felsefe, doğal hukuk teorisinde ise ahlak felsefesi ön planda yer almaktadır. Daha ayrıntılı şekilde ifade etmek gerekirse; toplumsal hukuk teorisi hukuka ampirik bir bakış açısı sunarak, sosyolojik, tarihsel ve antropolojik açıdan yaklaşmakta ve hukuku toplumsal yaşamı düzenleyen temel kurallar olarak ele almaktadır. Bir diğer temel *naya* olan hukuki pozitivizm tüm hukuk sistemlerinin sahip olması gereken kriterlere ilişkin sorulara dikkatini vermekte ve hukuku kurumsallaşmış bir sistem olarak değerlendirmektedir. Doğal hukuk ise ahlakın objektif ilkeleri ve bu ilkelerin pozitif hukuk ile ilişkisine odaklanmakta ve bunu hukukun ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir⁵⁸.

Görüldüğü üzere, aslında hukuk teorisyenleri üç temel hukuk akımı etiketi altında muhtelif perspektiflerden (*nayalardan*) hukukun doğasına (hakikate) ulaşmaya çalışmakta -fili betimlemeye çalışan bilgiler gibi- hukukun farklı yönlerine bakmaları nedeniyle aralarında anlaşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu durumun nedenini ise -*gerçekliğin çok yönlü olduğuna ilişkin ortaya koyulan anekanta-vada öğretisinden hareketle*- hukuk kavramının da karmaşık ve çok yönlü bir doğasının bulunduğu şeklinde açıklamak mümkün hale gelmektedir.

Nitekim Jainist öğretiler kapsamında hukuk akımları birer *naya* olarak düşünüldüğünde -bir taraftan tüm *nayaların* tanımlanmaya çalışılan şey hakkında kısmi gerçeklik bilgisini içerisinde barındırdıklarından, diğer taraftan

⁵⁷ Berman, Harold: The Nature and Functions of Law, Foundation Press, 1958, s. 20, 21.

⁵⁸ Tamanaha, Brian: A Realistic Theory of Law, Cambridge University Press 2017, s. 38-43.

gerçekliğin tamamıyla kavranabilmesi açısından eksik kaldıklarından hareketle- tek bir hukuk ekolünün ortaya koyduğu tezin mutlak olduğunu ileri sürmesi *ekanta* hatasına düşmesine neden olmaktadır. Böyle bir durumda hukukun tüm yönleriyle kavranabilmesi ihtimalinden uzaklaşmaktadır. Bu kapsamda hukukun farklı yüzlerine ışık tutan üç farklı akımın birbirleriyle ilişkili oldukları ve bunlardan herhangi birisinin tamamıyla hatalı/mutlak kabul edilmesinin teorik tartışmalar açısından ciddi sorunlar yaratacağı düşünülmektedir. Zira çoğu zaman birbirleriyle çelişmekte olan, ancak hukukun doğasıyla özel bir ilişkileri bulunan üç temel yaklaşım esasen farklı odak noktalarını ön plana taşıyarak -aynı *nayalar* gibi- birbirlerinin noksanlıklarını gidermektedir. Örneğin, analitik hukuk teorisi (toplumsal hukuk teorilerinin ön plana aldığı) hukukun sosyal bağlamını, tarihsel boyutunu göz ardı ettiğinden dolayı kimi *kör* noktalara sahip olmakta, hukukun üstünlüğünün temel unsurları hakkında bilgi verebilmekte iken bir toplumda bu kavramının nasıl geliştiğine ilişkin bir argüman ortaya koyamamaktadır⁵⁹. Bu doğrultuda, gerçekliğin tüm yönleriyle kavranabilmesi açısından gerekli tüm *nayalar* gibi hukuk akımlarının da ‘hukukun’ bilgisine ulaşabilme yolunda birbirlerinden yararlanabilecekleri noktalar ve bir diğer okula yapacağı önemli katkılar bulunduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir⁶⁰.

Sonuç olarak, karmaşık bir doğaya sahip olan hukuku tüm boyutlarıyla kavramak isteyen bir hukuk teorisyeninin -aynı hikâyedeki bilgiler gibi- bu üç temel perspektife hakim olması zorunlu hale gelmektedir⁶¹. Bununla beraber, Jainizm felsefesi uyarınca hukuk teorisyenlerinin karşıt tezleri tamamıyla olumsuzlayarak, farklı görüşlere hiçbir açık kapı bırakmaksızın kendi tezlerini sınırsız ve mutlak şekilde, diğer deyişle ileri sürüldükleri koşullara atıf yapmaksızın, ‘*syat*’ ekinden yoksun bir halde öne sürmeleri de seçenek olmaktan çıkmaktadır. Nitekim çok eski zamanlardan bu yana hukuk literatüründe farklı akımların var olmasının ve varlıklarını sürdürmeye devam

⁵⁹ **Tamanaha**, Brian: “The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory” William and Mary Law Review, Vol:56, 2015, s. 2267-2269.

⁶⁰ Örneğin Gavison eserinde, hukuk teorisinde tartışma ve polemiklere öncelik verilerek çok şeyin kaybedilmiş olduğunu ve kör bilgiler gibi tekrar tekrar bir filî tasvir etmeye çalışırken hukukun sadece bir yönünün vurgulandığını ve bu esnada bir unsur aydınlatılırken, diğerlerinin karartılarak başarısız olduğunu belirtmektedir. Ardından aralarında husumet bulunan iki farklı hukuk akımı altında ele alınan Finnis ve Raz’ın eserleri üzerinden ortak noktalara vurgu yaparak, birbirlerinden faydalanabilecekleri noktalara dikkat çekmektedir. **Gavison**, Ruth: “Natural Law, Positivism, and the Limits of Jurisprudence: A Modern Round” The Yale Law Journal, Vol:91, 1982, s. 1250-1285.

⁶¹ Aynı yönde bkz. **Tamanaha**, ‘The Third Pillar’, s. 2266.

etmesinin başlı başına bunlardan herhangi birinin mutlak olmadığının göstergesi olduğu düşünülmektedir.

•

İlerleyen satırlarda bu iddiaları destekleyecek şekilde farklı hukuk akımlarının hukukun doğasını tamamıyla kavrayabilmek açısından eksik kaldıkları yönleri ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla beraber, farklı bir yaklaşım tercih edilerek *hukukun üç temel nayası* altında ele alınabilecek yaklaşımların, Jainizm bünyesinde yer alan *nayalar listesi* ışığında değerlendirilmesi ve bu yaklaşımların mutlak kabul edilmeleri halinde doğacak sonuçlara değinilmesi planlanmaktadır. Zira hukuka (i) incelenen şeyin bir dizi farklı eylemin ortak sonucu ya da amacıyla ilgili olarak ele alındığı bakış açısı olan **ilk**; (ii) onun diğer şeylerle benzer, ortak sahip olduğu noktalara, genel özelliklerine odaklanılan **ikinci** ve (iii) aksine onun kendine özgü, onu aynı sınıf içerisinde yer alan diğerlerinden farklı kılan özelliklerine dikkat çeken **üçüncü naya** doğrultusunda yaklaşıldığı ve bunların mutlak kabul edildiği durumlarda ortaya birtakım sorunların çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Bu kapsamda, **ilk naya** ışığında -içerisinde pek çok farklı parçayı, eylemi barındıran ve kolektif bir kavram olan- hukuk, onu oluşturan farklı parçalara değinilmeksizin, yalnızca bunların hizmet ettikleri ortak amaç ya da meydana getirdikleri sonuç olarak ele alınmaktadır. **İkinci nayadan** hareket edildiğinde ise yalnızca sahip olduğu genel nitelikler ve diğer kurumlarla benzerliği üzerinden tanımlanan hukuk kavramı salt hukuka özgü nitelikler barındırmamakta; içerisine hukuktan farklı kurumların da dâhil edilebileceği kadar geniş bir niteliğe sahip olmaktadır. **Üçüncü naya** çerçevesinde hukuka yaklaşmak ise aksine hukukun tüm boyutlarıyla tanımlanması açısından yetersiz kalmakta; zira karmaşık bir doğaya sahip hukuk, onu diğer kurumlardan ayırabilmek için ortaya koyulan unsurlardan çok daha fazlasını kapsamaktadır.

Nayalar listesinin **dördüncü** basamağında bulunan -ve ele alınan şeye ilişkin salt deneyimlenmekte olduğu yer ve zaman esas alınarak bir değerlendirme yapmayı gerekli kılan- *naya* doğrultusunda ortaya koyulacak hukuk kavramı; bir toplumda geçmişte var olmuş farklı hukuk türlerini ve ayrıca diğer toplumların sahip oldukları farklı hukuk sistemlerini yok sayabilmektedir. Böylece hukukun yalnızca mevcut yer ve zamanda tecrübe edilen haliyle tanımlanması sonucunda zaman içerisinde geçirdiği/geçireceği değişimin de göz ardı edilmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, günümüzde genel olarak kabul gören ve *rjusutra-naya* ile benzerlik gösteren hukuk tanımlamaları; aynı toplum içerisinde var olan veya var olmuş farklı hukuk türlerini hiçe saymanın yanında, farklı toplumların sahip oldukları

muhtelif hukuk sistemleri de göz önünde bulundurulduğunda geçersiz bir hale gelmektedir. Söz konusu tanımların geçersiz hale gelmeyeceği ileri sürüldüğünde ise bu çerçevede ortaya koyulan niteliklerle donatılmış hukuk sistemlerine sahip olmayan (veya geçmişte sahip olmamış) toplumlar *hukuksuz* kalmakta ve ayrıca bu niteliklerden yoksun, ancak kolektif olarak tanınmakta olan hukuk türleri de hukuk kategorisinin dışına itilmektedir⁶².

Bununla beraber, listenin son üç sırasını işgal eden *nayalar* açısından hukukun doğasına ulaşılmaya çalışıldığı ve bunların mutlak kabul edildiği durumlarda; **beşinci** *naya* uyarınca hukuk kavramının sadece kullanıldığı bağlamda kazandığı anlama odaklanılmakta, **altıncı** *naya* açısından ise hukuk kavramı muhtelif yer veya zamanda farklı anlamlar taşıyor olsa dahi yalnızca orijinal kökeni, menşei, tarihsel anlamı ön planda yer almaktadır. Ancak tarihsel süreç içerisinde ilkel toplumlarda var olan hukukun karmaşık toplumlarda farklı bir şeye dönüştüğü ve günümüze yaklaşıldığında modern toplumlarda tekrar şekil değiştirerek kurumsallaşmış bir sistem olarak karşımıza çıktığı gerçeği ve muhtemelen değişmeye de devam edeceği inancı karşısında bu yaklaşımların da hukukun oldukça kısıtlı bir yönünü ortaya koydukları düşünülmektedir.

Nayalar listesinin sonuncu basamağında bulunan **yedinci** *naya* kapsamında ise hukuk, sahip olduğu iddia edilen *işlevler* bağlamında yalnızca o işlev yürütülürken kullanılabilecek bir kavram olarak sınırlandırılmaktadır. Bu son perspektif, belki de günümüzde hukuk teorisinde en çok benimsenen perspektiflerin başında gelmektedir. Ancak literatürde yer alan işlevsel tanımlamalara bakıldığında hepsinin hukuku içerdiği, fakat hiçbirinin *yalnızca* hukuku içermediği ve hukukun doğasına ya da işlevlerine ilişkin tüketici bir tanım vermekten uzak oldukları anlaşılmaktadır⁶³. Nitekim bir taraftan toplumda var olan öteki sosyal kuralların da hukuka atfedilen işlevleri üstlenmekte oldukları (örneğin, örf adet hukuku, dini hukuk); diğer taraftan özellikle modern hukuk sistemlerinin belirtilen işlevlerden çok daha fazlasını kapsadığı görülmektedir. Örneğin, hukuk yalnızca toplum düzenini sağlamaya ilişkin kurallar sistemi olarak düşünüldüğünde toplumda aynı işleve sahip diğer sosyal kurallardan bir farkı kalmamakta; ayrıca söz konusu bu temel işlev hukukun yalnızca tek bir yüzünü oluşturmakta, bunun yanında devletin bu işlevden farklı amaçlarına yönelik hukuk kuralları da varlığını korumaktadır⁶⁴.

⁶² **Tamanaha**, 'Realistic', s. 66-69.

⁶³ Bu durum, ikinci ve üçüncü *nayaların* mutlak kabul edildiği durumlarda ortaya çıkan sorunlarla benzerlik göstermektedir.

⁶⁴ **Tamanaha**, 'Realistic', s. 118-126.

Elbette bu noktada hukuk teorisyenlerinin ortaya koydukları birbirinden farklı hukuk tanımlamalarına, diğer deyişle hukukun doğasına ulaşmak için izledikleri farklı yaklaşımlara yönelik örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak burada amaç hukuk teorisinde benimsenen farklı perspektifleri tüketici biçimde saymaktan ziyade bu girişimlerin yalnızca bir/birkaç *naya* (bakış açısı/perspektif) ile sınırlı olduğuna dikkat çekmekten ve bu *nayaların pramana ile karıştırılmaları* durumunda (*naya* bir şeyin çok yönlü doğasının bütünüyle kavranma aracı olan *pramananın* yalnızca bir parçasını oluşturmakta ve bu nedenle *pramana* ile özdeş sayılmamaktadır) hukukun gerçek doğasına ulaşma hedefinden uzaklaşıldığının altını çizmekten ibarettir. Bu kapsamda ele alınan sakıncalar, hukuka yönelik farklı bakış açılarının *var olmamasını* değil, aksine hukukun doğasının bütünüyle anlaşılabilmesi için tüm farklılıkları ile *var olmaları* gerektiği düşüncesine hizmet etmekte ve ancak tek bir bakış açısının (*nayanın*) mutlak kabul edilmesi, farklı bir deyişle hukuk teorisinde *ekanta* hatasına düşülmesi durumunda ortaya çıkabilecek sorunlara işaret etmektedir. Bu nedenle *naya-vada*’nın temel amacının, muhtelif *nayaları* kategorize ettikten sonra kişinin sahip olduğu bakış açısının sadece bu *nayalardan* biri/birkaçı olduğunu göstermek suretiyle, kişinin iddialarında tek taraflı (*ekanta*), dogmatik bir tavır takınmasını engellemeye çalışmakta olduğu hatırlandığında, bu öğreti hukuk *bilgeleri* açısından da bir kılavuz niteliğine sahip olmaktadır. Bu doğrultuda, hukuk teorisyenlerinin ileri sürdükleri tezlerin sınırlı bir *naya* (ya da *nayalar*) kapsamında geliştiğinin, bunların doğru ancak tek başlarına hukukun doğasının tamamıyla anlaşılması açısından yetersiz olduklarını farkına varmaları gerekmektedir. Bu kapsamda, çalışmada esasen içerisinde kısmi doğru barındıran herhangi bir hukuk akımının ortaya koyduğu tezler değil, sadece belirli bir tezin mutlak gerçekliğe sahip olduğu iddiaları eleştirilmektedir.

Netice itibarıyla hukukun doğasına *üç temel naya* kapsamında ele alınabilecek herhangi bir bakış açısıyla yaklaşmak ‘hatalı’ değil, aksine hukukun en az bir yönünü ortaya koymaya hizmet ettikleri ve hukukun doğasıyla özel bir ilişkileri bulunduğundan hareketle ‘doğru’ kabul edilmektedir. Ancak Jainist öğretiler uyarınca hukuk teorisinde ‘hatalı’ ya da ‘yanlış’ olarak değerlendirilebilecek husus, izlenen bu *nayaların* dogmatik biçimde tek, objektif, mutlak doğru oldukları ileri sürüldüğünde ortaya çıkmaktadır. Nitekim çok yönlü bir doğaya sahip hukukun tek ve eksiksiz bir tanımının yapılabilmesi imkânsız olup; ancak belirli bir zamanda, belirli bir toplumda var

olan, belirli bir hukuk türünün tanımlanması mümkün olabilmektedir⁶⁵. Bu kapsamda, hukukun sınırlı bilgisini içeren hukuk akımlarını Jainizm felsefesinde yer alan *nayalar* olarak adlandırmak yanlış olmayacaktır. Bu benzetmeden hareketle ise *hukuk kavramı bir okyanus ile kıyaslanırken, hukuk akımlarının farklı şişelerde muhafaza edilen okyanus suları olduklarını* düşünmek yerinde görülmektedir.

Buna ek olarak her biri doğru kabul edilen *nayalar* (hukuk akımları) kapsamında öne sürülen argümanların doğruluk değerlerini muhafaza etmek de önem arz etmektedir. Hatırlanacağı üzere, şayet bir önerme *syad-vada* öğretisinin zorunlu kıldığı şekilde ifade edilmemekte ise doğruluk değerini kaybetmektedir. Bu öğreti uyarınca hukuk akımları tarafından ortaya konulan bir önermenin doğruluğunu korumak amacıyla başına ‘*syat*’ eki getirilmesi gerekmektedir. Böylece her bir tezin yalnızca belirli *naya* doğrultusunda ve belirli koşullar altında ileri sürüldüğü ve mutlak olmadığı garanti edilmektedir. Bu kapsamda, hukuk literatüründe ‘*syat*’ ekinin spesifik uygulamalarının ‘*belirli bir zamanda*’, ‘*belirli koşullar altında*’, ‘*belirli bir toplumda*’ veya ‘*belirli bir hukuk türü açısından*’ vb. şekilde olabileceği akıllara gelmektedir. Örneğin, günümüzde baskın çoğu hukuk tanımlamasının aslında mevcut zamanda, belirli toplumlarda geçerli ve tek bir hukuk türü olan *devlet hukuku* kavramına odaklanmakta olduğu görülmektedir. İşte tüm bu tanımlamaların doğruluklarını korumak için başlarına sınırlandırıcı şekilde, hangi açıdan/hangi koşullarda ileri sürüldüklerini gösteren bir ‘*syat*’ ekinin getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, yalnızca hukukun tek bir yönüne odaklanan bu sınırlı tanımlamaların karmaşık doğaya sahip hukuk kavramının tüm boyutlarını kapsadığı yönünde yanlış bir algı oluşmaktadır. Böylece Jainizm felsefesi uyarınca bir hukuk ekolü çerçevesinde ‘*syat*’ ekinin yer almadığı tezler, Saxe’ın şiirindeki “*oysaki her biri doğru iken kısmen, hepsi de yanlıştı tümünden*” ifadesiyle anılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Bununla beraber, önermelerin başında ‘*syat*’ bulunması (*syad-vada* öğretisinden hatırlanacağı üzere) aralarında yüzyıllardır husumet var olan ve çoğu zaman birbirleriyle uyumsuz tezler ileri süren hukuk akımlarının birbirlerini tamamlayıcı nitelikte kabul edilebilmesini, bunların her birinin eşit derecede geçerli ve doğru olabilmesini mümkün kılmaktadır. Nitekim bu gibi durumlarda çelişmezlik ilkesinin ihlali söz konusu olmamakta; *syat* ekinin varlığı ile hukuk kavramına yönelik değişik *nayalar* çerçevesinde,

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Demir**, Nazlı Hilal: “Brian Tamanaha: Hukuk Teorilerinin ‘Kayıp Kolu’ Işığında Hukuk Kavramını Yeniden Düşünmek” SDÜHFD, Cilt:11, Sayı:1, 2021, s. 30.

diğer deyişle farklı perspektiflerden ileri sürüldüklerine vurgu yapılarak birbirleriyle uyumsuz önermeler ortaya koymak olanaklı hale gelmektedir.

•

Bu bağlamda *anekanta-vada* ve onun tamamlayıcıları *naya-vada* ve *syad-vada* ışığında, hukuk teorisinde asırlardır süre gelen tartışmalara yönelik bir ders çıkarılması gerekmekte ve hukukun doğasına ilişkin var olan düşünce çeşitliliğinin, aslında hukukun gerçek doğasına ulaşmada son derece gerekli olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Bu nedenle hukuk teorisinde mevcut farklılıkların ortadan kaldırılma, tek bir hukuk okulu nezdinde mutlak doğruya erişebilme ya da herhangi bir hukuk ekolünü teorik tartışmalar kapsamında tamamıyla dışarda bırakma çabalarının nafile ve Jainizm felsefesi nezdinde hatalı girişimler olarak nitelendirileceğini belirtmek gerekmektedir. Bu sonucun elbette hukuk teorisyenlerinin çeşitli görüşlere, ilkelere sahip olamayacakları ya da kendi tezlerinden vazgeçmeleri gerektiği anlamına gelmediğinin, ancak Jainist öğretiler gereğince doğru kabul edilmeleri için kimi kriterlere uygun şekilde argümanlarını ileri sürebileceklerinin altını çizmek gerekmektedir. Bu doğrultuda, hukukun *üç temel nayası* açısından önceki başlıklarda yer alan kriterlerle uyumlu ileri sürülen tüm tezler hukuk öğretilerinde eşit öneme, geçerliliğe ve doğruluğa sahip olmakta ve ne sadece biriyle ne de biri olmaksızın yola devam edilebilmektedir. Aksine birbiriyle çoğu zaman çelişen ve diğer taraftan birbirlerini tamamlayan bu akımların her birinin varlığını sürdürmesi hukukun gerçek doğasına ulaşma yolunda zaruri bir unsur niteliği taşımaktadır. Bu nedenle farklı hukuk akımları arasında var olan *sorunların* çözümü mümkün olmamakta, bu çözümsüzlüğün nedeni ise ortada aslında bir *sorunun* bulunmaması ile açıklanabilmektedir. Unutulmamalıdır ki Jainist öğretiler uyarınca *doğru* olan; mutlak, tek bir *doğrunun* bulunması değil, birçok *doğrunun* varlığını korumasıdır. Ta ki bir *doğru*, mutlak olduğu iddiasını içerisinde barındırsın...

SONUÇ: *Pramana*’ya Ulaşmak

Jainizm felsefesine uygun olarak yazarın perspektifiyle, tecrübe ettikleriyle sınırlı olduğu belirtilen ve içinde barındırdığı düşüncelerin mutlak olduğu iddiası taşımayan bu çalışmanın son bölümünü kaleme almaya başlamadan önce, Hinduizm’in 1836 doğumlu reformcusu *Sri Ramakrishna*’nın adından bahsetmek istenmektedir. *Ramakrishna*, *kör adamlar* ve *fil* hikâyesinin altında yatan düşünceye paralel şekilde, kendi inancının tek doğru ve diğer inanışların tümünden yanlış olduğu fikrine bir tepki olarak geliştirdiği “*dharma-samanvaya*” (dinlerin harmonisi) öğretisi ile tanınmaktadır. Bu öğreti uyarınca, insan zihninin çeşitli taleplerini karşılamak üzere geliştirilen

tüm disiplinlerin, hakikatin çeşitli yönlerinin birer ifşası olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dogmatik iddialar bir yana bırakılarak, birbirleriyle çelişkili görünen inanç sistemlerinin aslında birbirlerini tamamlayıcı nitelik taşıdıkları düşünülmektedir. Ancak *Ramakrishna'nın* adından bu başlık altında söz edilmesinin ardında bulunan gerekçe, ortaya koyduğu (ve *anekanta-vada'nın* bir tekrarı niteliğindeki) söz konusu düşünceleri değil, bu düşüncelere nasıl ulaştığına ilişkindir. Nitekim *Ramakrishna'nın* bu düşüncelerinin arkasında, hayatının değişik dönemlerinde birbirinden farklı dinlere mensup olarak, onların gereklerine sıkı sıkıya uyması, farklı bir deyişle bambaşka dini disiplinleri sadakatle uygulamasının yattığı bilinmektedir⁶⁶. İşte tüm bu deneyimlerinin sonucunda aslında her inanç sisteminin insanı aynı hedefe götürmeye çalıştığı noktasına ulaşan *Ramakrishna'nın* yöntemi; konunun içeriği tamamıyla değiştirilerek hukuk alanına taşındığında ve hukuk akımları özelinde düşünüldüğünde bir anlamda bu çalışmanın öncesinde kat edilen yol ile paralellik göstermektedir. Şöyle ki gerek doğal hukuk okulu gerekse hukuki pozitivizm ve kimi zaman da toplumsal hukuk teorileri farklı dönemlerde sıkı sıkıya takip edilmiş olup; bu süreç sonunda -aynı derecede kabul edilebilir/eleştirebilir- söz konusu farklı *nayalar* olan bu ekollerin izledikleri yöntemler, ön plana çıkardıkları noktalar birbirlerinden ayrı olsa da kişiyi aynı amaca; '*hukuka*' ulaştırmaya çalıştıkları noktasına varılmıştır.

Bu ifadeden hareketle amacı '*hukuka*' ulaşmak olmayan herhangi bir argümanın bu yolda yanlışlanabilme ihtimali bulunduğundan da bahsetmek gerekmektedir. Söz konusu, bir fili tanımlamaktan ya da yarısı dolu/boş bardağa bakarak her iki yorumun da doğru olabileceğini kabul etmekten çok öte; yaşamda oldukça kritik bir role sahip hukuk kavramına yönelik olduğunda, uyulması gereken herhangi bir prensip olmaksızın sınırsız biçimde her görüşün eşit derecede kabul edilebilmesi noktasında kimi hukukçunun kafasında çekinceler oluşması doğaldır. Ki oluşmuştur da... Bu çekinceleri gidermek adına öncelikle (i) *anekanta* öğretisinin yanıltıcı biçimde *gayri-mutlakçılık* şeklinde ifade edilmekte kimi zaman da çağdaş Batı düşüncesinde nihai bir gerçekliği kabul etmeyen *görecilik* kavramı ile karıştırılmakta

⁶⁶ Ramakrishna'nın *dinlerin harmonisi* öğretisi hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Bhajananda**, Swami: Harmony of Religions from the Standpoint of Sri Ramakrishna and Swami Vivekananda, Ramakrishna Mission Institute of Culture, 2008, s. 20-36. Sri Ramakrishna'nın düşünceleri, ondan etkilenecek günlüğünde onun konuşma ve eylemlerinin kaydını tutan öğrencisi Mahendranth Gupta tarafından kitap haline getirilmiştir. Açık erişimi bulunan bu eser için bkz. **Gupta**, Mahendranth: Gospel of Sri Ramakrishna, Archieve, 2011, s. 110.
<<https://archive.org/details/GospelOfSriRamakrishnaTheMahendranathGupta>> Erişim Tarihi: 20.09.2022.

olduğu; ardından (ii) mutlak bir gerçekliğin Jainizm felsefesinde mevcut olup, bu gerçekliğin asıl doğasının *bütünüyle* yalnızca yüce bilgiler tarafından kavranabildiğine ilişkin kaleme alınan satırları hatırlamak gerekmektedir. Bununla beraber, *anekanta* öğretisi üzerinde yükselen Jainizm felsefesinde -çalışmada değinilmeyen ve *Mahavira*’ya kadar izleri sürülebilen- *temel ilkelerin* varlığına dikkat çekmek önem arz etmektedir. Nitekim Jainistlerin takip etmesi ve aksine bir davranışta bulunmamaları beklenen dürüst olmak, çalmamak, maddi şeylere bağlı olmamak gibi birtakım ilkeler bulunmakta ve bu ilkelerin varlığı *anekanta-vada* ile çelişkili bir durum ortaya çıkmasına neden olmamaktadır⁶⁷. Bu ilkeler arasında en az *anekanta-vada* kadar önemli ve onunla sıkı bir ilişki içerisinde bulunan; genel olarak şiddete başvurmama, saldırmama ve asla bir canlıya zarar vermeme anlamına gelen *ahimsa* (şiddetsizlik) prensibi yer almaktadır. Bu prensip çok boyutlu olup, yalnızca fiziksel değil ayrıca insanları düşünce ve sözle incitmemeyi de kapsamakta ve buradan hareketle tüm bakış açılarına saygıyı gerektirmektedir. Buradan hareketle, hayata saygı ilkesine dayalı *ahimsa*’nın başkalarının düşüncelerine saygıyı teşvik eden *anekanta-vada*’nın kaynağını oluşturduğu, farklı bir deyişle *anekanta-vada*’nın *ahimsa* ilkesinin bir sonucu olduğunu ileri süren birçok eser bulunmaktadır⁶⁸. Örnek olarak gösterilen söz konusu temel ilkelerin çoğaltılabilecek olmalarının yanında, bunlardan bahsedilmesinin yegâne amacı Jainizm felsefesinde kimi mutlak ilkenin var olmasının mümkün olamayacağı yönündeki algıyı dağıtarak; *anekanta* öğretisinin hukuk dünyasında çoğunlukla kabul gören *hukukun genel prensiplerinin* ‘*zorunlu reddini*’ gerektiren bir teori olmadığını ortaya çıkartmaktadır.

Tüm yazılanlar ışığında birbirleriyle çoğu zaman çelişkili tezler ileri süren farklı hukuk akımlarının bir arada varlıklarını sürdürmelerinin ve eşit derece doğru/geçerli/kabul edilebilir/eleştirilebilir olmalarının mümkün olduğu ve hatta Jainist öğretiler ışığında bu ihtimalin keyfiyetten ziyade hukukun doğasına ulaşabilme yolunda bir zorunluluk olduğu ortaya çıkmaktadır. Nihayet çalışmaya, hayatını *integral teoriyi* inşa etmeye adanmış Wilber’ın sözüyle nokta koyulmasının zamanı gelmektedir: “*Başlıca tek bir kuralım bulunmaktadır: Herkes bir anlamda haklıdır. Daha ayrıntılı şekilde, herkes -ben dahil- gerçeğin bazı önemli parçalarını elinde tutmakta ve tüm bu parçaların onurlandırılması, değer görmesi ve daha şefkatli bir kucaklamaya dahil edilmesi gerekmektedir.*”⁶⁹

⁶⁷ Bu ilkeler hakkında bkznz. Long, s. 101-103.

⁶⁸ Bu eserler ve ayrıca aksi yönde düşünceler için bkznz. Cort, s. 327-329, 341.

⁶⁹ Wilber, Ken: A Theory of Everything: An Integral Vision for Business, Politics, Science, and Spirituality, Shambhala, 2001, s. 140, 141.

KAYNAKÇA

- Atreya**, B. L.: The Elements of Indian Logic, Darshana Printers Moradabad, 1962.
- Benesch**, Walter: An Introduction to Comparative Philosophy: A Travel Guide to Philosophical Space, London, Palgrave Macmillan, 1997.
- Berman**, Harold: The Nature and Functions of Law, Brooklyn, Foundation Press, 1958.
- Bhajananda**, Swami: Harmony of Religions from the Standpoint of Sri Ramakrishna and Swami Vivekananda, Kolkata, Ramakrishna Mission Institute of Culture, 2008.
- Bhattacharyya**, Narendra Nath: Jain Philosophy: Historical Outline, New Delhi, Munshiram Manoharlal Ltd., 1976.
- Bothra**, Pushpa: The Jaina Theory of Perception, Delhi, Motilal Banarsidass, 1976.
- Cevizci**, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2005.
- Cort**, John E.: "Intellectual Ahimsa Revisited: Jain Toleranca and Intoleranca of Others," Philosophy East and West, Vol.50, No.3, 2000, s. 324-347.
- Dasgupta**, Surendranath: A History of Indian Philosophy, Vol.: I-V, London, Cambridge University Press, 1922.
- Demir**, Nazlı Hilal: "Brian Tamanaha: Hukuk Teorilerinin "Kayıp Kolu" Işığında Hukuk Kavramını Yeniden Düşünmek" SDÜHFD, Cilt: 11, Sayı: 1, 2021, s. 1-34.
- Desai**, Mohan Lal D.: The Naya-Kamika, a Work on Jaina Logic by Sri Vinaya Vijaya Maharaj, Arrah, Central Jaina Publishing House, 1915.
- Divakara**, Siddhasena: Nyayavatara; the Earliest Jaina Work on Pure Logic, Calcutta, Indian Research Society, 1909.
- Dundas**, Paul: The Jains, London, Routledge, 2002.
- Folkert**, Kendall W.: Scripture and Community: Collected Essays on the Jains, Atlanta, Georgia, Scholars Press, 1993.
- Gavison**, Ruth: "Natural Law, Positivism, and the Limits of Jurisprudence: A Modern Round," The Yale Law Journal, Vol: 91, 1982, s. 1250-1285.
- Griffiths**, Paul J.: An Apology for Apologetics: A Study in the Logic of Interreligious Dialogue, Wipf and Stock, 2007.

- Grimes**, John A.: A Concise Dictionary of Indian Philosophy, State University of New York Press, 1996.
- Gupta**, Mahendranth: Gospel Of Sri Ramakrishna, 2011. <<https://archive.org/details/GospelOfSriRamakrishnaTheMahendranathGupta>> E.t.: 20.09.2022.
- Jain**, Pragati: “Saptabhangi: The Jaina Theory of Sevenfold Predication: A Logical Analysis”, Philosophy East and West, Vol. 50, No. 3, 2000, s. 385-399.
- Koller**, John M.: “Syadvada as the Epistemological Key to the Jaina Middle Way Metaphysics of Anekantavada,” Philosophy East and West, Vol. 50, No. 3, 2000, s. 400-407.
- Long**, Jeffery D.: Jainism: An Introduction, London, I.B.Tauris and Co. Ltd., 2009.
- Matilal**, Bimal Krishna: The Central Philosophy of Jainism (Anekantavada), L.D. Institute of Indology, 1981.
- Minz**, Florence/**Mishra**, Shruti, “Ekam Sad Vipra Bahudha Vadanti: A Vedic Consciousness of God”, 2020, s. 129-138.
- Mookerjee**, Satkari: The Jaina Philosophy of Non-Absolutism: A Critical Study of Anekantavada, Delhi, Motilal Banarsidass, 1978.
- Padmarajiah**, Y. J.: A Comparative Study of the Jaina Theories of Reality and Knowledge, Bombay, Jain Sahitya Vikas Mandal, 1963.
- Rescher**, Nicholas: A Journey Through Philosophy in 101 Anecdotes, Pittsburgh University of Pittsburgh Press, 2015.
- Sanghavi**, Sukhlalji: Advanced Studies in Indian Logic and Metaphysics, Calcutta, Firma K. L. Mukhopadhyaya, 1961.
- Samantabhadra**, Acarya: Aptamimamsa, Trans: Vijay K. Jain, Dehradun, Vikalp Printers, 2016.
- Saxe**, John Godfrey: The Poems, Boston, Houghton, Osgood, and Company, 1879.
- Schwartz**, Andrew: “Anekantavada (Jainism),” Buddhism and Jainism, eds. K.T.S. Sarao/Jeffery D. Long, Springer, 2017, s. 118-122. (*Anekantavada*)
- Schwartz**, Andrew: “Relativity (Jainism),” Buddhism and Jainism, eds. K.T.S. Sarao/Jeffery D. Long, Springer, 2017, s. 1005-1011. (*Relativity*)

- Schweig**, Graham M.: “Interiority and Connectivity: A Brief Comparative Study on the Relation of Scripture and Contemplation in Bridal Mysticism and Krishna Bhakti,” *Journal of Hindu-Christian Studies*, Vol. 27, No. 4, 2014, s. 11-39.
- Shah**, Nagin: *Jaina Theory of Multiple Facets of Reality and Truth (Anekantavada)*, Delhi, Motilal Banarsidass, 2000.
- Shapiro**, Fred R.: “Quote . . . Misquote”, *The New York Times Magazine*, 21.07.2008. <<https://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html>. E.t:13.09.2022.
- Strawson**, P. F.: *Introduction to Logical Theory*, Routledge, 2011.
- Taft**, Russell W.: *John Godfrey Saxe: A Biographical Sketch of Vermont's Lawyer, Journalist, Lecturer and Rhymster*, Vermont, 1900.
- Tamanaha**, Brian: “The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory,” *William and Mary Law Review*, Vol:56, 2015, s. 2235-2277. (*The Third Pillar*)
- Tamanaha**, Brian: *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. (*Realistic*)
- The Rigveda**: *The Earliest Religious Poetry of India*, Trans: **Jamison**, Stephanie W.; **Brereton**, Joel P., Oxford University Press, 2014.
- Wilber**, Ken: *A Theory of Everything: An Integral Vision for Business, Politics, Science, and Spirituality*, Boston, Shambhala, 2001.
- Zlotnick**, David M.: “The Buddha’s Parable and Legal Rhetoric,” *Washington and Lee Law Review*, Vol: 58, No: 957, 2001, s. 957-1016.

**ERMENİSTAN'IN KOLEKTİF GÜVENLİK ANTLAŞMASI
ÖRGÜTÜ'NÜ (KGAÖ) II. DAĞLIK KARABAĞ SAVAŞI'NA
DAHİL ETMEYE YÖNELİK EYLEMLERİNİN
ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375542>

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV*

Öz

II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Ermenistan KGAÖ'nün yanında yer alması için kolektif güvenlik mekanizmasını devreye sokmayı hedeflemiştir. Kolektif güvenlik mekanizmasının devreye girebilmesi için KGAÖ'ye üye devletlerden birine yönelik bir saldırı olması şarttır. Bu doğrultuda, Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı'nı Dağlık Karabağ'ın dışına ve kendi ülkesine doğru genişletmeye çalışmıştır. Ermenistan hedefine ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Dağlık Karabağ savaş alanının dışına, savaş alanından kilometrelerce uzakta olan Azerbaycan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivililere saldırmış, Azerbaycan'ın da aynı şekilde karşılık vermesini, Ermenistan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmasını beklemiştir. Çalışmada, Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemlerini uluslararası hukuk açısından değerlendirmek amaçlanmaktadır. Bu çalışma ile ulaşılan sonuç çerçevesinde Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri başarısız olmuştur. Ermenistan KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri ile insancıl hukuk kurallarını ihlal etmiştir ve bu durum Ermenistan'ın uluslararası sorumluluğunun doğmasına sebep olmuştur.

Anahtar Kelimeler

KGAÖ, Dağlık Karabağ Uyuşmazlığı, II. Dağlık Karabağ Savaşı, İnsancıl hukuk, Uluslararası sorumluluk

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kırklareli (tugceisayev@klu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-8137-3981 (Geliş Tarihi: 15.07.2023-Kabul Tarihi: 07.08.2023) Yazar, eserin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EVALUATION OF THE ARMENIA'S ACTIONS TO INVOLVE
THE CSTO IN THE II. NAGORNO-KARABAKH WAR IN TERMS
OF INTERNATIONAL LAW**

(Research Article)

Abstract

During the II. Nagorno-Karabakh War, Armenia aimed to activate the collective security mechanism for the Collective Security Treaty Organisation (CSTO) to take its side. In order for the collective security mechanism to be activated, there must be an attack against a Member State of the CSTO. In this respect, Armenia tried to extend the II. Nagorno-Karabakh War beyond Nagorno-Karabakh and towards its own country. In order to achieve its goal, during the II. Nagorno-Karabakh War, Armenia attacked Azerbaijani cities, civilian settlements, and civilians outside the Nagorno-Karabakh war zone, kilometers away from the war zone, and expected Azerbaijan to respond and attack Armenian cities, civilian settlements and civilians. This study examines the Armenia's actions to involve the CSTO in the II. Nagorno-Karabakh War in terms of international law. The study concludes that Armenia's attempts to involve the CSTO in the II. Nagorno-Karabakh War were unsuccessful. Armenia violated the rules of humanitarian law by its actions to involve the CSTO in the II. Nagorno-Karabakh War. This situation entails Armenia's international responsibility.

Keywords

CSTO, Nagorno-Karabakh Conflict, II. Nagorno-Karabakh War, Humanitarian law, International responsibility

GİRİŞ

KGAÖ Ermenistan, Rusya, Tacikistan, Belarus, Kazakistan ve Kırgızistan tarafından 7 Ekim 2002 tarihinde KGAÖ Şartı'nın imzalanması ile kurulmuş, üye devletlerin güvenliğini sağlamayı, bölgesel ve uluslararası barış ve güvenliğe katkı sunmayı hedefleyen bir uluslararası örgüttür. Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında KGAÖ'nün yanında yer almasını istemiştir. Ermenistan bunun için kolektif güvenlik mekanizmasını devreye sokmayı hedeflemiştir. Kolektif güvenlik mekanizmasının devreye girebilmesi için ise KGAÖ'ye üye devletlerden birine yönelik bir saldırı olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı'nı Dağlık Karabağ'ın dışına çıkarmaya ve kendi ülkesine doğru genişletmeye çalışmıştır. Çünkü, Dağlık Karabağ KGAÖ'nün faaliyet alanı dışındadır. Başka bir ifade ile, Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Azerbaycan'ın savaş alanının dışına çıkmasını ve kendi ülkesine saldırmasını, böylece kolektif güvenlik mekanizmasının ve KGAÖ'nün devreye girmesini hedeflemiştir. Ermenistan hedefine ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Dağlık Karabağ savaş alanının dışına, savaş alanından kilometrelerce uzakta olan Azerbaycan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmıştır. Ermenistan, Azerbaycan'ın da aynı şekilde karşılık vermesini, Ermenistan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmasını beklemiştir.

Çalışmada, KGAÖ'nün kuruluşu, yapısı ve işleyişi hakkında ayrıntılı açıklamalar yapmak ve Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemlerini uluslararası hukuk açısından değerlendirmek hedeflenmektedir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde bir uluslararası örgüt olarak KGAÖ başlığı altında; örgütün kuruluşu, yapısı ve faaliyetleri incelenecektir. İkinci bölümde ise Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri başlığı altında; II. Dağlık Karabağ Savaşı, Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemlerinin başarısız olması ve Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemlerinden doğan uluslararası sorumluluğu ile ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

I. BİR ULUSLARARASI ÖRGÜT OLARAK KGAÖ

A. KGAÖ'nün Kuruluşu

1. Kolektif Güvenlik Antlaşması

1991'de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği¹ dağılmıştır. SSCB'nin dağılmasını takip eden süreçte Baltık cumhuriyetleri hariç eski SSCB üyeleri Bağımsız Devletler Topluluğu'nu kurmuştur. Siyasi bir uluslararası örgüt olan Bağımsız Devletler Topluluğu'nun hedefi, SSCB'nin parçalanmasının ardından oluşan boşluğu doldurmak ile SSCB sonrasında bağımsızlığına kavuşan devletler arasındaki ilişkilerin mevcut durumun gerektirdiği şekilde yürütülmesini sağlamaktır².

Bağımsız Devletler Topluluğu'na üye olan Ermenistan, Rusya, Tacikistan, Özbekistan, Kazakistan ve Kırgızistan tarafından 1992 yılında Kolektif Güvenlik Antlaşması imzalanmıştır³. Kolektif Güvenlik Antlaş-

¹ Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği buradan itibaren SSCB şeklinde anılacaktır.

² 1991 yılında Belarus, Ukrayna ile Rusya devletlerinin başkanları Bağımsız Devletler Topluluğu Kurucu Antlaşması'nı, başka bir ifade ile, Belovejsk Antlaşması'nı imzalamıştır. Bu uluslararası antlaşma ile SSCB'yi kuran üç devlet SSCB'nin varlığını sona erdirmiş, SSCB'nin bu tarihten itibaren uluslararası hukuk kişisi olmadığını ortaya koymuş; ayrıca, Bağımsız Devletler Topluluğu'nu kurmuştur. 21 Aralık 1991 tarihinde eski SSCB cumhuriyetlerinin on birinin başkanları Bağımsız Devletler Topluluğu Kurucu Antlaşması'na Ek Protokol'ü imzalamıştır ve bu devletler Bağımsız Devletler Topluluğu'nun kurucu üyeleri olmuştur. Aynı toplantıda Alma Ata Deklarasyonu imzalanmıştır. 22 Ocak 1993'te Minsk'te gerçekleştirilen Bağımsız Devletler Topluluğu Devlet Başkanları Konseyi toplantısı sırasında Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Şartı imzalanmıştır. Böylece, Bağımsız Devletler Topluluğu'nun kuruluş aşaması tamamlanmıştır. Bağımsız Devletler Topluluğu üye devletlerin egemen eşitliğine dayanan bir uluslararası örgüttür. Bağımsız Devletler Topluluğu'nun kuruluş aşaması, yapısı ile işleyişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.cisstat.com/eng/cis.htm>, (Erişim Tarihi: 10.01.2023); **Hüseynov**, Fuad: Uluslararası Hukuk Açısından Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Statüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003; **Hüseynov**, Fuad: "Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Oluşumunun Hukuki Boyutları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 387-401; **Karluk**, Rıdvan: Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 599-603; **Hasgüler**, Mehmet/**Uludağ**, Mehmet B.: Uluslararası Örgütler, Alfa Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 361-363.

³ 1992 Kolektif Güvenlik Antlaşması 15 Mayıs 1992 tarihinde Özbekistan'da Taşkent şehrinde imzalanmıştır. 1992 Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın imzalanması hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 04.01.2023); **Erhan**, Çağrı: "Kolektif Güvenlik Örgütleri: Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü, KGAÖ", Özen, Çınar/Tonus, Özgür (ed.), Uluslararası Örgütler, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2013, s. 78; **Yesevi**, Çağla Gül: "Orta Asya'da İşbirliği ve Bütün-

ması'nı Azerbaycan, Gürcistan ve Belarus 1993'te imzalamıştır ve bu uluslararası antlaşma 1994'te yürürlüğe girmiştir. Kolektif Güvenlik Antlaşması, Bağımsız Devletler Topluluğu'nun tamamlayıcısı olarak değerlendirilmiştir. Kolektif Güvenlik Antlaşması ile taraf devletler arasında bir güvenlik ittifakı oluşturulmuştur. Bu çerçevede, taraf devletlerden birine yapılacak saldırının bütün taraf devletlere yapılmış sayılacağı ve saldırıya uğrayan devletin talebi üzerine kolektif güvenlik mekanizmasının devreye sokulacağı ifade edilmiştir. Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın 4. maddesi; taraf devletlerden birine yapılacak saldırının tüm taraf devletlere yapılmış sayılacağını, saldırıya uğrayan devletin talebi üzerine tüm taraf devletlerin saldırıya uğrayan devlete askeri yardım da dahil olmak üzere gerekli yardımı derhal sağlayacaklarını ve saldırıya uğrayan devlete Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 51 uyarınca kolektif meşru müdafaa hakkının kullanılması için ellerindeki imkanlar ile destek olacaklarını, taraf devletlerin bu maddeye dayanarak aldıkları tedbirler ile ilgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ni derhal bilgilendireceklerini, bu tedbirler konusunda Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ilgili hükümlerine bağlı kalacaklarını ortaya koymaktadır⁴.

Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın 4. maddesi incelendiğinde bu madde ile oluşturulan kolektif güvenlik sisteminin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kuvvet kullanımını yasaklayan ve meşru müdafaa hakkı konusundaki düzenlemelerine paralel olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrası ile kuvvet kullanımı yasaklanmaktadır. Bu düzenleme devletlerin uluslararası alandaki ilişkilerinde başka devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına aykırı olacak şekilde yahut Birleşmiş Milletler örgütünün amaçları ile örtüşmeyecek bir tarzda kuvvet kullanmalarını ve kuvvet kullanımı tehdidinde bulunmalarını yasaklanmaktadır. Birleşmiş Milletler Antlaşması kuvvet kullanma yasağına dair istisnai durumları da düzenlenmektedir. Bu istisnalardan birini teşkil eden meşru müdafaa hakkı, Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 51'de düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hiçbir hükmü üye devletlerden biri silahlı saldırıya hedef olduğunda bu devletin Birleşmiş

leşme: KGAÖ Örneği", Küresel Eğilimler Serisi, 2013, s. 1; Ateş, Davut: Uluslararası Örgütler Devletlerin Örgütlenme Mantığı, Dora Yayıncılık, Bursa 2021, s. 363; Özsoy, Bahar: "NATO'nun Genişlemesi ve Kazakistan Olayları Bağlamında KGAÖ'nün Geleceği", RUSAD, Sayı 8, 2022, s. 103.

⁴ 1992 Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın metni için bkz. https://en.odkb-csto.org/documents/documents/dogovor_o_kollektivnoy_bezopasnosti/#loaded, (Erişim Tarihi: 02.02.2023). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Erhan, s. 78; Yesevi, s. 1-2; Ateş, s. 363; Özsoy, s. 108.

Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası barış ile güvenliğin korunması için alınması şart olan tedbirler alınana kadar, meşru müdafaa hakkını bireysel olarak veya kolektif şekilde kullanmasına engel teşkil etmez. Ancak, üye devletlerin meşru müdafaa hakkının kullanımı sırasında aldıkları önlemleri vakit geçirmeden Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca, üye devletlerin meşru müdafaa hakkının kullanımı sırasında aldıkları önlemler Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası barış ile güvenliğin korunması konusunda lüzumlu görülecek biçimde harekete geçilmesi görevi ile yetkisine etki etmez⁵.

Kolektif Güvenlik Antlaşması 5 yıl için yapılmıştır, 5 yıllık sürenin dolmasının ardından süresinin uzatılması için her bir taraf devlet ile ayrı protokoller yapılması kararlaştırılmıştır. 1999'da Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın süresinin uzatılmasına dair protokolü Azerbaycan, Özbekistan ve Gürcistan imzalamamıştır. Azerbaycan, Özbekistan ve Gürcistan'ın Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın süresinin uzatılmasına dair protokolü imzalamaması ile bu uluslararası antlaşma çerçevesinde oluşturulan kolektif güvenlik mekanizması oldukça etkisiz hale gelmiştir⁶.

'11 Eylül 2001 saldırısının ardından ABD tarafından Afganistan'a karşı bir operasyon düzenlemesi⁷, Özbekistan gibi devletlerde askeri üsler oluş-

⁵ Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Keskin**, Funda: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1998; **Başeren**, Sertaç Hami: Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2003; **Bozkurt**, Enver: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, Asil Yayıncılık, Ankara 2007.

⁶ **Erhan**, s. 78; **Yesevi**, s. 2; **Ateş**, s. 363; **Özsoy**, s. 108.

⁷ 11 Eylül 2001 tarihinde El-Kaide isimli terör örgütünün üyeleri 4 adet yolcu uçağını ele geçirmek suretiyle Dünya Ticaret Merkezi'ne ve Pentagon'a saldırılar düzenlemiştir. Bu saldırılar sonucunda yaklaşık 3000 kişi yaşamını yitirmiştir. Saldırıların sonrasında ABD Afganistan'daki Taliban yönetiminden saldırılardan sorumlu olan El-Kaide terör örgütünün liderini teslim etmesini, El-Kaide terör örgütünün teslim olmasını ya da sınır dışına çıkarılmasını talep etmiştir. Taliban yönetiminin bu taleplere karşılık vermemesi üzerine 7 Ekim 2001'de ABD İngiltere ile birlikte Afganistan operasyonuna başlamıştır. ABD bu operasyonu terörizme karşı meşru müdafaa çerçevesinde açıklamıştır. ABD tarafından Afganistan'a yönelik olarak düzenlenen operasyon ile terörizme karşı meşru müdafaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Topal**, Ahmet Hamdi: Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005; **Byres**, Michael (çev. Hasret Dikici Bilgin); Soykırımdan Son Kırma Savaş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2007, s. 84-97; **Örnek**, Serdar: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı 1991 ve 2003 Irak Harekatları, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 174-190.

turması gibi gelişmeler bölge devletleri açısından güvenlik ile ilgili kaygıları beraberinde getirmiştir. Bölge devletleri hem kendi içlerinden hem de bölge dışından gelebilecek tehlikelere karşı yeni bir güvenlik örgütü oluşturma gayreti içine girmiştir. Bu gelişmeler ve Rusya'nın bölgede ABD ve NATO etkisini dengeleme çabaları sonucunda 7 Ekim 2002 tarihinde KGAÖ'nün kurucu uluslararası antlaşması Rusya, Ermenistan, Tacikistan, Belarus, Kazakistan ve Kırgızistan devletleri tarafından imzalanmıştır⁸.

Uluslararası örgütlerin kuruluş amaçları ve yapıları gibi kuruluş aşamaları da farklılaşabilmektedir. Bu çerçevede, uluslararası örgütlerin kuruluşu aşamalı olarak gerçekleşebilmektedir. Soğuk Savaş sırasında batı ile doğu blokları arasındaki iletişimi sağlamak, sorunları ele almak için bir forum olarak 1975 yılında oluşturulan Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı 1994 yılında bir uluslararası örgüt olarak Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı'na dönüşmüştür⁹. KGAÖ'nün kuruluşu da bir anlamda aşamalı olarak gerçekleşmiştir. 1992'de yapılan Kolektif Güvenlik Antlaşması yaşanan gelişmeler sonucunda yerini bir uluslararası örgüt olan KGAÖ'ye bırakmıştır¹⁰.

2. KGAÖ Şartı

Uluslararası örgütlerin kuruluşu aşamasında devletlerin uluslararası örgütleri kurmaya yönelik iradelerini kurucu antlaşmalar, ortak bildiriler ya da paralel hukuki işlemler ile açıklaması mümkündür. Uluslararası örgütlerin kuruluşu konusunda bu yöntemler içerisinde en çok tercih edileni bir kurucu antlaşma yapılmasıdır. Kurucu antlaşmalar uluslararası örgütlerin amaç ve ilkeleri, organları, yetkileri, sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi veren uluslararası antlaşmalardır¹¹. KGAÖ, kurucu antlaşma ile kurulmuş bir uluslararası örgüttür¹².

⁸ Erhan, s. 79-80; Yesevi, s. 2; Ateş, s. 363-364; Özsoy, s. 108.

⁹ Uluslararası örgütlerin kuruluşunun aşamalı olarak gerçekleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Başak, Cengiz: Uluslararası Örgütler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 67-69.

¹⁰ KGAÖ'nün bir uluslararası antlaşmadan bir uluslararası örgüte dönüşmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 04.02.2023).

¹¹ Uluslararası örgütlerin kuruluşu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meray, Seha L.: Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1977, s. 264-265; Eroğlu, Hamza: Devletler Umumi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1984, s. 139; Başak, s. 67-69; Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 113-114; Çağırın, Mehmet Emin: Uluslararası Örgütler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 115-139; Sur, Melda: Uluslararası Hukukun

KGAÖ Şartı'nda örgütün amaç ve ilkeleri, organları, yetkileri hakkında ve benzeri konularda ayrıntılı bilgi yer almaktadır. Bu uluslararası antlaşma 29 madde ve 10 bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde KGAÖ'nün kuruluşu, ikinci bölümde amaçlar ve ilkeler, üçüncü bölümde aktivite hatları, dördüncü bölümde örgütün organları, beşinci bölümde genel sekreter, altıncı bölümde üyelik, yedinci bölümde gözlemciler, sekizinci bölümde hukuki yeterlilik, dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, dokuzuncu bölümde finansman ve onuncu bölümde nihai hükümler düzenlenmektedir. KGAÖ Şartı 2003'te yürürlüğe girmiştir. Bu uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmesi ile ilgili düzenleme 26. maddede bulunmaktadır. Düzenleme bağlamında, uluslararası antlaşma onaya tabidir ve imzacı devletlerin sonuncusu yazılı onay bildirimini depozitere ulaştırdığı tarihte yürürlüğe girecektir. Depoziter her bir onay bildirimini aldığı anda imzacı devletleri bilgilendirmelidir. KGAÖ Şartı yürürlüğe girmesinin ardından 2003'te Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne tescil edilmiştir. Bu uluslararası antlaşmanın tescili ile ilgili düzenleme 29. maddede bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, uluslararası antlaşma Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 102. maddesine göre Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne tescil edilmelidir¹³.

2002'de imzalanan KGAÖ Şartı esasen Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın güncellenmiş bir örneğini teşkil etmektedir. KGAÖ ile Kolektif Güvenlik Antlaşması arasındaki en önemli fark Bağımsız Devletler Topluluğu ile ilişkiye dairedir. KGAÖ Şartı, Bağımsız Devletler Topluluğu ve yeni kurulan uluslararası örgüt arasında bir ilişki kurmamıştır. KGAÖ, Bağımsız Devletler Topluluğu'ndan ayrı ve bağımsız bir uluslararası örgüt olarak kurulmuştur¹⁴.

Uluslararası örgütler hükümetler arası ile hükümet dışı uluslararası örgütler olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulabilmektedir. Bu ayrım bağlamında hükümetler arası örgütler; devletler tarafından kurucu antlaşma ile kurulan, kurucu devletlerden ayrı aynı zamanda bağımsız olan, uluslararası hukuk kişiliği konusunda tartışma olmayan, kendi organları ve düzenlemeleri olan

Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 171-172; **Shaw**, Malcolm N.: International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 1149-1152.

¹² KGAÖ Şartı başka bir ifade ile, KGAÖ'nün kurucu antlaşması için bkz. https://en.odkb-csto.org/documents/documents/ustav_organizatsii_dogovora_o_kollektivnoy_bezopasnosti_/#loaded, (Erişim Tarihi: 01.08.2023).

¹³ KGAÖ Şartı hakkında detaylı bilgi için bkz. https://en.odkb-csto.org/documents/documents/ustav_organizatsii_dogovora_o_kollektivnoy_bezopasnosti_/#loaded, (Erişim Tarihi: 01.08.2023).

¹⁴ **Ateş**, s. 364.

uluslararası hukuk kişileridir. Hükümet dışı örgütler ise kişisel çıkarların ya da grup çıkarlarının ulusal sınırların dışına çıkması sonucu gerçek ya da tüzel kişiler tarafından oluşturulan, asıl amacı kar elde etmek olmayan, şiddeti araç olarak benimsemeyen uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmayan yapılardır¹⁵. KGAÖ, devletler tarafından kurucu antlaşma ile kurulmuş, kendini kuran devletlerden ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olan, kendi organları ve düzenlemeleri olan bir hükümetler arası örgüttür ve uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir.

Genel olarak devletler uluslararası örgütlere üye olarak kabul edilmektedir. Uluslararası örgütlere üyelik, üye devletlere uluslararası örgütlerin her türlü faaliyetine katılabilme imkanı vermektedir. Uluslararası örgütlere üyelik aynı zamanda, üyelikten kaynaklanan bütün hak ve yükümlülüklerle sahip olabilmeyi ifade etmektedir. Uluslararası örgüt üyeleri arasında kurucu üyeler ve sonradan katılan üyeler ayrımı yapılabilmektedir. Kurucu üyeler, uluslararası örgütlerin kuruluşu aşamasında yer alan ve kurucu antlaşmayı imzalayan devletlerdir. Sonradan katılan üyeler ise uluslararası örgütler kurulduktan sonra kurucu antlaşmalarda yer alan şartları yerine getirmek suretiyle uluslararası örgütlere üye olan devletlerdir¹⁶. KGAÖ'ye 6 devlet üyedir.

¹⁵ Uluslararası örgütlerin tanımı, uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği ve uluslararası örgütler arasında yapılan hükümetler arası ve hükümet dışı örgütler ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelik**, Edip F.: Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 259; **Malanczuk**, Peter: Akehurst's Modern Introduction to International Law, Routledge, London and New York 1997, s. 91-100; **Brownlie**, Ian: Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York 2002, s. 678-681; **Başak**, s. 43-45; **Hüseynov**, Lətif: Beynəlxalq Hüquq, Qanun Nəşriyyatı, Bakı 2012, s. 119-120; **Pazarcı**, s. 112-115; **Çalış**, Şaban: "Uluslararası Örgütler: Kavramlar, Kurumlar, Kuramlar ve Tarihi Başlangıçlar", Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya 2018, s. 13-46; **Aksar**, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 220-223; **Çağırın**, s. 5-13; **Sur**, 167-173; **Bozkurt**, Enver/**Poyraz**, Yasin/**Erdal**, Selcen: Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 135-141; **Hurd**, Ian: International Organizations Politics, Law, Practice, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 33-34; **Shaw**, s. 1143-1148. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı'nın Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Hakkındaki Danışma Görüşü için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/case/4/> (Erişim Tarihi: 11.02.2023). Danışma Görüşü konusunda detaylı bilgi için bkz. **Slomanson**, William R.: Fundamental Perspectives on International Law, Wadsworth, Boston 2011, s. 126-128; **Aksar**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 249-256.

¹⁶ Uluslararası örgütlere üyelik ve uluslararası örgüt üyeleri arasında yapılan ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak**, s. 117-124; **Denk**, Erdem: Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 59-62; **Reçber**,

Bu devletler; Rusya, Ermenistan, Tacikistan, Belarus, Kazakistan ve Kırgızistan'dır¹⁷. KGAÖ'ye üye devletler esasen bu örgütün kuruluşu aşamasında yer alan ve KGAÖ Şartı'nı imzalayan kurucu üyeleridir.

Uluslararası örgüt üyeliğinin sona ermesi, üyelikten çıkarma ve çekilme yoluyla gerçekleşebilmektedir. Üyelikten çıkarma üye devletler açısından üyelikten kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde uygulanabilecek bir yaptırım olarak değerlendirilebilir. Üyelikten çıkarma yoluna başvurulacağı zaman uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmaları ile getirilen düzenlemelere uygun davranılması gerekmektedir. Üyelikten çekilme durumunda ise yine uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarında bu konu ile ilgili olarak getirilen düzenlemelere uygun davranılması gerekmektedir¹⁸. Özbekistan 2006'da örgüte üye olmuş ancak, 2012'de üyelikten çekilmiştir¹⁹. Özbekistan'ın KGAÖ üyeliğinden çekilmesinin uluslararası örgüt üyeliğinin sona ermesi ve üyelikten çekilme başlığı altında değerlendirilmesi gerekmektedir. KGAÖ'nün üyelikten çekilme ile ilgili düzenlemesi KGAÖ Şartı'nın 19. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre üye devletler üyelikten çekilme hakkına sahiptir. Üye devletler üyelikten kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra, çekilme tarihinden en geç altı ay önce resmi çekilme bildirimini depozitere göndermelidir. Üyelikten çekilme prosedürü örgütün organlarından biri olan Konsey tarafından onaylanan bir hüküm ile belirlenir²⁰.

KGAÖ, bütün devletlerin üye olabileceği bir uluslararası örgüttür. 2007 yılında İran'ın örgüte üyeliği konusu gündeme gelmiştir ve örgüt yetkilileri örgütün bütün devletlerin üyeliğine açık olduğunu belirtmiştir. Ancak, takip eden süreçte İran'ın örgüte üyeliği ile ilgili bir gelişme yaşanmamıştır. İran'dan başka bir devlet de örgüte üye olmaya ilişkin bir talebini bugüne kadar açıklamamıştır. Bununla birlikte, İsrail ve Hindistan gibi esasen bölge dışından olan devletlerin bu örgüt ile ilgilendikleri ifade edilmektedir²¹.

Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, Bursa 2016, s. 244-247; **Çağırın**, s. 167-177; **Sur**, s. 180-181.

¹⁷ KGAÖ'ye üye devletler için bkz. <https://en.odkb-csto.org/>, (Erişim Tarihi: 02.02.2023). Bu konu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Erhan**, s. 79; **Yesevi**, s. 2; **Ateş**, s. 364; **Özsoy**, s. 108.

¹⁸ Uluslararası örgüt üyeliğinin sona ermesi, üyelikten çıkarma ve çekilme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak**, s. 124-129; **Çağırın**, s. 197-211; **Shaw**, s. 1174.

¹⁹ **Erhan**, s. 80; **Yesevi**, s. 6-7; **Ateş**, s. 364; **Özsoy**, s. 104.

²⁰ Özbekistan'ın KGAÖ ile ilişkisi ve üyelikten çekilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Güher**, Aytaç: KGAÖ ve Özbekistan, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde 2018.

²¹ **Ateş**, s. 367; **Özsoy**, s. 104.

Uluslararası örgütler yeni üye kabulünün kolay ya da zor olmasına göre açık ve kapalı uluslararası örgütler ayrımına tabi tutulabilmektedir. Açık uluslararası örgütler yeni üye kabulünün kolay olduğu uluslararası örgütlerdir. Kapalı uluslararası örgütlere ise yeni bir üyenin kabul edilmesi zordur²². Yeni üye kabulü ile ilgili düzenleme KGAÖ Şartı'nın 19. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, örgütün amaç ve ilkelerini paylaşan, örgütün Şartı'nda ve örgüt çerçevesinde yürürlükte olan diğer uluslararası antlaşmalarda ve kararlarda yer alan yükümlülükleri üstlenmeye hazır bütün devletler örgüte üye olabilir. Örgüte yeni üye kabulü ile ilgili karar örgütün bir organı olan Kolektif Güvenlik Konseyi tarafından alınmalıdır. KGAÖ Şartı'nda örgüte yeni üye kabulü ile ilgili olarak yer alan düzenleme ve KGAÖ'ye yeni üye kabulü ile ilgili olarak yapılan açıklamalar bu örgütün yeni üye kabulü için yerine getirilmesi zor şartlar aramayan açık bir uluslararası örgüt olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymaktadır.

B. KGAÖ'nün Temel Esasları ve Yapısı

1. KGAÖ'nün Amaç ve İlkeleri

KGAÖ Şartı'nın 3. maddesinde örgütün amaçları sayılmaktadır. KGAÖ Şartı ile getirilen düzenlemeye göre örgütün amaçları arasında: hem barışın hem de uluslararası ve bölgesel güvenlik ile istikrarın kuvvetlendirilmesi, örgüte üye olan devletlerce sahip olunan bağımsızlığın, egemenliğin ve toprak bütünlüğünün muhafaza edilmesi yer almaktadır²³.

Uluslararası örgütler belirli amaçları yerine getirmek için kurulan, kuruluş amaçları ile sınırlı başka bir ifade ile, fonksiyonel uluslararası hukuk kişiliğine sahip olan yapılardır. Uluslararası örgütlerin hepsi farklı kuruluş amaçlarını yerine getirmek için kurulmaktadır. İlk uluslararası örgütler daha çok teknik amaçları gerçekleştirmek için kurulmuşken, özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları'ndan sonra siyasi amaçlar için önemli ve etkili uluslararası örgütler kurulmuştur²⁴. KGAÖ de bütün uluslararası örgütler gibi

²² Açık ve kapalı uluslararası örgütler ayrımı ile uluslararası örgütlere üyelik usulleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak**, s. 52-53; **Çağırın**, s. 182-188.

²³ **Erhan**, s. 80; **Yesevi**, s. 1; **Ateş**, s. 365; **Özsoy**, s. 108.

²⁴ Uluslararası örgütlerin amaçları ile tarihsel olarak gelişim süreçleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Gönlübol**, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 9-70; **Meray**, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1975, s. 165-167; **Gönlübol**, Mehmet: Uluslararası Politika İlkeler – Kurumlar – Kavramlar, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 471-481; **Başak**, s. 63-67; **Bennet**, A. LeRoy/Oliver, James K. (çev. Nasuh Uslu); Uluslararası

belirli amaçları gerçekleştirmek için kurulmuştur ve fonksiyonel bir uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir.

KGAÖ'ye üye devletler örgütün amaçlarından bahsederken bu örgütün NATO'ya karşı kurulmadığını aksine NATO ile iş birliği yapmaya hazır olduklarını, NATO ile iş birliği ederek bölgesel güvenliğe katkı sunmak istediklerini belirtmektedir. Örgüt üyeleri NATO ile iş birliği etmek istedikleri konular arasında uyuşturucu trafiği, yasadışı göç, terörizm gibi konuların yer aldığını da ifade etmektedir. Örgüt tarafından resmi düzeyde yapılan açıklamalar bu yönde olmasına rağmen, örgütün esasen bölgedeki ABD ve NATO etkisini dengelemek amacıyla Rusya tarafından kurulup kullanıldığı açıktır²⁵.

KGAÖ Şartı'nın 4. 5. ve 6. maddelerinde örgütün amaçlarını gerçekleştirmeye çalışırken uyacağı ilkeler sayılmaktadır. KGAÖ'nün amaçlarını gerçekleştirmeye çalışırken uyacağı ilkeler arasında; üye devletlerin bağımsızlığına saygı, katılımın gönüllülük esasına dayalı olması, eşit haklar ve sorumluluklar, üye devletlerin iç işlerine karışmama, üye devletlerin diğer uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerine halel getirilmemesi, üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kuvvet kullanma yoluna başvurulmaması ve tehdit içeren açıklamalar yapılmaması, üye devletlerin başka ittifaklara katılmaması yer almaktadır²⁶.

KGAÖ açısından üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kuvvet kullanma yoluna başvurulmaması ve tehdit içeren açıklamalar yapılmaması ilkesi özellikle önemlidir. Bu ilkenin bu kadar fazla önem arz etmesinin sebebi, üye devletler arasında ya da örgüte yeni üye olacak devletler arasında geçmişte yaşanmış sorunların tekrar ortaya çıkmasının muhtemel olmasıdır. Bu ihtimali dikkate alan KGAÖ üye devletler arasında kuvvete başvurmayı ilke olarak yasaklamaktadır. Üye devletlerin başka ittifaklara katılmaması ilkesi de KGAÖ'nün amaçlarını gerçekleştirmeye çalışırken uygun davranması gereken ilkeler arasında yer almaktadır. Bu ilke ile örgüte üye devletler arasında dayanışmanın artırılması, örgütlenmenin güçlendirilmesi hedeflenmektedir. KGAÖ'nün amaç ve ilkeleri incelendiğinde belirlenen amaç ve ilkelerin siyasi amaçlı uluslararası örgütler ile güvenlik örgütlerinin amaç ve ilkelerine benzer olduğu anlaşılmaktadır²⁷.

Örgütler, BB101 Yayınları, Ankara 2015, s. 515-527; **Doğan**, İlyas: Devletler Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 419-423; **Shaw**, s. 1149.

²⁵ **Erhan**, s. 82; **Ateş**, s. 365-366; **Özsoy**, s. 113.

²⁶ **Erhan**, s. 80; **Ateş**, s. 365; **Özsoy**, s. 109.

²⁷ **Ateş**, s. 365-366.

2. KGAÖ'nün Organları

Uluslararası örgütlerin amaçlarını gerçekleştirebilmeleri, görevlerini yerine getirebilmeleri, yetkilerini kullanabilmeleri ve sorumluluklarını üstlenebilmeleri için organlara ihtiyacı vardır. Uluslararası hukuk uluslararası örgütlerin organları ile ilgili sınırlandırıcı bir düzenleme getirmemektedir. Uluslararası örgütler ihtiyaç duydukları sayıda ve şekilde organlara sahip olabilmektedir. Uluslararası örgütlerin organları ana organlar ve yardımcı organlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ana organlar genel olarak uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarında sayılmaktadır. Uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarında ana organların yetki ve görevleri, ne şekilde ve kimlerden oluşacakları, nasıl karar alabilecekleri ile ilgili bilgiler de yer almaktadır. Uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan ana organlar arasında genel kurul, konsey ve sekreteryaya şeklinde adlandırılan organlar yer almaktadır. Yardımcı organların kurulması konusunda uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmaları ile düzenlemeler getirilebilmekte ve bu organları kurma yetkisi ana organlara verilebilmektedir²⁸.

KGAÖ'nün ana organları KGAÖ Şartı'nın 11. maddesinde sayılmaktadır. Bu düzenlemeye göre ana organlar arasında Kolektif Güvenlik Konseyi başta olmak üzere Dış İşleri ve Savunma Bakanları Konseyi yer almaktadır. Ayrıca, Güvenlik Konseyleri Sekreterleri Komitesi ile Daimi Konsey KGAÖ'nün ana organlarıdır. KGAÖ'nün daimi çalışma organları ise Sekreteryaya ve Ortak Karargah'tır. Örgütün parlamentolar arası iş birliği organı Parlamentolar Arası Asamble'dir. Sayılan organların görevleri ve çalışma usulleri örgütün Şartı ve diğer düzenleyici hukuki işlemleri ile belirlenmektedir²⁹.

Kolektif Güvenlik Konseyi ile ilgili düzenleme KGAÖ Şartı'nın 13. maddesinde yer almaktadır. Kolektif Güvenlik Konseyi, KGAÖ'nün üst düzey karar organıdır. Kolektif Güvenlik Konseyi, üye devletlerin devlet başkanlarının bir araya gelerek oluşturdukları zirveleri ifade etmektedir ve yılda en az bir defa toplanmaktadır. Kolektif Güvenlik Konseyi, örgütün amaçlarına ulaşması için gerekli kararları almaktadır ve bu konuda iş birliğini sağlamaktadır. Kolektif Güvenlik Konseyi toplantılarına üye devletlerin devlet başkanları ile birlikte dış işleri ve savunma bakanları ve güvenlik konseyleri sekreterleri, örgütün genel sekreteri, üye devletlerin örgüt bünyesindeki daimi temsilcileri ve davetli kişiler katılabilmektedir. Kolektif

²⁸ Uluslararası örgütlerin ana ve yardımcı organları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak**, s. 131-148; **Pazarcı**, s. 120-124; **Çağırın**, s. 294-333; **Sur**, s. 176-179.

²⁹ **Ateş**, s. 366-376.

Güvenlik Konseyi, sürekli ya da geçici olarak örgütün çalışma organlarını ve yardımcı organlarını oluşturma yetkisine sahiptir. Kolektif Güvenlik Konseyi Başkanı, aksi kararlaştırılmadıkça Konsey'in olağan toplantısının yapıldığı devletin başkanıdır³⁰.

Dış İşleri ve Savunma Bakanları Konseyi başta olmak üzere Daimi Konsey ile Güvenlik Konseyleri Sekreterleri Komitesi Kolektif Güvenlik Konseyi'ni tamamlayan organlardır. Başka alt konseyler ve komiteler de bu organa danışmanlık yaparak yardımcı olmaktadır fakat, bu yapılar karar alma konusunda yetki sahibi değildir. Kolektif Güvenlik Konseyi, KGAÖ'nün üst düzey karar organı olduğu için örgütün diğer organlarının bu organın aldığı kararları uygulaması gerekmektedir. Örgütün diğer organlarının ayrıca, Kolektif Güvenlik Konseyi'ne görev alanları ile ilgili konularda öneriler sunması gerekmektedir³¹.

KGAÖ Şartı'nın 14. maddesinde Dış İşleri Bakanları Konseyi ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Dış İşleri Bakanları Konseyi, dış politika alanında üye devletlerin etkileşiminin koordinasyonu konularında örgütün danışma ve yürütme organıdır. KGAÖ Şartı'nın 15. maddesinde Savunma Bakanları Konseyi ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Savunma Bakanları Konseyi, askeri politika, askeri yapılanma, askeri ve teknik iş birliği alanında üye devletlerin etkileşiminin koordinasyonu konularında örgütün danışma ve yürütme organıdır. KGAÖ Şartı'nın 16. maddesinde Güvenlik Konseyleri Sekreterleri Komitesi ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Güvenlik Konseyleri Sekreterleri Komitesi, üye devletlerin ulusal güvenliğinin sağlanması alanında üye devletlerin etkileşiminin koordinasyonu konularında örgütün danışma ve yürütme organıdır. KGAÖ Şartı'nın 16. maddesinde Daimi Konsey ile ilgili de bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Daimi Konsey, örgüt çerçevesinde iş birliği ile ilgilenen örgütün koordinasyon organıdır. Daimi Konsey, örgütün daimi çalışma organları ile birlikte, Kolektif Güvenlik Konseyi ve onu tamamlayan organlar tarafından alınan kararların uygulanmasını sağlamaktadır. Daimi Konsey, üye devletlerin devlet başkanları tarafından atanan daimi temsilcilerden oluşmaktadır ve Kolektif Güvenlik Konseyi tarafından onaylanan hükme uygun olarak görev yapmaktadır³².

³⁰ Erhan, s. 80-82; Ateş, s. 366; Özsoy, s. 109.

³¹ Erhan, s. 80-82; Ateş, s. 366; Özsoy, s. 109.

³² KGAÖ'nün organları konusunda detaylı bilgi için bkz. <https://en.odkb-csto.org/structure/>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

KGAÖ'nün Genel Sekreteri ile ilgili düzenleme KGAÖ Şartı'nın 17. maddesinde yer almaktadır. KGAÖ Şartı'nın 17. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, Genel Sekreter örgütün en yüksek idari görevlisidir. Genel Sekreter, Sekretarya'yı yönetmektedir ayrıca örgütün daimi çalışma organlarının faaliyetlerinin koordinasyonunu sağlamaktadır. Genel Sekreter Kolektif Güvenlik Konseyi kararı ile 3 yıl için atanmaktadır ve Kolektif Güvenlik Konseyi'ne karşı sorumludur. Genel Sekreter; Kolektif Güvenlik Konseyi'nin, Dış İşleri ve Savunma Bakanları Konseyi'nin ayrıca, Daimi Konsey'in ve Güvenlik Konseyleri Sekreterleri Komitesi'nin toplantılarına katılmaktadır. Genel Sekreter örgüt organlarının görüşüne sunulan taslak belgelerin geliştirilmesini ve onaylanmasını koordine etmekte, örgütü üye olmayan devletler, uluslararası örgütler ve medya nezdinde temsil etmekte ve bunlarla çalışma temaslarında bulunmaktadır. Genel Sekreter, KGAÖ Şartı, örgüt çerçevesinde kabul edilen diğer uluslararası antlaşmalar ve belgeler açısından depoziterdir³³.

Ortak Karargah ile ilgili düzenleme KGAÖ Şartı'nın 18. maddesinde yer almaktadır. Ortak Karargah, KGAÖ'nün üst düzey askeri organıdır. Ortak Karargah çalışmalarını Savunma Bakanları Konseyi'ne bağlı şekilde yürütmektedir. Ortak Karargah'ın görevleri arasında; KGAÖ'nün askeri stratejilerini belirlemek, hareket planlarını tespit etmek, ortak güvenlik ile ilgili gerekli saptamaları yapmak, üye devletlerin ordularının iş birliği ve eş güdümünü sağlamak, KGAÖ'nün askeri gücünün geliştirilmesi için çalışmak ve benzeri hususlar yer almaktadır. KGAÖ'nün savunma bölgeleri Doğu Avrupa, Kafkasya ve Orta Asya şeklinde farklı bölgelere ayrılmaktadır. Her savunma bölgesi için geniş ölçekli olmayan, acil durumlarda müdahalede kullanılabilecek sınırlı kapsamdaki ortak birlikler bulunmaktadır. Ortak Karargah üye devletlerin örgüt bütçesine yaptıkları katkılarla orantılı olarak üye devletlerin askeri görevlilerinden ve bir sözleşme kapsamında rekabetçi bir temelde istihdam edilen üye devletlerin vatandaşlarından oluşmaktadır. Ortak Karargah'ın görevleri, yapısı, üyelik ve örgütsel ilkeleri Kolektif Güvenlik Konseyi tarafından onaylanan bir hüküm ile belirlenmektedir. Ortak Karargah Rusya Federasyonu, Moskova'dadır. Ortak Karargah'ın Rusya Federasyonu topraklarında kalma koşulları ilgili uluslararası antlaşma temelinde düzenlenmektedir³⁴.

Parlamentolar Arası Asamble üye devletlerin parlamentolarından gelen temsilcilerden oluşmaktadır. Parlamentolar Arası Asamble'nin kararları tav-

³³ Erhan, s. 81-82; Ateş, s. 366; Özsoy, s. 109.

³⁴ Erhan, s. 81; Yesevi, s. 2; Ateş, s. 366-367; Özsoy, s. 109-110.

siye niteliğindedir³⁵. Parlamentolar Arası Asamble'nin kurulmasına 2006 yılında karar verildikten sonra 2010'da Parlamentolar Arası Asamble Kolektif Güvenlik Konseyi kararı ile KGAÖ Şartı'na parlamentolar arası iş birliği organı olarak eklenmiştir. Parlamentolar Arası Asamble'nin ana çalışma şekli kural olarak yılda en az bir defa yapılan genel kurul toplantıdır, olağanüstü genel kurul toplantıları da düzenlenebilmektedir. Parlamentolar Arası Asamble'nin faaliyetleri Başkanı ve parlamento başkanlarından oluşan Konsey tarafından organize edilmektedir. Konsey toplantıları hem St. Petersburg'da hem de üye devletlerin başkentlerinde yapılmaktadır. Parlamentolar Arası Asamble'nin çalışma organları üç daimi komisyondur. Bu komisyonlar; siyasi meseleler ile uluslararası iş birliği, savunma ile güvenlik, hukuki ile sosyoekonomik meseleler hakkındadır. Parlamentolar Arası Asamble'nin sürekli çalışan organı Sekreterlik'tir³⁶.

C. KGAÖ'nün Faaliyetleri

1. KGAÖ'nün Gerçekleştirdiği Sınırlı Faaliyetler

KGAÖ bugüne kadar ciddi faaliyetler gerçekleştirememiştir. KGAÖ, faaliyetleri çerçevesinde genel olarak belirlediği üç savunma bölgesinde Rusya öncülüğünde üye devletlerin katılımı ile askeri tatbikatlar gerçekleştirmekte ve böylece üye devletlerin askeri birliklerinin arasındaki iş birliğini geliştirmeyi hedeflemektedir. KGAÖ'nün faaliyetleri genel olarak incelendiğinde, örgütün Rusya tarafından politikalarını uygulayan bir araç olarak kullanıldığı ve örgütün faaliyetlerinin üye devletlerin gerçekleştirdiği ortak askeri tatbikatlar ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır³⁷.

Rusya 2008'de Gürcistan'da yaşanan gelişmeler bağlamında üye devletlerin Güney Osetya ve Abhazya'nın bağımsızlığını tanımaları için KGAÖ'yü devreye sokabileceğine dair açıklamalar yapmıştır. Ancak, üye devletlerden biri olan Belarus Rusya'nın bu açıklamalarına tepki göstermiş,

³⁵ Erhan, s. 82; Ateş, s. 366; Özsoy, s. 110.

³⁶ Parlamentolar Arası Asamble hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2023); https://en.odkb-csto.org/authorized_organs/parliamentary_assembly/, (Erişim Tarihi: 02.03.2023).

³⁷ Ateş, s. 367; Özsoy, s. 111. KGAÖ ve örgütün Rusya'nın politikalarını uygulayan araç olarak kullanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Torun, Abdullah: "Bölgesel Hegemonyanın Bir Aracı Olarak KGAÖ", Orta Asya ve Kafkasya Araştırmaları Dergisi, Cilt 9, Sayı 19, 2015, s. 1-23. KGAÖ'nün etkili bir uluslararası örgüt olamamasının sebepleri ve bu konu ile ilgili öneriler için bkz. Kydyralieva, Saltanat/Abdibaitova, Burulkan: "KGAÖ'nün Merkezi Asya'daki Etkinsizliği", Bilge Strateji, Cilt 10, Sayı 18, 2018, s. 93-109.

bu durum iki üye devlet arasında soruna sebep olmuş ve bu doğrultuda Rusya Belarus'a ekonomik yaptırımlar uygulamıştır. Daha sonraki süreçte ise Rusya Gürcistan'a müdahale etmiş ve KGAÖ'yü bu konunun dışında tutmuştur³⁸.

2010'da Kırgızistan'da Kırgızlar ve Özbek azınlıklar arasında çeşitli etnik çatışmalar yaşanmıştır. Kırgızistan, yaşanan etnik çatışmaları önlemek konusunda başarısız olmuş ve konuyu KGAÖ gündemine taşımış, örgütün olaylara müdahale etmesini talep etmiştir. Rusya ise Kırgızistan'da yaşanan etnik çatışmaların Kırgızistan'ın iç işi olduğunu ve örgütün bu olaylara müdahale edemeyeceğini belirtmiştir. Bu tutum, örgütün bölgesel barış ve güvenliğin sağlanması konusundaki etkinliği ile ilgili tartışmaları beraberinde getirmiştir. Örgüte etkinliği ile ilgili olarak getirilen eleştirilerin ardından örgütün artık sadece üye devletlere dışarıdan gelen tehditlerle mücadele etmeyeceği, üye devletlere yönelik iç tehditler ile de mücadele edeceği kabul edilmiştir. Bu durum, örgütün etkinliği ile ilgili olarak ileri sürülen eleştirilerin bertaraf edilmesi açısından önem arz etmektedir³⁹.

Uluslararası örgütler amaçlarına ulaşmak için çalışırken ve faaliyetlerini gerçekleştirirken başka uluslararası örgütler ile de ilişki kurabilmektedirler. Uluslararası örgütler arasındaki ilişkiler ile aralarında iş birliği ve eşgüdümün sağlanması böylece, uluslararası örgütlerin amaçlarına ulaşmasının kolaylaştırılması hedeflenmektedir⁴⁰. 2007'de Şangay İş Birliği Örgütü ve KGAÖ arasında bir iş birliği antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşma ile iki uluslararası örgütün güvenlik, uluslararası suçlar ve uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadele konularında iş birliği yapacağı ifade edilmiştir. KGAÖ'nün Şangay İş Birliği Örgütü ile ilişkileri bu uluslararası örgütler arasında iş birliği ve eşgüdümü sağlamayı böylece, bu uluslararası örgütlerin amaçlarına ulaşmasını kolaylaştırmayı hedeflemektedir⁴¹. KGAÖ'nün iş birliği içinde olduğu uluslararası örgütlerden biri de Birleşmiş Milletler'dir⁴².

³⁸ **Erhan**, s. 83; **Ateş**, s. 368.

³⁹ **Nikitina**, Yulia: "The Collective Security Treaty Organization through the Looking Glass", Problems of Post-Communism, Cilt 59, Sayı 3, 2012, s. 41-52; **Erhan**, s. 83; **Yesevi**, s. 3-4; **Ateş**, s. 368; **Özsoy**, s. 112-118.

⁴⁰ Uluslararası örgütlerin diğer uluslararası örgütlerle ilişkileri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Başak**, s. 196-201.

⁴¹ **Erhan**, s. 82; **Yesevi**, s. 9; **Ateş**, s. 367. Şangay İş Birliği Örgütü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karluk**, s. 606-609; **Doğan**, Fazlı: "Şanghay İşbirliği Örgütü", Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya 2018, s. 471-502.

⁴² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda Birleşmiş Milletler ve KGAÖ arasındaki iş birliği konusunda alınan karar için bkz. <https://en.odkb-csto.org/documents/documents/>

2. KGAÖ'nün Faaliyetlerinin Değerlendirilmesi

KGAÖ'nün faaliyetleri ve işleyişi incelendiğinde bu uluslararası örgütün Rusya'nın SSCB sonrasında SSCB topraklarındaki gücünün korunması ve kalıcı kılınması amacı ile kurulmuş bir uluslararası örgüt olduğu anlaşılmaktadır. Rusya'nın KGAÖ içindeki baskın konumu net olarak görülebilmektedir. Bu durum, örgüte üye devletler açısından zaman zaman sorun teşkil edebilmektedir. Örgüte üye devletler arasında da çözülmemiş sorunlar bulunmaktadır. Bahsedilen hususlar örgütün faaliyetlerinin yeterince etkili olamamasının en önemli sebepleri arasında yer almaktadır⁴³.

Yukarıda bahsedilen hususlara rağmen, KGAÖ üye devletler arasında ortak askeri kuvvetler oluşturulmasını, kolektif güvenliğin sağlanmasını hedefleyen bu amaçları kısmen de olsa gerçekleştiren hem uluslararası hem de bölgesel politikalar bakımından önemli olan ve gelecekte önemi artabilecek kolektif güvenliğe ilişkin bir uluslararası örgüttür. KGAÖ'nün 2022 yılında Kazakistan'da meydana gelen olaylara müdahalesi, örgüt tarihinde üye devletlere barış gücü gönderilmesinin ilk örneğidir ve örgütün gelecekte daha etkili olabileceğine işaret etmektedir. NATO'nun genişlemesine karşı da Rusya'nın gelecekte örgütü daha etkili kılması söz konusu olabilecektir⁴⁴.

II. ERMENİSTAN'IN KGAÖ'YÜ II. DAĞLIK KARABAĞ SAVAŞI'NA DAHİL ETMEYE YÖNELİK EYLEMLERİ

A. II. Dağlık Karabağ Savaşı

1. Dağlık Karabağ ile İlgili Uluslararası Sorun ve I. Dağlık Karabağ Savaşı'na Dönüşmesi

Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorun, Ermenistan'ın topraklarını genişletmeye yönelik taleplerinden kaynaklanan bir sorundur. Ermenistan'ın toprak talepleri Karabağ olarak adlandırılan bölgenin dağlık kısmı ile ilgilidir⁴⁵. Ermenistan, bu bölgenin geçmişte kurulmuş büyük bir Ermenistan

rezolyutsiya-o-sotrudnichestve-organizatsii-obedinennykh-natsiy-s-organizatsiey-dogovora-o-kollektiv/#loaded, (Erişim Tarihi: 28.04.2023). KGAÖ'nün etkileşim halinde olduğu diğer uluslararası örgütler için bkz. https://en.odkb-csto.org/international_org/, (Erişim Tarihi: 28.04.2023).

⁴³ Erhan, s. 78-79; Yesevi, s. 10; Ateş, s. 369; Özsoy, s. 113.

⁴⁴ Yesevi, s. 8-9; Ateş, s. 369; Özsoy, s. 115-120.

⁴⁵ Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorununun sebepleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Aslanlı, Araz: Yeni Küresel Mücadele ve Karabağ Sorunu, Eko Avrasya Yayınları, Ankara 2013, s. 9-11; Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat: "Karabağ Sorunu: Dondurulmuş Yapaylıktan Kaçınılmaz Çözüme", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.),

devletinin parçası olduğunu ileri sürmektedir. Ermenistan'a göre bu bölge SSCB döneminde hukuka aykırılık teşkil edecek şekilde Azerbaycan'a verilmiştir. Azerbaycan'a göre ise bu bölge tarihte hiçbir zaman Ermenilere ait olmamıştır, bu bölge tarih boyunca Azerbaycan'a ait olmuştur. Ancak, bölgenin nüfusu Rus İmparatorluğu tarafından oluşturulan ve uygulanan politikalar ile Ermenilerin lehine farklılaştırılmıştır⁴⁶. Ermenistan'a göre Dağlık Karabağ'da yaşayan Ermenilerin self determinasyon hakkı vardır. Self determinasyon hakkı bağlamında bu kişilerin bağımsız olmaları şarttır. Azerbaycan devleti tarafından ileri sürülen görüşlere göre ise, Dağlık Karabağ sorununun çözümü konusunda uti possidetis juris ile devletlerin ülkesel bütünlüğü ilkelerinin uygulanması gerekmektedir⁴⁷.

SSCB'nin parçalanmasını takip eden süreçte hem Azerbaycan hem de Ermenistan bağımsız devletlere dönüşmüştür. Bu aşamadan itibaren Dağlık Karabağ iki bağımsız devlet arasında yaşanan uluslararası bir sorun halini almıştır. 1992 yılında yaşanan gelişmelerin ardından ise sorun bağımsız iki devlet arasında yaşanan savaşa dönüşmüştür. I. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Eski Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi toprakları ek olarak, bu toprak-

Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 17-37; **İsmayilov**, Meşdi: "Karabağ'ın Ermenistan İçin Anlamı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 57-74.

⁴⁶ Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorunun tarihi boyutu çerçevesinde tarafların ileri sürdüğü görüşler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Dedeyev**, Bilal: "Dağlık Karabağ Sorunu'nun Tarihi Arka Planına Bakış", Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 15-33; **Strateji Araştırmalar Mərkəzi (SAM)**: The Nagorno-Karabakh Conflict a Historical & Legal Appraisal, Baku 2013, s. 5-26; **De Waal**, Thomas (çev. Didem Sone); Karabağ Barış ve Savaş Süreçlerinde Ermenistan ve Azerbaycan, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2014; **Aslanlı**, Araz: "Birinci Karabağ Şavaşının Nedenleri ve Sonuçları", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 118-126; **İşyar**, Ömer Göksel: "Karabağ'ın Tarihsel Arka Planı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 77-97.

⁴⁷ Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorununun uluslararası hukuk boyutu ile ilgili olarak tarafların ileri sürdüğü görüşler konusunda detaylı bilgi için bkz. **İbayev**, Vefaddin: "Dağlık Karabağ Şavaşının Siyasi ve Hukuki Boyutları", Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 35-64; **Krüger**, Heiko: The Nagorno-Karabakh Conflict a Legal Analysis, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2010, s. 40-92; **Aliyev**, Kamal Maikili: Nagorno-Karabakh Conflict in International Legal Documents and International Law, SAM, Baku 2013, s. 24-72; **Abdullahzade**, Cavid: Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 127-241.

ların etrafında yer alan yedi idari birim Ermenistan tarafından kontrol altına alınmış ve işgal edilmiştir. Savaş esnasında Ermenistan'ın kontrolüne geçen alan Azerbaycan'ın kara ülkesinin yaklaşık %20'sine denk gelmektedir. Ermenistan tarafından gerçekleştirilen I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasındaki eylemler işgal ile sınırlı kalmamıştır ve Ermenistan savaş esnasında insancıl hukuk kurallarını da ihlal etmiştir⁴⁸. Rusya gibi çeşitli devletlerin arabuluculuğu ile imzalanmış Ateşkes Antlaşması sonucu savaş 1994 yılında sona ermiştir⁴⁹. I. Dağlık Karabağ Savaşı nedeniyle yaşamını kaybetmiş Azerbaycanlılar yaklaşık olarak 20.000 kişidir. I. Dağlık Karabağ Savaşı nedeniyle çeşitli şekillerde yaralanmış Azerbaycanlılar yaklaşık 50.000 kişidir, esir alınmış Azerbaycanlılar ise yaklaşık 5.000 kişidir. Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorun ve dönüştüğü savaş nedeniyle toplamda bir milyon Azerbaycanlı yaşadıkları yerlerden çeşitli şekillerde ayrılmak zorunda kalmıştır⁵⁰.

⁴⁸ I. Dağlık Karabağ Savaşı ile Ermenistan'ın savaş esnasında gerçekleştirdiği insancıl hukuk ihlalleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Reha: "Dağlık Karabağ Şavaşının İnsan Hakları Açısından Analizi", Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 65-124; **Hazır**, Ümit Nazmi: "Karabağ'ın İşgali ve Yansımaları", Özarslan, Bahadır Bumin (ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 121-140; **Shaw**, Malcolm/**Hart**, Naomi: Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia's Responsibility, Red N Line, Baku 2020.

⁴⁹ I. Dağlık Karabağ Savaşı'nı sonlandıran Ateşkes Antlaşması için bkz. <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Bishkek%20Protocol.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.04.2023).

⁵⁰ Dağlık Karabağ ile ilgili uluslararası sorun ve I. Dağlık Karabağ Savaşı'nın ortaya çıkardığı Azerbaycanlı göçmenler ve yaşadıkları sorunlar konusunda detaylı bilgi için bkz. **International Crisis Group**: Tackling Azerbaijan's IDP Burden, <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/azerbaijan/tackling-azerbaijan-s-idp-burden>, (Erişim Tarihi: 02.06.2022); **Oğan**, Sinan: "Yüzyılın Dramı-Azerbaycan'da Göçmen (Kaçkın) Sorunu", Avrasya Dosyası Azerbaycan Özel Sayı, Cilt 7, Sayı 1, 2001, s. 431-543; **Seferov**, Rehman/**Akış**, Ayhan: "Karabağ Savaşı ve Bağımsızlık Sonrası Yaşanan Sorunların Azerbaycan'daki Göçe Etkileri", Bayram, Fatih/Yılmaz, Şakir (ed.), Avrasya Etüdleri, TC BAŞBAKANLIK Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006, s. 207-224; **Yeşilot**, Okan: "Karabağ Savaşının Sessiz ve Mağdur Tanıkları", Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 15, 2006, s. 85-92; **Seferov**, Rehman/**İbadov**, Adalet: "Ermenistan'ın Karabağ'ı İşgal Süreci ve Sonrasında Azerbaycan'da Yaşanan Zorunlu Göçler ve Sorunları", Selçuk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Edebiyat Dergisi, Sayı 18, 2007, s. 159-173; **Vermez**, Hüseyin: Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Problemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2007; **Özkul**, Osman/**Vermez**, Hüseyin: "Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Sorunları", Bilig, Sayı 51, 2009, s. 139-170.

1994 yılında imzalanan Ateşkes Antlaşması'nı takip eden süreçte Dağlık Karabağ sorunu dondurulmuş sorun halini almıştır. II. Dağlık Karabağ Savaşı'nın başlangıcına kadar Ateşkes Antlaşması Ermenistan tarafından dönem dönem ihlal edilmiştir. I. ve II. Dağlık Karabağ Savaşları arasında geçen süreçte Dağlık Karabağ sorununun barışçı şekilde çözülmesi için adımlar da atılmıştır. Dağlık Karabağ sorununun barışçı çözümü için görüşmeler yapılmış, Rusya ve ABD gibi devletlerin ve çeşitli uluslararası örgütlerin arabuluculuğuna başvurulmuştur. Bu bağlamda, Dağlık Karabağ sorununun aşamalı çözümü, toptan çözümü ve ortak devlet şeklinde çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Dağlık Karabağ sorununun barışçı şekilde çözülmesine yönelik çabalar esnasında Azerbaycan her zaman için öncelikle Ermenistan'ın işgalini sona erdirmesini, işgal nedeniyle yerlerinden edilen Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönmesini talep etmiştir. Uzun yıllar devam eden çabalara rağmen Dağlık Karabağ sorunu barışçı yollardan çözülememiştir ve ikinci savaş başlamıştır⁵¹.

2. II. Dağlık Karabağ Savaşı ve Savaşı Sonlandıran Ateşkes Antlaşması

İki savaş arasında geçen süre boyunca yaşanan en son çok büyük çaplı olmayan çatışma ve ateşkes ihlali 12 Temmuz 2020 tarihinde Ermenistan silahlı kuvvetlerince Azerbaycan ülkesel sınırları içinde yer alan Tovuz şehrine saldırılması ile başlamıştır. Tovuz'da başlayan çatışmalar 5 gün boyunca devam etmiş ve 17 Temmuz 2020'de bu çatışmalar durdurulmuştur. Tovuz çatışmalarını takip eden süreçte 27 Eylül 2020 tarihinde Ermenistan tarafından bu defa Azerbaycan'ın ülkesel sınırları içinde yer alan Terter şehrine saldırılmıştır ve böylece, I. Dağlık Karabağ Savaşı'nı sonlandıran Ateşkes Antlaşması çerçevesinde tesis edilen ateşkes rejimi sona ermiştir.

⁵¹ Dağlık Karabağ sorununun barışçı şekilde çözümü için iki savaş arasında geçen süre boyunca gerçekleştirilen eylemler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Abbasov**, Ali/**Xaçatryan**, Harutiun: Karabakh Conflict: Variants of Settlement: Concepts and Reality, AREAT, Baku 2006; **Aslanlı**, Araz: Qarabağ Problemi: Tarixi, Mahiyyəti, Həll Prosesi, Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Qeyri-Hökumət Təşkilatlarına Dövlət Dəstəyi Şurasının Araz Tədqiqatlar Mərkəzi, Baku 2009, s. 41-87; **Çaşın**, Mesut Hakkı/**Kısacık**, Sina: Kafkasya'da Azərbaycan-Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma-Barış Sarıcağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 66-106; **İsayev**, Tuğçe: "Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları ve Dağlık Karabağ Uyuşmazlığı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2020, s. 39-70; **Sarıkaya**, Yalçın/**Aslanlı**, Araz: "Karabağ Sorununda Diplomatik Müzakereler ve Minsk Süreci", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 141-166.

Terter saldırısı ve ateşkes rejiminin sona ermesi ile birlikte ikinci savaş resmen başlamıştır⁵².

Savaş tam olarak kırk dört gün sürmüştür; buradan hareketle, bu savaş 44 Gün Savaşı şeklinde de adlandırılmaktadır. Ermenistan savaş sırasındaki eylemleri ile 93 sivilin yaşamını kaybetmesine, 454 sivilin çeşitli şekillerde yara almasına, 13360 adet konutun veya konut dışındaki alanın zarara uğramasına, 346 adet ulaşım aracının hasar almasına, 1018 adet çiftlikte zarar ortaya çıkmasına neden olmuş ayrıca, orman yangınları çıkarmak suretiyle zarara sebep olmuştur. Savaş sonucunda Azerbaycan önemli bir zafer elde etmiş, işgal altındaki topraklarının önemli bir kısmını işgalden kurtarmıştır. Savaş 2020 yılının Kasım ayının 10. gününde farklı şekillerde de adlandırılan Ateşkes Antlaşması'nın imzalanması ile sonlanmıştır⁵³.

Ateşkes Antlaşması'nın imzalanması ve II. Dağlık Karabağ Savaşı'nın sona ermesi Rusya'nın arabuluculuğu ile gerçekleşmiştir. Ateşkes Antlaşması'na taraf olan devletler Rusya, Azerbaycan ve Ermenistan'dır. Ateşkes Antlaşması üç devletin kendisine taraf olması sebebiyle Üçlü Ortak Bildiri, Üçlü Bildiri ve Ortak Bildiri gibi farklı şekillerde de adlandırılmaktadır. Ateşkes Antlaşması kısa bir uluslararası antlaşmadır ve 9 maddesi bulunmaktadır. Ateşkes Antlaşması'nda Dağlık Karabağ bölgesindeki tüm askeri

⁵² İki savaş arasında geçen süre boyunca yaşanan çok büyük çaplı olmayan çatışmalar konusunda detaylı bilgi için bkz. **Caferov**, Nazim/**Aslanlı**, Araz: “Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya”, Ermeni Araştırmaları, Sayı 53, 2016, s. 239-259; **Tuncel**, Turgut Kerem: “Güney Kafkasya’da 2-5 Nisan 2016’da Yaşanan 4 Gün Savaşı”, Ermeni Araştırmaları, Sayı 53, 2016, s. 301-338. Terter saldırısı ile I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Antlaşması ile tesis edilen ateşkes rejiminin sona ermesi ve II. Dağlık Karabağ Savaşı'nın başlaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı**: Yukarı Karabağ’da 44 Günde Gelen Zafer: Türkiye - Azerbaycan Kardeşliğinin Nişanesi, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2021; <https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023); **Şefiye**, Ferid/**Huseynov**, Vasıf: “İkinci Karabağ Savaşına Giden Yol”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 169-181.

⁵³ Savaş sırasında yaşanan gelişmeler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Abdullahzade**, Cavid: “Dağlık Karabağ Sorunu’nda Ermenistan’ın Rolü ve Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 69, Sayı 4, 2020, s. 1541-1568; **Acer**, Yücel: “Ermenistan’ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan’ın Karabağ’a Dair Askeri Faaliyetleri”, Seta Analiz, Sayı 337, 2020, s. 1-15; **Acer**, Yücel: “Ermenistan’ın İkinci Karabağ Savaşı’ndaki Askeri Faaliyetleri ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 271-298.

faaliyetlerin, çatışmaların gün sonunda durdurulacağı belirtmiştir. Ermenistan'ın Kelbecer'i ve Laçın'ı belirlenen tarihlere kadar Azerbaycan'ın kontrolüne bırakması kararlaştırmıştır. Ermenistan ve Dağlık Karabağ'ı bağlayan Laçın koridorunun oluşturulması ve bu koridorun Rus Barış Gücü'nün kontrolü altında kalması hüküm altına almıştır. Rus Barış Güçlerinin görev yapacağı yerler Laçın koridoru ve Dağlık Karabağ'daki temas hattıdır. Rus Barış Gücü'nün Dağlık Karabağ temas hattındaki görev süresi Ateşkes Antlaşması'na göre 5 yıl olacaktır ve taraflardan birinin aksi yönde beyanda bulunmaması halinde kendiliğinden 5 yıl daha uzayacaktır. Ateşkes Antlaşması'nda sorunun yaşandığı bölgedeki ulaşım ile ekonomiyi sağlayan bağlantılardaki tüm blokajın kaldırılması ile ilgili bir düzenleme de bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ek olarak Azerbaycan ile Nahçıvan'ı bağlayan bir Nahçıvan koridorunun oluşturulması kararlaştırılmıştır. Ateşkes Antlaşması ile antlaşmanın taraflarınca uygulanmasını etkili biçimde kontrol edebilmek amacıyla bir Ateşkes Kontrol Merkezi oluşturulmuştur. Ateşkes Antlaşması'nın gereği olarak savaş sırasında alınan esirlerin ayrıca, asker cenazelerinin iadesi karşılıklı olarak gerçekleştirilecektir. Ateşkes Antlaşması bağlamında hem mülteciler hem de ülke sınırları dahilinde yerlerinden ayrılmak zorunda kalmış kişiler Dağlık Karabağ'a ayrıca, etraftaki idari birimlere Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği kontrolünde dönebilecektir⁵⁴.

⁵⁴ II. Dağlık Karabağ Savaşı'nı sonlandıran Ateşkes Antlaşması için bkz. <https://president.az/az/articles/view/45923/print>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023). Ateşkes Antlaşması'nın Türkçe'ye çevrilmiş hali için ayrıca bkz. **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)**: Ermenistan'ın Karabağ'daki Eylemleri: İnsan Hakları İhlalleri ve İhlallerin Takibi, TİHEK Yayınları, Ankara 2021, s. 16. Ateşkes Antlaşması ve Azerbaycan için önemi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Aznevi**, Ferhat: Hukuksal Boyutuyla Türkiye ve Azerbaycan'ın Ortak "Ermeni Sorunu" Yukarı Karabağ ve 10 Kasım 2020 Ateşkes Antlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021; **Erçakıca**, Mustafa: "Dağlık Karabağ Sorunu'nun ve 'Ateşkes' Antlaşması'nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılarında İncelenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 12, Sayı 47, 2021, s. 287-314; **Huseynov**, Vasıf: "Güney Kafkasya'da Savaş Sonrası Durum", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 229-244; **Pirinççi**, Ferhat/**Güler**, Mehmet Çağatay: "Azerbaycan'ın Stratejik Sabrının Sonu ve Karabağ'da Yeni Denklem", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 205-228; **Veliyev**, Cavid: "Jeleznovodsk Bildirisi'nden Moskova Bildirisi'ne Rusya'nın Dağlık Karabağ Politikası", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 301-324; **Yüksel**, Cüneyt/**Yüce**, Hamza: "Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşını Sona Erdiren Ateşkes Antlaşması", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 80, Sayı 3, 2021, s. 1021-1065.

B. Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na Dahil Etmeye Yönelik Eylemlerinin Başarısız Olması

1. KGAÖ'nün Kolektif Güvenlik Mekanizması

KGAÖ'nün faaliyetleri ve kolektif güvenliği sağlayan mekanizmasına dair düzenlemeler KGAÖ Şartı'nın üçüncü bölümünde yer almaktadır. KGAÖ Şartı'nın 7. maddesine göre üye devletler örgütün amaçlarına ulaşması için ortak önlemler alırlar. Üye devletler ayrıca, askeri ve teknik iş birliği, silahlı kuvvetlerin tedariki gibi konularda etkileşimde bulunurlar. Üye devletler, örgüte üye olmayan devletlerin ordu gruplarının ve askeri altyapısının nesnelerinin ülkelerine yerleştirilmesi konusunda diğer üye devletler ile acil istişare ettikten, koordinasyon gerçekleştirdikten sonra karar alırlar⁵⁵.

KGAÖ Şartı'nın 8. maddesine göre örgüte üye devletler, uluslararası terörizm ile aşırıcılık, yasadışı psikotropik madde, uyuşturucu ile silah kaçakçılığı, organize uluslararası suçlar, yasadışı göç ile üye devletlerin güvenliğine dair diğer tehditler ile mücadele etmek için çabalarını birleştirirler ve koordine ederler. Üye devletler, üye devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, istikrarına ve güvenliğine tehdit teşkil eden kriz durumlarına karşılık veren sistemin örgüt çerçevesinde oluşturulması ve işletilmesi için tedbirler alırlar. Üye devletler; devletlerin sınırlarının korunması, bilgi alış-verişi, bilgi güvenliği, nüfusun ve ülkelerin doğal ya da teknolojik nitelikteki acil durumlardan ve düşmanlıklardan kaynaklanan tehlikelerden korunması konularında iş birliği yaparlar. Üye devletler, ilgili devletler ve Birleşmiş Milletler'in hakim olduğu uluslararası örgütler ile yakın iş birliği içinde bahsedilen doğrultuda faaliyetlerini sürdürürler⁵⁶.

KGAÖ Şartı'nın 9. maddesine göre üye devletler, özellikle örgütün danışma mekanizmalarını ve prosedürlerini kullanarak uluslararası ve bölgesel güvenlik problemleri ile ilgili dış politika konumlarını onaylarlar ve koordine ederler. KGAÖ Şartı'nın 10. maddesine göre ise üye devletler kolektif güvenlik sisteminin işletilmesini düzenleyen sözleşmesel ve hukuki

⁵⁵ KGAÖ tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ile örgütün kolektif güvenliği sağlamaya yönelik mekanizması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yesevi**, s. 2; **Torun**, s. 9; **Kydyralieva/Abdibaitova**, s. 97-99; **Ateş**, s. 364; **Özsoy**, s. 110-111.

⁵⁶ KGAÖ'nün kolektif güvenliği sağlamaya yönelik mekanizması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yesevi**, s. 2; **Torun**, s. 9; **Kydyralieva/Abdibaitova**, s. 97-99; **Ateş**, s. 364; **Özsoy**, s. 110-111.

temelin geliştirilmesi ve savunma, askeri yapılanma ve güvenlik ile ilgili ulusal mevzuatın birbirine uygun hale getirilmesi için tedbirler alırlar⁵⁷.

KGAÖ Şartı'nın üçüncü bölümünde ve Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın 4. maddesinde kolektif güvenlik mekanizması ile ilgili olarak getirilen düzenlemeler NATO'nun Kurucu Antlaşması'nın 5. maddesi ile benzerdir. Kurucu antlaşmaların benzer olan maddeleri ile getirilen düzenlemelere göre, bu uluslararası örgütlerin üyelerinden herhangi birine yapılacak saldırılar bütün üyelere yapılmış kabul edilecek ve bu saldırılar karşısında kolektif güvenlik tedbirleri alınacaktır⁵⁸. KGAÖ NATO ile karşılaştırıldığında henüz NATO kadar örgütlenmiş olmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, üye devletler ve ordular arasındaki iş birliği henüz NATO'daki kadar gelişmiş değildir. Bununla birlikte, üye devletler ve ordular arasındaki iş birliğini güçlendirmeye yönelik çabalar sürdürülmektedir⁵⁹.

KGAÖ Şartı'nın üçüncü bölümünde yer alan düzenlemeler, Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın 4. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu düzenlemeler üye devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, istikrarına ve güvenliğine tehdit teşkil eden durumlar söz konusu olduğunda üye devletlerin iş birliği edeceğini ve bu tarz durumlarda kolektif güvenlik mekanizmasının devreye gireceğini ortaya koymaktadır. KGAÖ'nün kolektif güvenlik amacını gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş üç farklı askeri gücü bulunmaktadır. KGAÖ'nün askeri güçlerinin bir kısmı bölgesel güçlerden oluşmaktadır. Bölgesel güçler; Doğu Avrupa, Kafkasya ve Orta Asya için oluşturulmuştur. KGAÖ'nün askeri güçlerinin bir başka kısmı ise barış güçlerinden oluşmaktadır. Barış güçleri, barışı koruma operasyonlarında görevlendirilmek üzere kurulmuştur. Barış güçleri güvenliğin sağlanması, çeşitli çatışmaların önlenmesi, çatışan taraflar arasında iletişim kurulması gibi konularda görevler üstlenmektedir. KGAÖ'nün askeri güçlerinin son kısmını ise 2001'de oluşturulan Orta Asya İçin Ortak Hızlı İntikal Gücü teşkil etmektedir. Daha sonra 2009'da KGAÖ'ye üye devletler arasında bir uluslararası

⁵⁷ KGAÖ'nün kolektif güvenliği sağlamaya yönelik mekanizması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yesevi**, s. 2; **Torun**, s. 9; **Kydyralieva/Abdibaitova**, s. 97-99; **Ateş**, s. 364; **Özsoy**, s. 110-111.

⁵⁸ NATO hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.nato.int/>, (Erişim Tarihi: 14.06.2023); **Bennet/Oliver**, s. 307-312; **Gözen**, Ramazan: 'NATO: İttihattan İhtilafa 'Dönüşen İttifak'', Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya 2018, s. 121-174; **Ateş**, s. 352-362; **Özsoy**, s. 104-108.

⁵⁹ **Yesevi**, s. 10; **Torun**, s. 10-13; **Kydyralieva/Abdibaitova**, s. 101; **Ateş**, s. 366; **Özsoy**, s. 120-122.

antlaşma imzalanmış ve bu uluslararası antlaşma ile üye devletler arasında Kolektif Hızlı Karşı Kuvvet oluşturulmuş ve bu kuvvet Orta Asya İçin Ortak Hızlı İntikal Gücü yerine geçmiştir. Kolektif Hızlı Karşı Kuvvet'in oluşturulmasının sebepleri arasında; üye devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, istikrarına ve güvenliğine tehdit teşkil eden durumlara başka bir ifade ile, üye devletlere yönelik her türlü saldırı fiiline hemen karşılık verilebilmesinin sağlanması, teröre karşı operasyonların yapılabilmesi, uluslararası suçlarla ve uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadele edilebilmesi, doğal afetlerin yarattığı olumsuz sonuçların hızla ortadan kaldırılması gibi hususlar yer almaktadır⁶⁰.

Ermenistan KGAÖ'nün kurucu ve aktif üyelerinden biridir. Ermenistan Dağlık Karabağ sorunu bağlamında KGAÖ'nün Azerbaycan'a karşı kendi yanında yer alacağı yönünde bir görüşe sahip olmuştur⁶¹. II. Dağlık Karabağ Savaşı boyunca da Ermenistan KGAÖ'nün savaşa dahil olacağını, savaşın seyrini kendi lehine değiştireceğini ileri sürmüş, bu yönde eylemler gerçekleştirmiştir. Ermenistan KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemlerini KGAÖ'nün kolektif güvenlik mekanizmasına dayandırmıştır. Ermenistan'ın görüşlerine göre Azerbaycan, Dağlık Karabağ Savaşı alanının dışına ve Ermenistan'ın ülkesine bir saldırı düzenlediği takdirde bu üye devletlerden birinin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, istikrarına ve güvenliğine tehdit teşkil edecek ve KGAÖ'nün kolektif güvenlik mekanizması devreye girecekti. Başka bir ifade ile, Ermenistan'a KGAÖ'ye

⁶⁰ Kolektif Hızlı Karşı Kuvvet Antlaşması'nın metni için bkz. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=29645>, (Erişim Tarihi: 19.06.2023). Kolektif Hızlı Karşı Kuvvet ve KGAÖ'nün diğer askeri güçleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://en.odkb-csto.org/training/CSTO_collective_forces/, (Erişim Tarihi: 19.06.2023); **Saat**, J. H.: "The Collective Security Treaty Organization", Conflict Studies Research Center Central Asian Series No: 05/09, 2005, s. 7-8; **Mowchan**, John A.: "The Militarization of the Collective Security Treaty Organization", Center for Strategic Leadership Issue Paper No: 6-09, 2009, s. 2-3; **Rozaev**, Anatoliy A./**Douhan**, Alena F.: Collective Security Treaty Organisation 2002-2012, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva-Minsk 2013, s. 30-32; **Yesevi**, s. 2; **Kydyralieva/Abdibaitova**, s. 97-99; **Ateş**, s. 368; **Çakır**, Mustafa/**Bakhronov**, Alisher: "Legal Status and Features of the CSTO as an International Regional Organization", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 732-733; **Özsoy**, s. 111.

⁶¹ Ermenistan'ın Dağlık Karabağ sorunu konusunda KGAÖ'nün kendisini destekleyeceğine yönelik görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yesevi**, s. 4; **İsmayilov**, s. 58; **Mammadli**, Metin: "Azerbaycan'ın Değişen Paradigması", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüm Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 195; **Şefiyev/Huseynov**, s. 180-181; **Veliyev**, s. 312.

üye olmayan bir devlet olarak Azerbaycan'dan gelmiş bir saldırı söz konusu olacak ve KGAÖ'nün kolektif güvenlik mekanizması devreye girecekti⁶².

2. Ermenistan'ın Kolektif Güvenlik Mekanizmasını Harekete Geçirmeye Yönelik Eylemleri

Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında KGAÖ'nün kendisinin yanında yer alması için kolektif güvenlik mekanizmasını devreye sokmak istemiştir. Kolektif güvenlik mekanizmasının devreye girmesi için KGAÖ'ye üye devletlerden birine yönelik bir saldırı olması gerekmektedir. Bu çerçevede, Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı'nı KGAÖ'nün faaliyet alanı dışında olan Dağlık Karabağ'ın dışına ve kendi ülkesine doğru genişletmeye çalışmıştır. Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Azerbaycan'ın savaş alanının dışına çıkmasını ve kendi ülkesine saldırmasını, sonuç olarak ise kolektif güvenlik mekanizmasının ve KGAÖ'nün devreye girmesini hedeflemiştir⁶³. Ermenistan, bahsedilen hedefine ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Dağlık Karabağ savaş alanının dışına, savaş alanından kilometrelerce uzakta bulunan Azerbaycan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmış, Azerbaycan'ın da aynı şekilde Ermenistan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmasını beklemiştir⁶⁴.

Ermenistan'ın savaş alanından kilometrelerce uzakta bulunan Azerbaycan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere yönelik eylemleri incelendiğinde Gence ve Berde şehirlerine yapılan saldırılar ön plana çıkmaktadır. Gence'nin savaş alanına uzaklığı 100 kilometredir. Ermenistan silahlı kuvvetlerinin 4, 5, 8, 11 ve 17 Ekim 2020 tarihlerinde ağır silahlar ile Gence'ye gerçekleştirdiği saldırılar sonucu 26 sivil yaşamını yitirmiş, 175 sivil yaralanmış ve önemli maddi zararlar ortaya çıkmıştır. Berde'nin savaş alanına uzaklığı ise 50 kilometredir. Ermenistan'ın silahlı kuvvetleri tarafından II. Dağlık Karabağ Savaşı boyunca Berde'ye yönelik olarak gerçekleştirilen saldırılar sonucu 29 sivil yaşamını yitirmiş, 112 sivil yaralanmış ve önemli maddi zararlar ortaya çıkmıştır. Ermenistan Gence ve Berde dışında savaş alanından 80 kilometre uzakta olan Mingeçevir'e, savaş alanından 150 kilometre uzakta olan Gebele'ye, savaş alanından 80 kilometre uzakta olan Bakü Tiflis Ceyhan boru hattına ve savaş alanından 150 kilometre uzakta

⁶² Ermenistan'ın kolektif güvenlik mekanizmasından hareketle KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ataman/Pirinççi**, s. 31; **Huseynov**, s. 242; **Şefiyev/Huseynov**, s. 177-181; **Veliyev**, s. 316.

⁶³ **Şefiyev/Huseynov**, s. 177-181; **Veliyev**, s. 316.

⁶⁴ **Veliyev**, s. 316.

olan Oğuz'a da saldırılar düzenlemiştir⁶⁵. Ermenistan'ın bütün çabalarına rağmen Azerbaycan savaş alanının dışına, Ermenistan'ın ülkesine yönelik bir saldırı gerçekleştirmemiştir. Azerbaycan devlet yetkililerince her defasında Ermenistan'ın uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden eylemlerine aynı şekilde karşılık verilmeyeceği, Azerbaycan'ın uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam edeceği ifade edilmiştir⁶⁶.

Azerbaycan'ın Ermenistan'ın uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden eylemlerine aynı şekilde cevap vermemesi, uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam etmesi sonucu, Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri başarısız olmuştur. KGAÖ Genel Sekreteri Stanislav Zas yaptığı açıklamada örgütün ancak, Ermenistan'ın egemenliğine yönelik bir tehdit söz konusu olduğu, kolektif güvenlik mekanizmasının devreye sokulması için gerekli şartlar oluştuğu takdirde savaşa dahil olacağını açıklamıştır⁶⁷. Ermenistan'ın egemenliğine ve ülkesine yönelik bir saldırı söz konusu olmaması ve kolektif güvenlik mekanizmasının devreye sokulması için gerekli şartların oluşmaması sebebiyle KGAÖ II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil olmamıştır. Uluslararası hukuk açısından Azerbaycan ülkesinde işgalci durumunda bulunan Ermenistan'ın beklentilerinin KGAÖ tarafından karşı-

⁶⁵ Ermenistan'ın II. Dağlık Karabağ Savaşı'nı Dağlık Karabağ'ın dışına başka bir ifade ile, kendi ülkesine doğru genişletmeye böylece kolektif güvenlik mekanizmasını harekete geçirmeye ve KGAÖ'yü savaşa dahil etmeye yönelik eylemleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık):** Azerbaycan - Ermenistan Savaşında Ermenistan Silahlı Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Rapor, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara 2020; **Acer**, s. 271-298; **Erçakıca**, Mustafa: "Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Kapsamında, Ermenistan ve Azerbaycan Arasındaki Çatışmalarda Zarar Gören Kültürel Varlıklardan Dolayı Sorumluluk", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2021, s. 66-84; **Kay QC**, Steven/**Becker**, Drea/**Kren**, Joshua: Armenia-Azerbaijan Nagorno Karabakh Conflict Targeting of Civilians in Azerbaijan September-November 2020 An Interim Report, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021; **TİHEK**, s. 22-57; **Özdaşlı**, Esmâ: "İkinci Karabağ Savaşı'nda Ermenilerin Sivillere Yönelik Saldırıların Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2021, s. 51-83.

⁶⁶ **Veliyev**, s. 316-317.

⁶⁷ KGAÖ Genel Sekreteri Stanislav Zas'ın konu ile ilgili açıklamaları için bkz. <https://www.reuters.com/article/us-armenia-azerbaijan-csto-idCAKBN26T2F2>, (Erişim Tarihi: 04.08.2023); <https://ria.ru/20201008/karabakh-1578859528.html>, (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

lanması mümkün değildir⁶⁸. Bununla birlikte, bu durum Ermenistan'da KGAÖ'ye karşı tepkiye sebep olmuştur. Ermenistan'da bu konu ile ilgili ortaya çıkan tepki yirmi sivil toplum kuruluşu tarafından imzalanan bir bildiri ile ortaya konmuştur⁶⁹.

C. Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na Dahil Etmeye Yönelik Eylemlerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu

1. Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na Dahil Etmeye Yönelik Eylemleri ile İnsancıl Hukuk Kurallarını İhlal Etmesi

İnsancıl hukuk genel olarak, silahlı çatışmaların gerçekleştirilmesi esnasında uyulması gereken noktalar ile silahlı çatışmaların gerçekleştirilmesi esnasında sivil kişilerin korunması hususunda kurallar getirmektedir. Başka bir ifade ile, insancıl hukuk bağlamında silahlı çatışmalar esnasında uygun hareket edilmesi gereken çeşitli kurallar düzenlenmektedir. Bahsedilen kurallar, silahlı çatışmalara dair en temel kurallardır. İnsancıl hukuk çerçevesinde silahlı çatışmalar esnasında uygun hareket edilmesi gereken en temel kurallar; silahlı çatışmalara katılmış kişiler ile silahlı çatışmanın dışında kalmış kişilere, silahlı çatışmalar esnasında uygulanabilecek yöntemler ile kullanılabilecek araçlara, silahlı çatışmalar esnasında çevrenin, çeşitli kişiler ile malların korunmasına dairdir⁷⁰.

Ermenistan tarafından savaş esnasında gerçekleştirilen, insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemler incelendiğinde, bahsedilen eylemler arasında

⁶⁸ Huseynov, s. 242; Şefiyev/Huseynov, s. 177-181; Veliyev, s. 316-317; Çakır/Bakhronov, s. 735; Özsoy, s. 120-121.

⁶⁹ KGAÖ'nün II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil olmaması sonucu Ermenistan'da KGAÖ'ye karşı ortaya çıkan tepki ve bu tepkinin yirmi sivil toplum kuruluşunun imzaladığı bir bildiri ile ortaya konması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sargsyan, Gayane: "Armenia Questions CSTO Role", <https://iwpr.net/global-voices/armenia-questions-csto-role>, (Erişim Tarihi: 27.06.2023).

⁷⁰ İnsancıl hukuk konusunda detaylı bilgi için bkz. Meray, s. 488-573; Tütüncü, Ayşe Nur: İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 70-135; Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 234-347; Albayrak, Gökhan: "İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları", Taşdemir, Fatma/Albayrak, Gökhan (ed.), Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 15-36; Taşdemir, Hakan: "Silahlı Çatışmalarda Sivil Kişilerin ve Sivil Nesnelerin Korunması", Taşdemir, Fatma/Albayrak, Gökhan (ed.), Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 37-60; Aksar, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 151-159; Sur, 297-311.

sivil yerleşim yerlerine, sivillere, tarihi açıdan, kültür bakımından önemli noktalara, ibadethanelere, okullara, ormanlık bölgelere ve hastanelere saldırılar bulunmaktadır. Savaş esnasında Ermenistan tarafından, Terter, Goranboy ve Ağcabedi şehirlerine 5 kez fosfor bombası atılmıştır. Ermenistan biyolojik çeşitliliğe zararlar verecek biçimde, kasıtlı orman yangınları da çıkarmıştır. Bahsedilen hususlara ek olarak, Ermenistan tarafından savaş esnasında ve sonrasında mayınlama eylemleri gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, Ermenistan tarafından savaş esnasında esir alınan Azerbaycan askerlerine karşı kötü muameleler de gerçekleştirilmiştir. Ermenistan'ın savaş esnasında gerçekleştirdiği eylemler ile sivillerin yaşamını kaybetmesine ve çeşitli şekillerde yaralanmasına, konut alanları ya da konut dışı alanların, ulaşım araçları ve çiftliklerin zarar görmesine neden olması, uzun yıllardır var olan ormanların yanmasına sebep olması insancıl hukuktan kaynaklanan pek çok uluslararası yükümlülüğünü çeşitli şekillerde ihlal ettiğini ortaya koymaktadır⁷¹.

II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Ermenistan gerçekleştirdiği eylemler ile insancıl hukuk kurallarından kaynaklanan pek çok uluslararası yükümlülüğünü çeşitli şekillerde ihlal etmiştir. Bu çalışma bakımından önem arz eden eylemler ve ihlaller, Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri ve bu eylemler ile sebep olduğu ihlallerdir. Ermenistan bahsedilen amacına ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik saldırılar gerçekleştirmiştir. Ermenistan'ın Gence, Berde, Gebele, Oğuz, Bakü Tiflis Ceyhan boru hattı gibi savaş alanına uzaklığı kilometrelerce olan yerlere gerçekleştirdiği, sivilleri ve sivillerin yaşadığı yerleşim yerlerini hedefleyen saldırıları, insancıl hukuk kurallarından kaynaklanan, sivillere ve sivil yerleşim yerlerine saldırıyı yasaklayan uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini ortaya koymaktadır⁷².

⁷¹ Ermenistan'ın savaş esnasındaki insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Acer**, s. 271-298; **Erçakıca**, s. 66-84; **Özdaşlı**, s. 51-83; **TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumu Alt Komisyonu**: Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumuna İlişkin Rapor, TBMM Basımevi, Ankara 2021; **T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)**, s. 20-28; **TİHEK**, s. 22-57.

⁷² II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında Ermenistan'ın gerçekleştirdiği sivilleri ve sivillerin yaşadığı yerleşim yerlerini hedefleyen, insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Beynəlxalq Avrasiya Mətbuat Fondu BMT Sosial-**

2. Ermenistan'ın İnsancıl Hukuk Kurallarını İhlalden Doğan Uluslararası Sorumluluğu

Devletin uluslararası haksız fiilden doğan uluslararası sorumluluğunun iki şartı vardır. Bu şartlar, uluslararası bir haksız fiil gerçekleştirilmesi ile bu uluslararası haksız fiilin devlete isnat edilmesidir⁷³.

Devletin uluslararası haksız fiilden doğan uluslararası sorumluluğunun ilk şartı uluslararası haksız fiil gerçekleştirilmesidir. Uluslararası haksız fiilin iki şartı vardır. İki şarttan biri fiilin gerçekleştirilmesi ve fiil nedeniyle uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmesidir. Fiil yapma veya yapmama şeklinde gerçekleştirilebilir. Fiil gerçekleştirildiği an sona erebilir ya da süreklilik arz edebilir veya devletin birden çok fiilinin bir araya gelmesiyle ortaya çıkan bileşik fiil olabilir. Uluslararası haksız fiilin ihlal ettiği uluslararası yüküm-

İqtisadi Şurasının (ECOSOC) Əsas Məşvərətçi Statuslu üzvü: İkinci Qarabağ Mühəribəsi Başlama Səbəbləri, Yaratdığı Fəsadlar və Tərədilən Cinayətlərə Dair Hesabat (Sentyabr-Oktabr 2020), <http://iepf-ngo.org/uploads/files/IEPF-hesabat-sentyabr-oktyabr-2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023); **Acer**, s. 271-298; **Erçakıca**, s. 66-84; **Özdaşlı**, s. 51-83; **T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)**, s. 20-28; **TİHEK**, s. 22-57.

⁷³ Devletin uluslararası haksız fiil sorumluluğu konusunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca hazırlanmış Taslak Maddeler'in metni için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 02.07.2023). Taslak Maddeler'in Türkçe'ye çevrilmiş metni için ayrıca bkz. **Kuran**, Selami/**Okur Aydın**, Derya/**Sarıbeyoğlu**, Meltem/**Günel**, Reşat Volkan: Uluslararası Hukuk Temel Metinler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 180-191. Devletin uluslararası haksız fiil sorumluluğu için gerekli şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bal**, Ali: Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006, s. 73-275; **Erkiner**, Hakkı Hakan: "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği Isnat Kuralları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 145-180; **Özturanlı**, Beyza: Sınırşan Hava Kirliliğinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2008, s. 26-62; **Erkiner**, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 307-327; **Uzun**, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 53-106. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın verdiği uluslararası sorumluluk ile ilgili önemli kararlar için bkz.

Case Concerning The Factory At Chorzow, https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 04.08.2023). Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

lülüğün kaynağı veya niteliği ise önem arz etmemektedir. Şartların ikincisi uluslararası haksız fiil ile devlete arasında isnat ilişkisinin kurulmasıdır. Devlet fiillerini kendisi gerçekleştirmemektedir. Devletin fiilleri çeşitli kişilerce gerçekleştirmektedir. Bu nedenle, kişilerin gerçekleştirdiği fiiller ve devlet arasında isnat ilişkisi kurulması gerekmektedir. Devlet, yasama, yürütme ve yargı işlevlerini gerçekleştiren organların fiilleri sebebiyle sorumlu tutulabilmektedir. Devlet, organı olmamasına rağmen kamu gücü yetkilerini kullanma konusunda kendi hukuku bağlamında yetkilendirdiği kişilerin fiilleri sebebiyle de sorumlu tutulabilir. Devlet, resmi otoritelerin yokluğu veya yetersizliği durumunda kamu gücü yetkilerini kullananların fiillerinden dolayı da sorumlu tutulabilmektedir. Devlet gerekli şartların yerine gelmesi halinde isyan hareketinin veya benzerinin fiillerinden de sorumlu tutulabilmektedir. Devletin, özel kişilerin fiilleri sebebiyle sorumlu tutulması ise istisnaidir. Bu çerçevede, bir kişinin veya bir grubun fiili gerçekleştirilme anında devletin emri veya talimatları yahut denetimi altındaysa bu fiil devletin uluslararası sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır⁷⁴.

II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemler gerçekleştirilmiştir ve bahsedilen eylemler Ermenistan'a isnat edilebilecek eylemlerdir. Savaş esnasında gerçekleştirilen, insancıl hukuka aykırılık teşkil eden ve çalışma çerçevesinde önemi olan eylemler arasında; sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik saldırılar yer almaktadır. Bahsedilen insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemleri gerçekleştiren Ermenistan, bu eylemleri yasaklayan 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne taraftır⁷⁵. Ermenistan bu eylemleri yasaklayan diğer insancıl hukuk kuralları ile de bağlıdır. Ermenistan, savaş esnasındaki eylemleri aracılığıyla insancıl hukuk kaynaklarından olan uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf adet hukuku kuralları ile hukukun genel ilkelerinden doğan uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmıştır, bu uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Savaş esnasında insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemler, Ermenistan silahlı kuvvetleri tarafından gerçekleştirilmiştir ve bu eylemler ile Ermenistan arasında isnat ilişkisi kurulabilmektedir. Bu bağlamda, Ermenistan'ın

⁷⁴ Bal, s. 73-275; Özturanlı, 26-62; Erkiner, s. 307-327; Uzun, s. 53-106.

⁷⁵ 1949 Cenevre Sözleşmeleri kara ve deniz savaşları sırasında sağlık personelinin, tesis ve yaralıların, hasta ve kazazedelerin korunması, savaş esirlerinin durumu ve sivillerin korunmasına ilişkindir. Ermenistan'ın taraf olduğu ve II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında ihlal ettiği insancıl hukuka dair 1949 Cenevre Sözleşmeleri için bkz. https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=375, (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

bahsedilen eylemlerinden dolayı uluslararası alanda sorumlu tutulmasının şartları gerçekleşmiştir⁷⁶.

Devletin uluslararası haksız fiili ile neden olduğu tüm olumsuzlukları ortadan kaldırması uluslararası sorumluluğun sonuçları aracılığı ile mümkün olmaktadır. Devletin uluslararası haksız fiilden doğan uluslararası sorumluluğunun sonuçları; uluslararası haksız fiili sonlandırma, uluslararası haksız fiili tekrar etmeme konusunda uygun olan güvenceleri sunma ayrıca, onarımı içermektedir. Devletin uluslararası haksız fiilleri sebebiyle doğan uluslararası alandaki sorumluluğunun sonucu ilk aşamada gerçekleştirmesi gereken eylem, devam etmekte olan uluslararası haksız fiil mevcutsa bu fiili sona erdirmektir. Uluslararası haksız fiil sebebiyle uluslararası sorumluluğu doğan devlet şayet koşullar gerekli kılıyorsa, bu fiillerin tekrarlanmayacağına ilişkin uygun olan güvenceleri de sunmalıdır. Uluslararası haksız fiil sebebiyle uluslararası sorumluluğu doğan devlet uluslararası haksız fiili ile sebep olduğu bütün zararları da onarmak yükümlülüğü altındadır. Onarım yükümlülüğü uluslararası hukukta genel kabul görmüştür. Onarılması gereken zararlar, uluslararası haksız fiilin sebep olduğu manevi ile maddi tüm zararları kapsamaktadır. Onarım müstakilen veya müştereken eski hale getirme, tazminat ya da manevi onarım yoluyla gerçekleştirilebilir. Eski hale getirme genel olarak uluslararası haksız fiilden önceki durumun yeniden tesis edilmesini gerektirmektedir. Uluslararası haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın eski hale getirme ile onarılamayan kısmı tazminat ile onarılmalıdır ve tazminat maddi olarak hesaplanması mümkün bütün zararları kapsmalıdır. Manevi onarım ise eski hale getirme ve tazminat ile onarılamayan, para ile ölçülemeyen zararlar bakımından uygulanmaktadır⁷⁷.

⁷⁶ Devletlerin insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu konusunda detaylı bilgi için bkz. **Dülger**, Kenan: Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015; **Geyik**, Hatice: “Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2016, s. 57-91. Ermenistan'ın savaş esnasında gerçekleştirdiği insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinden doğan uluslararası sorumluluğunun şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İsayev**, Tuğçe: “Ermenistan'ın İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'ndaki İnsancıl Hukuk Kuralları İhlallerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2022, s. 71-87.

⁷⁷ Uluslararası haksız fiil sorumluluğunun sonuçları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Özturanlı**, s. 63-72; **Erkiner**, s. 183-219; **Uzun**, s. 107-118. Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen ve uluslararası haksız fiilin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvencelerin verilmesi ile ilgili değerlendirmeler içeren karar için bkz. LaGrand Case, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>,

Ermenistan uluslararası sorumluluğunun neticesi olarak ilk aşamada II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında gerçekleştirdiği sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerini tekrar etmeyeceği hususunda uygun olan güvenceleri sunmalıdır. Sorumlu devlet olarak ayrıca savaş esnasında gerçekleştirdiği sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zararları onarmalıdır. Ermenistan'ın onarım yükümlülüğü bağlamında savaş esnasında gerçekleştirdiği sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemleri ile ortaya çıkardığı maddi ile manevi zararlar dahil tüm zararları gidermesi şarttır. Ermenistan'ın ortaya çıkardığı zararların tümünü eski hale getirme yoluyla onarması mümkün değildir çünkü, yaşamını yitiren siviller söz konusudur. Bu nedenle, Azerbaycan'ın talepleri bağlamında Ermenistan'ın tazminat ile manevi onarım yollarına gitmesi söz konusu olabilecektir. Azerbaycan'ın Ermenistan'dan talep edebileceği tazminat Ermenistan'ın bu çalışmanın konusunu teşkil eden uluslararası haksız fiilleri sonucu ortaya çıkan bütün zararları kapsayabilecektir. Ayrıca, Azerbaycan tazminat ile onarılamayan zararları için Ermenistan'ın manevi onarım yoluna gitmesini bu çerçevede, gerçekleştirdiği uluslararası haksız fiiller için özür dilemesini, uluslararası haksız fiillerinden dolayı duyduğu üzüntüyü resmi olarak beyan etmesini ve benzerini talep edebilecektir⁷⁸.

SONUÇ

Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etme hedefine ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Dağlık Karabağ savaş alanının dışına, savaş alanından kilometrelerce uzakta bulunan Azerbaycan şehirlerine, sivil yerleşim yerlerine ve sivillere saldırmasına ve bütün çabalarına rağmen Azerbaycan savaş alanının dışına, Ermenistan'ın ülkesine yönelik bir saldırı gerçekleştirmemiştir. Azerbaycan devlet yetkilileri yaptıkları bütün açıklamalarda Ermenistan'ın uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden eylemlerine aynı şekilde karşılık vermeyeceklerini, Azerbaycan'ın uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam edeceğini ifade etmiştir.

(04.08.2023). Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen ve tazminat ile ilgili değerlendirmeler içeren karar için bkz. Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project, <https://www.icj-cij.org/case/92>, (04.08.2023).

⁷⁸ Ermenistan'ın savaş esnasında gerçekleştirdiği insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinden doğan uluslararası sorumluluğunun sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsayev, s. 87-91.

Azerbaycan'ın Ermenistan'ın uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden eylemlerine aynı şekilde karşılık vermemesi, uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam etmesi, savaş alanının dışına, Ermenistan'ın ülkesine yönelik bir saldırı gerçekleştirmemesi sonucu, Ermenistan'ın KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etmeye yönelik eylemleri başarısız olmuştur. KGAÖ II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil olmamıştır. Bu durumun sebebi, Ermenistan'ın egemenliğine ve ülkesine yönelik bir saldırı söz konusu olmaması ve kolektif güvenlik mekanizmasının devreye sokulmasının şartlarının oluşmamasıdır. Uluslararası hukuk açısından Azerbaycan ülkesinde işgalci durumunda olan Ermenistan'ın beklentileri KGAÖ tarafından karşılanmamıştır. Ermenistan'ın beklentilerinin karşılanması uluslararası hukuk açısından mümkün değildir.

Ermenistan KGAÖ'yü II. Dağlık Karabağ Savaşı'na dahil etme amacına ulaşmak için II. Dağlık Karabağ Savaşı esnasında sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik saldırılar gerçekleştirmiştir. Ermenistan'ın gerçekleştirdiği, sivilleri ve sivil yerleşim yerlerini hedef alan saldırılar insancıl hukuk kurallarından kaynaklanan, sivillere ve sivil yerleşim yerlerine saldırıyı yasaklayan uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini, Ermenistan'ın uluslararası sorumluluğunun doğması için gerekli şartların oluştuğunu ortaya koymaktadır. Ermenistan şartları gerçekleşen uluslararası sorumluluğunun neticesi olarak, savaş esnasında gerçekleştirdiği sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik insancıl hukuka aykırılık teşkil eylemlerin tekrarlanmayaacağı konusunda uygun olan garantileri ve güvenceleri sunmalıdır. Ermenistan şartları gerçekleşen uluslararası sorumluluğunun neticesi olarak, savaş esnasında gerçekleştirdiği sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yönelik insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemleri sebebiyle ortaya çıkan maddi ile manevi zararlar dahil tüm zararları onarmalıdır. Ermenistan'ın ortaya çıkardığı zararların tümünü eski hale getirme yoluyla onarması, siviller yaşamını yitirdiği için ve benzeri sebeplerle maddi olarak imkansızdır. Bu nedenle, Azerbaycan'ın talepleri bağlamında Ermenistan'ın tazminat ve manevi onarım yollarına gitmesi söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Abbasov, Ali/Xaçatryan,** Harutjun: Karabakh Conflict: Variants of Settlement: Concepts and Reality, AREAT, Baku 2006.
- Abdullahzade,** Cavid: Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Abdullahzade,** Cavid: “Dağlık Karabağ Sorunu’nda Ermenistan’ın Rolü ve Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 69, Sayı 4, 2020, s. 1541-1568.
- Acer,** Yücel: “Ermenistan’ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan’ın Karabağ’a Dair Askeri Faaliyetleri”, Seta Analiz, Sayı 337, 2020, s. 1-15.
- Acer,** Yücel: “Ermenistan’ın İkinci Karabağ Savaşı’ndaki Askeri Faaliyetleri ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 271-298.
- Aksar,** Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Aksar,** Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Aksar,** Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Albayrak,** Gökhan: “İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları”, Taşdemir, Fatma/Albayrak, Gökhan (ed.), Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 15-36.
- Aliyev,** Kamal Maikili: Nagorno-Karabakh Conflict in International Legal Documents and International Law, SAM, Baku 2013.
- Aslanlı,** Araz: Qarabağ Problemi: Tarixi, Mahiyyəti, Həll Prosesi, Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Qeyri-Hökumət Təşkilatlarına Dövlət Dəstəyi Şurasının Araz Tədqiqatlar Mərkəzi, Baku 2009.
- Aslanlı,** Araz: Yeni Küresel Mücadele ve Karabağ Sorunu, Eko Avrasya Yayınları, Ankara 2013.

- Aslanlı**, Araz: “Birinci Karabağ Şavaşının Nedenleri ve Sonuçları”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüm Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 118-140.
- Ataman**, Muhittin/**Pirinççi**, Ferhat: “Karabağ Sorunu: Dondurulmuş Yapaylıktan Kaçınılmaz Çözüm”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüm Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 17-37.
- Ateş**, Davut: Uluslararası Örgütler Devletlerin Örgütlenme Mantığı, Dora Yayıncılık, Bursa 2021.
- Aznevi**, Ferhat: Hukuksal Boyutuyla Türkiye ve Azerbaycan'ın Ortak “Ermeni Sorunu” Yukarı Karabağ ve 10 Kasım 2020 Ateşkes Antlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.
- Bal**, Ali: Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006.
- Başak**, Cengiz: Uluslararası Örgütler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Başeren**, Sertaç Hami: Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2003.
- Bennet**, A. LeRoy/**Oliver**, James K. (çev. Nasuh Uslu); Uluslararası Örgütler, BB101 Yayınları, Ankara 2015.
- Beynəlxalq Avrasiya Mətbuat Fondu BMT Sosial-İqtisadi Şurasının (ECOSOC) Əsas Məşvərətçi Statuslu üzvü**: İkinci Qarabağ Müharibəsi Başlama Səbəbləri, Yaratdığı Fəsadlar və Tərədilən Cinayətlərə Dair Hesabat (Sentyabr-Oktyabr 2020), <http://iepf-ngo.org/uploads/files/IEPF-hesabat-sentyabr-oktyabr-2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023).
- Bozkurt**, Enver: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, Asil Yayıncılık, Ankara 2007.
- Bozkurt**, Enver/**Poyraz**, Yasin/**Erdal**, Selcen: Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Brownlie**, Ian: Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York 2002.
- Byres**, Michael (çev. Hasret Dikici Bilgin); Soykırımdan Son Kırma Savaş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2007.
- Caferov**, Nazim/**Aslanlı**, Araz: “Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya”, Ermeni Araştırmaları, Sayı 53, 2016, s. 239-259.

- Çaşın**, Mesut Hakkı/**Kısacık**, Sina: Kafkasya’da Azerbaycan-Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma-Barış Sarkacı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı**: Yukarı Karabağ’da 44 Günde Gelen Zafer: Türkiye - Azerbaycan Kardeşliğinin Nişanesi, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2021.
- Çağırın**, Mehmet Emin: Uluslararası Örgütler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Çakır**, Mustafa/**Bakhronov**, Alisher: “Legal Status and Features of the CSTO as an International Regional Organization”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 723-745.
- Çalış**, Şaban: “Uluslararası Örgütler: Kavramlar, Kurumlar, Kuramlar ve Tarihi Başlangıçlar”, Şaban Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya 2018, s. 13-46.
- Çelik**, Edip F.: Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Dedeyev**, Bilal: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun Tarihi Arka Planına Bakış”, Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 15-33.
- Denk**, Erdem: Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.
- De Waal**, Thomas (çev. Didem Sone); Karabağ Barış ve Savaş Süreçlerinde Ermenistan ve Azerbaycan, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2014.
- Doğan**, Fazlı: “Şanghay İşbirliği Örgütü”, Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya 2018, s. 471-502.
- Doğan**, İlyas: Devletler Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2016.
- Dülger**, Kenan: Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Erçakıca**, Mustafa: “Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Kapsamında, Ermenistan ve Azerbaycan Arasındaki Çatışmalarda Zarar Gören Kültürel Varlıklardan Dolayı Sorumluluk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2021, s. 66-84.
- Erçakıca**, Mustafa: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun ve ‘Ateşkes’ Antlaşması’nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılarından İncelen-

mesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 12, Sayı 47, 2021, s. 287-314.

Erhan, Çağrı: “Kolektif Güvenlik Örgütleri: Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü, KGAÖ”, Özen, Çınar/Tonus, Özgür (ed.), Uluslararası Örgütler, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2013, s. 60-91.

Erkiner, Hakkı Hakan: “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 145-180.

Erkiner, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Eroğlu, Hamza: Devletler Umumi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1984.

Geyik, Hatice: “Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2016, s. 57-91.

Gönlübol, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Gönlübol, Mehmet: Uluslararası Politika İlkeler – Kurumlar – Kavramlar, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

Gözen, Ramazan: “NATO: İttihattan İhtilafa ‘Dönüşen İttifak’”, Çalış, Şaban/Özlük, Erdem (ed.), Küresel İlişkiler Çağında Uluslararası Örgütler, Çizgi Kitabevi, Konya, 2018, s. 121-174.

Güher, Aytaç: KGAÖ ve Özbekistan, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde 2018.

Hasgüler, Mehmet/**Uludağ**, Mehmet B.: Uluslararası Örgütler, Alfa Yayıncılık, İstanbul 2010.

Hazır, Ümit Nazmi: “Karabağ’ın İşgali ve Yansımaları”, Özarslan, Bahadır Bumin (ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 121-140.

Hurd, Ian: International Organizations Politics, Law, Practice, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

Huseynov, Vasıf: “Güney Kafkasya’da Savaş Sonrası Durum”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 229-244.

- Hüseynov**, Fuad: Uluslararası Hukuk Açısından Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Statüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003.
- Hüseynov**, Fuad: "Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Oluşumunun Hukuki Boyutları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 387-401.
- Hüseynov**, Lətif: Beynəlxalq Hüquq, Qanun Nəşriyyatı, Bakı 2012.
- International Crisis Group**: Tackling Azerbaijan's IDP Burden, <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/azerbaijan/tackling-azerbaijan-s-idp-burden>, (Erişim Tarihi: 02.06.2022).
- İsayev**, Tuğçe: "Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları ve Dağlık Karabağ Uyuşmazlığı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2020, s. 39-70.
- İbayev**, Vefaddin: "Dağlık Karabağ Savaşının Siyasi ve Hukuki Boyutları", Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 35-64.
- İsayev**, Tuğçe: "Ermenistan'ın İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'ndaki İnsancıl Hukuk Kuralları İhlallerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2022, s. 71-95.
- İsmayılov**, Meşdi: "Karabağ'ın Ermenistan İçin Anlamı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 57-74.
- İşyar**, Ömer Göksel: "Karabağ'ın Tarihsel Arka Planı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 77-97.
- Karluk**, Rıdvan: Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Kay QC**, Steven/**Becker**, Drea/**Kren**, Joshua: Armenia-Azerbaijan Nagorno Karabakh Conflict Targeting of Civilians in Azerbaijan September-November 2020 An Interim Report, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.
- Keskin**, Funda: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1998.
- Krüger**, Heiko: The Nagorno-Karabakh Conflict a Legal Analysis, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2010.

- Kuran**, Selami/**Okur Aydın**, Derya/**Sarıbeyoğlu**, Meltem/**Günel**, Reşat Volkan: Uluslararası Hukuk Temel Metinler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Kydyralieva**, Saltanat/**Abdibaitova**, Burulkan: “KGAÖ’nün Merkezi Asya’daki Etkinsizliği”, Bilge Strateji, Cilt 10, Sayı 18, 2018, s. 93-109.
- Malanczuk**, Peter: Akehurst’s Modern Introduction to International Law, Routledge, London and New York 1997.
- Mammadli**, Metin: “Azerbaycan’ın Değişen Paradigması”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 183-203.
- Meray**, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1975.
- Meray**, Seha Leyla: Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1975.
- Meray**, Seha L.: Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1977.
- Mowchan**, John A.: “The Militarization of the Collective Security Treaty Organization”, Center for Strategic Leadership Issue Paper No: 6-09, 2009, s. 1-6.
- Nikitina**, Yulia: “The Collective Security Treaty Organization through the Looking Glass”, Problems of Post-Communism, Cilt 59, Sayı 3, 2012, s. 41-52.
- Oğan**, Sinan: “Yüzyılın Dramı-Azerbaycan’da Göçmen (Kaçkın) Sorunu”, Avrasya Dosyası Azerbaycan Özel Sayı, Cilt 7, Sayı 1, 2001, s. 431-543.
- Örnek**, Serdar: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı 1991 ve 2003 Irak Harekatları, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Özdaşlı**, Esmâ: “İkinci Karabağ Savaşı’nda Ermenilerin Sivillere Yönelik Saldırılarının Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2021, s. 51-83.
- Özkul**, Osman/**Vermez**, Hüseyin: “Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Sorunları”, Bilig, Sayı 51, 2009, s. 139-170.
- Özsoy**, Bahar: “NATO’nun Genişlemesi ve Kazakistan Olayları Bağlamında KGAÖ’nün Geleceği”, RUSAD, Sayı 8, 2022, s. 101-125.

- Özturanlı**, Beyza: Sınır aşan Hava Kirliliğinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2008.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Pirinççi**, Ferhat/**Güler**, Mehmet Çağatay: “Azerbaycan’ın Stratejik Sabrının Sonu ve Karabağ’da Yeni Denklem”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 205-228.
- Reçber**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, Bursa 2016.
- Rozanov**, Anatoliy A./**Douhan**, Alena F.: Collective Security Treaty Organisation 2002-2012, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva-Minsk 2013.
- Saat**, J. H.: “The Collective Security Treaty Organization”, Conflict Studies Research Center Central Asian Series No: 05/09, 2005, s. 1-21.
- Sargsyan**, Gayane: “Armenia Questions CSTO Role”, <https://iwpr.net/global-voices/armenia-questions-csto-role>, (Erişim Tarihi: 27.06.2023).
- Sarıkaya**, Yalçın/**Aslanlı**, Araz: “Karabağ Sorununda Diplomatik Müzakereler ve Minsk Süreci”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 141-166.
- Seferov**, Rehman/**Akış**, Ayhan: “Karabağ Savaşı ve Bağımsızlık Sonrası Yaşanan Sorunların Azerbaycan’daki Göçe Etkileri”, Bayram, Fatih/Yılmaz, Şakir (ed.), Avrasya Etüdleri, TC BAŞBAKANLIK Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006, s. 207-224.
- Seferov**, Rehman/**İbadov**, Adalet: “Ermenistan’ın Karabağ’ı İşgal Süreci ve Sonrasında Azerbaycan’da Yaşanan Zorunlu Göçler ve Sorunları”, Selçuk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Edebiyat Dergisi, Sayı 18, 2007, s. 159-173.
- Shaw**, Malcolm N.: International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Shaw**, Malcolm/**Hart**, Naomi: Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia’s Responsibility, Red N Line, Baku 2020.

- Slomanson, William R.:** Fundamental Perspectives on International Law, Wadsworth, Boston 2011.
- Strateji Araştırmalar Mərkəzi (SAM):** The Nagorno-Karabakh Conflict a Historical & Legal Appraisal, Baku 2013.
- Sur, Melda:** Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Şefiyev, Ferid/Huseynov, Vasıf:** “İkinci Karabağ Savaşına Giden Yol”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüm Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 169-181.
- Taşdemir, Hakan:** “Silahlı Çatışmalarda Sivil Kişilerin ve Sivil Nesnelerin Korunması”, Taşdemir, Fatma/Albayrak, Gökhan (ed.), Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 37-60.
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumu Alt Komisyonu:** Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumuna İlişkin Rapor, TBMM Basımevi, Ankara 2021.
- T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık):** Azerbaycan - Ermenistan Savaşında Ermenistan Silahlı Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Rapor, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara 2020.
- Topal, Ahmet Hamdi:** Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Torun, Abdullah:** “Bölgesel Hegemonyanın Bir Aracı Olarak KGAÖ”, Orta Asya ve Kafkasya Araştırmaları Dergisi, Cilt 9, Sayı 19, 2015, s. 1-23.
- Tuncel, Turgut Kerem:** “Güney Kafkasya'da 2-5 Nisan 2016'da Yaşanan 4 Gün Savaşı”, Ermeni Araştırmaları, Sayı 53, 2016, s. 301-338.
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu:** Ermenistan'ın Karabağ'daki Eylemleri: İnsan Hakları İhlalleri ve İhlallerin Takibi, TİHEK Yayınları, Ankara 2021.
- Tütüncü, Ayşe Nur:** İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Uzun, Elif:** Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

- Veliyev**, Cavid: “Jeleznovodsk Bildirisi’nden Moskova Bildirisi’ne Rusya’nın Dağlık Karabağ Politikası”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s. 301-324.
- Vermez**, Hüseyin: Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Problemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2007.
- Yesevi**, Çağla Gül: “Orta Asya’da İşbirliği ve Bütünleşme: KGAÖ Örneği”, Küresel Eğilimler Serisi, 2013, s. 1-12.
- Yeşilot**, Okan: “Karabağ Savaşının Sessiz ve Mağdur Tanıkları”, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 15, 2006, s. 85-92.
- Yılmaz**, Reha: “Dağlık Karabağ Şavaşının İnsan Hakları Açısından Analizi”, Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayev, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s. 65-124.
- Yüksel**, Cüneyt/Yüce, Hamza: “Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşını Sona Erdiren Ateşkes Antlaşması”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 80, Sayı 3, 2021, s. 1021-1065.

Elektronik Kaynaklar

- <http://www.cisstat.com/eng/cis.htm>, (Erişim Tarihi: 10.01.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 04.01.2023).
- https://en.odkb-csto.org/documents/documents/dogovor_o_kollektivnoy_bez_opasnosti/#loaded (Erişim Tarihi: 02.02.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 04.02.2023).
- <https://www.icj-cij.org/en/case/4>, (Erişim Tarihi: 11.02.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/>, (Erişim Tarihi: 02.02.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/structure/>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/25years/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2023).
- https://en.odkb-csto.org/authorized_organ/parliamentary_assembly/, (Erişim Tarihi: 02.03.2023).
- <https://en.odkb-csto.org/documents/documents/rezolyutsiya-o-sotrudnichestve-organizatsii-obedinennykh-natsiy-s-organizatsiy-dogovora-o-kollektiv/#loaded>, (Erişim Tarihi: 28.04.2023).
- https://en.odkb-csto.org/international_org/, (Erişim Tarihi: 28.04.2023).

<https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Bishkek%20Protocol.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.04.2023).

<https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023).

<https://president.az/az/articles/view/45923/print>, (Erişim Tarihi: 09.06.2023).

<https://www.nato.int/>, (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=29645>, (Erişim Tarihi: 19.06.2023).

https://en.odkb-csto.org/training/CSTO_collective_forces/, (Erişim Tarihi: 19.06.2023).

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=375, (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

https://en.odkb-csto.org/documents/documents/ustav_organizatsii_dogovora_o_kollektivnoy_bezopasnosti_/#loaded, (Erişim Tarihi: 01.08.2023).

<https://www.reuters.com/article/us-armenia-azerbaijan-csto-idCAKBN26T2F2>, (Erişim Tarihi: 04.08.2023)

<https://ria.ru/20201008/karabakh-1578859528.html>, (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

<https://www.icj-cij.org/case/92>, (04.08.2023).

https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, (04.08.2023).

https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLARIN ULUSLARARASI ANTLAŞMA KURALLARININ OLUŞUMU VE UYGULANMASI SÜRECİNE ETKİLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375552>

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER*

Öz

İkinci Dünya Savaşından bu yana hükümet dışı kuruluşların (HDK) sayıları gittikçe artmaktadır. Bu kuruluşların ortak bir tanımı bulunmamaktadır; ancak özellikleri konusunda uzlaşılmıştır. 1990'ların başından beri uluslararası hukuk kişiliğinin kazanılması konusundaki çabalar yetersiz kalmışsa da gelişen uluslararası hukuk anlayışında hükümet dışı kuruluşların da uluslararası hukuk kişiliği tartışılmaktadır. Hükümet dışı kuruluşların uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması ve uygulanması hususunda etkisi bulunmaktadır. Özellikle insancıl hukuk, insan hakları, çevrenin korunması alanlarında kamuoyu oluşturmaktan, konferansların düzenlenmesine, uluslararası antlaşmaların kaleme alınmasından, uygulanmasına kadar birçok süreçte doğrudan ya da dolaylı etkileri olduğu yadsınamaz. Çalışmada uluslararası antlaşma örneklerinden yola çıkılarak, hükümet dışı kuruluşların uluslararası antlaşma kurallarının oluşumu ve uygulanması süreçlerine etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hükümet dışı kuruluşlar, Uluslararası hukuk kişiliği, İnsan hakları, Kadın hakları, Çevrenin korunması

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Çankırı (av.neslihanozkerim@windowslive.com) ORCID: 0000-0001-8130-9461 (Geliş Tarihi: 27.02.2023-Kabul Tarihi: 16.05.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE EFFECTS OF NON-GOVERNMENTAL
ORGANIZATIONS ON THE FORMATION AND
IMPLEMENTATION PROCESS OF THE
INTERNATIONAL AGREEMENT**

(Research Article)

Abstract

Since the Second World War, the number of NGOs has increased. Although there is no common definition of these, certain criteria have been agreed upon in order to determine their qualifications. In addition, although the efforts to gain international legal personality have been insufficient since the beginning of the 1990s, the international legal personality of NGOs is also discussed in the developing international law understanding. NGOs have an influence on the creation and implementation of international law rules. It is undeniable that it has direct or indirect effects in many processes, especially in the fields of humanitarian law, human rights, environmental protection, organizing conferences, preparing and implementing international agreements. In this study, the effects of NGOs on international agreements are discussed through examples of international agreements.

Keywords

Non-Governmental organisations, International law personality, Human rights, Women rights, Environmental protection

GİRİŞ

Tarihsel olarak 1648 Vestfalya Anlaşmasına dayanan hükümet dışı kuruluşlar (HDK) özellikle Dünya Savaşları sırasında önemli rol oynamış ve 2. Dünya Savaşından sonra sayıları artmaya başlamıştır¹. Her ne kadar uluslararası hukuk alanında üzerine uzlaşmış bir tanımı olmasa da HDK'ların özellikleri çeşitli hukuki metinlerde belirtilmiştir. Faaliyet alanları bakımından çeşitlilik göstermekle birlikte, sadece belli bir devlette çalışmalar yürüten ya da uluslararası alanda etkin olan HDK'lar da bulunmaktadır. Bu çalışmada sadece uluslararası alanda faaliyet gösteren HDK'lar incelenmiştir.

Özellikle Soğuk Savaşın sona ermesinden sonra uluslararası alanda etkileri giderek artan bu kuruluşlar, politika oluşturmaktan uluslararası yarışmalara dahil olmaya kadar çeşitli alanlarda seslerini duyurmakta ve çoğu zaman da amaçlarına ulaşmaktadırlar. Ancak çalışma HDK'ların uluslararası antlaşma kurallarının oluşturulması ve uygulanmasına etkisi ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle HDK'ların tanımı, hukuk kişiliği ve tarihsel gelişimine kısaca değindikten sonra insan hakları, insancıl hukuk ve çevre hukuku alanındaki uluslararası antlaşma kurallarının oluşumu ve bunların uygulanması sürecindeki rolleri belli örnekler çerçevesinde ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLAR

A. Hükümet Dışı Kuruluşların Tanımı

HDK'ların sayısı ve uluslararası alandaki rolleri 1945 yılından bu yana özellikle de Soğuk Savaşın bitiminden sonra hızlanarak artmaktadır. Günümüzde sayılarının binleri aştığını söylemek yanlış olmayacaktır². Sadece

¹ **Wagner**, Markus: "Non-State Actors" Max Planck Encyclopedia of Public International Law, (Ed. Rüdiger Wolfrum) Oxford University Press, 2009, prg. 15; **Azaklı Köse**, Miray: "NGOs As A Specific Model Of Participationhow Can One Justify That Model With Regard To Theory Of Democracy?", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, 2018, s. 62.

² Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye Taraf Devletler Konferansına katılmaları için akredite edilen HDK'ların listesi için bkz: UN, List of Non-Governmental Organization Accredited to the Conference of States Parties, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/list-of-non-governmental-organization-accredited-to-the-conference-of-states-parties.html> (08.05.2023). UNESCO ile resmi ilişkisi olan HDK'lar için bkz: UNESCO, List of NGOs in official partnership with UNESCO within the framework of the Directives concerning UNESCO's partnership with non-governmental organizations (36C/Res. 108) https://en.unesco.org/sites/default/files/list_ngos_official_partners_unesco.pdf (08.05.2023).

sayıları değil, bu örgütlerin etkinlikleri de giderek artmakta, uluslararası anlamda farklı alanlarda rol oynamaktadırlar. Yardım kuruluşlarından, insan hakları, çevre, iş, ticarete kadar birçok alanda işlevi bulunan HDK'ların bazıları, hem üye sayıları hem de bütçeleri dikkate alındığında ekonomik olarak gelişmemiş birçok devletten daha fazla etkiye sahiptir³. Kuruluş amaçları, faaliyetleri, faaliyet alanları bakımından farklılık gösteren ve birçok kuruluşu içine alan HDK kavramının tanımlanması da haliyle zorlaşmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukukta üzerinde uzlaşmış bir HDK tanımı bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra gerek uluslararası hukuk belgeleri gerekse uluslararası hukukçuların eserleri dikkate alınarak HDK'ların sahip olması gereken belli kriterler üzerinde uzlaşmıştır. Ekonomik ve Sosyal Konseyin (ECOSOC) 1950 tarih ve 288(X) sayılı belgesinde HDK'lar, BM Şartının amacına uygun, hükümetler tarafından oluşturulmamış herhangi bir kuruluş olarak tanımlanmıştır⁴. Bu belgede Konsey, HDK'ların ne olduğunu değil ne olmadığını tanımlamıştır. Konsey'in 25.07.1996 tarihli Kararında ise HDK'ların tanımına ilişkin birtakım kriterler belirlenmiştir. Belgede tanım biraz daha genişletilmiştir. Buna göre HDK, BM Şartının amacına uygun, hükümetler tarafından kurulmamış kuruluşlardır. Kuruluş, hükümet makamlarından üye kabul etse de bu durum kuruluşun ifade özgürlüğünü engellememelidir⁵. Tanımdan hareketle sahip olmaları gereken kriterler belirlenmiştir. Bunlar;

- amaçlarının BM Şartının ruh, amaç ve ilkelerine uygun olması;
- faaliyet gösterdiği alanda kabul edilebilir ve etkin olması;
- bir başkan ve yerleşik bir merkezinin olması;
- demokratik bir yapı olması ve
- üyelerine karşı belirli bir sorumluluk mekanizmasının bulunmasıdır⁶.

Görüleceği gibi tanımda HDK'ların uluslararası ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar olmaları gerektiği ile ilgili herhangi bir kriter benimsenmemiştir.

³ **Hobe**, Stephan: "Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations." Indiana Journal of Global Legal Studies, Cilt 5, Sayı 1, Fall 1997, s. 193; Bazı NGO'ların bütçelerine örnek için bkz: Human Rights Careers, The 15 Biggest NGOs in the World, <https://www.humanrightscareers.com/issues/biggest-ngos-in-the-world/> (08.05.2023).

⁴ ECOSOC, Review of Consultative Arrangements with Non-Governmental Organizations, E/RES/288(X), 27 February 1950.

⁵ ECOSOC, Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations, 1996/31.

⁶ ECOSOC, 1996/31, prg. 1-5.

Böyle olmakla birlikte, bu yapıların kendi faaliyet alanları ile ilgili konularda etkinliğinin olması için uluslararasılaşmış olmaları gerektiğinden, ulusal HDK'lar bu kriterleri taşımamaktadır. Kar amacı gütmemeye ilişkin bir kriter olmamasına rağmen Kararın 13. paragrafında bu kuruluşların gelirlerinin bağışlardan oluşacağı, hükümetlerden alınacak bağışların da kaydedilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷.

Tanım konusunda bir diğer önemli belge ise 1986 tarihli Avrupa Konseyi Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuksal Kişiliğinin Tanınması Sözleşmesidir⁸. 1991 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeye göre HDK'lar şu kriterleri taşımalıdır: kar amacı gütmeme; taraf devletlerden birinin iç hukukuna tabi olarak kurulma; en azından iki taraf devlette faaliyet gösterme ve merkez ofisinin taraf devletlerden birinde olması. Sözleşmenin kabulünden sonra kabul edilen Açıklayıcı Raporda HDK'ların kamu otoritesinin sağladığı imtiyazlardan yararlanamayacağı ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar oldukları belirtilmiştir⁹. Bu belgelere ek olarak 2002 tarihli Avrupa Konseyi'nin Avrupa'da Hükümet Dışı Örgütlerin Statüsüne İlişkin Temel İlkeler Kararında da HDK'ların içeriği belirlenmiştir¹⁰. Belge bağlayıcı olmamakla birlikte uluslararası hukukta tanımın verilmesi açısından önemlidir. Buna göre HDK'lar, kamu otoriteleri tarafından yönetilmeyen, bağımsız tüzel kişiliği olan, genellikle üyeleri tarafından organize edilen, kar amacı gütmeyen kuruluşlardır. Sonuç olarak farklı metinlerdeki kriterler ışığında HDK'ları uluslararası alanda faaliyet gösteren, kamu otoriteleri tarafından kurulmamış ve kar amacı gütmeyen uluslararası kuruluşlar olarak tanımlayabiliriz.

B. Uluslararası Hukuk Kişiliği

Yukarıda adı geçen belgelerin hiçbirinde HDK'ların uluslararası hukuk kişiliği ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Genel olarak hukuk kişiliği, hak ve borçlara sahip olabilme yeteneğini ifade eder. Uluslararası hukukta kişiliğin iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlar: uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve borçlara sahip olabilme yeteneği ve uluslararası hukuk-

⁷ ECOSOC, 1996/31, prg. 13.

⁸ Council of Europe, European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations Strasbourg, 24.04.1986, md. 1.

⁹ Council of Europe, Explanatory Report to the European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations Strasbourg, 24.04.1986.

¹⁰ OSCE, Fundamental Principles on the Status of Non-governmental Organisations in Europe and Explanatory Memorandum, 2001-2002.

tan doğan haklarını uluslararası düzeyde doğrudan koruyabilme yeteneğidir¹¹. Uluslararası hukuk kişiliğinin kabulü için doktrinde farklı ölçütler ileri sürülmektedir. Bu görüşlere göre, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabilmek için uluslararası hukuk kurallarının yönetilmesi; uluslararası hukukta sağlanan hakların bir aracıya ihtiyaç duymadan kullanılabilmesi ya da hukuk kurallarının oluşturulmasına katkıda bulunulması gerekir¹².

Yukarıdaki ölçütler birlikte değerlendirildiğinde uluslararası kuralların oluşturulmasında katkıda bulunabilen ve uluslararası hukukun sağladığı hak ve borçlara sahip olanlara uluslararası hukuk kişiliği tanınmaktadır. Bu nedenle devletlerin uluslararası hukuk kişisi olarak tanımlanması konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Modern uluslararası hukuk tanımında ise uluslararası örgütler de uluslararası hukukun kişileri olarak ifade edilirler. Ancak bunun belli ölçütleri bulunmaktadır. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin kabul edilebilmesi için bunların kendilerini oluşturan devletlerden ayrı ve sürekli bir iradeye sahip olmaları gerekir¹³. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin kabul edilmesi için bunların antlaşma yapma, örgüt iç işleri ile ilgili serbestçe düzenleme yapabilme, temsilcilerinin uluslararası sorumluluk, dokunulmazlık ve yargı bağışıklıklarının olması gibi özelliklerinin olması gerekmektedir¹⁴. Ancak örgütlerin kişiliği devletlerin onlara tanıdığı yetkiler ile sınırlıdır. Bu husus, 1949 tarihli Uluslararası Adalet Divanının (UAD) Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşünde belirtilmiştir¹⁵. Danışma Görüşünde uluslararası ilişkilerin gelişmesinin devletlerden farklı uluslararası kişilerin oluşmasına sebep olduğu vurgulanmıştır¹⁶. Sonuç olarak modern uluslararası hukukta devletlerle birlikte, devletlerin kendilerine tanıdığı sınırlı yetkilerle donatılmış hükümetler arası uluslararası örgütler de uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilmektedir¹⁷. Bu tanım da gelişen uluslararası hukukla birlikte değişmektedir.

¹¹ **Pazarcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021, s. 141.

¹² **Pazarcı**, s. 142.

¹³ **Pazarcı**, s. 143.

¹⁴ **Pazarcı**, s. 143.

¹⁵ ICJ, Request for Advisory Opinion (including the dossier of documents transmitted to the Court pursuant to article 65, paragraph 2 of the Statute), 07.12.1948.

¹⁶ **Meray**, Seha: “Birleşmiş Milletler Nezdinde Uğranılan Cismani Zararların Tazmini Meselesi”, Siyasi İlimler ve Hukuk, Cilt 9, Sayı 1, 1954, s. 128.

¹⁷ **Crawford**, James: Brownlie’s Principles of Public International Law, OUP, 2019, s. 466.

Bugün uluslararası hukuk kurallarının yapımında etkili olan ya da uluslararası hukuktan etkilenen birimler bulunmaktadır. Bu bakımdan hükümet dışı uluslararası örgütlerin, yetkileri sınırlı devletlerin, ulusal kurtuluş hareketlerinin, azınlıkların, mültecilerin, bireylerin de uluslararası hukuk kişiliği tartışılmaktadır. Ancak bunlara uluslararası hukuk kişiliği tanınması tamamen devletin yetkisinde olduğundan uluslararası hukukun ikincil kişileri olarak da tanımlanmaktadırlar¹⁸.

Higgins'e göre uluslararası hukuk öncelikle devletler tarafından uygulanmaktadır; ancak uluslararası örgütler, bireyler ve HDK'lar da uluslararası hukukun katılımcılarıdır¹⁹. HDK'ların hem uluslararası hukuk kurallarının oluşumu hem de devletleri bu kurallara uymalarını sağlama etkilerinden hareketle, bunların da uluslararası hukukun uygulanmasında gözlemci olmaktan çok daha öte rol oynadıkları görülmektedir²⁰. Ancak uluslararası hukukun oluşumunda rol oynasalar dahi; bir kuralın uluslararası hukuk kuralı haline gelmesi, devletlerin onayına bağlı olduğundan, HDK'lara kişilik atfedilmemektedir²¹.

Hükümet dışı kuruluşların uluslararası hukuk kişiliği kazanma çabası 1900'lü yılların başına, Uluslararası Dernekler Birliği ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün çalışmalarına dayanmaktadır. 1912 yılında ilk kez bir taslak sözleşme hazırlanarak bu husus Enstitüye sunulmuştur. 1913 yılında ikinci Dünya Dernekler Kongresinde ise hazırlanan taslak metin oybirliği ile kabul edilerek hükümet dışı kuruluşlara hukuk kişiliği kazandırılması amaçlanmıştır²². Ancak bu dönemdeki çabalar 1. Dünya Savaşı nedeniyle sekteye uğramıştır. Taslak metnin etkisiyle Belçika hükümeti tarafından 1919 yılında bir yasa kabul edilmiş ve bu yasayla eğitim, sanat, yardım, din alanlarında faaliyet gösteren HDK'lara kişisel statü tanınmış ve diğer devletlerle iş birliği yapma konusunda yetkilendirilmişlerdir²³. Bu metin HDK'lara ilk kez kişilik tanınması bakımından önemlidir. Savaşın sona ermesinden sonra 1923 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsüne yeni bir taslak sözleşme sunulmuş ve sözleşme oybirliği ile kabul edilerek, uluslararası alanda faaliyet

¹⁸ **Lindblom**, Anna-Karin: Non-Governmental Organisations in International Law, CUP, 2005, s. 91.

¹⁹ **Higgins**, Rosalyn: Problems and Process: International Law and How We Use It, Clarendon Press, 1994, s. 39.

²⁰ **Koh**, Harold Hongju: "The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process", Nebraska Law Review, Cilt 75, 1996, s. 188.

²¹ **Arend**, Anthony Clark. Legal Rules and International Society, OUP, 1999, s. 43.

²² UIA, Report on the 2nd World Congress of International Associations, 1913.

²³ UIA, International Associations Under Belgian Law, <<https://uia.org/belgianlaw>> Erişim Tarihi 09.05.2023.

gösteren ve kâr amacı gütmeyen örgütler, uluslararası dernek kabul edilmiştir²⁴. Taslakta hükümet dışı kuruluşların uluslararası bir kuruluşta tescil edilmesi ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanında taraf olması düzenlenmiştir²⁵. Ancak tüm bu girişimler de 2. Dünya Savaşı nedeniyle sonuçsuz kalmıştır²⁶.

2. Dünya Savaşından sonra 1945 yılında Birleşmiş Milletler Örgütünü kuran Şartın 71. maddesinde hükümet dışı kuruluşlara *danışma* düzenlenmiştir. 1948 yılında Birinci Danışman Statüsüne Sahip Hükümet Dışı Kuruluşlar Konferansı gerçekleştirilmiş; hükümet dışı kuruluşların hukuk kişiliği kazanması konusunda çalışma komitesi kurulmasına, 1913 ve 1928 tarihli taslakları da içerecek şekilde rapor hazırlanmasına karar verilmiştir. 1949 yılında hazırlanan Raporun ekinde hükümet dışı kuruluşların hukuk kişiliğini düzenleyen taslak bir sözleşme sunulmuştur²⁷. 1950 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 44. oturumunda yeniden bir taslak sunulmuş ancak devletler tarafından yeteri kadar ilgi görmemiştir²⁸. 1956 yılında hazırlanan Yabancı Şirket, Dernek ve Vakıfların Hukuksal Kişiliğinin Tanınmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi ise yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadığı için yürürlüğe girememiştir²⁹. 1959 yılında ise bir deneme daha yapılarak dünya çapında bir sözleşme hazırlanması çağrısında bulunulmuştur³⁰.

1970'lere gelindiğinde HDK'ların sayısı ve uluslararası problemlerin dile getirilmesi konusunda etkilerinin artmasına rağmen henüz uluslararası hukuk kişilikleri konusunda bir gelişme olmamasına dikkat çekilmiştir³¹.

²⁴ UIA, Draft Convention Relating to the Legal Position of International Associations, 25.10.1919.

²⁵ ibid, md. 7.

²⁶ **Çakmak**, Cenap: "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) In The Norm Creation Process In The Field Of Human Rights", Alternatives Turkish Journal of International Relations, Cilt 3, Sayı 1, Spring 2004, s. 101.

²⁷ UIA, Preliminary draft agreement designed to facilitate the work of non-governmental organizations having consultative or equivalent status with the organs of the United Nations, 1949.

²⁸ Resolution adopted by the Institute of International Law at its 49th Session (1) III - Conditions for the granting of international status to associations established by private initiative.

²⁹ HCCH, Convention concerning recognition of the legal personality of foreign companies (Sociétés), Associations, and Foundations, 1956.

³⁰ **Union of International Associations**, Draft Convention Aiming At Facilitating The Work Of International Non-Governmental Organizations, 11.07.1959, ss. 510-513 (English).

³¹ **Charnovitz**, Steve: "Nongovernmental Organizations and International Law", The American Journal of International Law, Cilt 100, Sayı 2, April, 2006, s. 356.

Daha sonraki yıllarda yapılan denemeler sonucunda da 1986 yılında Avrupa Konseyi Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuksal Statüsü Sözleşmesi hazırlanmıştır³². Sözleşmeye göre üye devletlerin birinde tanınmış dernekler diğer devletler tarafından da tanınmalıdır. Ancak bu derneklerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin değil, taraf devletlerin iç hukuklarında kişiliklerinin tanınmasına yönelik bir düzenlemedir³³. Nitekim Sözleşme 2018 yılı itibarıyla sadece 12 devlet tarafından onaylanmış ve birçok üye devletin katılımı sağlanamamıştır³⁴.

HDK'ların uluslararası hukuk kişiliğine dair en önemli gelişme 1987 tarihli Rainbow Warrior Hakemlik Kararıdır³⁵. Davaya konu olayda Fransa tarafından Greenpeace Örgütüne ait Rainbow Warrior adlı gemi, Fransa'nın nükleer denemelerini protesto etmek için Yeni Zelanda'nın Auckland Limanında bulunduğu sırada batırılmış ve bir kişinin ölümüne neden olunmuştur. Bu olay üzerine BM Genel Sekreteri hakem tayin edilmiş ve Greenpeace uluslararası bir HDK olarak hakemlik sürecinde yerini almıştır. Uluslararası düzeyde hakkını koruma, davalı ya da davacı olabilme açısından bu dava, HDK'ların kısmi de olsa hukuk kişiliklerinin tesis edilmesi yönünde atılmış çok önemli bir adım olarak görülmektedir³⁶.

Ayrıca ICRC'nin tıpkı birer uluslararası örgüt gibi devletlerle sözleşmeler yaptığına dikkat çekilmiştir³⁷. Örgütün devletlerle yapmış olduğu anlaşmalarda uluslararası örgütler gibi ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlandığı belirtilmiştir³⁸. Örgütün Statüsü BM Genel Kurul tarafından da kabul

³² Council of Europe, European Convention On The Recognition Of The Legal Personality Of International Non-Governmental Organizations, 01.01.1991.

³³ md. 2/1.

³⁴ Council of Europe, European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations, <https://www.coe.int/en/web/youth/-/european-convention-on-the-recognition-of-the-legal-personality-of-international-non-governmental-organisations> (08.05.2023).

³⁵ France-New Zealand Arbitration Tribunal, 82 I.L.R. 500 (1990).

³⁶ **Aksar**, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Ankara 2021, s. 262; **Başlar**, Kemal: Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar Vestfelya Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum, Nobel Yayın Dağıtım, 2005, s. 222; **Harding**, Christopher: "VINGT ANS APRÈS: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity" The Singapore Yearbook of International Law, 10, 2006, s. 110-112.

³⁷ **Kamminga**, Menno T.: "The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System?", (Ed. P. Alston), Non-State Actors and Human Rights, OUP, 2005, s. 98-99.

³⁸ **Debuf**, Els: "Tools to do the job: The ICRC's legal status, privileges and immunities" International Review of the Red Cross, Cilt 97, s. 330 vd.; "Agreement between the

edilmiş ve örgüte gözlemci statüsü verilmiştir³⁹. Buradan hareketle HDK'ların uluslararası hukuk kişiliği olduğu düşünülse de; bu antlaşmalar devlet ve örgüt arasında yapılan antlaşmalardır ve sadece tarafları bağlamaktadır⁴⁰.

Tüm bu çabalara rağmen HDK'lara uluslararası hukuk kişiliği tanıyacak bir uluslararası düzenlemeye ulaşılamamıştır. Ancak *de jure* olarak hukuk kişiliği bahsedilmemiş olması onların uluslararası alanda etkin olmadıkları anlamına gelmez; nitekim gelişen uluslararası ilişkiler sonucunda bu örgütlerin *de facto* olarak uluslararası hukukta etkin oldukları belirtilmektedir⁴¹.

C. Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Tarihsel Gelişimi

HDK'ların tarihi 1648 Vestfalya Anlaşmasına dayandırılmaktadır. Bu dönemde HDK'ların, hukuk, sanat, insani yardım, insan hakları, işçi hakları alanında çalıştığı görülmektedir⁴². Vestfalya Anlaşması ile 1. Dünya Savaşı arası dönemde kurulan ve günümüzde halen etkinliğini sürdüren uluslararası HDK'lar; Uluslararası Hukuk Derneği⁴³, Uluslararası Meteoroloji Derneği⁴⁴, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'dir (ICRC)⁴⁵. Bu örgütler çalışma alanları ile

International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council", *IRRC*, No. 293, 1993.

³⁹ UNGA Res. 45/6, "Observer Status for the International Committee of the Red Cross, in Consideration of the Special Role and Mandates Conferred Upon It by the Geneva Conventions of 12 August 1949", 16 October 1990.

⁴⁰ **Kamminga**, s. 101; **Başlar**, s. 191.

⁴¹ **Başlar**, s. 241; **Vedder**, Christoph: "The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law." *German Yearbook of International Law*, 27, 1984, s. 256-257.

⁴² **Başlar**, s. 46.

⁴³ Örgüt 1873'te Brüksel'de kurulmuştur. Bkz: ILA, About Us, https://www.ila-hq.org/en_GB/about-us (Erişim Tarihi: 30.01.2023). Örgütün uluslararası hukukun gelişimi konusuna birçok katkısı olmuştur. Örneğin 2022 yılında Bienal Uluslararası Hukuk Konferansları düzenlenmiş, uluslararası sağlık hukukundan deniz seviyesinin yükselmesine kadar birçok alana katkı sunacak raporlar hazırlanmıştır.

⁴⁴ 1878'de kurulan örgüt, 1945'te hükümetler arası bir örgüt olmuştur. Bkz: WMO, Our Mandate, <https://public.wmo.int/en/our-mandate> (Erişim Tarihi: 30.01.2023). Özellikle çevre hukuku alanında faaliyet gösteren örgüt, Birleşmiş Milletler (BM) Çevre ve Kalkınma Konferansında imzaya açılan BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesinin oluşturulmasına katkıları bulunmaktadır, bkz: <https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa> (06.05.2023).

⁴⁵ Örgüt 1863'te kurulmuştur. Bkz: ICRC, Who We Are, <https://www.icrc.org/en/who-we-are> (Erişim Tarihi: 30.01.2023). Özellikle insancıl hukuk kurallarının gelişmesine katkısı bulunmaktadır. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanmasında etkisi bulun-

ilgili konferansların düzenlenmesini sağlamış ve uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır.

1900'lü yıllara gelindiğinde ise HDK'ların uluslararası alanda etkinliklerini giderek arttırdığı, hükümetler arası örgütlerle daha yakın temas halinde çalıştığı gözlenmiştir. Amerikan Uluslararası Hukuk Derneği⁴⁶ ve Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu (IFRC) bu dönemde kurulan hükümet dışı kuruluşlardır⁴⁷. 1919 tarihli Milletler Cemiyeti Misakı Taslağının 25. maddesine göre Cemiyet üyeleri Kızılhaç'ın ulusal şubelerinin kuruluşunu ve işbirliğini arttırmayı ve teşvik etmeyi kabul etmektedir:

“Cemiyet üyeleri, sağlığın geliştirilmesi, hastalıklara karşı önleyici önlemler alınması ve bütün dünyada çekilen acıların azaltılması amaçlarını güden, gereği gibi yetkili kılınmış ulusal Kızıl-Haç gönüllü örgütlerinin kurulmasını ve bunların aralarında işbirliği yapmalarını desteklemeği ve kolaylaştırmağı yükümlenirler”⁴⁸.

1920'lerin başlarında Milletler Cemiyeti ve uluslararası örgütler arasında ilişkiler gelişmiştir. Örneğin *International Relief Union*'un kurulmasına Milletler Cemiyeti öncülük etmiştir⁴⁹. Bu dönemdeki HDK'larla danışma işlevinin geliştirilmesi Birleşmiş Milletler Şartının 71. maddesine zemin hazırlamıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde hem savaş sonrası insani yardımların sağlanması hem de devletlerarası ilişkilerin geliştirilmesi için hükümet dışı kuruluşlar kurulmuştur. Bu kuruluşların bir kısmı uluslararası örgütlerin kurulmasını sağlamıştır⁵⁰. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kuruluş sürecinde birçok uluslararası HDK gözlemci olarak görüşmelere katılmış-

muştur. Bkz: ICRC, The Geneva Conventions and their Commentaries, <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions> (08.05.2023).

⁴⁶ 1906 yılında kurulan Dernek şuanda ECOSOC'da özel danışmanlık statüsündedir. Bkz: <https://www.asil.org/about/about-asil> (Erişim Tarihi: 21.07.2023).

⁴⁷ Bkz: IFRC, Our History and Archives, <https://www.ifrc.org/who-we-are/about-ifrc/our-history-and-archives> (Erişim Tarihi: 21.07.2023).

⁴⁸ **Denk**, Erdem: Milletler Cemiyeti Misakı, <http://www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc> (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

⁴⁹ UIA, International Relief Union (IRU), 1927, <https://uia.org/s/or/en/1100038087> (Erişim Tarihi 21.07.2023)

⁵⁰ Bkz: ILO, https://www.un.org/youthenvoy/2013/08/ilo-international-labour-organization/?gclid=CjwKCAjwquWVBhBrEiwAt1KmwhbagB1E_xX8rdedTiP_1ZDNQCfEfaRq8mBFvliCVR-5F3yxBr5erRoCZl8QAvD_BwE (Erişim Tarihi 09.05.2023)

tır⁵¹. Bu örgütlerin çalışmaları sonucu Birleşmiş Milletler Şartının 71. maddesine hüküm konulmuştur. Yukarıda da belirtildiği gibi hükümet dışı kuruluşlara uluslararası hukuk kişiliği tanınmasa da Birleşmiş Milletler Şartı ile danışmanlık statüsü düzenlenmiştir. Buna göre:

“Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendi yetkisine giren sorunlarla uğraşan sivil toplum kuruluşlarına danışmak için uygun düzenlemeler yapabilir. Böyle düzenlemeler uluslararası örgütlerle ve gerektiğinde, Birleşmiş Milletlerin ilgili üyesine danışıldıktan sonra ulusal örgütlerle de yapılabilir.”

Madde 71’de HDK’lara sadece ECOSOC’a danışma görevi verilmiştir. BM’nin uluslararası hükümet dışı kuruluşlarla olan ilk resmi ilişkisi 1968 yılında ECOSOC’un 1296 sayılı kararı ile olmuştur⁵². Karara göre HDK’ya bu statünün verilebilmesi için, HDK’nın amaç ve hedefleri Birleşmiş Milletler Şartı’nın ruhuna, amaçlarına ve ilkelerine uygun olmalı; HDK, Birleşmiş Milletlerin çalışmalarını desteklemeli, ilke ve faaliyetlerine ilişkin bilgiyi geliştirmeyi taahhüt etmeli; temsil kapasitesine sahip, uluslararası tanınırlığı olmalı ve yapısı uluslararası olmalıdır⁵³. Bu statüye sahip olmak isteyen HDK’lar için BM–DPI Sekreterliği tarafından da kriterler belirlenmiştir⁵⁴. Bu kriterler yukarıda belirtilenlerle paralel olmakla birlikte birtakım hususlar izah edilmiştir. Buna göre HDK, BM Şartı’nın ilkelerini desteklemeli ve bunlara saygı duymalı ve bu ilkelerle açık bir misyon beyanına sahip olmalıdır; ulusal veya uluslararası olarak tanınmalıdır; yalnızca kar amacı gütmeyen faaliyet göstermeli ve vergiden muaf statüye sahip olmalıdır; birleşenleri ile BM faaliyetleri hakkında etkili bilgilendirme programları yürütme taahhüdüne ve araçlarına sahip olmalıdır; en az üç yıllık bir süreklilik kaydına sahip olmalı ve gelecekte de sürekli faaliyet sözü vermelidir; ortaklıktan önce BM Bilgi Merkezleri/Hizmetleri veya BM Sisteminin diğer bölümleri ile tatmin edici bir işbirliği kaydına sahip olmalıdır; nitelikli, bağımsız bir muhasebeci tarafından yürütülen, denetlenmiş bir yıllık mali tablo sağlamalıdır; şeffaf bir karar alma süreci, görevlilerin ve üyelerin seçilmesini sağlayan tüzüğü/yönetmeliği olmalıdır⁵⁵. Ayrıca ECOSOC tarafından

⁵¹ Ross, Alexander Jr.: “Growing Role of NGOs and the UN” 02.06.2017, <https://behorizon.org/ngos-and-the-un/> (26.01.2023).

⁵² ECOSOC Resolution 1296 (XLIV), 23 May 1968.

⁵³ ECOSOC Resolution 1296 (XLIV), 23 May 1968, prg.1-4.

⁵⁴ Rustomova, J.: “Features Of Non-Governmental Organizations In International Law” The scientific heritage, Sayı 95, 2022, s. 39.

⁵⁵ DPI- NGO, <https://omiusajpic.org/global/united-nations/dpi-ngo/> (Erişim Tarihi: 26.01.2023)

HDK'lar genel danışmanlık, özel danışmanlık ve *bilirkişi*⁵⁶ statüsündekiler olarak sınıflandırılmıştır⁵⁷. Genel danışmanlık statüsüne sahip olan HDK'lar Konseyin amaçlarının gerçekleştirilmesi için çalışan ve çok sayıda ülkedeki nüfusun büyük kesimlerini temsil eden HDK'lardır. Özel danışmanlık statüsüne sahip olan HDK'lar ise özel bir konuyla ilgili çalışma gösterenler olarak tanımlanmıştır⁵⁸. Kararın 17. paragrafında ise insan hakları ile ilgili HDK'ların tanımına özel olarak yer verilmiştir. Buna göre;

“insan hakları ile ilgili özel danışmanlık verilmiş olan HDK'lar bu hususta tek bir devlet, grup ya da belirli gruplar olmaksızın bu alanda genel olarak faaliyet gösteriyor olmalıdırlar. Sömürgecilik, apartheid, ırksal hoşgörüsüzlük ve diğer ağır insan hakları ve temel özgürlük ihlalleriyle mücadele etmeyi amaçlayan bu alandaki kuruluşların başvuruları özel olarak dikkate alınacaktır.”

Ancak özellikle Soğuk Savaşın etkisiyle 1970'lere kadar HDK'ların uluslararası alanda pek bir etkisi görülmemiştir. Bu dönemdeki HDK'ların özellikle insan hakları, çevre, kadın hakları alanlarında çalışmalar yaptığı ve uluslararası konferansların düzenlenmesine katkıda bulunduğu görülmektedir. Soğuk savaşın bitmesinden sonra ise HDK'ların sayısında hızlı bir yükselme meydana gelmiştir⁵⁹. 1990'larda ise özellikle teknolojik gelişmelerin etkisiyle küreselleşme artmış ve HDK'lar evrensel çapta faaliyetlerini duyurabilir hale gelmişlerdir⁶⁰. Özellikle insan hakları, çevre, yoksulluk, adalet alanında çalışan uluslararası hükümet dışı kuruluşların uluslararası hukuk kurallarının oluşumu, kamuoyu oluşturma ve diğer hususlarda etkileri artarak devam etmektedir. Bu husus da uluslararası hukukta belli dönüşümlerin gerçekleşmesine sebep olmuştur. Klasik uluslararası hukuk anlayışına göre uluslararası hukukun tek ve egemen aktörleri devletlerken, küreselleşmenin etkisiyle HDK'lar da uluslararası hukuk kararlarının alımı ve uygulanmasında görünür olmaya başlamıştır, özellikle insan hakları konusunda, devlet kendi vatandaşları üzerinde sınırsız yetkiye sahip egemen olmaktan çıkmıştır. Çevreden insan haklarına, mülteci ve göç alanından işçi haklarına

⁵⁶ ECOSOC Resolution 1296 (XLIV), 23 May 1968, prg. 28.

⁵⁷ **Erikson**, Marja K./**Sadiwa**, L.: Non-Governmental Organisations. Manuel on Human Rights Monitoring (s. 1-11). The Norwegian Institute of Human Rights, 2001.

⁵⁸ Ayrıca bkz: **Blitt**, Robert C.: “Who Will Watch the Watchdogs - Human Rights Nongovernmental Organizations and the Case for Regulation” Buffalo Human Rights Law Review, Cilt 10, 2004, s. 276.

⁵⁹ **Çakmak**, s. 104.

⁶⁰ UN, NGO Branch, <https://esango.un.org/civilsociety/displayDPISearch.do> (Erişim Tarihi: 26.01.2023)

kadar birçok alanda faaliyet gösteren HDK'ların, başta uluslararası toplumun dikkatini belli bir konuya çekip kamuoyu oluşturarak hem konferansların düzenlenmesi hem de uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasına katkısı olduğu görülmektedir.

II. HDK'LARIN ULUSLARARASI ANTLAŞMALARA ETKİSİ

Her ne kadar uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği kabul edilmiş ve diğer kişilerin de hukuk kurallarının yapıldığı platformlara davet edildiği görülsede bu durum devletlerin uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasında merkezde olma durumunu değiştirmemektedir⁶¹. HDK'ların uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkmasına etkisi Soğuk Savaşın bitmesi ile başlamıştır. Soğuk Savaş sonrasında Vestfalya Anlaşması ile kurulan devletlerin eşit egemen güçler olmaları ve kendi ülkelerinde münhasır yetkileri hesap vermeden kullanabilmeleri durumu küreselleşme ile gevşemiş; devletler HDK'ların uluslararası alandaki etkileri ile de hesap vermek zorunda hissetmeye başlamışlardır. Uluslararası hukukun oluşumundaki demokratikleşme hareketleri ile birlikte artık HDK'lar da hukuk kurallarının oluşumunda etkili olmaya başlamıştır⁶². Özellikle kendi faaliyet alanlarıyla ilgili konularda uluslararası konferanslara katılım ve buralarda söz almaları, daha sonrasında ise uluslararası antlaşma hükümlerinde kendilerine belli rol ve haklar tanınması uluslararası hukukun küreselleşmesinin sonucudur⁶³.

HDK'ların antlaşmaların oluşmasındaki katkıları; kamuoyu oluşturma, konferanslara katılma, konferanslarda sunum yapma, antlaşmalarda gözlemci olarak yer alma, raporlama yapma, antlaşmanın uygulanması konusunda takipte bulunma ve uygulamaya zorlama şeklinde görülmektedir. Özellikle 1970'lerden itibaren çevre, insan hakları, insancıl hukuk ve mülteci hukuku alanlarında etkili oldukları görülmektedir⁶⁴. Ayrıca örf adet hukuku kurallarının oluşumunda da HDK'ların etkisi olduğu belirtilmektedir. Bu etki doğrudan mümkün olmasa da devlet davranışlarının yönlendirilmesi bakımından dolaylı olarak etkiledikleri savunulmaktadır⁶⁵.

⁶¹ **Arend**, s. 44; **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Temel Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

⁶² **Törnquist-Chesnier**, Marie: "NGOs and International Law", Journal of Human Rights, Cilt 3, Sayı 2, 2004, s. 260-261.

⁶³ **Başlar**, s. 74-84.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Christensen**, Robert K.: "International Nongovernmental Organizations: Globalization, Policy Learning, and the Nation-State" Intl Journal of Public Administration, Cilt. 29, 2006, Tablo 1 ve 2, s. 286-287.

⁶⁵ **Meron**, Theodor: "The Humanization of International Law", Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 355; **Pearson**, Zoe: "Non-Governmental Organizations and the

A. Uluslararası İnsancıl Hukuk Antlaşmalarına Katkısı

HDK'ların uluslararası antlaşmalar üzerindeki ilk etkilerinin insancıl hukuk alanına ilişkin olduğunu söylemek yanlış olmaz. HDK'ların, 2. Dünya Savaşı sonrasında hem savaş kurallarının oluşturulması hem de savaş sonrası uluslararası düzenin yeniden kurulmasına katkı sağlayan antlaşmalarda etkileri olmuştur. Bunların en önemlisi **1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile Sözleşmeye Ek 1977 Protokolleri**'dir. Sözleşmenin hazırlanmasına Uluslararası Kızılhaç Komitesinin (ICRC) katkısı bulunmaktadır. ICRC, 1863 yılında silahlı çatışma esnasında mağdurlara yardım etme amacıyla kurulmuştur. Bu doğrultuda gerek 1. Dünya Savaşı gerekse 2. Dünya Savaşı esnasında savaşta yaralananların tedavisi ve mağdurlara gerekli desteklerin verilmesi için çalışmaları bulunmaktadır. 2. Dünya Savaşından sonra da ICRC'nin girişimi ile 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller kabul edilmiştir. Sözleşmeler neredeyse her devlet tarafından kabul edilmekte ve Protokoldeki düzenlemeler aynı zamanda örf adet hukuku kuralı olarak görülmektedir. ICRC'nin, Protokollerin savaşan taraflarca savaş esnasında uygulanması için de çabaları bulunmaktadır⁶⁶.

HDK'ların bu alandaki katkıları sadece sözleşmenin yapılmasında değil sözleşmelerin yorumlanmasında da görülmektedir⁶⁷. 1984 tarihli **Siracusa ve Limburg İlkelerinin**⁶⁸ BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin hükümlerinin sınırları içerisinde geliştirilmesine de katkıda bulunmuşlardır⁶⁹. Ayrıca ICRC sayesinde tecavüz insancıl hukukta suç olarak kabul edilmiş ve Cenevre Sözleşmesinin bu şekilde yorumlanması sağlanmıştır⁷⁰.

International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law", Cornell International Law Journal, Cilt 39, Sayı 2, s. 246.

⁶⁶ **Brett**, Rachell: "Non-Governmental Human Rights Organizations And International Humanitarian Law" International Review of The Red Cross, s. 533.

⁶⁷ **ICRC**, Development of Modern International Humanitarian Law, 13.05.2010, <https://www.icrc.org/en/doc/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

⁶⁸ American Association for the International Commission of Jurists, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Distr. General E/CN.4/1985/4, 28 September 1984; UN, "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", E/CN.4/1987/17, Human Rights Quarterly, Cilt 9, 1987, s. 122-135.

⁶⁹ **Boven**, Theo van: "The Role Of Non-Governmental Organizations In International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite Of Democracy", California Western International Law Journal, Cilt 20, Sayı 2, 2015, s. 219-220.

⁷⁰ **Meron**, Theodor: "The Humanization of Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Cilt 94, Sayı 2, April, 2000, s. 262.

1991 yılında ise HDK'ların mayınların yasaklanması hususunda çalışmaları başlamıştır. Bu bakımdan 1992 de Uluslararası Mayın Yasaklama Kampanyası (ICBL- International Campaign to Ban Landmines) kurulmuştur⁷¹. Bu kampanya ve diğer birçok sivil girişim sayesinde 1997 tarihli *Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretiminin ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme*, diğer adıyla **Ottawa Sözleşmesi** oluşturulmuştur⁷². Sözleşmenin yapılmasında, daha sonra izlenmesi ve uygulanmasında ICBL (Bu kampanya da onlarca HDK'nın birleşimi ile oluşturulmuştur)⁷³ ve ICRC'nin etkisi bulunmaktadır⁷⁴. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında altı toplantı yapılmış, HDK'lar bunlara katılmış ve tümüne delege yollamışlardır⁷⁵. Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra bile sözleşmenin uygulanması, mağdurlara yardım edilmesi vs. hususlarda özellikle ICBL'nin rolü devam etmektedir ve *de facto* gözlemci olduğu belirtilmektedir⁷⁶.

Uluslararası savaş suçlarının yargılanması amacıyla 1994'te taslak sözleşme çalışmalarına başlanmıştır. 2002 yılında yürürlüğe giren **Roma Statüsü** uluslararası toplumun uzun süreli çabalarının sonucudur⁷⁷. Sözleşmenin hazırlanmasında özellikle Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve *World Federalism Movement*'in katkısı bulunmaktadır. Bu örgütler, 1995'te bir araya gelerek CICC (*Coalition for the International Criminal Court*)'u kurmuşlardır. Ancak bunların dışında 2500'e yakın HDK da Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına katılmıştır. Konferanslar sırasında

⁷¹ ICBL, A Global Network Working For A World Free Of Landmines, <http://www.icbl.org/en-gb/home.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

⁷² Sözleşmenin resmi başlığı: the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction. 1 Mart 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve 164 devlet taraftır.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz: ICBL, Who We Are, <http://www.icbl.org/en-gb/about-us/who-we-are/members.aspx#> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

⁷⁴ ICRC, "Overview Of The Convention On The Prohibition Of Anti Personnel Mines", 15.08.2007, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/legal-fact-sheet/landmines-factsheet-150807.htm> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

⁷⁵ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, <https://www.apminebanconvention.org/ottawa-process/overview/> (Erişim Tarihi 14.12.2021).

⁷⁶ ICBL, Who We Are, <http://www.icbl.org/en-gb/about-us/who-we-are/the-icbl.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

⁷⁷ UCM Statüsü 18.07.1998 tarihinde devletlerin imzasına açılmış, 11.07.2002 tarihi itibarıyla göreve başlamıştır. Bkz: ICC, Understanding to Criminal Courts, 2020, s. 11, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf> (08.05.2023).

HDK'lar aktif rol oynamış, 3 farklı gazete yayınlamışlardır: *Terra Viva*, *CICC Monitor* ve *On the Records*⁷⁸. HDK'ların bu süreçteki katkıları uluslararası hukukun oluşumuna etkileri hususunda çok önemli bir örnektir. Bu süreç *yeni diplomasi* olarak adlandırılmıştır⁷⁹. Sözleşme görüşmelerinde HDK'ların doğrudan etkisi olmuş; hatta bazı devlet delegelerinin doğrudan HDK açıklamalarını benimsediği kaydedilmiştir⁸⁰. Bu örgütler ayrıca Sözleşmenin onaylanması, izlenmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin geliştirilmesi için de çalışmaktadır⁸¹.

B. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerine Katkısı

İnsan hakları, özellikle 2. Dünya Savaşına kadar devletlerin iç hukuk meselesi olarak görülmüştür. 2. Dünya Savaşından sonra insan hakları uluslararasılaşmış ve uluslararası hukukun konusu haline gelmiştir. Savaşın sona ermesinden sonra akdedilen BM Şartında da birçok insan hakkına yer verilmiş ancak bunlar tanımlanmamıştır. 1945 yılından önce evrensel anlamda bir insan hakları sözleşmesi yoktur. Dolayısıyla bu zamana kadar HDK'ların insan hakları kurallarının oluşumuna katkısı konusunda bir değerlendirme yapmak zordur. Ancak, bu dönemden önce, yerel düzeyde de olsa insan haklarının korunması ile ilgili HDK'ların önemli katkıları görülmektedir. 1839 yılında Birleşik Krallıkta kurulan *Kölelik Karşısı Topluluk* kölelikle mücadele konusunda önemli rol oynamıştır⁸².

HDK'ların bu alandaki ilk büyük etkisi *Evrensel Beyanname* ile olmuştur. Beyannamenin oluşturulmasında ve BM Şartında insan haklarının yer almasında da HDK'ların etkisi bulunmaktadır⁸³. İnsan Hakları Komisyonu Raportörü Charles Malik, HDK'ların evrensel beyannamenin oluşturulmasındaki katkısını belirtmiş, bu belgenin hazırlanması aşamasındaki çabalarını ve her bir maddede etkilerinin olduğunu vurgulamıştır⁸⁴. Ayrıca Beyannamenin oluşturulmasında uluslararası toplumun gücünün olduğu ve Beynamedeki ilkelerin, devletleri bağlayan uluslararası örf adet hukuku

⁷⁸ Glasius, Marlies: *The International Criminal Court A Global Civil Society Achievement*, Routledge, 2006, s. 41 vd.

⁷⁹ Pearson, s. 251.

⁸⁰ Pearson, s. 254.

⁸¹ ICC, Civil Society and the ICC, <https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/ngos.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

⁸² Kamminga, s. 391; Wagner, prg. 15.

⁸³ Charnovitz, s. 352.

⁸⁴ Korrey, William: *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights*, Palgrave, 2001, s. 45.

kuralları niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁸⁵. HDK'ların Beyannamenin hazırlanmasındaki etkilerinin yanı sıra **Birleşmiş Milletler Şartı**nın insan haklarına ilişkin maddelerinin taslaklarının oluşturulması ve bunların Şartın içinde yer alması konusunda da merkezi rol oynadıkları belirtilmektedir. Sözleşmenin 55-56. maddelerinin arkasında HDK'ların ideolojilerinin ve *dillerinin* bulunduğu birçok uluslararası hukukçu tarafından kabul edilmektedir⁸⁶.

Özellikle 1970'lerde insan hakları belgelerinin sayısı artmıştır. Aynı dönemde HDK'ların sayısı da artmıştır. Bu paralel artış da aslında HDK'ların insan hakları üzerindeki etkilerini göstermektedir⁸⁷. Şüphesiz HDK'ların insan haklarının korunması konusunda devlet pratiğine olumlu anlamda katkıları bulunmaktadır. Ancak bu katkı geçicidir ve devletin gelecekteki hak ihlallerini engelleme hususunda yetersizdir. İnsan haklarının korunması için uluslararası bağlayıcı antlaşmalar yapmak, antlaşmaların uygulanmasını izleme ve ihlali durumunda sorumluluk mekanizmasını işletmek devlet davranışlarını kalıcı olarak etkilemektedir. Bu bakımdan da HDK'ların insan hakları antlaşmalarının oluşturulması ve izlenmesi bakımından yaptıkları katkılar, devlet pratiğini dönemsel olarak etkilemekten çok daha kıymetlidir⁸⁸. Uluslararası hukuk normlarının oluşturulması sürecinde, dünya kamuoyunu oluşturma açısından, sivil toplum kuruluşlarının artan önemi uluslararası hukukçular tarafından vurgulanmaktadır. Bu kuruluşların genellikle bir bütün olarak insanlık için ortak değerleri ve çıkarları ifade ettiği belirtilmektedir. Ayrıca, her ne kadar devletler norm oluşturma bakımından ana aktörler olmaya devam etseler de çeşitli demokratik, savaş karşıtı ve anti-nükleer hareketleri dikkate almak zorunda kalmışlardır⁸⁹.

1948'de Evrensel Beyannamenin ilanından uzun bir süre sonra 1966'da İkiz Sözleşmeler olarak da anılan **Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**⁹⁰ ile

⁸⁵ Korrey, s. 49.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korrey, s. 41-50.

⁸⁷ Çakmak, s. 101.

⁸⁸ Çakmak, s. 101.

⁸⁹ Mullerson, R. A.: "Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking", The American Journal of International Law, Cilt 83, Sayı 3, Jul., 1989, s. 512.

⁹⁰ 16.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı BM Genel Kurulu kararıyla kabul edilip imzaya açılan Sözleşme, 41. madde dışında, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. madde ise, 28.03.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamış, Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan Kanun, 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Ekonomik, Medeni ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁹¹ hazırlanmış ve bunlar ancak 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmeler HDK'ların büyük başarısı olarak görülmektedir. Evrensel Beyannameden daha ayrıntılı bir şekilde hakların düzenlenmesi ve antlaşma olarak bağlayıcılıkları nedeniyle de insan hakları hukuku anlamında çok önemli yere sahiptirler. HDK'ların önerileri ve yönlendirmeleri ile Sözleşmelerin hazırlandığı ve bu Sözleşmelerin devlet dışı aktörlerin emeği ile de el birliğiyle oluşturulduğu belirtilmektedir⁹². Sözleşmelerin hazırlanmasının yanı sıra Sözleşmelerin, devletler tarafından desteklenmesi ve onaylanması sürecine de etkileri olmuştur⁹³. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 28. ve 40. maddeleri arasında İnsan Hakları Komitesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Sözleşmede doğrudan HDK'larla ilgili resmi bir ilişki düzenlenmemiştir ancak pratikte HDK'lar da bu maddelerin uygulanmasına katkı sağlamaktadır. Devletlerin sözleşmenin uygulanması bakımından hazırlamak zorunda olduğu raporlara HDK'lar resmi olmayan çalışma grupları kurarak ya da rapor yazım sürecinde sözlü bildirimlerde bulunarak katkı sağlamaktadırlar⁹⁴.

Ekonomik, Medeni ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde ise Sözleşmenin uygulanmasını izleyecek bir mekanizma kurulmamıştır. Bu husustaki eksiklik 1985 yılında ECOSOC tarafından kurulan Komite ile giderilmeye çalışılmıştır⁹⁵. ECOSOC'un alt kurumu gibi kurulan bu Komiteye ECOSOC'a danışmanlık yapan HDK'lar da katılabilmektedir. Bu Komitenin diğer önemli özelliği ise HDK'lara ilk defa yazılı beyanda ve sözlü bildirimde bulunma hakkı verilmesidir⁹⁶. ***Ekonomik, Medeni ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol***⁹⁷'ün hazırlanmasından kabulüne kadar da

⁹¹ 6.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19.12.1966 tarihinde imzaya açılmıştır, 3.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Uygun bulma kanunu 2003 yılında 25196 sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹² Boven, s. 211.

⁹³ Korey, s. 72.

⁹⁴ Rossi, Ingrid: Legal Status of Non-Governmental Organizations In International Law, Katholieke Universiteit Leuven Faculty of Law, 2009-2010, s. 179-180.

⁹⁵ ECOSOC, Resolution 1985/17, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 28.05.1987.

⁹⁶ ECOSOC, ICESCR's Rules of Procedure and Working Methods, A. 69, 1993, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr/rules-procedure-and-working-methods> (Erişim Tarihi 09.05.2023); Rossi, s. 180-183.

⁹⁷ Protokol, BM Genel Kurulu'nun 10.12.2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 24.09.2009 tarihinde imzaya açılmıştır. 18. madde uyarınca, 5.05.2013

farklı aşamalarda HDK'ların etkisi olmuştur. Gündem belirleme, görüşmelere katılma, normların oluşturulması, Sözleşmelerin uygulanmasını izleme ve raporlama aşamalarında katkıları bulunmaktadır. Protokolün hazırlanması için lobi çalışması yapılmış, görüşmeler sırasında resmi olarak görüşleri sunulmasa da 2002 yılında İnsan Hakları Komitesine sunmuş oldukları raporun etkisi kabul edilmiştir⁹⁸. ECOSOC tarafından HDK'ların *Open Ended Working Group*ların çalışmalarına katılmalarına izin verilmiştir. Burada yazılı ve sözlü olarak çalışmalara katkı sağlamışlar bunun dışında da 2005'te Fransa'da, 2006'da Portekiz'de düzenlenen Forumlarda Protokole ilişkin toplantı yapmışlardır. HDK'lar 2006 yılında İnsan Hakları Komisyonuna da 2000 kelimelik yazılı beyanda bulunma imkânı bulmuş ve çeşitli örgütlerin bu hususta ortak açıklaması olmuştur⁹⁹. Ancak norm koyma aşamasında istedikleri etkiyi yaratamamış; örneğin Protokole çekince konulmaması konusunda hüküm koyma talepleri başarıya ulaşamamıştır¹⁰⁰. Protokole ekletmek istedikleri 25 amacın 15'ini ekletebilmişlerdir¹⁰¹.

HDK'ların başarısı olarak görülen bir diğer önemli insan hakları belgesi ***Çocuk Hakları Sözleşmesidir***¹⁰². Çocuk Hakları Sözleşmesi bazı yazarlar tarafından ilerlemenin ölçütü olarak görülmekte ve bu Sözleşmenin ruhunun gerçekleşmesi için HDK'lara ihtiyaç duyulduğu vurgulanmaktadır¹⁰³. Hem Sözleşmenin hazırlık aşamasında ve oluşturulmasında hem de özellikle met-

tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Ek İhtiyari Protokol'e taraf değildir. Bkz: <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/121-ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesmeye-ek-ihiyari-protokol/> (08.05.2023).

⁹⁸ **Erdem Türkelli**, Gamze/**Vandenhoe**, Wauter/**Vandenbogaerde** Arne: "NGO Impact on Law-making: The Case of a Complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child" *Journal of Human Rights Practice*, Cilt 5, Sayı 1, s. 10.

⁹⁹ OHCHR, A Practical Guide for NGO Participants: United Nations Human Rights Council, 2013, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/PracticalGuideNGO_en.pdf (Erişim Tarihi 09.05.2023).

¹⁰⁰ **Erdem Türkelli/Vandenhoe/Vandenbogaerde**, s. 19.

¹⁰¹ **Erdem Türkelli/Vandenhoe/Vandenbogaerde**, s. 22.

¹⁰² BM Genel Kurulu'nun 20.11.1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmış, 2.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 14.09.1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu ilişkin Kanun, 11.12.1994 tarih ve 22138 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰³ **Hart**, Stuart N./**Thetaz-Bergman**, Laura: "The Role of Nongovernmental Organizations in Implementing the Convention on the Rights of the Child." *Transnational Law & Contemporary Problems*, Cilt 6, Sayı 2, Fall 1996, s. 374 vd.; **Polonko**, Karen A./**Lombardo**, Lucien X.: "Non-Governmental Organisations and the un Convention on the Rights of the Child" *international Journal of Children's Rights*, Cilt 23, 2015, s. 134 vd.

nin resmileştirilmesinde önerilerini kabul ettirmişlerdir. Sözleşmeye taraf devletlerin uyup uymadığı Çocuk Hakları Komitesi tarafından takip edilmektedir¹⁰⁴. HDK'ların Çocuk Hakları Sözleşmesi bakımından sadece Sözleşmenin yapılması sürecinde değil, Çocuk Hakları Komitesi ile antlaşmaların izlenmesi, geliştirilmesi ve raporlama süreçlerine de katkısı olmuştur. Sözleşmenin daha etkin bir şekilde uygulanması için HDK'ların müdahalesi gerekli görülmektedir. Nitekim birçok ülkede gerek evrensel gerek yerel HDK'lar bu Sözleşmenin uygulanması için raporlama yapmaktadırlar. Özellikle Sözleşmenin 19 ve 34. maddelerinin uygulanmasında HDK'larla iş birliği yapılmasının önemi belirtilmektedir¹⁰⁵.

45. maddede UNICEF ile birlikte diğer uzmanlık kuruluşları ile dayanışma içinde olunacağı ve hazırladıkları raporların kabul edileceği düzenlenmiştir. Nitekim çocuk haklarının korunması hususu sadece hükümetlere bırakılamaz ve HDK'ların bu alandaki önemi de göz ardı edilemez¹⁰⁶. Madenin uygulanması amacıyla da *Çocuk Hakları Komitesinin Usul Kuralları*¹⁰⁷'nin 74. maddesinde diğer uzmanlaşmış kurumların Komiteye tavsiye sağlama amacıyla davet edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca ajanda oluşturma, politika kurma ve norm oluşturma etkileri vardır. **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin İletişim Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolü**¹⁰⁸ Çocuk Hakları Uluslararası Ağı (Child Rights Information Network- CRIN) içerisinde 600'den fazla oluşumun bir araya gelip kampanya oluşturma ve bu hususta gündem oluşturma sonucu hazırlanmıştır. Gündem oluşturma amacıyla 2008-2009 yılları arasında İnsan Hakları Komitesine yazılı beyanda bulunmuşlardır¹⁰⁹.

HDK'lar, kadın hakları ile ilgili sözleşmelerin geliştirilmesinde de etkili olmuşlardır. 1928 yılında Pan-American Konferansına kadın grupları katıl-

¹⁰⁴ md. 43, Ayrıca bkz: UNHRC, Introduction to Committee, Committee on the Rights on the Child <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Hart/Thetaz-Bergman, s. 384.

¹⁰⁶ Polonko/Lombardo, s. 140.

¹⁰⁷ UN, Committee on the Rights of the Child, Rules of Procedure and Working Methods, CRC/C/4/Rev.5, 01.03.2019, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/rules-procedure-and-working-methods> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

¹⁰⁸ BM Genel Kurulu'nun 19.12.2011 tarih ve 66/138 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmış, 14.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, İhtiyari Protokol'ü 24.09.2012 tarihinde imzalamış, onayın uygun bulunduğu ilişkin Kanun, 3.04.2017 tarih ve 30027 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁹ Erdem Türkelli/Vandenhoe/Vandenbogaerde, s. 26; CRIN, <https://home.crin.org/> (Erişim Tarihi 24.12.2021).

miş; taleplerini Konferansta dile getirmişlerdir. Bunun neticesinde Inter-American Kadın Komisyonu kurulmuştur¹¹⁰. HDK'ların kadın haklarına ilişkin uluslararası kuralların oluşturulması hususundaki en önemli başarısı ise 1981 yılında yürürlüğe giren *Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW)*'dır. Sözleşmenin uygulanması aşamasında da HDK'ların etkisi olmaktadır. Ülkelerin yürüttüğü politikaların izlenmesi ve takip edilmesi sürecinde Türkiye'den de HDK'lar rapor sunmuşlardır¹¹¹. Rapor neticesinde aile içi şiddete maruz kalan kadın ve çocuklara şahsen şikâyetle bulunma hakkı veren "Aileyi Koruma Kanunu" çıkarılarak hayata geçirilmiştir¹¹². Yine Uluslararası Af Örgütü, Sözleşmeye Türkiye'nin çekincesiz olarak taraf olması için kampanya yürütmüş ve başarıya ulaşmıştır. Sözleşmenin 17. maddesinde sözleşmenin uygulanması için. *Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi* kurulmuştur. Sözleşmenin kendisi HDK'lar konusunda sessiz kalmaktadır. Ancak *Komitenin Çalışma Kuralları* 47. maddede Komitenin aktivitelerine HDK'ların davet edilebileceği, sözlü ve yazılı beyanda bulunabilecekleri belirtilmiştir¹¹³.

İşkenceyi Önleme Sözleşmesi bu hususa ilişkin diğer bir örnektir. 1970 yılında Uluslararası Af Örgütünün başlattığı çalışmalar neticesinde 1973 yılında BM Genel Kurulu bu konuya ilişkin bağlayıcı bir sözleşme yapma kararı almıştır¹¹⁴. Sözleşmedeki etkin mekanizma eksikliği de yine Uluslararası Af Örgütünün çabaları sonucu giderilmiş 2002 yılında Ek Protokol kabul edilmiştir¹¹⁵. Sözleşmenin amacı devletlerin işkenceyi önlemek için gerekli idari ve yasal önlemleri almasını sağlamaktır¹¹⁶.

¹¹⁰ Charnovitz, s. 352.

¹¹¹ Kadının İnsan Hakları-Yeni Çözümler Derneği, Mor Çatı ve EŞ-İZ gibi. Bkz: Kaya, Recep: "Hükümet Dışı Organizasyonların Kamu Yönetimi Üzerindeki Etkilerinin Kadın Örgütleri Üzerinden Değerlendirilmesi", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt 22, Sayı 38, 2020, s. 6.

¹¹² Kaya, s. 6.

¹¹³ Chapter IV, Rules Of Procedure Of The Committee On The Elimination Of Discrimination Against Women, [Part Of HRI/GEN/3/Rev.3], M. 47.

¹¹⁴ Ayrıca bkz: **Amnesty International**: Combating Torture and Other Ill- Treatment, A Manual for Action, Amnesty Int Ltd, 2016.

¹¹⁵ İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, Protokol BM Genel Kurulu'nun 18.12.2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 4.02.2003 tarihinde imzaya açılmıştır. 22.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁶ md. 2.

C. Çevre Hukukunun Gelişimine Katkısı

Antlaşmalar, çevre hukukunun temel yapısını oluşturur. Yukarıda da belirtildiği gibi antlaşmalar genel olarak sadece devletler tarafından müzakere edebilir ve antlaşmaların yükümlülükleri devletler tarafından üstlenilir. Bu nedenle de devletlerin egemenliği ilkesi çevre hukukunun gelişiminin önündeki en büyük engel olarak görülmektedir¹¹⁷. Çevre hukukunun gelişimindeki bir diğer sorunun ise bilimsel ve teknolojik bilgi eksikliği ile çevresel bozulmalar ve insan davranışı arasındaki illiyet bağının tespiti konusunda olduğu belirtilmektedir¹¹⁸. HDK'ların gerek forumlara katılım gerek raporlama aracılığı ile bu husustaki çabaları çevre hukukundaki gelişmelere katkı sağlamaktadır¹¹⁹.

HDK'lar uluslararası çevre antlaşmalarının oluşturulma, uygulama ve izleme süreçlerinde başlıca aktörlerdir. Birçok çevre hukuku anlaşması açıkça HDK'lara Taraflar Konferansları sırasında gözlemci rolüne ve antlaşma hükümlerinin uygulanması ve izlenmesinde iş birliğine imkân vermektedir. Dolayısıyla devletler uluslararası çevre hukukunun ana aktörleri olmaya devam etseler de HDK'ların da bazı katılım hakları bulunmaktadır.

Çevre hukukunda uluslararası kuralların oluşturulmasının en önemli adımlarının atıldığı 1972 Stockholm Konferansının hazırlanmasında ve *Stockholm Bildirisinin* ortaya çıkarılmasında HDK'ların büyük katkısı olmuştur¹²⁰. Özellikle bu konferansla birlikte HDK'ların çevre hukuku alanında ağırlıklarını koydukları ve etkilerinin giderek arttığı görülmektedir. HDK'ların etkisi ile oluşturulan en önemli çevre antlaşmalarından biri *Antarktika Antlaşması*dır. 1961 tarihli bu Antlaşma, 1970'li yıllarda çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren HDK'ların ilgi alanına girmiştir. Antlaşmada HDK'lar için danışmanlık statüsü tanımlanmıştır¹²¹. 1978

¹¹⁷ Schrenk, Sarah C.: "The Role of Nongovernmental Organizations in International Environmental Law" *Gonzaga Journal of International Law*, 10, 2006-2007, s. 254 vd.

¹¹⁸ ibid

¹¹⁹ Balcı, Zeynep Selin: "Devlet Dışı Aktörlerin Uluslararası Çevre Hukukuna Katkısı ve İlişkisel Sorumluluk" (Ed. Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 702.

¹²⁰ Zengin, Mehmet Ali: "Katılımcı Demokrasinin Vasıtaları ve Bu Vasitalardan Referandumun Çevre Hakkına Olan Etkileri", *YBHD*, Cilt 4, Sayı 2, 2019, s. 44; Torun, B. Alper/Yavan, Sercan: "Çevre Sorunlarının Ekonomi Politikası: Devlet ve Devlet Dışı Aktörler" (Ed. Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 177 vd.

¹²¹ Erson Asar, Bilge: "Uluslararası Hukuk Bağlamında Devlet Dışı Aktörlerin Çevresel Sorumluluğu: Uluslararası Örgütler, Hükümetdışı Örgütler ve Ticari Kuruluşlar" (Ed.

yılında Antarktika ve Güney Koalisyonu (ASOC) kurularak devlet politikalarını etkilemek ve bu hususta kamuoyu oluşturmak için çaba harcamışlardır¹²². Antarktika'nın dünya parkı olmasında Greenpeace, IUCN ve diğer HDK'ların etkisi olmuştur. Nitekim daha sonra imzaya açılan Antarktika Maden Rezervleri Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Sözleşmesi de HDK'ların etkisi ile yürürlüğe girmemiştir. Bunun yanı sıra HDK'lar sayesinde **1991 yılında Madrid Protokolü** kabul edilerek 50 yıl boyunca Antarktika'da maden aranmasının yasaklanması sağlanmıştır¹²³.

Bir diğer önemli Sözleşme ise kısa adı **CITES** olan Nesli Tehlike Altındaki Türlerin Korunmasına İlişkin Sözleşmedir¹²⁴. Bu Sözleşmenin hazırlanması yönündeki girişimi IUCN başlatmıştır. Nitekim Sözleşmenin 11. maddesinde de HDK'larla ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hususta da başarı elde etmişlerdir. CITES'in HDK'lara ilişkin düzenlemeleri kendinden sonraki birçok çevre antlaşmasına da aynen aktarılmış ve buradaki düzenleme uluslararası çevre antlaşmalarının ortak dili haline gelmiştir¹²⁵. CITES'in 12. maddesine göre HDK'lara gözlemci statüsü verilmiştir. Sözleşmenin uygulanması için düzenli olarak toplanan Taraflar Konferansı Kararının madde 13(8)'e göre de oy kullanma hakları olmasa da gözlemci olarak bulunabilmektedirler.

CITES'teki aynı düzenleme 1979 tarihli **Göçmen Yabani Hayvan Türlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme**'de aynen benimsenmiştir. Sözleşmenin 7(9). maddesinde HDK'lara gözlemci statüsü verilmiş ancak toplantılarda oy kullanma hakkı verilmemiştir. Ayrıca Sözleşmenin 9(2). maddesinde HDK'lar tarafından Sekreteryaya destek olunması düzenlenmiştir. Bu hususa ilişkin bir diğer önemli örnek ise **Viyana Ozon Tabakasına İlişkin Sözleşme**dir. Bu Sözleşme'de CITES ile aynı dil kullanılsa da bu noktada dikkat çekici nokta Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin **Montreal**

Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 660.

¹²² **Specter, J. M.**: "Saving the Ice Princess: NGOs, Antarctica & (and) International Law in the New Millennium." *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt 23, Sayı 1, Winter 1999, s. 83; Ayrıntılı bilgi için bkz: **ASOC**, Protecting Antarctica, <https://www.asoc.org/> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

¹²³ **Rothwell, Donald R.**: "The Antarctic Whaling Case: Litigation In The International Court And The Role Played by NGOs" *The Polar Journal*, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 399-414.

¹²⁴ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, Washington, D.C., 03.03.1973.

¹²⁵ **Raustiala, Kal**: "The Participatory Revolution in International Environmental Law", *Harvard Environmental Law Review*, Cilt 21, 1997, s. 547.

Protokolünde diğer birçok çevre antlaşmasının aksine HDK'lar ile dayanışma ve iş birliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹²⁶. **BMİDÇS**'nin (BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi) 7. maddesinde de Taraflar Konferansı düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, Taraflar Konferansı gerektiğinde ilgili uluslararası örgütlerin, hükümetlerarası ve hükümet dışı kuruluşların yardımlarını, desteklerini ve sağladıkları bilgileri isteyecek ve kullanacaktır, ifadesi yer almaktadır. Nitekim gerek Taraflar Konferasına gerekse iklim değişikliğinin izlendiği IPCC Raporlarında HDK'ların katkıları görülmektedir¹²⁷. HDK'ların çevre hukuku konusundaki katılımları, yerel ve güncel bilginin edinilmesini sağlamakta; izleme- raporlama süreçlerinde hükümetlere yardımcı olmakta; ulusal ihtiyaçların anlaşılması için bu hususta çalışan diğer kuruluşlarla iletişimi kolaylaştırmaktadır.

SONUÇ

Çalışma uluslararası alanda faaliyet gösteren HDK'lar ile sınırlandırılmıştır. Çeşitli belgelerde yapılan HDK tanımlarından, ortak kriterleri üzerinde uzlaşıldığı görülmektedir. ECOSOC'un 1950 tarih ve 288(X) sayılı Kararı ile 1996/31 sayılı Kararları bu bakımdan önemlidir. Yine Avrupa Konseyi Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuksal Kişiliğinin Tanınması Sözleşmesi ve Avrupa Konseyinin 2002 tarihli Avrupa Konseyi'nin Avrupa'da Hükümet Dışı Örgütlerin Statüsüne İlişkin Temel İlkeler Kararında belirtilen kriterler HDK'ları tanımlamaya yardımcı olmaktadır. Bu belgelerde belirlenen kriterler ışığında HDK'ların herhangi bir üst kamu otoritesi bağlı olmayan, bağımsız, kâr amacı gütmeyen, üyeleri tarafından organize edilen kuruluşlar olduğunu söyleyebiliriz. HDK'lar ile ilgili bir diğer önemli husus ise bu kuruluşlara uluslararası hukuk kişiliği kazandırma çabalarıdır. 1900'lerin ilk yıllarında Uluslararası Dernekler Birliği ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından bir dizi çalışma yapılmış ve Taslak metin hazırlanmıştır, ancak bu yöndeki çalışmalar 1. Dünya Savaşı nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Savaşın sona ermesinden sonra 1923 yılında bu yönde tekrar adım atılmış olsa da bu kez 2. Dünya Savaşı nedeniyle çalışmalar sekteye uğramıştır. HDK'ların statü kazanması ilk kez 1945 BM Şartının 71. maddesindeki "danışman" düzenlemesi ile gerçekleşmiştir. Bunun üzerine 1950-1960 yıllarda yapılan, uluslararası hukuk kişiliği kazandırılması yö-

¹²⁶ The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, <https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol> (Erişim Tarihi: 31.01.2023).

¹²⁷ IPCC, Corporate and NGO Actions, https://archive.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/ch13s13-4-2.html (Erişim Tarihi: 31.01.2023).

nünde çalışmalardan devletlerin isteksiz olmaları nedeniyle sonuç alınamamıştır. Bu hususta 1986 tarihli Avrupa Konseyi Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuksal Statüsü Sözleşmesi önemli görülse de Sözleşmedeki hukuk kişiliğinin bahşedilmesine ilişkin düzenleme, taraf devletlerin iç hukuklarına ilişkindir.

HDK'lar ile ilk resmi ilişki, ECOSOC'un 1968 tarihli 1296 tarihli karar ile kurulmuştur. Ancak bu tarihten önce de özellikle insancıl hukuk (Cenevre Sözleşmeleri) ve insan hakları alanındaki antlaşma (İkiz Sözleşmeler) kurallarının oluşturulması ve uygulanmasına katkıları yadsınamaz düzeydedir. 1970'lerde Soğuk Savaşın başlamasıyla HDK'ların çalışmaları sekteye uğrasa da Soğuk Savaşın bitmesi ile 1990'larda HDK'ların sayılarında ve faaliyet alanlarında ciddi bir yükseliş görülmektedir. Çalışmada sadece insan hakları, insancıl hukuk ve çevre hukuku alanındaki uluslararası antlaşmalar örnek olarak kullanılmışsa da uluslararası sivil toplum özellikle teknolojinin gelişmesi ve bilgi akışının hızlanması ile etkinliğini giderek daha çok arttırmakta ve devlet pratiklerine yön vermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki gerek uluslararası politikanın gerekse uluslararası hukuk kurallarının oluşumundaki etkileri, HDK'lara uluslararası hukuk kişiliği kazandırmak için yeterli değildir. Bu husustaki çalışmaların tarihi 20. yy'ın başına dayansa ve uluslararası hukukta devlet dışındaki aktörlere uluslararası hukuk kişiliği kazandırma eğilimi tartışılrsa da HDK'ların uluslararası hukuk kişiliği kazanması öngörülmemektedir. Ayrıca, HDK'ların uluslararası hukuk kurallarının oluşumu, uygulanması ve uygulanmaması halinde yaptırım uygulama aşamasındaki katılımlarının da devletlerin izin verdiği ölçüde olduğunu vurgulamak gerekir.

KAYNAKÇA

- Aksar**, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Ankara 2021.
- Arend**, Anthony Clark: Legal Rules and International Society, OUP, 1999.
- Azıklı Köse**, Miray: “NGOs As A Specific Model Of Participationhow Can One Justify That Model With Regard To Theory Of Democracy?”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, 2018, s. 59-82.
- Balcı**, Zeynep Selin: “Devlet Dışı Aktörlerin Uluslararası Çevre Hukukuna Katkısı ve İlişkisel Sorumluluk” (Ed. **Savaşan**, Zerrin/**Ünay**, Hakan), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Başlar**, Kemal: Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar Vestfelya Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum, Nobel Yayın Dağıtım, 2005.
- Crawford**, James: Brownlie’s Principles of Public International Law, OUP, 2019.
- Vedder**, Christoph: “The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law.” German Yearbook of International Law, 27, 1984, s. 233-258.
- Blitt**, Robert C.: “Who Will Watch the Watchdogs - Human Rights Nongovernmental Organizations and the Case for Regulation” Buffalo Human Rights Law Review, Cilt 10, 2004, ss. 261-398.
- Boven**, Theo van: “The Role Of Non-Governmental Organizations In International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite Of Democracy”, California Western International Law Journal, Cilt 20, Sayı 2, 2015, s. 207-225.
- Brett**, Rachell: “Non-Governmental Human Rights Organizations And International Humanitarian Law” International Review of The Red Cross, s. 531-536.
- Charnovitz**, Steve: “Nongovernmental Organizations and International Law”, The American Journal of International Law, Cilt 100, Sayı 2, April, 2006, s. 348-372.
- Christensen**, Robert K.: “International Nongovernmental Organizations: Globalization, Policy Learning, and the Nation-State” Intl Journal of Public Administration, Cilt. 29, 2006, Tablo 1 ve 2, s. 286-287.
- Çakmak**, Cenap: “The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) In The Norm Creation Process In The Field Of Human Rights”,

- Alternatives Turkish Journal of International Relations, Cilt 3, Sayı 1, Spring 2004, s. 100-122.
- Debuf**, Els: “Tools to do the job: The ICRC’s legal status, privileges and immunities” Internat
- Erdem Türkelli**, Gamze/**Vandenhoele**, Wauter/**Vandenbogaerde** Arne: “NGO Impact on Law-making: The Case of a Complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child” Journal of Human Rights Practice, Cilt 5, Sayı 1, s. 1-44.
- Erikson**, Marja K./**Sadiwa**, L.: Non-Governmental Organisations. Manuel on Human Rights Monitoring (s. 1-11). The Norwegian Institute of Human Rights, 2001.
- Erson Asar**, Bilge: “Uluslararası Hukuk Bağlamında Devlet Dışı Aktörlerin Çevresel Sorumluluğu: Uluslararası Örgütler, Hükümetdışı Örgütler ve Ticari Kuruluşlar” (Ed. **Savaşan**, Zerrin/**Ünay**, Hakan), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Glasius**, Marlies: The International Criminal Court A Global Civil Society Achievement, Routledge, 2006.
- Harding**, Christopher: “VINGT ANS APRÈS: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity” The Singapore Yearbook of International Law, 10, 2006, s. 99-116.
- Hart**, Stuart N./**Thetaz-Bergman**, Laura: “The Role of Nongovernmental Organizations in Implementing the Convention on the Rights of the Child.” Transnational Law & Contemporary Problems, Cilt 6, Sayı 2, Fall 1996, s. 374-392.
- Higgins**, Rosalyn: Problems and Process: International Law and How We Use It, Clarendon Press, 1994, s. 641-681.
- Hobe**, Stephan: “Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations.” Indiana Journal of Global Legal Studies, Cilt 5, Sayı 1, Fall 1997, s. 191-209.
- Kamminga**, Menno T.: “The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the InterState System?” (Ed. P. Alston), Non-State Actors and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Kaya**, Recep: “Hükümet Dışı Organizasyonların Kamu Yönetimi Üzerindeki Etkilerinin Kadın Örgütleri Üzerinden Değerlendirilmesi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt 22, Sayı 38, 2020, s. 1-9.

- Koh**, Harold Hongju: “The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process”, *Nebreska Law Review*, Cilt 75, 1996, s. 181-207.
- Lindblom**, Anna-Karin: *Non-Governmental Organisations in International Law*, CUP, 2005.
- Meray**, Seha: “Birleşmiş Milletler Nezdinde Uğranılan Cismani Zararların Tazmini Meselesi”, *Siyasi İlimler ve Hukuk*, Cilt 9, Sayı 1, 1954, s. 85-134.
- Meron**, Theodor: “The Humanization of Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, Cilt 94, Sayı 2, April, 2000, s. 239-278.
- Meron**, Theodor: “The Humanization of International Law”, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2006.
- Mullerson**, R. A.: “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, *The American Journal of International Law*, Cilt 83, Sayı 3, Jul, 1989.
- Pazarci**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Pearson**, Zoe: “Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 39, Sayı 2, s. 243-284.
- Polonko**, Karen A./**Lombardo**, Lucien X.: “Non-Governmental Organisations and the un Convention on the Rights of the Child” *international Journal of Children’s Rights*, Cilt 23, 2015, s. 133-153.
- Raustiala**, Kal: “The Participatory Revolution in International Environmental Law”, *Harvard Environmental Law Review*, Cilt 21, 1997, s. 537-586.
- Ross**, Alexander Jr.: “Growing Role of NGOs and the UN” 02.06.2017, <https://behorizon.org/ngos-and-the-un/> (26.01.2023).
- Rossi**, Ingrid: *Legal Status of Non-Governmental Organizations In International Law*, *Katholieke Universiteit Leuven Faculty of Law*, 2009-2010.
- Rothwell**, Donald R.: “The Antarctic Whaling Case: Litigation In The International Court And The Role Played by NGOs” *The Polar Journal*, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 399-414.
- Rustomova**, J.: “Features Of Non-Governmental Organizations In International Law” *The scientific heritage*, Sayı 95, 2022, s. 39-42.

- Schrenk**, Sarah C.: “The Role of Nongovernmental Organizations in International Environmental Law” *Gonzaga Journal of International Law*, 10, 2006-2007, s. 252-268.
- Specter**, J. M.: “Saving the Ice Princess: NGOs, Antarctica & (and) International Law in the New Millennium.” *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt 23, Sayı 1, Winter 1999, s. 57-100.
- Sur**, Melda: *Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Torun**, B. Alper/**Yavan**, Sercan: “Çevre Sorunlarının Ekonomi Politikası: Devlet ve Devlet Dışı Aktörler” (Ed. **Savaşan**, Zerrin/**Ünay**, Hakan), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Törnquist-Chesnier**, Marie: “NGOs and International Law”, *Journal of Human Rights*, Cilt 3, Sayı 2, 2004, s. 253-263.
- UN**, “Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, E/CN.4/1987/17, *Human Rights Quarterly*, Cilt 9, 1987, s. 122-135.
- Wagner**, Markus: “Non-State Actors” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Ed. Rüdiger Wolfrum) Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Zengin**, Mehmet Ali: “Katılımcı Demokrasinin Vasıtaları ve Bu Vasıtalardan Referandumun Çevre Hakkına Olan Etkileri”, *YBHD*, Cilt 4, Sayı 2, 2019, s. 24-54.

Diğer Kaynaklar

- “Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council”, *IRRC*, No. 293, 1993.
- American Association for the International Commission of Jurists, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Distr. General E/CN.4/1985/4, 28 September 1984.
- Amnesty International**: *Combating Torture and Other Ill- Treatment*, A Manual for Action, Amnesty Int Ltd, 2016.
- ASOC**, *Protecting Antarctica*, <https://www.asoc.org/> (Erişim Tarihi 09.05.2023).

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Washington, D.C., 03.03.1973.

Chapter IV, Rules Of Procedure Of The Committee On The Elimination Of Discrimination Against Women, [Part Of HRI/GEN/3/Rev.3], M. 47.

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, <https://www.apminebanconvention.org/ottawa-process/overview/> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

Council of Europe, European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations Strasbourg, 24.04.1986.

Council of Europe, European Convention On The Recognition Of The Legal Personality Of International Non-Governmental Organizations, 01.01.1991.

Council of Europe, Explanatory Report to the European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations Strasbourg, 24.04.1986.

Denk, Erdem: Milletler Cemiyeti Misakı, <http://www.erdemdenk.com/mcmisak1.doc> (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

DPI- NGO, <https://omiusajpic.org/global/united-nations/dpi-ngo/> (Erişim Tarihi: 26.01.2023)

Union of International Associations, Draft Convention Aiming At Facilitating The Work Of International Non-Governmental Organizations. 11.07.1959.

ECOSOC, Resolution 1296 (XLIV), 23 May 1968

ECOSOC, Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations, 1996/31, 25 July 1996.

ECOSOC, ICESCR's Rules of Procedure and Working Methods, A. 69, 1993, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr/rules-procedure-and-working-methods> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

ECOSOC, Resolution 1985/17, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 28.05.1987.

ECOSOC, Review of Consultative Arrangements with Non-Governmental Organizations, E/RES/288(X), 27 February 1950.

- HCCH**, Convenvention concerning recognition of the legal personality of foreign companies (Sociétés), Associations, and Foundations, 1956.
- Human Rights Careers**, The 15 Biggest NGOs in the World, <https://www.humanrightscareers.com/issues/biggest-ngos-in-the-world/> (08.05.2023).
- ICBL**, A Global Network Working For A World Free Of Landmines, <http://www.icbl.org/en-gb/home.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- ICBL**, Who We Are, <http://www.icbl.org/en-gb/about-us/who-we-are/the-icbl.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- ICC**, Civil Society and the ICC, <https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/ngos.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- ICC**, Understandig to Criminal Courts, 2020, s. 11, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf> (08.05.2023)
- ICJ**, Request for Advisory Opinion (including the dossier of documents transmitted to the Court pursuant to article 65, paragraph 2 of the Statute), 07.12.1948.
- ICRC**, “Overview Of The Convention On The Prohibition Of Anti Personel Mines”, 15.08.2007, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/legal-fact-sheet/landmines-factsheet-150807.htm> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- ICRC**, Development of Modern International Humanitarian Law, 13.05.2010, <https://www.icrc.org/en/doc/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- ICRC**, The Geneva Conventions and their Commentaries, <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions> (08.05.2023)
- ICRC**, Who We Are, <https://www.icrc.org/en/who-we-are> (Erişim Tarihi: 30.01.2023)
- ILA**, About Us, https://www.ila-hq.org/en_GB/about-us (Erişim Tarihi: 30.01.2023)
- ILO**, https://www.un.org/youthenvoy/2013/08/ilo-international-labour-organization/?gclid=CjwKCAjwquWVBhBrEiwAt1KmwhbagB1E_xX8rddedTiP_1ZDNQCfEfaRq8mBFvLiCVR-5F3yxBr5erRoCZl8QAvD_BwE (Erişim Tarihi 09.05.2023)

- IPCC**, Corporate and NGO Actions, https://archive.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/ch13s13-4-2.html (Erişim Tarihi: 31.01.2023).
- France-New Zealand Arbitration Tribunal, 82 I.L.R. 500 (1990).
- Resolution adopted by the Institute of International Law at its 49th Session (1) III - Conditions for the granting of international status to associations established by private initiative.
- The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, <https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol> (Erişim Tarihi: 31.01.2023).
- OHCHR**, A Practical Guide for NGO Participants: United Nations Human Rights Council, 2013, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/PracticalGuideNGO_en.pdf (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- OSCE**, Fundamental Principles on the Status of Non-governmental Organisations in Europe and Explanatory Memorandum, 2001-2002.
- UIA**, Draft Convention Relating to the Legal Position of International Associations, 25.10.1919.
- UIA**, International Associations Under Belgian Law, <<https://uia.org/belgianlaw>> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- UIA**, International Relief Union (IRU), 1927, <https://uia.org/s/or/en/1100038087> (Erişim Tarihi 09.05.2023)
- UIA**, Preliminary draft agreement designed to facilitate the work of non-governmental organizations having consultative or equivalent status with the organs of the United Nations, 1949.
- UIA**, Report on the 2nd World Congress of International Associations, 1913.
- UN**, List of Non-Governmental Organization Accredited to the Conference of States Parties, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/list-of-non-governmental-organization-accredited-to-the-conference-of-states-parties.html> (08.05.2023)
- UN**, NGO Branch, <https://esango.un.org/civilsociety/displayDPISearch.do> (Erişim Tarihi: 26.01.2023)
- UNESCO**, List of NGOs in official partnership with UNESCO within the framework of the Directives concerning UNESCO's partnership with non-governmental organizations (36C / Res. 108) https://en.unesco.org/sites/default/files/list_ngos_official_partners_unesco.pdf (08.05.2023).

UNGA, Res. 45/6, “Observer Status for the International Committee of the Red Cross, in Consideration of the Special Role and Mandates Conferred Upon It by the Geneva Conventions of 12 August 1949”, 16 October 1990.

UNHRC, Introduction to Committee, Committee on the Rights on the Child <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx> (Erişim Tarihi 09.05.2023)

WEF, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), https://www.weforum.org/organizations/international-federation-of-red-cross-and-red-crescent-societies-ifrc?DAG=3&gclid=Cj0KCQiA8t2eBhDeARIsAAVEga1rRaYZEW-V9C8vOFthfBXLf16PxZWJBN3gumqHtwmkzatTxcXcqnAaAtNBEALw_wcB (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

WMO, Our Mandate, <https://public.wmo.int/en/our-mandate> (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKETLERDE İŞLETMEYE ENDEKSİLİ PAY OLUŞTURULUP OLUŞTURULAMAYACAĞI SORUNU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375564>

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU*

Öz

Teknoloji ve internetin gelişimiyle biçimlenen yeni ekonomide, şirketlerin tek bir tüzel kişilik çatısı altında farklı şekillerde iktisadi gelir sağlayan birden çok (hukuken fiktif) birime sahip olmaları söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla yatırımcıların da şirketin tamamının değil, sadece belirli bir biriminin sağladığı kârdan faydalanacakları bir ortaklık yapısına ihtiyaç duydukları gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda yatırımcılara sunulabilecek bir pay türü olarak işletmeye endeksli payların (tracking stocks) kullanılabileceği değerlendirilmektedir. İşletmeye endeksli paylar diğer pay türlerinden muhasebesel yönden farklılaşmaktadır. Ancak işletmeye endeksli payların halka açık olmayan (kapalı) anonim şirketlerde korporatif nitelikte oluşturulabilmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) uyarınca olanaklı görünmemektedir. Zira işletmeye endeksli payların özellikleri kâr payında imtiyazı andırmakla beraber, bu pay türünün kanunun imtiyazlı payların öngörülme koşullarını karşılayamayacakları anlaşılmaktadır. Yine işletmeye endeksli payların özellikle kârın kaynak ve hesaplmasına ilişkin emredici hükümlerle çelişen yönleri bulunmaktadır. Bu çalışmada, işletmeye endeksli payların Türk anonim şirketler hukukundaki geçerliliği incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

İşletmeye endeksli paylar, Anonim şirketler, İmtiyazlı paylar, Kâr payında imtiyaz, Emredici hükümler

* İstanbul Kent Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, İstanbul (can.pehlivanoglu@kent.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7326-1859 (Geliş Tarihi: 05.02.2023-Kabul Tarihi: 13.06.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE ISSUE OF WHETHER A TRACKING STOCK
CAN BE CREATED IN STOCK CORPORATIONS WITHIN
THE FRAMEWORK OF TURKISH COMMERCIAL CODE**

(Research Article)

Abstract

The new economy developed in connection with the evolution of technology and internet. While operating under the umbrella of one legal personality, stock corporations began to have more than one (legally fictitious) business units which generate income. This gave rise to an investor appetite to invest in specific business units of a stock corporation rather than the whole stock corporation. Tracking stocks are seen as types of shares which serves to the aforementioned need. The difference between tracking stocks and common stocks are accounting- related. However, issuance of tracking stocks under the law of corporations is not allowed by the 6102 numbered Turkish Commercial Code (TCC). Although tracking stocks resemble dividend- privileged shares in the TCC, tracking stock share type does not satisfy the criteria for privileged shares. Likewise, tracking stocks have features which do not follow the mandatory rules on dividend sources and calculation articulated by the TCC. In this study, tracking stock's validity is evaluated under Turkish law of stock corporations.

Keywords

Tracking stocks, Stock corporations, Privileged shares, Dividend-Privileged shares, Mandatory rules

GİRİŞ

Platform ekonomisinin¹ güçlenmesiyle hızlı değişimlerin yaşandığı güncel piyasa ortamında girişimcilerin ve şirketlerin yeni kurumsal yapılara ihtiyaç duydukları bilinmektedir². Bugün birçok girişimcinin farklı oranda ortaklık ve görev tanımlarıyla aynı şirket çatısı altında emeklerini birleştirdikleri³, girişimlerin halka arzının daha uzak bir tarihe ertelendiği⁴, yatırımcıların farklılaşan getiri beklentilerinin mevcut bulunduğu⁵ ve şirketlerin temel malvarlığını sahip olunan gayri maddi değerlerin teşkil ettiği dikkat çekmektedir⁶. Bu çerçevede, yeni ekonomi alanlarında faaliyet gösteren şirketlerin geleneksel ya da birden fazla yeni ekonomi alanına ilişkin faaliyeti aynı anda yürütmeleri halinde piyasa değerlerinin gerçeği yansıtmayabildiği vurgulanmaktadır⁷. Bu durumdaki girişimlerin tek bir tüzel kişilik altında hareket ederek konsolide bir şirket değeri yaratırken aynı zamanda yatırımcıların farklılaşan beklentilerini de karşılayabilecek ortaklık yapılarına ve pay yatırımcısını teşvik edecek farklılaştırılmış yatırım araçlarına ihtiyaçları bulunmaktadır⁸.

Konsolidasyon hedefli girişimler açısından “işletmeye endeksli pay” (*tracking stock*) olarak bilinen pay türünün önemli bir hukuki imkân olduğu değerlendirilmektedir⁹. İşletmeye endeksli payların karakteristik özelliği, pay

¹ “Platform ekonomileri, iki (veya çok) taraflı pazarda faaliyet gösteren iki (veya daha fazla) farklı, fakat birbiriyle bağlantılı kullanıcı grubunun, taraflardan en az biri için değer yaratacak şekilde etkileşimde bulunmalarını sağlayan oluşumlardır. En sık gözlemlenen örnekleri, çevrimiçi talep koordine edici platformlar (çevrimiçi pazar yerleri, genel veya özelleştirilmiş arama siteleri) ile donanım/yazılım platformlarıdır” (Bkz. Rekabet Kurumu, Terimler Listesi, Platform Ekonomileri, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=462fd214-1178-4b46-996a-8e7278249b2e>, E.T. 06.06.2021)

² Pollman, Elizabeth: “Startup Governance”, University of Pennsylvania Law Review, Cilt 168, Sayı 1, 2019, s. 159.

³ Pollman, s. 179.

⁴ Pollman, s. 211.

⁵ Bkz. Pollman, s. 170.

⁶ Bond, Stephen R./Cummins, Jason G.: “The Stock Market and Investment in the New Economy: Some Tangible Facts and Intangible Fictions”, Brookings Papers on Economic Activity, Sayı 1, 2000, s. 62.

⁷ Solomon, Lewis D./Weiss, Elliot J./Schwartz, Donald E./Bauman, Jeffrey D.: Corporations Law and Policy, West Group, St. Paul 1998, s. 22.

⁸ İşletmeye endeksli payların değer yaratmada başarılı olduğu yönünde bkz. Harper, Joel T./Madura, Jeff: Sources of Hidden Value and Risk Within Tracking Stock, Financial Management, Cilt 31, Sayı 3, 2002, s. 91.

⁹ Bkz. Eckbo, Espen /Thorburn, Karin S.: “Corporate Restructuring”, Foundations and Trends in Finance, Cilt 7, Sayı 3, 2013, s. 207.

sahiplerinin hak kazanacağı kâr payının şirketin tüm ticari faaliyetlerinden değil hukuken fiktif nitelikteki belirli bir biriminin elde ettiği kazanç üzerinden hesaplanmasıdır¹⁰. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ise bu pay türüne yer vermemiştir. Bu çalışmada, öncelikle işletmeye endeksli pay kavramı tanıtılacaktır. Ardından ise Türk hukukunda halka açık olmayan (kapalı) anonim şirketlerde işletmeye endeksli pay türünün korporatif¹¹ nitelikte, yani şirketler hukuku rejimi bakımından geçerlilik taşıyarak şekilde oluşturulup oluşturulamayacağı değerlendirilecektir¹². İşletmeye endeksli payların özelliklerinin alternatif araçlarla öngörülmesinin önündeki engeller de ayrıca incelenecektir.

¹⁰ **Mantysaari**, Petri: The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law Vol III: Funding, Exit and Takeovers, Springer, Heidelberg 2010, s. 304. Hukuken fiktif birimin anlamı için bkz. II. A. Başlık.

¹¹ “Korporasyon” (*corporation*) kelimesi, kişi birleşimi ve organizasyonu anlamında kullanılmaktadır (**Engin**, B. İlkey/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 505). Bu doğrultuda “korporatif” terimi, şirketler hukuku rejimi tarafından düzenlenmiş olan ve hakkında yine şirketler hukuku rejimi tarafından bir sonuç bağlanmış olan, şirket tüzel kişiliği ile ilgili hususları ifade etmektedir. Dolayısıyla korporatif hükümler olarak anılan düzenlemeler şirket yönetimi, organları ve ortaklığın özgün yapısını düzenlerken, korporatif nitelikte olmayan düzenlemelerin ise daha ziyade ortaklar arasındaki ilişkileri düzenlediği ifade edilmektedir (**Memiş**, Tekin: Aile Anayasası ve Şirketler Hukuku, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 8, 2018, s. 281). TTK m. 1521(1) hükmünde yer alan “*ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklı davalar*” ve “*şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalar*” şeklinde belirtilen uyuşmazlıklar korporatif nitelikte uyuşmazlıkları ve dolayısıyla korporatif nitelikteki hükümleri işaret etmektedir (**Mildon**, Yasemin: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 3). Diğer taraftan, tüzel kişiliğin temel yapısına ve normatif düzenine ilişkin olmadıklarından esas sözleşme hükmü niteliğinden yoksun olan ve şirketler hukuku açısından kendilerine bir hukuki sonuç bağlanamayan esas sözleşme düzenlemeleri korporatif nitelikte olmayan hükümler olarak değerlendirilmektedir (**Ayoğlu**, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 57).

¹² Halka açık anonim şirket statüsünün şirketler nezdinde yarattığı maliyetler dikkate alındığında şirketlerin farklılaşan yatırımcı beklentilerini sermaye piyasası mevzuatından kaynaklı yükümlülüklerden kaçınarak karşılayabilmesinin şirketler tarafından başlı başına bir değer olarak görüleceği açıktır. Hal böyle olunca, işletmeye endeksli paylar halka açık şirketlerden çok kapalı şirketlere yüksek fayda sağlayacak araçlar olarak öne çıkmaktadır. Nitekim halka açık anonim şirketler için sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde düzenlenen sermaye piyasası araçlarının çeşitliliği sebebiyle gerek finansman sağlanması gerekse yatırımcı beklentilerinin karşılanması bakımından işletmeye endeksli payların faydasının düşük kalacağı söylenebilecektir.

I. İŞLETMEYE ENDEKSİLİ PAY VE ÖZELLİKLERİ

İşletmeye endeksli paylar *General Motors* şirketinin 1984 yılında ABD’de gerçekleştirdiği ihraç neticesinde bilinirliğe kavuşmuş¹³, 1990’lı yılların sonlarında ise internet alanındaki faaliyetleri için daha fazla fon elde etmek isteyen şirketler tarafından tercih edilir hale gelmiştir¹⁴. Kıta Avrupası’nda ise ilk kez bir Fransız şirketi olan *Alcatel* tarafından kullanılmıştır¹⁵. Kıta Avrupası şirketler hukukundaki “Amerikanlaşma” eğiliminin de etkisiyle¹⁶, Türk anonim şirketler hukuku bu kavrama kayıtsız kalmamıştır. TTK Genel Gerekçesi Par. 29’da “Çeşitli Avrupa Ülkelerinde Ticaret Hukuku Reformu” başlığı altında İsviçre hukukunda işletmeye endeksli payların yeni bir pay türü olarak ABD hukuku örneğinden hareketle geliştirilmesi görüşünden bahsedilmiş¹⁷, böylece kavramın Türk hukukuna terminolojik olarak yerleşmesi doğrudan kanun koyucu tarafından sağlanmıştır¹⁸.

İşletmeye endeksli paylar ABD hukukunda “*tracking stocks*” veya “*targeted stocks*” olarak bilinen özel bir pay türünü ifade etmekte ve şirketin esas sermayesine istinat eden sermaye piyasası araçları içinde sınıflandırıl-

¹³ Elder, John/Westra, Peter: “The Reaction of Security Prices to Tracking Stock Announcements”, *Journal of Economics and Finance*, Cilt 24, Sayı 1, 2000, s. 1.

¹⁴ The Tracking Stock Idea Goes into Retirement at G.M., *The New York Times*, 10.04.2003, <https://www.nytimes.com/2003/04/10/business/satellite-empire-market-place-tracking-stock-idea-goes-into-retirement-gm.html>, E.T. 28.02.2021.

¹⁵ Faugeras, Laurent: “Equity Tracking Securities- The Alcatel Experience”, *International Business Lawyer*, Cilt 29, Sayı 6, 2001, s. 254-257.

¹⁶ Bkz. Giudici, Paolo/Agstner, Peter: “Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?)”, *European Business Organization Law Review*, Sayı 20, 2019, s. 600.

¹⁷ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/sorgu>, E.T. 28.02.2021.

¹⁸ Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türk hukukunda “işletmeye endeksli paylar” konusunda yazılmış herhangi bir bilimsel eser bulunmamaktadır. Öğretide Çelikboya, kavrama ismen yer vererek sadece İsviçre hukukunda tartışıldığını belirtmiştir bkz. Çelikboya, Kerem: *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 419 (Çelikboya, Kâr Payı). Yine Çoştan bir makalesinde, İtalyan hukukunun farklı hakları içeren pay türleri yaratılmasına cevaz verdiğini belirtirken örnek olarak işletmeye endeksli paylardan ismen bahsetmiştir, bkz. Çoştan, Hülya: “İtalyan Şirketler Hukukunun ve 2003 tarihli İtalyan Sermaye Şirketleri Hukuku Reformunun Genel Hatları”, *BATİDER*, Cilt 24 Sayı 4, 2008, s. 204. Benzer şekilde, Kılıç da doktora tezinde İsviçre hukukundaki gelişmeleri belirtirken kavramdan ismen söz etmektedir, bkz. Kılıç, Fatoş: *Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Birleşme ve Bölünme*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2006, s. 127.

maktadır¹⁹. İşletmeye endeksli payların “*corporation*” türündeki şirketlerde korporatif nitelikte oluşturulabilmesi için ise öncelikle şirket paylarının en az iki farklı pay türüne ayrıldığı ve bu ayrımın şirket esas sözleşmesine yazıldığı görülmektedir²⁰. Ayrıca kârın dağıtımı konusunda karar yetkisini elinde bulunduran yönetim kurulu, kâr payının kaynakları bağlamındaki yasal sınırlamaların az olması sayesinde²¹, kâr payı politikasına ilişkin alacağı bir kararla işletmeye endeksli payların sağladığı menfaatleri korporatif geçerliliği olan hukuki metinlerle somutlaştırmaktadır²². İşletmeye endeksli paylara isabet edecek kâr payı hesaplanırken bu payların endekslediği şirket birimi ayrı ve bağımsız bir şirket olsa idi ne kadar kâr dağıtılabilecekse bu paylara da o miktarda kâr dağıtılmasının söz konusu olduğu bir rejim uygulanmaktadır²³. Öte yandan, işletmeye endeksli paylara yapılacak kâr payı dağıtımı şirket kârının tamamı üzerinde yapılan bir tasarruf olduğundan, bu pay türüne öngülenen kâr miktarı diğer türdeki payların sahiplerinin elde edeceği kârı da azaltmaktadır²⁴.

İşletmeye endeksli payların ABD hukukundaki özellikleri dikkate alındığında, pay sahiplerinin kâr payı hakkının adi veya imtiyazlı paylardaki gibi dikey değil de yatay biçimde bölündüğü ve kaynağının şirket kârı yerine şirketin hukukî fiktif nitelikteki birimlerinin kârıyla ilişkilendirdiği anlaşılmaktadır²⁵. Örneğin sosyal ağ sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren bir şir-

¹⁹ Solomon v. Armstrong, 747 A. 2d 1098 (Del. Ch. 1999) (www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022). İşletmeye endeksli payın şirket sermayesini temsil ediyor olması, bu aracı borçlanmaya dayalı araçlardan ve bu arada gelire endeksli senetlerden de ayırmaktadır.

²⁰ Haas, Jeffrey J.: “Directorial Fiduciary Duties in a Tracking Stock Equity Structure: The Need for a Duty of Fairness”, Michigan Law Review, Cilt 94, Sayı 7, 1996, s. 2094; Solomon v. Armstrong 747 A.2d 1098 (Del. Ch. 1999) (www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

²¹ Amerikan hukukunda, şirketler hukuku kuralları eyaletler bazında farklılık göstermektedir. Örnek olarak Delaware eyaleti şirketler hukukunda anonim şirketlere karşılık gelen “*corporation*” türündeki şirketlerde, şirket kârının kaynakları “net dönem kârı” veya “malvarlığı fazlası” kuramlarına göre belirlenmektedir (Delaware General Corporation Law Sec. 170(a)). Bu kapsamda, yönetim kurulunun şirket bilançosuna sıkı sıkıya bağlı kalmadan kâr payı hesaplaması imkânı bulunduğu ifade edilmektedir (Klang v. Smith’s Food and Drug Centers, Inc., 702 A. 2d 150 (Del. 1997) (www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022)).

²² Conway, James D.: “The USX Tracking Stock “Spin- Off”: A Case of Split Personality”, The Tax Magazine, Cilt 69 Sayı 6, 1991, s. 385.

²³ Haas, s. 2098.

²⁴ Haas, s. 2125.

²⁵ Borek, Charles A.: “Corporate Taxation’s Square Peg: An Analysis of Possible Solutions to the Problem of Characterizing “Tracking Stock” for Tax Purposes”, Catholic University Law Review, Cilt 43, 1994, s. 1107.

ketin iki farklı sosyal ağ platformu (fiktif birimi) varsa²⁶, ancak bunlardan biri diğerinden daha fazla kazanç sağlıyorsa, daha fazla kazanç sağlayan sosyal ağ platformuna (fiktif birime) endeksli payların sahipleri bu platformun (fiktif birimin) elde ettiği kârdan faydalanmakta ve bu pay sahipleri yine aynı şirkete ait olmakla beraber daha düşük ticari performans sergileyen diğer sosyal ağ platformunun (fiktif birimin) ticari performansından etkilenmemektedir. Böylece pay sahiplerinin tamamının aynı şirkete ortak olmasına ve pay sahipliğinden kaynaklı haklardan aynı şekilde istifade etmelerine rağmen, işletmeye endeksli payların sahibi olan pay sahiplerinin elde edecekleri kâr payı miktarı farklılaşmakta ve bu farklılaşmayı sağlayan da payın getirisinin bağlandığı şirket fiktif biriminin kendi kârı olmaktadır²⁷. Bu bakımdan ilgili şirket biriminin fiktif niteliği muhasebesel açıdan değil, hukuki açıdan söz konusu olmaktadır.

İşletmeye endeksli paylar diğer paylardan sadece muhasebesel olarak ayrıldığından, şirketin ilgili biriminin özel bir şekilde yönetilmesi veya menfaatlerinin diğer birimlere nazaran üstün tutulması gereğini doğurmadığı gibi pay sahiplerine ilgili birim tarafından kullanılan bir malvarlığı üzerinde özel birtakım haklar da vermemektedir²⁸. Bu bakımdan işletmeye endeksli paylar sadece kendisine isabet edecek kâr payının hesaplama yöntemi değiştirilmiş olan, hak veya borçlar bakımından diğer paylara nazaran bir üstünlüğü bulunmayan “adi paylar” olarak görülmektedir²⁹. Ancak bir şirkette işletmeye endeksli pay türü oluşturulduğu anda artık diğer payların kâr payı hakkı da geriye kalan şirket birimlerine göre hesaplanacağından esasında şirketin tüm paylarının işletmeye endeksli pay haline dönüşeceğine işaret

²⁶ 5651 sayılı Kanun m. 2(1)(s) uyarınca “sosyal ağ sağlayıcı” kavramı, sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir.

²⁷ **Kantor**, Brian/**Castle**, Jarrod: “Tracking Stocks- An Alternative to Unbundling for the South African Group”, *Investment Analysts Journal*, Cilt 29 Sayı 51, 2000, s. 51.

²⁸ **Eckbo/Thorburn**, s. 205.

²⁹ **Borek**, s. 1115. Nitekim “ağ etkisi” (*network effect*) teorisi doğrultusunda, işletmeye endeksli payların kâr payı hakkı dışındaki pay sahipliği hakları yönünden farklılaştırılmasının pay yatırımcısı için kendi hakları bakımından bir öngörülemezlik hali yaratacağı ve ayrıca şirket açısından menfaat çatışmalarını dengeleme amacıyla atılacak adımlar bakımından işlem maliyetlerini (*transaction costs*) artıracacağı, bu hususların ise işletmeye endeksli payların cazibesini azaltacağı açıktır. Ağ etkisi teorisi için bkz. **Kahan**, Marcel/**Klausner**, Michael: *Standardization and Innovation in Corporate Contracting* (Or “The Economics of Boilerplate”), *Virginia Law Review*, Cilt 83, Sayı 4, 1997, s. 726.

edilmektedir³⁰. Yine işletmeye endeksli payların şirketin tamamının zararlarından etkilenme bakımından bir farkı bulunmamakta, kendisine tekabül eden tasfiye payı da kural olarak sadece ilişkili olduğu birimle bağlantılı bir tasfiye neticesine göre değil şirketin tamamının tasfiyesi neticesine göre belirlenmektedir³¹. İşletmeye endeksli payların sahiplerine ilgili birimlerin yöneticilerini tayin etme ya da tasfiye halinde öncelikli durumda olma gibi haklar da tanınmamaktadır³². İşletmeye endeksli payların getirisi yönetim kurulunun kararlarına göre değişkenlik gösterme riskine maruz kalmakta³³, uygulamada ise bu riskin denetimi amacıyla yönetim kurulunca çoğunlukla “sermaye payı komitesi” (*capital stock committee*) adı verilen çeşitli komiteler kurulduğu görülmektedir³⁴.

İşletmeye endeksli paylar şirketin belli bir biriminin kazancından kaynaklanan kârın pay sahiplerine tahsisi için yegâne çözüm olarak görülmektedir³⁵. Zira uygulamada aynı sonuca şirketin ilgili biriminin kuruluşta ayrı bir şirkette oluşturulması ya da daha sonra devri veya bölünme yoluyla bir iştirake aktarılması ve pay sahiplerinin de bu iştirake ortak olmalarının sağlanması suretiyle varıldığı gözlemlenmektedir. Bu yöntemler yerine işletmeye endeksli payların kullanılması ise çoğunlukla kazancın doğrudan tek bir tüzel kişide birleşmesi ve vergi yükümlülüklerinin tek bir seferde doğması görüşüyle açıklanmaktadır³⁶. Yine ilgili birimini bir iştirakine devreden şirketin, bu iştirakteki paylarını halka arz etmesi neticesinde ilgili iştirakteki kontrolünü kaybetmesi riski de işletmeye endeksli pay tercihinin bir sebebi olarak belirtilmektedir³⁷. Ancak işletmeye endeksli payların söz konusu alternatifler yerine tercihi konusunda getirilen açıklamaların tatmin edici olmadığı, zira imtiyazlı paylar yoluyla anılan riskin ortadan kaldırılabileceği ve vergi yükümlülüğünün tabi olunan vergi hukukuna göre lehe şekilde farklılık gösterebileceği dikkatten uzak tutulmamalıdır. Diğer taraftan bu pay türünün dezavantajlı yönü olarak ise, kâr hesabı açısından bağlı bulundukları şirket biriminin malvarlığının şirket yönetiminin takdiriyle azaltılabilmesi

³⁰ Borek, s. 1120.

³¹ Borek, s. 1120.

³² Elder/Westra, s. 1.

³³ Harper/Madura, s. 94.

³⁴ In re Staples, Inc., 792 A.2d 934 (Del. Ch. 2001) (www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

³⁵ Bkz. Chemmanur, Thomas J./Paeglis, Imants: “Why Issue Tracking Stocks? Insights from a Comparison With Spin- Offs and Carve- Outs”, Applied Corporate Finance, Cilt 14, Sayı 2, 2001, s. 102-114.

³⁶ Kantor/Castle, s. 54.

³⁷ Elder/Westra, s. 3.

olasılığının yatırımcı nezdinde güvensizliğe sebep olması gösterilmektedir³⁸. Yine bu payların vergi hukukunda ele alınış biçiminin zaman içinde farklılaşması ihtimalinin tercih edirlilik bakımından olumsuz etki yaratabileceği belirtilmektedir³⁹. Tüm bu hususlar işletmeye endeksli payların piyasada yaygın şekilde kabul gören araçlar haline dönüşmesinin güç olduğunu göstermektedir.

II. İŞLETMEYE ENDEKSİLİ PAYLARIN NİTELİKLERİNİN TTK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

ABD hukukunda “*tracking stocks*” ya da “*targeted stocks*” olarak bilinen pay türünün Türkçeye “işletmeye endeksli pay” olarak tercüme edilmesi, bu payların TTK açısından hukuki niteliği bakımından yanıltıcı olabilmektedir⁴⁰. Zira işletmeye endeksli payların tesisi için şirket bünyesinde kazanç sağlayan birden fazla birimin (*business unit*) bulunması gerekmele beraber, bu birimlerin TTK yönünden bir ticari işletme, şube veya iştirak konumundaki bir başka ticaret şirketi hüviyetinde olması zorunlu değildir⁴¹. Hatta ortada organizasyon bakımından bir şirket birimi dahi olmaksızın, paya tekabül edecek kârın sadece belirli coğrafi bölgelerden ya da belirli ürün veya hizmet gruplarından elde edilen kazançla göre hesaplanması dahi mümkündür⁴². Buna göre, payın endekslediği “işletme” aslında sadece

³⁸ Eckbo/Thorburn, s. 260.

³⁹ Borek, s. 1124.

⁴⁰ TTK Genel Gerekesi Par. 29’da kullanıldığı için bu çalışmada da anılan terminoloji benimsenmiştir.

⁴¹ Türk hukukunda anonim şirketin kuruluşunda şirketin kendisinin tescilinin yapılması ancak şirkete ait ticari işletmenin ayrıca tescilinin gerçekleştirilmemesi, anonim şirketin esas sözleşmesi ve ticaret sicili kayıtlarında sadece işletme merkezinin yer almasına ve merkezin aynı zamanda bu şirketin tek ticari işletmesi olduğu varsayımına sebep olmaktadır. Zira tüzel kişiliği tesis eden tescil (TTK m. 355(1)) aynı zamanda ticari işletmenin de tescili etkisi doğurmakta, bunun haricindeki ticari işletmeler bakımından ise ticari işletmenin tescili yükümlülüğüne nedeniyle (TTK m. 18(1)) uygulamada ya başka bir ticaret şirketi kurulması ya şube tescili yapılması ya da kanuna aykırı olarak ticari işletmenin hiç tescil edilmemesi söz konusu olmaktadır (Bkz. Çelikboya, Kerem: Anonim Şirketin TTK m. 11 f. 3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 177). Halbuki bir anonim şirketinin birden çok ticari işletmesi olması mümkün görülmektedir (Bkz. Tekinalp, Ünal: “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, 60. Yıl Armağanı, BTHAE, Ankara 2015, s. 3-17, s. 14 (Tekinalp, Yazgı)).

⁴² Schick, Jeffrey J.: “Toward Transaction- Specific Standards of Directorial Fiduciary Duty in the Tracking- Stock Context”, Washington Law Review, Cilt 75, Sayı 4, 2000, s. 1368.

muhasabesal açıdan anlam ifade eden fiktif bir işletmedir. Benzer şekilde işletmeye endeksli payın bir şirketler topluluğunu teşkil eden şirketlerden ana şirkette bulunmasına karşın endeksli bulunduğu işletmenin yavru şirketlerden birisi olması halinde, bu defa payın getirisinin bir başka ticaret şirketine göre, yani yavru şirkete göre hesaplanması söz konusu olacaktır ki bu durum işletmeye endeksli payların tipik özelliklerindendir⁴³.

O halde ilk olarak işletmeye endeksli pay terimindeki “işletme” kavramının benzer kavramlardan ayrıştırılması önem taşımaktadır. Genel olarak “işletme” kavramı, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Nitekim kavram Türkiye Finansal Raporlama Standartları 3 İşletme Birleşmeleri EK A kapsamında “doğrudan yatırımcılara veya diğer sahiplere, üyelere veya katılımcılara kâr payları, düşük maliyetler veya diğer ekonomik faydalar şeklinde bir getiri sağlamak amacı ile yürütülebilen veya yönetilebilen faaliyetler ve varlıklar bütünü” olarak açıklanmaktadır⁴⁵. Ancak iktisaden işletme olarak nitelendirilen her birimin hukuken de bir işletme olduğundan söz etmek mümkün olmadığı gibi hukukun tüm alanları için geçerli tek bir işletme kavramından da söz edilememektedir⁴⁶. Bu bağlamda TTK m. 11(1) hükmünde “ticari işletme” kavramının “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir” şeklinde tanımlandığı görülmekte, ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurları içeren bir iktisadi değer olmakla beraber eşya hukuku bakımından bir hukuk objesi olmadığı gibi bir hukuk kişisi niteliğini de taşımadığı vurgulanmaktadır⁴⁷. Öte yandan “esnaf” kavramının sermayeden fazla bedeni

⁴³ Haas, s. 2090.

⁴⁴ Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, BTHAE, Ankara 2019, s. 26.

⁴⁵ Türkiye Finansal Raporlama Standartları 3 İşletme Birleşmeleri EK A, https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/DynamicContentFiles/Türkiye%20Muhasabe%20Standartları/TMSTFRS2018Seti/TFRS/TFRS_3_2018.pdf, E.T.: 12.06.2022.

⁴⁶ Bkz. Karahan, Sami: Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 8. Örneğin, ticari işletmenin merkez kavram olarak görüldüğü TTK rejiminde dahi TTK m. 58(1) hükmünde geçen “bilşim işletmesi” kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır (Baştürk, İhsan: Türk Ticaret Kanununda Bilşim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları, TAAD, Cilt 1, Sayı 6, 2011, s. 290).

⁴⁷ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar: Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 105. Ticari işletmenin hukuki niteliği hakkında değerlendirmeler için bkz. Arkan, s. 33-34.

çalışmaya dayandırılmış olması (TTK m. 15(1)), esnaf işletmesindeki iktisadi faaliyeti ticari işletmeden ayırmaktadır⁴⁸. Diğer taraftan, örneğin 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun içerisinde perakende işletme (m. 3(1)(i)), bayi işletme (m. 3(1)(c)) ve özel yetkili işletme (m. 3(1)(ğ)) gibi doğrudan “işletme” teriminin kullanıldığı başkaca kavramlara da yer verildiği görülmektedir. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) “malvarlığının veya işletmenin devralınması” kenar başlıklı 202. maddesinin ticari işletme niteliğinde olmayan işletmeleri de kapsadığı kabul edilmektedir⁴⁹. O halde iktisadi bakımdan “işletme” olarak değerlendirilen bir birimin hukuken bir “işletme” sayılabilmesi için bu birimin ilgili kanundaki işletme kavramı için belirlenen nitelikleri haiz olması aranmakta⁵⁰, böylece iktisadi işletme ile hukuki işletme birbirinden ayrılmış olmaktadır. İşletmeye endeksli paylar yönünden ise “işletme” kavramı hukuken (herhangi bir düzenleme uyarınca) işletme niteliğini taşıyan bir birimin varlığını gerektirmedikinden burada hukuken fiktif bir işletmeden söz edilmekte⁵¹ ve terimdeki işletme kavramı sadece TTK rejimindeki anlamıyla sınırlı kalmadan ve maddeten bir işletme aramaksızın her türlü faaliyetle ilişkilendirilebilmektedir⁵².

İkinci olarak, işletmeye endeksli paylar bir pay türü olarak sahiplerine pay sahipliği hakları temin ettiğinden, işletmeye endeksli payların yatırımcılar açısından güven ve öngörülebilirlik taşıyabilmesi için bunların korpo-

⁴⁸ Karahan, s. 7.

⁴⁹ Erdem, H. Ercüment: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 311.

⁵⁰ “Buna göre ticari işletme bir işletme türü olmakla beraber her işletmenin bir ticari işletme olarak kabul edilmesi mümkün değildir.” (Aksın, S. Tark/Önder, Fahrettin M.: İkinci El Motorlu Kara Taşıtı Alım Satımı Yapan Gerçek Kişilerin Faaliyetlerinin Ticari İşletme Niteliğinin İncelenmesi, SDÜHFD, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 1325)

⁵¹ TTK bakımından hukuken fiktif durumdaki birimlerin ticaret siciline tesciline imkân sağlanması ihtimali, işletmeye endeksli paylara olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Mülga TTK döneminde ticari işletme veya şube niteliğinde olmayan birimlerin “merkeze bağlı ek işyerleri” olarak ticaret siciline tescil edildiği bilinmekle beraber, bunlar TTK döneminde ya şubeye dönüştürülmekte ya da kapatılmaktadır (bkz. Ek İşyerleri Hakkında Bilgilendirme Metni, <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler>, E.T.: 01/12/2022). Diğer taraftan, şubelerin kârının ve zararının merkeze ait olduğu dikkate alındığında (Kayış, Ferhat: Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 102), fiktif birimin bir şubeye dönüştürülmesi veya günümüzde merkeze bağlı ek işyerlerinin tesciline tekrar imkân verilmesi halinde dahi şirketin bilanço kârı bakımından bir farklılık meydana gelmemektedir.

⁵² Ticari işletmenin hukuki tanımında soyut bir faaliyetin değil de işletmenin maddeten varlığının arandığı yönünde bkz. Tekinalp, Yazgı, s. 5.

ratif manada geçerliliğe sahip olması gerekmektedir. Zira pay sahiplerine korporatif nitelikte hukuki koruma sağlayamayan bir pay türünün yatırımcılar tarafından tercih edilmesi mümkün görünmemektedir⁵³. Bu yaklaşımla, Türk anonim şirketler hukukunda işletmeye endeksli payların oluşturulup oluşturulamayacağını tespit edebilmek için öncelikle TTK bağlamında hukuki nitelik itibarıyla hangi pay türüne tekabül ettiğinin, bu şekilde bir pay türü oluşturulmasının Kanunun emredici nitelikteki hükümlerini ihlal edip etmediğinin ve her hâlükârda bu payların özelliklerinin gerçekleşmesini olanaksızlaştıran özel hükümlerin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Neticede işletmeye endeksli payların kendisinden beklenen faydayı gösterebilmesi için kişileri bu paylar olmasaydı kurulmayacak olan bir ortaklığı kurmaya ve ayrıca yeni yatırımcıları şirkete yatırıma teşvik edebilecek bir hukuki güvenlik ve belirliliği sağlayabiliyor olmasının gerekli olduğu aşıkardır⁵⁴.

İşletmeye endeksli paylar sahiplerine kâr payı bağlamında adi paylara nazaran daha yüksek tutarda semere sağlama amacı taşıdığından TTK rejimindeki “kâr payında imtiyazlı payları” anımsatmaktadır. Nitekim “imtiyazlı pay” kavramı, bir kısım payların sahiplerine diğer kısım payların sahiplerine nazaran bazı üstünlükler tanıyan payları ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁵⁵. TTK m. 478 ve m. 479 hükümleri uyarınca anonim şirketlerde imtiyazların; kâr payına, tasfiye payına, rüçhan hakkına ve oy hakkına ilişkin olmak üzere dört şekilde öngörülebildiği anlaşılmaktadır. Kanun’daki imtiyaz türlerinin tahdidî olarak değil örnek kabilinden sayıldığı kabul edildiğinden⁵⁶, imtiyazlı pay oluşturulmasında uyulması zorunlu ilkelere riayet

⁵³ ABD’de işletmeye endeksli payların tarihsel süreçte öngörülen ilgi ivmesini koruyamamasının sebebinin ise bu pay türünün korporatif nitelikte yaratılamıyor olmasından değil şirket yönetim kurulunun işletmeye endeksli paylara ilişkin ticari menfaatleri korumasını temin edecek kuralların yetersizliğinden ileri geldiği belirtilmektedir (Hansmann, Henry: “Corporation and Contract”, American Law and Economics Review, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 11).

⁵⁴ Örneğin işletmeye endeksli pay sahibi olarak kâr payı tahsil etmiş bir pay sahibinin TTK m. 512(1) dairesinde iade yükümlülüğü tehdidi altında kalacak olması başlı başına bu paylara yatırımdan caydırıcı bir etkidir.

⁵⁵ Pulaşlı’ya göre “bütün hukuk sistemlerinde imtiyazlar, sermayeye katılım oranına göre diğer paylara nazaran farklı üstün haklar ve ayrıcalıklar tanınması biçiminde ortaya çıkmıştır” (Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 533). Örneğin Arslanlı imtiyazlı payları “Anonim şirkette rey, kâr ve iştirak payı gibi hususlarda diğer paylardan farklı haklara sahip olan ortaklık mevkileri” olarak tanımlamaktadır (Arslanlı, Halil: “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHF, Cilt 23, Sayı 3-4, 1958, s. 255).

⁵⁶ Bkz. Yarg. 11. HD., T. 14.05.2019, E. 2017/4546 K. 2019/3753 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

etmek koşuluyla Kanun'da yer verilmeyen türde imtiyazları havi payların oluşturulması da olanaklı görülmektedir⁵⁷. Ancak kanaatimizce işletmeye endeksli paylar kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkından çok kâr payına ilişkin kendine özgü bir imtiyaz türü niteliğindedir. Buna göre aşağıda anonim şirketlerde kâr payı ve kâr payında imtiyaz kavramları işletmeye endeksli paylar yönünden ele alınmaktadır.

B. Kâr Payı ve Kâr Payında İmtiyaz Kavramları

TTK m. 331 uyarınca anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilmektedir. Uygulamada bir anonim şirketten söz edilebilmesi için kazanç sağlama ve pay sahiplerine paylaşırma gayesinin güdülmesi aranmakta, şirketin bütün organlarının kâr elde etmek ve paylaşmak amacına yönelmesi beklenmektedir⁵⁸. Neticede anonim şirketlerde pay sahiplerini birbirlerine bağlayan en ciddi bağ maddi çıkarlardır. Bu çerçevede kâr payı, pay sahibinin şirkete koyduğu sermayenin semeresi⁵⁹, bir başka deyişle şirket sermayesinin işletilmesi sonucunda elde edilen bir getiri olarak değerlendirilmektedir⁶⁰. Nihayetinde anonim şirket açısından kâr şirketin faaliyeti sonunda o yılın kâr bakiyesi vermesi halinde şirketin bilançosunda ilgili kısma yazılan bir kalem niteliğinde iken, pay sahipleri bakımından ise servetlerine eklenecek yeni bir kazançtır⁶¹. Kâr payına ilişkin Kanun hükümleri vasıtasıyla bir taraftan özellikle şirket alacaklılarını korumak niyetiyle şirket malvarlığının kontrolsüz biçimde şirket tüzel kişiliğinin dışına aktarılması engellenirken⁶², diğer taraftan yatırımcı-

⁵⁷ **Besen**, Murat: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 71. Öğretide, kanunda tanınmayan bir hakkın bir kısım paylara tanınması ile yaratılacak imtiyaza örnek olarak, belli grup pay sahiplerine aylık mizanların gönderilmesi veya şirketin kiraladığı konutta kirasız kalabilme hakkı gibi hakların tanınması gösterilmektedir (**Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 636- 637).

⁵⁸ Bkz. Yarg. 11. HD., T. 28.04.2015, E. 2015/994 K. 2015/5904 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

⁵⁹ **Sengir**, Turgut: “Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı”, BATİDER, Cilt 7, Sayı 1, 1973, s. 77.

⁶⁰ **Üçışık**, Güzin: “Anonim Ortaklıklarda Kar ve Kazanç Paylarının Geri Alınması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, 2016, s. 472.

⁶¹ **Birsel**, Mahmut T.: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı C. 1, EÜM, İzmir 1973, s. 18 (Birsel, Kar).

⁶² “Ancak anonim ortaklık kâr payı dağıtımında ortaklık malvarlığının korunması ilkesi gereği, Kanundan doğan sınırlamalara uymak zorundadır” (**Hacımahmutoğlu**, Sibel: Ortaklığın Kontrolünün Pazarı Teorisi ve Ortaklık Yöneticileri Üzerindeki Etkileri, BTHAE, Ankara 2006, s. 284). “Kâr payı dağıtılması, şirketin otofinansman imkanını

ların anonim şirketlere yatırım yapmalarını teşvik edecek dengeli bir mekanizma oluşturulmaya çalışılmaktadır⁶³. Üstelik kâr payının anayasal mülkiyet hakkını ilgilendirir bir yönünün bulunması, konuya ilişkin düzenlemelerin hassasiyetle ele alınması gerektirmektedir⁶⁴.

Kâr payı dağıtımı hükümleri yönünden “kâr payı” kavramı, “*net dönem kârı veya serbest yedek akçeler üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutarı*”⁶⁵ ifade etmektedir (TTK m. 509(2)). Kâr payı şirket yönetim kurulu tarafından usulünce düzenlenmiş ve genel kurul tarafından kabul edilmiş olan şirket bilançosuna göre hesaplanmaktadır (TTK m. 514). Yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenmektedir (TTK m. 508(2)). TTK m. 509(2) uyarınca kâr payı dağıtımına kaynaklık edebilecek bilanço kalemleri net dönem kârı ve serbest yedek akçeler olup, bu düzenleme emredici niteliktedir⁶⁶. “Net dönem kârı” kavramı TTK içeriğinde tanımlanmamış olmakla beraber, kavramın yıllık bilançoya göre belirlenmiş yıllık kârdan geçmiş yılların zararlarının ve şirketin ödemekle yükümlü olduğu vergiler ve mali yükümlülüklerin düşülmesinden sonra kalan tutarı teşkil ettiği ifade edilmektedir⁶⁷. Kâr payı dağıtılabilmesi için ilgili dönemde şirketin mutlaka kâr etmiş olması gerekmekte, şirket o dönem zarar da etmiş olsa zararların indirilmesinden sonra kalan serbest yedek akçelerden kâr dağıtımı yapılması mümkün görülmektedir⁶⁸. Her durumda, genel kurul tarafından kârın dağıtımına karar verilmesi (TTK m. 408(2)(d)) zorunludur⁶⁹.

azalttığı gibi, şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil etme gücünü de azaltma ihtimalini taşımaktadır” (Çelikboya, Kâr Payı, s. 36). Ayrıca bkz. Birsal, Mahmut T.: Yargıtay Kararları Işığında Şirket Kârı konusunda Anonim Şirket ile Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması, BTHAE, Ankara 1971, s. 8.

⁶³ Black, Bernard S., et. al.: “General Principles of Company Law for Transition Economies”, Journal of Corporation Law, Cilt 24, 1999, s. 262.

⁶⁴ Bkz. Sarıkaya, Sinan: “Koronavirüs (COVID- 19) Salgını Sebebiyle Sermaye Şirketlerine Getirilen Kâr Dağıtım Sınırlaması”, BUHFD, Cilt 15, Sayı 193-194, 2020, s. 1298-1295.

⁶⁵ Bkz. Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ (R.G. T. 09/08/2012 S. 28379), m. 4(1)(b).

⁶⁶ Birsal, Kar, s. 60.

⁶⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 697.

⁶⁸ Yanlı, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, Cilt 30, Sayı 1, 2014, s. 8.

⁶⁹ Bozgeyik, Hayri: “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, Cilt 20, Sayı 3, 2000, s. 152. Kâr payı hakkının pay sahipleri açısından bir vazgeçilmez hak mı yoksa müktesep ya da nispi müktesep hak mı olduğu tartışılmakla beraber, anonim şirketin her yıl elde ettiği kârın asgari bir oranını her halükârda pay sahiplerine dağıtma

Diğer taraftan, kural olarak her pay sahibi dağıtılacak kâr payına kendi payı oranında katılma hakkına sahip olup (TTK m. 507(1)), esas sözleşmede aksine hüküm bulunmaması halinde kâr payı pay sahibinin sermaye payı için yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilmektedir (TTK m. 508(1)). Bununla beraber, kâr payı hakkında imtiyaz tanınması olanaklıdır (TTK m. 507(2)). Kanunda anonim şirketlerde kâr payı imtiyazının hangi yöntemlerle tanınabileceğine yönelik özel bir hüküm yer almadığından, imtiyazın esas sözleşme ile istenilen şekilde belirlenebileceği ifade edilmektedir⁷⁰. Ancak kâr payı imtiyazının her durumda TTK m. 478'deki sınırlamalar kadar Kanunun kâr payına ilişkin emredici hükümlerine de uygun olması gerekmektedir⁷¹. Yine imtiyazın TBK m. 27(1) genel hükmüne riayet etmesi ve esas sözleşmede belirlenecek olması nedeniyle TTK m. 340 hükmüne aykırı olmaması zorunludur.

TTK m. 478 hükmünde örneklendirilen imtiyaz türlerinden hareket edilerek hükmün imtiyaza ilişkin sınırları somutlaştırılabilmektedir. Bu çerçevede, öncelikle imtiyazın sadece oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği haklarında söz konusu olabileceği ve pay sahiplerinin mutlak eşitlikle yararlandığı haklara dair imtiyaz öngörülemeyeceği vurgulanmaktadır⁷². Örneğin genel kurula katılma, öneride bulunma, iptal davası açma gibi dava hakları ile inceleme, bilgi alma ve denetleme haklarında imtiyaz yaratılması mümkün bulunmamaktadır⁷³. Diğer taraftan, imtiyazların her durumda esas sözleşmede öngörülmesi gerekmektedir (TTK m. 478(1), m. 339 (2)). Ayrıca imtiyazların konu ve kapsamını somutlaştırma, kanunun öngördüğü haklardan daha üstün bir hak tanıma, konu olarak kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir pay sahipliği hakkına ilişkin olma, kural olarak (grup imtiyazı haricinde) imtiyazları paya tanıma ve kamu aleyhine imtiyaz tesis edilememe (TTK m. 478(4)) ilkelerine de uygun olması aranmaktadır⁷⁴. Yine emredici hükümlere dayanan haklarda sahipleri aleyhine değişiklik yapılamayacaktır.

zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir (Yanlı, s. 20). Nitekim öğretide kâr payı hakkı bir yönüyle vazgeçilmez hak olarak, diğer yönüyle ise esas sözleşme ve genel kurul kararına göre dağıtılabilen bir malvarlığı hakkı olarak değerlendirilmektedir (Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s. 696).

⁷⁰ Besen, s. 44.

⁷¹ Bilgeç, Hakan: "Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kâr Payında İmtiyaz", DEÜHFD, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2339.

⁷² Bilgeç, s. 2339.

⁷³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 636.

⁷⁴ Besen, s. 24-30.

İmtiyazın şekli ne olursa olsun kâra katılmada paydan başka bir ölçütün kabul edilemeyeceği, örneğin pay sahiplerinin şirketle yaptıkları işlemler veya şirkete verdikleri borçlar ya da teslim ettikleri mallar oranında kârdan yararlanmalarının mümkün olmadığı, bu yönde esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu vurgulanmaktadır⁷⁵. Yine kâr hesaplama rejiminden ayrıklık sağlayan bir imtiyazın yaratılması, bilanço ilkeleri karşısında mümkün görülmemektedir⁷⁶. Bilanço çıkarılmadan salt ticari defterlere bakılarak kâr hesaplanamamakta ve dolayısıyla buna göre bir dağıtım da yapılamamaktadır⁷⁷. Neticede kâr payının pay sahipleri tarafından şirkete getirilen sermayenin semeresi olduğu dikkate alındığında⁷⁸, bazı paylar için kâr payı hesaplamasında farklı yöntemler benimsenmesi aynı şirket içinde birbirinden farklı sermayelerin bulunduğu sonucunu doğurarak şirket sermayesinin bütünlüğünün ve bilançoda tamlık ilkesinin⁷⁹ görmezden gelinmesine sebebiyet verecektir. O halde kâr payı hesaplamasının bir imtiyaz konusu olması du-

⁷⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 698.

⁷⁶ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 641; **Okuyucu Taftalı**, İpek: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 57.

⁷⁷ **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 357 (Tekinalp, Sermaye).

⁷⁸ Bu husus kâr payından ilgili faaliyet dönemi içerisinde mevcut bulunan payların faydalanması kuralıyla belirlenmektedir (TTK m. 508(1)), bkz. **Yüksel**, Sinan H.: “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2019, s. 393.

⁷⁹ Finansal tabloların ticari işletmenin tüm varlıklarını ve borçlarını, bütün gelir ve giderlerini doğru şekilde değerlendirilmiş olarak göstermesi zorunludur (TTK m. 72(1)). Bu doğrultuda, bilançoda tamlık ilkesi, yıllık bilançoda ilgili yıla ait tüm gelir ve giderlerin gösterilmesini gerektirmekte (TTK m. 78(1)(d) ve (e)) olup, kaydı gereken iş ve işlemlerin kayıt dışı bırakılmaması gereğini ifade eden muhasebede tamlık ilkesinden farklı olarak, aktif ve pasiflerin listesinin ne eksik ne de fazla olması gereğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, bazı gelir ve giderlerin kâr ve zarar hesabına yansıtılmaması ya da bazı varlıkların bilançoda gösterilmemesi söz konusu olamamaktadır (**Üçışık, Güzin/Çelik**, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 39). Bilançoda tamlık ilkesinin işlev itibarıyla gerek alacaklılar gerekse pay sahiplerini koruduğu, özellikle çeşitli giderlerin şişirilerek örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmesinin ve hayali kâr açıklamalarının önüne geçerek hukuka aykırı kâr payı dağıtımına gidilmesini önlediği ifade edilmektedir (**Üçışık/Çelik**, s. 40). Nitekim TTK hükümleri ve ilgili muhasebe ilkelerine uygun düzenlenmemiş bilançoya göre tahakkuk eden kârın haksız kâr olduğu kabul edilmekte (**Üçışık**, s. 480) ve kârın dağıtımı anonim şirketin temel yapısı ve sermayenin korunması ilişkin olduğundan bu hususları koruyan bilançoda tamlık ilkesine ilişkin TTK hükümlerinin kesin emredici nitelikteki hükümlerden görülmesi gerekmektedir.

rumunda dahi hesaplamanın TTK m. 509(2) hükmünde gösterilen kaynaklara istinat etmesi zorunludur⁸⁰.

C. Kâr Payı ve Kâr Payında İmtiyaz Yönünden İşletmeye Endeksli Paylar

Uygulamada işletmeye endeksli payların getirisi bu payların muhasebel olarak bağlı bulundukları fiktif birimin elde ettiği net kazancın belirli bir yüzdesi olarak ya da fiktif birim kazancına göre zamanla değişiklik gösterecek olan önceden belirlenmiş net bir parasal miktar üzerinden hesaplanmaktadır⁸¹. Bu çerçevede işletmeye endeksli paylara ilişkin bir imtiyaz bakımından ilk sorun, TTK m. 340 gereği esas sözleşmeye herhangi bir hesabi öngörülebilirlik veya uygulamaya yönelik belirlilik taşımayan bir imtiyazın yazılmasına izin verilmemesi olarak öne çıkmaktadır⁸². Zira imtiyazlı paylara ilişkin esas sözleşme hükümleri anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasından itibaren artık nesnel kurallar niteliğini kazanacak hükümlerden olduğu (TTK m. 354(1)) ve esas sözleşmenin katılıma açık yapısı birlikte düşünüldüğünde⁸³, yoruma mahal veren bir düzenlemenin esas sözleşmenin objektif norm niteliğini zedeleyeceği ve kişilerin güvenlerinin korunması

⁸⁰ İmtiyazlı paylar için kârın hesaplanmasında değişik kurallar uygulanamayacağı yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 641. Öğretideki baskın görüşün aksine, Çelikboya, sermayenin korunması ilkesine aykırı olmaması şartıyla kâr payı hakkında imtiyazın belirlenmesinde genel hükümlerden farklı bir hesap ölçüsüne göre imtiyaz oluşturulmasının, bu kapsamda şirketin net dönem kârının bileşenlerinin birinin üzerinde imtiyazın olanaklı olduğu görüşündedir (**Çelikboya**, Kâr Payı, s. 419).

⁸¹ **Elder/Westra**, s. 4.

⁸² İmtiyazın kapsamının tam ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akad**, Gül: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 11. Örneğin Akad, esas sözleşmeden net bir şekilde anlaşılabilir olması halinde şirketin performansına bağlı kâr payı imtiyazı öngörülebileceğini belirtmektedir (**Akad**, s. 11). Diğer yandan, Teoman'a göre "bir anonim ortaklığın ana sözleşmesinde tüm payların kârdan belirli bir oranda öncelikli olarak yararlanacakları yazılı olsa bile, bir, dört ya da on olarak belirlenebilecek oy hakkının aksine, burada bu yararlandırmanın fiilen nasıl gerçekleştirileceği belli olmayacaktır" (**Teoman**, Ömer: "Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?", **BATİDER**, Cilt 18, Sayı 3, 1996, s. 3).

⁸³ **Kırca**, İsmail/Şehirli **Çelik**, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, BTHAE, Ankara 2013, s. 298. Esas sözleşmenin hukuki niteliğini açıklayan sözleşme görüşü, objektif norm görüşü ve karma görüş hakkında genel olarak bkz. **Hamamcıoğlu**, Esra: Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Yetkin, Ankara 2022, s. 24.

sorununu doğuracağı açıktır⁸⁴. Üstelik esas sözleşme maddeleri nasıl yorumlanacağı konusunda TTK hükümlerinin suskun olmasına rağmen anonim şirketin temel yapısına uygun yorum yapma zorunluluğu⁸⁵, işletmeye endeksli paylara dair esas sözleşme maddelerine geçerlilik sağlayacak türden bir yorum yapılmasına destek vermemektedir⁸⁶. Nitekim TTK m. 32(2) gereği ticaret sicil müdürlüğünce esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olup olmadığının ve Kanunun bulunmasını zorunlu olarak öngördüğü hükümlerinin incelenmesi sırasında da işletmeye endeksli payları düzenleyen bir imtiyaz hükmünün Kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu veya üçüncü kişiler üzerinde yanlış izlenim uyandırabileceği kanaatine varılması gerekecektir (TTK m. 32(3)).

Diğer taraftan, TTK rejimindeki emredici hükümler gereği imtiyazın konusu olan kâr şirket bilançosuna göre oluşmak zorundadır. Üstelik şirket bilançosunun usulüne göre hazırlanmaması veya kanuna aykırı kâr payı dağıtımına karşı tedbirlerin alınmaması şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuracağından⁸⁷, sırf işletmeye endeksli payları hayata geçir-

⁸⁴ Çelikboya da imtiyaz esas sözleşmede belirgin biçimde (içerik olarak) ortaya konulmamış ise payların imtiyazlı kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir (**Çelikboya**, Kâr Payı, s. 418). Gürbüz Usluel ise esas sözleşmede kâr payı imtiyazının yönteminin belirlenmediği hallerde kümülatif, tekrar katılsız kârda imtiyaz tanınması yönteminin benimsenmesinin uygun olacağını belirtmektedir (**Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, BTHAE, Ankara 2016, s. 177). Esas sözleşmede belirlenecek imtiyaza ilişkin somut yöntemin sınırını TBK m. 27 ve TMK m. 2 dürüstlük kuralının oluşturduğu yönünde bkz. **Gürbüz Usluel**, s. 167.

⁸⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 124. Şirket sözleşmelerinin tüm hükümlerinin objektif yoruma tabi tutulmasının zorunlu olmadığı, hükmün niteliği ve somut olayın durumuna göre subjektif yorum kriterlerinin tercih edilebileceği yönünde bkz. **Hamamcıoğlu**, s. 30. Ayrıca bkz. **Karaahmetoğlu**, İsmail Özgün: Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

⁸⁶ İşletmeye endeksli payların temel yapıya aykırılığına işaret etmesi bakımından TTK m. 331 hükmü önemlidir. Zira anonim şirketin birden fazla işletme konusu olsa da organizasyonun tamamı için odaklanılan bir ekonomik amaç bulunmakta, şirketin bir biriminin menfaatinin diğer birimin menfaatiyle çatışması halinde şirketin tamamı dikkate alınarak organizasyonun bütününün menfaatine göre karar verilmektedir. Dolayısıyla, işletmeye endeksli payların şirketin tamamı için ortak bir ekonomik amacın varlığı olgusuna zarar verici bir yönü bulunduğu iddia edilebilecektir. Pay sahiplerinin oy haklarını kullanarak somutlaştırdıkları ve çoğu halde şirket veya diğer pay sahiplerinin menfaatleri ile çatışan şahsi menfaatleri, işletmeye endeksli payların tesisiyle aslında korporatif düzlemde yeni bir meşruiyet kazanmakta, bu da şirkette tek ve nihai bir ekonomik amaca yönelik bir “*affectio societatis*” varlığını daha da zayıflatmaktadır.

⁸⁷ **Eroğlu**, Muzaffer/Özdemir, Duygu Demirel: “Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 13 Hükmü ile Anonim Şirketlerin Kar Payı Dağıtım Kararlarının Sınırlandırılması”, DEÜHFD, Cilt 22, Sayı 2, 2020, s. 797.

mek için fiktif (farklı) bilanço kullanılması mümkün değildir⁸⁸. Zira kâr dağıtımı bilançoda tamlık ilkesi uyarınca hazırlanacak bilançoya göre şirketin faaliyetinin tamamından elde ettiği kârdan ve TTK m. 509(2) hükmünün gösterdiği kaynaklardan gerçekleştirilecektir. Örneğin işletmeye endeksli payların ilişkilendirildiği fiktif birim ilgili seneyi kazançlı geçirmiş bulunsa da şirketin genelinde zarar edilmesi nedeniyle bilançoda kâr gözükmemesi halinde, varsa serbest yedek akçelerin kullanımı olasılığı dışında işletmeye endeksli paylara dağıtılabilecek herhangi bir kâr bulunmayacaktır⁸⁹. Yine bir sonraki sene bu defa işletmeye endeksli payların endeksli olduğu fiktif birim zarar etse ancak şirketin diğer birimlerindeki yüksek kazanç sebebiyle bilançoda kâr bulunsa, bu defa işletmeye endeksli payların da TTK m. 357 gereği diğer paylar gibi şirket kârından yararlandırılması gerekecektir⁹⁰. Aksi halde o sene için işletmeye endeksli payların kâr payı hakkından yoksun paylar olarak muamele edilmeleri söz konusu olur ki kârdan yoksun payların

⁸⁸ Dağıtılabılır kâr bulunmadığı halde bilançonun ilgili kaleminde gözüken bir meblağın kâr olarak dağıtılmasına dair imtiyaz geçerli olmayacağı gibi, doğup doğmayacağını bilmeden önceden kâr dağıtımı taahhüt edilmesi şeklindeki imtiyaz da geçerli olmayacaktır (**Karahan**, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı, İstanbul 1991, s. 126).

⁸⁹ İtalyan hukukunda uygulandığı haliyle işletmeye endeksli paylara kâr dağıtımı ancak şirketin tamamından elde edilmiş ve pay sahiplerinin tamamına dağıtılabilecek kârın mevcut bulunması halinde gerçekleştirilebilmektedir (**Ventoruzzo**, Marco: “Experiments in Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition”, Texas International Law Journal, Cilt 40, 2004, s. 123).

⁹⁰ İşletmeye endeksli payların kâr payının hesabı açısından diğer paylara nazaran gösterdiği farklılığın bir imtiyaz halini alabileceğinden söz edilebilmesi için bu payların adi paylara nazaran imtiyaz şeklinde bir üstünlüğe sahip olduklarının da ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Burada üstünlükten kasıt paylar arasında bir hiyerarşik üstünlük değil, daha fazla pay sahipliği haklarının sağlanmasıdır (TTK m. 478 Madde Gereksesi). Örneğin, payların hamiline veya nama yazılı olması, pay sahiplerince getirilen sermayenin aynı ya da nakdi olması, ihraç tarihindeki veya değerindeki farklılıklar gibi hususlar imtiyaz olarak kabul edilmemektedir (**Özer**, Şeref: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Paylara İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Anonim Ortaklık Kavramının Kamu Hukuku Süjesi mi Yoksa Özel Hukuk Süjesi mi Olduğu Sorunu, SPK Yeterlilik Etüdü, SPK, Ankara 2011, s. 7). Oysa işletmeye endeksli payların her zaman adi paylara nazaran bir üstünlük sağlayamayacakları açık olduğundan, bunların imtiyaz kavramıyla ilişkilendirilmesi eleştiriye açıktır. Zira işletmeye endeksli paylara tekabül edebilecek kâr miktarı payın endeksli olduğu birimin performansına göre yıldan yıla düşüş ya da artış gösterebilmekte ve bazı zamanlarda şirketin tamamının performansına göre kâr miktarı belirlenecek olan adi paylara isabet edecek kâr miktarından az bir kâr payına konu olabilmektedir.

oluşturulması mümkün değildir⁹¹. Oysa işletmeye endeksli payların ilişkili bulundukları fiktif birimde kâr oluşmadıkça, şirketin tamamı kâr elde etse dahi işletmeye endeksli payın kâr payına hak kazanmaması gerekmektedir⁹². O halde TTK rejimi işletmeye endeksli payların özelliklerinin imtiyaz öngörülmesi yoluyla gerçekleştirilmesine cevaz vermemektedir. İşletmeye endeksli paylara varlık tanımak muradıyla sadece mezkûr kanun hükümlerin değiştirilmesi akla gelebilecek ise de aşağıda incelenen diğer TTK hükümleri ortada yapısal bir uyumsuzluk olduğunu ortaya koymaktadır.

III. İŞLETMEYE ENDEKSİLİ PAYLARIN ANONİM ŞİRKET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN DİĞER SORUNLAR

A. Emredici Hükümler İlkesi

“Emredici Hükümler” kenar başlığını taşıyan TTK m. 340, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*” düzenlemesini getirmektedir. Anılan madde ile anonim şirket esas sözleşmesine yazılabilecek olan hususların kapsamının kanun koyucu tarafından sınırlanmış olmasının sebebinin üçüncü kişilerin, şirketin ve şirket ortaklarının menfaatlerinin korunması düşüncesi oluşturmaktadır. TTK m. 340 hükmü, TTK hükümlerini esas sözleşme açısından kural olarak emredici niteliğe büründürmektedir⁹³. Ancak maddenin kapsamı öğretide tartışma konusudur⁹⁴. Bu hususta baskın görüş dairesinde, esas sözleşmede düzenlenebilecek hususların sadece kanun hükmünün lafzından değil, hükmün lafzından sapabilme imkânının anlaşılmadığı hallerde hükmün yorum-

⁹¹ Bkz. **Veziroğlu**, Cem: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 402 Dn. 249. TTK m. 521 dairesinde esas sözleşmeyle kâr payının kaldırılması yönünde düzenleme yapılabileceği yönünde bkz. **Helvacı**, Mehmet: “21. Yüzyılda Anonim Ortaklığa İlişkin Düşünceler ‘Tüzel Kişiye ve Bir Örnek Olarak Kar Payı Kavramına Belki Olması Gereken Farklı Bir Bakış’”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Ed. Karagöz, Havva vd.), İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 12-13.

⁹² **Borek**, s. 1115.

⁹³ **Eminoğlu**, Cafer/**Altıntaş**, Berrin Dalgıç: “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu mu?”, ERÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2014, s. 5.

⁹⁴ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 158-168. Bu konuda öğretideki tartışmaların bir değerlendirmesi için bkz. **Ayoğlu**, s. 26-32.

lanmasından elde edilecek anlamdan da çıkartılabileceği kabul edilmektedir⁹⁵. Yine bir konu tahdidî şekilde düzenlenmediği sürece bunun hakkında tamamlayıcı esas sözleşme maddeleri kararlaştırılabilmektedir⁹⁶. Dolayısıyla, bir esas sözleşme hükmü kanun hükmünü onun anlamına uygun bir biçimde daha ayrıntılı şekilde düzenliyor ise TTK m. 340 hükmüne aykırılıktan söz edilememektedir⁹⁷.

TTK m. 340 sebebiyle esas sözleşme ile TTK hükümlerinde öngörülenden farklı bir kâr tanımı yapılması mümkün görülmemektedir⁹⁸. Üstelik kâr payına ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin olup⁹⁹, özellikle TTK m. 508(2) ve m. 509(2) hükümlerinin ne lafzından ne de amacından herhangi bir sapma imkânı çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla, işletmeye endeksli payların özelliklerinin gerektirdiği kâr payı hesaplama ve dağıtım şeklinin bir esas sözleşmesel kâr payında imtiyaz olarak düzenlenmesi TTK m. 340 hükmü uyarınca olanaklı değildir. Diğer taraftan, esas sözleşme ile ihtiyarî yedek akçe ayrılmasına müsaade edilebildiği ve bunların özgülenme amacı ile harcanma yolları da belirlenebildiğine göre (TTK m. 521), şirketin belirli bir fiktif biriminin kârına tekabül edecek tutarı şirketin genel kârından ayırarak isteğe bağlı yedek akçe olarak biriktirmesi ve bunları sadece işletmeye endeksli pay türünde öngördüğü pay grubuna serbest yedek akçelerden kâr payı dağıtımını şeklinde sağlaması söz konusu olabilecektir¹⁰⁰. Ancak isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması pay sahibinin kâr payı hakkının ihlaline ya da sermayenin korunması ilkesinin gerçekleşmesine engel olmamalıdır.¹⁰¹ Bir grup pay sahibine bir kâr payı imtiyazı gibi isteğe bağlı yedek akçelerden kâr payı dağıtımını yapılırken diğer grup pay sahiplerine bu kaynaktan hiçbir surette kâr payı dağıtılmamasına ilişkin bir esas sözleşme düzenlenmesi, pay sahiplerinin bir kısmının bir kanuni kâr payı kaynağından tamamen yoksun

⁹⁵ **Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin, Ankara 2015, s. 49.

⁹⁶ Yarg. 11. HD., T. 07.07.2015, E. 2014/15813 K. 2015/8851 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

⁹⁷ **Karasu**, s. 62.

⁹⁸ **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Vedat, İstanbul 2019, s. 174 (**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II), s. 186.

⁹⁹ Bkz. **Birsel**, Kar, s. 62. Nitekim TTK Geçici Madde 13 hükmü de kâr payı dağıtımının kamu düzeniyle ilgisine işaret etmektedir.

¹⁰⁰ “Şirketin isteği ile ayrılan yedek akçeler, anonim ortaklıklar tarafından oto finansman, reklam, araştırma geliştirme, rekabet, amortisman, yenileme gibi çeşitli maksatlara yönelik olarak kullanılabilir, ayrıca kâr dağıtımına tahsis edilebilir.” (**Üçışık/Çelik**, s. 252).

¹⁰¹ Bkz. **Üçışık/Çelik**, s. 255.

bırakılması anlamına gelecektir ki bu durum TTK m. 507(2) ve 509(2) karşısında TTK m. 340 hükmüne aykırılık teşkil edecektir¹⁰². Ayrıca serbest yedek akçelerin şirket menfaatine kullanılması zorunluluğu¹⁰³, bu şekilde bir kullanımı olanaksızlaştırmaktadır.

B. Tasfiye Payı

Tasfiye, bir süreç olarak anonim şirketin sona ermesi ile başlamakta ve ticaret unvanının ticaret sicilinde terkinin ile tamamlanmaktadır¹⁰⁴. Ancak sırf tasfiye haline girilmiş olması pay sahiplerine tasfiye sonucunda kalan şirket malvarlığı üzerinde bir alacak hakkı vermemektedir¹⁰⁵. Tasfiye sürecinde, şirketin borçları ödendikten sonra pay sahiplerine ilk olarak pay bedelleri iade edilmekte, daha sonra ise kalan şirket varlığı dağıtılmaktadır (TTK m. 543(1)). Dolayısıyla “tasfiye payı” kavramı şirketin sona ermesi ve tasfiye neticesinde borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan şirket varlığının pay sahipleri arasında bölüşülmesiyle pay sahibine isabet eden payı ifade etmektedir (TTK m. 543(1)). TTK m. 507(1) uyarınca, anonim şirketin sona ermesi halinde her pay sahibi tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılma hakkına sahiptir. Bu çerçevede, şirketin sona ermesi halinde iktisadi bakımdan pay yatırımcılarının yatırımlarının son getirisi olarak görülmekte olan tasfiye payı hakkında işletmeye endeksli paylar özelinde imtiyaz tanınıp tanınmayacağının ayrıca tespit edilmesi önem taşımaktadır¹⁰⁶.

İşletmeye endeksli paylar, tıpkı adi ve imtiyazlı paylar gibi anonim şirketin sermayesini temsil etmektedir¹⁰⁷. Dolayısıyla, kural olarak işletmeye

¹⁰² Kâr dağıtımının hangi kaynaktan yapıldığının pay sahiplerinin kâr payı hakkına katılma hakkı bakımından bir etkisi olmadığı yönünde bkz. **Çelikboya**, Kâr Payı, s. 191.

¹⁰³ **Çelikboya**, Kâr Payı, s. 195.

¹⁰⁴ **Coşgun**, Özlem Karaman: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet, Ankara 2015, s. 20. Anonim şirketlerin tasfiyesi konusunda bkz. **Kervankıran**, Emrullah: Anonim Şirketleri Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2022; **Karahan**, Sami: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Mimoza Yayınları, Konya 1998.

¹⁰⁵ **Kervankıran**, s. 116.

¹⁰⁶ “Çünkü nasıl yıllık kâr bir faaliyetin sonucu ise, tasfiye artığı da ortaklığın bütün faaliyetinin sonucudur.” (**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 641). Uygulamada işletmeye endeksli paylara isabet edecek tasfiye payının, bunların endekslediği işletmeye göre hesaplanmasının söz konusu olduğu örnekler bulunmaktadır, bkz. **Greene**, Edward F. et. al.: U.S. Regulation of the International Securities and Derivatives Markets 12th Edition, Aspen Publishing, New York 2017, s. 689.

¹⁰⁷ Bkz. **Robinson**, David T.: “Strategic Alliances and the Boundaries of the Firm”, Review of Financial Studies, Cilt 21, Sayı 2, 2009, s. 654.

endeksli payların sahiplerine de tasfiye payının isabet edeceği şüphesizdir¹⁰⁸. Bununla beraber, tasfiye payının tamamen kaldırılması, sınırlandırılması veya tasfiye payında imtiyaz öngörülmesi mümkün olup, esas sözleşmeye bu yönde konulacak hükümlerin emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği vurgulanmaktadır¹⁰⁹. Tasfiye payı için sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde TTK rejiminde yer alandan farklı bir oranın kullanılabileceği ve bu şekilde tasfiye payı imtiyazı yaratılabileceği belirtilmektedir¹¹⁰. Bu doğrultuda işletmeye endeksli paylar açısından sadece bağlı bulundukları fiktif birimin artışı varlıkların ilgili işletmeye endeksli payın tasfiye payı olarak dikkate alınacağını esas sözleşmeyle belirlenmesi ilk bakışta mümkün gözükmemektedir. Bununla beraber, esas sözleşmede öngörülebilirlik ve belirlilik taşımayan hükümlere yer verilemeyecek olması işletmeye endeksli payların özelliklerinin tasfiye payı imtiyazına yansıtılmasına engel olmaktadır.

C. Genel Kurul Kararlarının Butlanı Yönünden

Kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararı bir hukuki işlemdir¹¹¹. Şirket genel kurulu kârın dağıtılmasına karar verirken kârın ödenme yöntemi ve zamanını kararlaştırabileceği gibi (TTK m. 409(1)) bu konuda şirket yönetim kurulunu da yetkilendirebilmektedir¹¹². Ancak kâr payına ilişkin alınacak genel kurul kararının içeriği itibariyle TBK m. 27 dairesinde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekmektedir¹¹³. Genel kurul kararlarının butlanına dair TTK m. 447 hükmü TBK m. 27 karşısında bir özel hüküm olmakla beraber, kararların geçerliği bağlamında TBK m. 27 de mezkûr özel hükümde sayılan hallerin sınırlı sayıda olmaması nedeniyle halen uygulama alanını sürdürmektedir¹¹⁴. Yine TTK m. 340 uyarınca Kanundaki

¹⁰⁸ Borek, s. 1111.

¹⁰⁹ Coşgun, s. 242.

¹¹⁰ Coşgun, s. 245.

¹¹¹ Bkz. Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 11.

¹¹² Üçışık, s. 479.

¹¹³ Yarg. HGK., T. 02.04.2014, E. 2013/1048 K. 2014/430 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

¹¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 596; Pulaşlı, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17 Sayı 1- 2, 2013, s. 896 (Pulaşlı, Müeyyide). Ancak TTK m. 447 karşısında TBK m. 27 hükmünün uygulama alanını hangi yönlerden göstereceği tartışmalıdır, bkz. Tekinalp, Ünal: “Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı

hükümlerin emredici olması aksine sözleşme yapılamama açısından değerlendirildiğinden ve bu hükümler butlana neden olma açısından emredici kabul edilmediğinden, TTK m. 447 ve TBK m. 27 anlamında emredici hükümler haricinde kalan TTK hükümlerine aykırılık halinde söz konusu kararın TTK m. 445 uyarınca iptal edilebilirlik kapsamında incelenmesi gerekmektedir¹¹⁵.

TTK m. 447 hükmünde genel kurul kararlarının butlan halleri düzenlenmiş olup, özellikle (1) pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran (m. 447(1)(a)), (2) pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran (m. 447(1)(b)), (3) anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlar (m. 447(1)(c)) batıldır. TTK m. 447(1)(c) hükmü, pay sahiplerinin anonim şirketin borçlarından sorumlu tutulamamaları (TTK m. 329) sebebiyle, şirket alacaklılarının temel güvencesini şirket malvarlığının oluşturduğu kabulü yansıtmaktadır. Genel kurulun kâr dağıtım kararının sınırlarını çizen kanun hükümlerinin ve TTK m. 509 hükmünün sermayenin korunması ilkesi dairesinde öngörülmüş emredici hükümlerden olduğu değerlendirilmektedir¹¹⁶.

Anonim şirketlerde kâr dağıtımı ile ilgili her genel kurul kararının peşinen geçerli, batıl ya da iptal edilebilir olduğu söylenemez¹¹⁷. Ancak kâr dağıtım kararı ile ihlal edilen kanun hükmünün doğrudan sermayenin korunması ilkesi ile ilişkili olduğu hallerde butlan söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Anonim şirketin öngörülmüş olması halinde işletmeye endeksli paylara yönelik kâr payı dağıtımı her durumda bir genel kurul kararıyla somutlaşa-

Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2013, s. 16 (Tekinalp, Butlan).

¹¹⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 597.

¹¹⁶ **Üçışık/Çelik**, s. 313; **Eroğlu/Özdemir**, s. 783.

¹¹⁷ **Gürbüz Usluel**, s. 77.

¹¹⁸ **Gürbüz Usluel**, s. 72-73. Bkz. **Tekinalp**, Ünal: “Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1682. Burada genel kurul kararının geçerliliğinin eşit işlem ilkesi yönünden de değerlendirilmesi düşünülebilecek ise de varılan netice bakımından eşit işlem ilkesinin belirleyici olmayacağı değerlendirilmektedir, bkz. III. D. Başlık. Örneğin, Yağmur, esas sözleşmenin kâr payının hesaplanmasına ilişkin olarak kanun koyucunun belirlediği sınırlar dahilinde özel bir düzenleme içermesinin eşit işlem ilkesine aykırı olmayacağı görüşünde olduğunu ifade etmekte, örnek olarak ise kâr payının hesaplanmasında sermaye taahhütlerinin ne kadarının yerine getirildiğinin dikkate alınmamasına ilişkin düzenleme yapılabileceğini göstermektedir (**Yağmur**, Setenay: Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 143).

cak olup, bu genel kurul kararı ise TTK m. 447(1)(c) hükmüne aykırılık sebebiyle batıl olacaktır¹¹⁹. Zira işletmeye endeksli paya tekabül eden kâr payı dağıtımının dayanağı genel kurul kararı, dağıtımın kaynağı yıllık bilançoda görünen net dönem kârı ve serbest yedek akçelere göre yapılmış bir hesaplama göre pay sahibinin payı oranında katıldığı bir alacak olmayacağından, anonim şirketin temel yapısı kadar sermayenin korunması ilkesini de ilgilendirmesi bakımından kesin emredici nitelikteki TTK m. 72, 507, 508(2) ve 509(2) hükümlerine aykırı olacaktır¹²⁰. Benzer şekilde, şirketin kendi isteğiyle ayırdığı yedek akçeler diğer pay sahiplerinin kârdan pay alma hakkını etkileyeceğinden, işletmeye endeksli paylara kâr dağıtımı bunlar üzerinden de sağlanamayacaktır.

D. Eşit İşlem İlkesi

TTK rejiminde pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulacakları kanuni bir ilke olarak kabul edilmiştir (m.357). Bu şekilde çoğunluk kuralının kötüye kullanımının engellenmesi amaçlanmıştır¹²¹. Ancak eşit işlem ilkesi genel kurula katılma, bilgi alma ve inceleme ile dava hakları gibi kullanılabilmesi için tek paya sahip olmanın dahi yeterli olduğu pay sahipliği hakları bakımından uygulama alanı bulunmamakta olup, bu türden haklarda zaten kanun gereği mutlak eşitlik ilkesi geçerlidir¹²². Dolayısıyla eşit işlem ilkesi oy, kara ve tasfiyesi bakiyesine katılım gibi oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği hakları bakımından etki taşımaktadır¹²³. Mezkûr ilkeyi ihlal eden yönetim kurulu kararlarının batıl olduğu TTK m. 391(1)(a) hükmünde düzenlenmiş olup, kanunda belirtilmemekle beraber eşit işlem ilkesine aykırı genel kurul kararlarının da duruma göre butlanının tespitinin istenebileceği ifade edilmektedir¹²⁴. Eşit işlem ilkesinin ihlali sonucunda zarara uğrayan pay sahibinin bu nedenle gördüğü zararın tazminini yönetim kurulu üyelerinden talep hakkı bulunduğu ve bunun doğrudan zarar niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹²⁵.

¹¹⁹ Ayrıca bkz. **Sarıkaya**, s. 1283.

¹²⁰ COVID- 19 nedeniyle yürürlüğe koyulan TTK Geçici Madde 13 hükmü, kâr payı dağıtımının ekonomik kamu düzeniyle ilgisini göstermesi ve somutlaştırması bakımından çarpıcı bir örnektir.

¹²¹ **Pulaşlı**, s. 401. Eşit işlem ilkesi konusunda bkz. **Yıldız**, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2004.

¹²² **Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 66.

¹²³ **Kırca**, s. 66.

¹²⁴ **Tekinalp**, Sermaye, s. 355.

¹²⁵ **Çamoğlu**, Ersin: Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 186.

Genel kurul kararları çerçevesinde oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği hakları açısından eşit işlem ilkesinin nisbi şekilde uygulandığı ve kanunun imtiyazlı paylara cevaz verdiği dikkate alındığında, kâr payında yapılacak farklılaştırmanın mutlaka eşit işlem ilkesine aykırı olmayacağı kabul edilmektedir¹²⁶. Zira eşit işlem ilkesi aynı hukuki konumda olanlara farklı kâr payı ödenmesini yaptırma bağlamaktadır. Oysa işletmeye endeksli paylara isabet eden kâr payı imtiyaz sebebiyle ortaya çıktığından, bu imtiyazın geçerli kabul edildiği bir durumda eşit işlem ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilmesi mümkün olamamaktadır. İmtiyazın geçerli kabul edilmediği bir durumda ise zaten işletmeye endeksli payların TTK hükümlerine uygunsuzluğu bakımından belirleyici olan eşit işlem ilkesi olmamaktadır. Eşit işlem ilkesinin bazı konular için esas sözleşmeye konulacak bir hükümle bertaraf edilmesinin mümkün olmaması bir yana¹²⁷, işletmeye endeksli paylara ilişkin imtiyazın geçerliliği hususunda eşit işlem ilkesine aykırılıktan önce bu imtiyazın Kanun'un imtiyaza olanak sağlayan hükümleri ile emredici hükümler ilkesine aykırılığı sorununa öncelik tanınması gerekmektedir¹²⁸.

Uygulamada işletmeye endeksli paylar özelinde eşit işlem ilkesi yönetim kurulunun şirket ve işletmeye endeksli payların ilişkilendirileceği fiktif birim kârını etkileyecek ticari kararları neticesinde oluşan şirket içi durum açısından önem taşıyabilecektir. Örneğin şirket yönetim kurulu, diğerlerine nazaran daha kârlı olan fiktif işletmelerden birinin sağladığı kazançlar nedeniyle daha fazla biriken akçelerin veya fonların sermayeye çevrilmesi sırasında (TTK m. 462(1)) işletmeye endeksli payların sahiplerinin artan sermayeye daha çok katkı verdikleri gerekçesiyle daha çok bedelsiz paya hak kazandıklarını iddia etmelerine mahal vermeyecek bir finansal planlama yapmak ve bu konuda genel kurula gerekli önerilerde bulunmakla yükümlü hale gelmektedir¹²⁹. Bu bakımdan işletmeye endeksli payların varlığının pay

¹²⁶ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 142, 146.

¹²⁷ Kırca, s. 68.

¹²⁸ “İmtiyazlı payların söz konusu olduğu durumlarda ise kanaatimizce imtiyaza olanak sağlayan kanun hükümleri eşit işlem ilkesine göre *lex specialis* statüsünde olacaklardır.” (Eminoğlu, Cafer: “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından ‘Eşit Şartlarda Eşit İşlem’ İlkesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 84)

¹²⁹ İşletmeye endeksli payların varlığı şirkette birden çok ve birbirinden ayrı değerlendirilen sermayeler bulunduğu anlamına gelmemekte, şirketin ticari kararları çerçevesinde getirisi farklılaşan birimlerin ortaya çıkması veya çıkarılması durumuna dayanmaktadır. Bu bakımdan pay sahiplerinin sermayeye katkılarının sadece paylarının endekslediği birimin sermayeye getirisi bakımından ölçülmesi hakkaniyetli de görünmemektedir. Niha-

sahipliğinden kaynaklı haklar bakımından şirketin tüm pay sahiplerinin menfaatleri arasında çatışma veya hakkaniyet yönünden endişe doğurmasının önlenmesi için şirket yönetim kurulunun menfaatleri dengeleyici bir rol üstlenmesi gerekmektedir. Zira yönetim kurulunun her şeyden önce şirket tüzel kişiliğinin çıkarlarını koruması gerekmektedir¹³⁰. Fiiliyatta ise işletmeye endeksli pay sahibinin kâr payı hakkı haricinde diğer paylara sağlanan pay sahipliğinden kaynaklı haklarda farklı bir muamele görmesini gerektiren bir sebep zaten bulunmadığından, yönetim kurulunun işletmeye endeksli paya dair esas sözleşmede yazılı imtiyaza riayet etmesi halinin yine eşit işlem ilkesine aykırılık yaptırımından önce bu imtiyazın Kanun'un imtiyazlara olanak sağlayan kanun hükümlerine ve emredici hükümler ilkesine uygunsuzluğunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

IV. İŞLETMEYE ENDEKSİLİ PAYLARLA ULAŞILMAK İSTENEN AMACA UYGUN BAŞKA HUKUKU KURUMLAR BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

A. Genel Olarak

İşletmeye endeksli pay ihraç etmek isteyen ancak bunu kâr payında imtiyazlı pay tesisi yoluyla gerçekleştiremeyen bir kapalı anonim şirketin bu amacına benzer özellikler taşıyan başka araçlarla ulaşım ulaşamayacağı hususunun TTK uyarınca düzenlenmiş menkul kıymetler üzerinden değerlendirilmesi gereklidir¹³¹. Zira TTK rejiminde aynı sonucu sağlayan başkaca araçların bulunması halinde işletmeye endeksli paylara cevaz verilip verilmemesi meselesi önemini yitirecektir. Bu kapsamda işletmeye endeksli payların özelliklerinin bir intifa senedinde öngörülmesi veya borçlanma araçları üzerinden gerçekleştirilmesi seçenekleri aşağıda ele alınmaktadır.

B. İntifa Senedi Olarak Öngörülmesi

İntifa senetleri TTK içerisinde “Menkul Kıymetler” bölüm başlığı altında düzenlenmiş, böylece menkul kıymet nitelikleri açıkça ortaya konul-

yetinde şirketin aksi ticari kararlarla sonraki dönemlerde bu defa başka birimler yoluyla sermayeye getiri sağlayacak yedek akçe veya fonların birikmesine neden olması mümkündür. Diğer taraftan, özellikle işletmeye endeksli payın bir iştirake endekslediği hallerde söz konusu yedek akçe veya fonların nasıl oluşacağı tartışmaya açıktır.

¹³⁰ Yağmur, s. 74.

¹³¹ Bu çalışma halka açık olmayan (kapalı) şirketler hakkında olduğu için sermaye piyasası mevzuatına özgü sermaye piyasası araçları değil, TTK sistemine özgü araçlar üzerinden bir inceleme yapılmıştır.

muştur¹³². Kapalı anonim şirketlerde intifa senetlerine ilişkin temel ilkelere TTK m. 502 ve m. 503 hükümlerinde yer verilmekle beraber, Kanun'un başka maddelerinde de intifa senetlerine (örneğin, m. 140(5), m. 348, m. 584, m. 587, m. 661) ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Öğretide ise intifa senetlerinin intifa hisse senedi, kurucu intifa senedi, adi intifa senedi ve katılma intifa senedi olarak dört türünün bulunduğu belirtilmekte ve her bir türün özellikleri ayrı değerlendirilmektedir¹³³. İşletmeye endeksli payların özelliklerine intifa senetleri vasıtasıyla ulaşıp ulaşılamayacağına ilişkin değerlendirme açısından ise intifa senetlerinin sahiplerine sağladığı hakların ve bunların sahibi olabilecek kişilerin incelenmesi yeterlidir.

Bir kavram olarak intifa senetleri TTK m. 503 hükmü vasıtasıyla “sahiplerine net kâra, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma ya da yeni çıkarılacak payları alma hakkı sağlayan senetler” şeklinde tanımlanabilmektedir. İntifa senetleri, esas sermayenin herhangi bir bölümünü temsil etmedikleri gibi¹³⁴, bir borçlanma senedi niteliğinde de değildir¹³⁵. Esas sözleşmeyle öngörülmesine rağmen şirketle bu katılma hakkının sahibi arasında bir ortaklık ilişkisi doğmamaktadır¹³⁶. TTK m. 503 metninde intifa senetlerinin pay sahipliği hakları ihtiva edemeyeceği ilkesi konulduktan sonra esasında birer pay sahipliği hakkı olan kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı ve rüçhan hakkını içerebileceği belirtilmiş, bu anlamda intifa senetleri sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklardan ancak maddede sayılanlarından faydalanabileceği ve bunların haricindeki haklardan istifade edemeyeceği gösterilmiştir¹³⁷. Ancak öğretide intifa senedi sahiplerine denetleme ve bilgi almaya ilişkin imkânların sağlanmasının olanaklı olduğu vurgulanmaktadır¹³⁸.

İntifa senetleri sadece “şirketle ilgili olanlar lehine” olmak kaydıyla, kuruluşta veya esas sözleşme değiştirilerek sonradan çıkartılabilmektedir.

¹³² **Şahin**, Murat: “Türk Ticaret Kanunu’nda İntifa Senetlerine İlişkin Yenilikler: Eski ve Yeni Döneme Dair Tartışmaların Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, 2021, s. 107.

¹³³ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 178.

¹³⁴ **Teoman**, Ömer: “Sermaye Piyasasının Bir Aracı Olarak Katılma İntifa Senetleri”, *Tüm Makalelerim Cilt I- II (1971-2001)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 1117 (Teoman, İntifa Senetleri).

¹³⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 174.

¹³⁶ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, S. 173.

¹³⁷ **Teoman**, Ömer: Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri, *Tüm Makalelerim Cilt I- II (1971- 2001)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 575 (Teoman, Tebliğ).

¹³⁸ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 188.

TTK m. 502(1) hükmünde “şirketle ilgili olan” kişiler “bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri”, “alacaklılar” veya “bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar” şeklinde örneklendirilmiştir. Dolayısıyla anonim şirketin herhangi bir üçüncü kişi lehine intifa senedi ihraç etmesi mümkün olmayıp, bu kişilerin çevresi eskiden ya da şimdi şirketle ilgili bulunanlarla sınırlıdır¹³⁹. “Bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar” açısından ortak paydanın “mağduriyet” unsuru olduğu¹⁴⁰ ve bu senetlerin ilgililere yaptıkları fedakârlıklar karşılığında verildiği ifade edilmektedir¹⁴¹. Yine TTK m. 502(1) son cümlesinde TTK m. 348 hükmüne yapılan yollamayla ilk bakışta intifa senetlerinin nakit karşılığı çıkarılamayacağı yani bedelsiz olabileceği akla gelse de kural olarak kapalı anonim şirketlere de uygulanan VII- 128.1 sayılı Pay Tebliği (“Tebliğ”) m. 36-43 hükümleri uyarınca nakit karşılığı intifa senedi (katılma intifa senedi) çıkarılmasının mümkün olduğu görülmektedir¹⁴². Yine Tebliğ m. 36 hükmüyle, katılma intifa senetlerini TTK m. 502(1) hükmü aksine şirketle ilgili olmayan kişilerin de edinebileceği gösterilmektedir.

İntifa senetlerinin işletmeye endeksli payların özelliklerini taşıyamasının sebebi bu senetlerin sahiplerinin faydalanacağı kârın tıpkı pay sahiplerinin faydalanacağı kâr ile aynı olmasından kaynaklıdır. Bir başka ifadeyle, intifa senetlerinin bağlı olacağı kârın kaynağı ile payların bağlı olduğu

¹³⁹ Teoman, Tebliğ, s. 575.

¹⁴⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar II, s. 185.

¹⁴¹ İmregün, Oğuz: “Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İÜHF, İstanbul 1978, s. 445-462, s. 459.

¹⁴² SPK m. 2(1) hükmü uyarınca “halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçları, bu kanun kapsamı dışındadır”. Ayrıca Tebliğ m. 2(2) hükmüne göre “halka açık olmayan ortaklıkların mevcut paylarının veya bu ortaklıklarca sermaye artırımını yoluyla çıkarılacak payların halka arz edilmeksizin satışı bu Tebliğ hükümlerine tabi değildir”. Dolayısıyla, halka açık olmayan (kapalı) anonim ortaklıkların halka arz edilmemekle beraber pay haricindeki sermaye piyasası araçlarını ihracı 6362 sayılı Kanun kapsamındadır (Yanlı, Veliye: “Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramları”, BATİDER, Cilt 32, Sayı 3, 2016, s. 10 (Yanlı, Yatırım Sözleşmesi)). Nitekim Tebliğ m. 2(1)(h) hükmünde pay benzeri menkul kıymetlerin ihracının Sermaye Piyasası Kurulu iznine bağlı olduğu belirtilmiş, ayrıca “pay benzeri menkul kıymetler” kavramı “sermayede temsil edilmesi zorunlu olmayan, sabit bir getiri taahhüdü barındırmayan, pay sahipliği haklarından birini ya da bir kısmını veren ve bu nitelikte olduğu Kurulca belirlenen menkul kıymetler” olarak tanımlanmış (m. 4(1)(r)) ve “katılma intifa senedi” bir pay benzeri menkul kıymet olarak değerlendirilmiştir (m. 4(1)(k)). Dolayısıyla, halka açık olmayan (kapalı) anonim şirketlerde intifa senetlerinin 6362 sayılı Kanun kapsamında ele alınması gereği ikincil mevzuatla somutlaştırılmıştır. Benzer yönde bkz. Hamamcıoğlu, s. 479.

kârın kaynağı aynıdır ve intifa senetleri için ayrı bir bilanço veya ayrı ölçü ve oranlar uygulanamaz¹⁴³. Bu durum intifa senetlerine isabet edecek kârın bir fiktif birimin kârıyla ilişkilendirilmesi yolunun intifa senetlerinde de açık olmadığını ortaya koymaktadır. Nitekim intifa senetlerinin bir türü olan kurucu intifa senetleri için dağıtılabilecek kâr mevcut ise ancak şirkette kâr dağıtılmaması kararlaştırılmış olsa bile, bunlara kâr payının verilebileceğine ilişkin TTK m. 348(3) hükmü bu yaklaşımı teyit etmektedir. Uygulamada intifa senetlerinin ihracıyla birlikte buna bağlı olarak akdedilen borçlar hukuku sözleşmeleri ile intifa senedi sahiplerine bazı özel haklar verildiği görülmekle beraber¹⁴⁴, bu sözleşmelerin korporatif nitelikte uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Sonuç olarak intifa senetleri yoluyla işletmeye endeksli paylarla ulaşılmak istenen amacın elde edilmesi mümkün görünmemektedir.

C. Borçlanma Aracı Olarak Öngörülmesi

Bir kavram olarak “borçlanma araçları”, menkul kıymetlerdendir¹⁴⁵. Kanunda borçlanma araçlarının çeşitleri sınırlanmamıştır¹⁴⁶. Borçlanma araçlarına ilişkin genel kurallar TTK m. 504-506 hükümlerinin yer aldığı “borçlanma senetleriyle alma ve değiştirme hakkını içeren menkul kıymetler” başlıklı ayırmda ele alınmaktadır. TTK hükümlerine göre tahvil, finansman bonusu, varlığa dayalı senetler, iskonto esası üzerine düzenlenenler de dahil, diğer borçlanma senetleri, alma ve değiştirme hakkını haiz senetler ile her çeşit menkul kıymetler kural olarak genel kurul kararıyla çıkarılabilmektedir (m. 504(1)). 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (“SPK”) m. 2(1) hükmü gereği kapalı anonim şirketlerin de tabi bulunduğu VII- 128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği (“BAT”) ise¹⁴⁷; tahvilleri, paya dönüştürülebilir tahvilleri, değiştirilebilir tahvilleri, finansman bonolarını, kıymetli maden bonolarını ve Sermaye Piyasası Kurulu’nca borçlanma aracı olduğu kabul

¹⁴³ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 186.

¹⁴⁴ Bkz. Yarg. 13. HD., T.22.10.2007, E. 2007/9800 K. 2007/12239 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

¹⁴⁵ Nitekim yürürlükteki SPK ikincil mevzuatında borçlanma araçlarının “menkul kıymet” yollamasıyla tanımlandığı görülmektedir, bkz. III- 35/A.2 Kitle Fonlaması Tebliği m. 4(1)(n).

¹⁴⁶ **Aydoğan**, Gökhan: “Anonim Şirketlerde Menkul Kıymet İhraç Kararları”, BATİDER, Cilt 33, Sayı 4, 2017, s. 249.

¹⁴⁷ BAT hükümlerinin halka açık olmayan anonim şirketlerin halka arz etmeksizin borçlanma araçları ihracına uygulanamayacağı yönünde karşı görüş için bkz. **Sadıkzhada**, Abulfaz: “Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Borçlanma Araçları (Senetleri) ile Borçlanmanın Sınırı”, Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler (Ed. Mehmet Helvacı vd.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 7.

edilecek sermaye piyasası araçlarını “borçlanma araçları” kapsamında değerlendirmektedir (m. 3(1)(c)). Buna göre, bir kapalı anonim şirketin borçlu sıfatıyla düzenleyip sattığı ve nominal değerinin vade tarihinde veya vade tarihine kadar taksitler halinde yatırımcıya geri ödenmesi taahhüdünü içeren vadesi 30 günden az 364 günden fazla olmayan borçlanma araçları “finansman bonusu” (m. 3(1)(b)), vadesi 365 gün veya daha uzun olan borçlanma araçları ise “tahvil” (m. 3(1)(m)) olarak tanımlanmaktadır.

BAT m. 16 uyarınca tahvillere kârdan pay verilmesi olanağının bulunması, tahvillerin işletmeye endeksli payların özelliklerini taşıyabilecek bir araç olarak kullanılması ihtimalini gündeme getirmektedir¹⁴⁸. Bununla beraber, tahvile kârdan verilecek payın hesaplanmasında dikkate alınacak şirket kârı pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı kaynak ve hesaplamaına farklı bir düzen getirmemektedir (BAT m. 16(3) ve 16(4)). Yani tahvilin getirisi olan kârın işletmeye endeksli paylardaki gibi bir fiktif birim kârına endekslenmesi imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca tahvil sahibi, şirkete verdiği ödünç karşılığında faiz ve vadesinde ana para alacaklısı olarak görülmekte, bu alacağının belirli olduğu ve herhangi bir koşula da bağlı olmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla, işletmeye endeksli paylar ile amaçlananın anılan borçlanma araçlarıyla gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Kanaatimizce işletmeye endeksli payların Türk anonim şirketler hukuku nezdinde bir imtiyazlı pay türü olarak değerlendirilmesi uygun olmalıdır. Bu payların adi ve başkaca imtiyazlı pay türlerinden farkı ise sahibine şirketin tamamının kârı yerine şirketin sadece bir veya birden fazla fiktif biriminin kârına katılma olanağı vermesidir. İşletmeye endeksli paylar yeni ekonominin gereksinimlerini karşılayıcı bir rol üstlenerek tek bir tüzel kişi çatısı altında birden çok gayri maddi iktisadi değere yatırım yapmak isteyen kişinin bir araya gelmesine ve değerlerin konsolidasyon içinde sürdürülmesine olanak sağlaması açısından faydalı görülmektedir. Bununla beraber, işletmeye endeksli payların Türk hukukunda korporatif nitelikte meydana getirilmesi mümkün değildir¹⁵⁰. Zira TTK rejiminde anonim şirketlerde kârın

¹⁴⁸ Tahvillerin ödünç sözleşmesi temeline dayandığı ve bu kapsamda kara iştirâklı (kara katılmalı) tahvillerin bir sonuca katılmalı ödünç (tüketim ödünçü) sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Çatakoğlu**, Buket: “Tahvillere Sağlanan Kâr Payı Hakkı ve Hak Sahiplerinin Korunması”, MÜHFHAD, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 717.

¹⁴⁹ **İmregün**, s. 447.

¹⁵⁰ Alman hukukuna ilişkin benzer değerlendirme için bkz. **Schnorbus**, York: “Tracking Stock in Germany: Is German Corporate Law Flexible Enough to Adopt American

kaynaklarına ve hesaplanmasına ilişkin kuralların emredici nitelikte olması ve genel kayıt içeren hükümler şeklinde (yoruma elverişli) kaleme alınmamış olmaları, işletmeye endeksli payların karakteristik özelliklerinin Kanun hükümleriyle uyumsuzluğuna sebep olmaktadır. Benzer şekilde, TTK hükümleri uyarınca intifa senetleri ve borçlanma araçları yoluyla işletmeye endeksli payların karakteristik özelliklerini taşıyan bir aracın yaratılıp yaratılamayacağı sorusuna da olumsuz yanıt verilmektedir. Zira söz konusu araçlar da Kanun'un kâr payına ilişkin kurallarına karşı bağışık değildir.

Her ne kadar boşta kalan veya potansiyeline ulaşamayan girişim fikirlerinin ve ortaklıkların sayısının azaltılabilmesi adına işletmeye endeksli payların tesisine olanak sağlayacak bir mevzuat altyapısının oluşturulmasına ihtiyaç bulunduğu ileri sürülebilecek ise de bu konuda olumlu yanıt verilmeyen önce işletmeye endeksli payların TTK hükümleri ile uyumsuzluğunun giderilmesi için tanınacak kanuni istisnaların doğurabileceği sakıncaların da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede işletmeye endeksli paylara cevaz verecek istisnaların menfaat sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını artıracığı açıktır¹⁵¹. Yine bu yönde istisnaların kanun koyucu tarafından somutlaştırılmış olan mevcut menfaatler dengesini bozacağı da izahtan varestedir. Neticede işletmeye endeksli paylara kâr dağıtımını kisvesi altında yapılabilecek dağıtımlar özellikle şirket tüzel kişiliği açısından devamlılık, pay sahipleri açısından kâr payı hakkının korunması ve alacaklılar açısından alacakların tahsilatı konusunda kontrolsüz bir risk yaratacaktır. Bu doğrultuda, Türk hukuku bakımından işletmeye endeksli paylarla hedeflenenin SPK rejimine tabi sermaye piyasası araçları veya kurumları yoluyla sağlanmasının daha uygun bir çözüm olacağını değerlendirilmekteyiz. İşletmeye endeksli payların sahibine sağladığı farklılaştırılmış kâr payı hakkının bu payın yatırımcısının şirketten getiri talebinin özel şekilde karşılanmasının bir yöntemi olarak öne çıktığı ve bu hakkının yatırım teşviki amacıyla sınırlı şekilde kurgulandığı hatırlandığında, yatırımcı beklentisinin sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde tanınan araçlara veya kurumlara yönlendirilmesinin yürürlükteki mevzuat sebebiyle en uygun yaklaşım olduğu açıktır.

Financial Innovations?", University of Pennsylvania Journal of International Law, Cilt 22, Sayı 3, 2001, s. 541-634.

¹⁵¹ İşletmeye endeksli payların karakteristik özelliklerinin bilgi asimetrisi (*information asymmetry*) ve vekalet sorunu (*agency problem*) açısından ek riskler yarattığı yönünde bkz. Harper/Madura, s. 91.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akad**, Gül: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, BTHAE, Ankara 2019.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Ayoğlu**, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Besen**, Murat: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Birsel**, Mahmut T.: Yargıtay Kararları Işığında Şirket Kârı konusunda Anonim Şirket ile Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması, BTHAE, Ankara 1971.
- Birsel**, Mahmut T.: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı C. 1, EÜM, İzmir 1973 (Birsel, Kâr).
- Çamoğlu**, Ersin: Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Coşgun**, Özlem Karaman: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet, Ankara 2015.
- Çelikboya**, Kerem: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021 (Çelikboya, Kâr Payı).
- Erdem**, H. Ercüment: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Engin**, B. İlkay/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Greene**, Edward F. et. al.: U.S. Regulation of the International Securities and Derivatives Markets 12th Edition, Aspen Publishing, New York 2017.
- Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, BTHAE, Ankara 2016.
- Hacımahmutoğlu**, Sibel: Ortaklığın Kontrolünün Pazarı Teorisi ve Ortaklık Yöneticileri Üzerindeki Etkileri, BTHAE, Ankara 2006.
- Kayış**, Ferhat: Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Karahan, Sami:** Anonim Şirketlerde Tasfiye, Mimoza Yayınları, Konya 1998.
- Karahan, Sami:** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı, İstanbul 1991.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün:** Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Karasu, Rauf:** Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin, Ankara 2015.
- Kervankıran, Emrullah:** Anonim Şirketleri Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, BTHAE, Ankara 2013.
- Kırca, İsmail:** Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Okucu Taftalı, İpek:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, Vedat, İstanbul 2019 (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar II).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Solomon, Lewis D./Weiss, Elliot J./Schwartz, Donald E./Bauman, Jeffrey D.:** Corporations Law and Policy, West Group, St. Paul 1998.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın:** Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Veziroğlu, Cem:** Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Yağmur, Setenay:** Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Yıldız, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2004.

Makaleler

- Aksın, S. Tarık/Önder, Fahrettin M.:** İkinci El Motorlu Kara Taşıtı Alım Satımı Yapan Gerçek Kişilerin Faaliyetlerinin Ticari İşletme Niteliğinin İncelenmesi, SDÜHFD, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 1317-1347.
- Arsılanlı, Halil:** “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHFM, Cilt 23, Sayı 3-4, 1958, s. 248-290.
- Aydoğan, Gökhan:** “Anonim Şirketlerde Menkul Kıymet İhraç Kararları”, BATİDER, C. 33, S. 4, 2017, s. 231-267.
- Baştürk, İhsan:** Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları, TAAD, Cilt 1, Sayı 6, 2011, s. 279-320.
- Bilgeç, Hakan:** “Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kâr Payında İmtiyaz”, DEÜHFD, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 2323-2356.
- Black, Bernard S., et. al.:** “General Principles of Company Law for Transition Economies”, Journal of Corporation Law, Cilt 24, 1999, s. 190-293.
- Borek, Charles A.:** “Corporate Taxation’s Square Peg: An Analysis of Possible Solutions to the Problem of Characterizing “Tracking Stock” for Tax Purposes”, Catholic University Law Review, Cilt 43, 1994, s. 1107-1125.
- Bozgeyik, Hayri:** “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım”, BATİDER, Cilt 20, Sayı 3, 2000, s. 117-156.
- Bond, Stephen R./Cummins, Jason G.:** “The Stock Market and Investment in the New Economy: Some Tangible Facts and Intangible Fictions”, Brookings Papers on Economic Activity, Sayı 1, 2000.
- Chemmanur, Thomas J./Paeglis, Imants:** “Why Issue Tracking Stocks? Insights from a Comparison With Spin- Offs and Carve- Outs”, Applied Corporate Finance, Cilt 14, Sayı 2, 2001, s. 102-114.
- Conway, James D.:** “The USX Tracking Stock “Spin- Off”: A Case of Split Personality”, The Tax Magazine, Cilt 69 Sayı 6, 1991, s. 383-389.
- Çoştan, Hülya:** “İtalyan Şirketler Hukukunun ve 2003 tarihli İtalyan Sermaye Şirketleri Hukuku Reformunun Genel Hatları”, BATİDER, Cilt 24, Sayı 4, 2008, s. 179-214.
- Çatakoğlu, Buket:** “Tahvillere Sağlanan Kâr Payı Hakkı ve Hak Sahiplerinin Korunması”, MÜHFHAD, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 711-734.

- Çelikboya**, Kerem: “Anonim Şirketin TTK m. 11 f. 3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Eckbo**, Espen/**Thorburn**, Karin S.: “Corporate Restructuring”, Foundations and Trends in Finance, Cilt 7, Sayı 3, 2013, s. 159-288.
- Elder**, John/**Westra**, Peter: “The Reaction of Security Prices to Tracking Stock Announcements”, Journal of Economics and Finance, Cilt 24, Sayı 1, 2000, s. 36-55.
- Eminoğlu**, Cafer/**Altıntaş**, Berrin Dalgıç: “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu mu?”, ERÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2014, s. 1-26.
- Eroğlu**, Muzaffer/**Özdemir**, Duygu Demirel: “Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 13 Hükmü ile Anonim Şirketlerin Kar Payı Dağıtım Kararlarının Sınırlandırılması”, DEÜHFD, Cilt 22, Sayı 2, 2020, s. 749-806.
- Faugerolas**, Laurent: “Equity Tracking Securities- The Alcatel Experience”, International Business Lawyer, Cilt 29, Sayı 6, 2001, s. 254-257.
- Giudici**, Paolo/**Agstner**, Peter: “Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?)”, European Business Organization Law Review, Sayı 20, 2019, s. 597-632.
- Haas**, Jeffrey J.: “Directorial Fiduciary Duties in a Tracking Stock Equity Structure: The Need for a Duty of Fairness”, Michigan Law Review, Cilt 94, Sayı 7, 1996, s. 2089-2177.
- Hansmann**, Henry: “Corporation and Contract”, American Law and Economics Review, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 1-19.
- Harper**, Joel T./**Madura**, Jeff: Sources of Hidden Value and Risk Within Tracking Stock, Financial Management, Cilt 31, Sayı 3, 2002, s. 91-109.
- Helvacı**, Mehmet: “21. Yüzyılda Anonim Ortaklığa İlişkin Düşünceler ‘Tüzel Kişiyi ve Bir Örnek Olarak Kar Payı Kavramına Belki Olması Gereken Farklı Bir Bakış’”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Ed. Havva Karagöz/Beril Özcanlı/Seda Palanduz), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 3-17.
- İmregün**, Oğuz: “Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İÜHF, İstanbul 1978, s. 445-462.

- Kantor, Brian/Castle, Jarrod:** “Tracking Stocks- An Alternative to Unbundling for the South African Group”, *Investment Analysts Journal*, Cilt 29, Sayı 51, 2000, s. 49-56.
- Karahan, Sami:** Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 3-10.
- Kahan, Marcel/Klausner, Michael:** Standardization and Innovation in Corporate Contracting (Or “The Economics of Boilerplate”), *Virginia Law Review*, Cilt 83, Sayı 4, 1997, s. 713-770.
- Mantysaari, Petri:** *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law Vol III: Funding, Exit and Takeovers*, Springer, Heidelberg 2010.
- Memiş, Tekin:** Aile Anayasası ve Şirketler Hukuku, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 8, 2018, s. 271-286.
- Pollman, Elizabeth:** “Startup Governance”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 168, Sayı 1, 2019, s. 155-221.
- Pulaşlı, Hasan:** “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 885 898 (Pulaşlı, Müeyyide).
- Robinson, David T.:** “Strategic Alliances and the Boundaries of the Firm”, *Review of Financial Studies*, Cilt 21, Sayı 2, 2009, s. 649-681.
- Sarıkaya, Sinan:** “Koronavirüs (COVID- 19) Salgını Sebebiyle Sermaye Şirketlerine Getirilen Kâr Dağıtım Sınırlaması”, *BUHFD*, Cilt 15, Sayı 193-194, 2020, s. 1298-1295.
- Sadıkzhada, Abulfaz:** “Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Borçlanma Araçları (Senetleri) ile Borçlanmanın Sınırı”, *Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler* (Ed. Helvacı, Mehmet vd.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 1-23.
- Sengir, Turgut:** “Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı”, *BATİDER*, Cilt 7, Sayı 1, 1973, s. 77-86.
- Schick, Jeffrey J.:** “Toward Transaction- Specific Standards of Directorial Fiduciary Duty in the Tracking- Stock Context”, *Washington Law Review*, Cilt 75, Sayı 4, 2021, s. 1365-1398.
- Schnorbus, York:** “Tracking Stock in Germany: Is German Corporate Law Flexible Enough to Adopt American Financial Innovations?”,

University of Pennsylvania Journal of International Law, Cilt 22, Sayı 3, 2001, s. 541-634.

Şahin, Murat: “Türk Ticaret Kanunu’nda İntifa Senetlerine İlişkin Yenilikler: Eski ve Yeni Döneme Dair Tartışmaların Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, 2021, s. 105-161.

Tekinalp, Ünal: “Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1681-1699.

Tekinalp, Ünal: “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, 60. Yıl Armağanı, BTHAE, Ankara 2015, s. 3-17 (Tekinalp, Yazgı).

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020 (Tekinalp, Sermaye).

Tekinalp, Ünal: “Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2013, s. 13-18 (Tekinalp, Butlan).

Teoman, Ömer: “Sermaye Piyasasının Bir Aracı Olarak Katılma İntifa Senetleri”, Tüm Makalelerim Cilt I- II (1971- 2001), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 1117-1120 (Teoman, İntifa Senetleri).

Teoman, Ömer: “Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri”, Tüm Makalelerim Cilt I- II (1971- 2001), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 575-588 (Teoman, Tebliğ).

Teoman, Ömer: “Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?”, BATİDER, Cilt 18, Sayı 3, 1996, s. 1-6.

Üçışık, Güzin: “Anonim Ortaklıklarda Kar ve Kazanç Paylarının Geri Alınması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, 2016, s. 469-504.

Ventoruzzo, Marco: “Experiments in Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition”, Texas International Law Journal, Cilt 40, 2004, s. 113-156.

Yanlı, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, Cilt 30, Sayı 1, 2014, s. 5-32.

Yanlı, Veliye: “Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramları”, BATİDER, Cilt 32, Sayı 3, 2016, s. 5-34 (Yanlı, Yatırım Sözleşmesi).

Yüksel, Sinan H.: “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2019, s. 381-415.

Tezler

Kılıç, Fatoş: Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Birleşme ve Bölünme, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2006.

Mildon, Yasemin: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

Özer, Şeref: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Paylara İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Anonim Ortaklık Kavramının Kamu Hukuku Süjesi mi Yoksa Özel Hukuk Süjesi mi Olduğu Sorunu, SPK Yeterlilik Etüdü, SPK, Ankara 2011.

İnternet Kaynakları

İTO Ek İşyerleri Hakkında Bilgilendirme Metni, <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler>, E.T.: 01/12/2022.

TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/sorgu>, E.T. 28.02.2021).

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı 11. Kalkınma Planı (2019- 2023) m. 450.5, (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/11/ON_BIRINCI_KALKINMA-PLANI_2019-2023.pdf, E.T.: 12.06.2021).

The Tracking Stock Idea Goes into Retirement at G.M., The New York Times, 10.04.2003, <https://www.nytimes.com/2003/04/10/business/satellite-empire-market-place-tracking-stock-idea-goes-into-retirement-gm.html>, E.T. 28.02.2021.

Türkiye Finansal Raporlama Standartları 3 İşletme Birleşmeleri EK A ([https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/DynamicContentFiles/Türkiye e%20Muhasebe%20Standartları/TMSTFRS2018Seti/TFRS/TFRS_3_2018.p df](https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/DynamicContentFiles/Türkiye%20Muhasebe%20Standartları/TMSTFRS2018Seti/TFRS/TFRS_3_2018.pdf), E.T.: 12.06.2022).

Rekabet Kurumu, Terimler Listesi, Platform Ekonomileri, (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=462fd214-1178-4b46-996a-8e7278249b2e>, E.T. 06.06.2021).

Mahkeme Kararları

In re Staples, Inc., 792 A.2d 934 (Del. Ch. 2001)
(www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

Klang v. Smith's Food and Drug Centers, Inc., 702 A. 2d 150 (Del. 1997)
(www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

Solomon v. Armstrong 747 A.2d 1098 (Del. Ch. 1999)
(www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

Solomon v. Armstrong, 747 A. 2d 1098 (Del. Ch. 1999)
(www.westlaw.com, E.T.: 16.06.2022).

Yarg. 13. HD., T. 22.10.2007, E. 2007/9800 K. 2007/12239
(www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

Yarg. HGK., T. 02.04.2014, E. 2013/1048 K. 2014/430
(www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

Yarg. 11. HD., T. 07.07.2015, E. 2014/15813 K. 2015/8851
(www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

Yarg. 11. HD., T. 28.04.2015, E. 2015/994 K. 2015/5904
(www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

Yarg. 11. HD., T. 14.05.2019, E. 2017/4546 K. 2019/3753
(www.lexpera.com.tr, E.T.: 16.06.2022).

BLOKZİNCİR-KRİPTO VARLIK BAĞLANTILI YAYGIN SAHTEKARLIK TÜRLERİNİN DOLANDIRICILIK VE İLİŞKİLİ SUÇLAR YÖNÜNDEN ANALİZİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375575>

Arş. Gör. Dr. İsa BAŞBÜYÜK*

Öz

Blokzincir, akıllı sözleşme ve kripto varlıklar gibi teknolojik gelişmeler, bir taraftan kullanıcıların elektronik ortamda anonim ve aracısız işlem yapabilmesini mümkün kılarken, diğer taraftan malvarlığını hedef alan sahtekarlıkların işleme yöntemine yeni bir boyut kazandırmıştır. En yaygın şekliyle “sözde kripto para borsaları, sahte kripto varlıklar, likidite boşaltma, fiyat manipülasyonu girişimleri, sözde yatırım ve madencilik uygulamaları” formunda karşılaşılan bu tarz sahtekarlıklar genelde dolandırıcılık suçuyla birlikte anılmaktadır. Ancak kripto varlık alanındaki yenilikçi vakıalar, yanlış beyan veya asılsız vaatlerle mağduru kandırarak menfaat sağlamaya ikna etmeyi yasaklayan Türk Ceza Kanunu m. 157’de tanımlanan dolandırıcılık suçunun kapsamını tartışmaya açmakta ve yeni düzenleme ihtiyacını gündeme getirmektedir. Bu çalışmanın konusu, öncelikle kripto varlık bağlantılı sahtekarlık olaylarını analiz edip, ortaya çıkış şekillerine göre sınıflandırmak; sonrasında ise sahtekarlık türü özelinde TCK m. 157’de düzenlenen dolandırıcılık suçunun uygulanabilirliğini test etmektir. Böylece dolandırıcılık suçunu tanımlayan düzenlemenin kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarla mücadelede yetersiz kaldığı noktaları ortaya çıkarmak ve yeni düzenlemede bulunması gereken özelliklere dikkat çekmek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kripto varlık, Dolandırıcılık, Manipülasyon, Sahtecilik, Bitcoin madenciliği, Kripto para borsası, Likidite havuzu, Metaverse dolandırıcılığı

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (isa.basbuyuk@gmail.com) ORCID: 0000-0002-6432-1909 (Geliş Tarihi: 15.08.2023-Kabul Tarihi: 25.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**ANALYZING COMMON BLOCKCHAIN AND
CRYPTOCURRENCY-RELATED SCAMS UNDER
THE FRAUD AND RELATED OFFENCES**

(Research Article)

Abstract

Technological developments such as blockchain, smart contracts, and crypto assets, on the one hand, enable internet users to transact anonymously and decentralized on the other hand they added a new dimension to the method of scams against the property. Such scams, which are most commonly known as “fake cryptocurrency exchange, scam coins, rug pull, pump-and-dump, investment and mining scam” are often associated with the crime of fraud. However, innovative cases in the cryptocurrency space bring the scope of the fraud offense under the Turkish Criminal Code (Art. 157), which prohibits deceiving a person and persuading him/her to benefit through misrepresentations or false promises, into question and reminds about the needs for new regulation. For these reasons, the subject matter of this study is primarily to analyze and classify cryptocurrency-related scams, and then to test the adeptness of fraud definition in the Turkish Criminal Code to these cases. Thus, it is aimed to reveal the inability of traditional fraud definition in fighting crypto-related scams and to draw attention to the features that should be found in the new regulation.

Keywords

Cryptocurrency, Fraud, Scams, Market manipulating, Bitcoin mining, Cryptocurrency exchange, Liquidity pool, Metaverse fraud

I. HUKUKİ SORUN, KONU VE KAPSAM

A. Sorunun Tespiti ve Başlık Tercihi

Literatürümüzde çeşitli yönleriyle ele alınan kripto varlıkların, malvarlığına yönelik saldırılarda araç olarak kullanılabileceği ve dolandırıcılık suçuna *konu* edilebileceği yeni bir mesele değildir¹. Ancak kripto varlık bağlantılı haksızlıkların, *gerçekleşme şekli itibariyle* dolandırıcılık suçunun *fiil unsuru*nu karşılayıp karşılamayacağı ise haricen ele alınması gereken güncel ve önemli bir meseledir.

Açmak gerekirse, doğrudan eşler arasında işlem yapabilme ve otonom kayıt tutabilme imkânı sunan blokzincir teknolojisi, elektronik kayıtların işlenmesinde yönetsel değişikliğe yol açarken, aynı zamanda bu kayıtların temsil ettiği değerın muhafazası, işletilmesi ve transferinde “yeni durumlar” yaratmıştır. Elektronik ortamda işlem yapma alışkanlıklarını değiştiren blokzincir teknolojisindeki yenilikçi tarz, kripto varlık bağlantılı haksızlıkların işleniş şekillerine de yansımaktadır. Özellikle, dolandırıcılık suçuyla birlikte anılan bazı kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarda; i) haksızlığın tamamen elektronik ortam üzerinden aracısız gerçekleştirilebilmesi, ii) belirsiz sayıdaki kullanıcı kitlesinin farklı yöntemlerle hedef alınabilmesi ve ikna sürecinin basitleşmesi, iii) ekonomik değerin temsil eden özel anahtarlarla yönetilmesi, iv) yararın ne şekilde faile geçtiğinin önemini yitirmesi dikkat çekicidir.

Oysa, bir ekonomik değerin muhafazası, sahipliği ve kaybına dair sürecin kendisi, *mağdurun durumunu* ve *yarar geçişini* unsur olarak düzenleyen dolandırıcılık suçuna ilişkin tipe uygunluk değerlendirmesinde belirleyici rol oynamaktadır. Dolayısıyla malvarlığını hedef alan kripto varlık bağlantılı haksızlıkların, *hangi biçimlerde ortaya çıktığı* ayrıntısıyla ortaya konularak; bunların *a) fiil unsuru itibariyle* mevcut dolandırıcılık suçuna uyup

¹ **Aktolga Öztürk**, Ayça: “Kripto Paralara İlişkin Dolandırıcılık Yöntemleri”, Finans Hukuku ve Gündemi Dergisi, Sayı 3, Şubat 2020, (https://www.kanunum.com/file/cid9721408_vid18006506_fid1042080); **Aksoy Retornaz**, E. Eylem: “Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I - Blokzincir ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 302; **Tahan**, Özge: “Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi” Suç ve Ceza Dergisi, C: 14, S: 1, 2021, s. 136. **Balcı**, Murat/**Çakır**, Kerim: “Kripto Para Dolandırıcılığı”, Terazi Hukuk Dergisi, 16(181), s. 1684; **Tarakçıoğlu**, Esra: “Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2021, s. 334; **Sarıkaya**, Samet, “Kripto Varlık Dolandırıcılığı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Temmuz 2023, s. 567.

uymadığı; uymadığı hallerde **b) bağlantılı suçların** boşluğu ne ölçüde doldurabileceği incelenmeli; böylece bu tür haksızlıklarla etkili mücadelede **c) ihtiyaç duyulan düzenlemenin temelde hangi özellikleri barındırması** gerektiği güncel bir mesele olarak tartışılmak durumundadır.

Tanımını TCK m. 157’den alan dolandırıcılık suçu, unsurları itibariyle malvarlığına yönelik aldatıcı girişimler içerisinde daha dar bir alanı işaret ettiğinden, başlıkta “*kripto varlık dolandırıcılığı*” ifadesi tercih edilmemiştir. Bunun yerine “*kripto varlık bağlantılı sahtekarlık*” ifadesi kullanılarak, hem kripto varlık piyasasındaki aldatma temelli haksızlıkların tipiklik sınırına taşınmadan bütün halinde ele alınması hem de dolandırıcılık suçunun hangi tür sahtekarlıklarda niçin yetersiz kaldığının ortaya konulması amaçlanmıştır.

B. Konu ve Kapsam Sınırlaması

Blokszincir teknolojisinin aracılık faaliyetlerini azaltması ve işlem ücretlerini düşürmesi sebebiyle farklı sektörlerde entegrasyonu yüksek ihtimaldir². Bu çerçevede, günümüzde öne çıkan blokszincir ve kripto varlık bağlantılı sahtekarlıkların icra yöntemlerinin çalışma konusu yapılması, hem mevcut düzenlemelerin ne ölçüde etkili koruma sağlayacağını ortaya koymak hem de tipiklik sorunlarını çözmeye yönelik düzenlemenin kıstaslarını belirlemek adına önem arz etmektedir. Çalışma kapsamında i) blokszincir ve kripto varlıklarla bağlantılı yaygın sahtekarlıklar, ortaya çıkış şekillerine göre ayrı başlıklar halinde sınıflandırılacak, ii) her bir sahtekarlık türü özelinde, dolandırıcılık ile bağlantılı suçların çözümsüz bıraktığı noktalara değinilecek ve iii) tamamen elektronik ortamda icra edilen bu haksızlıklar karşısında nasıl bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna dikkat çekilecektir. Konu ve makale kapsamını aşmamak adına, blokszincirle bağlantılı genel hususların açıklanması³ ve değinilen olaylardaki nitelikli hal, iştirak, içtima, teşebbüse ilişkin meseleler inceleme dışı bırakılmıştır.

Aslında, TCK bakımından elektronik ortamda işlenen dolandırıcılık fiillerinin bağımsız bir suç olarak düzenlemesi meselesi, kripto varlıklarla

² Pratikte birtakım güçlükler olmakla birlikte, blokszincirin enerji, tıp, finans alanı dışında, üretim endüstrisinde de kullanılabileceğini gösteren inceleme için **Zhang, Qiang/Liao, Baoyu/Yang, Shanlin**: “Application of blockchain in the field of intelligent manufacturing”, *Frontiers of Engineering Management*, Volume 7, 2020, 578-591, s. 582 vd.

³ Örnek ayrıntılı inceleme için bkz. **Balcı, Umut**: “Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri”, *TBB*, 2021 (155), s. 206 vd.

sınırlı değildir⁴. Ancak, bu ihtiyaç kripto varlık piyasasında daha da hissedilir hale gelmiştir. Bu nedenle, aşağıda kripto varlık bağlantılı sahtekarlıkların ortaya koyduğu koşulları TCK m. 157 etrafında inceleyerek, dile getirdiğimiz sorunu *olgusal boyutuyla* analiz etmeye gayret edeceğiz. Konunun *normatif boyutuna* ilişkin olarak, elektronik ortamda işlenen (=bilgisayar) dolandırıcılığının kapsamını ise karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ışığında, ayrı bir tamamlayıcı çalışmada ele alacağız.

C. İçerik ve Plan

Çalışmamız üç kısım ve sonuçtan oluşmaktadır: İlk kısım, iki numaralı (II) başlıkta, kripto varlık, dağıtık defter ve blokzincir teknolojileri arasındaki temel bağlantı ile dolandırıcılık suçunu hangi yönleriyle ilgilendirdiği hususlarında açıklama yapılacaktır.

İkinci kısım, üç numaralı (III) başlıkta, “*kripto varlıklarla ilişkili sahtekarlık yöntemleri*” Türkiye dahil tüm dünyadan örnekler üzerinden alt başlıklarda sınıflandırılmıştır. Bu kapsamda, (A) kripto para borsası sahtekarlıkları kapsamında hayali borsacılık ve cüzdan boşaltma fiilleri; (B) kripto para birimleri özelinde sahtecilik fiilleri; (C) akıllı kontratlar aracılığıyla işletilen likidite havuzlarını boşaltma (rug pull) fiilleri; (D) yanlış ve yanıltıcı bilgilerle kripto varlık arzı (ICO dolandırıcılığı); (E) fiyat manipülasyonu (pump-and-dump); (F) sahte madencilik ve sözde kazanç uygulamaları; (G) sanal ortama ilişkin sahtekarlıklar (metaverse dolandırıcılığı) icra yöntemleri açıklanarak, dolandırıcılık ve bağlantılı suçlar kapsamında incelenmiştir.

Üçüncü kısım, dört numaralı (IV) başlıkta, genel olarak “*özellik arzen meseleler*” irdelenmiştir. Bunlar arasında, (A) amaçsız ve faydasız kripto varlıkların (Shitcoin/memecoin) durumu; (B) kripto varlık piyasasındaki riskin bilinirliğinin mağduriyete etkisi; (C) hileyle kripto varlık cüzdan anahtarının ele geçirilmesinin tipikliğe etkisi; (D) ponzi ve piramit satış usullerinin bu tarz sahtekarlıklar içerisindeki yeri üzerinde durulmuştur. Nihayet beş numaralı (V) başlıkta ise ele alınan sorunla ilgili ihtiyaç duyulan düzenleme hakkındaki görüşümüze yer verilerek çalışma sonlandırılmıştır.

⁴ Türk Ceza Kanunu’nda, yetkisi olmadığı halde, başkasına ait internet bankacılığı uygulamasını kullanmaya ve bu suretle haksız yarar elde etmeye yönelik fiilleri karşılayan bir hüküm olmadığı hususundaki inceleme için bkz. **Başbüyük**, İsa: “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:21 - Nisan 2013.

II. KAVRAM VE İLİŞKİLENDİRME

A. İlgili Kavramlar ve Hukuki Nitelik

Kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklar, dağıtık kayıt tutan blokzincir ağının inşasından, akıllı sözleşmelerin yazımı ve her türlü kripto varlığın üretim ile piyasa sürülmesi aşamasına kadarki süreçte kendini gösterebilmektedir. Kripto varlık, blokzincir ve dağıtık defter teknolojileri elektronik bir sistemin (=elektronik ağ) bütününe izaha yarayan, birbirlerini tamamlayan yakın bağlantılı kavramlardır. Bu bakımdan, her üç kavramın bir bütün halinde kısaca izah edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Dağıtık defter/ağ teknolojisi, birden çok bilgisayarın merkezi sunucuya gerek kalmaksızın bir araya gelip, eşler arasında (peer-to-peer, P2P) doğrudan işlem yapabilmesine imkân tanıyan bir elektronik ağıdır⁵. İşlem kayıtları doğrudan ağ üzerinde tutulmakta ve ağdaki işlem güvenliği katılımcı bilgisayarların “uzlaşmaları” üzerinden sağlanmaktadır⁶. **Blokzincir (=Blockchain)** ise dağıtık ağda gerçekleştirilen işlemleri, kriptografi ve algoritma yöntemlerini kullanarak güvenli ve eşzamanlı bir şekilde kayıt altına alabilen veri tabanı teknolojisidir⁷. Geleneksel veri tabanlarından tamamen farklı sistemle çalışan Blokzincir, işlem kayıtlarını satır, sütun, tablo ve dosya usulü depolamak yerine, dijital olarak birbirine şifrelenerek (hash fonksi-yonu), -değiştirilmeyi ve mükerrer harcamayı engellemek üzere, zincirlenmiş bloklara kaydeder⁸.

Kripto varlık blokzincir ağındaki işlemlerde kullanılmak üzere, şifreleme teknolojisiyle oluşturulan ve ölçü bildiren sanal belirteçlerdir. Sanal belirteçlerin ilki olan Bitcoin, bağlı bulunduğu Bitcoin Blokzinciri’nde elektronik-nakit ödeme aracı olarak kullanılmak üzere tasarlandığından, başlarda *kripto para* ifadesi tercih edilmiş; ancak, işleyişin zamanla çeşitlenmesiyle piyasadaki bütün belirteçleri tanımlamak adına kripto varlık ifadesi ağırlık kazanmıştır. Günümüzde kripto varlıklar, bağlı bulundukları blokzincir

⁵ World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, FinTech Note No. 1, 2017, s. 1.

⁶ Word Bank Group, DTL, s. 6.

⁷ Word Bank Group, DTL, s. 6.

⁸ Saldırganın, örneğin harcadığı parayı haksız şekilde geri alabilmesi için hem değiştirecek bloğu tespit edilebilmesi hem sıradaki bloğun bulabilmesi hem de piyasadaki işlemlere bağlı gittikçe artan zincir hızını yakalayarak alternatif zincir oluşturabilmesi gerekmektedir. Sayılan üç olasılığın gerçekleşme ihtimalinin imkansız yakın olduğu iddia edilmektedir (bkz. Nakamoto, Satoshi: Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, s. 6).

ağında ödeme fonksiyonunu yerine getirenler -örneğin Bitcoin, Ether- **kripto para birimi (coin)**; bir blokzincir ağına inşa edilen platformlar tarafından kendi amaçları doğrultusunda üretilmiş olanlar ise -örneğin DAI, SAND- **kripto jeton (token)** olarak alınmakta; bunlar da üretilme amaçlarına göre varlığa dayalı jetonlar, hizmet ve menkul kıymet jetonları şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır⁹. İnternet bağlantısına sahip kullanıcılar tarafından kolaylıkla alım-satıma konu edilebilen kripto varlıklar, türüne ve fonksiyonuna bakılmaksızın, spekülasyon yatırım aracı olarak piyasalardaki varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Kripto varlıkların ihtilaf konusu olması halinde, hukuken “eşya” gibi mi yoksa “salt ekonomik değer” olarak mı korunması gerektiği hususunda uzlaşa sağlanabilmiş değildir¹⁰. Ancak, kripto varlıkların taşıdıkları ekonomik değer itibarıyla malvarlığına dahil olduğu noktasında önemli bir itiraz bulunmamaktadır. Bu nedenle, kripto varlıkların hukuki niteliğine ilişkin tartışma dolandırıcılık gibi, malvarlığını konu edinen suçlar yönünden etki doğurmamaktadır¹¹. Kaldı ki, hâkim yaklaşıma göre, hukuk korumasının dışında kalmayan ve ekonomik kıymeti bulunan değerlerin bütünü malvarlığı kapsamında ceza hukuku korumasına dahildir¹². Kripto varlıkların üretilmesi ve ticareti yasak olmadığı gibi, piyasadaki arz-talep ölçüsünde fiyatlandırıldığı açıktır. Eylemin gerçekleştiği sırada ekonomik değer taşıyan kripto varlıkların sanal niteliği “malvarlığı değerlerini” konu edinen dolandırıcılık ve bağlantılı suçların tatbikine engel değildir. Bizce asıl sorun, sahtekarlığın

⁹ Kripto varlıkların sınıflandırılmasına dair inceleme için bkz. **Oliveira, Luis/Zavolokina, Liudmila/Bauer, Ingrid/Schwabe, Gerhard**: “To Token or not to Token: Tools for Understanding Blockchain Tokens”, In: International Conference of Information Systems (ICIS 2018), San Francisco, USA, 12-16/12/2018, ICIS, s. 5.

¹⁰ Bu konudaki mahkeme kararları ve görüşlere ayrıntılı yer veren çalışma için bkz. **Sarel, Rocco**. “Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective.” North Carolina Journal of Law & Technology, vol. 22, no. 3, April 2021, s. 417 vd. Türk hukukuna yönelik inceleme için bkz. **Bilgili, Fatih/Cengil, M. Fatih**: “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, SSRN, 2019, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713), s. 12 vd.; **Özdemir, Genç**: “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, SDÜHFD, Cilt 11, Sayı 1, 2021, s. 297 vd.

¹¹ Kıyas için bkz. **Aksoy Retornaz**, s. 302; **Tarakçıoğlu**, s. 336; **Kapancı, Kadir Berk**: “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1- Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 120.

¹² Ceza hukuku tarafından korunması gereken malvarlığın kapsamına ilişkin benimsenen yaklaşım hakkında bkz. **Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas**: Strafrecht BT 2, 39. Aufl. 2016, kn: 532; **Cramer, Peter/Perron, Walter**: S/S-StGB § 263, 29. Auflage, München, 2014, Kn: 84; **Ekici Şahin, Meral**: Dolandırıcılık Suçu, Ankara 2019, s. 115.

icra şekli itibariyle suçun eylem unsuruna uygunluğunda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, dolandırıcılık suçunun eylem unsurunun yarattığı kısıtlamaya kısaca değindikten sonra, bu sahtekarlıkların işleyişine ve özelliklerine yakından bakma ihtiyacı duyulmaktadır.

Kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklar gerek kripto para birimleri gerekse de kripto jetonları konu edilebilir. Kripto para birimi ile kripto jetonların üretimi, kullanım alanı ve kullanıcıya ulaştırılma şeklindeki farklılık, bunlarla bağlantılı sahtekarlık vakıalarının işleyişine de yansımaktadır. Bu nedenle, *kripto para birimi sahteciliğine* ayrı başlıkta yer verilmiştir. Nihayet, sahtekarlığın diğer türlerinde adından söz ettiren kripto para borsası, likidite havuzu, kripto varlık arzı, kripto varlık cüzdanı, metaverse, shitcoin/memecoin gibi önem az eden diğer kavramlar ise ilgili başlık altında ve lüzumlu olduğu ölçüde açıklanacaktır.

B. Konunun Dolandırıcılık Suçunun “Fiil Unsuruyla” İlişkisi

Kripto varlık bağlantılı sahtekarlık girişimlerinin temel motivasyonu sahte uygulama, sözde girişim ve gerçeğe aykırı açıklamalarla yatırımcıları hataya düşürerek, haksız kazanç elde etmektir. Bu sebeple, kripto varlık bağlantılı sahtekarlık olaylarının çeşitli içerik ve yayınlarda dolandırıcılık suçuyla (=fraud, scam gibi)¹³ birlikte anılması oldukça olağandır. Ayrıca, yabancı basın ve kurumlar, kripto varlıklarla ilgili gündeme gelen her türlü aldatıcı girişimi “kendi mevzuatlarına uygun olarak” dolandırıcılık suçuyla ilişkilendirebilmektedir. Bu alanda yoğun mücadele yürüten Amerikan uygulaması, niteliği fark etmeksizin her türdeki kripto varlık bağlantılı sahtekarlıkları kablolu veya kablosuz iletişim ortamında işlenen *dolandırıcılık*¹⁴ (=18. U.S.C. §§ 1343, wire fraud) kapsamında görmektedir¹⁵. Söz konusu

¹³ Karşılaştırınız “Common cryptocurrency scams and how to avoid them”, Kaspersky, (<https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/cryptocurrency-scams>); “Yaygın olarak görülen kripto para birimi dolandırıcılıkları ve bunlardan kaçınma”, Kaspersky, (<https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/cryptocurrency-scams>); Benzer şekilde bkz. Altınöz, Utku/Altınöz, Hasip: Hile Ekonomisi, Piyasalarda Yatırımcı Psikolojisi ve Finansal Skandallar, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 152.

¹⁴ Suçun unsurları hakkında açıklama için bkz. Doyle, Charles: “Mail and Wire Fraud: A Brief Overview of Federal Criminal Law”, Congressional Research Service, CRS REPORT, 11.02.2019, s. 3.

¹⁵ Bu konudaki en güncel haber için bkz. McGinley, Ian: “Wire fraud: the most powerful law in crypto right now”, Reuters, 23.08.2022, (www.reuters.com/legal/legalindustry/wire-fraud-most-powerful-law-crypto-right-now-2022-08-23/). Ayrıca, aşağıda değineceğimiz Amerika Birleşik Devletler menşeli sahtekarlık örneklerinde de, gerekli yasal sürecin “wire fraud” üzerinden işletildiği görülmektedir.

dolandırıcılık türünde, aldatıcı planı icra eden failin suça konu yararı mağdurun tasarrufuyla ele etmek zorunda olmaması¹⁶ ve suçun tamamlanması için mağdurda aktüel bir zarar meydana gelmesinin aranmaması¹⁷ suç tipini daha esnek hale getirmektedir. Bu durum, iletişim dolandırıcılığı düzenlemesinin kripto varlık bağlantılı sahtecilikleri kapsama ihtimalini -en azından Yüksek Mahkeme bu husustaki görüşünü ortaya koyana kadar- oldukça yükseltmektedir. Yine, haksız yarar elde etmek amacıyla bilgisayar ortamında gerçeğe aykırı program oluşturmak; gerçeğe aykırı, eksik veya izinsiz veri kullanmak; veri işleme sürecine müdahalede bulunmak suretiyle malvarlığı zararına yol açan girişimlerini cezalandıran Alman Ceza Kanunu (StGB) § 263a'daki bilgisayar dolandırıcılığı düzenlemesi, hataya dayalı tasarruf unsurunu aramadığı için, temel dolandırıcılık suçuna (StGB 263) kıyasen daha geniş bir hareket alanı sunmaktadır¹⁸.

Oysa Türk hukukunda dolandırıcılık suçu, temel şekli itibariyle sıkı şartlara bağlandığından, mal varlığını hedef alan kripto varlık bağlantılı aldatıcı girişimlerin çeşitliliği karşısında kapsam sorunu yaratmaya açıktır. Nitekim, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişi*”den söz eden TCK m. 157'deki aldatıcılık (=hile), dolandırıcılık suçunun tek belirleyici unsuru değildir¹⁹. Buna göre dolandırıcılık suçunun oluşması, hileli hareketle *i)* muhatabın hataya düşürülmesi, *ii)* hataya düşen mağdurun tasarrufta bulunması, *iii)* tasarruf sonucunda zarar meydana gelmesi, *iv)* oluşan bu zararın fail açısından yarar teşkil etmesi şeklinde birbirine neden-sonuç ilişkisiyle bağlı unsurların gerçekleşmesine bağlıdır²⁰.

Haliyle hukukumuz açısından, blokzincir ve kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklar, yatırımcısını hataya düşürdüğü ve zarara yol açacak bir tasar-

¹⁶ Doyle, s. 6. Ayrıca bkz. *Ciminelli v. United States*, S. Ct. No. 21-1170 (U.S. May. 11, 2023), s. 16.

¹⁷ Doyle, s. 5, dn: 34.

¹⁸ Wessels/Hillenkamp, BT, § 13, Kn: 602.

¹⁹ Bu hususta suç tipiyle ilgili açıklamalar için bkz. **Ekici Şahin**, s. 185 vd.; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 727 vd.; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 891; **Eker Kazancı**, Behiye/**Zeyrek**, İlker: “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 525.

²⁰ **Kangal**, Zeynel: “Dolandırıcılık Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 263; **Ekici Şahin**, s. 201; **Başbüyük**, İsa: Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, s. 101.

rufa sevk ettiği ölçüde dolandırıcılık suçu başlığı altında incelenebilecek; bu kalıba uymayan vakıaların cezalandırılabilirliği ise tartışmaya yol açacaktır. Tipiklik tartışmasının, süreç itibarıyla nereden kaynaklanabileceği, aşağıda her bir sahtekarlık türü özelinde gösterilmeye çalışılmıştır.

III. KRİPTO VARLIK İLİŞKİLİ YAYGIN SAHTEKARLIK TÜRLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kripto Varlık Platformları Aracılığıyla İşlenen Sahtekarlıklar: Hayali Borsa Uygulamaları ve Cüzdan Boşaltma

1. Ortaya Çıkış Şekli

Kripto varlıkların alım-satımına aracılık etmek üzere hizmet veren çevrim içi platformlar, hukuki nitelikleri tartışmaya açık olsa da, günümüzde halen en yaygın ifadesiyle “*kripto para borsası*”²¹ olarak anılmaktadır. Bunlar çalışma usulüne göre, temelde *merkezi yapıdaki* ve *merkeziyetsiz kripto para borsaları* olmak üzere temelde ikili ayrıma tabi tutulmaktadır²². Bu başlık altındaki sahtekarlık vakıaları, kullanıcıların bakiyelerini kendi bünyesinde tutan merkezi yapıdaki borsalarda ortaya çıkmaktadır. Merkezi yapıdaki borsalar, en kısa tanımıyla, internet bağlantısına sahip herkesin blokzincir ağına bağlanma zahmetine girmeden, kolay ve güvenli yoldan kripto varlık ticareti yapabilmesi için gerekli alt yapıyı sunan -Binance, FTX, Coinbase gibi²³- *aracı* kuruluşlardır²⁴. Ancak bu tür borsalarda kullanıcı açısından bazı riskler bulunmaktadır: *İlk olarak*, kullanıcılar hesap açtıkları borsa platformuna tek taraflı güvenmek durumundadır. *İkincisi*, sermaye ve lisans koşulunun aranmaması, bu platformların kurulmasını

²¹ Bu tabir, doğrudan kripto varlık alım satımına aracılık eden teşebbüsleri işaret eden ticari tabir haline geldiğinden, biz de çalışmamızda “kripto para borsası” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

²² Her iki borsanın özelliğini barındıranlar hibrit borsa şeklinde anılmakta olup, kripto para borsaların tür ve çalışma prensipleri hakkında bilgi için bkz. **Danial**, Kiana: “3 Different Types Of Cryptocurrency Exchanges: CEX, DEX, And Hybrid”, Nasdaq, 12.07.2018, (www.nasdaq.com/articles/3-different-types-cryptocurrency-exchanges-cex-dex-and-hybrid-2018-07-12); **Satsuk**, Pavel: “Types of Cryptocurrency Exchanges”, soft-fx, (www.soft-fx.com/blog/types-of-cryptocurrency-exchanges/).

²³ Piyasanın önde gelen kripto para borsaları için bkz. <https://coinmarketcap.com/rankings/exchanges/>.

²⁴ **Reiff**, Nathan: “What Are Centralized Cryptocurrency Exchanges?”, Investopedia, 27.08.2021, (<https://www.investopedia.com/tech/what-are-centralized-cryptocurrency-exchanges/>).

kolaylaştırmaktadır²⁵. Lisans alma zorunluluğu kabul edilse de²⁶, üçüncüsü, çevrim içi olma özekleri dolayısıyla, kripto para borsaları, kötü niyetli işletmecilerin suiistimaline her zaman açıktır. Bu riskler, gündemden düşmeyen kripto para borsası sahtecilikleri için uygun zemin hazırlamıştır²⁷.

Kendisini **BitKRX** olarak adlandıran sözde kripto varlık platformu, güya Güney Kore'nin en büyük Bitcoin borsası KRX'in şubesi olduğu reklamıyla çok sayıda kişinin üye olmasını sağlar. Ancak, bir süre sonra BitKRX hesaplarındaki yatırımcılara ait varlıkların yok olmasıyla gerçek ortaya çıkar²⁸. Benzer sahtekarlık ülkemizde, **Thodex skandalıyla** adını duyurur. Kripto varlık alım satımına aracılık etmek üzere 2017 yılında kurulan Koineks adlı şirket, 2020 yılında Türkiye merkezli global pazara açılan ilk kripto para borsası olarak ismini Thodex şeklinde değiştirir²⁹. Şirket 2021 yılının başından itibaren çeşitli kampanya ve yüksek miktarlardaki promosyon vaatleriyle ilgi toplar. Aynı yıl 15 Mart ve 15 Nisan tarihleri arasında her yeni kullanıcıya hediye Dogecoin vaadi, kampanyaların en dikkat çekicisidir. Ancak, 19 Nisan'da kullanıcılardan, hesaplarındaki varlıklara erişememe şikayetleri yükselirken; cevaben borsa cüzdanlarının saldırıya uğradığını ve ödeme güçlüğüne düştüklerini açıklayan şirket yetkilileri, 20 Nisan 2021 tarihinde uygulamayı tamamen kapatır³⁰. Durumdan şüphelenen kulla-

²⁵ BDDK tarafından, 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında gözetim ve denetiminin mümkün olmayacağı açıklanmıştır (bkz. BDDK'nın 2013/32 sayı, 25.11.2013 tarihli Basın Açıklaması, www.bddk.org).

²⁶ Konu tartışmalı olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nde kripto varlık platformlarının Amerikan Menkul Kıymetler Komisyonu'ndan (=SEC) lisans alarak faaliyette bulunmasını aramaktadır. Güncel durumu yansıtan açıklama için **Gensler**, Chair Gary: "Prepared Remarks of Gary Gensler On Crypto Markets Penn Law Capital Markets Association Annual Conference", U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Speech, 04.04.2022, (<https://www.sec.gov/news/speech/gensler-remarks-crypto-markets-040422>).

²⁷ Sahte kripto para platformlarının listesi için bkz. "A List of Fake Crypto Websites & Trading Platforms 2022", Trend Micro, <https://news.trendmicro.com/2022/01/31/a-list-of-fake-crypto-websites-trading-platforms-2022/>.

²⁸ "Rising Scams in Cryptocurrency and DeFi Projects You Should Know", Blockchain Magazine, (<https://blockchainmagazine.net/rising-scams-in-cryptocurrency-and-defi-projects-you-should-know/>).

²⁹ "Cryptocurrency Exchange THODEX Starts Worldwide User Recruitment", 24.12.2020, Yahoo Finance, (<https://finance.yahoo.com/news/cryptocurrency-exchange-thodex-starts-worldwide-155200636.html>).

³⁰ Thodex yatırımcılarının mağduriyetiyle sonuçlanan sürecin işleyişi hakkında bkz. **Özen**, Ercan/**Vurur**, N. Sertap: "Digital Era Digital Risks: The Case Study of Turkish Crypto

nıcılar, platform yöneticileri hakkında suç duyurusunda bulunur. 2 milyar dolarlık “**kripto para dolandırıcılığı**” iddiasıyla başlatılan soruşturmada, Thodex üzerinden binlerce kişiyi dolandırdığı gerekçesiyle kırmızı bültenle aranan şirket kurucusu, Arnavutluk’ta yakalanır. Yine, kripto varlık platformu **Vebitcoin** teknoloji şirketi tarafından yapılan “*finansal güçlük nedeniyle faaliyetlerine son verdikleri*” açıklamasının ardından, şirketin Türkiye’deki finansal kuruluşlardaki hesapları bloke edilmiş ve şirket yöneticisi ve bazı çalışanlar göz altına alınmıştır. Gözaltına kadar geçen süreçte, faillerin yatırımcı hesaplarındaki kripto paraları çeşitli borsalar üzerinden yurt dışına aktardıkları belirtilmektedir³¹.

2. Ara Değerlendirme

Dolandırıcılık suçu için öncelikle kullanıcıların borsa hesaplarında tuttuğu kripto varlıkların sahiplik durumu tespit edilmelidir: Kullanıcıların bakiyelerine yansıyan kripto varlıklar, borsanın kontrolündeki blokzincir cüzdanlarında tutulmakta; yine kullanıcının talimatı doğrultusunda işleme sokulmaktadır³². Günümüzde merkezi borsaların ekseriyeti, kullanıcılarla yaptıkları sözleşme uyarınca, kripto varlıkları torba niteliğindeki ortak/paylaşımlı cüzdanlarda muhafaza etmekteyken (örn: *Binance*), bazıları ise kripto varlıkları kullanıcıya özel bağımsız cüzdanlarda tutma seçeneği (örn: *Gemini*) sunabilmektedir³³. Paylaşımlı cüzdan sisteminde, kullanıcılar tarafından aktarılan varlıkların sahipliği borsaya geçmektedir. Buna karşılık, özel cüzdan seçeneğinde hukuken bir devirin gerçekleşip gerçekleşmediği duraksama yaratmaktadır³⁴. Ancak her halde, cüzdan özel anahtarı kullanıcıyla paylaşılmadığı müddetçe, kripto varlıkların hakimiyeti bizce de borsada kal-

Currencies Market”, 15’tth International Scientific Practical Conference, Volume 2, Moldova 2021, s. 12, (https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/p-10-13.pdf).

³¹ “**Vebitcoin’in CEO’su gözaltına alındı, Türkiye’deki banka hesaplarına bloke konuldu**”, 24.04.2021, BBC Türkçe, (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56867733>).

³² Merkezi yapıdaki borsaların, kullanıcıların varlıklarını elinde tutan “aracı” olarak, işlem emirlerini yerine getirdiği ve bankalar gibi fonksiyon üstlendiği hususunda bkz. **Reiff**, yuk. dipnot 24; Ayrıca **Johnson**, Kristin N.: “Decentralized Finance: Regulating Cryptocurrency Exchanges”, Wm. & Mary Law Review, Volume 62, 2021, s. 1953.

³³ Borsalarla ilgili olarak, kripto varlıkların farklı muhafaza şekillerine dikkat çeken çalışma için bkz. **Haentjens**, Matthias/**Graff**, Tycho De/**Kokorin**, Ilya: “The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-Custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them”, Singapore Journal of Legal Studies, No 2, 2020, s. 534.

³⁴ **Haentjens/Graff/Kokorin**, s. 537.

maya devam ettiğinden³⁵, hukukumuz açısından kullanıcılara ait varlıkları kendi sahipliğinde tutan borsanın dolaylı temsilci gibi hareket ettiği ve böylece borsa hesabına yapılan varlık transferlerinin, kullanıcı yönünden tasarruf unsurunu karşıladığı sonucuna ulaşılmalıdır. Elbette, karşılaşması olası farklı muhafaza yöntemleri aksi yönde düşünmeyi gerektirebilir.

Tasarruf meselesi çözümlendikten sonra, kullanıcıların borsadaki kripto varlıklarına kısmen veya tamamen ulaşamadığı durumlar hilenin konumuna göre üç farklı ihtimal üzerinden incelenmelidir:

(a) *İlk ihtimalde*, en başından beri meşru bir iş faaliyeti yürütüldüğü izlenimi veren failin, gerçek niyetini gizleyerek, maddi davranışlarla muhataplarını hataya düşürüp tasarrufa sevk etmesi temel bir dolandırıcılık örneğidir. Şirketin kurulma ve işletilme süreci, hesap hareketlilikleri, agresif reklamlar ve abartılı vaatler, ilgililerin gerçekle bağdaşmayan açıklamaları, uygulamanın şüpheli şekilde kapatılması, kullanıcıları oyalamaya yönelik tutumlar, paravan hesap kullanma şeklindeki detaylar dolandırıcılığın tespitiinde yardımcıdır. Dolandırıcılık suçunun açıkça tespit edilebildiği bu ihtimalde, aile veya arkadaş gibi yakınların suça katılımını ortaya çıkarmak güçtür.

(b) Cüzdan boşaltmanın gündeme geldiği *ikinci ihtimalde*, fail tamamen meşru ticari amaçla işlettiği kripto para borsasında biriken varlıkları kendine mal edinirken; aynı zamanda bakiyelerde rakamsal değişiklikler yapmak ya da sözde “siber saldırıya” uğradıklarını öne sürmek gibi gerçeğin açığa çıkmasını engelleyici tedbirlere başvurabilir. Buradaki hileli hareket, dolandırıcılık suçundaki “muhatapı hataya düşürme” ve “tasarrufa sevk etme” bağlantısına sahip değildir. Borsa uygulamasının sermaye şirketi olarak faaliyet gösterdiği böylesi durumlarda, şirket yetkili veya yöneticisinin, kullanıcılardan gelen, ancak şirket malvarlığında yönetilen varlıkları elde etmeye yönelik davranışı ilk olarak TCK m. 155/2’deki güveni kötüye kullanma suçunu akla getirmektedir. Suçun konusunun “mal” ile ifade edilmesinin yarattığı sorun ayrı bir inceleme konusu olmakla birlikte³⁶; her halde temel amacı “hak sahiplerinin malvarlığı değerlerini korumak” olan nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun cezasının alt sınır (1 yıl) itibarıyla azlığı

³⁵ Kıyaslayınız **Haentjens/Graff/Kokorin**, s. 540 ile s. 561.

³⁶ Kripto varlıkların güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabileceği görüşü için bkz. **Balcı, Murat/Çakır, Kerim**: “Kripto Para Borsaları ve Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, Ankara 2022, s. 460. Hırsızlık suçu özelindeki açıklamalarından kıyasen, kripto varlıkların mal olarak kabul edilemeyeceği görüşü için **Aksoy Retornaz**, s. 300.

suçlulukla mücadeleye engeldir. Nitekim cüzdan boşaltma fiili, piyasadaki güven ve ekonomik istikrarı olumsuz etkileyebilecek potansiyele sahip bir haksızlıktır. Bu nedenle, kripto varlık alım-satımına aracılık eden platformlarındaki varlıkları mal edinen ilgililerinin cezalandırılması için tıpkı Bankacılık zimmetindeki gibi³⁷ özel düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyiz.

(c) Sayısız müşterinin varlıklarını kontrol eden kripto para borsaları, siber tehlikeler için açık hedef konumundadır³⁸. Diğer taraftan, bankalara kıyasen gelişmiş bir alt yapı, denetim ve yasal çerçeveden yoksunluk da bu borsalar için önemli bir risk kaynağıdır³⁹. Bunlarla bağlantılı olarak, **üçüncü ihtimalde**, siber saldırı, kötü yönetim, alt yapı yetersizliğinden kaynaklı şirketi zora sokan durumları gizlemek için hileli hareketlere başvurulması mümkündür. Durumu gizleyerek düzeltmeyi amaçlayan ilgililerin, hesap ve kayıtlara müdahale etmesi dolandırıcılık suç tanımına uygun değildir. Örneğin, olay tarihi itibarıyla müşterilere ait 450 milyon dolar değerinde Bitcoin'in kaybolduğu **MtGox vakiasında**⁴⁰, hesaplardaki eksilmenin hırsızlık, dolandırıcılık veya kötü yönetim sonucu mu oluştuğu başta anlaşılmazken; sonrasında, siber saldırı sonucu kısım kısım gerçekleştiği ve zamanla azalan varlıklar dolayısıyla ödeme aczine düşen şirketin iflas ettiği tespit edilir⁴¹. MtGox'un sahibi Mark Karpeles aleyhine açılan davaya bakan Tokyo Bölge Mahkemesi, sanığın durumu gizlemek için elektronik kayıtlarda oynama yaptığını kabul etmekle birlikte; kripto varlıkları kendi zimmetine geçirdiğine yönelik herhangi bir delile rastlanmadığı gerekçesiyle güveni kötüye kullanma suçundan beraatına karar vermiştir⁴². Bir kripto

³⁷ **5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Zimmet, Madde 160:** (1) Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. (2) Suçun, zimmetin açığa çıkarmasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; (...)"

³⁸ **Johnson**, s. 1954.

³⁹ **Johnson**, s. 1971.

⁴⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. <https://research.bitexen.com/post/inceleme-mt-gox-davasi>.

⁴¹ **Nilsson**, Kim: "The missing MtGox bitcoins", 19.04.2015, WIZSEC Bitcoin Security Specialist, (<https://blog.wizsec.jp/2015/04/the-missing-mtgox-bitcoins.html>).

⁴² "**Mt Gox CEO Mark Karpeles Found Not Guilty of Embezzlement**", Bitcoin.com News, 15.03.2019, (<https://news.bitcoin.com/mtgox-ceo-mark-karpeles-not-guilty-embezzlement/>).

varlık borsası işletmecisinin, yatırımcılara ait varlıkları riske sokan durumları gizleyerek, şirketin olağan işleyişini sürdürmesi malvarlığına karşı suçlara kıyasen farklı bir hukuki yararı ihlal etmektedir. Bu nedenle, “*önlem alınması gereken hallerde lüzumlu tedbirleri almayan*” kripto borsası yetkililerinin cezalandırılması için Bankacılık Kanunu m. 152’dekine benzer bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu vurgulamak isteriz.

B. Kripto “Para Birimlerinde” Sahtecilik

Kripto varlık türleri olarak, kripto para birimleri (=coin) ile kripto jetonların (=token) teknolojik özellikleri itibarıyla birinden ayrıştığını ifade etmiştik. Blokzincir tabanlı bir uygulama bünyesinde ve geliştirici kontrolünde çıkarılan kripto jetonların aksine; *kripto para birimleri*, ait oldukları ağda kişi ve uygulamaların hakimiyetinden bağımsız varlık göstermektedir. Haliyle, kripto jetonlarla bağlantılı sahtekarlıklar ağırlıkla temsil etikleri plan/projelerin aldaticılığıyla ortaya çıkarken; kripto para birimlerinde sahtecilik sanal ürünün kendisini ve değerini konu almaktadır. Bugüne kadar genellikle Bitcoin’i referans alan bu sahtekarlıklar, *kripto para biriminin varlığına* veya *vaat edilen vasıflarına* ilişkin olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Dolandırıcılık suçundan yapılan incelememizi etkileyeceği için, her iki ihtimali ayrı başlıkta ele almayı tercih ediyoruz.

i. Kripto Para Biriminin Varlığına Yönelik Sahtekarlık (*Uydurma Kripto Para, Fake Coin*):

Gerçekte web tabanlı inşa edilmiş elektronik belirteçlerin, tıpkı Bitcoin gibi, sözde ödeme fonksiyonunu yerine getirmek üzere merkeziyetsiz ve takası mümkün bir kripto para birimi olduğundan bahisle satışa sunulması yaygın sahtekarlıklardandır. Konuyla ilgili olarak, 4 milyar dolarlık dolandırıcılıkla anılan Londra merkezli “**OneCoin**” olayı dikkat çekicidir. Gerçekte kripto özelliği bulunmayan OneCoin, Bitcoin’e rakip bir ödeme aracı olarak üretildiği, madencilik yapılabileceği ve aktüel bir değer taşıdığı yalanıyla internet sitesi üzerinden satışa çıkarılır. Ustaca yapılan toplantılar, tanıtımlar ve kazanma hırslını tetikleyen açıklamalar çok sayıda kişinin OneCoin almasını ve katmanlı şekilde pazarlanmasını sağlar⁴³. Ancak, yetkililerin müdahalesiyle dolandırıcılık şebekesi açığa çıkar⁴⁴. Benzer olay

⁴³ Haberlere konu olayın ayrıntısı için bkz. “**Cryptoqueen: How this woman scammed the world, then vanished**”, BBC News, 24.11.2019, (www.bbc.com/news/stories-50435014).

⁴⁴ Dolandırıcılıkta kilit role sahip olduğu düşünülen Ruja Ignatova, FBI tarafından halen aranmaktadır. “**Missing Cryptoqueen: FBI adds Ruja Ignatova to top ten most wanted**”, BBC News, 01.07.2022, (www.bbc.com/news/world-us-canada-62005066).

Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan iddianameye de konu olmuştur. Basına yansıyan iddiaya göre, şüpheliler “**Coinspace**” isimli şirket üzerinden “S-Coin”, “First Coin” isimli ve gerçekte hiçbir borsada işlem göremeyen hayali kripto paraları, tıpkı Bitcoin gibi gelecekte yüksek getiri sağlayacağı yönündeki tanıtımlarla piyasaya sürüp, katmanlı şekilde pazarlamasını sağlayarak önemli miktarda yatırım toplar⁴⁵.

Bu tür sahtekarlıkta, tertipçilerin gerek satışa sundukları sanal belirtecin kendisi gerek başvurdıkları pazarlama stratejileri, tipe uygun dolandırıcılık girişimini belirgin bir şekilde ortaya koymaktadır. Şöyle ki, “sanal” mekanizmalar, onları işler hale getiren donanım ve yazılımın varlığıyla birlikte bütün olarak “maddi gerçekliğin” parçasıdır. Buna paralel, blokzincir ağına sahip olmayan bir elektronik belirteci, sözde kripto para birimi olarak pazarlamak, gerçeği olduğundan farklı göstermeye yönelik hileli davranıştır. Ayrıca bu belirteçler serbest piyasa koşulları altında değerlendirilme olanağından yoksun kaldığından, söz konusu hileli davranış zarar unsuru yönünden de dolandırıcılık suçuna uymaktadır.

ii. Kripto Para Biriminin Vasıflarına Yönelik Sahtekarlık:

Kripto para biriminin, -Ethereum örneğinde olduğu gibi- geliştirilmesi planlanan ödeme ağı henüz fiilen etkin hale getirilmeden üretilmesi ve satışa çıkarılması mümkündür. Bu yöntemi işleten kimi geliştiriciler, ağın teknik özellikleri, kripto para biriminin değeri ve dayandığı varlıklar, uzman kadrosu, iş ortaklıkları gibi konularda gerçeğe aykırı tanıtımlar yaparak sahtekarlığa zemin hazırlayabilir. Görünüşte sanal belirtecin mevcut olduğu böylesi durumlar hakkında sahtecilik iddiasında bulunmak, daha karmaşık bir incelemeyi gerektirmektedir.

Örnek sayılabilecek bir olayda, Randall Crater, eşler arası ödeme sistemi kurma projesiyle piyasaya sürdüğü “**My Big Coins**” (=MBC) adlı sanal varlığı, Bitcoin gibi işlevsel bir kripto para birimi olduğu; kredi kartları ve ATM’lerde işlem göreceği; madencilik yapılabileceği; mal, nakit veya diğer sanal para birimleriyle kolayca değiştirebileceği; altın gibi değerli varlıklarla desteklendiği yönündeki tanıtımlar eşliğinde 2014-2017 yılları arasında satışa arz eder. Ancak, zamanla bazı işlerin ters gitmesi üzerine dolandırıcılık

⁴⁵ Olay hakkında ayrıntılı bilgilendirme için bkz. Akçakaya, Yusuf: “**Saadet zinciri ile Bitcoin vurgunu**”, Gazete Oksijen, 07.05.2021, (www.gazeteoksijen.com/turkiye/saadet-zinciri-ile-bitcoin-vurgunu-26804); “Bitcoin Benzeri Dijital Para Üzerinden Milyonluk Vurgun Yapanlar Kaçtı”, (<https://gercekbandirma.com/bitcoin-benzeri-dijital-para-uzerinden-milyonluk-vurgun-yapanlar-kacti>).

suçunun işlendiği şüphesiyle yürütülen soruşturma sonucunda⁴⁶; herhangi bir değerli varlıkla desteklenmediği ve kolayca transfer edilebilir olmadığı anlaşılan MBC'lerin, gerçeğe aykırı açıklamalarla pazarlandığı açığa çıkar⁴⁷. Ayrıca Randall Creater'in, yatırımcılardan gelen 6 milyon dolar civarındaki parayı şahsi banka hesaplarına gönderdiği; bu yatırımları kişisel harcamalar ve lüks mallar satın almak için kullandığı tespit edilerek, dolandırıcılık suçundan (=wire fraud)⁴⁸ cezalandırılmasına hükmedilir⁴⁹. Ponzi ve piramit satış özelliklerine rastlanmayan MBC'nin en başından beri dolandırıcılık girişimi olduğu, geliştiricinin süreç içerisindeki davranışları ile sistemin işleyişi üzerinden gözlemlenebilmektedir⁵⁰.

Ödeme ağında kullanılmak üzere piyasaya sürülen kripto para biriminin teknolojik özellikleri, değeri, teminatları, ortaklıkları hakkında gerçeğe aykırı açıklamalarla piyasaya sürülmesi ilk bakışta dolandırıcılık suçuna uyan hileli davranıştır. Geliştiricilerin satıştan elde ettiği yatırımları şahsi harcamalar için kullanması ve/veya paravan borsalar üzerinden farklı yerlere transfer etmesi, yatırımcıların geçirtilmesi, şaibeli iş birlikleri dolandırma kastını tespite yardımcı ayrıntılardır. Ancak doğrudan sahte kripto para birimlerinin kullanıldığı **Onecoin** gibi örneklerin aksine, kurulması vaat edilen sistemin vasıflarını konu alan bu tarz somut olaylarda dolandırıcılığı tespit etmek çok daha zor ve hassas bir meseledir. Nitekim sistemin planlandığı gibi işletilememesi ya da vaat edilen ortaklık, geliştirme ve güncellemelerin bir türlü tamamlanamaması veya transfer sorunlarının aşılammaması gibi

⁴⁶ Suçlama hakkında resmî açıklama için bkz. “**New York Man Charged with Cryptocurrency Scheme**”, The United States Department of Justice, Office of Public Affairs, 27.02.2019, (<https://www.justice.gov/opa/pr/new-york-man-charged-cryptocurrency-scheme>).

⁴⁷ MBC hakkında ilk incelemeyi başlatan ABD Vadeli Emtia Ticareti Komisyonu'nun (CFTC), 2018 tarihli şikayetine dayanak gösterdiği bulgular için bkz. *Commodity Futures Trading Commission v. My Big Coin Pay, Inc.*, Case 1:18-cv-10077-RWZ, Document 1, 01/16/18, (www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfmybigcoinpaycomplt011618.pdf).

⁴⁸ “Wire Fraud” için (II-B) başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁴⁹ Basın açıklaması için bkz. “**Founder of Purported Cryptocurrency Company Sentenced to More Than Eight Years in Prison for Multi-Million-Dollar Fraud Scheme**”, U.S. Attorney's Office, District of Massachusetts, 31.01.2023, (<https://www.justice.gov/usao-ma/pr/founder-purported-cryptocurrency-company-sentenced-more-eight-years-prison-multi-million>).

⁵⁰ Süreç hakkında detaylı inceleme için bkz. **O'Connor**, Fergal/Lucey, Michael: “The Incomplete History of My Big Coin”, in Batten-Corbet-Lucey Handbooks in Alternative Investments. Editors J. Batten, B. Lucey and S. Corbett, SSRN, (<https://ssrn.com/abstract=3905960>).

başarızılığa bağlı sebeplerle de yatırımcıların zarara uğraması olasıdır. Bizce, yoğun rekabet altındaki ve neredeyse tamamen beklentiler etrafında şekillenen proje aşamasındaki bu tarz girişimlerin abartı çıtasını alışılandan fazla yükseltebileceği göz önünde bulundurulmalı; eşler arası ödeme sistemi kurmaya yönelik gerçek girişimler dolandırıcılık suçuyla ilişkilendirilmeden önce sürecin bütünü hassasiyetle incelenmelidir. Aksi yaklaşım, teknolojik gelişmenin önünün kesilmesiyle sonuçlanabilir.

Öte yandan, ***bir diğer önemli ihtimalde***, dışa yansıtılan gerçeğe aykırı tanıtımlar/vaatler, şahsi hesaplara para aktarımı ile lüks harcamalar gerçekte uyuşturucu, pornografi ve bahis oyunlarından elde edilen geliri aklamak ve yasa dışı para akışını sağlamak üzere hayata geçirilmiş olabilir. Özellikle, ponzi görüntüsü altında, suçtan elde edilen geliri aklama sürecinin işletilmesi kuvvetle muhtemeldir. Tam bu noktada, iştirake ilişkin hükümlerin yetersiz kalabileceği de göz önünde bulundurularak, ***suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak üzere elektronik ortamda platform işletenlerin cezalandırılmasını*** sağlamaya yönelik torba düzenleme yapılması aciliyet arz etmektedir.

C. Likidite Havuzunu Boşaltma: Halı Çekme (Rug Pull)

1. İşleyiş Yöntemi

Likidite havuzu (=liquidity pool), merkeziyetsiz finans projeleri için ihtiyaç duyulan likiditeyi sağlamak üzere oluşturulmuş, akıllı sözleşme hakimiyetindeki kripto varlık havuzlarıdır⁵¹. Likidite havuzlarının başarısı, bağlı olduğu protokollerin etkin çalışması dışında, geliştiricinin güvenilirliğine de ihtiyaç duyar. Bu güveni suiistimal eden ***Rug Pull***, geliştiricinin, görünürde kendi blokzincir tabanlı uygulamasına kaynak sağlamak üzere likidite havuzu oluşturduğu ve sonrasında biriken likiditeyi alıp ortadan kaybolduğu sahtekarlık türü olup; dilimize “halı çekme” veya “havuz boşaltma” ifadeleriyle çevrilmiştir.

Süreç şu şekilde işlemektedir: Geliştirici proje kapsamında ürettiği kripto jetonu -örn: Ycoin-, piyasada işlem gören bir kripto para birimiyle -örn: Ether- eşleyerek “YCN/ETH” işlem çiftine sahip likidite havuzu

⁵¹ Kripto likidite havuzları ve işleyiş hakkında teknik bilgi için bkz. **Heimbach, Lioba/Wnag, Ye/Wattenhoffer**, Roger: “Behavior of Liquidity Providers in Decentralized Exchanges”, Cornell University, arXiv.org, 11.10.2021, (<https://arxiv.org/pdf/2105.13822.pdf>). Genel bilgi için ise bkz. “**What Are Liquidity Pools?**”, Cryptopedia, 01.12.2021, (<https://www.gemini.com/cryptopedia/what-is-a-liquidity-pool-crypto-market-liquidity>).

oluşturur. Böylece, yatırımcıların ETH karşılığında YCN alması mümkün hale gelir. Bu sistem aynı zamanda yatırımcılara, satın aldıkları YCN'leri, belirli vadeyle havuza kilitleyip likidite sağlamasına (=liquidity provider) ve karşılığında gelir elde etmesine (*likidite madenciliği*/= *yield farming*) olanak sağlamaktadır. Amaç, havuzda mümkün olduğunca büyük miktarda likidite birikmesidir. Havuzdaki takas, ödünç, fiyatlandırmaya yönelik işlemleri kapsayan süreç tamamen akıllı sözleşmeler tarafından yürütülür.

Ancak kötü niyetli geliştiriciler, likiditeye erişim ayrıcalığı elde edebilmek için akıllı sözleşme üzerinde bir takım gizli tedbirler alabilir⁵². Bu alandaki sahtekarlık, üç farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır: **Birinci ihtimalde**, geliştiriciler, yönetici anahtarı veya sözleşmeye ekledikleri kod yardımıyla erişim sağladığı havuzdaki fonları (yani örneğimizde EHT'leri), istediği anda boşaltabilir. **İkinci ihtimalde**, geliştiriciler satışa arz ettikleri kripto jetonlara "takası sınırlayan" kod yerleştirir ve böylece kendi ellerindeki ayrıcalıklı jetonlarla havuzda biriken fonları (EHT) istedikleri gibi takas ederek havuzu boşaltabilir. Havuzdaki likiditenin bir anda sıfırlandığı her iki ihtimalde de, yatırımcılar sahtekarlık amacıyla üretildiği anlaşılan değersiz bir kripto jetonla baş başa kalır. Basına yansıyan **Squid Game** sahtekarlığında, geliştiriciler, üzerine çalıştıklarını iddia ettikleri oyun projesine ait *Squid Token* adlı kripto jetonları, SQUID/BNB işlem çiftiyle Binance blokzincir ağında oluşturdukları likidite havuzu üzerinden piyasaya arz ederler. Squid Token'ların başlangıçta 0,01 dolar olan fiyatı, Pakcakeswap isimli merkeziyetsiz borsada işlem görmeye başlamasıyla kısa sürede 3.000 dolar seviyelerine ulaşır. Pazarlama sırasında, talep düşüşlerine dirençli tasarlandığı (=anti-dump teknolojisi) yalanıyla tanıtılan bu kripto jetonların, gerçekte takası engelleme amacıyla hazırlandığı anlaşılır. Bu nedenle, yatırımcılar havuzdan aldıkları Squid Token'larla yükselen fiyattan işlem yapamazken, geliştiriciler kendilerindeki takası mümkün Squid Token'lar sayesinde havuzdaki bütün likiditeyi (=BNB) boşaltarak ortadan kaybolur. Sahtekarlık, Squid Token fiyatının 0.002 dolara düşmesiyle son bulur⁵³.

Üçüncü ihtimalde ise görünürde herhangi bir sahteciliğe başvurmeyen geliştirici, en değerli olduğu anda bütün jetonlarını havuzda takas etmek

⁵² Ayrıntılı inceleme için bkz. **Rossow**, Andrew: "What Are Rug Pulls? Are They a Crime?", NFT NOW, 28.11.2022, (<https://nftnow.com/guides/scams-explained-what-are-rug-pulls-and-are-they-a-crime/>); Kıyaslamak için bkz. "**What is a Rug Pull? DeFi and Exit Scams Explained**", Solidus Labs, (<https://www.soliduslabs.com/post/rug-pull-crypto-scams>).

⁵³ **Stokel-Walker**, Chris: "How a Squid Game Crypto Scam Got Away With Millions", WIRED, Security, 02.12.2021, (<https://www.wired.com/story/squid-game-coin-crypto-scam/>).

suretiyle kendi projesinden karlı biçimde ayrılmakta ve yatırımcıların zarar görmesine yol açmaktadır. Havuz boşaltmanın yumuşak şekli (*=soft rug pull*) olarak ifade edilen bu yöntemde⁵⁴, projeden el çeken geliştiriciler, yatırımcıların beklentilerini boşa çıkarmaktadır. Likidite madenciliği projesi olan **Polywhale Finans** olayında, geliştiriciler sosyal medya hesabı üzerinden, özetle sistemin planladıkları gibi işlememesini ve sağlık sorunlarını gerekçe göstererek, platform üzerindeki faaliyetleri durdurup, projeyi topluma bıraktıklarını açıklarlar. Piyasaya sürüldükten sonra 180 dolar seviyesine ulaşan proje jetonu KRILL ise yüzde 99,9 değer kaybeder⁵⁵. Sosyal medya ve basında, Polywhale kurucuları, kasadaki bütün jetonları kripto varlık piyasasının düşüşe geçtiği sırada atarak, yumuşak geçişli bir havuz boşaltma dolandırıcılığı yapmakla itham edilmektedir⁵⁶.

2. Ara Değerlendirme

Akıllı sözleşmenin idaresindeki likiditenin geliştirici tarafından boşaltıldığı ilk iki ihtimalde, fiyatlamının ve takas işleminin otonom gerçekleştirileceği inancıyla işlem yapan mağdurların en başından beri hileli hareketle hataya düşürüldüğü açıktır. Ancak akıllı sözleşmenin idaresindeki kripto değerlerin ele geçirilme yöntemi, dolandırıcılık suçunda tipiklik tartışması yaratacak niteliktedir: Şöyle ki, geliştiriciler suça konu yararı akıllı sözleşmenin kontrolündeki likiditeye erişerek *kendi davranışlarıyla* elde ederken, mağdurların bu yararı faile sağlamaya yönelik bir davranışı bulunmamaktadır. Oysa hileye rağmen, yararın bizzat fail tarafından elde edildiği durumlar, TCK m. 157'deki suç tanımının dışında kalmaktadır⁵⁷. Ayrıca akıllı sözleşmelerin otonom çalışma prensibi ve kripto varlıkların “mal” niteliği konusundaki soru işaretleri, bu sorunun *güveni kötüye kullanma* ve *hırsızlık suçları* etrafında çözümlenmesini de zorlaştırmaktadır. Nihayet, bahse konu haksızlıkta akıllı sözleşmeye herhangi bir müdahalede bulunulmadığı; bila-

⁵⁴ **Puggioni**, Valerio: “Crypto rug pulls: What is a rug pull in crypto and 6 ways to spot it”, Cointelegraph, 06. 02.2022, (<https://cointelegraph.com/explained/crypto-rug-pulls-what-is-a-rug-pull-in-crypto-and-6-ways-to-spot-it>).

⁵⁵ 01.08.2022 tarihi itibarıyla Coinmarketcap fiyatı 0.004017 Amerikan Doları'dır (www.coinmarketcap.com).

⁵⁶ **Young**, Martin: “Polywhale Team Jumps Ship Amid DeFi Rug Pull Accusations”, Yahoo Finance, 22.06.2021, (<https://finance.yahoo.com/news/>); “Polywhale Team Abandon \$100 Million Project Amid Scam Allegations”, Crypto News, 21.06.2021, (<https://cryptonews.net/news/security/845997/>).

⁵⁷ Suç tipinde açıkça kaleme alınmasa da, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hataya düşürülen kişinin zarara neden olacak bir tasarrufta bulunması gerektiği hususunda bkz. **Ekici Şahin**, s. 270.

kis sözleşme kodları en başında failin haksız yarar elde etmesine imkân verecek şekilde yazıldığı için TCK m. 244/4 anlamında bilişim sistemine müdahale etme unsuru da gerçekleşmemektedir.

Neticede, yapısal özelliği itibariyle finansal işlemleri otonom yürütmesi gereken akıllı sözleşme protokol ve bileşenlerinin, haksız yarar elde etmek ve bu suretle ilgililerin malvarlığında zarara yol açmak üzere tasarlanması, esasen dolandırıcılık merkezli bir haksızlıktır. Kullanıcıların zararına menfaat elde etmek üzere gerçekleştirilen elektronik ortamdaki aldatıcı girişimler karşısında, mevcut duruma kıyasen daha etkili bir koruma sağlanabilmesi için yararın mağdur eliyle sağlanmasını aramayan dolandırıcılık suçu düzenlemesine ihtiyaç duyulacağını düşünmekteyiz. Nihayet, beklentilerin karşılıksız bırakılmasıyla sonuçlanan havuz boşaltmanın yumuşak şeklinde (=Soft Rug Pull), hilenin varlığı ve ispatı sorun teşkil edeceğinden, cezai tedbirler etkisiz kalacaktır.

D. Yanlış ve Yanıltıcı Bilgilerle İlk Kripto Arzı (ICO Dolandırıcılığı)

ICO (İlk Kripto Varlık/Token Arzı⁵⁸-Initial Coin Offering), blokzincir tabanlı proje geliştiricilerinin, proje kapsamında ürettiği kripto jetonları elektronik ortamda piyasaya arz etmek suretiyle sermaye piyasası ve halka arz formalitelerinden bağımsız, hızlı ve kolayca kaynak toplamak için başvurduğu yöntemin adıdır⁵⁹. Piyasaya arz edilen kripto jetonları satın alanlar, borsada listelenmeye başlamasıyla birlikte ikincil piyasalarda bunların ticaretini yapabileceği gibi; projenin başarıya ulaştığı ölçüde kendilerine tanınan hak, hizmet veya temettüden yararlanabilir⁶⁰.

Geliştirici, bir yandan teknik dokümanda şirket ve insan kaynağı, projenin konusu, ihtiyaç duyulan kaynak miktarı hakkında bilgi sunarken, diğer yandan çeşitli tanıtım ve reklam faaliyetleriyle yatırımcıların ilgisini çekmeye çalışır⁶¹. Arza katılan yatırımcılar için en yaygın risk olan sahte proje-

⁵⁸ **Telvetoğlu**, Mete: Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering), 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 262.

⁵⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Frankenfield**, Jake: "Initial Coin Offering (ICO)", Investopedia, 03.11.2020, (www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp).

⁶⁰ Bkz. **Sherry**, Benjamin: "What Is an ICO?", Investopedia, 25.08.2021, (www.investopedia.com/news/what-ico/); Süreç hakkında ayrıntı için bkz. **Telvetoğlu**, s. 266 vd.

⁶¹ ICO yönteminin temel karakteristiği hususunda inceleme için bkz. **Zetzsche**, Dirk A./**Buckley**, Ross P./**Arner**, Douglas W./**Linus**, Föhr: "The ICO gold rush: it's a scam, it's a bubble, it's a super challenge for regulators" University of Luxembourg Law Working Paper, No. 11, 2017, UNSW Law Research Paper, No. 83, s. 6 vd.

lerdir. ICO'lara duyulan güvenin azalmasıyla, varlık arzları merkezi yapıdaki borsalar denetiminde (**IDO**=Initial Exchange Offering) veya merkeziyetsiz borsalar üzerinden (**IEO**=Initial DEX Offering) yapılmaya başlanmıştır⁶². Süreç ve isimlendirmedeki farklılıklara rağmen, temelde kitle fonlaması mantığıyla işleyen kripto varlık arz yöntemleriyle, **a)** sahte, **b)** manipüle edilmiş veya **c)** özensiz projeler üzerinden haksız kazanç elde etmek mümkündür.

Vaatlerin pazarlandığı bu tarz fon toplama girişimlerinde dolandırıcılığın tespiti için öncelikle proje hakkındaki *vaatlerin gerçekleşmesine yönelik riskler* ile projenin *gerçekliğine yönelik riskler* birbirinden ayrılmalıdır. Başarısızlığa bağlı kazanç vaadinin -abartıya başvurulsa dahi- hileli davranış teşkil etmeyeceği açıktır. Diğer taraftan, proje sahibinin işin niteliğine, teknolojik alt yapıya, insan kaynağına vs. ilişkin gerçeğe aykırı bilgilerle kaynak topladığı ihtimalde ise *dolandırıcılık* ve *manipülasyon* olmak üzere, hileli davranışla ilişkili iki tür haksızlık karşımıza çıkmaktadır:

Birincisi, gerçeği olduğundan farklı göstermek suretiyle yürütülen kripto varlık arz projeleri, -yaygın örneklerdeki gibi sahte veya taklit projeler- dolandırıcılık suçu kapsamında ele alınabilir. Somut olayın özellikleri, hileli davranışın dolandırıcılık suçuna yönelik olup olmadığının tespitinde hayati öneme sahiptir. Geliştiriciler, en başından beri gerçekte bir proje geliştirme niyetleri olmadığı halde, sözde proje üzerinden ürettikleri kripto varlıkları piyasaya arz ederek, fonları topladıktan sonra bir anda ortadan kaybolabilir; ICO'yu bir süre işletip, ürettikleri jetonlar yüksek değerine ulaştığında ellerindekini de satıp projeden ayrılabilir; ya da tecrübesiz yatırımcıları tuzağa düşürmek için mevcut ICO'larla benzer isim ve tasarımda web sitesi hazırlayabilirler⁶³. Örneğin, **Saveroid** vakasında, Alman merkezli start-up kurucusu *Yassin Hankir*, ICO aracılığıyla yaklaşık 50 milyon dolar değerinde fon topladıktan sonra, sosyal medya hesabında "hoşça kalın" mesajını paylaşarak ortadan kaybolur. Hankir'e ofis, telefon ve sosyal medya hesaplarından ulaşılamaz⁶⁴. Bu tarz örneklerdeki hileli davranışın TCK m. 157'deki dolandırıcılık suçuna uygun düştüğünde duraksama yoktur.

⁶² Aralarındaki farklar için bkz. **Gouda**, Namrata: "Key Differences Between IDO, ICO, IEO, and IPO", <https://medium.com/geekculture/key-differences-between-ido-ico-ieo-and-ipo-10dad82b9e5d>).

⁶³ Kıyaslayınız. **Dülger**, Murat Volkan/**Özkan**, Onur: "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Ankara 2020, s. 988.

⁶⁴ İnceleme için bkz. **Penke**, Michel: "40 Millionen verdient, Firma unerreichbar, Chef twittert Urlaubsbilder", WETL, Wirtschaft & Technik, 18.04.2018, (<https://www.welt.de>)

İkincisi, yatırımcıların kararlarını ve proje kapsamındaki kripto varlıkların fiyatını etkilemeye yönelik gerçeğe aykırı açıklamalar ise dolandırıcılık suçunun kapsamı dışında kalmaktadır. Manipülasyon teşkil eden davranışlar, SPK m. 107/2'deki "***bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı***" suçunu akla getirmektedir. Ancak, ICO kapsamında kripto varlık arzının Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olup olmayacağı meselesi -Kurulun açıklamalarına rağmen- henüz netliğe kavuşmamıştır⁶⁵. Mevcut koşullarda, işlem bazlı dolandırıcılık suçuna dair şüphenin soruşturulması Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvurusuna bağlı olduğundan (SPK m. 105/1); belirsizlik açıklığa kavuşturulmadığı müddetçe, Kurulun blokzincir tabanlı kitle fonlamalarındaki manipülasyonların cezalandırılmasına yönelik başvuruda bulunması beklenmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, Amerika Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC), kripto varlık arzlarının, yatırım sözleşmesinin özelliklerini barındırdığı ölçüde, sermaye piyasalarını düzenleyen hükümlere tabi olacağını kabul etmekte ve gerçeğe aykırı bilgilerle kripto varlık arz ederek menfaat sağlamaya yönelik fiillerin, bizdeki piyasa dolandırıcılığı düzenlemesinin karşılığı olan menkul kıymet/sermaye dolandırıcılığı (= *securities fraud*) kapsamında cezalandırılması için gerekli girişimlerde bulunmaktadır⁶⁶. Örneğin, SEC Haziran 2021 tarihli duyurusunda, Loci şirketi yöneticisi John Wise'nin, şirketin gelirleri, çalışan sayısı, faydalandıkları yazılım platformu hakkında gerçek dışı ve yanıltıcı bilgilerle piyasaya **LOCIcoin** adlı token arz ederek 2017 ile 2018 yılları arasında 7.6 milyon dolar fon topladığı ve böylece sermaye dolandırıcılığına ilişkin düzenlemeleri ihlal ettiği gerekçesiyle işlem yapıldığını açıklamıştır⁶⁷. Ancak hukukumuz açısından, gerek TCK m. 157 gerekse de SPK m. 107'nin benzer vakılar karşısında gerekli korumayı sağlamayacağı hatırlatılmalı ve fiyatları etkileme suçunun kapsamının kripto varlıkları da içine alacak şekilde düzenlenmesi çözüm seçeneği olarak dile getirilmelidir.

/wirtschaft/webwelt/article175595788/Fintech-Start-up-Hack-oder-ICO-Betrug-Was-ist-bei-Savedroid-los.html).

⁶⁵ Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. **Başbüyük**, İsa: "Blokzincir Üzerinden Fon Toplama: Kripto Varlık Arzı (ICO) ve Sermaye Piyasası Kanunundaki Suçlarla İlişkisi", (Ed.) Ekici, Şahin/Solak, Ekrem/Avşar, Muhammed Emre, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 313.

⁶⁶ Amerika Menkul Kıymetler Borsası'nın konu hakkındaki yaklaşımı için bkz. **Başbüyük**, Blokzincir Üzerinden Fon Toplama, s. 315.

⁶⁷ "**SEC Charges ICO Issuer and CEO With Fraud and Unregistered Securities Offering**", U.S. Securities and Exchange Commission, Press Release, 21.06.2021, (<https://www.sec.gov/news/press-release/2021-108>).

E. Fiyat Manipülasyonu: Şişir-Boşalt (Pump-and-Dump) Tertibi

1. İşleyiş

Kaynak dildeki yaygın ifadesiyle *Pump-and-Dump*, planlı alım emirleri oluşturmak ve/veya gerçeğe aykırı tavsiyelerde bulunmak suretiyle, belli bir hisse veya emtianın fiyatını arttırmaya (**=şişir**) ve böylece düşük fiyattan alınan pozisyonları yükselen fiyattan kapatarak (**=boşalt**) kazanç elde etmeye yönelik bir tertiptir⁶⁸. Satış baskısı sonucu düşen fiyatlar, yüksek fiyattan pozisyon alan yatırımcıları zarara uğratmaktadır. Geleneksel borsalarda önemli bir geçmişe sahip olan haksız kazanç yöntemi, kripto varlık piyasasında da kendini yaygın bir şekilde göstermektedir.

Yükseliş beklentisi yaratmak, geleneksel borsada şirketin mevcut durumu hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi kullanılmasını gerektirebilirken; kripto varlık piyasalarında koordineli emir girişleri çoğu zaman yeterli gelmektedir⁶⁹. **İlk aşamada** belirli kripto varlık için toplu talep yaratılır. Bu durum, piyasadaki yatırımcıları ilgili varlığı satın almaya teşvik ederek, varlığın değerinin daha da yükselmesini sağlar⁷⁰. **İkinci aşamada** ise tertipçiler, düşük fiyattan oluşturdukları pozisyonlarını yükselen fiyattan kapatır ve gelen satışlar nedeniyle varlığın değeri hızlıca düşer. Tertipten habersiz şekilde varlığı yüksek fiyattan satın alan yatırımcılar (**=bag holder**) ekonomik kayba uğrar. Pump-and-dump, gerçek dışı-yanıltıcı haber, yayın, tanıtımlarla da desteklenebilir. Öte yandan, piyasa algısına tesir edebilecek büyüklükte fona sahip kimseler (=balina), algoritmik alım-satım emirleriyle veya sınırlı hallerde takipçi sayısı fazla olan sosyal medya fenomenleri ise yanıltıcı tavsiyelerle herhangi bir organizasyona ihtiyaç duymaksızın benzer fiyat oynaklığını yaratabilmektedir.

Alım emirleri ve gerçeğe aykırı açıklamalarla fiyat hareketliliği yaratmak, temelde Sermaye Piyasası Kanunu m. 107 uyarınca cezalandırılan bir

⁶⁸ **Dhir**, Rajeev: “Pump and Dump”, Investopedia, Laws & Regulations - Crime & Fraud, 02.06.2021, (<https://www.investopedia.com/terms/p/pumpanddump.asp9>).

⁶⁹ Amerika Menkul Kıymetler Borsası’nda yer alan küçük çaplı şirketlere ilişkin standartlarının daha esnek olduğu; bu durumun küçük şirketler hakkında gerçeğe aykırı bilgilerle hisse senedi piyasasını manipüle etmeyi kolaylaştırdığı hususunda bkz. **Kleinberg**, Bennet/**Kamps**, Josh: “To The Moon: Defining And Detecting Cryptocurrency Pump-And-Dumps”, Crime Science, 7, No: 18, 2018, s. 3, (<https://crimesciencejournal.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s40163-018-0093-5.pdf>).

⁷⁰ Teknik inceleme için bkz. **Xu**, Jiahua/**Livshits**, Benjamin: “The Anatomy of a Cryptocurrency Pump-and-Dump Scheme”, 28th USENIX Security Symposium (USENIX Security 19), 2019, Santa Clara, CA, USA, s. 1610-1611, (bkz. https://www.usenix.org/system/files/sec19-xu-jiahua_0.pdf).

girişimdir. Ancak, kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olma niteliği belirgin bir şekilde sonuca bağlanmadığından, kripto varlık ilişkili manipülasyonların SPK kapsamında cezalandırılabilmesini söylemek mümkün olmamaktadır⁷¹. Ayrıca, sadece belli özellikteki kripto varlıklar (=security token) sermaye piyasası aracı olabileceğinden, farklı türdeki kripto varlıklar için devam edecek olan kapsam sorunu, bir bütün olarak dolandırıcılık suçu yönünden incelenmelidir.

2. Ara Değerlendirme

Planlı alım emirlerinin ana hedefi, “fırsat algısı” yaratmak suretiyle beklenti içerisinde sokulan yatırımcıyı varlık satın almaya sevk etmektir. Kural olarak, niteliği gereği kesinlik içermeyen belirsiz durumlar hakkında muhatapta beklentiye sebebiyet vermek hile teşkil etmez⁷². Oysa, planlı emir girişleriyle beklentinin yönetilmeye kalkışıldığı ihtimalde ise sorun farklı bir boyut kazanmaktadır. Şöyle ki, planlı alım-satım emirleriyle piyasada algı oluşturmaya yönelik girişimler, muhataplarını yanıltma gücüne sahip olmasına rağmen, “maddi gerçeği olduğundan farklı tasvir etmeye yönelik” açık bir davranış içermemektedir.

TCK m. 157’deki “hileli davranış” ifadesi geniş yorumlanarak kapsam sorunu aşılabirise de, somut olaydaki planlı emir girişleri ile dolandırıcılık suçunun diğer unsurları arasındaki bağlantıyı ortaya koymak mümkün olmamaktadır. Nitekim, dolandırıcılık suçunda elde edilen yarar, hileli hareket sonucu iradesi sakatlanan ve tasarrufa sevk edilen mağdurun malvarlığında oluşan zararın karşılığıdır. Volatilitesi yüksek bir piyasanın genel yatırımcı kitlesini hedef alan bu tarz girişimlerde, sayılan unsurların ne şekilde gerçekleştiği ve bunlar arasındaki kesintisiz neden-sonuç ilişkisinin nasıl ortaya konulacağı tamamen belirsiz bir hal almaktadır. Haliyle, bu tarz fiyat manipülasyonlarında, -gerçek dışı haber, bilgilendirme ve sair yönlendirici paylaşımlar kullanılmış olsa dahi- TCK m. 157’deki dolandırıcılık suçuna uyan bir mağduriyetin bulunmadığı sonucuna ulaşmaktayız⁷³.

Konuyu yoğun şekilde ele alan ABD uygulamasında, Amerika Adalet Bakanlığı’nın çözümü, kripto varlık piyasasını ilgilendiren fiyat manipülasyonu ile ilgili girişimlerin, elektronik iletişim aracılığıyla işlenen dolan-

⁷¹ Bkz. **Başbüyük**, Blokzincir Üzerinden Fon Toplama, s. 313.

⁷² Bu hususta bkz. **Kurşat**, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 13.

⁷³ Dikkat çekmek gerekirse, gerçekte şişir-boşalt için hazırlanmış bir kripto varlığın, uydurma proje kapsamında piyasaya arz edilmesi (bkz. ICO sahtekarlığı), arza katılanlar yönünden dolandırıcılık suçuna meydan verecektir.

dırıcılık düzenlemesi (=wire fraud) uyarınca soruşturulabileceği yönündedir⁷⁴. Nitekim, John McAfee'nin SEC tarafından suçlandığı iddianamede, McAfee'nin yaklaşık 1 milyon takipçisi olan Twitter hesabından “günün jetonu” içerikli paylaşımlarla elindeki kripto jetonun fiyatının yüzde 40 yükselmesini sağladığı, kendi kripto jetonlarını yüksek fiyattan sattığı, sonrasında da yüzde 90 düşüşe sebebiyet verdiği; böylece menkul kıymet dışında elektronik iletişime dair dolandırıcılık hükümlerini ihlal ettiği belirtilmiştir⁷⁵. Bu düzenleme maddi yarar elde etmek üzere hileli davranışlarda bulunmayı yeterli gördüğünden, ilk bakışta makul bir çözüm gibi gözükmektedir⁷⁶. Ancak, taktiksel alım-satım emirlerinin, suç tipindeki gerçeği olduğundan farklı gösterme şartını karşılayıp karşılamadığı konusundaki son kararı Yüksek Mahkeme verecektir.

Bizce, bireysel yatırımcıların da manipülasyondan yararlanmaya çalıştığı, hatta bunun için ticaret robotlarının geliştirildiği dikkate alınırsa, piyasa istikrarını doğrudan tehdit eden bu tarz haksızlıkların, dolandırıcılıktan ziyade fiyatları etkileme boyutuyla ele alınması korunan hukuki değer itibarıyla⁷⁷ daha elverişlidir. Ancak TCK m. 237'deki fiyatları etkileme suçu incelendiğinde; metindeki “mal” ifadesinin belirli bir ihtiyaca yönelik besin dışındaki maddeleri işaret ettiği⁷⁸, buna paralel olarak, sadece belli bir ekonomik değer veya hakkı temsil eden elektronik kayıtlardan oluşan kripto/sanal varlıkların “mal” kapsamına girmediği sonucuna varmaktayız. Kripto varlık ticaretinin gelecekte çeşitlenerek yaygınlaşması imkân dahilindedir. Bu nedenle, çözüm için kripto varlık fiyatlarını etkilemeye yönelik planlı alım emirlerini yönetenlerin -yani organizatörlerin- kovuşturulmasına imkân veren; ayrıca ticaret robotu (=trading bot) gibi suçun işlenmesinde kullanılan araçları ceza miktarında dikkate alan düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyiz.

⁷⁴ **McGinley**, Ian: “Wire fraud: the most powerful law in crypto right now”, Reuters, 23.08.2022, (www.reuters.com/legal/legalindustry/wire-fraud-most-powerful-law-crypto-right-now-2022-08-23/).

⁷⁵ McAfee olayı hakkında ayrıntı için bkz. **Santos**, Michael: “Crypto Pump & Dump Fraud”, Cryptocurrency Securities Fraud (McAfee Pump & Dump Case), PRISON PROFESSORS, (https://prisonprofessors.com/crypto-pump-dump-fraud/).

⁷⁶ “Wire Fraud” için (II-B) başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁷⁷ Fiyatları etkilemeye yönelik fiillerin etki ettiği hukuki değerler hakkında bkz. **Tepe**, İlker: Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 14, Aralık 2010, s. 94.

⁷⁸ Madeni veya kâğıt formdaki paralar dahil, taşınır veya taşınmaz nitelikteki, ekonomik değeri olan her türlü nesnenin bu suçta mal kapsamına girdiği hususunda bkz. **Akbulut**, Berrin: “Fiyatları Etkileme Suçu”, TAAD, Yıl:6, Sayı:20 (Ocak 2015), s. 38-39.

F. Sahte “Bitcoin Madencilik” Oluşumları ve Sözde Kazanç Uygulamaları

Madencilik, en özet şekliyle, iş kanıtı (proof of work-*PoW*) konsensüs mekanizmasına sahip bir blokzincir ağındaki işlem bloklarının, ödül kripto varlık karşılığında onaylanması ve kaydedilmesi sürecini ifade eder⁷⁹. Madencilik faaliyeti, gelişmiş donanım ve yüksek elektrik gücü gerektirmektedir. Bu sebeple bazı platformlar, belli bir bedel karşılığında kullanıcılarına çevrim içi-bulut madencilik yapabilme veya madencilik girişimlerinden kâr payı alabilme imkânı sunmaktadır. Haliyle, bu alanda da çeşitli sahtekarlıklar kendini göstermektedir.

Bir dönem Türkiye’de de oldukça yoğun faaliyet gösteren **BitClub Network (BCN)** oluşumu, ilk başta yasal Bitcoin Madencilik Şirketi olarak tanıtılır. Katılımcılardan yatırım talep şirket, karşılığında madencilik gelirden pay vermeyi ve sisteme yeni katılımcı dahil edenleri de ödüllendirmeyi vaat eder. Ancak 2014 ile 2019 yılları arasında varlık gösteren şirket, yatırımcılara vaat ettikleri kazançları vermediği gibi, onlardan daha fazla ödeme talep eder. Sonunda BitClup Network’un, gerçeğe aykırı ve yanıltıcı rakamlarla yatırımcılarını ikna etmeye çalışan sahte oluşum olduğu anlaşılır⁸⁰.

Madencilik ve kazanç sahtekarlıkları, farklı ve güncel şekillerde ortaya çıkabilir. Temelde uydurma yatırım ve hizmet karşılığında yatırım çeken bu tarz sahtekarlıklar, mağdurları hataya düşürüp tasarrufa sevk etme özelliğiyle TCK m. 157’de tanımlı dolandırıcılık suçuna uymaktadır. Madencilik dışında, yatırımcılara ellerindeki kripto varlıkları değerlendirerek kazanç sağlamayı teklif eden sözde uygulamaların genel olarak dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, merkeziyetsiz finans protokollerinin sunduğu sınırsız seçenek, sahtekarlık girişimlerinin icra şeklini karmaşıktırmaya; böylece aldatma ve tasarruf unsuru yönünden dolandırıcılığın sınırlarını zorlamaya açıktır. Örneğin, kripto varlık alım-satım

⁷⁹ Bu hususta genel bilgiler için bkz. **Hong**, Euny: “How Does Bitcoin Mining Work?”, Investopedia, 05.05.2022, (<https://www.investopedia.com/tech/how-does-bitcoin-mining-work/>).

⁸⁰ Bu yöntemle BitClup üyelerinden en az 722 milyon USD tutarında yatırım elde edildiği iddia edilmiştir. “**BitClup**”, The United States Department of Justice, Updated District of New Jersey, 29.07.2021, (<https://www.justice.gov/usao-nj/bitclub>). Benzer şekilde, “Two Estonian Citizens Arrested in \$575 Million Cryptocurrency Fraud and Money Laundering Scheme”, The United States Department of Justice, Office of Public Affairs, Press Release 21.11.2022, (<https://www.justice.gov/opa/pr/two-estonian-citizens-arrested-575-million-cryptocurrency-fraud-and-money-laundering-scheme>).

işlemlerini karlı biçimde yürütme hizmeti vermek adına yatırımcının fonlarına erişim sağlayan uygulamaların, hileli işletilerek yatırımcıyı zarara uğrattığı ihtimalde tipiklik sorunları da beraberinde gelecektir. Dolayısıyla, bu tür haksızlıklarla mücadelede, elektronik ortamda yarar elde etmek için mağdurları zarara uğratmaya yönelik aldatıcı girişimleri dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandıran bağımsız bir düzenlemenin faydalı olacağını vurgulamak isteriz.

G. Sanal Ortam Bağlantılı Sahtekarlıklar: Metaverse Dolandırıcılığı

Metaverse, kullanıcıların üç boyutlu bir sanal alanda birbirleriyle ve dijital varlıklarla etkileşime girebileceği sanal bir evreni ifade eder⁸¹. Blokzincir tabanlı uygulamalar olan metaverse platformları ise kullanıcılarına sanal mal veya hizmet satın alabilecekleri dijital ortamlar sunarken, sahip olunan sanal varlıklar *kripto jetonlar* aracılığıyla temsil ve idare edilmektedir. Kullanıcılar, çoğunlukla misli olmayan (*nun-fungible token, NFT*) jetonlardan oluşan metaverse varlıklarını, yine metaverse platformlarına özgü çevrim-içi cüzdanlarda tutarlar. Bu cüzdanlar ayrıca, bağlı olduğu ağın kripto para birimi ve diğer jetonların yönetilmesine de olanak tanır. Böylece, kullanıcılar cüzdanlarındaki diğer kripto varlıklarla istedikleri metaverse kripto jetonunu kolaylıkla satın alabilir. Metaverse dolandırıcılığı olarak anılan sahtekarlık vakıalarının hedefi bahsi geçen cüzdanlardaki varlıklar olup; ya *i*) kullanıcılara gerçekte değersiz/işlevsiz kripto jetonlar satın aldirmek, ya *ii*) kullanıcıların metaverse cüzdanlarıyla etkileşime geçip, cüzdandaki kripto jetonları ele geçirmek (=cüzdan boşaltma) şeklinde icra edilmektedir.

Birinci tür sahtekarlık ekseriyetle yatırım dolandırıcılığı modeline benzetilebilir: Sözde metaverse işletmesini temsil eden ikna edici internet siteleri, e-postalar, reklamlar aracılığıyla yanıltılan kullanıcılar, değersiz/sahte NFT satın almaya veya içi boş projeler için ödeme yapmaya sevk edilebilir⁸². **İkinci tür** sahtekarlık ise sosyal mühendislik modeliyle karşımıza

⁸¹ Metaverse hakkında temel açıklamalar için bkz. **Folger**, Jean: “What Does Metaverse Mean and How Does This Virtual World Work?”, Investopedia, 05.08.2022, (<https://www.investopedia.com/metaverse-definition-5206578>). Metaverse ve ceza hukuku ilişkisi hakkında detaylı inceleme için bkz. **Bacaksız**, Pınar: “Metaverse ve Sanal Gerçeklik Ortamları Karşısında Ceza Hukuku”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s. 291 vd.

⁸² “Las Vegas resident charged in \$45 million metaverse scam that touted trillion-dollar returns”, CNBC, TECH 19.05.2023, (<https://www.cnbc.com/2023/05/19/nevada-man-added-to-45-million-metaverse-crypto-fraud-indictment.html>).

çıkarak: Hileyle güveni kazanılan kullanıcının bazı site veya platformlarla bağlantı kurması sağlanır, ardından ustaca hazırlanmış akıllı sözleşmeler kullanıcıya ait dijital cüzdanla etkileşime girer ve cüzdandaki sanal varlıklar boşaltılır. Alternatif yöntemde, kullanıcı satın almamış olmasına rağmen cüzdanına gönderilen tuzak NFT ile etkileşime girmek suretiyle de varlıklarını yitirebilir⁸³. Nihayet **üçüncü tür** sahtekarlıkta, cüzdan uygulamasının şifresi hileyle ele geçirilerek, içerisindeki varlıklar kullanıcıdan habersiz boşaltılabilir.

Kullanıcının hile etkisiyle değersiz varlık için ödeme yaptığı ya da cüzdandaki jetonları boşaltacak bağlantıya bizzat sebep olduğu ihtimallerde, yarar mağdur eliyle sağlandığı için dolandırıcılık suçunun tasarruf ve zarar unsurları oluşmaktadır. Buna karşılık, geleneksel yöntem olan sahte web sayfaları aracılığıyla metaverse cüzdan giriş bilgilerinin öğrenildiği ve bu suretle erişim sağlanan cüzdanların fail tarafından boşaltıldığı örneklerde, mağduru tasarrufa sevk unsuru gerçekleşmemektedir. Ayrıca, cüzdana erişim ve varlıkları ele geçirme noktasında farklı metotların geliştirilmesi, ilk başta dolandırıcılık suçunu sabit gördüğümüz sahtekarlık yöntemlerini de tartışmaya açabilir. Bu sebeple, elektronik ortamdaki fiillerde yararın faile doğrudan mağdur eliyle geçmesi kıstasını yumuşatan bir dolandırıcılık düzenlemesine olan ihtiyacı yinelemek isteriz.

Söz konusu ihtiyacın TCK m. 244/4'teki düzenlemeyle karşılanabilir olup olmadığı sorulabilir⁸⁴. Ancak, kanaatimizce, metaverse cüzdan uygulamasına rıza dışı erişim bilişim sistemine hukuka aykırı girme suçunu oluştursa da; platformun işleyişine yönelik müdahale olmaksızın varlıkların başka cüzdanlara aktarılması TCK m. 244'te korunan hukuki değeri ihlal etmemektedir⁸⁵. Burada *kullanıcıların hedef alındığı* ancak *bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı* yarar sağlama faaliyeti bulunduğundan, sorunun dolandırıcılık kapsamında yapılacak yasal düzenlemeyle çözümlenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

⁸³ “Cybercriminals target metaverse investors with phishing scams”, CNBC, TECH 26.05.2022, (<https://www.cnbc.com/2022/05/26/cybercriminals-target-metaverse-investors-with-phishing-scams.html>).

⁸⁴ Hesapların ele geçirilmek suretiyle maddi yarar sağlanması halinde TCK m. 244/4'teki suçun uygulanması gerektiği konusunda bkz. **Bacaksız**, s. 298.

⁸⁵ Benzer konuda aynı görüş hakkında detaylı açıklama için **Başbüyük**, İsa: “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(14), Aralık 2010, s. 171.

IV. ÖZELLİK ARZ EDEN MESELELER

A. Amaçsız ve Faydasız Kripto Varlıkların Durumu: Shitcoin/Memecoin

Piyasada “shitcoin” ve “memecoin” ifadeleriyle bir tür sahtekarlığı çağrıştıran (=scamcoin) kripto varlıkların dolandırıcılık suçuyla ilişkisine değinilmelidir. *Shitcoin*, mevcut kripto varlık protokolleri üzerine inşa edilmiş, amacı ve projesi bulunmayan, kısa ömürlü, genellikle manipülasyon amacıyla üretildiği düşünülen kripto varlıkları işaret etmektedir⁸⁶. *Memecoin* ise, viral haline gelmiş güncel olaylar, resim ve hikayelerden ilham alan; eğlence amacıyla hazırlanmış kripto varlıklar (örn: Dogecoin ve Shiba) için kullanılmaktadır⁸⁷. Elbette, sınıflandırmanın referans alınabilir belirlilikte olmadığı belirtilmelidir⁸⁸. Asıl mesele, sürekli yeni kripto varlığın borsalarda alıcı bulmak üzere listelendiği bir piyasada, belli bir ihtiyacı giderme amacından yoksun, “öylesine” üretilen kripto varlıklar dolayısıyla uğranılan zararların dolandırıcılığa konu sahtekarlık olup olmadığıdır.

Gerçek niyeti gizlemeye yönelik ve hukuken anlamsal değere sahip davranışlar da hilenin konusunu oluşturabilir⁸⁹. Ancak, kripto varlık üretmek ve piyasa sürmek şeklindeki davranış, bizce günümüz şartlarında bu kripto varlığın teknolojik kullanım alanı ve amacının bulunduğu yönünde anlam taşımamaktadır. Bu nedenle, doğrudan muhatabını hataya düşürmeye yönelik tipe uygun bir hileli tasarım olmadığı müddetçe, amaçsız üretilen kripto varlıkları piyasaya arz edip, bunlardan kazanç sağlamanın, yatırımcılar için zarar riski içerse de, dolandırıcılık suçunu karşılamadığı düşüncesindeyiz.

B. Kripto Varlık Alanındaki Risklerin Bilinmesi ve Mağduriyete Etkisi

Yasal denetim bulunmaması, blokzincir tabanlı girişimlerin güvenilirliği konusundaki riski en üst düzeye çıkarmakta ve bu riskin yükünü tama-

⁸⁶ Frankenfield, Jake: “Shitcoin”, Investopedia, 24.06.2021, (www.investopedia.com/terms/s/shitcoin.asp).

⁸⁷ “What Are Meme Coins and How Do They Work?”, Crypto.com, 11.03.2022, (crypto.com/university/what-are-meme-coins).

⁸⁸ Nitekim bu hususa dikkat çeken bir yazı için bkz. Lanz, Jose Antonio: “What Makes a Shitcoin 'Shit'? Major Figures in Crypto Disagree”, Dcrypto, News 13.11.2022, (https://decrypt.co/114305/what-makes-a-shitcoin-shit-major-figures-in-crypto-disagree).

⁸⁹ Wessels/Hillenkamp, BT, § 13, Kn: 496; Cramer/Perron, S/S-StGB, § 263, Kn: 14/15. Ayrıca Başbüyük, Hile Unsuru, s. 68 vd.

men yatırımcıya bırakmaktadır. Ancak, herhangi bir sahtekarlık olmasa da, proje aşamasındaki bu girişimlerin teknik sebeple başarıya ulaşamaması; başarıya rağmen bunun, anlık ve sert tepkilere sahne olan kripto varlık piyasasındaki fiyatlanmaya yansımaması yatırımcı için işin doğasından kaynaklanan bir diğer yüksek risk kaynağıdır. Herkesçe bilinen (veya bilinmesi beklenen) böylesine yüksek malvarlığı riskine rağmen, yatırımcının sırf kazanç gayesiyle kripto varlıklara yatırım yapmış olmasının, dolandırıcılık iddialarına etkisi gündeme gelmektedir⁹⁰.

Öncelikle, malvarlığı zararına yol açan “ağ protokollerinin planlandığı gibi çalışmaması, kod yazımından kaynaklı aksaklıklar, sponsor ve ortaklıkların bozulması, siber saldırı vb.” şeklindeki **işin yürütümüne dair riskler** ile **güvene dair riskin** kaynakları birbirinden farklıdır. Bu nedenle, yatırımları kaybetme ihtimalinin yüksekliği ve kazancın şansa bağlı olması, teorik anlamda kripto varlık ilişkili hileli hareketin, zarara yol açan süreçteki nedenselliğini ortadan kaldırmaz. Ancak bu yaklaşımı, pratikte amaca elverişli şekilde uygulayabilmek her zaman mümkün değildir. Şöyle ki;

(i) **İspat Engelleri:** Bazı durumlarda, maddi kayba yol açan riskin nedenini tespit etmek güçleşebilir; sebepler iç içe geçebilir. Örneğin, Terra blokzincir ağının para birimi Luna’nın tarihi çöküşünün, kötü yönetim mi yoksa dolandırıcılık kaynaklı mı olduğu halen netleştirilememiştir⁹¹. Öte yandan, blokzincir tabanlı iş modellerinin henüz fikir aşamasında yatırımcı çekebilme özelliği, bunlarla ilgili abartı/övgü ile sahtekarlığının birbirinden ayırt edilmesini zorlaştırmaktadır. Sıklıkla karşılaşıldığı üzere, geliştiricilerin vaat ettikleri geliştirme ve güncellemeleri zamanında veya hiç yapmaması, projeden el çekmeleri veya projeyi pasife almaları, sıfırdan benzer başka proje geliştirmeye yönelmeleri dolandırıcılığa elverşi, **fakat** hile ve kastı mahkumiyete yeter ölçüde ispattan yoksundur. Kaldı ki, spekülasyon araçlarının fiyatları herhangi bir nedenle değişkenlik gösterebileceğinden, varlık fiyatının düşmesiyle oluşan zararın, dolandırıcılık suçundaki nedensel sürece uygunluğu da ayrıca problem yaratacaktır.

⁹⁰ Nitekim, My Big Coins yargılamasında, savunma makamının dolandırıcılık suçlamasına karşı “**kripto varlık dünyasında bir girişimin başarıyla sonuçlanmama riskinin işin doğasından kaynaklandığı ve herkesçe bilindiğini; başarısızlığın mahkumiyete kanıt olamayacağını**” yönündeki savunması dikkat çekicidir. Kaynak için bkz. **Raymond, Nate:** “My Big Coin virtual currency firm founder convicted of fraud”, ROUTERS, 21.07.2022, (<https://www.reuters.com/legal/government/my-big-coin-virtual-currency-firm-founder-convicted-fraud-2022-07-21/>).

⁹¹ Terra blokzincirinin gelişim ve çöküş süreci hakkında ayrıntı için bkz. Wikipedia, “**Terra (blockchain)**”, ([https://en.wikipedia.org/wiki/Terra_\(blockchain\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Terra_(blockchain))).

(ii) **Unsur Eksikliği:** Doktrindeki hâkim yaklaşım, bir iddianın gerçekliğiyle ilgilenmeyen ve bu konuda beklentisi olmayan mağdurun, farklı motivasyonla tasarrufta bulunduğu hallerde, dolandırıcılık suçunda tipe uygun hatanın oluşmayacağı yönündedir⁹². Bu yaklaşım, kamu otoritelerinden bağımsız işleyen ve yüksek risk iştahının egemen olduğu kripto varlık piyasalarındaki yatırımcı profili açısından anlam ifade etmektedir. Nitekim, birçok yatırımcının, kripto varlıkla ilişkili projenin mevcudiyeti, türü, geleceği, hatta gerçekliğiyle ilgilenmeksizin, yatırım kararı aldığı bilinmektedir. Halile, kimi kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarda yatırımcıların kaynağı ne olursa olsun **“her türlü riski umursamayarak”** tamamen kazanç motivasyonu ile şansını dendiği, böylece dolandırıcılık suçunun mağduru olamayacakları savunması ileri sürülebilir. Kaldı ki, elektronik ortamdaki sahtekarlıklarda sayısız mağdurun hangi motivasyonla hareket ettiğini ayırt etmek de imkansızdır. Dolayısıyla, çalışmanın birden fazla yerinde vurguladığımız gibi, elektronik ortamdaki dolandırıcılık girişimlerinin cezalandırılmasında mağdurun tipiklikteki rolünü azaltan; aldatıcı hareketlerin hataya düşürmeye ve zarara uğratmaya yönelik olmasını yeterli gören düzenlemenin bu başlık altındaki sorunları da çözebileceği kanaatindeyiz.

C. Hileyle Kripto Varlık Cüzdan-Özel Anahtarını Ele Geçirmek

Kripto varlık cüzdanları, sahip olunan kripto varlıkları gösteren ve bunları yönetmek için kullanılan özel anahtarların saklandıkları çevrim içi (sıcak cüzdan) veya çevrim dışı (soğuk cüzdan) ara yüzlerdir⁹³. Çevrim içi cüzdanlarda saklanan özel anahtarları öğrenen üçüncü kişiler, bu anahtarın temsil ettiği kripto varlıklar üzerinde tasarruf imkanına erişmektedir. Halile, kimi sahtekarlık vakıaları söz konusu özel anahtarları ele geçirmek üzerine kurgulanmaktadır.

Örneğin, meşru kripto para birimi “Bitcoin Gold” için sözde cüzdan hizmeti sağlayacakları iddiasıyla tuzak web sitesi (mybtgwallet.com) oluşturan failler, kampanya kapsamında, özel anahtarlarını kendileriyle paylaşan yeni kullanıcılardan ömür boyu ücret almamayı vaat eder. Birçok kullanıcı, şüphe doğuracak bu teklife rağmen, siteyi ikna edici bulur ve cüzdan anahtarlarını paylaşırlar. Failler, özel anahtarını öğrendikleri cüzdanlardaki 3

⁹² Cramer/Perron, S/S-StGB, § 263, kn: 40. Ayrıca bkz. Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Auflage, München, 2004, § 263, kn:33a-33b.

⁹³ Kripto varlık cüzdanlarının türleri ve işleyişi hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Frankenfield, Jake: “Cryptocurrency Wallet: What It Is, How It Works, Types, Security”, Investopedia, 27.05.2022, (<https://www.investopedia.com/terms/b/bitcoin-wallet.asp>).

milyon dolarlık kripto varlığı başka cüzdanlara aktararak, haksız yarar elde ederler⁹⁴.

Bu tarz sahtekarlıklar, -örneğin bankacılık bilgi ve şifrelerini hedef alan- klasik kimlik avcılığı vakıalarından ayrılmaktadır. Özel anahtarın ele geçirilmesi, aynı zamanda özel anahtarın temsil ettiği değer hakimiyetinin de faile geçmesini sonuçlar. Ancak, özel anahtarın hileli hareketle ele geçirilmesi, tasarruf unsuru içermediğinden TCK m. 157 anlamında dolandırıcılık suçuna konu bir fiil değildir. Öte yandan, maddi varlığı bulunmadığı için özel anahtar ve temsil ettiği değerlerin çalınmasının hırsızlık suçunu oluşturmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁵. Nihayet, özel anahtarın kullanılması, bizce TCK m. 244 anlamında bilişim sistemine tipe uygun müdahale de içermemektedir. Özel anahtarlar ve bunların temsil ettiği kripto varlıklara, eşya benzeri bir koruma sağlamanın hukuken etkili bir çözüm olup olmayacağı meselesini, makalemizin kapsamını aşması sebebiyle farklı bir çalışmada ele almayı planlıyoruz. Her halde, hileyle özel anahtarın ele geçirildiği bu tarz örneklerde de “yarar elde etmek/yarara erişmek üzere elektronik ortamda gerçekleştirilen aldatıcı bir girişim” söz konusudur. Dolayısıyla, mağdurun tasarruflarında bulunmasını zorunlu kılmaktan ziyade, failin mağdurları aldatma motivasyonunu öne çıkaran bir dolandırıcılık düzenlemesinin bu konudaki ihtiyaca da cevap verebileceğini düşünüyoruz.

D. Ponzi Şeması ve Piramit Satış Yöntemlerinin Tipikliğe Etkisi

Ponzi şeması ve piramit satış, kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklar içinde özel bir türü ifade etmemekle birlikte, geleneksel yöntem olarak adından sıkça söz ettirmektedir⁹⁶. Bu sebeple, bağımsız bir sahtekarlık türü yerine, harici mesele olarak ele alınmıştır.

Elektronik ortama uyarlanma kabiliyeti yüksek olan ponzi şeması, kripto varlık piyasasında yatırım dolandırıcılığı formunda karşımıza çıkmaktadır. Girişimciler, getiri vaat edebilecekleri bir uydurma yatırım platformu oluşturur, vadesi gelen ilk ödemeler sisteme dahil olan katılımcıların yatırımlarıyla karşılanarak kazanç görüntüsü yaratılır, yatırımcı sayısı arttıkça para çekme işi zorlaştırılır ve kolluk güçlerinin müdahalesiyle gerçek ortaya

⁹⁴ “Bitcoin Gold Wallet Scam Nets \$3 Million in Illicit Earnings”, CoinDesk, 22.11.2017, (<https://www.coindesk.com/markets/2017/11/22/bitcoin-gold-wallet-scam-nets-3-million-in-illicit-earnings>).

⁹⁵ Aksoy Retornaz, s. 299-300.

⁹⁶ Bulut, Esra: “Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimciliğe: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 14, Sayı 26, Ocak 2022, s. 34.

çıkar⁹⁷. Kazanç görüntüsü, aldatıcı ve oyalayıcı davranışlara başvurmak suretiyle, yatırımcılara herhangi bir ödeme yapmadan da sağlanabilir. Gerçekte var olmayan ticari faaliyet ve gelir üzerinden, kâr payı vaadiyle yatırım çeken ponzi şeması, dolandırıcılık suçuna uygundur. Ancak, geleneksel aldatıcı metotların dışında, akıllı sözleşmeler ve algoritmalar aracılığıyla yürütülen merkeziyetsiz finans şemalarının ponzi mantığıyla işletilmesi -tespiti güç olsa da- mümkündür. Ayrıca ponzi niteliğini öngörerek sisteme dahil olanların TCK m. 157 kapsamındaki mağdur sıfatı tartışmalı hal alabilir. Elektronik ortamdaki aldatıcı girişimleri dolandırıcılık kapsamında cezalandıran fail merkezli harici düzenlemenin, bu hususlarda da fayda sağlayabileceği belirtilmelidir.

Piramit satış ise, sözde bir kripto varlığın doğrudan satışla piyasaya sürüldüğü, pazarlama aşamasına katılımcıların da kademe itibarıyla dahil edildiği, satıcı kademesi arttıkça üst kademedekilerin daha fazla komisyona hak kazandığı (=çok katmanlı pazarlama ağı) olaylarda kendini göstermektedir⁹⁸. Kartopu sözleşmesi şeklinde de anılan bu satış yönteminde, çok fazla yatırımcının, gösterişli ve umut verici temaslarla sisteme dahil edilmesi hedeflenir. Her ne kadar piramit satışları yasaklayan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 80/2 dolandırıcılık suçuna atıfta bulunsun da; bu yöntemin bire bir dolandırıcılık suçuna uygunluğu tartışmalıdır⁹⁹. Şüphesiz, tamamen sahte kripto varlığın pazarlandığı OneCoin gibi olaylarda, dolandırıcılık suçunun oluştuğu açıktır¹⁰⁰. Ancak, somut olay özelinde dolandırıcılık suçunun tipiklik unsurlarını ihlal etmeden de piramit satış sistemi işletebilir¹⁰¹. Kaldı ki, piramit satışlarda blokzincirden yararlanılması halinde, tipiklik sorunu daha karmaşık bir hal alacaktır. Dolayısıyla, piramit satışları

⁹⁷ Singletary, Michelle: "Six signs crypto investment is a classic Ponzi scheme", The Washington Post, 18.05.2022, (<https://www.washingtonpost.com/business/2022/05/18/fbi-eminifx-crypto-pyramid-scam/>).

⁹⁸ Nitekim "OneCoin" vakasında, çok seviyeli bir satış ağı kurulduğu için piramit satışa örnek gösterilmektedir. Jeager, Jaclyn: "Anatomy of a cryptocurrency pyramid scheme", Compliance Week, 01.04.2019, (www.complianceweek.com/risk-management/anatomy-of-a-cryptocurrency-pyramid-scheme/26820.article). Ayrıca, Aksoy Retornaz, s. 304.

⁹⁹ Bu husustaki görüşler için bkz. Başbüyük, Hile Unsuru, s.293; Aksoy Retornaz, s. 304.

¹⁰⁰ Aksoy Retornaz, s. 304.

¹⁰¹ Hakeri, Hakan: "Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", YD, Ocak-Nisan 2001, Sayı: 1-2, s. 167. Özellikle katılımcıların bilgilendirildiği durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı hususunda Kangal, s. 260. Buna ek olarak, sürecin işleyişinin hileli hareketle gizlenmediği ve katılımcıların bilgilendirilmesinin beklenmediği durumlarda da hileden bahsetmek mümkün olmamalıdır (bkz. Başbüyük, Hile Unsuru, s. 295).

dolandırıcılık suçundan bağımsız cezalandırmaya yönelik ihtiyaç¹⁰², bu alanda da kendini göstermektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

TCK m.157'deki düzenleme, hileye başvuran fail ile aldatılan kişi arasındaki ilişkinin özelliklerini bütün olarak suç tanımına dâhil etmekte; böylece **mağdur**, hem hataya düşürülen hem de tasarrufta bulunmak suretiyle yarar geçişini sağlayan *belli/belirlenebilir kimse* olarak tipikliğin önemli şartı haline gelmektedir. Oysa bu durumun, kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarla mücadelede tıkanıklığa yol açması kaçınılmazdır. Şöyle ki;

-i-

Kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklar yöntem itibariyle, ya **(i) doğrudan blokzincir-kripto varlıklardan yararlanmak** (örn: *likidite havuzu boşaltma, metaverse dolandırıcılığı*); ya **(ii) blokzincir-kripto varlıkları araç olarak kullanmak** (örn: *yatırım dolandırıcılığı*) ya da **(iii) blokzincir-kripto varlıkların bahsi geçirilmek** (örn: *uydurma kripto para birimi satmak*) suretiyle icra edilmektedir. Doğrudan blokzincir üzerinde inşa edilen ilk tür sahtekarlıklar, TCK m. 157'deki tanımın dışında yeni durumlar oluşturmaya açıktır. İkinci tür sahtekarlıklar ise çoğunlukla dolandırıcılık suçuna denk düşmekle birlikte, ispat konusunda gri alanlar oluşturmaktadır. Elbette, bu durum da dolandırıcılık suçunun karmaşık yapısıyla ilgilidir. Nihayet, üçüncü tür sahtekarlıklar dolandırıcılık suçuna uyum ve ispat konularında özellikli bir hal yaratmamaktadır.

-ii-

Hilenin diğer unsurlarla olan ilişkisi, bugüne kadar dolandırıcılık suçunu hırsızlık ve güveni kötüye kullanma yahut piyasa dolandırıcılığı gibi bağlantılı suçlardan ayırt etmeye yarayan önemli bir sınır çizgisi olmuştur. Ancak, bu sınırın gözetilmesindeki hukuki fayda, “ekonomik değer” hakiyetine farklı-sanal bir boyut getiren blokzincir ortamında iyice önemini yitirmeye adaydır.

-iii-

Her halde, blokzincir ve kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarda öne çıkan, **(i) çoğunlukla anonim olan genel kullanıcı kitlesinin hedef alınması ve mağdur kimliğinin önemsizleşmesi**, **ii) mağdurları doğrudan hedef alma ihtiyacı duymaması**, **iii) kullanıcıların gerçekten kandırılıp kandırılmadığını**

¹⁰² Bu husustaki ihtiyacı dile getiren görüşler için **Kangal**, s. 260; **Ekici Şahin**, s. 504; **Aydın**, Murat: “Piramit Satış Sistemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 466.

denetlemenin imkansızlığı, iv) cüzdan hizmetleri veya akıllı sözleşmelerin dahiliyle yarara erişme şeklinin değişmesi” gibi özellikler, dolandırıcılık suçunun geleneksel tanımıyla çatışma içerisindedir. Buna rağmen söz konusu sahtekarlıkları mevcut dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırmaya çalışmak, hukuk ve ispat kaidelerinin esnetilmesine yol açacaktır. Cezalandırmama yoluna gidilmesi ise blokzincir ve kripto varlık bağlantılı sahtekarlıklarla mücadeleyi zayıflatacaktır.

Bizce, elektronik ortamda işlenen fiiller bakımından mağdurun rolünün azaltıldığı “fail merkezli” bir dolandırıcılık düzenlemesine olan ihtiyaç gözden geçirilmeli; maddi yarar elde etmek üzere, -yetkisiz erişim dahil- kişilerin zararına yol açan aldatıcı tertipleri cezalandıran bağımsız bir hükme yer verilmelidir. Bu hüküm sayesinde, yarar üzerinde kontrol ve erişim imkanı sağlayan vasıtaların (cüzdan özel anahtarı gibi) elde edilmesi de dolandırıcılık suçunun kapsamına alınabilecek; böylece tasarruf unsuruyla ilişkili elektronik ortamdaki çoğu vakıada pratik önemi bulunmayan ve uygulama engeli yaratabilecek tartışmaların önüne geçilebilecektir.

Öte yandan, dolandırıcılık suçunun kapsamı dışında kalan bağlantılı hususlarla ilgili olarak;

- i. Kripto para borsacılık faaliyetlerinde, sözleşmeye aykırı tasarruflar veya varlıkları riske sokan durumları gizlemeye yönelik hileli davranışların cezalandırılması için “Bankacılık zimmeti” (BK m. 160), “Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak” (BK m. 152) vb. şeklindeki bankacılık sektörüne dair benzer suç tiplerine yer verilmesi;
- ii. Dolandırıcılık suçunun kapsamı dışında kalabilecek ve ispat engeline takılabilecek durumlar için hukuka aykırı fiilleri işlenmesini mümkün kılmak veya kolaylaştırmak üzere elektronik ortamda platform işletmeyi cezalandıran torba düzenleme çıkarılması;
- iii. Fiyat manipülasyonuna yol açan girişimlerin organizatörlerini cezalandırmak amacıyla TCK m. 237’de değişiklik yapılması;
- iv. Protokoller aracılığıyla hile unsuru olmadan işletilmesi olasılık dahilinde olan piramit satışların ayrıca ve açıkça suç olarak tanımlanması;

yönündeki kanaatlerimizi çalışmamızın sonucu olarak paylaşmak ve bu vesileyle kripto varlık bağlantılı sahtekarlıkların cezalandırılması sürecinde yaşanması muhtemel sorunlara dikkat çekmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: “Fiyatları Etkileme Suçu”, TAAD, Yıl:6, Sayı:20 (Ocak 2015), s. 25-57.
- Akçakaya**, Yusuf: “Saadet zinciri ile Bitcoin vurgunu”, Gazete Oksijen, 07.05.2021, (www.gazeteoksijen.com/turkiye/saadet-zinciri-ile-bitcoin-vurgunu-26804).
- Aksoy Retornaz**, E. Eylem: “Ceza Hukuku Perspektifinden Blokszincir”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I - Blokszincir ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- Aktolga Öztürk**, Ayça: “Kripto Paralara İlişkin Dolandırıcılık Yöntemleri”, Finans Hukuku ve Gündemi Dergisi, Sayı 3, Şubat 2020, (https://www.kanunum.com/file/cid9721408_vid18006506_fid1042080)
- Altınöz**, Utku/**Altınöz**, Hasip: Hile Ekonomisi, Piyasalarda Yatırımcı Psikolojisi ve Finansal Skandallar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Aydın**, Murat: “Piramit Satış Sistemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 461-466.
- Bacaksız**, Pınar: “Metaverse ve Sanal Gerçeklik Ortamları Karşısında Ceza Hukuku”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s. 289-303.
- Balcı**, Murat/**Çakır**, Kerim: “Kripto Para Borsaları ve Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin'e Armağan, Ankara 2022, s. 447-473.
- Balcı**, Murat/**Çakır**, Kerim: “Kripto Para Dolandırıcılığı”, Terazi Hukuk Dergisi, 16(181), 2021, s. 1684-1689.
- Balcı**, Umut: “Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri”, TBBD, 2021 (155), s. 203-259.
- Başbüyük**, İsa: “Blokszincir Üzerinden Fon Toplama: Kripto Varlık Arzı (ICO) ve Sermaye Piyasası Kanunundaki Suçlarla İlişkisi”, (Ed.) Ekici, Şahin/Solak, Ekrem/Avşar, Muhammed Emre, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 313-328, (Anılış, “Blokszincir Üzerinden Fon Toplama”).

- Başbüyük, İsa:** “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(14), Aralık 2010, s. 151-192.
- Başbüyük, İsa:** “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:21 - Nisan 2013, s. 197-214.
- Başbüyük, İsa:** Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, (*Anılış*, “*Hile Unsuru*”).
- Bilgili, Fatih/Cengil, M. Fatih:** “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, SSRN 2019, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713).
- Bulut, Esra:** “Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimciliğe: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, Cilt 14, Sayı 26, Ocak 2022, s. 18-54.
- Cramer, Peter/Perron, Walter:** S/S-StGB § 263, 29. Auflage, München, 2014.
- Danial, Kiana:** “3 Different Types Of Cryptocurrency Exchanges: CEX, DEX, And Hybrid”, Nasdaq, 12.07.2018, (www.nasdaq.com/articles/3-different-types-cryptocurrency-exchanges-cex-dex-and-hybrid-2018-07-12).
- Dhir, Rajeev:** “Pump and Dump”, Investopedia, Laws & Regulations - Crime & Fraud, 02.06.2021, (<https://www.investopedia.com/terms/p/pumpanddump.asp9>).
- Doyle, Charles:** Mail and Wire Fraud: A Brief Overview of Federal Criminal Law, Congressional Research Service, CRS REPORT, 11.02.2019.
- Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur:** “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Ankara 2020, s. 963-994.
- Eker Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker:** “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 517-583.
- Ekici Şahin, Meral:** Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Frankenfield, Jake:** “Cryptocurrency Wallet: What It Is, How It Works, Types, Security”, Investopedia, 27.05.2022, (<https://www.investopedia.com/terms/b/bitcoin-wallet.asp>).

- Frankenfield, Jake:** “Initial Coin Offering (ICO)”, Investopedia, 03.11.2020, (www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp).
- Frankenfield, Jake:** “Shitcoin”, Investopedia, 24.06.2021, (www.investopedia.com/terms/s/shitcoin.asp).
- Gensler, Chair Gary:** “Prepared Remarks of Gary Gensler On Crypto Markets Penn Law Capital Markets Association Annual Conference”, U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Speech, 04.04.2022, (<https://www.sec.gov/news/speech/gensler-remarks-crypto-markets-040422>).
- Gouda, Namrata:** “Key Differences Between IDO, ICO, IEO, and IPO”, <https://medium.com/geekculture/key-differences-between-ido-ico-ieo-and-ipo-10dad82b9e5d>).
- Haentjens, Matthias/Graff, Tycho De/Kokorin, Ilya:** “The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-Custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them”, Singapore Journal of Legal Studies, No 2, 2020, s. 526-563.
- Hakeri, Hakan:** “Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, YD, Ocak-Nisan 2001, Sayı: 1-2, s. 137-172.
- Heimbach, Lioba/Wnag, Ye/Wattenhoffer, Roger:** “Behavior of Liquidity Providers in Decentralized Exchanges”, Cornell University, arXiv.org, 11.10.2021, (<https://arxiv.org/pdf/2105.13822.pdf>).
- Hong, Euny:** “How Does Bitcoin Mining Work?”, Investopedia, 05.05.2022, (<https://www.investopedia.com/tech/how-does-bitcoin-mining-work/>).
- Jeager, Jaclyn:** “Anatomy of a cryptocurrency pyramid scheme”, Compliance Week, 01.04.2019, (www.complianceweek.com/risk-management/anatomy-of-a-cryptocurrency-pyramid-scheme/26820.article).
- Johnson, Kristin N.:** “Decentralized Finance: Regulating Cryptocurrency Exchanges”, Wm. & Mary Law Review, Volume 62, 2021, s. 1911-2001.
- Kangal, Zeynel:** Dolandırıcılık Suçu, Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kapancı, Kadir Berk:** “Özel Hukuk Penceresinden Blokszincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1- Blokszincir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 111-154.

- Kleinberg, Bennet/Kamps, Josh:** “To The Moon: Defining And Detecting Cryptocurrency Pump-And-Dumps”, *Crime Science*, 7, No: 18, 2018, s. 3, (<https://crimesciencejournal.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s40163-018-0093-5.pdf>).
- Kurşat, Zekeriya:** *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2003.
- Lanz, Jose Antonio:** “What Makes a Shitcoin 'Shit'? Major Figures in Crypto Disagree”, *Dcrypto, News* 13.11.2022, (<https://decrypt.co/114305/what-makes-a-shitcoin-shit-major-figures-in-crypto-disagree>).
- McGinley, Ian:** “Wire fraud: the most powerful law in crypto right now”, *Routers*, 23.08.2022, (www.reuters.com/legal/legalindustry/wire-fraud-most-powerful-law-crypto-right-now-2022-08-23/).
- Nilsson, Kim:** “The missing MtGox bitcoins”, 19.04.2015, *WIZSEC Bitcoin Security Specialist*, (<https://blog.wizsec.jp/2015/04/the-missing-mtgox-bitcoins.html>).
- O'Connor, Fergal/Lucey, Michael:** “The Incomplete History of My Big Coin”, *Handbooks in Alternative Investments*, (Editors J. Batten, B. Lucey and S. Corbett), (internet kopyası için <https://ssrn.com/abstract=3905960>).
- Oliveira, Luis/Zavolokina, Liudmila/Bauer, Ingrid/Schwabe, Gerhard:** “To Token or not to Token: Tools for Understanding Blockchain Tokens”, In: *International Conference of Information Systems (ICIS 2018)*, San Francisco, USA, 12-16/12/2018, *ICIS*, s. 1-18.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özdemir, Genç:** “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *SDÜHFD*, Cilt 11, Sayı 1, 2021, s. 289-306.
- Özen, Ercan/Vurur, N. Sertap:** “Digital Era Digital Risks: The Case Study of Turkish Crypto Currencies Market”, *15'th International Scientific Practical Conference, Volume 2, Moldova 2021*, s. 10-13, (https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/p-10-13.pdf).
- Penke, Michel:** “40 Millionen verdient, Firma unerreichbar, Chef twittert Urlaubsbilder”, *WETL, Wirtschaft & Technik*, 18.04.2018, (<https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article175595788/Fintech-Start-up-Hack-oder-ICO-Betrug-Was-ist-bei-Savedroid-los.html>).
- Puggioni, Valerio:** “Crypto rug pulls: What is a rug pull in crypto and 6 ways to spot it”, *Cointelegraph*, 06. 02.2022, (<https://cointelegraph.com>)

/explained/crypto-rug-pulls-what-is-a-rug-pull-in-crypto-and-6-ways-to-spot-it).

Raymond, Nate: “My Big Coin virtual currency firm founder convicted of fraud”, ROUTERS, 21.07.2022, (<https://www.reuters.com/legal/government/my-big-coin-virtual-currency-firm-founder-convicted-fraud-2022-07-21/>).

Reiff, Nathan: “What Are Centralized Cryptocurrency Exchanges?”, Investopedia, 27.08.2021, (<https://www.investopedia.com/tech/what-are-centralized-cryptocurrency-exchanges/>).

Rossow, Andrew: “What Are Rug Pulls? Are They a Crime?”, NFT NOW, 28.11.2022, (<https://nftnow.com/guides/scams-explained-what-are-rug-pulls-and-are-they-a-crime/>).

Santos, Michael: “Crypto Pump & Dump Fraud”, Cryptocurrency Securities Fraud (McAfee Pump & Dump Case), PRISON PROFESSORS, (<https://prisonprofessors.com/crypto-pump-dump-fraud/>).

Sarel, Roe: “Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective.” North Carolina Journal of Law & Technology, vol. 22, no. 3, April 2021, s. 389-446.

Sarıkaya, Samet: “Kripto Varlık Dolandırıcılığı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Temmuz 2023, s. 555-581.

Satsuk, Pavel: “Types of Cryptocurrency Exchanges”, soft-fX, (www.soft-fx.com/blog/types-of-cryptocurrency-exchanges/).

Sherry, Benjamin: “What Is an ICO?”, Investopedia, 25.08.2021, (www.investopedia.com/news/what-ico/).

Singletary, Michelle: “Six signs crypto investment is a classic Ponzi scheme”, The Washington Post, 18.05.2022, (<https://www.washingtonpost.com/business/2022/05/18/fbi-eminifx-crypto-pyramid-scam/>).

Stokel-Walker, Chris: “How a Squid Game Crypto Scam Got Away With Millions”, WIRED, Security, 02.12.2021, (<https://www.wired.com/story/squid-game-coin-crypto-scam/>).

Tahan, Özge: “Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi” Suç ve Ceza Dergisi, C: 14, S:1, 2021, s. 99-159.

Tarakçıoğlu, Esra: “Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2021, s. 295-352.

- Telvetoğlu**, Mete: Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering), 2. Baskı, İstanbul 2021.
- Tepe**, İlker: “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 14, Aralık 2010, s. 89-102.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 52. Auflage, München, 2004.
- Uçkun**, Nurullah/**Dal**, Lokman: “Kripto Para Yatırımcılarında Finansal Risk Toleransı”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı 89, Ocak 2021, s.155-170.
- Wessels**, Johannes/**Hillenkamp**, Thomas: Strafrecht BT 2, 39. Aufl. 2016.
- Xu**, Jiahua/**Livshits**, Benjamin: “The Anatomy of a Cryptocurrency Pump-and-Dump Scheme”, 28th USENIX Security Symposium (USENIX Security 19), 2019, Santa Clara, CA, USA, (https://www.usenix.org/system/files/sec19-xu-jiahua_0.pdf).
- Young**, Martin: “Polywhale Team Jumps Ship Amid DeFi Rug Pull Accusations”, Yahoo Finance, 22.06.2021, (<https://finance.yahoo.com/news/>).
- Zetzsche**, Dirk A./**Buckley**, Ross P./**Arner**, Douglas W./**Linus**, Föhr: “The ICO gold rush: it’s a scam, it’s a bubble, it’s a super challenge for regulators” University of Luxembourg Law Working Paper, No. 11, 2017, UNSW Law Research Paper, No. 83.
- Zhang**, Qiang/**Liao**, Baoyu/**Yang**, Shanlin: “Application of blockchain in the field of intelligent manufacturing”, Frontiers of Engineering Management, Volume 7, 2020, s. 578-591.

AN EVALUATION OF THE TURKISH GENERAL HEALTH INSURANCE WITHIN THE SCOPE OF THE HEALTHCARE REFORM

(Research Article)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375589>

Dr. Burcu EZER*

Abstract

In line with the recommendations of the World Bank, the Health Transformation Program [Sağlıkta Dönüşüm Programı] was accepted in Türkiye in 2003. Within this scope, reform movements in healthcare delivery were initiated. A universal health insurance model (named general health insurance) was accepted with the Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510 [5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu] adopted in 2006. General health insurance, which came into effect gradually since 2008, fundamentally changed the system of benefiting from health services, which had been built as employment-oriented until then. General health insurance aimed to cover not only those included by social insurance but also all citizens or foreigners residing in Türkiye. In the general health insurance system, the principle of purchasing health services from health service providers (providing the financing of health services) has been adopted instead of providing them by the Social Security Institution [Sosyal Güvenlik Kurumu]. This study aims to evaluate the healthcare reform carried out in Türkiye through general health insurance. Therefore, the study first includes the healthcare (and social security) reform in Türkiye and then explains the implementation of general health insurance. Afterward, the study evaluates whether general health insurance meets the healthcare reform targets today and determines the problematic aspects of general health insurance.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Eskişehir (burcuezer@anadolu.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4376-656X (Geliş Tarihi: 12.07.2023-Kabul Tarihi: 19.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Keywords

Turkish healthcare system, Healthcare reform, Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510, General health insurance, General health insured

**TÜRK GENEL SAĞLIK SİGORTASI SİSTEMİNİN
SAĞLIK REFORMU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

(Araştırma Makalesi)

Öz

Dünya Bankası'nın önerileri doğrultusunda 2003 yılında Türkiye'de Sağlıkta Dönüşüm Programı kabul edilmiş ve bu kapsamda sağlık hizmetleri sunumunda reform hareketleri başlatılmıştır. 2006 yılında kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile evrensel nitelikli bir sağlık sigortası modeli (genel sağlık sigortası) kabul edilmiştir. 2008 yılında yürürlüğe giren genel sağlık sigortası, o güne değin çalışma odaklı uygulanmakta olan sağlık hizmetlerinden yararlanma sistemini temelden değiştirmiştir. Genel sağlık sigortası, önceki uygulamanın aksine, yalnızca sosyal sigorta kapsamında olanları değil Türkiye'de ikamet etmekte olan vatandaş ya da yabancı herkesi kapsama almayı amaçlamıştır. Genel sağlık sigortası sisteminde, sağlık hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından doğrudan sunulması yerine, sağlık hizmeti sunucularından hizmet satın alma yoluyla alınması (sağlık hizmetlerinin finansmanının sağlanması) prensibi benimsenmiştir. Bu çalışma, Türkiye'de genel sağlık sigortasının kabul edilmesi yoluyla gerçekleştirilen sağlık reformunun değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle çalışmada ilk olarak Türkiye'deki sağlık (ve sosyal güvenlik) reformu ele alınmış, ardından genel sağlık sigortası uygulaması anlatılmıştır. Devamla çalışmada, günümüz itibarıyla genel sağlık sigortasının sağlık reformu hedeflerini karşılayıp karşılamadığı hususu değerlendirilmiş ve genel sağlık sigortasının sorunlu yönleri ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Türk sağlık sistemi, Sağlık reformu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Genel sağlık sigortası, Genel sağlık sigortalı

INTRODUCTION

The development of social security in Turkish law has been gradual since the proclamation of the Republic in 1923. However, the first regulations made within the scope of social security covered particular segments of society or assured limited issues (related to social risks) rather than being inclusive¹. Guaranteeing the right to health has gone through similar stages. Since the 1950s, regulations regarding health services covering various insured groups have been adopted within the scope of different insurance branches. On the constitutional level, the right to health was first included in the abolished 1961 Constitution. Also, in 1961, the condition of premium and contribution fee to benefit from health services was first introduced by Act No. 224².

Today, the right to health is regulated and guaranteed by the Constitution of the Republic of Türkiye (1982)³ article 56. According to article 56/1, everyone has the right to live in a healthy and balanced environment. Afterward, according to article 56/3, the State shall regulate the central planning and functioning of the health services to ensure that everyone leads a healthy life physically and mentally, and provide cooperation by saving and increasing productivity in human and material resources. It is also regulated in article 56/5 that to establish widespread health services, general health insurance may be introduced by law.

International treaties and sources constitute the other bases of the right to health in Turkish law. For example, Türkiye ratified the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102) of the ILO, which guarantees health benefits and implemented it in 1975. Türkiye also ratified

¹ See generally **Üçışık**, H. Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], Ötüken Publishing, Ankara 2015, p. 32-48; **Centel**, Tankut: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], On İki Levha Publishing, İstanbul 2021, p. 13-24; **Arıcı**, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku [Turkish Social Security Law], 2nd Edition, Gazi Bookstore, Ankara 2022, p. 80-100; **Tuncay**, A. Can/**Ekmekçi**, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri [Social Security Law Courses], 20th Edition, Beta Publishing, İstanbul 2019, p. 89-100; **Tatar**, Mehtap/**Mollahaliloğlu**, Salih/**Şahin**, Bayram/**Aydın**, Sabahattin/**Maresso**, Anna/**Hernández-Quevedo**, Cristina: "Turkey: Health system review", Health Systems in Transition, V. 13, N. 6, 2011, p. 16-20; **Yılmaz**, Volkan: The Politics of Healthcare Reform in Turkey, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, p. 48-66.

² **Üçışık**, p. 250.

³ For a formal translation of the Constitution of the Republic of Türkiye (1982) [Türkiye Cumhuriyeti Anayasası], see https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2021/TC_Anayasasi_ve_TBMM_Ic_Tuzugu_Ingilizce.pdf (last visited January 21, 2023).

the articles of the European Social Charter (1961) (and also Revised European Social Charter, 1996) on the right to health, social security, and social and medical assistance in 1989⁴ and the articles of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) on the right to social security and benefit from a standard of health in 2003, without any reservation. Revised European Code of Social Security (1990), European Convention on Social Security (1972), and European Convention on Social and Medical Assistance (1953) are other international documents that Türkiye ratified and that form an international basis for the right to health.

Until a universal health insurance model (named *general health insurance*) was enacted in 2006, Turkish law had no separate health insurance. Health services were provided under the provisions of sickness insurance (and in some cases maternity insurance and work accident and occupational disease insurance)⁵. Within the framework of the Health Transformation Program [Sağlıkta Dönüşüm Programı]⁶ initiated in 2003, general health insurance was established in Türkiye. Reforms started to be made in the healthcare field⁷. Today, the Turkish national health system is carried out under the general health insurance regulation in the Constitution

⁴ Türkiye signed the European Social Charter in 1961 and ratified it in 1989. Türkiye also signed the Revised European Social Charter in 2004 and ratified it in 2007.

⁵ See **Dilik**, Sait: Sosyal Güvenlik [Social Security], Ankara University Publishing, Ankara 1992, p. 176-181; **Aydemir**, Cahit/**Altındağ**, Salahattin/**Köroğlu**, Necmi: “5434, 506, 1479, 2925, 2926, 3816 ve 5510 Sayılı Kanunlarda Sağlık Sigortasının Gelişim Süreci [Development Process of Health Insurance in Acts No. 5434, 506, 1479, 2925, 2926, 3816 and 5510]”, Dicle University Social Sciences Institute Journal, V. 11, N. 22, 2019, p. 53-69.

⁶ For the full text of the report in Turkish and English, see <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> (last visited January 21, 2023).

⁷ The World Bank report titled “Turkey: Reforms in the Health Sector to Improve Expansion and Efficiency” [Türkiye: Yaygınlığı ve Verimliliği İyileştirmek Amacıyla Sağlık Sektöründe Yapılan Reformlar] (2002) which discusses the reform proposals that can be realized in the health sector in Türkiye, had a significant impact on the implementation of this program. In line with the recommendations in this report, the government of the time presented to the public opinion the health reform program, consisting of eight essential components, in 2003. For more information on health reform, see **Pala**, Kayıhan: “Türkiye’de Sağlık Reformu Sağlıkta Dönüşüm Programı Süreci [Health Reform in Turkey, Health Transformation Program Process]”, in İnsan Karşı Piyasa Türkiye’de Sağlık ve Sosyal Güvenlik, Editor: Gülbiye Yenimahalleli-Yaşar et al., Nota Bene Publishing, İstanbul 2017, p. 46-69; **Altındağ**, Özgür/**Yıldız**, Ahmet: “Türkiye’de Sağlık Politikalarının Dönüşümü [Transformation of Health Policy in Turkey]”, Individual and Society Journal of Social Science, V. 10, N.1, 2020, p. 173-175; **Yılmaz**, p. 124-129.

and Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510 (2006)⁸. As a result of the acts adopted in 2006, social insurance reform was carried out in Türkiye, and national health insurance was established.

The enforcement of general health insurance (GHI) and the process of covering the entire population have been gradual. Employees and self-employed workers were taken into the scope of GHI on 10/1/2008, while civil servants on 1/15/2010 and other segments of society on 1/1/2012. This study aims to discuss the stages of GHI since its effective date and to evaluate GHI under health reform reasons. For this reason, the study first approaches the social security and health reform process in Türkiye and then discusses the current GHI system. Finally, GHI will be evaluated on the axis of its current practices.

I. A BRIEF SUMMARY OF THE TURKISH NATIONAL HEALTHCARE SYSTEM FROM PAST TO PRESENT

A. The Reasons for Social Security Reform in Türkiye

At the beginning of the 21st century, social security reform took place in Turkish law. This reform has made various changes in the field of social insurance⁹. Before the law amendment took place in 2006, there was a triple social insurance system in Türkiye: Social Insurance Institution [Sosyal Sigortalar Kurumu - SSK]¹⁰, Social Insurance Organization for Craftsmen, Artisans and the Other Self-employed Workers [Esnaf ve Sanatkarlar ve

⁸ For a formal translation of the Social Insurance and General Health Insurance Act (2006) [Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu] see <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/74711/133294/F-379338786/TUR74711%20Eng.pdf> (last visited January 18, 2023). However, it should be remembered that this translated text is the original version of the Act and has changed many times until today. For an updated text, see also <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf> [In Turkish] (last visited January 22, 2023).

⁹ For social security reform in Türkiye, generally see **Alper**, Yusuf/**Özgökçeler**, Serhat: “Turkish Social Security Reform and Social Justice”, *Journal of Social Security*, V. 6, N. 2, 2016, p. 10-24; **Aydın**, Ufuk: “Social Security Reform Process in Turkey and Two Years After”, *İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan*, V. 720, 2011, p. 71-97; **Duyulmuş**, Cem Utku: “Social Security Reform in Turkey: Different usages of Europe in shaping the national welfare reform”, 2009, p. 10-22, http://www.cccg.umontreal.ca/rc19/pdf/duyulmus-c_rc192009.pdf (last visited January 23, 2023).

¹⁰ Established by Social Insurance Act No. 506 (1964) [506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu].

Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu - Bağ-Kur]¹¹, and Pension Fund of Civil Servants [Emekli Sandığı]¹². SSK was the insurance organization of the employees who worked under an employment contract; *Bağ-Kur* was the insurance organization of the self-employed workers, and *Emekli Sandığı* was the insurance organization of civil servants¹³. Moreover, there were multiple foundation funds.

Emekli Sandığı has covered health benefits since 1949, while *SSK* since 1965 and *Bağ-Kur* since 1985¹⁴. These organizations were providing their insureds both social insurance benefits and health services. And they had different practices for providing health services¹⁵.

There were various reasons and aims for social insurance reform in Türkiye¹⁶. Before the reform, there was a social insurance system in Türkiye

¹¹ Established by Social Insurance Organization for Craftsmen, Artisans and the Other Self-employed Workers Act No. 1479 (1971) [1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu].

¹² Established by Pension Fund of Civil Servants Act No. 5434 (1949) [5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu].

¹³ See generally Uşan, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları [Fundamentals of Turkish Social Security Law], Seçkin Publishing, Ankara 2009, p. 38-40; Tuncay/Ekmekçi, p. 85-88; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku [Social Insurance Law], 12th Edition, Dora Publishing, Bursa 2022, p. 30-31; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 19th Edition, Beta Publishing, İstanbul 2021, p. 72-73. See also Doğan-Yenisey, Kübra: Social Security Law in Turkey, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013, p. 32-33; Tatar/Mollahaliloğlu/Şahin/Aydın/Maresso/Hernández-Quevedo, p. 27.

¹⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 791-792; Centel, Social Security Law, p. 372; Centel, Tankut: Turkish Social Law, Springer Publishing, Cham 2021, p. 249.

¹⁵ Health services were not provided through separate health insurance. It was provided through sickness insurance and, in some cases, maternity insurance, and work accident and occupational disease insurance. Generally, Aydemir/Altundağ/Köroğlu, p. 53-69. See also Sözer, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası [Turkish General Health Insurance], 3rd Edition, Beta Publishing, İstanbul 2020, p. 4; Centel, Social Security Law, p. 214, 242, 255; Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 791-792; Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 8th Edition, Ekin Publishing, Bursa 2022, p. 291; Arıcı, Turkish Social Security Law, p. 463-465.

¹⁶ The Prime Ministry of that period listed the reasons for the social security reform in an exclusive report. See T.C. Başbakanlık: Sosyal Güvenlik Raporu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Social Security Report: Problems and Solutions], The Prime Minister's Office, Ankara 2005, p. 52-53. See also Tuncay/Ekmekçi, p. 116-119, 142-148. For example, Arıcı addresses the main problems of Turkish social security as the lack of autonomy of social insurance institutions, populism disease, which prevents the system from being sustainable, economic problems, political interventions, and mismanagement of the social security system. See Arıcı, Turkish Social Security Law, p. 56-58.

that frequently ran into fiscal deficits and tried to cover fiscal deficits from the state budget. In this system, which did not have a standard union, there was discriminatory treatment among the insureds according to which institution they belonged. The current system was far from covering the entire population. The system was allowing retirement at early ages, and because of early retirement rates, the ratio of active/passive¹⁷ insured was relatively low. Substantially, social insurance institutions were experiencing financial difficulties.

There were also multiple problems in terms of health services. No health insurance covered the entire population¹⁸. The way to benefit from health benefits was to be covered by social insurance (as an insured, dependant, or beneficiary). Health services were carried out by *SSK*, *Bağ-Kur*, and *Emekli Sandığı*, and the conditions for benefiting from health services differed for each institution¹⁹. Since each social insurance institution did not have its own hospitals, there were great difficulties in the delivery of health services. In particular, there were crucial problems with access to health services by self-employed insureds. A large part of the population could not benefit from public hospitals, and the health services provided by social security institutions were insufficient. Health services were provided by scattered health institutions which did not have standard and minimum quality²⁰.

In 1992, Act No. 3816²¹ came into force so that people without financial situations could benefit from health services free of charge. This

¹⁷ For example, by the beginning of the 2000s, the insured active/passive ratio had fallen below 2/1. The active/passive ratio, 1.78 in 2009, was still below 2/1 and was 1.97 as of June 2022, finally reached 2.01, the first time in many years as of December 2022. Today, the desired level has yet to be reached at this rate. For December 2022 statistics, see <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6/> (last visited March 22, 2023). In the same view, the Turkish social insurance system needs a healthier outlook regarding the ratio of active/passive insured, see also **Centel**, Social Security Law, p. 23; **Alper**, Social Insurance Law, p. 23-24.

¹⁸ See generally **Ministry of Health**: Turkish Health Transformation Program Assessment Report (2003-2011), The Ministry of Health, Ankara 2012, p. 79-85. <https://ekutuphane.saglik.gov.tr/Home/GetDocument/452> (last visited January 23, 2023).

¹⁹ **Orhaner**, Emine: “Does Everyone in Turkey Benefit from Health Services with General Health Insurance?”, in *Chaos, Complexity and Leadership 2014*, Editor: Şefika Şule Erçetin et al., Springer Publishing, Cham 2016, p. 57.

²⁰ **Tuncay/Ekmekçi**, p. 143, 579.

²¹ Act on Covering the Treatment Expenses of Citizens Who Do Not Have Solvency by the State by Given Them a Green Card (1992) [Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların

Act covered people, not in the scope of social insurance and had no financial condition. According to this Act, each citizen who did not have solvency was given a green card [yeşil kart], and the green card holders were provided with free healthcare services from public hospitals²². However, the green card practice began to be used unlawfully in a short time. Citizens with solvency also began to receive free treatment as green card holders²³. These unlawful uses caused the green card practice to be cancelled, and the transition to the general health insurance system accelerated.

All these reasons indicated social security reform in Türkiye. The social insurance system needed a reassuring, sustainable, and financially strong system. The reform had various aims, for example, to ensure standard unity among the insured categories, to reduce the differences in benefiting from insurance, to prevent early retirements by raising the retirement age, and to reduce social insurance financing gaps by increasing the ratio of active/passive insured. Finally, another aim of the reform was to implement the idea of universal health insurance, which had been in the state development plans for many years.

B. The General Scope of the Social Security Reform

The social security reform consists of four components: the unification of all social security institutions under one institution (single roof model), the establishment of the new social insurance system, the establishment of a universal health insurance model (named general health insurance)²⁴, and the

Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun].

²² The main conditions sought to benefit from health services with the green card practice were not to be covered by social insurance, to have a per capita income less than one-third of the gross minimum wage, and to be a Turkish citizen. See **Karadeniz**, Oğuz: “Extension of Health Services Coverage for Needy in Turkey: From Social Assistance to General Health Insurance”, *Journal of Social Security*, V. 2, N. 2, 2012, p. 106-117.

²³ It has been determined that 14,650,000 people were given green cards until the end of 2008, but about half were illegally issued cards. Although the illegally used cards were cancelled and the green card application was abolished with Act No. 5510, the green card continued to be applied until the general health insurance came into force (1/1/2012). As of this date, low-income people have been able to benefit from health services within the scope of GHI without paying premiums by being subjected to an income test. See **Tuncay/Ekmekçi**, p. 581-582, 585.

²⁴ Although the name of the accepted health insurance is general health insurance, it should be noted that the word “general” emphasizes the universal nature of the insurance. As a matter of fact, “universal health insurance” is used instead of “general health insurance” in the official documents of SSI. For example, see **Social Security**

establishment of the non-contributory system²⁵. However, the legislative work on the non-contributory system has not been completed yet. In other words, the non-contributory legislation is still scattered today.

As a result of the reform process, many draft laws were prepared in the 2000s. Finally, in 2006, the Social Security Institution (SSI) [Sosyal Güvenlik Kurumu] was established with the Social Security Institution Act No. 5502, and current institutions (*SSK*, *Bağ-Kur*, and *Emekli Sandığı*) combined under a single institution²⁶. Thus, from this date on, the administrative structure of the Turkish social insurance system has been radically changed²⁷. In the same year, Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510 (SİGHIA) was also adopted. However, the enactment of the SİGHIA took place gradually. Most of the articles of the act entered into force as of 10/1/2008. With the enactment of Act No. 5510, many provisions of Social Insurance Act No. 506, Social Insurance Organization for Craftsmen, Artisans and the Other Self-employed Workers Act No. 1479, Pension Fund of Civil Servants Act No. 5434, and other relevant laws have been repealed²⁸. Many provisional articles have been added to Act No. 5510 to ensure the adjustment of the insured working under these laws.

In SİGHIA article 4, the compulsory insurance holders are divided into three main groups: insureds according to article 4/1-a (mainly employees who work under an employment contract) [previously who were subjected to *SSK*], insureds according to article 4/1-b (mainly self-employed workers) [previously who were subjected to *Bağ-Kur*] and insureds according to article 4/1-c (mainly civil servants) [previously who were subjected to *Emekli Sandığı*]²⁹. Furthermore, partial insured (SİGHIA article 5), general

Institution: Universal Health Insurance System in Turkey, Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2021, p. 2. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=GSS_Sistemi_Kitabi_ENG.pdf&d=YAYINLARIMIZ (last visited March 21, 2023).

²⁵ Alper/Özgökçeler, p. 18.

²⁶ Centel, Social Security Law, p. 50; Güzel/Okur/Caniklioglu, p. 31; Tuncay/Ekmekçi, p. 97, 115; Alper, Social Insurance Law, p. 20; Arıcı, Turkish Social Security Law, p. 98. See also Doğan-Yenisey, p. 23; Centel, Turkish Social Law, p. 36; Tatar/Mollahaliloğlu/Şahin/Aydın/Maresso/Hernández-Quevedo, p. 21, 26.

²⁷ Tuncay/Ekmekçi, p. 116; Alper, Social Insurance Law, p. 30.

²⁸ Centel, Social Security Law, p. 30-31.

²⁹ In terms of ease of understanding, these insureds are referred to as “insured in 4/I-a status”, “insured in 4/I-b status”, and “insured in 4/I-c status” in Turkish law.

health insured (SIGHIA article 60), and voluntary insured (SIGHIA article 50) categories are built. Thus, who are covered by short-term and long-term insurance are defined as “insured”³⁰, and covered only by general health insurance are defined as “general health insured”. General health insured refers to persons who cannot benefit from long-term and short-term insurance (not in the scope of social insurance) and who only benefit from general health insurance.

Family members of the insured are also included in the scope of social insurance as long as they meet the necessary conditions. If the insured is alive, these people are referred to as dependants (SIGHIA article 3/10). If the insured dies, they are referred to as the beneficiary (SIGHIA article 3/7)³¹. Family members covered by social insurance benefit from GHI as beneficiaries or dependants.

The most significant aspects of the social insurance reform in terms of the healthcare system are the adoption of the Transformation in Health Program [Sağlıkta Dönüşüm Programı]³² and the establishment of general health insurance in Türkiye³³. In fact, the establishment of general health insurance has been included as an objective in state development plans since

³⁰ **Alper**, Social Insurance Law, p. 62-63. There are two types of social insured: compulsory insured and voluntary insured. About the scope of social insurance in terms of insured in Turkish law, *see generally* **Güzel/Okur/Caniklioglu**, p. 799-800; **Centel**, Social Security Law, p. 142-159; **Centel**, Turkish Social Law, p. 73-74, 99-106; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 301-344; **Korkusuz/Uğur**, p. 197-241; **Sümer**, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 3rd Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2022, p. 37-63; **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 222-257.

³¹ **Centel**, Social Security Law, p. 164; **Karadeniz**, p. 116; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, p. 200-202; **Doğan-Yenisey**, p. 55.

³² According to the Ministry of Health report (2003), the health transformation program comprised eight components. These are; the Ministry of Health as the planner and controller; general health insurance gathering everybody under a single umbrella; widespread, easily accessible, and friendly health service system (strengthened primary health care services and family medicine; effective and staged referral chain; health enterprises having financial and administrative autonomy); health manpower equipped with knowledge and competence and working with high motivation; education and science institutions supporting the system; quality and accreditation for qualified and effective health services; institutional structure in the management of rational medicine and equipment; access to effective information at decision-making process: health information system. **Ministry of Health: Transformation in Health**, Ministry of Health, Ankara 2003, p. 27-37, <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> (last visited January 21, 2023). On the health transformation program, *see also* note 7.

³³ *See generally* **Güzel/Okur/Caniklioglu**, p. 791-798.

the 1960s. In the Constitution of the Republic of Türkiye (1982), it was regulated that general health insurance could be established, and the state was authorized in this regard³⁴. However, general health insurance stipulated in the Constitution could not be established for many years. Every institution (*SSK*, *Bağ-Kur*, and *Emekli Sandığı*) used to do its own health benefits by itself before.

Within the scope of the health transformation program, health benefits are gathered under a single roof. All the public institution hospitals, particularly *SSK* hospitals, were transferred to the Ministry of Health³⁵. Health benefits were taken out of the insurance branches. Only fiscal benefits were started to be made from the long-term and short-term insurance branches³⁶. In other words, social insurance benefits (for example, temporary or permanent incapacity allowances) are to be provided to the insured in case of illness, and health services are separated from each other. According to Act No. 5510, health services will be provided to the patient within the scope of general health insurance and only fiscal benefits will be provided from other social insurance branches³⁷. Thus, a separate premium was not paid for health services since health services were covered under other insurance, and premiums have begun to be paid for health services within the scope of general health insurance.

With the ratification of general health insurance, a significant population that was not covered by health insurance until then became covered by GHI³⁸. This feature constitutes the universal coverage aspect of general health insurance. With the GHI, the existing distinctions between institutions in terms of benefiting from health services were eliminated, and the same principles were accepted as a rule³⁹.

Although it was aimed to regulate general health insurance with a separate act in the draft acts prepared within the scope of the social security reform, it has yet to be successful in this regard. For this reason, general health insurance is regulated as a separate section in Act No. 5510. While most provisions of Act No. 5510 came into force in 2008, the articles on

³⁴ Tuncay/Ekmekçi, p. 582.

³⁵ Ministry of Health, Turkish Health Transformation Program Assessment Report, p. 51.

³⁶ Uşan, p. 45; Centel, Social Security Law, p. 373-374.

³⁷ Korkusuz/Uğur, p. 265.

³⁸ Orhaner, p. 58.

³⁹ Altındağ/Yıldız, p. 176.

general health insurance entered into force gradually, and repealing the green card practice took more time.

Those who are in the scope of the non-contributory regime, and insureds or their beneficiaries who receive a pension from the SSI were included in the scope of GHI since the beginning (7/1/2008)⁴⁰. Insureds according to SİGHIA article 4/1-a (employees) and insureds according to SİGHIA article 4/1-b (self-employed workers) were included in the scope of GHI as of 10/1/2008, while insureds according to SİGHIA article 4/1-c (civil servants) were included in 1/1/2010. Green card holders and those who are only general health insured in 1/1/2012⁴¹. The green card practice continued until the general health insurance came into force on 1/1/2012.

General health insurance (GHI), which forms the basis of the current Turkish national healthcare system, is discussed in detail below.

II. CURRENT PRACTICES IN THE TURKISH NATIONAL HEALTHCARE SYSTEM: GENERAL HEALTH INSURANCE

A. Concept and Administrative Structure of GHI

Multiple actors are responsible for determining and managing health policies in Türkiye. The prominent role is in the Ministry of Health, institutions affiliated with the Ministry of Health, and other relevant Ministries. The actors responsible for carrying the general health insurance are the Ministry of Labour and Social Security, its affiliates, and other relevant ministries, particularly the Ministry of Family and Social Services. Social Security Institution (SSI) [Sosyal Güvenlik Kurumu - SGK], the organizational unit of social security services, operates under the Ministry of Labour and Social Security. In Act No. 5502, it is regulated that Social Security Institution is administratively and financially autonomous. However, it is stated in the doctrine that SSI is not fully compatible with the autonomous management model in practice⁴². SSI has multiple general directorates and service units to meet the functions. The General Directorate of General Health Insurance is one of them and is responsible for general health insurance services.

⁴⁰ For detailed information on the enforcement of GHI, see **Sözer**, p. 7-9.

⁴¹ **Sözer**, p. 7-9; **Güzel/Okur/Canıklioğlu**, p. 815; **Karadeniz**, p. 104-106.

⁴² For different views on the autonomy of the SSI, see also **Alper**, Social Insurance Law, 34-36; **Üçışık**, p. 120-122; **Centel**, Social Security Law, p. 49-50; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 120.

The fundamental legislation in terms of general health insurance is Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510 (SIGHIA). However, the national health system is managed with various regulations and circulars, e.g., General Health Insurance Practices Regulation (GHIPR) (2014), General Health Insurance Registration, Premium and Beneficial Ownership Transactions Regulation (2014), Circular No. 2019/17 on General Health Insurance Registration and Premium Procedures, etc⁴³. In terms of financing health services, Healthcare Implementation Communiqué (HIC) [Sağlık Uygulama Tebliği - SUT]⁴⁴ is carried out.

GHI is a system that pays the costs of the health services to the health service providers that the insured receives service from, with specific procedures and conditions⁴⁵. General health insurance is operated according to the insurance techniques and takes part in the social security premium model. As a rule, the insured should pay insurance premiums to benefit from the insurance. However, there is no proportional relationship between the insurance premiums paid and the health services provided (SIGHIA art. 62/3)⁴⁶. According to their income, those who pay less and those who pay more premiums benefit from health services equally. Benefiting from general health insurance is a right for the insured, and financing the health services is an obligation for the Social Security Institution (SIGHIA art. 62/1)⁴⁷. Inclusion in general health insurance is not optional. Accordingly, being in the scope of general health insurance is both a right and an obligation for the insured⁴⁸.

⁴³ See General Health Insurance Practices Regulation (2014) [Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği] <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/187716> [In Turkish]; General Health Insurance Registration, Premium and Beneficial Ownership Transactions Regulation (2014) [Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliği] <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/43377> [In Turkish]; Circular No. 2019/17 on General Health Insurance Registration and Premium Procedures [Genel Sağlık Sigortası Tescil ve Prim İşlemleri Hakkında 2019/17 sayılı Genelge] <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/154304> [In Turkish] (last visited January 9, 2023).

⁴⁴ This communiqué was adopted in 2013. However, there are frequent changes in the text of the communiqué. See <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17229&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> [In Turkish] (last visited June 9, 2023).

⁴⁵ Tuncay/Ekmekçi, p. 586.

⁴⁶ Uşan, p. 269; Sümer, p. 264; Korkusuz/Uğur, p. 292; Üçışık, p. 261; Alper, Social Insurance Law, p. 403.

⁴⁷ Sözer, p. 19; Üçışık, p. 260-261; Sümer, p. 264; Alper, Social Insurance Law, p. 403.

⁴⁸ Arıcı, Turkish Social Security Law, p. 463.

General health insurance is one of the insurance categories regulated in the Turkish social insurance system by Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510. General health insurance is defined as insurance that primarily protects the people's health and finances the expenses incurred in case they encounter health risks (SIGHIA art. 3/8). The GHI system allows people to obtain private health insurance in addition to GHI.

General health insurance came into force on 10/1/2008 (for insureds according to SIGHIA article 4/1-c on 1/1/2010) and started to be carried out all around Türkiye as of 1/1/2012. As of this date, regardless of their income or will to stay out of the scope, people who are enacted as general health insured in SIGHIA mandatorily were included in the scope of GHI. The main features of GHI can be listed below⁴⁹:

- It is mandatory and impossible to be out of scope voluntarily (restrictive clause).
- It includes citizens and foreigners who reside in Türkiye (residence clause).
- As a rule, it is financed by premiums, and each person pays premiums based on his income (insurance model).
- Health services are provided by purchasing from the health service providers instead of producing services directly (purchase method).

B. Scope of GHI in Terms of Insured

As mentioned above, everyone (citizen or foreigner) residing in Türkiye is compulsorily covered by general health insurance regardless of their income (poor or wealthy). The primary provision for being in the scope of the GHI is residing in Türkiye. In SIGHIA article 60, those included in the scope of GHI are counted one by one in a casuistic way. Moreover, the coverage group has been expanded with various law amendments from the enforcement date of the act (2008) until today⁵⁰. Considering the extent of this study, it would not be a practical approach to enumerate those general health insureds one by one. For this reason, it is possible to consider those covered by the GHI as some main groups:

- Those who work as insured (employees, self-employed workers, civil servants, and other types of workers) are covered by paying premiums on their income (compulsory insured),

⁴⁹ Centel, Social Security Law, p. 373; Güzel/Okur/Caniklioglu, p. 815.

⁵⁰ See also Tuncay/Ekmekeci, p. 588-597.

- Those who are in the scope of the social insurance voluntarily (voluntary insured),
- Those insured or their beneficiaries who receive a pension from the SSI (pensioner),
- Those relatives (wife/husband, children, and parents) of the insured who meet the conditions to be in the scope of GHI as a dependant,
- Those insured or their beneficiaries who are in the scope of a foundation fund,
- Those who are in the scope of the non-contributory regime and subjected to social protection,
- Those who do not have work-related income are covered in GHI by paying a minimum premium,
- Those who do not have work-related income and cannot afford the minimum premium payment are covered in GHI by paying the premiums by the state (low-income person).

It is also possible to divide the insured into *four* categories in the scope of GHI; those who are obliged to pay the premiums according to their working income, those who are obliged to pay the premiums without having a working income, those whose premiums are paid by the state because they are not able to pay, and those who are not obliged to pay any premiums because of their dependant or pensioner status⁵¹.

As can be seen, family members are also directly covered by general health insurance as beneficiaries (if the insured has died) or dependants (if the insured is alive), in line with the ILO Convention No. 102. According to SIGHIA, three types of family members (spouses, children, and parents) are considered dependants⁵² or beneficiaries. However, for these members to benefit from GHI as dependants, they must meet the conditions regulated in SIGHIA article 3/10. For the spouse to be counted as a dependant, he or she must not be (compulsory or voluntarily) insured and not receive a pension from SSI due to his/her own social insurance. These two provisions are also sought for children and parents. Additionally, for the children to be counted as dependants, they must not be older than 18 (20 if attending high school or

⁵¹ See **Alper**, Social Insurance Law, p. 394; **Korkusuz/Uğur**, p. 293-297.

⁵² SIGHIA counts which general health insureds do not have dependants. For these exceptions, see SIGHIA art.5/1-b, art. 60/1-c-1, art. 60/1-c-2, art. 60/1-c-7, art. 60/7, art. 60/8, and art. 60/12. For dependant categories, *generally* see **Centel**, Social Security Law, p. 165-166, 378-380; **Sümer**, p. 269-274; **Sözer**, p. 167-170.

its equivalent, 25 if attending higher education) years old and not be married⁵³. Additionally, for the parents to be considered dependants, their livelihood must be provided by the insured.

Those family members to benefit from GHI as beneficiaries must meet the conditions regulated in SIGHIA article 34. For the spouse to be counted as a beneficiary, he or she must not be compulsory insured (in Türkiye or abroad) and not receive a pension from SSI due to his/her own social insurance, and not be re-married (SIGHIA art. 34/1-a). For the daughter to be counted as a beneficiary, she must not be compulsory insured (in Türkiye or abroad) and not receive a pension from SSI due to her own social insurance, and not be married (SIGHIA art. 34/1-b-3). For the son to be counted as a beneficiary, he must not be compulsory insured (in Türkiye or abroad) and not receive a pension from SSI due to his own social insurance, and not be older than 18 (20 if attending high school or its equivalent, 25 if attending higher education) (SIGHIA art. 34/1-b-1)⁵⁴. For parents to be counted as a beneficiary, they must not have an income more than the net amount of the minimum wage and not receive a pension from SSI due to his/her own social insurance (SIGHIA art. 34/1-d).

Act No. 5510 also regulates on which date the insured will be included in GHI (SIGHIA art. 61)⁵⁵. For example, the most prominent groups within the scope of GHI are insureds under social insurance and their dependants and pensioners who receive pensions from SSI through their social insurance relationship or as beneficiaries. Those who are included in the scope of social insurance because of their work (or voluntarily) are accepted to be insured in GHI as of the social insurance registration date (without a specific notification regarding GHI). The spouse, children, and parents of the GHI holder are also included in the scope of GHI without any registration. These benefit from the health services within the scope of GHI as long as they meet the conditions of the dependant category. Those entitled to have a pension as a beneficiary/pensioner or those who receive a pension under the non-

⁵³ There is no age requirement for children who are determined as disabled by SSI, only that they are not married.

⁵⁴ There is no age requirement or marital status provision for (male or female) children who are determined as disabled by SSI, only that they are not compulsorily insured (in Türkiye or abroad) and do not receive a pension from SSI due to their own social insurance (SIGHIA art. 34/1-b-2).

⁵⁵ See also **Sözer**, p. 216-230; **Sümer**, p. 275-279; **Korkusuz/Uğur**, p. 298-299; **Üçışık**, p. 186-188; **Centel**, Social Security Law, p. 385-386; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 609-611; **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 478-481.

contributory regime are deemed GHI holders as of the date of entitlement. When the residence period of foreigners in Türkiye exceeds one year, they can register themselves in GHI (voluntarily) with the entry declaration they will submit as of this date. General health insureds who are covered only by GHI (for example, those whose status as dependants have ended, those who are not in the scope of social insurance, etc.) are registered according to their income test result⁵⁶. Accordingly, it is possible to categorize the beginning of the insurance under GHI as *ex officio* registration, registration according to the income test result, and registration with notification⁵⁷.

Those who are out of the scope of social insurance or who become out of the scope afterward are obliged to be registered as general health insured within the scope of the GHI and to have an income test within one month. Persons who receive pensions or social allowance from the state within the scope of the non-contributory regime are also registered within the general health insurance. The income test is essential in determining who pays the insurance premiums of the general health insured. This issue is discussed separately under the heading “requirements and provisions” below.

In SİGHIA article 60/3, it is also stated that who is out of the scope of the GHI⁵⁸. They are foreigners who are sent to Türkiye on behalf of a foreign organization, who come to Türkiye for a job and are insured in their own countries or foreigners who have a residence permit but reside in Türkiye for less than one year; Turkish citizens who reside abroad; those who are entitled to a pension by foreign service debt but do not reside in Türkiye; prisoners and detainees in penitentiary institutions and detention houses; those who do their military service as rank and file and students of the officer candidate school; members and retirees of the Turkish Grand National Assembly and their dependants; members and retirees of the supreme courts (Constitutional Court, Council of State, Court of Cassation, and Court of Account) and their dependants; members of the pension funds created for the staff of some banks and insurance companies, etc⁵⁹.

⁵⁶ **Centel**, Social Security Law, p. 382. Those registered in GHI in this scope must apply to Social Assistance and Solidarity Foundations and have an income test within one month from the registration date. Otherwise, it is assumed that their income to be calculated within the scope of GHI premium equals the minimum wage. *See also* note 76.

⁵⁷ **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 478-481.

⁵⁸ *See generally* **Sözer**, p. 209-216.

⁵⁹ Those excluded from the scope of GHI are excluded for two reasons: residing outside Türkiye or benefiting from health services under another law. For example, prisoners and detainees; rank and file and students of the officer candidate school; members and

As is seen, almost everyone residing in Türkiye is covered by the GHI⁶⁰. In general, starting to reside outside of Türkiye and death are causes for ending GHI status⁶¹. However, changes in the benefiting status or occupation (for example, ending work life, starting to work, working in another type, going out of the scope of dependant or beneficiary status, etc.) do not exclude the person from the scope of GHI. In these cases, only the benefiting status from GHI changes.

C. Scope of GHI in Terms of Healthcare Services

General health insurance aims to protect the health of individuals when faced with social risks and also to finance the health expenses incurred (SIGHIA art. 63)⁶². GHI mainly includes health benefits against risks arising from a work accident, and occupational diseases, sickness, and maternity⁶³.

Health services financed within the scope of general health insurance are regulated separately in SIGHIA article 63. According to SIGHIA article 63/1, the health services financed by GHI are aimed to ensure that the insured stays healthy, to provide the medically necessary health services as a result of an occupational accident, occupational disease, illness, and maternity, and to ensure the elimination or reduction of incapacity for work. In addition, it is essential that health services are provided until the insured's health improves.

Services covered by GHI as a whole are “preventive health services”, “medical health services” and “rehabilitative health services”⁶⁴. It is also possible to list them in detail as below:

- Regardless of the insured's illness, preventive health services and services to prevent drug and other harmful addictions.
- Outpatient or inpatient medical care and treatments in case of illness, including medical and clinical examinations, laboratory tests,

retirees of the Turkish Grand National Assembly and their dependants; members and retirees of the supreme courts and their dependants; members of the pension funds created for the staff of some banks and insurance companies are out of the scope of the GHI, as they currently benefit from health services under another regulation. *See also* **Sümer**, p. 274-275; **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 476-478; **Social Security Institution**, Universal Health Insurance, p. 18-19.

⁶⁰ **Uşan**, p. 116.

⁶¹ **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 482; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 611.

⁶² **Korkusuz/Uğur**, p. 292-293; **Üçışık**, p. 253; **Uşan**, p. 270.

⁶³ **Sümer**, p. 263; **Korkusuz/Uğur**, p. 292; **Doğan-Yenisey**, p. 173.

⁶⁴ **Sözer**, p. 251-268; **Centel**, Social Security Law, p. 388; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 612.

analyses, and other diagnostic methods; patient follow-up and rehabilitation services; organ, tissue, and stem cell transplantations and therapies; emergency health services.

- Outpatient or inpatient medical care and treatments due to maternity, including clinical examinations, childbearing, laboratory tests, analyses, and other diagnostic methods; uterine evacuation, medical sterilization, etc.
- Outpatient or inpatient mouth and dental examination, including clinical examinations, laboratory tests, analyses, and other diagnostic methods, tooth extraction, root canal treatment, dental prosthesis, orthodontic dental treatment of minors⁶⁵, etc.
- Assisted reproductive methods for insureds who meet the provisions specified in SİGHIA article 63/1-e.
- Other complementary services related to the health services listed above.

The insured's health condition determines which of these health services will be provided to the insured. Healthcare is provided until the insured regains his health and the need lasts, even if the insured loses the conditions of being covered by GHI. (SİGHIA art. 63/3)⁶⁶.

Medicines, medical tools, and equipment related to health services (e.g., blood, blood products, vaccine, prosthesis, hearing aid, eyeglass, bone products, marrow, stent, etc.), travel expenses in case the patient is referred to another service provider, and daily allowances, companion expenses, accommodation, and food expenses are also covered by GHI. However, the types, quantities, and duration of use of drugs, tools, and equipment to be provided within the scope of GHI are determined by the SSI Health Services Pricing Commission⁶⁷. Expenses such as travel expenses, daily allowances,

⁶⁵ GHI does not cover the costs of orthodontic dental treatments for those over 18. According to Healthcare Implementation Communique, half of the amount specified in SİGHIA art. 72 for orthodontic treatments of people under 18 and dental prostheses of people under 18 or over 44 are covered by GHI. The insured is liable to pay the remaining 50%. *See Arıcı*, Turkish Social Security Law, p. 487.

⁶⁶ *Sözer*, p. 301. Until 1991, there was an upper limit of 18 months for the duration of treatment in the social insurance legislation. However, the Constitutional Court annulled this provision in 1991, and there was no upper limit in the social insurance law. Act No. 5510 also did not foresee an upper limit for the duration of treatment. *See Doğan-Yenisey*, p. 191.

⁶⁷ *Sözer*, p. 92-93; *Korkusuz/Uğur*, p. 308; *Tuncay/Ekmekçi*, p. 618-619. Medicines financed by SSI are divided into three categories: medicines procured domestically,

and companion expenses are also determined by the same commission on a fixed basis (SIGHIA art. 72/1)⁶⁸.

The health services provided within the scope of GHI are provided by domestic health service providers⁶⁹. However, in some exceptional cases, it is possible to receive these health services from abroad (SIGHIA art. 66). For example, in emergencies for insured sent abroad by their employers on temporary duty; in all necessary cases for insured who are sent on permanent duty⁷⁰ by their employers; and (provided that the approval of the Ministry of Health) for people whose treatment is not available in the country⁷¹ health services may be provided abroad. However, the costs to be covered by SSI for the health services provided to the insured abroad cannot exceed the amount to be paid to the contractual health service providers in Türkiye (SIGHIA art. 66/6)⁷².

In addition to the health services financed within the scope of GHI, not financed health services are also listed in SIGHIA article 64. Whereas all kinds of health services for aesthetic purposes, except services to ensure physical integrity; aesthetic orthodontic dental treatments (for majors); health services that are not considered medical health care (traditional, complementary, or alternative medicine practices) and foreigners' chronic diseases existing before the date of being insured in the scope of GHI are not be financed within the scope of GHI. As a rule, all health services other than these exceptions are covered by GHI⁷³.

from abroad, and by alternative reimbursement methods. Depending on the characteristics of the drug, the procedures for being included in the reimbursement lists by SSI vary. *See also Social Security Institution*, Universal Health Insurance, p. 36.

⁶⁸ **Alper**, Social Insurance Law, p. 408-409.

⁶⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, p. 622; **Sümer**, p. 284.

⁷⁰ Unless otherwise stipulated in bilateral social security agreements, assignment abroad for more than six months is considered to be sent abroad on a permanent mission (SIGHIA art. 66/9; GHIPR art. 30/2). *See Sözer*, p. 316; **Sümer**, p. 285.

⁷¹ Before the health reform in Türkiye, additional conditions were sought to be met to receive treatment abroad. In addition, those who benefited from health services with a green card did not have such an opportunity. Act No. 5510 abolished discriminatory practices regarding receiving treatment abroad and regulated that each insured can benefit from this opportunity under the same conditions. *See Korkusuz/Uğur*, p. 309.

⁷² If the insured has been sent abroad by his employer, the parts exceeding this amount are paid by the employer. The provisions of international social security agreements are reserved. *See also* SIGHIA art. 66/3.

⁷³ **Sümer**, p. 283.

D. Requirements and Provisions for Benefiting from GHI

Since GHI is a type of social insurance and essentially operates with the premium contribution of the parties, to benefit from GHI, the requirement of paying premiums should be met, and there should be no premium debt⁷⁴.

In the Turkish social insurance system, the premium rates to be paid on behalf of the social insured are calculated over the income called “earnings based on premium”⁷⁵. Act No. 5510 clearly states what constitutes the number of earnings subject to the premium of the social insured (SIGHIA art. 80). On the other hand, earnings subject to the premiums of those who are only subject to GHI are regulated as fixed in SIGHIA article 80/4⁷⁶. Accordingly, the GHI premium rates given below are calculated over the earnings of social insureds and general health insureds, as determined in SIGHIA article 80.

General health insurance premium rates and premium payer vary according to the insured (SIGHIA art. 81/1-f)⁷⁷. The GHI premium rates of those covered by social insurance can be summarized as follows:

In the employee insured (SIGHIA article 4/1-a) and civil servant insured (SIGHIA article 4/1-c) status, the GHI premium rate of the insured is 12,5 %. The employer is responsible for 7,5 % of this, and the insured is responsible for 5 %. In the self-employed insured status (SIGHIA article 4/1-b), the GHI premium rate of the insured is 12,5 %, and the self-employed worker is responsible for the entire it. The GHI premium rates of the

⁷⁴ Premiums paid by insureds within the scope of GHI do not affect long-term insurance coverage. In other words, the GHI premiums they have paid or the premiums they have not paid do not affect whether or not they receive a future pension or the amount they will receive. GHI premiums are only substantial regarding health benefits to be provided to the insured. See **Korkusuz/Uğur**, p. 292.

⁷⁵ See generally **Alper**, Social Insurance Law, p. 192-206; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, p. 247-259; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 174-191; **Centel**, Social Security Law, p. 72-77; **Sümer**, p. 108-120.

⁷⁶ According to SIGHIA art. 80/4, the earnings subject to premium for foreigner GHI holders are twice the lower limit of the earnings subject to premium specified in Act No. 5510; in the number of their minimum earnings for those who receive unemployment benefit or short-time working allowance; and in the amount of the minimum wage for the other GHI holders who are covered only by GHI. See also **Karabacak**, Emre: “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testinde Yeni Dönem [New Term of General Health Insurance and Income Test]”, *Anadolu University Faculty of Law Journal*, V. 1, N. 5, 2017, p. 34-36; **Alper**, Social Insurance Law, p. 207-208; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, p. 257-259.

⁷⁷ See also **Sözer**, p. 237-240; **Korkusuz/Uğur**, p. 314.

partially insured only subject to short-term insurance vary between 4,5 % and 12,5 %, and their employers or the relevant institutions specified in the SIGHIA are responsible for these premiums⁷⁸. In the voluntary insured status (SIGHIA article 50, article 60/1-b) the GHI premium rate of the insured is 12 %. The voluntary insured is responsible for paying his own GHI premium amount. In this context, the state contributes to SSI at the rate of one-fourth of the GHI premiums collected by SSI per month (SIGHIA art. 81/3).

However, pensioners and dependants benefit from health services within the scope of GHI without paying any premium. In addition, dependants continue to be considered GHI holders within two years from their high school or university graduation, provided they are at most 25 and are not included in the social insurance coverage. In this period, they are not obliged to pay premiums without having an income test (SIGHIA art. 67/4).

On the other hand, determining the payer of the premiums and the premium rate differ for general health insured for those not covered by social insurance. As mentioned above, persons who receive pensions or social allowance from the state within the scope of the non-contributory regime are part of the general health insurance, and the state pays their GHI premiums. Moreover, there are multiple beneficiary groups whose GHI premiums are paid by the state, e.g., persons under international protection, stateless or refugees, persons under legal protection and rehabilitation, persons who receive unemployment benefits, etc.

Persons who neither receive any payment within the scope of the non-contributory regime nor are covered by social insurance are also part of general health insurance; nonetheless, they are obliged to have an *income test*⁷⁹ which is held by Social Assistance and Solidarity Foundations [Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı]. The income test aims to determine the person's monthly income (per capita income in the household), and the wife/husband, single children, and parents living in the same household are taken as the basis for the calculation of income.

⁷⁸ For example, the premium rate for apprentices and students receiving vocational training in enterprises is 5%; 4,5% for trainees; 6% for trainee lawyers; 12% for those who receive unemployment allowance, short-time working allowance, or job loss compensation. *See also Centel*, Social Security Law, p. 399; *Sümer*, p. 123-124.

⁷⁹ For more information about the income test, *see Arıcı*, Kadir: "Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü [Income Test Issue in General Health Insurance and Its Solutions]", *Sicil Labour Law Journal*, N. 34, 2015, p. 30-39; *Karabacak*, p. 30-37; *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, p. 815-821; *Tuncay/Ekmekçi*, p. 598-602.

As a result of the income test, people whose household monthly income is less than one-third of the minimum wage are registered within the scope of general health insurance and are paid their insurance premiums by the state. Those beneficiaries overlap with the group that previously benefited from the health services under the green card system⁸⁰.

As a result of the income test, people whose household monthly income is higher than one-third of the minimum wage are obliged to register within the scope of general health insurance and pay their insurance premiums. The GHI premium rate for these beneficiaries is 3 % as of 3/1/2017 (SIGHIA art. 80/1-f). Before this date, the GHI premium rate was 12 %; however, due to beneficiaries' inability to pay their premiums on time, this rate was reduced from 12 % to 3 %⁸¹. Persons who are not included in the GHI within the scope of social insurance and who do not have an income test are also obliged to pay a 3 % premium within this framework⁸².

As can be seen, it is mandatory to pay premiums on behalf of each insured and general health insured. These premiums are paid by the insureds (and their employers) and general health insureds, or in some cases, by the state⁸³. However, as an exception, pensioners and dependants are included in the scope of GHI without paying any premium.

Beneficiary status	Premium rate
Insured (according to SIGHIA art. 4/1-a and 4/1-c)	12,5 % (7,5 % by the employer; 5 % by the employee/civil servant)
Insured (according to SIGHIA art. 4/1-b)	12,5 % by the self-employed worker
Voluntary insured	12 % by themselves
Partially insured	4,5 % to 12,5 % by the employer/institution
Pensioner	-
Dependant	-

⁸⁰ Tuncay/Ekmekçi, p. 581-582; Doğan-Yenisey, p. 177.

⁸¹ Karabacak, p. 35-36; Alper, Social Insurance Law, p. 208, 213; Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 819. However, the President can increase this rate to 12 % again (SIGHIA art. 81/1-f).

⁸² Sümer, p. 280; Alper, Social Insurance Law, p. 397.

⁸³ Centel, Social Security Law, p. 381.

General health insured (Low-income person, social allowance beneficiary, non-contributory regime pensioner, etc.)	12 % by state
General health insured (others)	3 % by themselves

Table-1: General health insurance premium rates according to beneficiary status

As mentioned above, the second condition that the general health insured must meet to benefit from GHI is to have 30 days of GHI premium payment in the last year before the date of application to the health service provider. An additional condition has been added to this condition for insureds subjected to article 4/1-b SIGHIA and their dependants (SIGHIA art. 60/1-a-2) and those only in the scope of GHI (SIGHIA art. 60/1-g) and pay their own premiums. Accordingly, on the date of application to the health service provider, these insureds must not have a debt of any kind premium for more than 60 days (except those deferred or paid in instalments) (SIGHIA art. 67/1-b, art. 67/1-c). Voluntary insureds and foreigners residing in Türkiye with a residence permit and their dependants should not have any kind of premium debts at the time of application to the health service provider (SIGHIA art. 67/1-c, 67/1-d)⁸⁴.

However, there are some exceptions to the provision about having 30 days of GHI premium payment in the last year before the date of application to the health service provider. It is not stipulated for general health insured whose premiums are paid by the state, pensioners and dependants, children under 18 (minors), foreign students who study in Türkiye according to international agreements, persons in need of medical care, etc. Moreover, having paid a 30-day GHI premium in cases of emergency, work accident and occupational diseases, notifiable contagious diseases, substance abuse, preventive health services, maternity, natural disasters and war, strike and lockout, and traffic accidents is not required (SIGHIA art. 67/1). An exclusive regulation exists for those whose dependant status has ended due to age limit or high school/university graduation. These persons continue to benefit from the GHI as dependants as long as they are not covered by social insurance as an insured and do not reach the age of 25.

⁸⁴ See also Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 840-841; Sözer, p. 376-378.

E. Providing Healthcare Services in GHI

General health insurance does not provide healthcare services on its own, and there are no healthcare providers operated by GHI. The Social Security Institution does not provide healthcare services at its own facilities; it purchases services from health service providers⁸⁵ (purchase method) for the insured. Accordingly, the SSI's function in providing health services is to ensure the costs of health services received by insureds from the health service providers. (SIGHIA art. 73/1).

Unlike before the health reform, health services in the implementation of general health insurance are provided by private service providers as well as public service providers⁸⁶. In order to receive service from private service providers within the scope of general health insurance, it is necessary and sufficient for these institutions to have a contract with the SSI (service procurement agreement). However, receiving healthcare services from a private or a public service provider has some differences, as discussed below.

The calculation of the costs to be paid for the health services or the minimum and maximum limits of these costs are arranged by a central system instead of by each health service provider⁸⁷. According to SIGHIA article 63/2, the Social Security Institution is authorized to determine the types and amounts of health services to be financed, the diagnosis and treatment methods of health services, the amount and duration of in-kind and cash benefits, and the procedures and principles of payments to be made to the insured or health service providers, by consulting the Ministry of Family and Social Services and the Ministry of Health⁸⁸. SSI uses this authority through the Health Services Pricing Commission (SIGHIA art. 72). Health service providers that make a contract with SSI undertake to provide health services within these limits⁸⁹.

⁸⁵ Health service provider is defined in Act No. 5510 as "real persons and legal entities of public and private law and their branches providing and producing health services" (SIGHIA art. 3/25).

⁸⁶ Before the health reform in Türkiye, public institutions, and hospitals (and partly private practice of the doctors) dominated the delivery of health services. Although private hospitals emerged in the 1980s, the coverage of private health services was relatively limited before the health reform. After the state incentives provided to the private health sector, private hospitals have become notable service provider actors. *See Yılmaz*, p. 204-206.

⁸⁷ *See generally Centel*, Social Security Law, p. 403-405.

⁸⁸ *Sözer*, p. 90.

⁸⁹ *Arıcı*, Turkish Social Security Law, p. 507.

The transactions between SSI and healthcare service providers run via MEDULA (medical communicator) system⁹⁰. The MEDULA system consists of different components, e.g., hospitals, pharmacies, opticians, and medical device suppliers⁹¹. Through the MEDULA system, SSI can control health expenditures. The Healthcare Provision Activation System follows up the conditions of people benefiting from general health insurance.

In terms of providing health services, there are *service steps* in Türkiye. According to the envisaged system, health service providers are classified into three steps in Healthcare Implementation Communique (HIC)⁹². There are family physicians⁹³, community health centres, medico-social units of universities, municipal polyclinics, private polyclinics, private oral and dental health institutions, pharmacies, and workplace health and safety units, etc. in *primary care health institutions* (HIC art. 1.4.1). *Secondary health institutions* consist of state hospitals, district polyclinics, oral and dental

⁹⁰ For the MEDULA system, see **Social Security Institution**, Universal Health Insurance, p. 58-63.

⁹¹ MEDULA system consists of six components such as MEDULA-Hastane (for hospitals), MEDULA-Eczane (for pharmacies), MEDULA-Optik (for opticians), MEDULA-Şahıs Ödemeleri (for personal payments), MEDULA-Medikal Market (for medical device suppliers) and MEDULA-Medikal İşitme Merkezi (for hearing centres). See **Social Security Institution**, Universal Health Insurance, p. 59.

⁹² Some healthcare providers and health institutions, such as dialysis centres, diagnosis, examination, and imaging centres, laboratories, medical device, and material suppliers, spas, and opticians, are excluded from this triple service steps (HIC art. 1.4.4.). See generally **Sözer**, p. 130-132; **Arıcı**, Turkish Social Security Law, p. 495; **Güzel/Okur/Canıklıoğlu**, p. 856.

⁹³ The first act on family physicians in Türkiye (Family Physicians Act No. 5258) was adopted on 11/24/2004. However, family physician legislation has been amended frequently until and after family physician services were put into force. Family physician services started to be implemented in a limited way with the pilot application in 2005, and it was implemented in all of Türkiye as of 11/11/2010. The “healthcare centre” practice was implemented and terminated before this date. Family physicians are employed in various statuses (employment of the Ministry of Health physician as contracted personnel, employment of the physician as a family physician affiliated with the Ministry of Health, and employment of the physician who is not a civil servant as contracted personnel) by the Ministry of Health. For example, in the family physician system, people are registered with a family doctor according to their residence addresses. However, individuals can choose and change their family physician, if they comply with the stipulated periods. Family physician services are provided free of charge to individuals. See generally **Taşdemir**, Yasemin: “Türk Hukukunda Aile Hekimliği Sistemi ve Aile Hekiminin İşveren Sıfatına İlişkin Bir İnceleme [The Family Physician System in Turkish Law and a Review of the Employer Capacity of Family Physicians]”, *Maltepe University Faculty of Law Review*, N. 2. 2021, p. 274-283. See also **Sözer**, p. 107-114; **Tuncay/Ekmekçi**, p. 642-648.

health centres affiliated with the Ministry of Health, municipal hospitals, medical centres belonging to public institutions, private hospitals, and medical centres, etc. (HIC art. 1.4.2). *Tertiary health institutions* are training and research hospitals affiliated to the Ministry of Health and affiliated polyclinics, university hospitals, and dental faculties (HIC art. 1.4.3). There is not any private health service provider in the tertiary step.

In SIGHIA, a *referral chain procedure* has also been adopted to ensure that health services are carried out effectively. SIGHIA imposes an obligation to comply with the service steps to benefit from health services for people covered by the GHI (SIGHIA art. 70/2). This application aims to provide an effective and efficient health service by creating a referral chain between service providers and to prevent unnecessary applications and congestion in the system⁹⁴. According to the referral chain, if the family physician cannot provide treatment, he/she has the authority to refer the patient to (subordinated to the Ministry of Health) secondary or tertiary healthcare providers. In case of non-compliance with the referral chain, it is stated in the GHIPR that health services costs, travel expenses, daily allowances, and companion expenses are not covered by SSI (GHIPR art. 25/4)⁹⁵. However, in some exceptional cases (for example, occupational accidents, occupational diseases, disasters, war, and other emergencies), it is possible not to comply with the referral chain.

However, although the referral chain procedure was regulated in Act No. 5510, establishing the referral chain was given to the Ministry of Health. Even though the Ministry of Health established the referral chain system in the first years, when the health transformation program was put into use (when the family physician was implemented as a pilot), it abolished the referral chain procedure in a short time due to the intensity experienced in the primary health institutions⁹⁶. The referral chain system has not taken effect to date⁹⁷. For this reason, these regulations regarding the referral chain in the legislation are *ineffective provisions* and have no application⁹⁸.

⁹⁴ Tuncay/Ekmekçi, p. 640.

⁹⁵ Sözer, p. 306; Arıcı, Turkish Social Security Law, p. 493; Centel, Social Security Law, p. 408.

⁹⁶ See **Turkish Medical Association Report**: “Sağlıkta Dönüşüm Programı Çöktü Aile Hekimliği: Ne Dediler, Ne Oldu? [Transformation in Health Programme Collapses: General Health Insurance: What Did They Say, What Did Actually Happen?]”, Community and Physician, V. 33, N. 6, 2018, p. 470-472.

⁹⁷ **Turkish Medical Association Report**, Transformation in Health Programme Collapses, p. 471.

⁹⁸ For the view that there is no referral chain application in Türkiye, see Yılmaz, p. 205.

Since the Social Security Institution makes a contract with the health service providers from which it will purchase services, it is also possible to divide the health service providers into two those who have an agreement with the SSI (contractual providers)⁹⁹ and those who do not (non-contractual providers). Accordingly, a person residing in Türkiye has two options for receiving health services from private or public institutions (hospitals, health centres, etc.). However, to cover the health service cost within the scope of GHI, the insured must have applied to the private or state institutions with which SSI has a contract (contractual providers). Otherwise, the cost of the health service provided to the insured is not covered by SSI.

However, in emergencies, the health service fee is covered up to the amount determined to be covered in applications made to institutions that do not have a contract with the SSI. For this, the insured must first pay the health service provider and then demand the payment from the SSI. In non-emergency cases, the cost of health services received from non-contractual providers is not covered by SSI.

Even though the health service payments are financed under the GHI (regardless of whether the health service is received from contracted service providers or not), two types of payments are paid by the insured, not under the scope of GHI¹⁰⁰. These *out-of-pocket payments* are co-payment and additional payments.

Co-payment (patient share) is determined in different amounts depending on the type of health service (e.g., outpatient care, dental examination, extracorporeal orthotics and prosthesis, outpatient medications,

⁹⁹ According to the SSI annual report, as of the end of 2021, SSI has contracts with 2,412 healthcare providers, 869 of which are public, 1,411 private, and 132 university hospitals. The number of pharmacies contracted with SSI is 27,893. **Sosyal Güvenlik Kurumu:** 2021 Yılı Faaliyet Raporu [2021 Annual Report], Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2022, p. 61. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=2021FaaliyetRaporu.pdf&d=FAAL%C4%B0YET_RAPORLARI (last visited April 13, 2023). Although the 2022 annual report was announced a few days ago, it does not include the total number of contracted healthcare providers as of the end of 2022.

¹⁰⁰ It impossible to pay the co-payment by anyone other than the insured. However, it is possible for additional payment to be paid by someone other than the insured, for example, employers or private health insurance. *See Social Security Institution: Organizational Profile & An Overview of the Social Security System in Turkey*, Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2020, p. 63-67, https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=kurum_tanitim_kitabi_ENG.pdf&d=YAYINLARIMIZ (last visited March 21, 2023).

inpatient treatment by disease group, etc.) and on the health service provider from which the health service is received (e.g., primary care, secondary or tertiary health institutions, and public or private health institutions)¹⁰¹. This contribution is paid by the insured or the dependant receiving the health care. The co-payment is deducted from the pensions of beneficiaries and the salaries of employees/civil servants or is collected on behalf of SSI through pharmacies or other institutions and organizations¹⁰².

As a rule, all insureds are obliged to pay the co-payment. However, there is an exceptional regulation in terms of general health insured whose GHI premiums are paid by the state (e.g., those who are determined to be low-income as a result of the income test, who receive pensions within the scope of the non-contributory regime, stateless people, asylum seekers, etc.). These insureds can withdraw the paid co-payment from the Social Assistance and Solidarity Foundations later¹⁰³.

There are other exceptions regarding the co-payment for some insureds and cases. For example, in cases of work accidents and occupational diseases, preventive health services, natural disasters, and war, treatment of chronic diseases, organ, tissue, and stem cell transplantations, control examinations, and for health services of persons who receive a pension from the non-contributory regime, no co-payment is charged (SIGHIA art. 68).

¹⁰¹ There is no co-payment for the medical doctor and dentist examination for outpatient treatments given by the public primary healthcare service providers and family physicians. The co-payment is 6 Turkish Lira in secondary public health institutions; 7 Turkish Lira in the education and research hospitals of the Ministry of Health, which are used jointly with universities; 8 Turkish Lira in tertiary public health institutions (university hospitals); and 15 Turkish Lira in private health institutions, regardless of their service steps. It is possible to receive a co-payment of up to 1% of the cost of health services offered in inpatient treatments. The co-payment for extracorporeal prostheses, orthoses and outpatient medicines is 10% of the cost for pensioners and their dependants, and 20% for other insureds and their dependants. Additionally, there is a prescription co-payment applied in case of outpatient treatment, and it is 3 Turkish Lira for up to 3 medicines prescribed plus 1 Turkish Lira for each additional medicine. Regarding assisted reproduction methods, the co-payment margin was gradually arranged according to the number of trials (SIGHIA art. 68/5). *See Social Security Institution, Organizational Profile*, p. 63-64; *Social Security Institution, Universal Health Insurance*, p. 46-48. *See also Sözer*, p. 355-363.

¹⁰² *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, p. 851, 853; *Tuncay/Ekmekçi*, p. 638; *Korkusuz/Uğur*, p. 318; *Centel*, Social Security Law, p. 406; *Alper*, Social Insurance Law, p. 412-413.

¹⁰³ This arrangement is rightly criticized in the doctrine because it is impractical. Counting these people among the groups who are not charged any co-payment would be more practical. *See Centel*, Social Security Law, p. 408; *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, p. 853.

Whether the health institutions with a contract¹⁰⁴ with the SSI are public or private, financing the health service differs. Private health institutions have the right to demand **additional payment** from the patient regarding provided health services, apart from the health service fee determined by the SSI Health Services Pricing Commission. The upper limit of this payment is determined by the same Commission¹⁰⁵. As a rule, there is no additional payment application in public health institutions for standard healthcare services¹⁰⁶. However, there are three exceptions to this rule. These are hotel services, exceptional (exclusive) health services, and health services provided by faculty members in public universities (SIGHIA art. 73). Faculty members can request additional payment for health services they give. The same Commission also determines the upper limit of this payment.

Type of healthcare provider	Contractual provider	Non-contractual provider
Public health service provider	SSI covers the health service fee (determined amount).	SSI does not cover the health service fee. Exception: in case of emergencies (in determining amount).
	No additional payment can be requested from the patient (except for faculty members' examinations, hotel services, and exceptional health services).	No additional payment can be requested from the patient (except for faculty members' examinations, hotel services, and exceptional health services).
	SSI covers the health service fee (determined amount).	SSI does not cover the health service fee. Exception: in case of emergencies (in determining amount).

¹⁰⁴ For the contract types of private health service providers, *generally see* Sözer, p. 31-49.

¹⁰⁵ Private healthcare providers may charge an additional payment of up to twice the standard prices set by the Healthcare Pricing Commission for standard healthcare services and up to three times for the exceptional services and hotel services specified in the Healthcare Implementation Communiqué. *See Social Security Institution, Organizational Profile*, p. 66-67.

¹⁰⁶ *See Alper*, Social Insurance Law, p. 419; Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 857-858.

Private health service provider	An additional payment may be requested from the patient (provided that it does not exceed the determined upper limit).	An additional payment may be requested from the patient (provided that it does not exceed the determined upper limit).

Table-2: Benefit from health services according to the type of service provider and whether the service provider has a contract with SSI or not

On the other hand, it is regulated that no additional payment will be charged for some patients or some services, regardless of whether they receive health services from public or private health providers. Persons who will not be charged additional payment are, for example, those who receive honour pensions, those who receive pensions within the scope of the fight against terrorism and their dependants, those who receive military disability pensions, etc. (HIC 1.9.2.). Health services that will not be charged an additional payment, for example, emergency health services, intensive care services, burn treatment services, cancer treatment within the scope of radiotherapy and chemotherapy, new-born health services, organ, tissue, and stem cell transplants, dialysis treatments, etc. (HIC 1.9.3.)¹⁰⁷.

The person applying to the health service provider must report his/her identity, except in emergencies¹⁰⁸ (SIGHIA art. 71). In emergency cases, identification of the insured is made after the end of the emergency. The purpose of this regulation is to prevent someone else from receiving healthcare services instead of the insured.

III. EVALUATION OF THE CURRENT GHI PRACTICE

As mentioned above, the health transformation program was implemented in 2003. With this program, the targets in terms of health services were, in general, as follows:

- Creating a financially sound health system,
- Ensuring the unity of norms and standards,
- Ensuring that everyone enjoys the right to health,

¹⁰⁷ Centel, Social Security Law, p. 411-412; Tuncay/Ekmekçi, p. 655-656; Güzel/Okur/Caniklioğlu, p. 858; Social Security Institution, Universal Health Insurance, p. 52-53.

¹⁰⁸ The General Health Insurance Practices Regulation states the emergencies. These are when there is a risk of loss of life or health integrity if medical intervention is required within 24 hours or is not immediately performed (GHIPR art. 27).

- To benefit from health services free of charge for those who have low income,
- Eliminating physical difficulties in accessing the right to health,
- Increasing satisfaction with health services in general,
- Building an effective healthcare system.

It was aimed to achieve these goals through general health insurance. In this direction, general health insurance came into effect gradually in 2008 as a part of Act No. 5510¹⁰⁹.

This section examines whether the purposes of introducing general health insurance have been fulfilled until today, mentions the positive and negative aspects of general health insurance, and evaluates some suggestions to eliminate still-existing problems.

The most significant aim pursued with general health insurance was to expand the scope of the health insurance beneficiaries. As a matter of fact, in past practices, a large part of society had difficulties in accessing the right to health through health insurance. When the health services implemented in line with the green card method and by *SSK*, *Bağ-Kur* and *Emekli Sandığı* are compared with today's GHI practice, it is possible to say that the primary goal of expanding the scope of health insurance has been achieved. As can be seen from the table below, almost everyone in Türkiye is covered by general health insurance today. Those who are exceptionally excluded from GHI are those who do not reside in Türkiye, are insured abroad, and are temporarily in Türkiye, and are not covered by the GHI because their health services are covered differently¹¹⁰.

¹⁰⁹ Although it was aimed to regulate the GHI with a separate act, the GHI was accepted as a part of Act No. 5510 during the enactment process. Thus, the already complex Act No. 5510 has become even more complicated. For example, two concepts of insured (social insured and general health insured) have emerged. Although this issue is a technically faulty arrangement and created various problems at the beginning, it can be stated that today it is no longer a problem in itself. In other words, discussing more critical problems of the general health insurance implementation is possible.

¹¹⁰ These people, who are excluded from the scope of the GHI because health services are financed by their own institutions, bring into disrepute the ideal of GHI to provide a unity of standards and norms. This issue is also criticized in the doctrine as it is against the principle of equality. *See also Arıcı*, Kadir: "Sosyal Güvenlikte Eşitlik Meselesi [Equality Problem in Social Security System]", *Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review*, V. 23, N. 1, 2019, p. 15-19.

Type of the scope	Total population
Insured (Compulsorily or voluntarily)	26.344.234
Pensioner	13.933.020
Dependant	34.813.357
Foundation fund beneficiary	438.989
Registered as general health insured	9.088.043
Total population within the scope of GHI in Türkiye	84.617.643

Table-3: Distribution of the covered by GHI in Türkiye (December 2022)

According to the Ministry of Labour and Social Security official statistics¹¹¹, 89 % of Türkiye's population is covered by social insurance as insured, pensioner, or dependant status by 2022. It means that 89 % of the population is covered by general health insurance under social insurance. Only general health insureds are approximately 10 % of the population. This means that according to official statistics, almost all of the population is included in the GHI¹¹².

On the other hand, including everyone in general health insurance has created some negative consequences (e.g., income test issues), especially in paying GHI premiums. These will be discussed further below.

The other significant aim pursued with general health insurance was ensuring the unity of norms and standards. However, it is impossible to draw such a clear picture of whether the unity of norms and standards is achieved regarding access to the right to health because GHI has brought various exceptions to the rule of ensuring norm unity. Although, as a rule, the same principles are used in accessing the right to health under the scope of the GHI, some differences have been made in the axis of the understanding of substantive equality. For this reason, it is possible to say that the ideal of ensuring the standard unity of the GHI (having the same rights and conditions in benefiting from health services) has been *partially* fulfilled¹¹³.

¹¹¹ <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6/> (last visited March 22, 2023).

¹¹² That GHI covers 99% of the population, see **Social Security Institution**, Universal Health Insurance, p. 14; **Sosyal Güvenlik Kurumu**: 2022 Yılı Faaliyet Raporu [2022 Annual Report], Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2023, p. 74. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=2022FaaliyetRaporu.pdf&d=FAAL%C4%B0YET_RAPORLARI (last visited April 13, 2023).

¹¹³ See **Orhaner**, p. 59.

The significant example of these differences is undoubtedly in terms of the premium rates and premium payers. Especially for the partially insured within the scope of short-term insurance, GHI premium rates are lower than those of other insureds. In determining the premium payer, the state is also responsible according to the insured's income. In other words, low-income persons are exempted from paying GHI premiums according to the results of the income test they have, and the state is authorized to pay the premiums of these individuals.

The income test practice, introduced to prevent the abuse of benefiting from the right to health without paying a premium, like the green card system, is a proper regulation. As a matter of fact, with the transition to the income test practice, there has been a significant decrease in the number of people who benefit from free (without paying a premium) health services as green card holders¹¹⁴. However, the income test practice has some difficulties in practice¹¹⁵. Although various changes¹¹⁶ have been made to reduce the problems created by the income test, it is difficult to say that these problems have entirely disappeared. For example, while determining a person's income in the income test practice, the household (spouse living in the same household, unmarried children, and grandparents') income is taken as the basis, not the person's own income¹¹⁷. This regulation, on the other hand, leads to the determination of low-income individuals who would typically not be able to fulfil their premium payment obligations as premium payers¹¹⁸. Additionally, people in this situation do not have the right to choose to remain in the insurance coverage of their own volition and not pay premiums. Although the premium rate for these people has been reduced from 12 % to 3 % and the premium amount has decreased significantly, it is impossible to discuss the disappearance of the problems thoroughly.

¹¹⁴ See **Tuncay/Ekmekçi**, p. 581-582.

¹¹⁵ On the opinion that the income test practice is one of the most problematic areas of Act No. 5510, see **Alper**, Yusuf: "Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi Uygulaması [General Health Insurance and Income Test Practice]", *Türk-İş Journal*, N. 397, 2012, p. 58-59.

¹¹⁶ See **Arıcı**, Income Test, p. 37-39.

¹¹⁷ For the income test implementation, see **Arıcı**, Income Test, p. 30-39.

¹¹⁸ To critique of this arrangement, see **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, p. 820; **Alper**, Income Test Practice, p. 59. **Dertli**, Nail: "Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi: Statü Eşitsizliğinden Gelir Eşitsizliğine [Universal Health Insurance and Income Test: From Statue Inequality to Income Inequality]", *Mülkiye Journal*, V. 39, N.3, 2015, p. 286-287. For the view that this regulation is unconstitutional, see **Arıcı**, Income Test, p. 32-36.

One of the disadvantaged groups of the income test practice is the young people whose education life ends but who do not start working life. In the first version of the income test arrangement, these young were obliged to take an income test after their dependant status expired. Those who did not have an income test or whose household monthly income is higher than one-third of the minimum wage due to the income test were included in the scope of GHI on the condition that they pay their premiums.

As a result of forming a public opinion of these young people's premium problems, some changes were made in the legislation in 2016. These people could keep their dependant status for two years (up to 25 years old)¹¹⁹. Thus, young people who were not covered by social insurance were allowed to benefit from GHI for a while with their dependant status (without paying GHI premium on their behalf). This arrangement provides a temporary solution. It may be an appropriate arrangement to maintain the dependant status (regardless of age requirement¹²⁰) for young people who are not involved in working life and are not covered by social insurance even though the two-year period has expired (or have reached the age of 25) or to give them the initiative to stay out of the scope of GHI. As stated in the doctrine, it may be another solution for these people to be subjected to an income test *individually* after the temporary solution period expires and to pay the GHI premiums by the state according to the income test results¹²¹.

Another exception to the standard unity ideal of GHI is that some insured must not have premium debts to benefit from the health services. As a rule, the general condition required to benefit from GHI is that the insured must have paid a 30-day GHI premium within the last year before the application date to the health service provider. However, this general rule has been made more difficult for self-employed workers and their dependants, other GHI holders (who pay their own premiums), and voluntary insureds and foreigners. On the date of application to the health

¹¹⁹ **Arıcı**, Income Test, p. 38-39; **Alper**, Social Insurance Law, p. 396, 411.

¹²⁰ In fact, the age requirement in the *SSK*, *Emekli Sandığı*, and *Bağ-Kur* practices before the reform was not a condition that abolished the dependant status of daughters. However, in Act No. 5510, the maximum age requirement for daughters besides sons has been accepted. On the other hand, a transitional provision was introduced in terms of this regulation, and daughters' vested rights were protected. Accordingly, daughters who were considered as dependants before the entry into force of Act No. 5510 are considered as dependants in the period of Law No. 5510, regardless of their age, provided that they fulfil the other conditions (SIGHIA provisional art. 12/8). Thus, they can benefit from general health insurance in this status. See **Sözer**, p. 169-170.

¹²¹ See **Arıcı**, Income Test, p. 39-40.

service provider, self-employed insureds and their dependants and those only in the scope of GHI must not have a debt of any kind premium for more than 60 days (except those deferred or paid in instalments). Additionally, voluntary insureds and foreigners residing in Türkiye with a residence permit and their dependants should not have any kind of premium debts at the time of application to the health service provider. These conditions constitute an obstacle for those who are included in the scope of GHI under the relevant statutes and their dependants¹²² to access the right to health¹²³. This condition, which is not required for other GHI holders, is only required for these general health insureds since they pay their own premiums¹²⁴. Moreover, the provision of not having all kinds of premium debts to benefit from the GHI is also not reasonable and fair. Even if such a condition is to be sought, it should only be sought in terms of GHI premium. As a matter of fact, due to the problems that arise in these people's access to the right to health, deferral and instalment arrangements are often brought for these insureds regarding their premium debts¹²⁵.

Another purpose of general health insurance was to eliminate the physical difficulties in accessing the right to health. Before the healthcare reform, one of the significant problems of the health system was physical difficulties in accessing health services. Within the scope of the health transformation program, various attempts have been made to eliminate or reduce these problems, such as increasing the number of contractual service providers with SSI¹²⁶, increasing the number of hospitals¹²⁷, developing an

¹²² Although this provision is regulated to include dependants, there is a general exception for those under 18 regarding accessing health services covered by GHI. Those under 18 can benefit from health services within the scope of GHI, even if their parents have premium debts. *See also* SİGHIA art. 67/1.

¹²³ For the critics regarding the regulation that there should be no premium debt to benefit from the right to health, *see* Güzel/Okur/Caniklioglu, p. 842 844.

¹²⁴ The condition of having a 30-day GHI premium before applying to the health service provider is reasonable, and it should be sufficient to seek this condition for everyone. *See* Okur, Ali Rıza: "Genel Sağlık Sigortası Açısından Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi [Evaluation of the New Social Security System in Terms of General Health Insurance]", *Journal of YU Faculty of Law*, V. 6, N. 2, 2009, p. 109.

¹²⁵ For example, *see* <https://www.alomaliye.com/2022/01/12/cumhurbaskanligi-karari-karar-sayisi-5089/> (last visited February 2, 2023).

¹²⁶ As of the end of 2021, the number of contractual hospitals (public, private, or university) is 2412, the number of contractual pharmacies is 27,893, the number of contractual medical markets/pharmacies is 13,156, the number of contractual opticians is 6.589, and the number of contractual hearing centres is 1.425. *See* Social Security Institution, Universal Health Insurance, p. 33; Sosyal Güvenlik Kurumu, 2021 Annual Report, p. 61.

online appointment system¹²⁸, and expanding family physician practices¹²⁹. There has been a significant increase in the total number of applications to physicians and the number of physician applications per person over the years¹³⁰. Thus, in this context, it can be said that the health reform has mainly eliminated the physical problems experienced in accessing health services.

The health transformation program also aimed to increase satisfaction with health services. In terms of patient satisfaction and financial protection before the health reform, Türkiye was in the lower ranks of OECD countries and WHO's European region¹³¹. However, with the health reform, satisfaction with the health system changed rapidly in a positive way¹³². When the annual statistics in the field of health are analysed as a whole from the beginning of the health reform to the present, it can be observed that the rate of satisfaction with health services has gradually increased¹³³. For

¹²⁷ As of 2021, the number of hospitals in Türkiye is 1547. See **The Ministry of Health of Türkiye: Health Statistics Yearbook 2021**, Ministry of Health, Ankara 2023, p. 118. <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/45317,siy2021-ingilizcepdf.pdf?0> (last visited April 22, 2023). According to the 2020 data, the number of outpatient medical institutions is 33087. A large part of outpatient medical institutions is family physicians. See also <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=EBiEoUc7BpEm8laGP9uvfuvTnLEZ4iIqzuLiBGVhIkTQDMDWUgaKm8mAWpF0aaxX> (last visited March 15, 2023).

¹²⁸ For the centralized doctor appointment system, see <https://mhhs.gov.tr/vatandas/#/> (last visited June 9, 2023).

¹²⁹ According to 2021 data, the number of family physician units in Türkiye is 26,928. See **The Ministry of Health of Türkiye: Health Statistics Yearbook 2021**, p. 145.

¹³⁰ The number of applications per person, was 3.1 in 2002, increased to 6.7 in 2008, 8.2 in 2011, and 9.8 in 2019. In 2020, this number decreased to 7.2; in 2021 was 8,0 (probably due to COVID-19 pandemic conditions). See **The Ministry of Health of Türkiye: Health Statistics Yearbook 2021**, p. 153.

¹³¹ **World Health Organization: Successful Health System Reforms: The Case of Turkey**, WHO Regional Office, Copenhagen 2012, p. 6, <https://disab.saglik.gov.tr/Eklenti/2106/0/successful-health-system-reforms-the-case-of-turkeypdf.pdf> (last visited May 2, 2023).

¹³² **World Health Organization**, The Case of Turkey, p. 6; see also **World Health Organization: Strategic Planning for Health: A Case Study from Turkey**, WHO Regional Office, Copenhagen 2015, p. 2, https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0017/272321/Strategic-Planning-for-Health_Turkey.pdf (last visited May 2, 2023).

¹³³ For statistics on satisfaction with the services of health institutions (2003-2022), see **Türkiye İstatistik Kurumu: Yaşam Memnuniyeti Araştırması 2022** [Life Satisfaction Research 2022], Türkiye İstatistik Kurumu, Ankara 2023, p. 29-30. https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/yayinGoruntuleme.zul?yayin_no=590

example, in 2020 comparative statistics, the rate of satisfaction with health services in Türkiye (72,1 %) is above the average of OECD countries (71 %) ¹³⁴. However, in 2021 comparative statistics, this rate was measured as 68,1 % in Türkiye, as below the average of OECD countries (70 %) ¹³⁵.

On the other hand, this increase in the satisfaction rate with health services should not be interpreted as all problems in the provision of health services being solved. Although there has been positive momentum in the satisfaction statistics, there has yet to be a similar development in the ratio of the total population to the number of physicians. According to 2021 data, the number of physicians per 100,000 persons in Türkiye is 217. When compared to the average of OECD countries (356) and EU countries (397), it is possible to say that there has not been a sufficient improvement in this regard ¹³⁶. Apart from this, the ratio of the current health expenditures within the year to GDP has not reached the expected level (according to WHO, this ratio should be at least 5 %). The share of the current health expenditures in GDP is below the OECD and EU averages ¹³⁷.

Another of the goals of the health transformation program was to create an effective health system. For this purpose, the referral chain practice and the service steps regarding health providers were accepted in Act No. 5510. However, it is impossible to say that health reform has succeeded in this regard. Although there is legislation regarding referral chain implementation, the Ministry of Health still needs to reactivate the referral chain. This situation has led to the inability to operate the service steps system, which is accepted in terms of health service providers, and the inability to provide adequate health service in this context. In applications made without complying with the referral chain (for example, applying directly to tertiary service providers), there is no sanction, such as not financing health services within the scope of GHI. The only difference in applying to a primary, secondary, or tertiary health service provider is the amount of the patient's co-payment.

(last visited May 4, 2023). According to the same statistics, health services is the third field with the highest satisfaction (65,6 %) after public security services (75,9 %) and transportation services (69,7 %). See **Türkiye İstatistik Kurumu**, p. 27.

¹³⁴ **The Ministry of Health of Türkiye**, Health Statistics Yearbook 2021, p. 184-186.

¹³⁵ **The Ministry of Health of Türkiye**, Health Statistics Yearbook 2021, p. 184-186.

¹³⁶ The total number of physicians per 100.000 population in Türkiye was 138 in 2002, 158 in 2008, 175 in 2014, 186 in 2017, and 193 in 2019. See **The Ministry of Health of Türkiye**, Health Statistics Yearbook 2021, p. 215-217.

¹³⁷ **The Ministry of Health of Türkiye**, Health Statistics Yearbook 2021, p. 245-248.

As mentioned, before the health reform, primary healthcare services in Turkey were quite limited and ineffective. With the health transformation program, the family physician system was introduced as a primary care provider; thus, it is aimed to prevent backlogs in second and tertiary health service providers. However, from today's perspective, the family physician practice could not meet these expectations since the referral chain practice needed to be implemented. Although there has been a significant increase in the total number of applications to physicians and the number of physician applications per person, this increase has not been directly proportional to the gradation of health service steps. Since health reform was introduced, applications to secondary and tertiary care providers have consistently exceeded the ones to primary care providers¹³⁸. Family physician units are still far from fulfilling their mission of being the first application centre in the service steps¹³⁹.

Another aim of general health insurance was to create a financially strong system. The expectation from the GHI was to increase and centralize income for health expenditures and to reduce health services' costs¹⁴⁰. Health service delivery would not be carried out within SSI, and SSI would only provide financing for health services. Moreover, in addition to previous incomes, there would be an additional income from GHI premiums¹⁴¹. However, giving up the provision of health services and only financing for health services did not reduce the cost. These costs continued to increase during the implementation of Act No. 5510¹⁴². As a matter of fact, one of the

¹³⁸ See generally **The Ministry of Health of Türkiye**, Health Statistics Yearbook 2021, p. 152-156. For critical reviews, see **Turkish Medical Association Report**, Transformation in Health Programme Collapses, p. 470-472.

¹³⁹ According to the statistics for the year 2022, the first health institutions to apply for the illness in terms of those covered by social insurance are state hospitals (47,2 %), family health centres (35,4 %), and private hospitals (13 %). On the other hand, for those who are not covered by social insurance, the first health institutions applied for the illness are state hospitals (58 %), family health centres (34 %), and private hospitals (4,9 %). **Türkiye İstatistik Kurumu**, p. 33-35.

¹⁴⁰ **Orhaner**, p. 59-60.

¹⁴¹ According to SSI data (2019), 68 % of GHI revenues are from insured premiums, 9 % from the premiums paid by the state on behalf of the insured, 20 % from the state contribution, and 3 % from the co-payments. See **Social Security Institution**, Universal Health Insurance, p. 7.

¹⁴² According to the report of the Turkish Medical Association (TTB), the financing deficits of the SSI were tried to be compensated by the premiums collected within the scope of the GHI, as well as the budget transfers. For this reason, the financially targeted table could not be reached with the GHI. See generally **Turkish Medical Association**

most problematic areas of general health insurance is the cost of health services. Accordingly, it is possible to say that actuarial balance problems continue in the GHI implementation¹⁴³.

Apart from these, out-of-pocket payments due to health expenditures are another problematic issue. Although out-of-pocket payment rates are below the EU and OECD averages¹⁴⁴, these expenditures remain a significant problem in Türkiye. In fact, in the Turkish Statistical Institute (TÜİK) Life Satisfaction statistics data, the most complaints are the high co-payments and private hospital additional payments related to health services¹⁴⁵. So much so, when the excess of the types of out-of-pocket payments such as prescription co-payment, additional medicine payment, examination participation payment, and additional payments for the price difference between medicines are taken into account, it can be seen that the matter has merit¹⁴⁶. In other words, although it started to be implemented for purposes such as curbing service demand and preventing abuse, out-of-pocket payments have passed the purpose of regulating health services and have become a part of the financing of health services¹⁴⁷.

Although the health services financed under the GHI have significantly increased compared to the pre-reform policies, the pricing policy in the covered health services still needs some fixing. For example, there are a large number of health services that are covered by the GHI but financed at a

Report: “Sağlıkta Dönüşüm Programı Çöktü Genel Sağlık Sigortası: Ne Dediler? Ne Oldu? [Transformation in Health Programme Collapses: General Health Insurance: What Did They Say, What Did Actually Happen?]”, *Community and Physician*, V. 33, N. 6, 2018, p. 466-469.

¹⁴³ See also **Alper**, Yusuf: “Sosyal Güvenlik Reformu (2008-2016): Kapsamla İlgili Gelişmeler [Turkish Social Security Reform (2008-2016): Coverage Developments]”, *Journal of Social Policy Conferences*, V. 68, N. 3, 2017, p. 3; **Alper**, Income Test Practice, p. 57.

¹⁴⁴ **The Ministry of Health of Türkiye**, *Health Statistics Yearbook 2021*, p. 252-255.

¹⁴⁵ **Türkiye İstatistik Kurumu**, p. 40.

¹⁴⁶ **Hamzaoglu** argues that at least 72 Turkish Lira of every 100 Turkish Lira of current health expenditures is made by individuals. See also **Hamzaoglu**, Onur: “AKP’li Yıllarda Sağlık Hizmetlerinin Finansmanı: Cepten Devlete, Devletten Patrona [Financing of Health Services Under AKP: From Pocket to State, from State to Bosses]”, *Community and Physician*, V. 32, N. 6, 2017, p. 445, 447.

¹⁴⁷ It is unconstitutional that co-payments are regulated as a mandatory condition for benefiting from health services; see also **Batirel**, Ömer Faruk: “Türkiye’de Sağlık Hizmeti Sunumunda Katılım Payı Uygulamasının Anayasaya Uygunluğu [Constitutionality of Co-Payment Application While Providing Health Service in Turkey]”, *MÜHF-HAD*, V. 20, N. 1, 2014, p. 1014-1020.

low amount. Moreover, there are also many medicines and medical supplies that the SSI does not finance because they are not included in the Health Implementation Communique or they have equivalents in the Communique¹⁴⁸. In fact, the expenses made by the insured and the procedures for reimbursement of these payments by the SSI to the insured constitute one of the workload items of the judiciary¹⁴⁹.

When evaluated, implementing of general health insurance is a notable development regarding healthcare delivery in Türkiye. World Health Organization (WHO) also evaluated the health reform in Türkiye as successful for various reasons¹⁵⁰. When the annual healthcare statistics are examined together from the beginning of the health reform to the present, it can be determined that the rate of satisfaction with health services has gradually increased¹⁵¹. However, despite the elapsed time, the deficiencies in the general health insurance application are still not fully completed. In this aspect, it is possible to mention that the system intended to be introduced with the healthcare reform has been partially fulfilled, not precisely.

CONCLUSION

As a method of the health transformation program adopted in 2003, general health insurance was accepted in Turkey in 2006 with Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510. General health insurance, which came into effect gradually in 2008 and was implemented all over Türkiye in 2012, brought together the health services carried out under the different social security institutions. General health insurance is a model that covers everyone, is financed by premiums, and is operated with the purchase method. This study discussed whether general health insurance meets the targets set in the health transformation program. The main results obtained under the official statistics and GHI application are as follows.

¹⁴⁸ For example, as of the end of 2022, there are 8,303 medicines in the medicine reimbursement lists. See **Sosyal Güvenlik Kurumu**, 2022 Annual Report, p. 75.

¹⁴⁹ See generally **Kabakcı**, Mahmut: “Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı [Right to Health in the Communiqué on Healthcare Practices]”, *Journal of Labor and Society*, N. 74, 2022, p. 1770-1788. Unless a change is made in the legislation, the actions filed by the general health insurance holders to SSI for the medicines and medical devices they own paid for will not end, see **Kabakcı**, p. 1772.

¹⁵⁰ **World Health Organization**, A Case Study from Turkey, p. XI, 26. See also **World Health Organization**, The Case of Turkey, p. 6.

¹⁵¹ For statistics on satisfaction with the services of health institutions (2003-2022), see **Türkiye İstatistik Kurumu**, p. 29-30.

General health insurance has covered everyone residing in Türkiye as intended. Accordingly, the GHI fulfilled the aim of being universal. Nevertheless, covering everyone in Türkiye has some disadvantages for GHI holders who want to stay out of the scope, especially for those who do not have a working income and pay their GHI premiums alone since it is impossible to go voluntarily beyond the scope of GHI.

The ideal of ensuring the norm and standard unity was partially realized. Although the same principles are accepted as a rule for benefiting from GHI, exceptional regulations are included, especially for self-employed workers and other GHI holders (who do not have a working income and pay their own premiums). These regulations, which are against the insured's benefits from health services, contradict to the norm unity ideal of the GHI.

While accepting general health insurance, it was acted with the aim that the health service purchasing method would eliminate the financial problems of the GHI. However, statistics show that the financing problems of GHI continue to increase.

Various improvements have been made in health services delivery to eliminate or reduce the physical problems in accessing health services. In this context, health services delivery has shown a positive development compared to the pre-reform. As a matter of fact, the satisfaction rates with health services and the annual number of applications to the physician per person show this. However, the number of physicians per capita is still far from meeting expectations.

Another aim of the health reform was to create effective healthcare delivery. For this purpose, the referral chain and service steps were accepted in Act No. 5510. However, this aim could not be fully realized due to the lack of implementation of the referral chain system. Primary health care services cannot fulfil the expected function in health services delivery.

Considered as a whole, the general health insurance system is an essential reform in terms of Turkish law and has led to radical developments in Turkish health services. However, in the time that has passed since the general health insurance came into effect, the problematic aspects of the GHI have still not been completely eliminated, and the objectives of the reform have not been fully met.

BIBLIOGRAPHY

- Alper**, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku [Social Insurance Law], Dora Publishing, Bursa 2022.
- Alper**, Yusuf: “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi Uygulaması [General Health Insurance and Income Test Practice]”, *Türk-İş Journal*, N. 397, 2012, p. 56-60.
- Alper**, Yusuf: “Sosyal Güvenlik Reformu (2008-2016): Kapsamla İlgili Gelişmeler [Turkish Social Security Reform (2008-2016): Coverage Developments]”, *Journal of Social Policy Conferences*, V. 68, N. 3, 2017, p. 1-23.
- Alper**, Yusuf/Özgökçeler, Serhat: “Turkish Social Security Reform and Social Justice”, *Journal of Social Security*, V. 6, N. 2, 2016, p. 9-27.
- Altındağ**, Özgür/Yıldız, Ahmet; “Türkiye’de Sağlık Politikalarının Dönüşümü [Transformation of Health Policy in Turkey]”, *Individual and Society Journal of Social Science*, V. 10, N. 1, 2020, p. 157-184.
- Arıcı**, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku [Turkish Social Security Law], 2nd Edition, Gazi Bookstore, Ankara 2022.
- Arıcı**, Kadir: “Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü [Income Test Issue in General Health Insurance and Its Solutions]”, *Sicil Labour Law Journal*, N. 34, 2015, p. 27-40.
- Arıcı**, Kadir: “Sosyal Güvenlikte Eşitlik Meselesi [Equality Problem in Social Security System]”, *Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review*, V. 23, N. 1, 2019, p. 3-23.
- Aydemir**, Cahit/Altındağ, Salahattin/Köroğlu, Necmi: “5434, 506, 1479, 2925, 2926, 3816 ve 5510 Sayılı Kanunlarda Sağlık Sigortasının Gelişim Süreci [Development Process of Health Insurance in Acts No. 5434, 506, 1479, 2925, 2926, 3816 and 5510]”, *Dicle University Social Sciences Institute Journal*, V. 11, N. 22, 2019, p. 52-70.
- Aydın**, Ufuk: “Social Security Reform Process in Turkey and Two Years After”, *İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan*, N. 720, 2011, p. 71-97.
- Batirel**, Ömer Faruk: “Türkiye’de Sağlık Hizmeti Sunumunda Katılım Payı Uygulamasının Anayasaya Uygunluğu [Constitutionality of Co-Payment Application While Providing Health Service in Turkey]”, *MÜHF-HAD*, V. 20, N. 1, 2014, p. 1013-1020.

- Centel**, Tankut: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], On İki Levha Publishing, İstanbul 2021.
- Centel**, Tankut: Turkish Social Law, Springer Publishing, Cham 2021.
- Dertli**, Nail: “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi: Statü Eşitsizliğinden Gelir Eşitsizliğine [Universal Health Insurance and Income Test: From Statue Inequality to Income Inequality]”, Mülkiye Journal, V. 39, N. 3, 2015, p. 271-304.
- Dilik**, Sait: Sosyal Güvenlik [Social Security], Ankara University Publishing, Ankara 1992.
- Doğan-Yenisey**, Kübra: Social Security Law in Turkey, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013.
- Duyulmus**, Cem Utku: “Social Security Reform in Turkey: Different usages of Europe in shaping the national welfare reform”, 2009, p. 10-22, http://www.cccg.umontreal.ca/rc19/pdf/duyulmus-c_rc192009.pdf (last visited January 23, 2023).
- Güzel**, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioglu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 19th Edition, Beta Publishing, İstanbul 2021.
- Hamzaoglu**, Onur: “AKP’li Yıllarda Sağlık Hizmetlerinin Finansmanı: Cepten Devlete, Devletten Patrona [Financing of Health Services Under AKP: From Pocket to State, from State to Bosses]”, Community and Physician, V. 32, N. 6, 2017, p. 443-449.
- Kabakcı**, Mahmut: “Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı [Right to Health in the Communiqué on Healthcare Practices]”, Journal of Labor and Society, N. 74, 2022, p. 1769-1796.
- Karabacak**, Emre: “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testinde Yeni Dönem [New Term of General Health Insurance and Income Test]”, Anadolu University Faculty of Law Journal, V. 1, N. 5, 2017, p. 29-39.
- Karadeniz**, Oğuz: “Extension of Health Services Coverage for Needy in Turkey: From Social Assistance to General Health Insurance”, Journal of Social Security, V. 2, N. 2, 2012, p. 103-123.
- Korkusuz**, M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 8th Edition, Ekin Publishing, Bursa 2022.
- Ministry of Health**: Transformation in Health, Ministry of Health, Ankara 2003. <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> (last visited January 21, 2023).

- Ministry of Health:** Turkish Health Transformation Program Assessment Report (2003-2011), The Ministry of Health, Ankara 2012. <https://ekutuphane.saglik.gov.tr/Home/GetDocument/452> (last visited January 23, 2023).
- Okur,** Ali Rıza: “Genel Sağlık Sigortası Açısından Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi [Evaluation of the New Social Security System in Terms of General Health Insurance]”, *Journal of YU Faculty of Law*, V. 6, N. 2, 2009, p. 93-117.
- Orhaner,** Emine: “Does Everyone in Turkey Benefit from Health Services with General Health Insurance?”, in *Chaos, Complexity and Leadership* 2014, Editor: Şefika Şule Erçetin et al., Springer Publishing, Cham 2016, p. 51-63.
- Pala,** Kayıhan: “Türkiye’de Sağlık Reformu Sağlıkta Dönüşüm Programı Süreci [Health Reform in Turkey, Health Transformation Program Process]”, in *İnsana Karşı Piyasa Türkiye’de Sağlık ve Sosyal Güvenlik*, Editor: Gülbiye Yenimahalleli-Yaşar et al., Nota Bene Publishing, İstanbul 2017, p. 43-74.
- Social Security Institution:** Organizational Profile & An Overview of the Social Security System in Turkey, Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2020. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=kurum_tanitim_kitabi_ENG.pdf&d=YAYINLARIMIZ (last visited March 21, 2023).
- Social Security Institution:** Universal Health Insurance System in Turkey, Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2021. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=GSS_Sistemi_Kitabi_ENG.pdf&d=YAYINLARIMIZ (last visited March 22, 2023).
- Sosyal Güvenlik Kurumu:** 2021 Yılı Faaliyet Raporu [2021 Annual Report], Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2022. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=2021FaaliyetRaporu.pdf&d=FAAL%C4%B0YET_RAPORLARI (last visited April 13, 2023).
- Sosyal Güvenlik Kurumu:** 2022 Yılı Faaliyet Raporu [2022 Annual Report], Ministry of Labour and Social Security, Ankara 2023. https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFileStatics?f=2022FaaliyetRaporu.pdf&d=FAAL%C4%B0YET_RAPORLARI (last visited April 13, 2023).

- Sözer**, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası [Turkish General Health Insurance], 3rd Edition, Beta Publishing, İstanbul 2020.
- Sümer**, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], 3rd Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2022.
- T.C. Başbakanlık**: Sosyal Güvenlik Raporu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Social Security Report: Problems and Solutions], The Prime Minister's Office, Ankara 2005.
- Taşdemir**, Yasemin: "Türk Hukukunda Aile Hekimliği Sistemi ve Aile Hekiminin İşveren Sıfatına İlişkin Bir İnceleme [The Family Physician System in Turkish Law and a Review of the Employer Capacity of Family Physicians]", Maltepe University Faculty of Law Review, N. 2, 2021, p. 261-296.
- Tatar**, Mehtap/**Mollahaliloğlu**, Salih/**Şahin**, Bayram/**Aydın**, Sabahattin/**Maresso**, Anna/**Hernández-Quevedo**, Cristina: "Turkey: Health system review", Health Systems in Transition, V. 13, N. 6, 2011, p. 1-186.
- The Ministry of Health of Türkiye**: Health Statistics Yearbook 2021, Ministry of Health, Ankara 2023. <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/45317,siy2021-ingilizcepdf.pdf?0> (last visited April 22, 2023).
- Tuncay**, A. Can/**Ekmekçi**, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri [Social Security Law Courses], 20th Edition, Beta Publishing, İstanbul 2019.
- Turkish Medical Association Report**: "Sağlıkta Dönüşüm Programı Çöktü Aile Hekimliği: Ne Dediler, Ne Oldu? [Transformation in Health Programme Collapses: General Health Insurance: What Did They Say, What Did Actually Happen?]", Community and Physician, V. 33, N. 6, 2018, p. 470-472.
- Turkish Medical Association Report**: "Sağlıkta Dönüşüm Programı Çöktü Genel Sağlık Sigortası: Ne Dediler? Ne Oldu? [Transformation in Health Programme Collapses: General Health Insurance: What Did They Say, What Did Actually Happen?]", Community and Physician, V. 33, N. 6, 2018, p. 466-469.
- Türkiye İstatistik Kurumu**: Yaşam Memnuniyeti Araştırması 2022 [Life Satisfaction Research 2022], Türkiye İstatistik Kurumu, Ankara 2023. https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/yayinGoruntuleme.zu1?yayin_no=59 (last visited May 4, 2023).

Uşan, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları [Fundamentals of Turkish Social Security Law], Seçkin Publishing, Ankara 2009.

Üçışık, H. Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku [Social Security Law], Ötüken Publishing, Ankara 2015.

World Health Organization: Strategic Planning for Health: A Case Study from Turkey, WHO Regional Office, Copenhagen 2015.
https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0017/272321/Strategic-Planning-for-Health_Turkey.pdf (last visited May 2, 2023).

World Health Organization: Successful Health System Reforms: The Case of Turkey, WHO Regional Office, Copenhagen 2012.
<https://disab.saglik.gov.tr/Eklenti/2106/0/successful-health-system-reforms-the-case-of-turkeypdf.pdf> (last visited May 2, 2023).

Yılmaz, Volkan: The Politics of Healthcare Reform in Turkey, Palgrave Macmillan, Cham 2017.

<https://www.alomaliye.com/2022/01/12/cumhurbaskanligi-karari-karar-sayisi-5089/> (last visited February 2, 2023).

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=EBiEoUc7BpEm8laGP9uvfuvTnLEZ4iIqzuLiBGVhIkTQDMDWUgaKm8mAWpF0aaxX> (last visited March 15, 2023).

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/74711/133294/F-379338786/TUR74711%20Eng.pdf> (last visited January 18, 2023).

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/43377> (last visited January 9, 2023).

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/154304> (last visited January 9, 2023).

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/187716> (last visited January 9, 2023).

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf> (last visited January 22, 2023).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17229&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> (last visited June 9, 2023).

<https://mhrrs.gov.tr/vatandas/#/> (last visited June 9, 2023).

<https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6/> (last visited March 22, 2023).

https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/2021/TC_Anayasasi_ve_TBMM_Ic_Tuzugu_Ingilizce.pdf (last visited January 21, 2023).

CEZA KOŞULUNUN AŞIRILIĞININ TESPİT EDİLMESİ KONUSUNDA YARGI KARARLARINDA KULLANILAN KISTASLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375593>

Arş. Gör. Dr. Musa Furkan ŞAHİN*

Öz

Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklı sözleşmede kararlaştırıldıysa ceza koşulu talep edebilir. Taraflar, ceza koşulunun miktarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istedikleri gibi belirleyebilirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III. maddesinde ceza koşulunun aşırı olması hâlinde hâkime ceza koşulunu indirme yetkisi tanınmıştır. Hâkimin ceza koşulunda indirim yapabilmesi için öncelikle ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit etmesi gerekir. Ceza koşulu aşırı ise hâkim bu aşırılığı giderecek oranda indirim yapmalıdır. Hâkim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyete göre değerlendirmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nda hâkimin ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken hangi kıstasları esas alması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yargı kararlarında ve doktrinde ceza koşulunun aşırı olmasının tespitine ilişkin ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmadaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlaliindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişki kıstaslarının esas alınabileceği kabul edilmektedir. Ancak hâkim başka kıstasları da göz önünde bulundurabilir. Bu çalışmada, aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına konu olan olaylar ve bu olaylara uygulanan kıstaslar incelenmektedir.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara (musafurkan.sahin@asbu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7277-1013 (Geliş Tarihi: 12.06.2023-Kabul Tarihi: 20.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Ceza koşulu, Aşırı ceza koşulu, Hâkimin takdir yetkisi, Hakkaniyet, Ceza koşulunun indirilmesi

**CRITERIA USED IN JUDICIAL DECISIONS ON DETERMINING
THE EXCESSIVENESS OF THE CONTRACTUAL PENALTY**

(Research Article)

Abstract

If the parties have agreed in the contract, the creditor may demand a contractual penalty when the obligor does not perform his obligation. The parties may freely agree on the amount of the penalty in accordance with the principle of freedom of contract. Article 182/III of Turkish Code of Obligations No. 6098 authorizes the judge to reduce the contractual penalty if the penalty is excessive. In order to reduce the penalty, the judge must first determine that the penalty is excessive. If the penalty is excessive, the judge must make a reduction to eliminate this excessiveness. While determining whether the amount of the penalty is excessive or not, the judge should evaluate the characteristics of the case in accordance with justice and equity. There is no provision in the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the criteria to be taken into consideration by the judge when determining the excessiveness of the penalty. In judicial decisions and doctrine, it is accepted that the purpose of the contractual penalty, the creditor's interest in the performance of the obligation, the creditor's damages caused by breach of the contract, the obligor's interest from the breach of contract, the seriousness of the breach of contract, the fault of the obligor in the breach of contract, the economic situation of the obligor, the type and duration of the contract, the experience of the parties in business life, the change in economic conditions and the relationship between the penalty and the number of the breaches of contract may be taken into consideration for determining the excessiveness of the penalty clause. However, the judge may also consider other criteria. This study analyses the cases and the criteria applied to these cases in the decisions of the Swiss Federal Court and the Turkish Court of Cassation on the reduction of excessive contractual penalty.

Keywords

Contractual penalty, Excessive contractual penalty, Judicial discretion, Equity, Reduction of the contractual penalty

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 179-182’de düzenlenen ceza koşulu, hukuki işlemin taraflarından birinin diğer tarafın borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi şartıyla talep edebileceği¹, tarafların özgürce belirlediği² ve

¹ Ceza koşulu, geciktirici koşul niteliğindedir. Ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi söz konusu olmalıdır, bkz. **Escher**, Arnold/**von Tuhr**, Andreas: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984, s. 277; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2014, N. 3791; **Pellanda**, Katja Roth: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 160 OR, N. 7; **Wuffli**, Daniel: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 160, N. 1; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, N. 3687; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, N. 1565; **Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 729; **Erdem**, Mehmet: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, TBK m. 179, N. 11; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 1999, (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, Erişim Tarihi: 22.03.2023), s. 16; **Ayhan**, Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlı Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 307; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1015; **Arkan**, Azra: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1-2-3, 1997, s. 78. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin özel nitelikte olduğu ve somut olayda bu hükümlerde bulunmayan bir durum söz konusu olursa koşula ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 170-176’nın uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1565; **Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 3.

² **Becker**, Hermann: BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1945, Art. 160 OR, N. 1; **Widmer**, Markus/**Costantini**, Renato/**Ehrat**, Felix R.: BSK – Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 163 OR, N. 3; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 8; **Hürlimann**, Roland: “Bonus und Malus in Bauverträgen”, Schweizerische Baurechtstagung 2009 - ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2008, s. 217; **Arsebük**, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, Sayı 16, 1936, s. 992; **Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtrasına Armağan, Ankara

ekonomik değeri olan³ bir edimdir. Ceza koşulu, fer'i (bağlı) borç niteliğindedir⁴. Buna göre, ceza koşulunun varlığı, asıl borcun⁵ geçerli olmasına

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 117; **Eren**, N. 3683; **Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 (m.83-206), Yetkin Yayınları, Ankara 2022, TBK m. 182, N. 1; **Göktürk**, Hüseyin Avni: "Cezaî Şart Müessesesi", İzmir Barosu Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-13, 1938, s. 399; **Kanık**, Tahir: "Cezaî Şart", Adalet Dergisi, Cilt 41, Sayı 8, 1950, s. 1076; **Yavuz**, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 533; **Aksoy**, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 1000; **Karagöz**, Veli: "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezaî Şartın İndirilmesi", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, Y. 2014, s. 112; **Karshoğlu**, Hasan: "Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 12, 2022, s. 112; **Demircioğlu**, A. Murat: "İş Hukukunda Cezaî Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 160. Tarafların ceza koşulunun miktarını belirlemekte özgür olduğuna ilişkin bkz. BGE 82 II 142, 146; BGE 91 II 372, 383; BGE 102 II 420, 425; BGE 103 II 129, 135; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 22.01.2020, E. 2019/5271, K. 2020/530, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023). Ceza koşulunun konusu TBK m. 27'ye göre "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız*" olamaz.

³ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3788; **Becker**, BK, Art. 160 OR, N. 5; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 12; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 6; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 14; **Eren**, N. 3683; **Oğuzman/Öz**, N. 1575; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, N. 5037; **Cansel/Özel**, s. 718; **Günay**, Cezaî Şart, s. 6; **Erdem**, TBK m. 179, N. 10; **Ozanoğlu**, s. 15; **Karshoğlu**, s. 116; **Arkan**, s. 81; **Akkayan Yıldırım**, Ayça: "Cezaî Şartın İşlevi: Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 370; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 100; **Demircioğlu**, s. 160. Ceza koşulunun verme, yapma veya yapmama edimi olabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1576. Ekonomik değere sahip olmayan bir edimin de ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceğine ilişkin bkz. **Gümüş**, s. 1013. Ceza koşulunun yükümlülüklerde bir artış veya malvarlığında bir azalma şeklinde kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BGE 135 III 433, 438.

⁴ **Escher/von Tuhr**, s. 279; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3788; **Becker**, BK, Art. 160 OR, N. 8; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 3; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 5; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 7; **Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018, §20, N. 75; **Arsebük**, s. 987; **Bilge**, s. 59; **Tunçomağ**, s. 15; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 342; **Oğuzman/Öz**, N. 1580; **Eren/Dönmez**, TBK m. 180, N. 1; **Kılıçoğlu**, N. 5048;

bağlıdır. Nitekim TBK m. 182/II'ye göre asıl borç geçersizse ceza koşulu istenemez.

Ceza koşulunun miktarının belirlenmesinde sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. TBK m. 182/I'e göre taraflar ceza koşulunun miktarını istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak TBK m. 182/III'te tarafların kararlaştırdıkları ceza koşulu aşırıysa hâkime bu ceza koşulunun indirilmesine yönelik yetki tanınmaktadır⁶. Hâkim bu yetkisini kullanarak ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramaz, sadece ceza koşulunda indirim yapabilir⁷. Ceza koşulunun

Cansel/Özel, s. 719; **Ozanoğlu**, s. 15; **Yavuz**, s. 526; **Aksoy**, s. 1007; **Ayhan**, s. 307; **Arkan**, s. 82; **Karagöz**, s. 111; **Çınar**, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 16, 2009, s. 95; **Akkayan Yıldırım**, s. 366; **Öcal Apaydın**, Bahar/**İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 236. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

⁵ Asıl borç, ceza koşulunun bağlandığı ve hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde ceza koşulunun talep edilebileceği borçtur.

⁶ TBK m. 182/III (İBK m. 163/III) hükmünün sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına yönelik olduğuna ilişkin bkz. **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 1; **Ozanoğlu**, s. 52; **Karagöz**, s. 112; **Çınar**, s. 93; **Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 129, 2017, s. 223. Aynı yönde bkz. 5A_212/2008. Temerrüt faizinin üst sınırını aşan miktarda ceza koşulu kararlaştırıldığında aşan kısım bakımından kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olması gerektiğine ilişkin bkz. **Özmen**, E. Saba/**Aktaş**, Türkan: “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 49 vd.

⁷ **Eren**, N. 3716; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 11; **Oğuzman/Öz**, N. 1627; **Erdem**, TBK m. 182, N. 37; **Ayhan**, s. 308; **Çernis**, s. 517; **Karagöz**, s. 116; **Çınar**, s. 110; **Arkan**, s. 97; **Çabri**, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 3, Sayı 11, 2006, s. 923; **Dirican**, s. 189; **Urhanoglu**, İstar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2022, s. 110; **Uygur**, s. 817; **Öktem Çevik**, Seda: “Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 109. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, T. 02.07.2015, E. 2014/25209, K. 2015/22987, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi'nin hâkimin ceza koşulu miktarını aşırı olmayan bir seviyeye indirmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. 4A_606/2019. Doktrindeki başka bir görüşe göre ise alacaklının ifada hiçbir menfaati yoksa ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması da mümkündür. Bu

indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III hükmü kamu düzenine ilişkin bir kuraldır ve emredici niteliktedir⁸. Bu hüküm ile ceza koşulunun borçlu üzerindeki baskısının hakkaniyete aykırı olmasının engellenmesi ve ekonomik olarak güçlü tarafın zayıf tarafı istismar etmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁹.

Türk hukukunda TBK m. 182/III’te düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirilmesi müessesesi Roma hukukunda bulunmamaktaydı. Roma hukukunda ceza koşulu (*stipulatio poenae*) kararlaştırılabilmekteydi¹⁰. Borçlu ancak Roma hukukundaki *semel commissa poena non evanescit* (gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması) ilkesinin istisnaları sayesinde korunmaktaydı¹¹. İslam hukukunda ise klasik erken dönem fıkıh kitaplarında ceza koşulu müessesesi bulunmamaktaydı. Günümüzde ceza koşulu müessesesi modern hukukun etkisiyle İslam hukukuna da girmiştir¹². İslam hukukunda tarafların kararlaştırdığı ceza koşulunda indirim yapılması

görüş gerekçe olarak kanunda indirim için alt sınır belirlenmediğini göstermektedir, bkz. **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 20; **Schoch**, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1935, s. 68.

Hâkimin, ceza koşulunu başka bir edime çeviremeyeceğine; ancak ceza koşulunun bölünemez bir edim olması hâlinde bu edimi paraya çevirip indirim yapabileceğine ilişkin bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1627. Ceza koşulu bölünemeyen bir edimse indirim usulünü tercih etmesi için alacaklıya seçim hakkı tanınmalıdır. Alacaklı, borçlunun edimi ifa edip kendisinin aşırı kısmı para olarak iade etmesini tercih edebilir. İkinci olarak ise alacaklı, borçlunun edimin aşırı olmayan kısmını para olarak vermesini seçebilir. Korunması gereken taraf alacaklı olduğundan bunun seçimi alacaklı tarafından yapılmalıdır, bkz. **Günay**, Cezai Şart, s. 212; **Erdem**, TBK m. 182, N. 40.

⁸ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Hürlimann**, s. 217; **Cansel/Özel**, s. 715; **Günay**, Cevdet İlhan: “İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 37; **Gümüş**, s. 1031; **Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 226; **Urhanoglu**, s. 108. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁹ **Escher/von Tuhr**, s. 284; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Santoro**, s. 109; **Bilge**, s. 117; **Ozanoğlu**, s. 52; **Kocaaga**, s. 322; **Çabri**, s. 923; **Karagöz**, s. 113; **Öktem Çevik**, s. 108. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰ **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 67-68; **Dinçer Araz**, Nilgün: Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 121 vd.

¹¹ Roma hukukundaki *semel commissa poena non evanescit* (gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması) ilkesi ve bunun istisnalarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Dinçer Araz**, s. 198 vd.

¹² **Pekdemir**, s. 49.

da mümkündür. Ceza koşulunun indirilmesi, İslam hukukunun temel amaçlarından biri olan “yeryüzünde adaletin sağlanması ve zulmün ortadan kaldırılması”na dayandırılmaktadır¹³. Buna göre İslam hukukunda hâkimin, tarafların ceza koşulu kararlaştırmadaki amaçlarını araştırma ve fahiş oranda ceza koşulu tespit ederse sözleşmede değişiklik (tadil) yapma sorumluluğu mevcuttur¹⁴.

TBK m. 182/III’te ceza koşulunun aşırı olması hâlinde indirilmesi düzenlenmekte ancak hâkimin aşırılığı hangi kıstaslara göre tespit etmesi gerektiği yanıtlanmamaktadır. Bu çalışmada, aşırı ceza koşulunun tespitinde dikkate alınması gereken kıstaslara ilişkin Türk ve İsviçre doktrinindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmektedir. Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları üzerinde durulmaktadır. Böylece, ceza koşulunun indirilmesinde kullanılan kıstasların örnek olaylar ile somutlaştırılması amaçlanmaktadır.

I. HÂKİMİN AŞIRI CEZA KOŞULUNUN MİKTARINDA İNDİRİM YAPMASININ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

Ceza koşulunun indirilmesinin şartları; taraflar arasında geçerli bir ceza koşulu anlaşması bulunması, ceza koşulunun muaccelliyet kazanması, cezanın kural olarak ifa edilmemesi¹⁵ ve ceza koşulunun miktarının aşırı olmasıdır¹⁶. Hâkim bu şartların sağlandığına kanaat getirirse ceza koşulunun indirilmesine resen¹⁷ karar verir. Bu karar, yenilik doğuran karar niteliğindedir ve hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili doğurur¹⁸.

¹³ Pekdemir, s. 246.

¹⁴ Pekdemir, s. 248 vd.

¹⁵ Doktrindeki bir görüşe göre ceza koşulu ödendiye indirim yapılamaz (bkz. **Tunçomağ**, s. 156; **Eren**, N. 3708; **Dirican**, s. 187). Diğer görüşe göre ceza koşulu ifa edildiyse bunun miktarında indirim yapılması çelişkili davranış yasağına aykırıdır. Ancak ifa sırasında ihtirazi kayıt konması, ifada alacaklının hilesinin veya tehdidinin etkisinin olması veya kısmi ifa gibi durumlarda ceza koşulu ödendiye dahi indirim yapılabilir (bkz. **Yağcıoğlu**, s. 240-241. Ayrıca bkz. **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 98). Başka bir görüşe göre ise ceza koşulu ödendiye de indirim söz konusu olabilir (bkz. **Arkan**, s. 96).

¹⁶ Ceza koşulunun indirilmesinin şartlarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Tunçomağ**, s. 141 vd.; **Eren**, N. 3705-3709; **Günay**, Cezai Şart, s. 179 vd.; **Erdem**, TBK m. 182, N. 12 vd.; **Ozanoğlu**, s. 54-55; **Kocaaga**, s. 331 vd.; **Yağcıoğlu**, s. 235; **Karagöz**, s. 113-114; **Arkan**, s. 94-96; **Dirican**, s. 186-191; **Karshoğlu**, s. 113 vd.; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 92 vd.; **Yücel**, Özge: “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 3, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 2946 vd.; **Dovan Karacıoğlu**, Ayşe Merve: Aşırı Sözleşme Cezasının İndirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 71-79.

¹⁷ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 121; 4A_174/2011. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim

TBK m. 182/III'te hâkimin ceza koşulunda indirim yapabilmesi için bu ceza koşulunun miktarının aşırı olması gerektiği açıkça düzenlenmektedir¹⁹. Buna göre, hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmeli ve ceza koşulu aşırıysa indirim yapılması yönünde karar vermelidir²⁰. Diğer ifadeyle,

Tarihi: 08.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 21.01.2020, E. 2019/4856, K. 2020/431, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Hâkimin ceza koşulunu indirmesi yetkisinin talebe bağlı mı olduğu yoksa hâkimin bu yetkisini resen mi kullanabileceği konusunda tartışma bulunmaktaydı. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle TBK m. 182/III'te yer alan "*kendiliğinden*" ibaresi bu tartışmayı sonlandırmıştır. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesi yetkisini resen kullanabileceğine ilişkin bkz. **Eren**, N. 3715; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 10; **Oğuzman/Öz**, N. 1628; **Cansel/Özel**, s. 732; **Erdem**, TBK m. 182, N. 31; **Gümüş**, s. 1035; **Kocağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 356; **Çernis**, Volf: "Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi Meselesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 26, Sayı 9, 1952, s. 516; **Arıcı**, Kadir: "Hizmet Akitlerine Cezaî Şart Konulması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997, s. 40; **Karagöz**, s. 113; **Karşoğlu**, s. 112; **Uygur**, Tanju: "Cezaî Şartın Tenkisi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, 1975, s. 816; **Öktem Çevik**, s. 109. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte olduğu dönemde ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi gerektiğine yönelik bir görüş de bulunmaktaydı, bkz. **Tunçomağ**, s. 152; **Arkan**, s. 96; **Dirican**, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 190. İsviçre hukukunda ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için hâkimin resen bunu göz önünde bulundurabileceğini savunanlar olduğu gibi (**Escher/von Tuhr**, s. 285; **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2017, N. 81.44; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 21; **Santoro**, Dimitri: Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, s. 111) borçlunun talebinin gerektiğini ileri sürenler de (**Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 11) bulunmaktadır. Alman hukukunda bu hususu açıkça düzenleyen BGB §343'e göre ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için borçlunun talebi gerekmektedir.

¹⁸ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 20; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10a; **Bilge**, s. 120; **Eren**, N. 3716; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 11; **Yavuz**, s. 535; **Kocağa**, s. 374; **Arıcı**, s. 34; **Yağcıoğlu**, s. 229-234; **Çınar**, s. 110; **Öktem Çevik**, s. 110. Hâkimin ceza koşulunda indirim yapmaya yönelik kararının tespit hükmü olduğu yönünde bkz. **Gümüş**, s. 1035.

¹⁹ TBK m. 182/III'te ceza koşulunun aşırı olması düzenlenmekte, ancak aşırılığın hangi anlama geldiği konusu yer almamaktadır. Bu hükümde bilinçli olarak bırakılmış kural içi boşluk bulunduğuna ilişkin bkz. **Kocağa**, s. 339; **Çabri**, s. 923; **Dirican**, s. 187; **Gülseven**, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezaî Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 94; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 99.

²⁰ Ceza koşulunun aşırı olması için bariz bir orantısızlık mevcut olmalıdır, bkz. **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 2; **Kramer**, Ernst A./**Probst**, Thomas: Bundesgerichtspraxis

hâkim hem ceza koşulunun aşırı olup olmadığını hem de ceza koşulu aşırıysa yapılması gereken indirimin miktarını kararında belirtmelidir²¹. Hâkim bu konuda karar verirken somut olayın özelliklerini²² adalet ve hakkaniyete göre değerlendirir²³. Bu sırada hâkim TMK m. 4'te tanınan takdir yetkisini²⁴ kullanır²⁵.

zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2003, s. 510; **Furrer/Müller-Chen**, §20, N. 78; **Hürlimann**, s. 217. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108; BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_174/2011; 4C.143/2003. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

²¹ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3824; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 16; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 7; **Couchepin**, Gaspard (çev. Mehmet Erdem/Doğan Kara): "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 112; **Couchepin**, s. 503; **Erdem**, TBK m. 182, N. 13; **Kocağa**, s. 343; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 236. Aynı yönde bkz. 4A_107/2011; 4A_141/2008; 4A_606/2019.

²² Her bir olayın kendi kapsamı ve delil durumuna göre ceza koşulunun değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

²³ **Escher/von Tuhr**, s. 284; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3824; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 21; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 6; **Koller**, N. 81.40; **Santoro**, s. 112; **Schoch**, s. 64; **Eren**, N. 3712; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 7; **Oğuzman/Öz**, N. 1626; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 181; **Erdem**, TBK m. 182, N. 14; **Ozanoğlu**, s. 53; **Yavuz**, s. 534; **Arıcı**, s. 40; **Yağcıoğlu**, s. 245; **Ayhan**, s. 308; **Karagöz**, s. 114; **Gülseven**, s. 95; **Çınar**, s. 100; **Arkan**, s. 95; **Dirican**, s. 189; **Karshoğlu**, s. 115; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 99; **Dovan Karacığan**, s. 51; **Gündüz**, Fehmi: "Hizmet Akitlerinde Cezai Şart", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 3, 2014, s. 140; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 236. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; BGE 138 III 746, 749; 4A_107/2011; 4A_141/2008; 4A_174/2011. Ceza koşulunun miktarı, adalet ve hakkaniyete açıkça aykırıysa indirim yapılacağına ilişkin bkz. BGE 82 II 142, 146; BGE 91 II 372, 383. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Ceza koşulunun miktarının "*hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun*" tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 23.02.2016, E. 2015/504, K. 2016/5643, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.08.2023); Yarg. 6. HD, T. 12.09.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.08.2023).

²⁴ Hâkimin takdir yetkisi, hukuki düzenlemelerin somut olaya uygulanması sırasında hayatın olağan akışına ve adalete uygun karar verilmesini sağlar. Bu yetkisi ile hâkim,

Hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmesi için hangi anı esas alması gerektiğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre hâkim, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anı esas almalıdır²⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüş, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine ceza koşulunun muaccel olduğu anın esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁷. Başka bir görüş, hâkimin ceza koşulu talebi içeren davanın açılma tarihini esas almasını savunmaktadır²⁸. Diğer görüşe göre hâkim karar verme anını esas alarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmelidir²⁹. Son görüş ise, bu konunun kanunda bilinçli şekilde düzenlenmediğini ve hâkimin somut olaya göre farklı anları esas almasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir³⁰.

II. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASININ TESPİTİNE İLİŞKİN KISTASLAR

TBK m. 182/III hükmünde hâkimin aşırı bulduğu ceza koşulu miktarını indireceği belirtilmektedir. Bu hükmün uygulanmasında dikkate alınması gereken kıstaslar doktrinde ve yargı kararlarında ortaya konulmaktadır³¹. Bu

kural içi boşluğu somut olay bakımından doldurur. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken objektif olmalı, adil bir denge kurmalı ve uyumsuzluğu benzer durumlarda da uygulanabilir bir çözüme kavuşturmalıdır. Bununla birlikte hâkim, takdir yetkisini kanunun sınırları dâhilinde kalarak hakkaniyet çerçevesinde kullanmalıdır. Hâkimin uyumsuzluğun çözümünde kullandığı takdir yetkisi; yetki aşımı, yetki saptırması ve takdir sebeplerinin gösterilmemesi açılarından Yargıtay denetimine tabidir. Hâkimin takdir yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz. **Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993, s. 197 vd.; **Yılmaz**, Süleyman: Medeni Hukuk, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 123 vd.

²⁵ Ceza koşulunun aşırı olması hâlinde hâkim sözleşmeye müdahale edeceğinden takdir yetkisini titizlikle kullanmalıdır, bkz. **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Göktürk**, s. 406; **Arkan**, s. 93; **Yağcıoğlu**, s. 244; **Gülseven**, s. 96. Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540; BGE 103 II 129, 135.

²⁶ **Tunçomağ**, s. 150, dn. 36'da atıf yapılan yazarlar.

²⁷ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 11; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Erdem**, TBK m. 182, N. 36; **Gümüş**, s. 1034; **Urhanoglu**, s. 109; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 112.

²⁸ **Günay**, Cezai Şart, s. 196.

²⁹ **Tunçomağ**, s. 151; **Kocağa**, s. 353; **Arkan**, s. 96; **Yağcıoğlu**, s. 243-244; **Gülseven**, s. 122.

³⁰ **Çınar**, s. 101.

³¹ Bazı Yargıtay kararlarında sadece TBK m. 182/III hükmüne atıf yapılmakta, kıstaslardan bahsedilmemektedir, bkz. Yarg. 3. HD, T. 12.12.2022, E. 2022/7407, K. 2022/9353, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 01.12.2022, E. 2022/12878, K. 2022/15923, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:

kıstaslar; ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmasındaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişkidir³². Doktrinde ve yargı kararlarında vurgulananlar bunlar olsa da hâkim karar verirken başka kıstasları da dikkate alabilir.

Bir Yargıtay kararında bölge adliye mahkemesinin ceza koşulunda indirim yapılmasını içeren kararı oy çokluğuyla onanmıştır. Karşı oy yazısında, indirime “işvereni feshe götüren sebep ve saikler” ve “sözleşmenin süresi” gibi kıstasların gerekçe gösterildiği ancak bunların yasal olmadıkları belirtilmiştir³³. Kanaatimizce karşı oy yazısındaki açıklamalar yerinde değildir. Zira TBK m. 182/III’te değerlendirme kıstaslarına yer verilmemiştir ve hâkim, ceza koşulunun indirilmesi kararı verirken somut olaydaki etkenlere göre değerlendirme yapmalıdır.

Bazı olaylarda hâkimin ceza koşulunun aşırılığına karar verebilmesi için birden fazla kıstası birlikte gerekçe göstermesi gerekebilir. Bazı olaylarda ise diğer kıstasların belirtilmesine gerek kalmadan tek bir kıstas, hâkimin ceza koşulunda indirim yapması için yeterli olabilir. Bazen de birtakım kıstaslar ceza koşulunun aşırı olduğunu düşündürürken bazı kıstaslar ceza koşulunun normal sınırlarda kaldığını gösterebilir.

12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2022, E. 2022/6948, K. 2022/8710, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11745, K. 2021/16748, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 22.01.2020, E. 2019/5271, K. 2020/530, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 21.01.2020, E. 2019/4856, K. 2020/431, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 6. HD, T. 04.12.2016, E. 2016/2569, K. 2016/5645, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). TMK m. 4 uyarınca hâkimin, verdiği kararın gerekçesinde somut olaya uygulanan takdir yetkisinin sebeplerini de göstermesi gerekmektedir. Gerekçede takdir yetkisinin kullanıldığına dair genel bir ifadenin bulunması yeterli değildir, bkz. **Edis**, s. 220-221; **Yılmaz**, s. 134. Buna göre, Yargıtay kararlarında sadece TBK m. 182/III hükmüne atıf yapılması, hâkimin kararını gerekçelendirmesi olarak kabul edilemez. Yargıtay kararlarında ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hangi kıstasların esas alındığının da açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Böylece hâkimin ceza koşulunun indirilmesi kararını keyfi değil, objektif sebeplere dayanarak verdiği anlaşılabilir.

³² Ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi sürecinde ilkin incelenmesi gereken en önemli kıstasın alacaklının menfaati ve edimin ifa edilmemesinden doğan zararı olduğu yönünde bkz. **Koller**, N. 81.41; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 182.

³³ Yarg. 9. HD, T. 16.02.2021, E. 2020/8082, K. 2021/4047, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

Hâkimin her somut olayda, göz önüne aldığı kıstasların ceza koşulunun aşırılığının tespiti için yeterli olup olmadığını incelemesi gerekir. Zira bir somut olayda birden fazla kıstas birlikte göz önüne alınsa bile ceza koşulunun normal seviyede olduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık, başka bir somut olayda kıstaslardan birinin etkisi çok yoğun olabilir ve bu kıstas, diğerlerini etkisiz bırakarak tek başına ceza koşulunun fahiş olduğunu gösterebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında işten ayrıldıktan sonra belirli bölgelerde üç yıllık rekabet yasağı kabul etmiş işçi, eski işinden ayrıldıktan sonra başka işe girmiş ve aynı bölgelerde eski işverenin sattığı ürünlere benzer ürünler satmaya başlamıştır. Bunun üzerine eski işveren, işçinin son bir yıllık maaşı ve diğer ücretlerin toplamı 13.751,60 İsviçre frangı tutarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, işçinin hiçbir mal varlığı olmadığını ve yeni pozisyonunda eskisinden daha az kazandığını belirtmiş ve ceza koşulunun işçinin ekonomik durumu ile orantısız olduğu sonucuna varmıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme, eski işverenin elde ettiği ciro göz önüne alındığında rekabet yasağının eski işveren için önemli olduğunu ve rekabet yasağını ihlal eden işçinin kusurlu olduğunu dikkate alarak yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulu miktarını düşük bulmuş, ceza koşulu miktarını 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir³⁴. Bu kararında Federal Mahkeme, borçlunun ekonomik durumu kıstasına göre ceza koşulunun bir miktar indirilebileceğini ancak alacaklının menfaati ve borçlunun borcun ihlalindeki kusuru kıstaslarının da göz önüne alınarak indirim oranının sınırlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Burada mahkemenin birden fazla kıstası eş zamanlı olarak dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

A. Ceza Koşulunun İşlevi

Ceza koşulu, öncelikle borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesi yönünde zorlama işlevini haizdir³⁵. Borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse talep edilecek ceza koşulunun tazminata göre daha belirli ve somut

³⁴ Bkz. BGE 91 II 372, 384.

³⁵ Escher/von Tuhr, s. 277; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3781; Pellanda, CHK, Art. 160 OR, N. 5; Wuffli, OFK, Art. 160, N. 4; Koller, N. 81.15; Santoro, s. 24; Couchepin, s. 502; Bilge, s. 83; Oğuzman/Öz, N. 1564; Kılıçoğlu, N. 5038; Göktürk, s. 399; Cansel/Özel, s. 715; Günay, Cezai Şart, s. 4; Erdem, TBK m. 179, N. 15; Ozanoğlu, s. 17; Gümüş, s. 1008; Kocağa, s. 33; Arıcı, s. 32; Çabri, s. 921; Karagöz, s. 111; Taşkın, Zeynep Damla: “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1307; Kabakhoğlu Arslanyürek, s. 6.

olması sebebiyle borcunu gereği gibi ifa etme hususunda daha ihtiyatlı davranır. Ceza koşulunun diğer işlevi ise, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimalinde alacaklının zararını ispat yükü bulunmaksızın ceza koşulunu doğrudan isteyebilmesidir³⁶. Böylece alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olasılığına karşı kendini daha güvende hisseder. Ceza koşulunun sahip olduğu bu işlevler sayesinde kişilerin hukuki işlem yapma konusundaki çekinceleri azalır ve ticari hayatın devamlılığına katkı sağlanmış olur.

Ceza koşulunun borçlunun yararına işlevi ise, alacaklıyı ikna için kullanılabileceği bir hukuki müessese olmasıdır. Borçlu, bir sözleşmeden menfaat elde edeceğini düşünerek bu sözleşmeyi yapmak istediğinde alacaklı buna yanaşmayabilir veya karşı edimi elde etme konusunda tereddüt edebilir. Ancak sözleşmeye ceza koşulunun eklenmesi ile alacaklı, alacağına kavuşma ihtimalinin arttığını veya borcun ifa edilmemesi hâlinde ispat yükünden kurtulacağını düşünerek bu sözleşmeyi yapmaya ikna olabilir³⁷. Sözleşmede dönme cezası kararlaştırıldığında borçlunun bu ceza koşulunu ödemeyi göze alarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı bulunur³⁸.

Taraflar ceza koşulunu kararlaştırdıkları ceza koşulunun hem borçluyu ifaya zorlama hem de alacaklıyı ispat yükünden kurtarma işlevine eşit oranda önem vermiş olabilir. Ayrıca, bunlardan biri ön plana alınabilir. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti için somut olayda tarafların kararlaştırdığı ceza koşulunun işlevi göz önünde bulundurulmalıdır. Ceza koşulunda indirim yapılması, ceza koşulunun bu işlevlerini ortadan kaldırmamalıdır³⁹.

³⁶ **Escher/von Tuhr**, s. 277; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 1; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 5; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 4; **Koller**, N. 81.16; **Furrer/Müller-Chen**, §20, N. 73; **Santoro**, s. 26; **Arsebük**, s. 987; **Bilge**, s. 84; **Oğuzman/Öz**, N. 1560; **Kılıçoğlu**, N. 5039; **Gümüş**, s. 1008; **Cansel/Özel**, s. 727; **Günay**, Cezai Şart, s. 5; **Erdem**, TBK m. 179, N. 16; **Ozanoğlu**, s. 17; **Kocağa**, s. 36; **Aksoy**, s. 1012; **Ayhan**, s. 307; **Çabri**, s. 921; **Karagöz**, s. 111; **Gülseven**, s. 99; **Taşkın**, s. 1308; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 7. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108; BGE 133 III 43, 46; BGE 144 III 327, 332. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11745, K. 2021/16748, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

³⁷ **Aksoy**, s. 1012-1013.

³⁸ **Bilge**, s. 86; **Kocağa**, s. 38.

³⁹ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Santoro**, s. 118; **Tunçomağ**, s. 157; **Ozanoğlu**, s. 54; **Kocağa**, s. 323; **Yağcıoğlu**, s. 255; **Gülseven**, s. 113; **Çınar**, s. 106-107; **Arkan**, s. 97; **Akkayan Yıldırım**, s. 385; **Karşlıoğlu**, s. 115; **Uygur**, s. 816; **Yücel**, s. 2948. Hâkimin karar verirken sözleşmeye bağlılık ilkesini dikkate alması

Tarafların ceza koşulu kararlaştırırlarken borçlu üzerinde baskı oluşturma amaçları bulunmaktaysa ceza koşulunun indirimi sebebiyle borçlunun üzerindeki tazyik tamamen veya büyük oranda kaldırılmamalıdır⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda meslek birliği, üyelerinden biri olan işverenden çerçeve sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle 25.000 İsviçre frangı ceza koşulu talep etmiştir. Yerel mahkeme, ceza koşulunu 10.000 İsviçre frangına indirmiştir. Federal Mahkeme, 10.000 İsviçre frangının işveren üzerinde yeterince baskı oluşturacağını belirterek yerel mahkemenin yaptığı indirimi uygun bulmuştur⁴¹.

Tarafların ceza koşulu kararlaştırırlarken alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmayı amaçlıyorlarsa ceza koşulunda indirim yapılması sonucunda alacaklıya zararını ispat yükümlülüğü yüklenmemeli, ceza koşulu kararlaştırılmasındaki amaç yok sayılmamalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, davalı şirketin davacı şirketin herhangi bir zarara uğramadığını ileri sürmesi üzerine, ceza koşulunun işlevinin alacaklıyı zararı ispat etme yükümlülüğünden kurtarmak olduğunu vurgulamış ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir⁴².

B. Alacaklının Borcun İfasındaki Menfaati

Taraflar, kural olarak ekonomik menfaat elde etmek amacıyla sözleşme kurarlar. Alacaklının sözleşmeden beklediği ekonomik kazancın miktarı ile ceza koşulu arasındaki oran, ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesi açısın-

gerektiğine ilişkin bkz. **Ozanoğlu**, s. 54. Aynı yönde bkz. 4C.360/2004. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olaylardan birinde öğretmen işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinde işçinin maaşının altı katı tutarında ceza koşulu kararlaştırılmıştır. İşçi, 01.09.2013 tarihinde öğretmen olarak işe başladığı işverene ait okuldan, bir devlet okuluna atanması üzerine 07.02.2014 tarihinde istifa etmiştir. Yerel mahkeme ceza koşulu ödenmesine karar vermiş ancak ceza koşulu miktarında %75 oranında indirim yapmıştır. Yargıtay, %75 oranında indirim yapılmasının ceza koşulunun “*özünü etkileyecek oranda fahiş*” olduğunu belirterek daha uygun indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir, bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁴¹ Bkz. BGE 116 II 302, 305.

⁴² Bkz. BGE 95 II 532, 539 (Karara konu olay için bkz. II/E, dn. 58). Aynı yönde bkz. BGE 102 II 420, 425 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

dan bir gösterge olabilir⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, müşterilere internet platformu sağlama işlemleri konusunda bir franchising sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmede franchise alanın gizlilik yükümlülüğünü veya rekabet yasağını her bir ihlali için ceza koşulu olarak 10.000 İsviçre frangı ödemesi kararlaştırılmıştır. Franchise sözleşmesinin sona ermesinden önce, franchise alan, sekiz müşteriye başka bir şirketin müşterisi olarak hizmet almaya devam etmelerine yönelik teklifte bulunmuştur. Bunun üzerine franchise veren, franchise alandan 80.000 İsviçre frangı tutarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, franchise verenin müşteri başına yıllık 100 İsviçre frangı elde ettiğini belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre franchise verenin bir müşteriden elde edeceği yıllık gelirin yüz katı kadar ceza koşulu talebi, hiçbir müşterinin yüz yıl boyunca aynı internet platformuna üye olmasının beklenmemesi ve internet platformu sağlayıcısının da yüz yıl boyunca bu faaliyetine devam etmesinin öngörülebilir olmaması sebebiyle uygun değildir. Federal Mahkeme, ceza koşulu miktarının alacaklının ifadan beklediği gelirle bariz bir orantısızlığa sebep olduğunu gerekçe göstererek ceza koşulunun 8.000 İsviçre frangına indirilmesi yönünde karar vermiştir⁴⁴.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığı değerlendirilirken alacaklının sözleşmeye taraf olma konusundaki ekonomik menfaatleri ile birlikte manevi yararları da göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁵. Her ne kadar manevi menfaat-

⁴³ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 9; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Santoro**, s. 113; **Arsebük**, s. 994; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 355; **Ozanoğlu**, s. 53; **Kocaağa**, s. 344; **Aksoy**, s. 1004; **Yağcıoğlu**, s. 246; **Gülseven**, s. 99; **Çınar**, s. 107; **Arkan**, s. 95; **Karshoğlu**, s. 118. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında diğer kıstaslarla birlikte iş sahibinin zararının çok az olmasını gerekçe göstererek ceza koşulunun indirilmesini haklı görmüştür, bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

⁴⁴ Bkz. 4A_5/2015.

⁴⁵ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Santoro**, s. 113; **Schoch**, s. 66; **Arsebük**, s. 994; **Bilge**, s. 121; **Tunçomağ**, s. 147; **Yavuz**, s. 535; **Günay**, Cezai Şart, s. 182; **Kocaağa**, s. 344; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 103; **Yücel**, s. 2948; **Dovan Karacıgan**, s. 53. Şımarıklık ve ukalalık şeklinde nitelendirilebilecek çıkarların dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Tunçomağ**, s. 147; **Günay**, Cezai Şart, s. 190.

İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen olayda davacı ile davalı arasında şirket birleşmesi sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması hâlinde maddi olmayan zararlar göz önünde bulundurularak 1.000.000 İsviçre

lerin ekonomik karşılığının tam olarak belirlenmesi mümkün olmasa da tahmini bir belirleme yapılabilir⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, taraflar arasında yararlanan kişinin taşınmazında yapılacak inşaat için kullanmak üzere yüklü taşınmaza yol inşa etme konulu sözleşme yapılmıştır. Sözleşmeye göre yol 30 Kasım 2003 tarihine kadar ücretsiz olarak kullanılacak, 1 Aralık 2003 tarihi itibarıyla taşınmaz eski hâline getirilecektir. Bu tarihe uyulmazsa yararlanan kişi, aylık 5.000 İsviçre francı ceza koşulu ödeyecektir. Yararlanan kişinin sözleşmede belirlenen tarihten sonra bu yolu eski hâline getirmemesi sebebiyle yüklü taşınmazın maliki önce bildirim yapmış, bildirimle rağmen değişiklik yapılmayınca 2 Ekim 2006 tarihinde dava açmıştır. Bu davada yüklü taşınmazın maliki, 170.000 İsviçre francı miktarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, yüklü taşınmazın malikinin belli bir süre ile sınırlı olarak bu yükümlülük altına girmek istediğini, daha sonra yük olmaksızın taşınmazı kullanmayı amaçladığını belirtmiştir. Federal Mahkeme, yolun eski hâle getirilmemesinin yüklü taşınmazın malikinin ekonomik olmayan meşru menfaatlerini zedelediğini tespit etmiş ve ekonomik olarak ölçülebilir bir zararın doğmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Bu gerekçelere dayanarak Federal Mahkeme ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁴⁷.

francı ceza koşulu ödemesi hükmü bulunmaktadır. Davalı sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyeceğini (yanılma ve aldatma sebebiyle sözleşmeyi iptal ettiği gerekçesiyle) bildirmiş, davacı ise sözleşmeye bağlı kaldığını belirtmiştir. Daha sonra davacı, ifadan feragat ettiklerini, sadece sözleşmeden doğan ceza koşulu ve tazminatı talep edeceklerini bildirmiş, şirket birleşmesine konu hisseleri de başka şirkete satmıştır. Davacı tarafından ceza koşulunun talep edildiği davada Federal Mahkeme, hisseler her ne kadar ekonomik olarak güçlü bir şirkete satılmış olsa dahi bunun şirket birleşmesi ile karşılaştırıldığında itibar kaybına sebep olan bir hukuki işlem olduğunu vurgulamış ve diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 102 II 420, 425.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda bir futbol antrenörü ile futbol kulübü arasında 9 Aralık 2015 tarihinde iki yıl altı ay süreli bir sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde kalan sürede ödenecek olan tutarın ceza koşulu olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır. 10 Temmuz 2016 tarihinde antrenör, kulübün sözleşmeyi ihlal ettiğini iddia ederek sözleşmeyi feshetmiş ve CAS'a (Court of Arbitration for Sport) başvurarak sözleşme süresinin geriye kalan kısmında ödenecek olan 6.020.000 Euro miktarında ceza koşulu talep etmiştir. CAS, ceza koşulu miktarını 4.500.000 Euro olarak belirlemiştir. Futbol kulübünün ceza koşulu miktarının daha fazla indirilmesi gerektiği yönünde iddiasına karşılık Federal Mahkeme diğer kıstaslarla beraber antrenörün sözleşme süresinin sonuna kadar çalışsaydı itibar ve tecrübe kazanacağını da vurgulayarak CAS'ın belirlediği ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur, bkz. 4A_508/2017.

⁴⁶ Günay, Cezai Şart, s. 191; Kocaağa, s. 345; Yağcıoğlu, s. 249; Gülseven, s. 100.

⁴⁷ Bkz. 5A_212/2008.

C. Alacaklının Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Doğan Zararı

Alacaklının sözleşmede kararlaştırılan edimin borçlu tarafından hiç veya gereği ifa edilmemesi hâlinde genellikle zararı doğar. Hâkim, ceza koşulunun indirilmesi konusunda karar verirken alacaklının uğradığı bu zararı göz önünde bulundurmalıdır⁴⁸. Bu konuda, alacaklının hâlihazırda uğradığı zararların yanında gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararlar da dikkate alınmalıdır. Alacaklının zararı hesaplanırken borca aykırılık sonucunda gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararların da dikkate alınması gerekmektedir⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında alacaklının hem zarara uğraması ihtimalinin yüksek olduğunu hem de muhtemel zararın yüksek miktarda olma potansiyelinin bulunduğunu belirterek ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁵⁰.

Borçlu, edimini hiç veya gereği gibi ifa etmezse alacaklının çok az zararı doğuyorsa veya hiç zararı doğmuyorsa hâkimin ceza koşulunun aşırı

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi, rekabet yasağının ihlaline ilişkin bir olayda, eski işverenin elde ettiği ciro göz önüne alındığında rekabet yasağının eski işveren için önemli olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme, bu sebeple, yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulunun miktarını 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir, bkz. BGE 91 II 372, 384 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁴⁹ Escher/von Tuhr, s. 285; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3828; Widmer/Costantini/Ehrat, BSK, Art. 163 OR, N. 16; Pellanda, CHK, Art. 163 OR, N. 18; Santoro, s. 113; Bilge, s. 122; Gümüş, s. 1034; Kanık, s. 1077; Yavuz, s. 535; Erdem, TBK m. 182, N. 16; Kocağa, s. 345; Çınar, s. 108; Arkan, s. 95; Uygur, s. 817; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 238. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 54. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda bir muayenehanenin bütün hastaların dosyaları ile birlikte devredilmesine ilişkin sözleşme bulunmaktadır. Federal Mahkeme, diğer kıstaslar incelendiğinde, somut olayda ceza koşulunda belli bir oranda indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte somut olayda devreden borcunu gereği gibi ifa etmemesinin devralanın hasta kaybı riskini artırdığını vurgulamıştır. Bu sebeple daha düşük bir oranda indirim yapılması uygundur, bkz. 4A_160/2012 (Karara konu olay için bkz. II/E).

⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında işçinin beş yıl boyunca işverenin müşterileriyle ilgilenmiş olması, onların ihtiyaçlarını iyi bilmesi ve bu müşterilerle ilgilenmeye devam etmek istemesi sebebiyle sözleşmenin ihlali sonucunda işveren bakımından önemli bir zarar potansiyeli doğduğunu belirtmiştir, bkz. Bkz. 4A_107/2011 (Karara konu olay için bkz. II/F).

olduğu ve indirilmesi yönünde kanaati oluşabilir⁵¹. İsviçre Federal Mahkemesi, üç yıllık süre boyunca şirket merkezinin belli bir kantonda kalması borcunun bu sürenin dolmasından on yedi gün önce ihlal edilmesi üzerine açılan davada, borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesinde alacaklının önemli bir yararının kalmadığını belirterek ceza koşulunun indirilmesi yönünde karar vermiştir⁵².

Alacaklının sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararının ceza koşulunun miktarından daha az olması hâlinde ceza koşulunda indirim yapılması her zaman gerekemeyebilir⁵³. Zarar ile ceza koşulu arasındaki oran aşırı derecede dengesiz değilse indirim yapılmayabilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, kamyon şoförü ile şirket arasındaki sözleşmeye göre şirket, sipariş geldikçe kamyon şoförünü görevlendirecektir. Kamyon şoförü, sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonraki on iki ay boyunca başka bir şirketin siparişleri için çalışmayacak, aksi takdirde 30.000 İsviçre francı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. Kamyon şoförü, sözleşme sona erdikten bir süre sonra (henüz on iki ay dolmadan) başka bir şirket ile sözleşme yapmıştır. Federal Mahkeme, ilk şirketin 19.200 İsviçre francı zararının doğduğunu, ceza koşulunun alacaklının zararını aşmasının tek başına aşırılığı göstermediğini belirterek ve diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁵⁴.

Alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarar ile ceza koşulu arasında büyük bir fark ve dengesizlik olduğu takdirde ise indirim yapılması mümkündür⁵⁵. Özellikle ceza koşulunun ödenmesi ile alacaklının açıkça zenginleşecek olması veya zarar ile ceza koşulu

⁵¹ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 122.

⁵² Bkz. 4A_174/2011 (Karara konu olay için bkz. II/H).

⁵³ Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108, 109; BGE 133 III 43, 54. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

İsviçre Federal Mahkemesi, ceza koşulu olarak 10.000 İsviçre francı kararlaştırılan bir olayda alacaklının 3.000 ile 6.000 İsviçre francı arasında zarara uğradığını tespit etmiş ve diğer kıstasları da göz önüne alarak ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 82 II 142, 147 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁵⁴ Bkz. 4C.360/2004.

⁵⁵ Alacaklının zararına ilişkin bilgilere borçlunun erişememesi ve bu bilgilerin alacaklı tarafından mahkemeye sunulmaması hâlinde hâkimin alacaklının zararının mümkün olduğunca yüksek olduğunu kabul etmesi beklenemez, bkz. 4C.172/2006 (Karara konu olay için bkz. II/I).

arasında bir oransızlık olması hâllerinde ceza koşulu aşırıdır⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda taraflar arasında bir sitedeki on beş adet dairenin satışına ilişkin simsarlık sözleşmesi yapılmıştır ve sözleşmeye aykırılık hâlinde on beş dairenin tamamının satış fiyatının yüzde biri oranında ceza koşulu kararlaştırılmıştır. Davacı, davalının borca aykırı davranması sebebiyle 50.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu talep etmiş, yerel mahkeme dairelerin satış fiyatının yüzde birini 45.760 İsviçre frangı olarak hesaplayarak bu miktarda ceza koşuluna hükmetmiştir. Federal Mahkeme, tarafların ceza koşulunu belirlerken oran kararlaştırdıklarından dolayı miktarın yüksekliğini öngöremediklerini ve davacının uğraması muhtemel zararın abartıldığını gerekçe göstererek ceza koşulunu 20.000 İsviçre frangına indirmiştir⁵⁷.

Hâkimin ceza koşulunda yaptığı indirim, ceza koşulunu alacaklının zararına eşit hâle getirmemelidir. Zira ceza koşulunun alacaklının zararı miktarına indirilmesi hâlinde artık borçluyu ifaya zorlama işlevi kaybolur⁵⁸. Bu sebeple, alacaklının zararı ile ceza koşulu arasında önemli bir fark olduğu takdirde ceza koşulunun aşırılığı giderilmelidir; ancak ceza koşulu alacaklının zararına göre somut olayın şartlarına uygun olacak şekilde daha yüksek bir miktarda olmalıdır⁵⁹.

D. Borçlunun Borca Aykırı Davranmasındaki Menfaati

Borçlu, borca aykırı davranışı sonucunda katlanması gereken bir zarardan kurtulmuş ve bu sayede bir menfaat elde etmiş olabilir. Borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda menfaat elde edip etmemesi, hâkimin ceza koşulunu indirmesi için göz önüne alması gereken kıstaslardan biridir⁶⁰.

⁵⁶ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16. Aynı yönde bkz. BGE 41 II 138, 144-145. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁵⁷ Bkz. BGE 103 II 129, 136-137.

⁵⁸ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 23; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 11; **Yağcıoğlu**, s. 247; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 114. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108, 109.

⁵⁹ Ceza koşulunun alacaklının zararı miktarına indirilememesi, ceza koşulunun alacaklının zararının miktarından daha az olacak miktara indirilmemesi sonucunu da içermektedir. Aynı yönde bkz. BGE 133 III 43, 53. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/

Borçlu, borca aykırılık sonucunda önemli derecede menfaat elde etmişse ceza koşulunun aşırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁶¹. Buna karşılık hâkim, borçlunun hukuki işleminden menfaati olmadığı veya borca aykırı davranması sonucu hiçbir menfaat elde etmediği gerekçesiyle ceza koşulunun miktarının indirilmesi yönünde karar verebilir⁶².

E. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Ceza koşulunun aşırı olmasının tespitine ilişkin kıstaslardan biri, borca aykırılığa ilişkindir⁶³. Bu kıstas değerlendirilirken borca aykırılığın ağırlığına odaklanılmaktadır⁶⁴. Borca aykırılık ağırsa ceza koşulunda indirim yapılması muhtemeldir⁶⁵.

9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶¹ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Schoch**, s. 67; **Bilge**, s. 123; **Kocağa**, s. 351; **Yağcıoğlu**, s. 254; **Gülseven**, s. 111. Borçlu, asıl borcu ifa etmeyip ceza koşulu ödendiğinde sigortadan bir bedel elde edecekse indirim yapılmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Cansel/Özel**, s. 732.

⁶² **Bilge**, s. 123; **Çınar**, s. 108.

⁶³ Bu konuda bkz. BGE 82 II 142, 147; BGE 91 II 372, 384; BGE 102 II 420, 426; BGE 103 II 129, 136; BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015, 4C.276/2003. Bu konuda bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁴ **Santoro**, s. 113; **Günay**, Cezai Şart, s. 191; **Ozanoğlu**, s. 53; **Yağcıoğlu**, s. 251. Aynı yönde bkz. 5A_212/2008.

⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, danışmanlık hizmeti veren davacı şirket ile davalı şirket arasında danışmanlık sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre davalı şirketin, davacı şirketin işçilerini sözleşme boyunca ve takip eden 18 ay süresince istihdam etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi hâlde davacı şirketten ayrılıp davalı şirkette çalışmaya başlayan işçinin iki yıllık toplam brüt maaşı kadar ceza koşulu ödeneceği hükmü kararlaştırılmıştır. Davacı şirketin işçilerinden biri, 30 Nisan

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, taraflar arasındaki sözleşmeye göre davalı devreden, muayenehanesini bütün hastaların dosyaları ile birlikte davacı devralana devretme borcu altına girmiştir. Buna karşılık davacı, davalıya ilk taksit olarak 350.000 İsviçre frangı, ikinci taksit olarak 340.000 İsviçre frangı ödeyecektir. Bu ödeme, tarafların sadakatle ve sözleşmeye uygun davranması şartına bağlanmıştır. İlk taksit ödendikten sonra davalı, bazı hasta dosyalarını davacıya teslim etmemiş ve bilgisayardaki veri tabanını da silmiştir. Bunun üzerine davacı, davalının sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek ikinci taksiti ödemekten kaçınmıştır. Federal Mahkeme, sözleşmedeki sadakat yükümlülüğüne ilişkin hükmü ceza koşulu olarak nitelendirmiştir. Bu kararda, Federal Mahkeme, davalı borcunu gereği gibi ifa etmese de davacının muayenehaneyi devralabildiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, bu sonucu göz önünde bulundurarak ceza koşulu miktarını 170.000 İsviçre frangına indirmiştir⁶⁶. Dolayısıyla somut olayda borca aykırılık bulunsa dahi Federal Mahkeme sonuç olarak alacaklının sözleşmedeki amacına ulaştığını ve borca aykırılığın ağır olmadığını esas alarak ceza koşulunun miktarında indirim yapmıştır.

Borçlunun borcunu kısmi ifası, borca aykırılığın ağır olmadığını ve ceza koşulunda indirim yapılabileceğini göstermektedir⁶⁷. Yargıtay kararına konu olan bir olayda yüklenici, bağımsız bölümleri geç teslim ederse geç kalınan her gün için 750 TL ödemesi kararlaştırılmıştır. Bağımsız bölümlerin

1967 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere iş sözleşmesini feshetmiş, 1 Mayıs 1967 tarihinden itibaren davalı şirkette işe başlamıştır. Federal Mahkeme, işçiye davalı şirketin davacı şirketten aldığı maaştan çok daha yüksek olan 48.000 İsviçre frangı maaş vermesini de dikkate almış ve işçinin sonuçları bilerek ve öngörerek sözleşmeyi ihlal ettiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, bununla birlikte diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 95 II 532, 540.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda kamyon şoförü ile şirket arasındaki sözleşmede, sözleşmenin sona ermesinden sonraki on iki ay içinde kamyon şoförünün başka bir şirketin siparişleri için çalışırsa ceza koşulu ödeyeceğine yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Kamyon şoförünün sözleşmenin sona ermesinden kısa bir süre sonra başka bir şirket için çalışmaya başlaması üzerine açılan davada Federal Mahkeme kamyon şoförünün sözleşme ile üstlendiği borcu tereddütsüz bir şekilde göz ardı ettiğini belirterek ceza koşulunda indirim yapmamıştır, bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁶⁶ Bkz. 4A_160/2012.

⁶⁷ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 13; **Schoch**, s. 67; **Bilge**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 148; **Erdem**, TBK m. 182, N. 22; **Kocağa**, s. 348; **Yağcıoğlu**, s. 251; **Gülseven**, s. 105-106; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 105; **Dovan Karacıgan**, s. 54. Aynı yönde bkz. Yargı. Hukuk Genel Kurulu, T. 08.03.1961, E. 1961/4-2, K. 1961/10, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

bir kısmının ifa zamanında teslim edilmemesi üzerine iş sahibi ceza koşulu talebini de içeren dava açmıştır. Yargıtay, toplam kaç adet bağımsız bölümün teslim edileceği ve ifa zamanında kaç tanesinin teslim edildiğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre Yargıtay, aradaki orana göre ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁶⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında borçlunun sözleşmeden doğan borçlarını neredeyse hiç yerine getirmemesi gerekçesiyle indirilmesi istenen ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur⁶⁹.

Borçlunun borca aykırı davranmasında alacaklının da payı olabilir. Bu durumda da hâkim borca aykırılığın tümüyle borçludan kaynaklanmaması sebebiyle ceza koşulunda indirim yapılmasına karar verebilir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda taraflar arasındaki 10.12.2014 tarihli iş sözleşmesine göre işçi, müdür yardımcısı olarak üç yıl boyunca çalışacaktır. Ancak işveren, 06.10.2016 tarihinde işçinin çalıştığı şube ile birlikte bütün şubeleri kapatmış, işçiye aynı görev tanımı ve özlük hakları korunarak genel müdürlükte başka bir görev teklif etmiştir. İşçi, bu teklifi reddetmiş, işverenden bakiye süre ücretini talep etmiştir. Yerel mahkeme, bilirkişi raporunda 110.882,54 TL olarak hesaplanan ceza koşulunda %40 indirim yapmış ve ceza koşulunu 66.529,52 TL tutarına indirmiştir. Yargıtay, işverenin genel müdürlükte teklif ettiği işi ve işçinin bu teklifi kabul etmediğini vurgulayarak indirim miktarını düşük bulmuş, daha fazla indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁷⁰.

Borca aykırılık hafifse ceza koşulunda indirim yapılabilir⁷¹; ancak her hâlükârda diğer kıstasların da göz önüne alınması gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, üç yıllık süre boyunca şirket merkezinin belli bir kantonda kalması borcunun süre dolmasından on yedi gün önce ihlal edilmesi üzerine açılan davada borca aykırılığın hafif olması kıstasını da göz önünde bulundurarak ceza koşulunun indirilmesi yönünde karar vermiştir⁷².

Borçlu, asıl borcu birden fazla kez ihlal etmiş olabilir. Borcun ihlali tekrar gerçekleştiğinde borca aykırılığın ağır olduğu sonucuna ulaşılarak hâkimin indirim yapmaması gerektiği kabul edilebilir⁷³.

⁶⁸ Yarg. 15. HD, T. 28.01.1977, E. 1976/2819, K. 1977/140, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁹ Bkz. 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

⁷⁰ Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁷¹ **Bilge**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 147; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 105.

⁷² Bkz. 4A_174/2011 (Karara konu olay için bkz. II/H).

⁷³ Aynı yönde bkz. BGE 116 II 302, 305.

F. Borçlunun Borcun İhlalindeki Kusuru

Borçlu, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcu kusuru ile ifa etmemiş olabilir. Borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, ceza koşulunun aşırı olup olmadığına tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁴. Borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, ağır kusur veya hafif kusur olabilir. Borçlunun kusuru ağır kusur derecesindeyse ceza koşulunda indirim yapılmaz⁷⁵. Zira dürüstlük kuralı gereğince borçlu ağır kusuruyla borcunu ifa etmezse indirimden yararlanamamalıdır⁷⁶.

⁷⁴ Escher/von Tuhr, s. 285; Becker, BK, Art. 163 OR, N. 16; Widmer/Costantini/Ehrt, BSK, Art. 163 OR, N. 16; Pellanda, CHK, Art. 163 OR, N. 18; Wuffli, OFK, Art. 163, N. 8; Koller, N. 81.41; Kramer/Probst, s. 510; Furrer/Müller-Chen, §20, N. 78; Santoro, s. 114; Hürlimann, s. 217; Schoch, s. 67; Arsebük, s. 995; Bilge, s. 123; Tunçomağ, s. 148; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 355; Cansel/Özel, s. 732; Günay, Cezai Şart, s. 192; Erdem, TBK m. 182, N. 20; Ozanoğlu, s. 54; Gümüş, s. 1034; Kanık, s. 1078; Yavuz, s. 534; Kocağa, s. 349; Karagöz, s. 115; Arkan, s. 95; Urhanoglu, s. 109; Karshoğlu, s. 118; Kabakhoğlu Arslanyürek, s. 106; Yücel, s. 2948. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015, 4C.276/2003. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 04.04.2019, E. 2017/577, K. 2019/413, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında rekabet yasağını ihlal eden işçinin kusurlu olduğunu vurgulayarak yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulunu 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir, bkz. BGE 91 II 372, 384 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

İsviçre Federal Mahkemesi, şirket hisselerinin satılmaması konusunda bir sözleşme yapıldığı ancak taraflardan birinin hisseleri sattığı bir olayda sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurunun bulunduğunu gerekçe göstererek ceza koşulunda indirim yapmamıştır, bkz. 4C.143/2003 (Karara konu olay için bkz. II/I).

Sözleşmenin sona ermesinden sonra kamyon şoförü için on iki aylık rekabet yasağının kararlaştırıldığı bir olayda, kamyon şoförünün sözleşmenin sona ermesinden sonra kısa süre içinde bu yasağı ihlal etmesinin ağır kusur teşkil ettiği ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁷⁶ Becker, BK, Art. 163 OR, N. 16; Yağcıoğlu, s. 250; Gülseven, s. 108.

İsviçre Federal Mahkemesi, işçi için rekabet yasağı kararlaştırılmış olmasına rağmen işçinin aynı bölgedeki başka bir şirkette işe başlamasını, üstelik eski işverenin sipariş defterlerini yeni işverenin yararına kullanmasını ve müşterilere eski işvereni kötüleyerek yeni işverene müşteri çevresi oluşturmaya çalışmasını ağır kusur olarak nitelendirerek ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan başka bir olayda da işçi aleyhine işten ayrıldıktan sonra iki yıl boyunca devam edecek bir rekabet yasağı kararlaştırılmıştır. Bu yasağın ihlali hâlinde ceza koşulu olarak 100.000 İsviçre frangı belirlenmiştir. İşçi, işten ayrıldıktan sonra bu yasağa aykırı olarak aynı alanda faaliyet gösteren bir şirket kurmuştur. Federal Mahkeme, rekabet yasağının amacının işçinin aynı bölgede aynı müşterilerle çalışmasını engellemek ve işverenin işine zarar vermemek olduğunu vurgulamış, işçinin bunu bilmesine rağmen şirket kurmasının ağır kusur olduğu kanaatine varmıştır. Federal Mahkeme, başka kıstaslarla beraber bunu da göz önüne alarak ceza koşulunu indirmemiştir⁷⁸.

Her ne kadar borçlu ağır kusurluysa indirim yapılmaması daha muhtemelse de diğer kıstaslar göz önünde bulundurulduğunda ceza koşulunda indirim yapılması gerekebilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçi için rekabet yasağı kararlaştırılmıştır. Bunun ihlal edilmesi hâlinde işçi altı aylık brüt maaşı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. İşçi, iş sözleşmesinin sona ermesine bir aydan daha az bir süre kalmışken altı kişiyle birlikte başka bir şirket kurmuştur. İşveren, işçinin 85.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu ödemesini talep etmiştir. Yerel mahkeme ceza koşulunu 25.000 İsviçre frangına indirmiştir. Federal Mahkeme, her ne kadar işçinin borcu ihlal etmesinde azımsanmayacak derecede kusuru bulunduğunu vurgulasa da diğer kıstasları da göz önüne aldığına brüt maaşın iki katına karşılık gelen 25.000 İsviçre frangı miktarını uygun bulmuştur⁷⁹.

Borçlunun borcunu ihlal etmesindeki kusuru hafif kusur derecesindeyse hâkim, takdir hakkını indirim yapılması yönünde kullanabilir⁸⁰. İsviçre

⁷⁷ Bkz. BGE 82 II 142, 147 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁷⁸ Bkz. 4A_107/2011.

⁷⁹ Bkz. 4A_595/2012.

⁸⁰ Borçlunun alacaklının sözleşmeyi feshettiğini düşünerek borca aykırı davranmasının söz konusu olduğu bir olayda İsviçre Federal Mahkemesi borçlunun bu ihlalinde ağır kusurlu olmadığını belirterek ceza koşulunda indirim yapmıştır, bkz. BGE 103 II 129, 136-137 (Karara konu olay için bkz. II/C).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında 31 Ekim 2008'de sözleşmenin sona ermesiyle bitecek olan rekabet yasağının 23 Temmuz 2008'de ihlal edilmesini hafif kusur olarak

Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmeye göre yüklenici otuz dört daireden oluşan bir bina ile park yeri ve bahçe inşa edecektir. Yüklenici, binanın tamamlanmasında geciktiği her bir ay için 100.000 İsviçre frangı ceza koşulu ödemeyi kabul etmiştir. İş sahibi, yüklenicinin inşaatı zamanında bitirememesi üzerine ceza koşulunu talep etmiştir. Yerel mahkeme yüklenicinin on sekiz ay geciktiği, buna göre ceza koşulunun 1.800.000 İsviçre frangı olduğu ancak ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle 800.000 İsviçre frangına indirilmesi yönünde karar vermiştir. Federal Mahkeme, proje değişiklikleri, hava durumu, zemin şartları gibi dış sebepler dolayısıyla yüklenicinin binayı tamamlayamamasında ağır kusurlu olmadığını kabul etmiştir. Federal Mahkeme, diğer kıstaslarla birlikte iş sahibinin ağır kusurlu olmadığını da gerekçe göstererek ceza koşulunun 800.000 İsviçre frangına indirilmesini uygun bulmuştur⁸¹.

Borçlunun borcu ihlalinde borçlu ile birlikte alacaklının ortak kusuru da olabilir. Bu takdirde de hâkim ceza koşulunun aşırı olduğuna karar verebilir⁸². Üstelik borçlunun ağır kusuru mevcutsa dahi alacaklının ortak kusuru, ceza koşulunun indirilmesi sonucunu doğurabilir⁸³. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sözleşmesinde işçiye işten ayrıldıktan sonra üç yıl rekabet yasağı kararlaştırılmış ve bunun ihlali hâlinde 20.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu belirlenmiştir. İki yıl sonra hem işçi hem de işveren haklı sebeple fesih bildiriminde bulunmuştur. İşverenin işçinin rekabet yasağını ihlal etmesini gerekçe göstererek 20.000 İsviçre frangı talep ettiği davada Federal Mahkeme iş sözleşmesinin sona ermesinde her iki tarafın da kusuru bulunduğunu ve rekabet yasağına getirilen ceza koşulunun hakkaniyet gereğince indirilmesi gerektiğini belirterek ceza koşulunu 5.000 İsviçre frangına indirmiştir⁸⁴.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda da malik, otobüsünü şirkete kiraya vermiştir. Bir süre sonra otobüs arızalanmış ve yetkili servise götü-

değerlendirmiş ve sözleşmede kararlaştırılan 80.000 İsviçre frangı ceza koşulunu diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak 8.000 İsviçre frangına indirmiştir, bkz. 4A_5/2015 (Karara konu olay için bkz. II/B).

⁸¹ Bkz. 4A_141/2008.

⁸² İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinde alacaklının davranışlarının da payı olduğunu belirterek ceza koşulunda indirim yapmıştır, bkz. 4A_160/2012 (Karara konu olay için bkz. II/E).

⁸³ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 16; **Santoro**, s. 114; **Bilge**, s. 123; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 192; **Kocaağa**, s. 350; **Yağcıoğlu**, s. 250; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 107; **Çınar**, s. 109; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 107; **Dovan Karacıoğlu**, s. 56; **Uygur**, s. 817.

⁸⁴ Bkz. BGE 105 II 200, 204

rülmüştür. Malik, tamir için ikinci el parçalar takılması talimatı vermiştir. Tamirden bir süre sonra otobüste yeniden ciddi bir arıza ortaya çıkmıştır ve kiracı şirket bunu gerekçe göstererek sözleşmeyi feshetmiştir. Yerel mahkeme, sözleşmede haklı bir sebep olmaksızın feshe sebep olan tarafın ceza koşulu ödemesi hükmüne dayanarak şirketin malike 13.200 TL ceza koşulu ödemesi kararı vermiştir. Yargıtay ise, otobüsteki hasarın tek başına şirketten kaynaklanmadığını belirtmiştir. Buna göre, yetkili servis, teknik olarak hatalı davranması sebebiyle; şirket, aracı zamanında servise götürmemesi sebebiyle; malik ise, ikinci el parça takılması talimatı sebebiyle kusurludur. Sonuç olarak Yargıtay, ortak kusur bulunduğundan ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁵.

Borçlunun borca aykırı davranışının yardımcı kişinin fiiline dayandığı takdirde borçlunun hafif kusurlu olduğu düşünülebilir⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararında davalı metal püskürtme buluşu sahibi ile davacı arasında, davacının bu buluşun başka ülkelerde kullanılmasına yönelik çalışması konulu sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmede, 1 Temmuz 1913'e kadar buluşun başka ülkelerde kullanılmasına yönelik anlaşma yapılırsa opsiyon sözleşmelerinden ve patent devrinden elde edilen tutarın %50'sinin davacıya ödenmesi kararlaştırılmıştır. Borca aykırılık hâlinde ise 10.000 Alman Markı ceza koşulu öngörülmüştür. Davacı 23 Haziran 1913'te bir Japon firması ile opsiyon sözleşmesi yapmıştır. Japon firması, davalıya 1.000 Alman Markı ödemiştir. Davalı ise davacıya bu bedelin %50'si olan 500 Alman Markı değil, onun yerine 500 İsviçre frangı ödemiştir. Bunun üzerine davacı, 10.000 Alman Markı tutarındaki ceza koşulunu talep etmiştir. Bu davada İsviçre Federal Mahkemesi, 500 Alman Markı yerine 500 İsviçre frangı ödenmesinin davalının büro personelinin dikkatsizliğine bağlanabileceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, yardımcı kişi olan büro personelinin yaptığı hata sebebiyle borcun gereği gibi ifa edilmemesinde davalının hafif kusuru olduğunu belirterek ceza koşulunu 1.000 İsviçre frangına indirmiştir⁸⁷.

G. Borçlunun Ekonomik Durumu

1. Genel Olarak

Ceza koşulunun aşırı olması hâlinde indirim yapılması ile borçlunun ekonomik açıdan korunması amaçlanmaktadır. Başka deyişle ceza koşulunda

⁸⁵ Bkz. Yarg. 3. HD, T. 01.07.2019, E. 2019/3165, K. 2019/6031, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁸⁶ Becker, BK, Art. 163 OR, N. 16; Arkan, s. 95; Gülseven, s. 107.

⁸⁷ Bkz. BGE 41 II 138, 144-145.

indirim yapılması borçlunun sömürülmesini engelleme amacı taşımaktadır. Borçlu, sözleşme görüşmeleri sırasında veya sözleşmenin hükümleri kararlaştırılırken hissettiği ekonomik baskıdan dolayı ceza koşulunu kabul etmiş olabilir⁸⁸. Bunun gibi borçlu, alacaklıya ekonomik anlamda bağımlı olduğu için sözleşmeye ceza koşulu hükmü eklenmesine karşı çıkamamış olabilir⁸⁹. Bu gibi hâllerde hâkimin ceza koşulunda indirim yapması mümkündür.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığı tespit edilirken borçlunun ekonomik durumu incelenir⁹⁰. Buna göre, borçlunun ceza koşulunu ödeme gücünün olup olmadığı göz önüne alınır⁹¹. Borçlunun ekonomik durumunun tes-

⁸⁸ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 17; **Tunçomağ**, s. 149; **Ozanoğlu**, s. 52; **Yağcıoğlu**, s. 252; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 115; **Yücel**, s. 2948. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁸⁹ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 8; **Kramer/Probst**, s. 510; **Santoro**, s. 114; **Göktürk**, s. 403; **Ozanoğlu**, s. 54; **Erdem**, TBK m. 182, N. 28; **Gümüş**, s. 1034; **Yağcıoğlu**, s. 256. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 49. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında tarafların birbirlerine bağımlı olmadığı ve ekonomik durumlarının kötü olmadığını vurgulamıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak ceza koşulunun indirilmesini haklı görmüştür, bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Sözleşmenin ihlalinde işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun işveren bakımından kararlaştırılan ceza koşuluna göre daha fazla olamamasına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD, T. 22.02.2016, E. 2014/30506, K. 2016/3383, (Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 52, Sayı 1, 2007, Erişim Tarihi: 21.08.2023)

⁹¹ Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540; BGE 103 II 129, 135; BGE 133 III 43, 49. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

İşçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırıldığında işçinin ekonomik açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 9. HD, T. 19.01.2021, E. 2020/4315, K. 2021/1455, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, ceza koşulu olarak kararlaştırılmış olan 100.000 İsviçre frangının işçinin sekiz aylık gelirine karşılık geldiğini ve bunun aşırı

piti için tüm malvarlığı incelenir. Yargıtay kararına konu olayda kiracı ile kiraya veren arasındaki kira sözleşmesi 06.04.2011 tarihinde sona ermiş, kiracı 08.03.2012 tarihinde idari yoldan tahliye edilmiştir. Kiraya veren, sözleşmede kararlaştırılan hükme dayanarak sözleşmenin sona ermesinden sonra taşınmazın teslim edilmemesi sebebiyle geçen her gün için cari yıl kira bedelinin %1'i oranında ceza koşulu talep etmiştir. Yerel mahkeme, sadece kiracının vergi beyannamelerinin incelendiği bilirkişi raporunu esas alarak kiracının 10.000 TL ceza koşulu ödemesine karar vermiştir. Yargıtay, kiracının ekonomik durumunun araştırılması sırasında malvarlığına ilişkin ayrıntılı inceleme yapılması gerektiğini belirterek eksik inceleme gerekçesiyle bu kararı bozmuştur⁹².

Hâkim, borçlunun ödeme gücünün incelemesinin ardından borçlunun ceza koşulunu ödeyince zor duruma düşeceğini anlarsa ceza koşulunda indirim yapabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında borçlunun ekonomik durumunu göz önüne alarak ceza koşulunda indirim yapılmasını uygun bulmuştur⁹³.

Ceza koşulunun aşırılığı, borçlunun ceza koşulunu ödediğinde ekonomik geleceğinin tehlikeye düşüp düşmemesi göz önüne alınarak da anlaşılabilir. Bazı hâllerde ceza koşulunun miktarı, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı olarak sınırlandırması sonucunu doğurabilir. Sözleşmede yer alan bu nitelikteki ceza koşulu hükümlerinin geçerliliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ceza koşulu borçlunun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürüyorsa bu hükmün ahlaka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, sözleşmede böyle bir ceza koşulunun bulunması, ceza koşuluna ilişkin hükmün ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olması sonucunu doğurur⁹⁴.

olmadığını belirterek indirim yapmamıştır, bkz. 4A_107/2011 (Karara konu olay için bkz. II/F).

Borçlunun iki üç aylık maaşına tekabül eden ceza koşulu miktarının aşırı bulunmadığı İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁹² Bkz. Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi, ekonomik olarak daha zayıf olan borçlu işveren üzerinde yeterince ekonomik baskı oluşturacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin verdiği ceza koşulunda indirim kararını yerinde bulmuştur, bkz. BGE 116 II 302, 305 (Karara konu olay için bkz. II/A).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin borçlunun ekonomik durumunu vurgulayarak yerel mahkemenin ceza koşulunda yaptığı indirimi yerinde bulduğu başka bir kararı için bkz. 4C.276/2003 (Karara konu olay için bkz. II/K).

⁹⁴ **Santoro**, s. 110; **Arsebük**, s. 992; **Kunter**, Nurullah: "Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar", Adliye Ceridesi, Cilt 31, 1940, s. 976; **Çınar**, s. 93.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ceza koşulunun indirilmesi imkânı bulunuyorsa borçlunun ekonomik geleceğinin tehlikeye düşecek olması, ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğunu göstermez ve ceza koşuluna ilişkin hüküm kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaz⁹⁵. Ceza koşulunda indirim yapılmasına ilişkin TBK m. 182/III özel hüküm niteliğindedir. TBK m. 182/III'ün uygulanabildiği hâllerde ceza koşuluna ilişkin sözleşme hükmü, ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olmaz. Bu durumda ilgili kanun hükmü uygulama alanı bularak ceza koşulunun miktarı indirilir.

Ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun borçlusunun ekonomik durumu iyi olabilir. Bu sebeple, ceza koşulunun miktarının fazla olması borçlunun ekonomik durumuna veya ekonomik geleceğine önemli bir zarar vermiyor olabilir. Bu durumda hâkimin ceza koşulunun aşırı olmadığına hükmetmesi mümkündür⁹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda, işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinde işçinin işten ayrıldıktan sonraki iki yıl boyunca rekabet etmemesi, yapmama borcu ihlal edilirse 10.000 İsviçre frangı ceza koşulu ödenmesi kararlaştırılmıştır. İşçi, Ekim 1952'de işten ayrılmış, 1 Kasım 1952 tarihinde aynı bölgedeki başka bir şirkette yılda 8.400 İsviçre frangı maaş ve ek komisyon ücretiyle işe başlamıştır. Federal Mahkeme, işçinin yeni işinde aldığı maaşın miktarını diğer kıstaslarla birlikte gerekçe göstererek ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir⁹⁷. Doktrinde borçlunun ceza koşulunun ödenmesi borcunu başka birine devrettiği veya işe girdiği şirket tarafından ödenecek olması gibi hâllerde de hâkimin ceza koşulunun miktarını indirmeme yönünde karar verebileceği kabul edilmektedir⁹⁸.

Hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken borçlunun ekonomik durumu ile alacaklının ekonomik durumunu karşılaştırması da gerekebilir⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında tarafların ekonomik güçlerinin dengeli olduğu gerekçesiyle sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur¹⁰⁰.

⁹⁵ Kocağa, s. 387; Yağcıoğlu, s. 253; Gülseven, s. 117.

⁹⁶ Borçlunun ekonomik durumu göz önüne alınarak ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi kıstası tek başına esas alındığında ekonomik durumu iyi olan borçlunun ceza koşulunu her hâlükârda ödemesi gerektiği, ekonomik durumu kötü olan borçlu bakımından ise mutlaka indirim yapılacağı sonucuna varma tehlikesi bulunmaktadır. Ancak bu sonuç, ceza koşulunda indirim yapılması hükmünün ruhuna uygun değildir. Ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken sadece bu kıstasa göre karar verilmemeli, diğer kıstaslar da göz önüne alınmalıdır.

⁹⁷ Bkz. BGE 82 II 142, 147.

⁹⁸ Becker, BK, Art. 163 OR, N. 17; Santoro, s. 114.

⁹⁹ Cansel/Özel, s. 732; Erdem, TBK m. 182, N. 27; Yağcıoğlu, s. 254.

¹⁰⁰ Bkz. 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

2. Borçlunun Tacir Olması Hâlinde

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 22’de tacir sıfatını haiz borçluya yönelik bir hüküm bulunmaktadır¹⁰¹. Bu hükme göre tacir olan borçlu ticari işletmesi ile ilgili bir borca ilişkin¹⁰² ceza koşulunun aşırı olduğu ileri sürerek TBK m. 182/III gereğince ceza koşulunun indirilmesi isteyemez¹⁰³. TTK m. 22’nin gerekçesi, TTK m. 18/II’deki tacirin ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğine yönelik hükümdür¹⁰⁴.

Tacir, işveren olarak işçi ile iş sözleşmesi yapabilir. Tacirin taraf olduğu iş sözleşmesi tacir bakımından ticari iştir. İş sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun aşırı olduğu tacir tarafından ileri sürülemez. Ancak Yargıtay, bir kararında tacir işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Oy çokluğu ile verilen bu kararın gerekçesinde işveren tacir dahi olsa iş sözleşmesinde tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu bakımından TTK m. 22’nin işveren için uygulanmaması ve TBK m. 182/III’e göre aşırı ceza koşulunda indirim yapılması belirtilmiştir¹⁰⁵. Kanaatimizce tacirin taraf olduğu iş sözleşmesi tacir bakımından ticari iş olduğundan ve TTK m. 22’deki hüküm tacir sıfatını esas aldığından ceza koşulunda TBK m. 182/III’e daya-

¹⁰¹ Bu hükmün “*tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanlar bakımından da geçerli*” olduğu yönünde bkz. **Ayhan**, s. 306; **Battal**, Ahmet: “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezaî Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999, s. 19; **Kocağa**, s. 379; **Yıldırım**, Abdulkemim/**Gözüyeşil**, Fevzi Fırat: “Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2020, s. 1166; **Karagöz**, s. 121. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰² **Tunçomağ**, s. 177; **Oğuzman/Öz**, N. 1635; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 220; **Ayhan**, s. 310; **Çabri**, s. 924; **Karagöz**, s. 121; **Çınar**, s. 103; **Dirican**, s. 193; **Öktem Çevik**, s. 109.

¹⁰³ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, tacir olan taraflar arasında “*parkların koruma ve güvenlik hizmetinin 48 güvenlik görevlisi ile yerine getirilmesine dair güvenlik hizmeti sözleşmesi*” akdedilmiştir. Davalının sözleşmeye aykırı davranması üzerine davacı, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep etmiş, yerel mahkeme ceza koşulunda indirim yapmıştır. Yargıtay, sözleşmenin davalı bakımından ticari iş niteliğinde olması sebebiyle ceza koşulunda indirim yapılmaması gerektiğine karar vermiştir, bkz. Yarg. 13. HD, T. 02.06.2020, E. 2020/1604, K. 2020/4089, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁴ **Erdem**, TBK m. 182, N. 51; **Kocağa**, s. 377; **Ayhan**, s. 309; **Battal**, s. 20; **Çabri**, s. 923; **Karagöz**, s. 120; **Gülseven**, s. 117; **Karşoğlu**, s. 119; **Dovan Karacıoğlu**, s. 80; **Uygur**, s. 819.

¹⁰⁵ Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

narak indirim yapılması söz konusu olmamalıdır. Bu sebeple, Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün görünmemektedir.

Tacirin taraf olduğu iş sözleşmesinde işçinin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmesi ise mümkündür¹⁰⁶. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda cam yünü üretimine başlayan şirket, üretim sorumlusu olması için mühendis ile iş sözleşmesi yapmıştır. Ayrıca mühendisin sözleşme sona erdikten sonraki iki yıl boyunca şirketle aynı veya benzer faaliyet alanında rekabet eden bir şirket veya kurumda çalışmayacağı, aksi takdirde son aldığı brüt ücretin 12 katının ceza koşulu olarak ödemesi kararlaştırılmıştır. Mühendis iş sözleşmesini sona erdirdikten sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka şirkette işe başlamıştır. Yerel mahkeme, mühendisin ödeyeceği ceza koşulu miktarında indirim yapmamıştır. Yargıtay ise ceza koşulunu ödemekle yükümlü taraf tacir olmadığı için indirim yapılması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁰⁷.

Her ne kadar TTK m. 22'ye göre tacir aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemese de sözleşmedeki ceza koşuluna ilişkin hüküm TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüz olabilir. Buna göre, ceza koşulu ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olduğu takdirde tacir bu hükmün kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında özellikle ceza koşulunun miktarının tacirin ekonomik mahvına¹⁰⁸ yol açan yüksek miktarda olmasının ahlaka aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Başka bir Yargıtay kararında, acente ile otel işleten şirket arasında tur operatörü kontenjan sözleşmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşmeye aykırılık sebebiyle ceza koşulunun talep edildiği davada Yargıtay, ceza koşulunun miktarının “*tacir olan karşı tarafın ekonomik mahvına sebep olmayacağı*” anlaşıldığı için

¹⁰⁶ Cansel/Özel, s. 732-733; Battal, s. 22. Ticari nitelikteki işlemde tacir sıfatını haiz olmayan borçlu aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunda TBK m. 182/III'e göre indirim yapılabileceğine ilişkin bkz. Bilge, s. 126; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 358; Yavuz, s. 534; Kocaağa, s. 382.

¹⁰⁷ Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁸ Yargıtay bazı kararlarında tacirin ekonomik mahvı yerine “*iktisaden çöküntüye uğraması*” ifadesini kullanmıştır, bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 357; Günay, Cezai Şart, s. 222-223; Erdem, TBK m. 182, N. 53; Kocaağa, s. 386; Ayhan, s. 311; Battal, s. 20; Yıldırım/Gözüyeşil, s. 1162; Karagöz, s. 122-123; Çınar, s. 104; Dirican, s. 194. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 07.10.2019, E. 2019/2319, K. 2019/7498, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 19. HD, T. 11.04.2019, E. 2018/2661, K. 2019/2508, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

TTK m. 22 dikkate alınarak indirim yapılmaması gerektiği yönünde karar vermiştir¹¹⁰.

Ceza koşuluna ilişkin hüküm TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüzse ceza koşulunun miktarının akıbetine ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ceza koşuluna ilişkin hüküm kesin hükümsüzse tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Bu durumda ceza koşulu hiç kararlaştırılmamış gibidir. Bu görüş, kısmi hükümsüzlük yaptırımının ceza koşulunun miktarı bakımından değil, sözleşmedeki ceza koşulu hükmü bakımından uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir¹¹¹. Bu görüşe göre, ceza koşulu anlaşması sözleşmenin bir parçasıdır ve kendi içerisinde bölünmesi mümkün değildir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise bu durumda değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük söz konusu olur ve ceza koşulunun miktarında indirim yapılması gerekir. Ceza koşulunun miktarının TBK m. 27/II'ye göre kesin hükümsüzlüğe sebep olan kısmının indirilmesi sonucunda ceza koşulu artık ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olmaz. Bu görüşü savunan yazarlar, ceza koşulunda indirim yapılmasının ceza koşulunun tamamen geçersiz olmasına göre hakkaniyete daha uygun olduğunu kabul etmektedirler¹¹². Ayrıca bu görüşü savunan bazı yazarlar, kanunda üst sınır konulan edimlerin sözleşmede bu sınırı aşacak şekilde yüksek kararlaştırılması hâlinde dahi kanundaki üst sınırdan belirlenmiş sayılacağını düzenleyen TTK m. 1530/I'ı de gerekçe göstermektedir¹¹³. Yargıtay da bazı kararlarında TBK m. 27'ye dayanarak ceza koşulunun kısmen veya tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir¹¹⁴.

H. Sözleşmenin Türü ve Süresi

Ceza koşuluna ilişkin hüküm bulunan sözleşmenin türü ve süresi de ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınabilir¹¹⁵. Özellikle tek

¹¹⁰ Yarg. 6. HD, T. 21.04.2022, E. 2021/3168, K. 2022/2315, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹¹ Çernis, s. 522; Çabri, s. 926; Dirican, s. 201.

¹¹² Oğuzman/Öz, N. 1634; Erdem, TBK m. 182, N. 52; Gümüş, s. 1033; Ayhan, s. 312; Kunter, s. 980; Yıldırım/Gözüyeşil, s. 1163; Arıcı, s. 40; Çınar, s. 105. Bu görüşün “çoğun içinde az da vardır” ilkesine ve dürüstlük kuralına uygun olduğuna ilişkin bkz. Çınar, s. 105.

¹¹³ Oğuzman/Öz, N. 1634.

¹¹⁴ Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹⁵ Widmer/Costantini/Ehrat, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Pellanda, CHK, Art. 163 OR, N. 18; Wuffli, OFK, Art. 163, N. 8; Kramer/Probst, s. 510; Furrer/Müller-Chen, §20, N. 78; Santoro, s. 114; Hürlimann, s. 217; Ozanoğlu, s. 54; Erdem, TBK m. 182, N.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ceza koşulunda indirim yapılabilir. Bunun gibi, uzun süreli bir edim içeren bir sözleşmede borçlu, sürenin bitmesine çok az bir zaman kala borca aykırı davranırsa da ceza koşulunda indirim yapılması gerekebilir¹¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda taraflar 17 Temmuz 2006 tarihinde bir şirketin hisseleri için hisse alım sözleşmesi yapmışlar ve üç yıllık süre boyunca bu şirketin merkezinin Y kantonunda kalmasını, bunun ihlalinde 1.000.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu ödenmesini kararlaştırmışlardır. 30 Haziran 2009 tarihinde şirketin merkezi Y kantonundan tamamen taşınmıştır. Bunun üzerine satıcı, alıcıdan ceza koşulunu talep etmiştir. Federal Mahkeme diğer kıstaslarla beraber borcun sürenin

28; **Günay**, İş Sözleşmesi, s. 37; **Gümüş**, s. 1034; **Karagöz**, s. 116; **Urhanoglu**, s. 109; **Yücel**, s. 2948. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, T. 17.04.2019, E. 2017/10061, K. 2019/8880, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olan bir olayda işçi, yüksek gerilim hattı bakım elemanı olarak çalışmaya başlamış, iki yıl sonra iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmiştir. İş sözleşmesinde sözleşmeye aykırılık hâlinde işçinin on iki aylık brüt ücreti tutarında ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İşçi, sözleşmeyi feshetmesindeki haklı sebebi gerekçe göstererek işverenden ceza koşulu talep etmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin ve bölge adliye mahkemesinin ceza koşulu talebini kabul etmelerini yerinde bulmuş ancak ceza koşulunda “işçinin niteliği, yaptığı iş, ücreti ve 36 aylık sözleşme süresinin çalışılan ve çalışılmayan kısmı gözetilerek” indirim yapılmamasının yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir, bkz. Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹⁶ **Santoro**, s. 114; **Yağcıoğlu**, s. 256; **Karagöz**, s. 118. Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540.

İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine bir aydan daha az bir süre kala sözleşmeyi ihlal ettiği bir olayda, sözleşmenin rekabet yasağının bitmesine çok az bir süre kala ihlal edildiğini gerekçe göstererek altı aylık brüt maaş tutarındaki ceza koşulunu iki aylık brüt maaşa indirmiştir, 4A_595/2012 (Karara konu olay için bkz. II/F).

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, simsar ile ev sahibi arasındaki 05.02.2016 tarihli simsarlık sözleşmesinde dört ay boyunca ev sahibinin bizzat veya başka aracılarla taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi yapması hâlinde ev sahibinin ceza koşulu ödemesi kararlaştırılmıştır. Ev sahibi, 25.05.2016 tarihinde taşınmazını satmıştır. Yargıtay, ev sahibinin ceza koşulu ödemesi gerektiğini ancak ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ihlali sebebiyle uğradığı zarar, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru ve borçlunun ekonomik durumu kıstaslarının göz önüne alınarak TBK m. 182/III hükmüne göre indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Kanaatimizce, bu kararında Yargıtay’ın, simsarlık sözleşmesinin süresinin dolmasına az bir sürenin (sözleşmenin süresinin neredeyse onda birlik bir kısmının) kaldığını ve bu kıstasın da göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulaması yerinde olurdu.

sonuna yaklaşıldığında ihlal edildiğini belirterek ceza koşulu miktarının 670.000 İsviçre frangına indirilmesini uygun bulmuştur¹¹⁷.

Sözleşme süresinin bitimine az süre kaldığı gerekçesiyle ceza koşulunun indirilmesi için sözleşmenin uygulandığı süre ile kalan süre arasında oranlama yapılabilir¹¹⁸. Yargıtay kararına konu olan bir olayda işçi, öğrenim görmek amacıyla yurt dışına gitmiş, bunun karşılığında yurt dışındaki öğrenim süresinin üç katı süresince işverenin iş yerinde çalışmayı taahhüt etmiştir. Buna aykırı davranılması hâlinde eğitim gideri karşılığı ceza koşulu kararlaştırılmıştır. Yargıtay, işçinin yurt dışında 22 ay eğitim aldığını ve buna göre işverenin iş yerinde 66 ay çalışması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararda, Yargıtay, işçinin işyerindeki 58 aylık çalışma süresini dikkate almış, çalışması gereken 66 ay ile çalışılan 58 ay arasında oran kurarak ceza koşulu miktarında indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir¹¹⁹. Yargıtay bazı kararlarında ise indirimin sadece bu oranlamaya göre tespit edilmesinin yeterli olmadığını belirtmektedir¹²⁰.

Sözleşme kurulduktan kısa bir süre sonra ihlal edildiyse de ceza koşulunda indirim yapılması söz konusu olabilir¹²¹. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda on yıl süreli kira sözleşmesinin dördüncü ayında kiracının kira ödeme borcunu gereği gibi ifa etmemesi üzerine kiraya veren sözleşmeyi sona erdirmiştir. Federal Mahkeme, sözleşmenin kurulması

¹¹⁷ Bkz. 4A_174/2011.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 22.01.2020, E. 2016/28226, K. 2020/1052, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 25.09.2017, E. 2015/16776, K. 2017/19242, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 14.01.2016, E. 2014/26321, K. 2016/631, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olan bir olayda 12.04.2011 tarihinde yapılan iş sözleşmesine göre işçi, kabin memuru olarak çalışacak, işveren tarafından üç yıl içerisinde haklı sebeple fesih haricinde sözleşme sona erdirilirse işçiye 3.000 Euro ceza koşulu ödenecektir. İşveren, 12.05.2013 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Yargıtay, işçinin 3.000 Euro ceza koşulunu talep etme hakkının bulunduğunu ancak işçinin çalıştığı süre göz önüne alınarak ceza koşulunda indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Yarg. 9. HD, T. 11.01.2021, E. 2020/7640, K. 2021/88, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

Bu indirimin işverenin işçinin çalıştığı süre oranında işçiden yararlanmış olması ilkesine dayandığına ilişkin bkz. **Demircioğlu**, s. 167.

¹¹⁹ Bkz. Yarg. 9. HD, T. 19.01.2021, E. 2020/4315, K. 2021/1455, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹²⁰ Bkz. Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹²¹ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 120, 122.

ile feshi arasında kısa bir süre geçmiş olduğu ve kiralananın kısa süre kullanıldığı gerekçesiyle yerel mahkemenin ceza koşulu miktarında yaptığı üçte iki oranındaki indirimi uygun bulmuştur¹²².

I. Tarafların İş Hayatındaki Tecrübeleri

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde tarafların iş hayatındaki tecrübeleri de etkili olabilir. Taraflardan biri, diğerine göre iş veya hukuki işlem konusunda daha tecrübeliyse, bu taraf ceza koşulunun önemini daha iyi bilebilir ve kendisi için avantajlı olacak şekilde ceza koşulu içeren bir hükmün sözleşmeye eklenmesini sağlayabilir. Bu durumda, tecrübesiz olan taraf mağdur olabilir. Bu mağduriyeti giderebilmek için tarafların tecrübeleri yakın seviyede değilse ceza koşulunda indirim yapılmalıdır. Buna göre hâkim, ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken tarafların subjektif durumlarını da incelemelidir¹²³.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, kiralaayan ve kiracı arasında bir binadaki lokanta, misafir odaları, fırın ve park yerine ilişkin bir kira sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre kiracı kiralanana bakımından ayrıca alım hakkı tanınması için 100.000 İsviçre frangı ödeyecektir. Sözleşme ihlal edildiği takdirde bu bedel ev sahibinde kalacaktır. Kiracı, 21 Ekim 2003 tarihinde kiralanana yerleşmiştir. Kiracının kira ödemelerini geciktirmesi üzerine 9 Şubat 2004 tarihinde kiralaayan, kira sözleşmesini feshetmiştir. Ceza koşulu talebini de içeren davada yerel mahkeme, ceza koşulunu 33.000 İsviçre frangına (üçte iki oranında) indirmiştir. Federal Mahkeme de diğer kıstaslarla beraber kiracının lokanta işletme konusunda yeterli iş deneyiminin bulunmadığı ve lokanta işletme başarısının öngörüle-meyen şartlara bağlı olduğu gerekçesiyle indirimi uygun bulmuştur¹²⁴.

Tarafların tecrübelerinin aynı seviyedeysen indirim yapılmaması daha muhtemeldir¹²⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, sözleşmenin iş

¹²² Bkz. 4C.172/2006 (Karara konu olay için bkz. II/I).

¹²³ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 8; **Koller**, N. 81.41; **Kramer/Probst**, s. 510; **Santoro**, s. 115; **Gümüş**, s. 1034; **Ozanoğlu**, s. 54; **Yağcıoğlu**, s. 257; **Karagöz**, s. 116. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 49.

¹²⁴ Bkz. 4C.172/2006.

¹²⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin her iki tarafın da iş konusunda bilgili ve tecrübeli olduğunu vurguladığı ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde verdiği kararlar için bkz. BGE 102 II 420, 426 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38); 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun çalıştığı sektörde tecrübeli olduğunu vurgulamış ancak diğer kıstasları göz önünde bu-

tecrübesi olan taraflar arasında yapıldığını ve özellikle borçlunun kararlaştırılan hükümlerin kapsamını anlayabilecek durumda olduğunu vurgulamış, diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapmamıştır¹²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan başka bir olayda da ilgili alanda iş tecrübesi bulunan taraflar, 21 Aralık 1992 tarihinde beş yıllık süre boyunca şirket hisselerinin satılmaması konusunda bir sözleşme yapmışlar ve bu ihlal edilirse sahip olunan hisselerin nominal değeri tutarında ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Taraflardan birinin 4 Nisan 1995 tarihinde hisseleri satması üzerine diğer taraf 40.000 Alman Markı tutarında ceza koşulu ödenmesini talep etmiş, yerel mahkeme de bu talebi kabul etmiştir. Federal Mahkeme, diğer kıstaslarla birlikte, sözleşmeyi ihlal eden tarafın iş tecrübesinin bulunduğunu ve sözleşme imzalanırken hisselerin değerinin ilerleyen süreçte nominal değerden düşük olabileceğini öngörebileceğini gerekçe göstererek ceza koşulunda indirim yapmamıştır¹²⁷.

J. Ekonomik Şartlardaki Değişiklik

Tarafların ekonomik durumlarının yanı sıra iş hayatındaki veya ülkedeki ekonomik şartlar da ceza koşulunun aşırı olması sonucunu doğurabilir. Özellikle ceza koşulu yabancı para olarak kararlaştırıldıysa enflasyon veya döviz kurundaki değişiklikler sonucunda ceza koşulunun aşırılığı ile karşılaşılabılır¹²⁸. Bu durumda aşırı ceza koşulunun indirilmesi gerekir.

K. Ceza Koşulu ile Borcun İhlali Sayısı Arasındaki İlişki

Taraflar ceza koşulunun muacceliyeti ile borcun ihlalinin sayısı arasında ilişki kurabilirler. Buna göre taraflar borç kaç kere ihlal edilirse edilsin ceza koşulunun bir kere muaccel olacağı ve bir kere ödeneceği üzerinde anlaşmış olabilecekleri gibi, ceza koşulunun muacceliyetini borcun her bir ihlalinin gerçekleşmesine de bağlayabilirler. Diğer ifade ile taraflar borçlunun borcunu her bir ihlalinde ayrı ayrı ceza koşulu ödemesini kararlaştırebilirler. Bu durum, ceza koşulunun aşırı olması sonucunu doğurabilir¹²⁹.

Tarafların borçlunun asıl borcu her bir ihlalinde ayrı ayrı ceza koşulu ödemesini kararlaştırdıkları takdirde borçlunun borca aykırı fiillerinin ayrı

lundurarak yerel mahkemenin ceza koşulunda yaptığı indirimi uygun bulmuştur, bkz. bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

¹²⁶ Bkz. BGE 95 II 532, 540 (Karara konu olay için bkz. II/E, dn. 58).

¹²⁷ Bkz. 4C.143/2003.

¹²⁸ Widmer/Costantini/Ehrat, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Yağcıoğlu, s. 257.

¹²⁹ Widmer/Costantini/Ehrat, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Koller, N. 81.41; Bilge, s. 122; Kocağa, s. 347; Yağcıoğlu, s. 257.

ayrı ihlallere mi sebep olduğu yoksa bu fiillerin tek bir ihlalin parçaları mı olduğu tespit edilmelidir. Bu fiillerin ayrı ayrı ihlallere sebep olduğu tespit edilirse borçlu, her bir ihlal için ayrı ayrı ceza koşulu ödeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda işçi, inşaat ve sanayi sektörlerinde istihdam bürosu olarak faaliyet gösteren şirkette personel danışmanı olarak işe başlamıştır. İş sözleşmesinde, işçinin iş ilişkisi sona erdikten sonraki yirmi dört aylık süreçte işverenle rekabet içerecek herhangi bir faaliyette bulunmaması (başka bir şirkette çalışmak veya kendisinin iş kurması gibi), işverenin çalışanlarını veya müşterilerini başka bir şirkete yönlendirmemesi yükümlülükleri kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeye göre, rekabet yasağı 150 km yarıçapında alan için geçerlidir ve yasağın ihlali hâlinde işçi, son ayki maaşının altı katı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. İşçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra 20 km uzaklıktaki ve aynı sektördeki başka bir şirkette işe başlamıştır. Şirketin işçiden her bir eylemi için ceza koşulu talep etmesi üzerine Federal Mahkeme, işçinin yeni şirkette işe girmesini ve aynı alanda eylemlerde bulunuyor olmasını rekabet yasağının bir kez ihlal edilip bu ihlalin devam etmesi olarak yorumlamıştır. Bu gerekçeyle Federal Mahkeme, her bir eylemin ayrı ayrı ceza koşulu gerektirmediğini kabul etmiştir¹³⁰.

SONUÇ

Ceza koşulu, sözleşmenin bir tarafının borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde diğer tarafın talep edebileceği, tarafların içeriğini ve ekonomik değerini özgürce belirlediği, fer'i nitelikte bir edimdir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ceza koşulu miktarını istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak TBK m. 182/III'e göre ceza koşulu miktarının aşırı olması hâlinde hâkim bu miktarı resen indirir. Böylece borçlu üzerinde hakkaniyete aykırı nitelikte bir baskı oluşturulması ve borçlunun istismar edilmesi engellenir.

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırı olup olmadığını inceler, ceza koşulu aşırıysa uygun bir miktar tespit eder ve ceza koşulunun bu miktara indirilmesine karar verir. Bu sırada hâkim, somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyete göre değerlendirmelidir. Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin kararının gerekçesinde hâkim, TMK m. 4 uyarınca somut olayda uyguladığı takdir yetkisinin sebeplerini göstermelidir. Buna göre, sadece takdir yetkisinin kullanıldığının değil, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hangi kıstasların esas alındığının da açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

¹³⁰ Bkz. 4C.276/2003.

Böylece hâkimin ceza koşulunun indirilmesi kararını keyfî değil, objektif sebeplere dayanarak verdiği anlaşılabilir.

Türk hukukunda ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitinin hangi kıstaslara dayanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında bazı kıstaslar kabul edilmektedir. Bu kıstaslar; ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmasındaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişkidir. Ancak hâkim karar verirken bu kıstaslar dışında başka hususları da dikkate alabilir.

Hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken birçok kıstası göz önünde bulundurabilir. Bazı olaylarda belirli bir kıstas ön plana çıkabilir, diğer kıstaslar ise aşırılığa etki etmeyebilir. Başka olayda ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesinde birden fazla kıstasın etkisi olabilir. Bunların dışında, diğer olaylarda bazı kıstaslar ceza koşulunun aşırı olduğuna yönelik izlenim uyandırabilirken bazıları ceza koşulu miktarının uygun olduğunu gösterebilir. Bu sebeple hâkimin somut olayla ilgili bütün kıstasları bütüncül değerlendirerek ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akkayan Yıldırım**, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi: Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 357-414.
- Aksoy**, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 999-1018.
- Arıcı**, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997, s. 31-44.
- Arkan**, Azra: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1-2-3, 1997, s. 77-103.
- Arsebük**, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, Sayı 16, 1936, s. 987-996.
- Ayhan**, Rıza: “Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 291-314.
- Battal**, Ahmet: “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999, s. 15-23.
- Becker**, Hermann: BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1945.
- Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 37-128.
- Cansel**, Erol/Özel, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.
- Couchepin**, Gaspard (çev. Mehmet Erdem/Doğan Kara): “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 485-522.
- Çabri**, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 3, Sayı 11, 2006, s. 913-928.

- Çernis**, Volf: “Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi Meselesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 26, Sayı 9, 1952, s. 513-526.
- Çınar**, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 16, 2009, s. 91-115.
- Demircioğlu**, A. Murat: “İş Hukukunda Cezai Şart”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 159-171
- Dinçer Araz**, Nilgün: Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Dirican**, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Dovan Karacığan**, Ayşe Merve: Aşırı Sözleşme Cezasının İndirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.
- Erdem**, Mehmet: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2012.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 (m.83-206), Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Escher**, Arnold/**von Tuhr**, Andreas: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984.
- Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Median AG, Zürich 2014.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: “Cezaî Şart Müessesesi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-13, 1938, s. 397-406.

- Gülseven**, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (Cezai Şart).
- Günay**, Cevdet İlhan: “İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 17-40, (İş Sözleşmesi).
- Gündüz**, Fehmi: “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 3, 2014, s. 134-153.
- Hürlimann**, Roland: “Bonus und Malus in Bauverträgen”, Schweizerische Baurechtstagung 2009 - ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2008, s. 199-220.
- Kabakhoğlu Arslanyürek**, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kanık**, Tahir: “Cezai Şart”, Adalet Dergisi, Cilt 41, Sayı 8, 1950, s. 1071-1088.
- Karagöz**, Veli: “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, Y. 2014, s. 109-032.
- Karshoğlu**, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 12, 2022, s. 109-138.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kocaağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2017.
- Kramer**, Ernst A./**Probst**, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2003.
- Kunter**, Nurullah: “Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezai Şartlar”, Adliye Ceridesi, Cilt 31, 1940, s. 971-983.

- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 1999, s. 1-55. (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, Erişim Tarihi: 22.03.2023)
- Öcal Apaydın**, Bahar/**İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 220-261.
- Öktem Çevik**, Seda: “Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97-112.
- Özmen**, E. Saba/**Aktaş**, Türkan: “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 39-54.
- Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 129, 2017, s. 195-228.
- Pellanda**, Katja Roth: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016.
- Santoro**, Dimitri: Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.
- Schoch**, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1935.
- Taşkın**, Zeynep Damla: “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1305-1348.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Alttop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.

- Urhanoglu, İhtar:** “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2022, s. 85-121.
- Uygur, Tanju:** “Cezaî Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, 1975, s. 816-819.
- Widmer, Markus/Costantini, Renato/Ehrat, Felix R.:** BSK – Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020.
- Wuffli, Daniel:** OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- Yağcıoğlu, Burcu:** Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Yavuz, Nihat:** Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Yıldırım, Abdülkerim/Gözüyeşil, Fevzi Fırat:** “Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2020, s. 1145-1179.
- Yılmaz, Süleyman:** Medeni Hukuk, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Yücel, Özge:** “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Sützek’e Armağan, Cilt 3, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 2945-2956.

AMERİKAN MEDENİ USÛL HUKUKUNDA TARAF SORGUSU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375596>

Arş. Gör. Burak IŞIK*

Öz

Bu çalışmada Amerikan medeni usûl hukukunda dava malzemesinin toplanması açısından oldukça önemli olan “discovery” sürecinde taraflarca kullanılan yöntemlerden birisi olan “taraf sorgusu” incelenir. Türk hukukuna ve hatta Kıta Avrupası hukuk sistemlerine bütünüyle yabancı olan bu yöntem, taraf vekillerinin uyuşmazlığın karşı tarafını ve tanıkları henüz duruşma aşamasına geçilmeden bizzat sorgulamasına imkân verir, böylece uyuşmazlığın çözümünde rol oynaması muhtemel vakıalar ve deliller tespit edilir. Her ne kadar eleştiriye açık yönleri bulunsa da davanın aydınlatılması ve dolayısıyla uyuşmazlığın çözülmesi açısından -taraflarca getirilme ilkesiyle uyumlu olarak- etkinlik sağlayan bu yöntem, hukuk sistemleri arasındaki yakınlaşma da dikkate alındığında, incelemeye değerdir. Bu doğrultuda çalışmada, taraf sorgusu tanıtılmaya çalışılır; faaliyetin amacı, kapsamı ve usûlüne ilişkin açıklamalara yer verilir.

Anahtar Kelimeler

Taraf sorgusu, Amerikan usûl hukuku, Dava malzemesinin toplanması, Taraf hâkimiyeti sistemi, Delil

DEPOSITION IN AMERICAN CIVIL PROCEDURE LAW

(Research Article)

Abstract

In this study, “deposition”, one of the methods used by the parties in the “discovery” process, which is of paramount significance in terms of collecting

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir (isik-burak@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-5387-5498 (Geliş Tarihi: 17.02.2023-Kabul Tarihi: 16.06.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

case material in American civil procedure law, is analyzed. This method, completely foreign to Turkish law and even to Continental European legal systems, allows the attorneys of the parties to personally question the opposing party and witnesses before the hearing stage. Thus, facts and evidence that may play a role in the resolution of the dispute are identified. Although open to criticism, this method, which provides effectiveness in terms of enlightening the case and thus resolving the dispute -in line with the principle of party presentation- is worth examining, especially considering the convergence between legal systems. Accordingly, this study attempts to introduce the “deposition” method and provides explanations on the purpose, the scope, and the procedure thereof.

Keywords

Deposition, American procedural law, Collection of case material, Adversarial system, Evidence

GİRİŞ

Kıta Avrupası hukuku (*civil law*) ile müşterek hukuk (*common law*) dünyadaki hukuk sistemlerinin iki ana kategorisini oluşturur ve bu sistemler arasında önemli farklılıklar bulunur¹. Aynı durum, bu sistemlerin usûl hukuku kuralları bakımından da geçerlidir. Ancak sistemler arasındaki bu farklılık, yargılama faaliyetinin amacı² bakımından değil, bu amaca ulaşılabilmesi için esas alınmış temel ilkeler, yöntemler ve dolayısıyla kurumların işleyişindeki farklılıklardan ileri gelir. Bu sebeple müşterek hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sisteminin -usûl hukuku kuralları bakımından da- etkileşim hâlinde olması kaçınılmazdır³. Nitekim bu etkileşim, hem iki sistemin hukuk kurallarının ve yapılarının yakınlaşması⁴ (*convergence*) hem de uluslararası hukukta daha “orta yolcu” düzenlemelerin yapılması şeklinde kendisini gösterir. Örneğin Türk hukukunda ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) düzenlenen ön inceleme kurumunun kaynağı müşterek hukuktur. Benzer şekilde müşterek hukukun usûl kurallarının temelinde yatan taraf hâkimiyeti sistemi⁵ (*adversarial system*) de Kıta Avrupası huku-

¹ Sistemler arasındaki karşılaştırma için bkz. **Siems**, Mathias: Comparative Law, Üçüncü Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2022, s. 53 vd.

² Yargılamanın devlet ve toplum düzeni içinde temel işlevinin hakkın maddi gerçeğe ulaşmak suretiyle gerçekleştirilmesi olduğuna ilişkin olarak bkz. **Schilken**, Ernst (Çev. Nevhis Deren Yıldırım): “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, İlkeler Işığında Altında Medenî Yargılama Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 42. Bu işlev, milli hukuk düzenlerinden bağımsız olarak evrensel niteliği haizdir. Bununla birlikte “reaktif devlet modelleri” ile “aktivist devlet modellerinin” medeni yargılama sistemlerinin amaçları bakımından farklılıklara sebep olabildiği de ifade edilir. Bkz. **Çiftçi**, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 68 vd.

³ Teknik niteliği itibarıyla medeni usûl hukukunun karşılaştırmalı hukuk bağlamında en az çalışılan alanlardan birisi olduğu ancak karşılaştırmalı medeni usûl hukukunun özellikle yerel yargı sistemlerinin iyileştirilmesi ve uluslararası yargılamalar bakımından önemli olduğu yönünde bkz. **Zekoll**, Joachim: “Comparative Civil Procedure”, The Oxford Handbook of Comparative Law, (Ed.) Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard, Birinci Baskı, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 1328.

⁴ Yargılama modelleri arasındaki farkların azalmakta olduğu yönündeki tespit için bkz. **Güralp**, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 334 vd.

⁵ Taraf hâkimiyeti sistemi, Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde, uyuşmazlık konusunun, vakıaların ve hukuki sorunların taraf vekillerince tespit edilip mahkemeye sunulmasını ifade eder. Davanın aydınlatılması ve dava malzemesinin toplanmasında birincil sorumluluk taraflara ve dolayısıyla taraf vekillerine aittir. Bkz. **Silberman**, Linda J./**Stein**, Allan R./**Wolf**, Tobias Barrington: Civil Procedure Theory and Practice, İkinci Baskı,

kunun etkisiyle adeta yumuşatılmış, hâkimin yargılamadaki rolü zamanla genişletilmiştir⁶. Uluslarötesi (*transnational*) uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak *The International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) ve *American Law Institute* (ALI) tarafından ortaklaşa hazırlanan “ALI/UNIDROIT Uluslarötesi Medeni Usûl İlkeleri (*Principles of Transnational Civil Procedure*)”⁷ ile *International Bar Association* (IBA) tarafından hazırlanan “Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*)”⁸ iki ana hukuk sisteminin de izlerini taşır⁹.

Müşterek hukuk ile Kıta Avrupası hukukunu usûl hukuku bağlamında birbirinden ayıran yönlerin başında, müşterek hukukun usûl kurallarının üzerine inşa edildiği taraf hâkimiyeti sistemi ve yargılamanın en önemli aşamalarından olan *discovery* süreci¹⁰ gelir¹¹. Zira müşterek hukuk siste-

Aspen Publishing, New York 2006, s. 3. Taraf hâkimiyeti sisteminin kaynağının, müşterek hukukun ilk uyuşmazlık çözüm yöntemi olan düello (*trial by battle, trial by combat*) olduğu ifade edilir. Bkz. **Goldstein**, Alan K.: “A Short History of Discovery”, *Anglo-American Law Review*, C. 10, S. 4, 1981, s. 258. Bu sistem sebebiyle duruşmalar, “sözlü savaşlar” olarak nitelendirilir. Bkz. **Güralp**, s. 162. Sistemin temellerine ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Gündüz**, Okan: *Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 66. Taraflarca getirilme ilkesinin karşılaştırmalı hukuktaki durumuna ilişkin olarak bkz. **Çiftçi**, s. 70 vd.

⁶ Öncesinde yargılamada sadece “tarafsız bir hakem” olarak görev alan hâkimin 1938 ve 1983 tarihli Federal Medeni Usûl Kuralları ile yargılama içindeki rolünün kademeli olarak genişletildiği, hâkime dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulmasına ilişkin olarak tarafları yönlendirme yetkisi verildiği ifade edilir. Bkz. **Teomete Yalabık**, Fulya: *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, (Hâkimin Rolü), s. 195. Ayrıca bkz. **Güralp**, s. 324 vd. Bu durumun adalete erişim hakkıyla bağlantılı olarak gelişen evrensel bir eğilim olduğu yönünde bkz. **Özbek**, Mustafa Serdar: “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, 2006, s. 918.

⁷ Metnin tamamı için bkz. www.unidroit.org (ET: 19.12.2022).

⁸ Metnin Türkçe tercümesi için bkz. www.ibanet.org (ET: 19.12.2022).

⁹ Aynı yönde bkz. **Sicard-Mirabal**, Josefa/**Derains**, Yves: *Introduction to Investor-State Arbitration*, Wolters Kluwer, 2018, s. 191; **Yeşilirmak**, Ali: “Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri”, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, 2005, s. 392; **Demir Gökyayla**, Cemile: *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 273; **Gündüz**, s. 83.

¹⁰ *Deposition* yönteminin kullanıldığı *discovery*, bütünüyle ayrıksı niteliği sebebiyle Türkçeleştirilememiştir. Kavram, Almanca’da da aslıyla anılmaktadır. *Discovery*, en basit tanımıyla, davayı aydınlatmak ve yargılamada kullanmak üzere karşı taraftan ve tanıklardan bilgi toplama faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Bkz. **Silberman/Stein/Wolf**, s. 8;

minde hâkim ve tarafların yargılamadaki rolü, Kıta Avrupası hukukundaki yaklaşımdan kayda değer şekilde farklıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinde somutlaşan bu farklılık, tarafların dava malzemesinin toplanmasındaki rolünün kapsamını da dolaylı olarak değiştirir. Türk hukukunda HMK m. 31’de açıkça düzenlenen bu ödev, taraflarca getirilen dava malzemesini kabul etmek zorunda olmayan hâkimin dava malzemesindeki eksiklerin giderilmesi hususunda tarafları teşvik etme yükümlülüğünü de kapsar¹² ve hâkimin maddi gerçeğe ulaşabilmesi açısından bir araç olarak görülür¹³. Bu açıdan hukuki gerçekliğin maddi gerçekliğe mümkün olduğunca yakın olması hususunda hâkimin yargılamada görece aktif olarak görev alması gerekir. Diğer yandan müşterek hukukta hâkimin davayı aydınlatma ödevinden söz edilemediği gibi hâkimin maddi gerçeğe ulaşmakla yükümlü olmadığı ifade edilir¹⁴. Dolayısıyla bu sistemde, dava malzemesinin toplanmasında hâkimin rolü oldukça sınırlıyken taraflara çok daha fazla iş düşer¹⁵. Ancak eklemek gerekir ki bu davanın aydınlatılması gerekmediği anlamına gelmez, sadece ilgililerin dahli bakımından bir farklılığa işaret eder¹⁶.

Gündüz, s. 150. Kavramın, özellikle milletlerarası tahkim bağlamında, farklı anlamlarda kullanılabildiğine ilişkin olarak bkz. **Demir Gökyayla**, s. 274.

¹¹ Eklemek gerekir ki Amerikan hukuku, duruşma öncesi aşama ve bu aşamada kullanılan araçlar bakımından müşterek hukuk sistemi içinde yer alan diğer ülkelerden büyük oranda ayrışır. Bu bağlamda taraf sorgusu, Amerikan hukukunun müşterek hukuk sisteminde yer alan diğer ülkelerden ayrıştığı yönlerin başında gelir. Bkz. **Hazard**, Geoffrey C. Jr.: “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, Notre Dame Law Review, C. 73, S. 4, 1999, s. 1018.

¹² **Bolayır**, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 139; **Meriç**, Nedim: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 377-378; **Simil**, Cemil: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 1354.

¹³ **Bolayır**, s. 139.

¹⁴ **Hazard**, “The Role of the Judge”, s. 1019; **Frankel**, Marvin E.: “The Search for Truth: An Umpireal View”, University of Pennsylvania Law Review, C. 123, S. 5, 1975, s. 1031. Ayrıca Amerikan hukuk sisteminde hâkimlerin sürece dahlinin değişiklik gösterdiği; bazı hâkimlerin yargılamada görece daha aktif rol aldığı ancak bu durumda dahi Kıta Avrupası hâkimlerinin yargılamadaki rolüne nazaran çok daha dar kapsamlı bir müdahaleden söz edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Gündüz**, s. 80 vd.

¹⁵ Aynı yönde bkz. **Toraman**, Barış: “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 13, Özel Sayı, 2013, (Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişiler), s. 116.

¹⁶ Hukuk yargılamasının karanlıkta yürütülmemesi ve tarafların yargılama başlamadan önce uyumsuzlukla ilgili vakıalar hakkında en kapsamlı şekilde bilgi edinmelerinin yolunun açık olması gerektiğini ifade eden yargı kararı için bkz. *Hickman v. Taylor*, 1947

Hâkimin yargılamadaki rolüne ilişkin temel yaklaşım farklılığı sebebiyle, müşterek hukukun dava malzemesinin toplanmasına ilişkin usûl kuralları, Kıta Avrupası hukukuna yabancı yöntemler barındırır; bu yöntemler kullanılarak uyuşmazlıkla ilişkili vakıalar ve deliller tespit edilir. Bu yöntemlerden birisi olan taraf sorgusu da müşterek hukuk sistemlerinde sıklıkla kullanılır. Dava malzemesinin sözlü delillerden (*oral evidence*) hareketle tespiti ve bu yolla davanın taraflarca aydınlatılması amacıyla yürütülen taraf sorgusu, *discovery* sürecinin en önemli araçlarından birisidir. Yöntemin dava malzemesinin toplanması ve davanın aydınlatılması bakımından sağladığı etkinlik, taraf sorgusunu müşterek hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasındaki etkileşim ve yakınlaşma bağlamında incelenmeye değer kılar. Çalışmanın amacı, Türk hukukuna yabancı bu sistemi tanıtmaktır. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle taraf sorgusu kavramı üzerinde durulur¹⁷, kavramın genel çerçevesinin daha net bir şekilde çizilebilmesi amacıyla Amerikan usûl hukuku hakkında genel açıklamalara yer verilir. Ardından taraf sorgusu; faaliyetin amacı, kapsamı ve usûlü yönünden incelenir. Son olarak avantajlı ve dezavantajlı yönlerinden hareketle taraf sorgusu, Türk hukuku açısından değerlendirilir.

I. KAVRAM VE TEMEL AÇIKLAMALAR

A. Terminoloji Sorunu

Çalışmanın konusunu oluşturan taraf sorgusu, müşterek hukuk sistemlerindeki “*deposition*” kavramının Türkçe karşılığı olarak tercih edilir. Türk hukukuna bütünüyle yabancı olan *deposition*, en basit tanımıyla, bir kişinin mahkeme dışında yeminli olarak verdiği ifade anlamına gelir¹⁸ ve Amerikan

(<https://supreme.justia.com/>, ET: 08.04.2023). Nitekim tarafların ilgili tüm gerçekler (vakıalar, *facts*) hakkında karşılıklı bilgi sahibi olmasının sağlıklı bir yargılama için zorunlu olduğu ifade edilir. Bkz. **Darnall**, Jason F./**Bales**, Richard: “Arbitral Discovery of Non-Parties”, *Journal of Dispute Resolution*, C. 2001, S. 2, 2001, s. 322.

¹⁷ Taraf sorgusunun müşterek hukukta farklı kurallara tabi olması sebebiyle çalışmada Amerikan usûl hukukundaki “sözlü taraf sorgusuna (*deposition by oral examination*)” ilişkin düzenlemeler esas alınır. Taraf sorgusunun diğer türü olan yazılı taraf sorgusu (*deposition by written questions*) usûl açısından farklılıklar arz etmekle birlikte, faaliyetin amacı, kapsamı ve konusuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar yönünden ayrıksı bir durum söz konusu değildir.

¹⁸ *Cornell Law School Legal Information Institute* tarafından verilen tanım için bkz. <https://www.law.cornell.edu/wex/deposition> (ET: 19.12.2022). Türk hukuk öğretisinden bir tanım için bkz. **Çelikoğlu**, Cengiz Topel: *Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (Avukatın Delil Toplaması), s. 179. Başka bir tanım için bkz. **Ovacık**, Mustafa: *İngilizce-Türkçe Hukuk*

usûl hukukunun en ayırt edici yönlerinden olan *discovery* aşamasının bir parçası olarak bilgi toplamak için kullanılır. Müşterek hukuk sistemlerine özgü olan bu sistemi, ispat hukuku bağlamında “delil” olarak değil, “delil elde etme aracı” olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim bu bağlamda alınan ifadelerin mahkemede kullanılması sadece istisnai durumlarda mümkündür.

Deposition kavramının, mevcut Türk usûl hukuku kurallarında ve bu kurallara mehzaz teşkil eden Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hukuki bir karşılığı mevcut değildir ve yöntem kanuni bir tanımlama ve düzenleme olmaksızın tatbik edilmeye uygun olmadığından, bu yönteme uygulamada da rastlanmaz. Dolayısıyla kavramın yerleşmiş bir Türkçe karşılığı yoktur¹⁹. *Deposition* kavramının Türkçe karşılığı olarak “yeminli ifade” kavramı kullanılmış²⁰ olmakla birlikte hem “yeminli ifadenin” kavramı bütünüyle karşılamaması hem de “yeminli ifade” kavramının uygulamada “*affidavit*”²¹ kavramının karşılığı olarak kullanılıyor olmasının yaratacağı ıstılah sorunu sebebiyle çalışmada bu kavram esas alınmaz²². Öğretide ayrıca “sözlü *discovery*”²³, “mahkeme dışı sorgulu ifade”²⁴ ve “sorulu ifade”²⁵ kavramlarına da rastlamak mümkündür.

Dava malzemesinin toplanması, uyuşmazlıkla ilgili vakıaların ve delillerin tespiti amacıyla yürütülen *discovery* faaliyeti kapsamında bir delil elde

Sözlüğü, Üçüncü Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 111.

¹⁹ Kavramın İngilizce aslıyla anılmasına da rastlanır. Örneğin bkz. **Demir Gökyayla**, s. 280; **Çiftçi**, s. 106.

²⁰ **Göksu**, Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak)”, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 13, 2009, (Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi), s. 270; **Teomete Yalabık**, “Hâkimin Rolü”, s. 237.

²¹ *Affidavit*, yeminli olarak verilen yazılı ifade olarak tanımlanabilir. Müşterek hukuk sistemlerine yaygınlıkla kullanılır. İlgili, ifadesini yazılı olarak verir ve yemin verdirmeye yetkili kişi huzurunda imzalar. Bkz. **Emery, Jack S./Edwards, Linda L./Edwards, J. Stanley**: *Civil Procedure and Litigation*, Delmar Thomson Learning, New York 2000, s. 55; **Karayalçın**, Yaşar: “‘Affidavit’ ve Türk Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 3-4, 1986, s. 48.

²² *Affidavit*, tanığın yazılı ifadesi olduğundan delil niteliğini haizdir. Taraf sorgusu ise bir delil elde etme aracıdır. Ayrıca öğretide, iki müessesenin benzer işlevlere yönelik olarak geliştiği fakat taraf sorgusuna katılmanın mecburi olabilmesine rağmen *affidavit* bakımından beyanda bulunmanın tamamen ilgilinin rızasına tabi olduğu gerekçesiyle de birbirinden ayrıştığı ifade edilir. Bkz. **Karayalçın**, s. 48.

²³ **Çelikoğlu**, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 174.

²⁴ **Çelikoğlu**, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 179.

²⁵ **Çelikoğlu**, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 453.

etme aracı olarak kullanılan *deposition*'da taraflar, duruşma aşamasına geçilmeden önce bir araya gelir, karşı tarafa ve tanıklara sorular sorar. İlgililerin verdiği cevaplar tutanak altına alınır ve diğer yöntemlerle kaydedilir. İzlenen yöntem itibarıyla bir sorgulama faaliyetine benzeyen *deposition*'ı, Türk hukukundaki tanığa ve tarafa soru sorulması usûllerinden ayıran başat husus, soruların mahkeme dışında taraf vekillerince sorulmasıdır. Buradan hareketle çalışmada *deposition* kavramı, faaliyetin ayrıksı usûlüne istinaden, “taraf sorgusu” şeklinde Türkçeleştirilir²⁶.

B. Yasal Çerçeve

Elli eyaletten oluşan Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapısı, ülkedeki hukuk kuralları bakımından eyalet düzeyinde ve federal düzeyde olmak üzere ikili bir ayırım yapılmasını gerektirir. Bu gereklilik, medeni usûl hukuku kurallarının tasnifi bakımından da kendini gösterir. Ülkedeki yargı sisteminde aynı esastan hareketle yapılmış ayırım, eyalet mahkemelerinde uygulanan usûl kuralları ile federal yargı sistemini düzenleyen usûl kurallarını birbirinden ayırır. Ancak hukuk kurallar arasındaki ayırım hukukun kaynaklarına ilişkin olduğundan her koşulda kuralların içeriği ve uygulanışı bakımından esaslı farklılıklar bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte ülkede federal düzeyde ve eyalet düzeyinde olmak üzere toplamda elli bir farklı usûl hukuku bulunması ve bunlar arasındaki -sınırlı da olsa- farklılıklar, konunun işlenişinde bütünlük sağlanabilmesi açısından, bir sınırlama yapılmasını zorunlu kılar. Bu sebeple çalışmada federal usûl hukuku kuralları esas alınır.

Çalışmanın kapsamı bakımından, Amerikan federal usûl hukukunun en önemli kurumlarından olan taraf sorgusuna ilişkin düzenlemelerin yasal çerçevesi, federal usûl hukukunun kaynakları ile şekillenir. Bu doğrultuda taraf sorgusuna ilişkin düzenlemelerin özünü ABD Anayasası oluştururken taraf sorgusuna ilişkin somut düzenlemeler Federal Medeni Usûl Kuralları'nda²⁷

²⁶ Bu noktada, medeni usûl hukukunda tarafların ya da üçüncü kişilerin -teknik anlamıyla- “sorgulanmasının” söz konusu olmamasından hareketle, “sorgu” ifadesinin medeni usûl hukukuna uygun olmadığı yönündeki çekinceleri not etmek gerekir. Bkz. **Toraman**, “Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişiler”, s. 118, dn. 14 ve anılan yazarlar. Yazarların görüşüne katılmakla birlikte çalışmanın konusu oluşturan *deposition* yönteminin Türk hukukuna bütünüyle yabancı olması, Amerikan medeni usul hukukunun işleyiş biçiminin farklılığı ve yöntemin kullanılış biçimiyle bir “sorguyu” hatırlatması gerekçeleriyle kavramın Türkçe karşılığında “sorgu” ifadesine yer verilir.

²⁷ Federal Medeni Usûl Kuralları'nın 1 Aralık 2021 itibarıyla yürürlükte olan versiyonu için bkz. www.uscourts.gov (ET: 14.12.2022).

(*Federal Rules of Civil Procedure*, FRCP) ve medeni usûl hukuku ile ceza usûl hukuku bakımından ortak bir düzenleme niteliğinde olan Federal Delil Kuralları'nda (*Federal Rules of Evidence*) yer alır.

Taraf sorgusuna ilişkin en temel ve kapsamlı düzenleme, Federal Medeni Usûl Kuralları'nın yargılamada bilgi ve belgelerin ibrazı (*disclosures*) ile *discovery*²⁸ aşamasını düzenleyen beşinci kısmında yer alır. Bu kapsamda, 30. maddede sözlü taraf sorgusu (*deposition by oral examination*), 31. maddede yazılı taraf sorgusu (*deposition by written questions*) ve son olarak 32. maddede ise taraf sorgusunun duruşma aşamasında kullanılmasına ilişkin esaslar düzenlenir. Bununla birlikte Federal Medeni Usûl Kuralları'nın muhtelif hükümlerinde taraf sorgusuna ilişkin ikincil düzenlemeler mevcuttur. Diğer yandan Federal Delil Kuralları'nda taraf sorgusuna ayrılmış bir bölüm ya da somut bir düzenleme bulunmamakla birlikte taraf sorgusunun niteliği ve amacı, sorgu faaliyetinin tanıklara da yöneltilmesini de gerektirdiğinden, özellikle tanıklara ilişkin olarak hazırlanmış detaylı düzenlemeler, taraf sorgusunun yürütülmesi bakımından dikkate alınır.

Son olarak müşterek hukuk sisteminin bütününde oldukça önemli olan yargısal içtihatların da taraf sorgusu bakımından bir hukuk kaynağı teşkil ettiğini eklemek gerekir. Yazılı hukuk kurallarının yorumlanması ve yazılı hukuk kurallarındaki boşlukların doldurulması bakımından bağlayıcı niteliği haiz mahkeme kararları, taraf sorgusunun usûlüne ve esasına ilişkin birtakım sınırlamalar getirir.

C. Taraf Sorgusunun Yargılamadaki Konumu

Amerikan medeni yargısında davanın aşamalarını “duruşma öncesi aşama” ve “duruşma aşaması” olmak üzere iki ana bölüme ayırmak mümkündür. Amerikan hukukunda, medeni yargıda dava açmak üzere verilen dilekçede, Türk hukukunun aksine, uyuşmazlığa konu vakıaların ve bu vakıaların ispatı için kullanılacak delillerin açıkça yazılması gerekmez. Mahkemenin yer ve kişi yönünden yetkili ve görevli olduğunun tespiti yapıldıktan sonra “duruşma öncesi aşama” başlar. Bu aşamada tarafların, taraf hâkimiyeti sistemi sebebiyle, davayla ilişkili vakıaları ve delilleri tespit ederek duruşma aşamasında kullanılmak üzere hazırlamaları beklenir. Karşı taraftan ve tanıklardan bilgi toplama faaliyeti olarak nitelendirilebilecek²⁹ *discovery* aşaması bu amaca hizmet eder. Bu doğrultuda, hâkim huzurunda

²⁸ *Discovery* için bkz. aşağıda I.C. “Taraf Sorgusunun Yargılamadaki Konumu”.

²⁹ Silberman/Stein/Wolf, s. 8.

yapılan ilk ön duruşma toplantısında (*initial conference*) duruşma öncesi aşamanın, özellikle *discovery* sürecinin, takvimi oluşturulur.

Discovery sürecinde karşı taraftan ve üçüncü kişilerden bilgi edinen tarafların dava malzemesini toplamasının ardından hâkimin katılımıyla son duruşma öncesi toplantı (*final pretrial conference*) yapılır. FRCP m. 56 uyarınca taraflardan birinin talebi üzerine toplanan dava malzemesini inceleyen hâkim, *discovery* sürecinde tespit edilen vakıa ve delilleri dikkate alarak, duruşma aşamasına geçilip geçilmeyeceğine karar verir. Özet karar (*summary judgement*) olarak isimlendirilen bu kararlar toplanan dava malzemesinin açıkça davaya devam edilmesinin gerekli olmadığını gösterdiği takdirde hâkim, duruşma aşamasına geçilmesine yer olmadığına dair karar verir. Ancak uygulamada, özellikle federal yargıda, *discovery* aşamasında dava hakkında detaylı bilgiye erişen tarafların uyuşmazlığın kim lehine çözümleneceğini öngörebilmesi mümkün olduğundan, uyuşmazlıkların -duruşma aşamasına geçilmeksizin- sulh yoluyla çözümlendiği görülür³⁰. Dolayısıyla hem verilecek özet karar hem de uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenebilmesi bakımından *discovery* süreci oldukça önemlidir. Bu sebeple taraflar, *discovery* aşamasında kapsamı mümkün olduğunca geniş tutarak ulaşabilecekleri tüm bilgilere ulaşmayı hedefler.

Discovery aşamasında uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin araştırılması ve dava malzemesinin toplanması amacıyla farklı yöntemler izlenir³¹. Bu yöntemler, delillerin türüne göre iki gruba ayrılabilir. Tarafların yazılı deliller (*written evidence*) bağlamında karşı taraftan ve üçüncü kişilerden uyuşmazlıkla ilgili belgeleri talep etmesi mümkündür. Genel ibraz yükümlülüğünü

³⁰ Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenme oranının yüzde doksanın üzerinde olduğu iddia edilir. 2019 tarihli bir çalışmada, açılan davaların yüzde doksan yedisinin ya sulh yoluyla çözümlendiği ya da hâkim tarafından reddedildiği, bu davalarda duruşma aşamasına geçilmediği yönünde bkz. **Felix**, Adrian K./**Dolan**, Martin A./**Kibbe**, Rebecca C./**Lustrin**, Lori: “Deposition, Turning the Table on Difficult Witnesses (and Counsel)”, *The Brief*, C. 48, S. 2, 2019, s. 31. Bu oranın her koşulda gerçeği yansıtmayacağı ifade edilmekle birlikte uyuşmazlıkların çok büyük oranda sulh yoluyla çözümlendiği kabul edilir. Detaylı bilgi için bkz. **Eisenberg**, Theodore/**Lanvers**, Charlotte: “What is the Settlement Rate and Why Should We Care?”, *Journal of Empirical Legal Studies*, C. 6, S. 11, 2009, s. 146.

³¹ Amerikan hukuku, duruşma öncesi aşamada tarafların dava malzemesini toplamasına ilişkin olarak en kapsamlı ve detaylı düzenlemeleri içerir. Bu bağlamda tarafların başvurabileceği yöntemlerin çeşitliliği görece fazla olduğu gibi tarafların ve üçüncü kişilerin iş birliği yapmakla yükümlü olduğunu düzenleyen birçok hüküm mevcuttur. Bkz. **Stürner**, Rolf: “Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance”, *Uniform Law Review*, C. 6, S. 4, 2001, s. 876, 878.

kabul eden ülkeler arasında yer alan ABD’de, belgeleri ibraz mecburiyeti kapsamlı bir şekilde düzenlenir³². Tam olarak tanımlanamasa dahi tarihi ve konusu bilinen belgelerin talep edilmesinin mümkün olduğu ifade edilir³³.

Sözlü deliller (*oral evidence*) bağlamında ise üç farklı yöntemden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, hasma soru kâğıdı gönderilmesidir (*interrogatories*)³⁴. Taraf sorgusuna benzeyen bu yöntemde, sorular taraf vekillerince hazırlanır ve yazılı olarak cevaplanmak üzere karşı tarafa gönderilir. Benzer şekilde vakıaların karşı tarafça ikrar edilmesini sağlamak ve böylece çekişmeli vakıaları tespit etmek amacıyla ikrara davet (*request for admission*) yönteminin kullanılması mümkündür. Bu yöntemde, hasma soru kâğıdı gönderilmesinden farklı olarak, karşı tarafa yöneltilen soruların amacı somut bir vakıanın ikrar edilmesini sağlamaktır. Bu sebeple sorular açık uçlu olarak hazırlanmadığı gibi karşı tarafın vakıayı ya ikrar etmesi ya da inkâr etmesi beklenir. Çalışmanın konusu oluşturan taraf sorgusu (*deposition*) ise bu yöntemlerin üçüncüsüdür.

Discovery bağlamında kullanılan yöntemlere ilişkin olarak iki hususun altını çizmek gerekir. Öncelikle bu yöntemlerle elde edilen ifadeler, kural olarak, delil niteliğini haiz değildir. Dolayısıyla -istisnai durumlar dışında- bu yöntemlerin kullanılmasındaki amaç uyuşmazlığı aydınlatmak ve delil elde etmektir. Başka bir ifade ile bu yöntemler birer delil elde etme aracıdır. İkinci olarak bu yöntemler arasında yapılan ayırım yöntemin yöneltildiği delilin niteliğine ilişkindir. İlk grupta süreç belgelere ilişkin olarak yürütü-

³² **Erdönmez**, Güray: Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İkinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 85.

³³ **Yoshida**, s. 99-100’den aktaran **Erdönmez**, s. 86.

³⁴ Nitekim modern taraf sorgusunun kaynağı da bu yöntemdir. On altıncı ya da on yedinci yüzyılın ortalarında İngiliz hakkaniyet mahkemelerinde (*equity courts*) kullanılmaya başlandığı tahmin edilen hasma soru yöneltilmesi yöntemi -belirtmek gerekir ki burada modern anlamıyla bir soru kâğıdı gönderilmesinden bahsetmek tam olarak mümkün değildir- uyuşmazlığın karşı tarafının sorgulanmasının ilk örneğidir. Karşı tarafın soruları yanıtlama zorunluluğunun bulunmadığı bu uygulama, modern *discovery* yöntemlerine kaynak teşkil eder. Bkz. **Goldstein**, s. 258 vd. Zamanla bu uygulamalar, yazılı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Duruşma öncesi aşamaya ilişkin olarak taraf sorgusu yönteminin ve *discovery* sürecinin Federal Medeni Usûl Kuralları’nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi olduğu edilir. Bkz. *Hickman v. Taylor*, 1947 (<https://supreme.justia.com/>, ET: 08.04.2023). Ancak ifade etmek gerekir ki *deposition* kavramı, önceki yüzyıllarda -modern içeriğinden farklı olarak- genel anlamda sorgu (*examination*) anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır. Bkz. **Kessler**, Amalia D.: “Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial”, Cornell Law Review, C. 90, S. 5, 2005, s. 1206.

lürken ikinci grupta kullanılan yöntemin karşı tarafında hasım ya da üçüncü kişiler bulunur. Ancak bu durum kullanılan yöntemle elde edilmek istenilen delilin yöntemin yöneldiği delil türüyle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Nitekim ibrazı istenen belgelerden hareketle tanıklara, sorgulanan tanıkların verdikleri ifadeden hareketle belgelere ulaşılması mümkündür. Bu bağlamda özellikle taraf sorgusu ile belgeleri ibraz mecburiyeti arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekmek gerekir. Zira belgeleri ibraz mecburiyetinin bizzat etkili bir *discovery* aracı olma özelliğinin yanında taraf sorgusunda kimlere hangi soruların yöneltilmesi gerektiğinin belirlenmesi hususundaki yol gösterici niteliğinin oldukça önemli olduğu kabul edilir³⁵.

II. TARAF SORGUSU

A. Taraf Sorgusunun Amacı

Taraf sorgusunu yürüten tarafın amacı, en temelde, uyuşmazlıkla ilgili vakıaları ve bu vakıaların mahkeme nezdinde ispatını mümkün kılan delilleri tespit etmektir. Bu amaçla sorguyu yapan taraf, sorgulanan kişiye uyuşmazlıkla ilgili vakıalar ve deliller hakkında sorular sormak suretiyle karşı tarafın ve üçüncü kişilerin vâkıf olduğu hususlar hakkında bilgi edinmeyi hedefler. Dolayısıyla *discovery* aşamasının başındaki bilgi asimetrisini kendi lehine gidermek ve davayı aydınlatmak amacıyla sorgulanan kişiye sorular yöneltilir. Özellikle Amerikan usûl hukukunda dava dilekçesinde uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıaların ve bu vakıaları ispata yarayan delillerin açıkça ifade edilmesinin zorunlu olmaması³⁶, dava açıldıktan sonra da taraflar arasında bir bilgi asimetrisi sorununu beraberinde getirir ve dolayısıyla *discovery* aşamasını oldukça önemli kılar. Taraf sorgusu, bu yönüyle, silahların eşitliği ilkesinin etkinlik kazanmasına hizmet eder.

Dava malzemesinin toplanmasına ek olarak, duruşma aşamasından önce tarafların karşı tarafla ve tanıklarla etkileşim imkânı sağladığından, taraf sorgusu tarafların sadece karşı tarafın ve tanıkların vâkıf olduğu vakıalar ve deliller hakkında değil, doğrudan bu kişiler hakkında bilgi edinebilmesini sağlar. Böylece kendi iddia ve savunmalarının mahkeme nezdinde ne derecede kabul edilebilir olduğuna ilişkin olarak kanaat edinen taraflar, yargılamanın gidişatı hakkında öngörü edinebilir; böylece uyuşmazlığın sulh

³⁵ **Hazard**, Geoffrey C. Jr.: “Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure”, The University of Pennsylvania Law Review, C. 137, S. 6, 1989, s. 2239.

³⁶ **Stürner**, Rolf: “Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance”, Uniform Law Review, C. 6, S. 4, 2001, s. 871.

yoluyla çözümlenmesi kolaylaşır³⁷. Uyuşmazlık sulh yoluyla çözümlenmese bile tarafların bu süreçte karşı taraf ve tanıklar hakkında elde ettikleri izlenimler, deliller mahkeme ve jüri önünde tartışılırken delillerin güvenilirliği ilişkin olarak iddia ve itirazlar ileri sürülebilmesini mümkün kılar. Özellikle tanık ifadelerinin “korunması”, bu bağlamda, oldukça önemlidir³⁸.

B. Taraf Sorgusunun Kapsamı

1. Taraf Sorgusunun Konu Yönünden Kapsamı

Taraf sorgusunun temel işlevi, *discovery* aşamasının amacıyla paralel şekilde, dava malzemesinin toplanması olduğundan taraf sorgusunun konusunu vakıalar ve deliller oluşturur. Taraflar arasındaki bilgi asimetrisi, *discovery* aşamasının başında her iki taraf için de büyük bir belirsizliğe işaret eder. Dolayısıyla tarafların, özellikle dava dilekçesinin içeriği sebebiyle, uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıalar ve deliller hakkında bilgi sahibi olamaması ihtimaller dâhilinde olduğundan taraf sorgusunun konu yönünden kapsamını kesin çizgilerle belirlemek güçtür.

FRCP m. 26(b)(1)’de *discovery* faaliyetinin kapsamı genel olarak düzenlenir. Hüküm uyarınca taraflar, davanın ihtiyaçlarıyla orantılı olmak koşuluyla, herhangi bir tarafın iddiası veya savunmasıyla ilgili olan hususlar hakkında bilgi edinme haklarını kullanabilirler ancak bu hususların gizlilik kapsamında³⁹ (*privileged*) olmaması gerekir. Yine aynı hükümde dava konu-

³⁷ Örneğin sermaye piyasası işlemlerine ilişkin olarak *Deutsche Telekom*’a karşı ABD’de ve Almanya’da açılan davalarda Amerikan usûl hukukunun en önemli araçlarından olan *discovery* sürecinin açılan davaların farklı şekillerde sonuçlanmasında büyük rol oynadığı iddia edilir. ABD’de açılan topluluk davasının (*class action suit*) *discovery* süreci iki yıl sürmüş, bu süreçte davacı vekillerince otuz taraf sorgusu gerçekleştirilmiş ve 1,9 milyon belge incelenmiştir. Davanın açılmasından beş yıl sonra taraflar sulh olmuş ve şirket topluluğa 120 milyon dolar ödemiştir. Diğer yandan Almanya’da açılan dava on bir yıl sonra reddedilmiştir. Süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. **Halberstam**, Michael: “The American Advantage in Civil Procedure? An Autopsy of the Deutsche Telekom Litigation”, *Connecticut Law Review*, C. 48, S. 3, 2016, s. 863 vd.

³⁸ Tanık ifadelerinin korunmasına ilişkin olarak bkz. aşağıda III.A.II. “Tanık İfadelerinin Korunması Açısından”.

³⁹ Amerikan hukukunda özel bir yeri olan gizliliğe (*privilege*) ilişkin olarak hem yazılı hukuk kuralları hem de içtihat hukuku kuralları mevcuttur. Avukat-müvekkil, hasta-doktor ve gazeteci-kaynak (*source*) arasındaki ilişkiler bu kapsama dâhildir. Bkz. **Silberman/Stein/Wolf**, s. 642. Ayrıca bkz. FRE m. 501. Amerikan hukukundaki bu farklılığın ideolojik gerekçelerine ilişkin olarak bkz. **Çiftçi**, s. 108 vd. Verilen örneklerin de işaret ettiği gibi Amerikan hukukunda gizlilik, mesleki ilişkilerle sınırlandırılır. Aynı yönde bkz. **Stürner**, Rolf: “Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance”, *Uniform Law Review*, C. 6, S. 4, 2001, s. 879. Amerikan

sunun ve değerinin, tarafların ilgili bilgi ve delillere ulaşma imkânının ve kaynaklarının, *discovery* yönteminin sebep olacağı külfet ve maliyetin dikkate alınacağı ifade edilir. Son olarak bu yolla elde edilmek istenen bilginin mahkeme nezdinde kabul edilebilir (*admissible*) bir delil olması gerekmez⁴⁰. Hükümden hareketle *discovery* faaliyetinin kapsamı bakımından üç ölçüt belirlemek mümkündür: (i) taraflardan birisinin iddiası veya savunmasıyla ilgili olma, (ii) gizlilik kapsamında olmama ve (iii) uyumsuzluk bakımından orantılı olma.

Federal Medeni Usûl Kuralları'yla öngörülen sınırların yoruma açık olması, ilk bakışta, hâkimin doğrudan sürece dâhil olmaması da göz önüne alındığında, taraflara *discovery* kapsamında çok geniş bir alan tanındığı şeklinde yorumlanabilir. Ancak medeni yargı sisteminin kurgulanış biçimi, bu anlamda bir serbestiyi zorunlu kılar. Talep bilginin ya da bilgi talep etme yönteminin orantılı olup olmadığının somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekir. Nitekim bir yargı kararında *discovery* faaliyetinin kapsamıyla ilgili olarak şu ifadeler yer verilir⁴¹:

“Discovery faaliyeti sınırsız değildir ve mahkeme, ‘makul olmayan bir şekilde kümülatif veya mükerrer’ olan veya ‘davanın ihtiyaçları, ihtilaflı miktar, tarafların kaynakları, davada söz konusu olan meselelerin önemi ve meselelerin çözümünde önerilen keşfin önemi dikkate alındığında, talep edilen yöntemin külfeti veya masrafının muhtemel faydasından daha ağır bastığı’ durumlarda discovery taleplerine sınırlamalar getirebilir.”

Kararda *discovery* faaliyetinin kapsamıyla ilgili olarak yapılan açıklamalar, büyük oranda, FRCP m. 26'da ortaya koyulan sınırlar ile örtüşür. Kararda, “makul olmayan bir şekilde kümülatif veya mükerrer” olan bilgi

hukukunda bir hususun avukat-müvekkil gizliliği kapsamında kabul edilebilmesi için aranan koşullara ilişkin olarak bkz. **Friedenthal**, Jack H./**Miller**, Arthur R./**Sexton**, John E./**Hershkoff**, Helen: *Civil Procedure Case and Materials*, On Birinci Baskı, West Academic Publishing, St. Paul 2013, s. 899. *Discovery* sürecinde gizlilik kurallarının ihlal edilmesini engellemek amacıyla geri alma (*claw-back*) ya da göz gezdirme (*quick-peek*) anlaşmaları yapılır. Bkz. **Göksu**, “Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, s. 273.

⁴⁰ Delilin kabul edilebilirliğinin delilin hükme esas alınıp alınamayacağına değil, mahkemeye sunulup sunulmayacağına ilişkin bir mesele olduğu ve Amerikan hukukunda kapsamlı şekilde düzenlendiği ifade edilir. Detaylı bilgi için bkz. **Göksu**, Mustafa: *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, (Elektronik Delil), s. 105 vd.

⁴¹ *Six West Retail Acquisition v Sony Theatre Management Corp.*, 2001 (<https://cite.case.law/>, ET: 20.12.2022).

elde etme yöntemlerinin de mahkemece engellenebileceği ifade edilir. Nitekim istenen bilgi veya belgenin elde edilmesinin ardından aynı bilgi veya belgeyi elde etmek için *discovery* faaliyetini devam ettirmek, özellikle maliyetler açısından değerlendirildiğinde, makul karşılanamaz. Bu doğrultuda, mahkeme kararında ifade edilen bu koşulu da *discovery* faaliyetinin kapsamı bakımından dikkate almak yerinde olur. Ayrıca taraf sorgusuyla ulaşılmak istenen delilin mahkemede kabul edilebilir olmaması (*inadmissible evidence*) dahi delil ibrazı talebini reddetmek için yeterli değildir⁴².

2. Taraf Sorgusunun Kişiler Yönünden Kapsamı

a. Genel Olarak

Taraf sorgusunun kişiler yönünden kapsamının iki farklı açıdan ele alınması mümkündür. Öncelikle ilgililerin hukuki statüsü bakımından bir değerlendirme yapıldığında tüzel kişilerin sorgulanması hususunda Türk hukukuna oldukça yabancı bir yaklaşımın kabul edildiği görülür. Federal Medeni Usûl Kuralları'nda 1970 yılında yapılan değişiklikte tüzel kişilerin de taraf sorgusu kapsamında sorgulanmasına imkân tanınmıştır⁴³. Böylece tüzel kişilere de uyuşmazlık konusunun tespiti amacıyla olabileceği gibi uyuşmazlığın çözümü bakımından önem arz edecek vakıa ve deliller hakkında sorular yönetilmesi mümkündür. Sorgu, elbette, fiilen tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişilere yönelik olarak yapılsa da sorgulanan kişi tüzel kişinin kendisidir. Diğer yandan gerçek kişilerin sorgulanmasında, bu bağlamda, ayrıksı bir durum söz konusu değildir.

Taraf sorgusunun kişiler yönünden kapsamı bakımından yapılabilecek ikinci ayırım ise sorgulanacak kişinin uyuşmazlıkla ilgisi yönünden ele alınabilir. Taraf sorgusunda sorgulanacak kişi tanık olabileceği gibi hasmın sorgulanması da mümkündür. Türk hukukuna oldukça yabancı olan bu sistemde, uyuşmazlığın karşı tarafına -bu taraf, sorguyu yapan tarafın uyuşmazlıktaki konumuna bağlı olarak davalı ya da davacı taraf olabilir- uyuşmazlıkla ilgili vakıalar ve deliller hakkında sorular yöneltilmesi mümkündür. Nitekim sistemin tarihsel gelişim süreci de taraf sorgusunun öncelikli olarak hasma yönelik olarak yürütüldüğüne işaret eder.

⁴² Dees, William A.: "Civil Procedure -- Deposition and Discovery --Availability of Adversary's File Under the Federal Rules of Civil Procedure", North Carolina Law Review, C. 25, S. 3, 1947, s. 318.

⁴³ Yeazell, Stephan C./Schwartz, Joanna C./Carroll, Maureen: Federal Rules of Civil Procedure, Aspen Publishing, New York 2022, s. 98.

Taraf sorgusunda tanıkların sorgulanması bakımından ise öncelikli olarak Amerikan usûl sistemindeki tanık delilinin tanımlanış biçiminden hareket etmek gerekir. Şöyle ki -Türk hukukundaki tanık delilinden farklı olarak⁴⁴- Amerikan usûl hukukunda bilirkişilik sistemi bütünüyle farklı ele alınır: Bilirkişiler de ispat hukuku bağlamında tanık olarak değerlendirilir. Hatta tanıklar arasında “adi tanık (vakıa tanığı, *lay witness*)” ve “uzman tanık⁴⁵ (*expert witness*)” olmak üzere ikili bir ayrım mevcuttur⁴⁶. Adi tanıklar, işlevleri itibarıyla Türk hukukundaki tanık deliline karşılık gelirken uzman tanıkların Türk hukukunda birebir örtüştüğü bir kurum bulunmaz⁴⁷. Oldukça istisnai hâller dışında⁴⁸, bilirkişinin ve dolayısıyla bilirkişi raporunun taraflarca mahkemeye sunulması, Amerikan usûl hukukundaki bilirkişilik kurumu HMK m. 293’te düzenlenen “uzman görüşü” ile benzerliğe işaret etmekle birlikte uzman tanık tarafından düzenlenen raporun ve uzman tanığın ifadesinin ispat gücü, Türk hukukundaki bilirkişilik kurumununkine benzer. Tanık sistemindeki bu ayrım, iki tür tanığın da taraf sorgusuyla sorgulanmasına engel teşkil etmemekle birlikte tanığın niteliği taraf sorgusunda izlenen usûl bakımından farklılıklara sebep olabilir⁴⁹.

⁴⁴ Türk hukukunda tanık ile bilirkişi keskin şekilde birbirinden ayrılır. Kurumlar arasındaki karşılaştırma için bkz. **Tanriver**, Süha: Medenî Yargıda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 27; **Toraman**, Barış: Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Bilirkişi İncelemesi), s. 120 vd.

⁴⁵ Amerikan hukukundaki kavramın motamot Türkçe karşılığı “uzman tanık” olmakla birlikte Türk hukuku bağlamında “taraf bilirkişi” ifadesinin daha uygun olduğu yönünde bkz. **Toraman**, “Bilirkişi İncelemesi”, s. 84.

⁴⁶ Uzman tanıkların, müşterek hukukun ispat kullarının temel ilkelerinden birisi olan “tanığın görüşlerini değil, yalnızca vakıaları beyan edebileceği” kuralının (*opinion rule*) bir istisnasını teşkil ettiği ifade edilir. Bkz. **Budak**, Ali Cem: “Anglo-Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 65, S. 10-12, s. 2 vd.

⁴⁷ Türk hukukundaki bilirkişilik kurumu ile uzman tanık kurumuna ilişkin detaylı karşılaştırma için bkz. **Budak**, “Bilirkişilik”, s. 4 vd.; **Teomete Yalabık**, Fulya: “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, (Bilirkişilik), s. 2119 vd.

⁴⁸ Amerikan hukukunda bilirkişinin özel bir türü olarak “*court-appointed expert*” olarak nitelendirilen ve yaygın uygulamanın aksine mahkeme tarafından atanan bilirkişinin taraf bilirkişiliği kurumuna yönelik eleştiriler doğrultusunda düzenleme altına alındığına ancak uygulamanın taraf vekillerince benimsenmediğine ilişkin olarak bkz. **Teomete Yalabık**, “Bilirkişilik”, s. 2124 vd.; **Toraman**, “Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişiler”, s. 118.

⁴⁹ Taraf sorgusunda usûle ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda II.C. “Taraf Sorgusunun Usûlü”.

b. Taraf Sorgusuna Katılma Zorunluluğunun İstisnası Olarak Zirve Doktrini

Sorguya katılma zorunluluğu, taraf sorgusu sisteminin başat ilkelerinden olmakla birlikte istisnai durumlarda yargılamanın yapıldığı mahkemeye yapılan başvuruyla tanığın sorguya katılmamasına izin verilebilir. Zirve doktrini (*apex doctrine*) etrafında şekillenen bu istisna, kaynağını yazılı bir hukuk kurallarından değil, yargı içtihatlarından alır. Bu doktrine göre bir kuruluşun en tepesinde yer alan yöneticilerin sorumlulukları ve yoğun iş tempoları sebebiyle taraf sorgusuna katılmaya zorlanmalarının -özellikle uygulamada taraf sorgusunun saatler sürebildiği de dikkate alınarak- her koşulda makul olamayacağı, bu sebeple yöneticinin taraf sorgusuna katılmama talebinin mazur görebileceği kabul edilir. Dolayısıyla doktrinin uygulama alanı bulabilmesi tanığın mesleki konumu ve yoğunluğuyla yakından ilgilidir. Ancak yargı kararlarında, doktrinin uygulanması bakımından kesin ve objektif kriterlere rastlanamadığı gibi bütünüyle yeknesak bir uygulama da söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle doktrinin uygulanması somut olayın özelliklerine göre şekillenir.

Yargı kararları incelendiğinde zirve doktrinin uygulanması bakımından yargı mercilerinin yaklaşımlarının ortak noktalarının tespiti doktrinin çerçevesinin çizilmesi bakımından yol gösterici olacaktır:

- Doktrin özü itibarıyla bir kuruluşun organizasyon yapısının en üstünde yer alan kişileri kapsamına almakla birlikte kuruluşların niteliğine ilişkin olarak farklı değerlendirmeler yapılması gerekir. Doktrin öncelikle yüksek kademelerde görev yapan devlet memurları hakkında uygulanmış, zamanla şirket yöneticilerine teşmil edilmiştir⁵⁰. Bu sebeple doktrinden yararlanmak üzere mahkemeye başvuran kişinin görev aldığı kurumun niteliğinin doktrinin uygulanması bakımından ne şekilde dikkate alınması gerektiğine ilişkin olarak bir belirsizlikten bahsedilir⁵¹.
- Taraf sorgusunun konusu, doktrinin uygulanması bakımından belirleyicidir. Şöyle ki somut olaydaki taraf sorgusunun doğrudan uygulanacak tanığın fiilleri ile ilgili olması hâlinde doktrine dayanılarak taraf sorgusuna katılmamak mümkün olmaz. Nitekim, örneğin, ABD

⁵⁰ Lam, Amalia L.: "Unwarranted Weight of a Paper Barrier: A Proposal to Ax the Apex Doctrine", Washington University Law Review C. 89, S. 6, 2012, s. 1460.

⁵¹ Lam, s. 1460.

Başkanı Bill Clinton'ın doktrinden yararlanmak üzere yaptığı başvuru reddedilmiştir⁵².

- Benzer şekilde tanığın uyuşmazlık konusu vakıalarla ilişkisi de tanığın taraf sorgusuna katılmamasına izin verilmesi açısından dikkate alınır. Tanık, uyuşmazlığın çözümü bakımından önem arz eden vakıalar ve delillere erişim için tek kaynak konumundaysa tanığın talebi reddedilir. Diğer yandan bilgilerin farklı kişi ya da kaynaklardan elde edilmesi mümkünse talebi -diğer koşulların da varlığı hâlinde- mahkemece kabul edilebilir.
- Tanığın yöneticisi olduğu kuruluşun büyüklüğü bakımından bir ölçüt mevcut değildir. Tanığın talebinin doktrin kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirmede tanığın görev tanımı, kuruluşun organizasyon yapısı ve kuruluş içindeki raporlama mekanizmaları da dikkate alınabilir⁵³.
- Tanığın “meşguliyet düzeyi” bakımından kesin bir ölçüt mevcut değildir. Kararlarda -doktrinin temel mantığı gereğince- kişinin meşguliyet düzeyi çoğunlukla bir ölçüt olarak değerlendirmeye alınır ancak bu düzeyin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin objektif bir ölçüt bulunmaz⁵⁴. Diğer yandan yönetici sıfatını kaybetmiş, başka bir ifade ile kuruluştaki görevi sona ermiş tanıkların da doktrin çerçevesinde taraf sorgusuna katılmama taleplerinin kabul edildiği kararlar mevcuttur⁵⁵.

Yapılan açıklamalar ışığında şu sonuca varmak mümkündür: Doktrin, esasında, tanığın taraf sorgusuna katılmasının tanık ve tanığın yönettiği kuruluş bakımından yaratacağı külfet ile tanık ifadesinin yargılamaya sağlayacağı katkı arasında bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Taraf sorgusunun amacı ve kapsamı, tanığın sorgulanmasında elde edilecek faydaları çeşitlendirir, bu durum da zirve doktrinin uygulanması bakımından çok yönlü bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar.

Tanığın zirve doktrinine dayanarak taraf sorgusuna katılmamayı talep etmesi hâlinde mahkeme, beş farklı karar verebilir: (i) Tanığın gerekçe-

⁵² Bkz. *Clinton v. Jones*, 1997 (<https://supreme.justia.com/>, ET: 20.12.2022).

⁵³ Bkz. *Bolden v. FEMA*, 2008 (**Johnston**, Iain D.: “Apex Witnesses Claim They Are Too Big to Depose”, *Litigation*, C. 41, S. 1, 2014, s. 43).

⁵⁴ **Johnston**, s. 44 vd.

⁵⁵ Örneğin bkz. *Bose Corp. v. Able Planet, Inc.*, 2012 (<https://casetext.com>, ET: 20.12.2022); *Minter v. Wells Fargo Bank*, 2009 (<https://casetext.com>, ET: 20.12.2022); *City of Fort Lauderdale v. Scott*, 2012 (<https://casetext.com>, ET: 20.12.2022).

rinin mahkemece bütünüyle makul bulunması hâlinde talebi kabul edilebilir. (ii) Taraf sorgusunun yazılı usûlde yapılmasına, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verilebilir. (iii) Taraf sorgusunun tanık için daha uygun olan bir yer ve zamanda yapılmasına karar verilebilir. (iv) Tanık sorgusunun süresi sınırlandırılabilir. (v) Tanığın talebi reddedilebilir⁵⁶. Ancak ifade edilmesidir ki tanığın talebinin doktrin kapsamında değerlendirilerek taraf sorgusuna katılmama talebinin mahkemece kabulü, ilgiliye tanıklıktan çekilme hakkı tanındığı anlamına gelmez. Bu karar, sadece taraf sorgusuna katılma zorunluluğunun istisnasını teşkil ettiğinden, bu karara dayanılarak duruşma aşamasında mahkeme önünde ifade vermektan kaçınılması mümkün değildir.

C. Taraf Sorgusunun Usûlü

Federal Medeni Usûl Kuralları'nda, taraf sorgusunun usûlüne ilişkin detaylı düzenlemeler mevcuttur. Kural olarak, *discovery* kapsamında yürütülen taraf sorgularının Federal Medeni Usûl Kuralları'nda belirlenen usûle göre (*without leave*) yapılması gerekir. Ancak FRCP m. 30(a)(2) uyarınca ifadesi alınan kişinin daha önce taraf sorgusu yöntemiyle ifadesi alınmışsa, ondan fazla sorgu yapılması hâlinde⁵⁷, ifadesi alınacak kişinin yurt dışına çıkması olasıysa ya da ifadesi alınacak kişi mahkumsa taraf sorgusunun farklı bir usûlde (*with leave*) yapılması mümkündür.

Taraf sorgusuna davet usûlü, sorguya katılacak kişinin uyuşmazlıktaki konumuna göre farklı kurallara tabidir. Hasmin taraf sorgusuyla ifadesinin alınması hâlinde bu durumun karşı tarafa yazılı olarak bildirilmesi yeterliyen tanıkların taraf sorgusuna daveti, Federal Usûl Kuralları m. 45'e uygun şekilde mahkeme emriyle (*subpoena*) yapılır. Üçüncü kişinin taraf sorgusuna

⁵⁶ Benzer değerlendirmeler için bkz. **Lam**, s. 1461.

⁵⁷ Federal Medeni Usûl Kuralları'nın önceki düzenlemelerinde taraf sorgusunda sorgulanacak kişi sayısına ilişkin bir kural mevcut olmadığına; taraf sorgusu kapsamında "olması gerekenden daha fazla" kişinin ifadesinin alındığını düşünen karşı tarafın itirazı üzerine mahkeme durumun "makul olup olmadığına" yönelik olarak bir değerlendirme yaparak karar verildiğine ilişkin olarak bkz. **Emery/Edwards/Edwards**, s. 75 vd. Federal Medeni Usûl Kuralları'nda 1993 yapılan değişiklikle - tarafların aksine anlaşamadıkları takdirde- her bir tarafın yapabileceği taraf sorgusu sayısı on ile sınırlandırılmıştır. Değişiklikle hem ondan fazla taraf sorgusu yapılmak istenmesi hâlinde talebin FRCP m. 26(b)(2) uyarınca yargısal denetime tabi olması hem de maliyetler açısından daha etkin bir taraf sorgusu yönteminin benimsenmesinin sağlanmak istendiği ifade edilir. Uyuşmazlığın niteliği ve somut durumun gerekliliklerine göre bu sayının mahkeme kararıyla düşürülmesi ve yükseltilmesi mümkündür. Bkz. **Yeazell/Schwartz/Carroll**, s. 98.

katılırken belge temin ve ibraz etmesi isteniyorsa bu durumun da tebligatta bildirilmesi gerekir. Bu durumda “*subpoena duces tecum*” isimli özel bir tebligatın düzenlenmesi gerekir⁵⁸. Ancak ifade verecek kişinin sorguya kendi rızasıyla katılması hâlinde kişiye tebligat gönderilmesi zorunlu değildir⁵⁹.

Taraf sorgusunun yeri ve zamanı taraf vekillerince gayriresmî olarak belirlenir, sorgular genellikle sorguyu yapan taraf vekilinin ofisinde gerçekleştirilir⁶⁰. Ancak durumun niteliği gerektirdiği takdirde, örneğin ifadesi alınan kişinin uzakta olması ya da taşınması makul olmayacak miktarda belgenin söz konusu olması gibi, sorgunun başka bir yerde gerçekleştirilmesi de mümkündür⁶¹. Ayrıca Federal Usûl Kuralları m. 30(b)(4) uyarınca tarafların talebiyle ya da mahkeme kararıyla taraf sorgusunun uzaktan (*by remote means*), örneğin telefon yoluyla, yapılması da mümkündür. Taraf sorgusunun, kural olarak, bir günde tamamlanması gerekir ve sorgu, yedi saatten uzun süremez⁶². Ancak durumun niteliği gereğince sürelerin mahkeme kararıyla uzatılması mümkündür.

Taraf sorgusunun kayıt altına alınması gerekir. Tanık ya da tarafça verilen ifadenin Federal Usûl Kuralları m. 30(b)(3)(A) uyarınca sesli ya da görüntülü olarak kayıt altına alınması mümkün olduğu gibi stenografi yöntemiyle tutanak tutulması da söz konusu olabilir. Hüküm uyarınca ifadesi alınacak kişiye yapılacak bildirimde kayıt usûlünün de açıkça yazılması gerekir. Sorgunun kayıt altına alınması mahkemece atanan memur tarafından ya da memur gözetiminde üçüncü kişiler tarafından yapılır⁶³. İfadesi alınan kişinin sorgu başlamadan önce yemin etmesi gerekir⁶⁴. Yemin mahkemece atanan memur tarafından icra ettirilir ve ilgilinin yemin ettiği memur tarafından tutanak altına alınır. Sorgunun uygun yöntemle alınan kaydı da tutanakla birlikte bir zarfa koyularak mühürlenir ve taraf sorgusunu yapan taraf vekiline teslim edilir. FRCP m. 30(f)(1) uyarınca güvenli şekilde saklanması gerekir.

⁵⁸ Glannon, Joseph W.: Civil Procedure, Beşinci Baskı, Aspen Publishing, New York 2006, s. 392.

⁵⁹ Silberman/Stein/Wolf, s. 633.

⁶⁰ Glannon, s. 392.

⁶¹ Glannon, s. 392.

⁶² Federal Medeni Usûl Kuralları’nda 2000 yılında yapılan değişiklikte getirilen bu sınırlamanın amacının taraf sorgusu sürecindeki gereksiz maliyetleri ve gecikmeleri önlemek olduğu ifade edilir. Bkz. Yeazell/Schwartz/Carroll, s. 99.

⁶³ Bu kişinin genellikle federal bölge mahkemesi nezdinde memur veya hizmet alınan bir firmanın personeli olarak çalışan zabıt kâtabi (*court reporter*) olduğu yönündeki tespit için bkz. Çelikoğlu, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 181 ve dn. 390’da anılan yazarlar.

⁶⁴ Friedenthal/Miller/Sexton/Hershkoff, s. 856.

Taraf sorgusunda, taraf sorgusunun kapsamına uygun şekilde sorular yöneltilir ve sorgulanan kişinin uyuşmazlıkla ilgili vakıalar ve deliller hakkındaki ifadesi alınır. Ancak ilgilinin mahkeme önünde verdiği ifadede farklı olarak ifadesi alınan kişinin sorulan sorulara itiraz etmesi (*objection*) sorguyu durdurmaz⁶⁵. Nitekim Federal Usûl Kuralları m. 30(c)(2)’de deliller, tarafların davranışları, sorgu yöntemi de dâhil olmak üzere herhangi bir hususta yapacağı itirazın sorguyu durdurmayaacağı, itirazın kayıt altına alınarak sorgunun devam edeceği ifade edilir. Taraf sorgusu ile alınan ifade kural olarak delil niteliğini haiz olmadığından her itiraz için mahkemenin karar vermesini beklemenin yöntemin amacı ile bağdaşmayacağını ifade etmek yerinde olur. İfadenin mahkemede kullanılması hâlinde itiraz hâkim tarafından değerlendirilir. Uygulamada taraf vekillerinin genellikle sorgunun başında itiraz haklarını saklı tuttuklarını ifade ederek bu durumu kayıt altına aldıkları ifade edilir⁶⁶. Bu kuralın tek istisnası, müşterek hukuka özgü gizlilik (*privilege*) itirazıdır. Federal Usûl Kuralları m. 30(d)(1)’de düzenlenen bu kuralın amacı, bilginin açıklanmasının bütünüyle engellenmesini sağlamaktır⁶⁷. Diğer yandan sorulara, doğru olması hâlinde, “Bilmiyorum.” ya da “Hatırlamıyorum.” şeklinde cevaplar verilmesi usûle aykırılık teşkil etmez⁶⁸.

FRCP m. 30(c)(1) uyarınca taraf sorgusunda çapraz sorgu yönteminin uygulanması mümkündür. Bu durumda taraf sorgusunu yürüten tarafın vekili ilgiliye sorular yönelttikten sonra karşı tarafın vekili de ilgiliye sorular sorar ve ilgilinin verdiği cevaplar da kayıt altına alınır. Özellikle tanığın duruşma aşamasında mahkeme önünde ifade vermesinin mümkün olmadığı durumlarda, alınan ifadenin duruşma aşamasında mahkemeye sunulmak amacıyla yapılan taraf sorgusunda (*trial deposition*) çapraz sorgulama yapılması yaygın bir uygulamadır. Nitekim burada amaç sadece tanığın vakıalara ve delillere ilişkin görüşüne başvurmak değildir. Dolayısıyla alınan ifadenin delil olarak kullanılması, sorgulama yönteminde farklı bir yaklaşımı zorunlu kılar⁶⁹.

⁶⁵ Bir taraf sorgusunda vekilin 300’den fazla itirazda bulunması mahkemece şu şekilde değerlendirilmiştir: “*Davacı vekili itirazlarında inatçı davranmış olsa da vekilin tanığı yönlendirdiğine veya tamamen temelsiz itirazlarda bulunduğu dair bir belirti yoktur. Avukat, konuşma itirazlarını araya sokmamış veya cevapları yorumlayarak ya da yardımcı olarak aracılık yapmamış ve ifadenin serbest akışını engellemiştir*”. Bkz. *Sonix Technology Co. Ltd. v. Yoshida*, 2014 (Felix/Dolan/Kibbe/Lustrin, s. 31).

⁶⁶ Glannon, s. 392.

⁶⁷ Glannon, s. 393.

⁶⁸ Silberman/Stein/Wolf, s. 633.

⁶⁹ Glannon, s. 393.

Sözlü taraf sorgusunda, kural olarak, sorguyu yapan taraf önceden belirlediği soruları ilgiliye sözlü olarak yöneltir. Ancak FRCP m. 30(c)(3)'te, tarafın sorguya yazılı sorular hazırlayarak katılmasına imkân verir. Bu usûlde, taraf hazırladığı soruları kapalı zarf ile mahkeme memuruna verir ve yazılı sorular memur tarafından ilgiliye sözlü olarak yöneltir. Bu usulü FRCP m. 31'de düzenlenen yazılı taraf sorgusundan (*deposition by written questions*) ayırmak gerekir. Zira FRCP m. 30(c)(3)'te düzenlenen usûlde taraf sorgusu sözlü olarak yapılır ancak sorular mahkeme memuruna yazılı olarak verilir. Diğer yandan yazılı taraf sorgusunda sorular doğrudan ilgiliye yazılı olarak iletilir ve yazılı olarak cevaplanır⁷⁰.

III. DEĞERLENDİRMELER

A. Taraf Sorgusu Yönteminin Avantajları

1. Dava Malzemesinin Toplanması Açısından

Taraf sorgusu, tarafların uyuşmazlıkla ilişkili vakıaları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak delilleri tespit edebilmesini sağlar. Dolayısıyla yöntem, bu işleviyle, Amerikan medeni yargısının merkezini teşkil eden *discovery* sürecinin amacıyla bütünüyle uyumludur. Yargılama sisteminin, tarafları yargılama sürecinin en aktif aktörleri hâline getirmesi ve uyuşmazlıkların çok büyük oranda sulh yoluyla çözülmesi, *discovery* sürecini yargılama sürecinin en önemli aşaması hâline getirdiğinden, tanık delilin yargılamaadaki önemi de göz önüne alındığında, taraf sorgusunun en büyük avantajının duruşma aşamasına geçilmeden önce tanıkların sürece dâhil edilebilmesi olduğu söylenebilir.

Tanıklara sorular yöneltmek suretiyle hem uyuşmazlıkla ilgili olacak vakıaların hem de delillerin tespit edilebilmesi, taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin asgari seviyeye indirilmesine, dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin etkinlik kazanabilmesine doğrudan hizmet eder. Taraf sorgusu sayesinde tarafın iddialarının ve savunmalarının doğruluğu, yerindeliği ve ispat edilebilirliği hakkında bir kanı elde edilebilmesi, yargılamada duruşma aşamasına geçilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin olarak kanaat oluşturabilmesine imkân sağlar. Böylece her iki taraf da yargılamanın duruşma aşamasında ne şekilde sonuçlanacağını az çok tahmin edebildiği için uyuşmazlıkların duruşma aşamasına geçilmeksizin, sulh yoluyla çözümlenmesi daha kolay hâle gelir.

⁷⁰ Yazılı taraf sorgusu yöntemine nadir olarak başvurulduğu yönündeki tespit için bkz. Çelikoğlu, "Avukatın Delil Toplaması", s. 183 vd. ve dn. 491'de anılan yazarlar.

Discovery aşamasının ardından taraflar sulh olmayıp duruşma aşamasına geçildiği takdirde, taraf sorgusu yoluyla elde edilen delillerin ve vâkıf olunan vakıaların mahkemeye sunulması, tarafın iddia ve savunmalarının mahkeme önünde kabul görme ihtimalini arttırır. Ancak bu bağlamda dikkate alınması gereken bir diğer husus, taraf sorgusu aşamasının duruşma aşamasının bir “provası” olmasıdır. Daha önce ifade edildiği gibi tanığın ve sözlü delilin daha çok itibar gördüğü Amerikan usûl hukukunda, tanıklar duruşma aşamasında mahkeme önünde sorgulanır, tanık taraflarca çapraz sorguya tabi tutulur. Tanığın sorulara verdiği cevapların yanında ifade sırasındaki hâli ve tavırları da tanık ifadesinin güvenilirliği bakımından önemli bir kriterdir. Dolayısıyla hâkim ve jürin nezdinde tanıkça iddia edilenlerin doğru olduğu yönünde bir kanaat uyandırılması kadar bu kanaatin karşı tarafça sarsılması da tarafların çıkarları bakımından oldukça önemlidir. Bu sebeple taraf sorgusuyla ilgili tanığı “daha yakından tanıma” fırsatı bulan avukatlar, elde ettikleri çıkarımları kullanmak suretiyle mahkeme önünde verilen ifade sırasında tanığın güvenilirliğini sarsma imkânına sahip olur⁷¹.

2. Tanık İfadelerinin Korunması Açısından

Taraf sorgusu sisteminin avantajları kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise tanık ifadelerinin “korunması”dır⁷². Daha önce de ifade edildiği gibi taraf sorgusu bir delil değil, bir delil elde etme aracıdır. Ancak burada bir ayırım yapılması gerekir. Tanık sorgusu yoluyla varlığından haberdar olunan veya ulaşılan deliller ile sorgulama esnasında verilen ifadelerin hukuki niteliği farklıdır. Şöyle ki bu yolla elde edilen bilgi ve belgeler ile uyumsuzluğun çözümü bakımından önemli olacağı düşünülen diğer tanıkların tespit edilebilmesi, bunların mahkemeye delil olarak sunulmasına imkân verir. Örneğin taraf sorgusu sırasında tanığın ibraz ettiği şirket içi yazışmaların -delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmesi ve mahkeme nezdinde kabul edilebilir (*admissible*) olması hâlinde- delil olarak mahkemeye sunulması mümkündür. Diğer yandan tanığın ya da tarafın ifadesi, kural olarak, delil niteliğini haiz olmadığından doğrudan mahkemeye sunulmaz. Nitekim taraf sorgusuyla ilgilinin ifadesinin alınması bir duruşma öncesi aşama işlemi niteliğindedir ve bu, ilgililerin duruşma aşamasında

⁷¹ Bu avantajın özellikle jüri yargılamasında oldukça önemli olduğuna ilişkin olarak bkz. **Hazard**, “The Role of the Judge”, s. 1021.

⁷² Aynı yönde bkz. **Legg**, Michael J.: “The United States Deposition - Time for Adoption in Australian Civil Procedure?”, *Melbourne University Law Review*, C. 31, S. 1, 2007, s. 153 vd. *Discovery* araçlarının temel işlevinin bilinen bir delilin korunması olduğu yönündeki görüş için bkz. **Çelikoğlu**, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 174.

mahkeme önünde ifade vermeyeceği anlamına gelmez⁷³. Dolayısıyla, kural olarak, ilgiler ifadelerini mahkeme önünde tekrar verdiğinden ispat hukuku bağlamında delil niteliğini haiz olan tanık ifadeleri bunlardır. Ancak bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur.

Taraf sorgusu ile alınan ifadelerin mahkemeye sunulamaması kuralının ilk istinası tanığın duruşma aşamasında ifade vermesinin mümkün olmadığı hâllere ilişkindir. FRCP m. 32(a)(4)’te yer alan düzenlemeye göre (i) tanığın ölmüş olması, (ii) tanığın duruşma veya yargılama yerinden 100 milden fazla uzakta olması veya tanığın yokluğunun ifade vermeyi teklif eden tarafça sağlandığı ortaya çıkmadıkça Amerika Birleşik Devletleri dışında olması, (iii) tanığın yaş, hastalık, sakatlık veya hapis nedeniyle duruşmaya katılamaması veya ifade verememesi, (iv) tarafın tanığın celp yoluyla gelmesini sağlayamaması ve (v) talep ve bildirim üzerine, istisnai koşulların adaletin yararına ve mahkemede canlı ifadenin önemi göz önünde bulundurularak ifadenin kullanılmasına izin verilmesini arzu edilir kılması hâllerinde taraf sorgusuyla alınan ifadenin duruşmada delil olarak kullanılması mümkündür.

Türk hukukunda da tanığın uzakta olması ya da hastalık vb. sebeplerle mahkemeye gelememesi hâllerinde ifadesinin alınabilmesi için istinabe yoluna başvurulması ya da oldukça istisnai koşullarda tanığa soru kâğıdı gönderilmesi imkânları mevcuttur. Ancak bu araçlar, derdest davada tanık olarak dinlenilecek kişinin çeşitli gerekçelerle fiilen mahkemeye gelememesi durumunda başvurulabilecek ve tanığın ifadesinin eş zamanlı olarak başka bir yöntemle alınmasını sağlayan imkânlar olduğundan, bu durumda tanık ifadesinin korunması söz konusu olmaz. Diğer yandan HMK m. 400 vd. hükümlerinde düzenlenen delil tespiti, bir geçici hukuki koruma aracı olarak, Türk hukukunda henüz bir dava açılmamışken tanığın ifadesine başvurulmasını mümkün kılar. Delillerin kaybolması veya gösterilmesinin önemli ölçüde güçleşmesi tehlikesinin varlığı hâlinde, delilin önceden toplanması ve güvence altına alınmasına imkân veren delil tespiti⁷⁴, bu yönüyle tanık ifadesinin Türk hukukunda da “korunması”na izin verir. Ancak bu araç da mahkemenin dahlini gerektirdiğinden taraf sorgusundan ayrılır. Ayrıca

⁷³ Amerikan usul hukukunda tanıkların mahkemede dinlenme usûlüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Teomete Yalabık**, Fulya: “Devlet Yargısında Hâkimin, Milletlerarası Tahkimde Hakem Heyetinin Tanıkların Mahkemeye Çağrılmasında ve Sorgulamasındaki Rolü”, *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 13, S. 37, 2017, (Tanıkların Mahkemeye Çağrılması), s. 379 vd.

⁷⁴ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, Onuncu Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 604; **Tanrıver**, Süha: *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Cilt II), s. 225.

niteliği itibarıyla taraf sorgusunun tanık ifadelerinin korunması işlevini haiz olan delil tespiti, faaliyetin amacı bakımından da taraf sorgusundan farklıdır. Zira taraf sorgusunda tanık ifadesinin “korunması” ikinci plandayken delil tespiti doğrudan bu amaca yönelik olarak icra edilir. Müesseseler arasındaki bir diğer fark ise sağlanan korumanın kapsamı bakımından ortaya çıkar. Türk hukukunda mahkemeden delil tespiti talep edilebilmesi için birtakım şartların mevcudiyeti aranır. Delil tespiti talebinde bulunanın hukuki yararının varlığı gerekliliğine ek olarak mahkemeden sadece hemen tespit edilememesi hâlinde kaybolacağı ya da ileride ikame edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı muhtemel olan delillerin tespiti talep edilebilir. Bu doğrultuda, örneğin, henüz dava açılmamış olmasına rağmen ağır hasta olan tanığın dinlenmesi mümkün olur⁷⁵. Dolayısıyla delil tespiti, sadece öngörülebilir ve gerçekleşmesi muhtemel olan riskleri bertaraf eder. Başka bir ifade ile delil tespiti ile öngörülemeyen risklerin bertaraf edilmesi mümkün olmaz. Buna karşılık Amerikan usûl hukukundaki araç, öngörülemeyen riskleri de bertaraf etmek suretiyle, çözümü bazen yıllara yayılan uyuşmazlıklarda tanık deliline dayanan tarafın olası hak kayıplarını engellemek bakımından oldukça işlevseldir. Ancak ifade etmek gerekir ki Türk hukukunda tanık deliline kıyasla yazılı delillerin öncelikli olması sebebiyle aynı derecede bir ihtiyaçtan bahsetmek mümkün değildir.

Tanık ifadesinin korunmasının bir diğer yönü ise duruşma aşamasında verilen ifade ile taraf sorgusu yoluyla elde edilen ifadeler arasında tutarsızlığın söz konusu olduğu durumlara ilişkindir. FRCP m. 32(a)(2) uyarınca tarafların, tanığın mahkemede verdiği ifadenin taraf sorgusunda verdiği ifadenin farklı olması hâlinde tanığın mahkeme önünde verdiği ifadenin hükme esas alınmasını engellemesi mümkündür. Nitekim taraf sorgusu sırasında ifade verilmeden önce yemin edilmesi ve -her ne kadar ifade doğrudan mahkemenin gözetiminde alınmasa da- ifadenin mahkeme tarafından görevlendirilmiş ya da taraflarca seçilmiş üçüncü kişi önünde alınması, bu gibi durumlarda taraf sorgusuyla alınan ifadenin dikkate alınabilmesine imkân sağlar. Tanık sorgularının çeşitli yollarla kayıt altına alınması da bu açıdan oldukça önemlidir. Özellikle taraf sorgusu sırasında tanığa uyuşmazlıkla ilgili detaylı sorular sorulabilmesi ve tanığın çapraz sorguya tabi tutulabilmesi, tanığın uyuşmazlığa ilişkin bilgisinin etraflıca tespit edilebilmesini mümkün kıldığından, taraf sorgusunun tanık ifadesini “koruma” işlevi, tanığın sonradan ifadesini değiştirmesi riskini büyük oranda bertaraf eder. Taraf sorgusu, bu yönüyle de delil tespitinden ayrılır.

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 605; Tanrıver, “Cilt II”, s. 227.

B. Taraf Sorgusu Yönteminin Dezavantajları

1. Maliyetler Açısından

Taraf sorgusunun özellikle dava malzemesinin toplanması ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin asgari düzeyde tutulmasının sağlanmasıyla silahların eşitliği ilkesine işlerlik kazandırması açılarından birtakım avantajları bulunsa da sistemin her zaman kurgulanış biçimine uygun olarak işletilememesi ve Amerikan yargısı sisteminin geneline getirilen yargılama giderlerinin yüksek olmasına ilişkin eleştiriler, taraf sorgusunun da belirli dezavantajları olduğuna işaret eder⁷⁶.

Daha önce de ifade edildiği gibi *discovery* aşamasının en önemli yöntemlerinden birisi olan taraf sorgusu, haftalara hatta aylara yayılan, zaman zaman ilgililerin -taraf sorgusunu yürüten tarafların ya da sorgulanan kişilerin- seyahat etmesini gerektiren, sorguların kayıt altına alınması sebebiyle ekipman kullanımını fiilen zorunlu kıldığı gibi üçüncü kişilerin de bu sebeple dahilini gerektiren bir süreçtir. ABD’de avukatların saatlik ücretlerle çalışması ve *discovery* aşamasında yapılan masrafların⁷⁷ davayı kimin kazandığına bakılmaksızın masrafı yapan tarafça üstlenilmesi⁷⁸, geniş kapsamlı uyuşmazlıklarda yürütülen taraf sorgusu sürecini ilgili taraf bakımından oldukça maliyetli kılar⁷⁹.

Tarafın ekonomik gücü, yargılamanın her aşamasında olduğu gibi, taraf sorgusunda da sürecin yönetilmesi açısından belirleyici olabilir. Bu sebeple, özellikle tarafların ekonomik güçleri arasında dengesizliğin söz konusu olduğu durumlarda, ekonomik yönden zayıf konumda olan tarafın süreci “eşit” imkânlarla yürütmesini engeller. Ekonomik açıdan zayıf taraf dava

⁷⁶ Nitekim aynı çekinceler başta belgeleri ibrazı müessesesi olmak üzere, *discovery* araçlarının tümü için ileri sürülür. Bkz. **Hazard**, “Discovery Vices”, s. 2242; **Güralp**, s. 237 vd. Ancak eklemek gerekir ki *discovery* ile sağlanan etkinlik, yargılama maliyetlerinin düşürülmesine de imkân sağladığından bu araçların yargılama maliyetlerine etkisi iki yönlü bir değerlendirmeyi zorunlu kılar. Nitekim öğretilde *discovery* araçlarının usûl ekonomisine hizmet ettiği de ifade edilir. Bkz. **Göksu**, “Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, s. 271 ve dn. 59’da anılan yazarlar.

⁷⁷ Yüksek maliyetlerin, *discovery* yönteminin milletlerarası tahkimde tercih edilmesinin önündeki en büyük engellerden birisi olduğuna ilişkin olarak bkz. **Demir Gökyayla**, s. 273.

⁷⁸ *Alyeska Pipeline Service Co v Wilderness Society*, 421 US 240, 1975 (https://caselaw.findlaw.com/, ET: 18.12.2022); **Gündüz**, s. 127. Amerikan hukukunda masrafların yükletilmesinin kural değil, istisna olduğu yönünde bkz. **Güralp**, s. 227; **Göksu**, “Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, s. 272.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. **Legg**, s. 158 vd.

malzemesinin toplanması açısından dezavantajlı konumda olduğundan ya *discovery* aşaması sonunda “hakkettiğinden azına” razı gelerek sulh olmak zorunda kalır ya da -en iyi ihtimalle- duruşma aşamasında dezavantajlı konumda kalmaya devam eder. Başka bir deyişle ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın adalete erişim hakkı zedelenir.

2. *Discovery* Suistimali Açısından

Müşterek hukuk sistemlerindeki yargılama sistemini Kıta Avrupası hukuk sistemlerinininkinden ayıran temel farklılıkların başında gelen *discovery*, kural olarak, taraflar hâkimiyeti sisteminin en yoğun hissedildiği yargılama aşamasıdır. Sürecin mahkeme dışında yürütülmesi ve hâkimin sürece istisnai hâllerde müdahil olması, başka bir ifadeyle sürecin bütünüyle taraflarca yürütülmesi, *discovery* aşamasının zaman zaman amacına aykırı şekilde kullanılmasına zemin hazırlar. Aşamanın temel işlevi dava malzemesinin toplanması olmakla birlikte, özellikle uyuşmazlıkların çok büyük kısmının duruşma aşamasına geçilmeksizin sulh yoluyla çözümlenmesi sebebiyle, *discovery* avukatlarca stratejik bir silah olarak görülür. Bu “silahın” amacına aykırı olarak kullanılması *discovery* suistimali (*discovery abuse*) olarak tanımlanır⁸⁰.

İçinde farklı durumları barındıran⁸¹ *discovery* suistimali, en basit tanımla, *discovery* aşamasının dava malzemesinin toplanması amacıyla değil, karşı tarafı yanıltma ve yanlış yönlendirme amacıyla kullanılmasını ifade eder. Dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilebilecek davranış, hukuka uygun olarak yürütüldüğü durumlarda dahi yüksek maliyetlere gebe olan *discovery* sürecini karşı tarafa fazladan harcama yapmaya zorlamak, davayla doğrudan ilişkili -vakıalar ve deliller dâhil olmak üzere- malzeme-

⁸⁰ Hopwood, William/Pacini, Carl/Young, George: “Fighting Discovery Abuse in Litigation”, Journal of Forensic & Investigative Accounting, C. 6, S. 2, 2014, s. 53. Sorunun *discovery* sürecine ilişkin hukuk kurallarından değil, yargılama sisteminin kurgulanış biçiminden kaynaklandığına ilişkin olarak ve *discovery* suistimali hakkında detaylı bilgi için bkz. Easterbrook, Frank H.: “Discovery as Abuse”, Boston University Law Review, C. 69, S. 3, 1986, s. 636 vd.

⁸¹ Bu bağlamda bir tarafın iş birliği yapmaması, *discovery* araçlarını karşı tarafın masraflarını artırmak veya başka türlü açılmayacak bir dava inşa etmek için kullanması; bir avukatın gecikmeye neden olmak için *discovery* taleplerine itiraz etmesi ve ücretlerini artırmak için aşırı bilgi talep etmesi hâlleri örnek gösterilebilir. Bkz. Friedenthal/Miller/Sexton/Hershkoff, s. 833-834. Bu durumlarda taraf veya avukat aleyhine ilgili işlemten doğan masraflara hükmedilmesi (*wasted cost order*) mümkün olduğu gibi dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın bazı usûli haklardan mahrum bırakılması da söz konusu olabilir. Detaylı bilgi için bkz. Gündüz, s. 127 vd.

lerin toplanmasını engellemek amacıyla yanlış yönlendirilmesi ya da malzemelerin gizlenmesi şekilde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, *discovery* aşamasının en önemli araçlarından birisi olan taraf sorgusunun da benzer şekilde dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması mümkündür.

3. Yargılamanın “Özelleştirilmesi” Açısından

Daha önce ifade edildiği gibi taraf sorgusu, duruşma aşamasındaki usûl işlemlerinin bir “provası” niteliğindedir. *Discovery* kapsamında taraflar bir araya gelir; karşı tarafı, tanıkları ve bilirkişileri sorgular ve delilleri değerlendirir. Hâkimin müdahalesinin oldukça sınırlı olduğu bu aşamada süreçler, taraf vekillerince yürütülür. Uyuşmazlıkların çok büyük kısmı duruşma aşamasına geçilmeksizin *discovery* sonrasında sulh yoluyla çözümlenir. Dolayısıyla açılan davaların büyük çoğunluğu, toplanan dava malzemesi bilfiil mahkeme önünde değerlendirilmeksizin sonuçlanır.

Taraf sorgusunda takip edilen usûlün, mahkeme önündeki ifade usûlünden daha esnek olması, taraf vekillerine daha geniş bir “oyun sahası” sağlamakla birlikte bu durum, aynı gerekçeyle, sorgulanan kişi ve tarafın aleyhine bir durum olarak da değerlendirilebilir. Her ne kadar genel olarak mahkeme dışında yürütülen süreçlerin ve dolayısıyla taraf sorgusunun usûlüne ilişkin olarak detaylı yazılı hukuk kuralları bulunsa da süreçlerin mahkemenin doğrudan gözetimine tabi olmaması, özellikle *discovery* suistimali sorunu da dikkate alındığında, uyuşmazlığın zayıf konumdaki tarafı bakımından dezavantajlı bir duruma sebebiyet verir. Zira hâkimin usûle uyulduğunu ve taraflarının haklarının ihlal edilmediğini bizzat denetlemesi mümkün değildir⁸². Dolayısıyla, uyuşmazlıklar çok büyük oranda duruşma aşamasına geçilmeden sulh yoluyla çözümlendiğinden, yargı faaliyetinin mahkemeler eliyle değil de avukatlarca yürütüldüğü, başka bir ifadeyle yargı faaliyetinin “özelleştirildiği” yönündeki iddiaların makul olduğunu kabul etmek gerekir.

C. Konunun Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

1. De Lege Lata Açısından

Taraf sorgusunun mevcut Türk hukuku kuralları bağlamında değerlendirilmesi iki kademeli bir incelemeyi gerekli kılar. Zira taraf sorgusunun -Amerikan hukukundaki duruma uygun olarak- bir delil elde etme aracı

⁸² Nitekim bu gerekçeyle yargılamanın adeta mahkemelerden hukuk bürolarına “taşındığı” ifade edilir. Bkz. Çiftçi, s. 106.

olarak kullanılması hâli, taraf sorgusunun taraf vekillerince yürütülmesinden hareketle, avukatın delil toplama yetkisiyle ilişkilendirilebilirken taraf sorgusu ile alınan ifadenin delil olarak kullanılması ise ispat hukuku kuralları bağlamında değerlendirilmelidir. Başka bir ifade ile Türk hukukunda taraf vekilinin uyuşmazlığın karşı tarafını ve üçüncü kişileri “sorgulaması” avukata tanınan yetkilerle ilgiliyken alınan ifadenin mahkemeye delil olarak sunulabilmesi HMK’da ortaya koyulan sistemin buna izin vermesi hâlinde mümkün olur.

a. Taraf Sorgusunun Avukatın Delil Toplama Yetkisiyle İlişkisi

Amerikan usûl hukukunda taraf vekilleri, uyuşmazlığın karşı tarafının ya da üçüncü kişilerin bilgisine ve ellerindeki belgelere başvurma hususunda kapsamlı yetkileri haizdir. Kaynağını müşterek hukukun ayrık uyuşmazlık çözümü yaklaşımından ve taraf hâkimiyeti sisteminden alan bu yetkiler, özel hukuk bağlamında, Federal Medeni Usûl Kuralları’nda somutlaşır. İlgili düzenlemeler, taraf vekillerine üçüncü kişileri dahi sorgulama yetkisi verir. Taraf sorgusunu işlevsel kılan da bu yetkililerdir. Diğer taraftan Türk hukukunda avukatlara verilmiş böyle bir yetkiden bahsetmek mümkün değildir. Zira Türk hukukunda avukatların bilgi ve belge toplama yetkisini düzenleyen Avukatlık Kanunu m. 2 -her ne kadar müşterek hukuktaki *discovery* araçlarına ve bu bağlamda taraf vekillerine verilen yetkilerle benzerlik gösterse⁸³ ve avukatlara üçüncü kişiler nezdindeki “bilgi ve belgeleri inceleme” imkânı verse de- bu yetkiyi birtakım sınırlamalara tabi tutar.

Avukatın bilgi ve belgeleri inceleme yetkisi, ilgili düzenlemede sayılan kurum ve kuruluşlar nezdinde tanınır⁸⁴. Hüküm uyarınca talep ettiği belgeleri avukatın incelemesine sunmakla yükümlü olan kurum ve kuruluşlar; yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflardır. Hükümün yazılış biçimi, kanun koyucunun bu yükümlülüğe tabi kurum ve kuruluşları tahdidi olarak belirlediğine işaret eder⁸⁵ ancak

⁸³ Budak, Ali Cem: “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilge ve Belge İsteme Yetkisi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2004, s. 363-373, (Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi), s. 364; Çelikoğlu, Cengiz Topel: “Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, TBB Dergisi, S. 100, 2012, (Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplaması), s. 298; Çelikoğlu, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 359.

⁸⁴ Hükümün kapsamının tüm tüzel kişilere şamil olacak şekilde genişletilmesi yönündeki öneri için bkz. Çelikoğlu, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 350.

⁸⁵ Budak, “Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, s. 366.

niteliği itibarıyla bunlara benzerlik gösteren başka kurum ve kuruluşların da hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülür⁸⁶. Hüküm, bu yönüyle farklı şekillerde yorumlanmaya açık olmakla birlikte avukatların, ilgili hükme dayanarak, gerçek kişiler nezdindeki bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin bulunmadığından şüphe yoktur.

Hüküm, avukatların bilgi ve belgeleri inceleme yetkisini konu yönünden de sınırlar. İlk bakışta, hükümde avukatın bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin derdest bir dava ile ilişkilendirilmemiş olmasından hareketle⁸⁷, avukata genel bir yetki verildiği görülür⁸⁸. Bu yetki, dava malzemesinin toplanması hususunda avukatı çok geniş yetkilerle donatan müşterek hukuka kıyasla dahi, oldukça geniştir⁸⁹. Ancak hükümde kanunlarındaki özel hükümlerin saklı tutulması, yetkinin fiilen kullanılma alanını kayda değer derecede daraltır. Zira başta kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat olmak üzere birçok hukuk kuralının hükümde sayılan kurum ve kuruluşların elindeki bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılmasını sınırlandırması söz konusu olacağı gibi belirli bir konuda bilgi ve belge elde edilmesinin özel kanun hükümleri ile düzenlenmiş olması hâlinde de avukatların bilgi ve belgeleri inceleme yetkisine ilişkin genel hükmün uygulanması mümkün olmaz⁹⁰.

Yetkinin kapsamı bakımından “bilgi ve belgeleri inceleme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi de önemlidir. Bu bağlamda belgenin incelenmeye sunulmasından kasıt görece açıktır ancak “bilginin incelemeye sunulması” ile ne kastedildiğinin net olduğunu söylemek mümkün değildir. Yetkinin, işin niteliği gereği ilgili kurum ve kuruluşlardaki kişilerin bilgisine başvurmayı da kapsadığını kabul etmekle birlikte üçüncü kişilerin bilgisine başvurma yetkisinin sınırsız olduğunu kabul etmeye imkân yoktur. Zira bu yetki bağlamında avukata ilgili kurum veya kuruluşta adeta bir soruşturma yapma yetkisi verildiğini söylemek, hükmün amacını aşan bir yorum olur. Bu doğrultuda yetkiyi, belgeleri ibraz mecburiyetine ilişkin ölçütlere

⁸⁶ Çelikoğlu, “Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplaması”, s. 298.

⁸⁷ Somut uyumsuzluğun belirtilmesinin avukatın belge inceleme ve örnek talebinin unsurlarından birisi olduğuna ilişkin olarak bkz. Çelikoğlu, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 382 vd. Yazar, görüşünü belgeleri ibraz mecburiyeti bağlamında ibraz talebinin unsurlarından birisinin de iddianın dayandığı vakıaların somutlaştırılması olmasına dayanır.

⁸⁸ Budak, “Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, s. 365.

⁸⁹ Budak, “Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, s. 365.

⁹⁰ Budak, “Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, s. 366 vd.

kıyasla⁹¹, somutlaştırma yükü ve dürüstlük ödevi çerçevesiyle sınırlandırmak gerekir. Benzer şekilde, öğretide hükmün yorum yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı, bu doğrultuda avukatın ilgili kurumun işyerinde arama yapma, fotoğraf çekme veya görüşme yaptığı kişilerin seslerini kayda alma yetkisine sahip olmadığı ifade edilir⁹². Hükümde avukatın bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin kullanılmasına ilişkin usûlün ve ilgililerin avukatın taleplerini yerine getirmemesinin yaptırımının belirlenmemiş olması da yetkinin fiilen icra edilmesini zorlaştırır.

Bu çerçevede avukatın uyuşmazlığın karşı tarafına ve üçüncü kişilere detaylı sorular sorduğu ve bu kural olarak bu kişilerin katılımının zorunlu olduğu taraf sorgusunun Türk hukuku bağlamında icra edilebilmesi açısından gerekli hukuki altyapının mevcut olmadığı görülür. Zira Türk hukukunda avukatın bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin bu çerçeve ile sınırlandırılmış olması, avukatlarının taraf sorgusu vasıtasıyla üçüncü kişilerden bilgi ve belge talep etme yetkisini haiz olmadığını gösterir.

b. İspat Hukuku Kurallarının Taraf Sorgusuna Elverişliliği

Türk hukuku bağlamında üçüncü kişilere taraf sorgusuna katılma yükümlülüğü getiren bir düzenleme mevcut olmasa dahi üçüncü kişilerin, özellikle tanıkların, sorguya kendi iradesiyle iştirak etmesi, taraf vekilince sorulan soruları cevaplaması -teorik olarak- mümkündür. Ancak bu durumda ilgililerden alınan ifadenin hukuki niteliğinin irdelenmesi gerekir. Taraf sorgusunun Türk hukuku ispat hukuku kuralları bağlamında değerlendirilmesi güçtür. Nitekim *de lege lata* açısından sistemler arasında, bu bağlamda, benzerlik bulunmadığından şekli hukuk kurallarına, yabancı bir sistemde işlerlik kazandırmak mümkün değildir.

⁹¹ İbraz talebinin somutlaştırılmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Erdönmez**, s. 151 vd. Yazar, ayrıca, delil ikame eden tarafın ileri sürdüğü vakıalar hakkında hiçbir bilgisi olmadığı hâlde ibraz talebinde bulunmasının ve bu yolla sadece karşı tarafın bildiği vakıalara ve sahip olduğu delillere ulaşmaya çalışmasının doğruluk ödevine aykırı olduğunu ifade eder. Bkz. **Erdönmez**, s. 156. Bu doğrultuda, Türk hukukunda avukata verilen bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin de vakıalar hakkında bilgi sahibi olunmaksızın sadece uyuşmazlığın karşı tarafı hakkında bilgi ve delil elde etmek “umuduyla” kullanılmasının, Avukatlık Kanunu m. 2’de verilen yetkinin kapsamını aştığını kabul etmek yerinde olur. Aksine Amerikan hukukunda ise belge ibraz talebine “talebin çok geniş olması” gerekçesiyle itiraz edilmesinin yeterli olmayacağı ifade edilir. Bkz. **Göksu**, “Elektronik Delil”, s. 85. Bu durum hukuk sistemlerinin dava malzemesinin toplanması bakımından taraflara verilen yetkilerin sınırları arasındaki farklılığı ortaya koyar.

⁹² **Budak**, “Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, s. 366.

Türk hukukunda, diğer farklılıklar⁹³ göz ardı edilse bile, tanık ifadesinin alınma usûlü kesin çizgilerle belirlenir. Bu usûl, HMK m. 259’da düzenlenir. Hükümde açıkça tanığın davaya bakan mahkemede dinleneceği ifade edilir. Doğrudanlık ilkesinin bir sonucu olan⁹⁴ bu kuralın istinasını teşkil eden HMK m. 197’de düzenlenen istinabe ve HMK m. 246’da düzenlenen tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemlerine de mahkeme kararıyla ve mahkeme gözetiminde başvurulduğundan bu açıdan taraf sorgusu sistemi ile bir benzerlik tespit etmek mümkün değildir. Zira taraf sorgusunu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin geleneksel yöntemlerinden ayıran iki temel farklılık, sorgunun taraflarca ve ön inceleme aşamasında yapılmasıdır. Diğer yandan takdiri delil niteliğini haiz olan tanığın ifadesini mahkeme nezdinde dikkate alınmaya değer kılan, tanığın yemin etmesidir. Nitekim taraf sorgusunda da sorgulanan kişinin yemin etmesi gerekir. Ancak Türk hukukunda tanığın yemin usûlü HMK m. 258’de açıkça düzenlenmiş olup yeminin mahkeme önünde edileceği hükme bağlanır. Dolayısıyla tanığın mahkeme dışında ifade verebilmesi, buna ilişkin bir yemin usûlü öngörülmediğinden, mümkün değildir. Özetle, ilgililerin mahkeme dışında verdikleri ifadenin mahkeme önüne Türk hukuku bağlamında “tanık” delili olarak getirilmesine imkân yoktur.

Taraf sorgusu ile mahkeme dışında elde edilen ifadelerin mahkemeye “belge” olarak sunulması bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Zira taraf sorgusuyla hem tanıklar hem de hasım sorgulanabildiğinden ve Türk hukukunda tarafın tanıklığı kabul edilmediğinden sorgulanan kişinin durumu farklı değerlendirmeler yapılmasını zorunlu kılar. Sorgulanan kişi, Türk hukuku bakımından tanık olarak nitelendirilebiliyorsa yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, tanığın ifadesinin “belge” olarak mahkemeye sunul-

⁹³ Türk hukukunda bilirkişi ayrı bir delil olarak değerlendirildiği gibi tarafın da tanıklık yapması mümkün değildir. Bkz. **Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Cilt I), s. 960. Ana kural taraf olarak davada dinlenilmiş kişinin tanıklık yapamayacağı olsa da oldukça istisnai durumlarda taraf olarak dinlenilmiş olmak koşuluyla tarafın tanıklık yapması mümkündür. Doktrinde, ergin olmadıktan dava ehliyetine sahip olmayan kişinin isticvap edilemediği için tanık olarak dinlenmesi örneği verilir. Bu gibi oldukça istisnai durumlar haricinde tanık üçüncü kişidir ve isticvap yoluyla dinlenir. Bkz. **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, Altıncı Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 2567; **Atalay**, *Pekcanitez Usûl*, s. 1887.

⁹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 415; **Tanrıver**, “Cilt I”, s. 967; **Akkan**, Mine: “Medeni Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 561.

ması da mümkün değildir⁹⁵. Diğer yandan karşı tarafın sorgulanması hâlinde verilen ifadenin niteliğine bağlı olarak mahkeme dışı ikrardan bahsetmek, teorik olarak, mümkündür ve mahkeme dışı ikrarın HMK’da düzenlenen delil sistemi kapsamında öngörülmüş araçlarla mahkemeye getirilmesi söz konusu olabilir. Ancak HUMK m. 236/3’ün aynen aktarıldığı HMK m. 188/3’te, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağı açıkça düzenlenir. Bu hükümden hareketle tarafın sorgulanmasından ispat hukuku bağlamında bir sonuç elde edilmesi imkânsızdır. Sonuç olarak, pratik imkânsızlıkların ötesinde, *de lege lata* açısından taraf sorgusu sistemine Türk hukuku bakımından işlerlik kazandıracak hukuki altyapının mevcut olmadığı söylenebilir.

2. De Lege Ferenda Açısından

Amerikan usûl hukukunun en önemli araçlarından olan taraf sorgusu, özellikle dava malzemesinin toplanması ve davanın aydınlatılması bakımından oldukça işlevseldir. Her ne kadar mevcut düzenlemeler itibarıyla taraf sorgusu Türk hukuku ile uyumlu olmasa da -sistemin avantajları da dikkate alındığında- *de lege ferenda* açısından sistemin “sınırlı” bir alanda iktibasının yararları olabileceğini iddia etmek mümkündür.

Türk yargısında sıklıkla ağır eleştirilere konu olan dava sürelerinin uzunluğu⁹⁶, mahkemelerin iş yükünün fazlalığı ve dolaylı olarak duruşmaların *şeklen* yapılıyor olması gibi sorunlar, yargı sisteminin geneline yayılmış bir etkinlik ve verimlilik problemine işaret eder. Bu durum, iktisadi perspektiften değerlendirildiğinde, yargılama faaliyetinde işlem maliyetlerinin

⁹⁵ Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları’nın tanık deliline ilişkin dördüncü maddesinde, tanık ifadelerinin yazılı olarak sunulmasına izin verilir. Hatta tanık ifadelerinin yazılı olarak verilmesinin sözlü tanıklığa nazaran daha yaygın bir uygulama olduğu ifade edilir. Bkz. **Teomete Yalabık**, “Tanıkların Mahkemeye Çağırılması”, s. 406. Ancak bu durumda dahi “belge” değil, tanık delili söz konusu olur. Öğretide bu imkânın tahkim yargılamasına hız kazandırmayı amaçladığı ifade edilir. Bkz. **Hacibekiroğulları**, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 120. Eklemek gerekir ki Kurallar’ın sekizinci maddesi uyarınca taraflarca ya da hakem heyetince ispat duruşmasında (*evidentiary hearing*) hazır bulunması istenen tanıkların, geçerli mazeretleri olmaksızın, duruşmaya katılmamaları hâlinde yazılı beyanları dikkate alınmaz. Bu düzenleme de Kurallar’ın yazılı tanık beyanına her zaman itibar etmediğine işaret eder.

⁹⁶ Nitekim hükmün zamanında verilmesinin -hükmün yerindeliği ve yargılama giderleriyle birlikte- adaletin ölçülmesinde esas alınması gereken üç kriterden birisi olduğu ifade edilir. Bkz. **Zuckermann**, Adrian A. S.: Justice in Crises: Comparative Dimensions of Civil Procedure, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 3 vd.

yüksek olduğu sonucunu çıkarmaya elverişlidir. Başka bir ifade ile mevcut sistemde hakların yargı yoluyla kullanılması ve korunması, taraflar bakımından yüksek maliyetleri⁹⁷ de beraberinde getirir. Bu maliyetlerin asgari düzeyde tutulması, yargı sisteminin etkinliğinin ve verimliliğinin arttırılması yoluyla mümkün olacaktır.

Daha verimli ve etkin çalışan bir yargı sisteminin yargı yoluna başvuran herkese yarar sağlayacağı kesin olmakla birlikte dava malzemesinin toplanması ve davanın aydınlatılması bakımından taraf sorgusu sisteminin mevcut medeni yargı sistemine iktibas -sistemin dezavantajları, Türk medeni yargısının gelenekleri ve yerleşik sorunları da birlikte ele alındığında- sadece belirli uyuşmazlık türleri açısından bu amaca hizmet eder. Şöyle ki taraf sorgusu sisteminin ek maliyetleri beraberinde getireceğini öngörmek mümkündür. Türk hukukuna oldukça yabancı olan bu sistemin fiilen tatbik edilebilmesi için avukatların da sistemin gerektirdiği becerileri kazanması gerekir⁹⁸. Dolayısıyla bir delil elde etme aracı olarak taraf sorgusunun tüm davalar bakımından uygulanmasının işlem maliyetlerini düşürmenin ötesinde ek maliyetler getireceği açıktır.

Diğer yandan ticari davalar açısından aynı çekinceleri ileri sürmek her zaman mümkün değildir. Özellikle belirli bir tutarın üzerindeki ticari uyuşmazlıklarda, yıllara yayılan davaların yarattığı maliyetler göz önüne alındığında, uyuşmazlığın hızlı ve etkin biçimde çözümlenmesinin getireceği faydaların ağırlığı, bu davalar bakımından farklı bir değerlendirme yapılmasına imkân verir. Nitekim başta tahkim olmak üzere *ihtiyari* alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu tip uyuşmazlıklarda sıklıkla tercih edilmesinin sebebi de budur. Tarafların tacir olmalarının bir sonucu olarak basiretli dav-

⁹⁷ Usûl hukuku bağlamında maliyetler denince ilk akla gelen yargılama giderleri olmakla birlikte bazen yıllar süren yargılamalar nedeniyle taraf davayı kazansa dahi dava konusunun değeri, özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde, hükmün kesinleştiği tarih itibarıyla ilgilinin hak kaybını tatmin etmek konusunda yetersiz kalabilir. Paranın zaman değeri yönünden yapılacak bu hesaplamayı da geniş anlamda maliyetler kapsamında değerlendirmek gerekir.

⁹⁸ Amerikan hukukunda avukatların yeteneklerinin ve taktiksel davranışlarının davanın sonucuna etki edebileceğine, avukatların, özellikle duruşmalar bakımından, “sanatsal” bir faaliyet yürüttüğüne ilişkin olarak bkz. **Gündüz**, s. 85. Ancak eklemek gerekir ki bu durum bu sistemde avukatlık mesleğini icra edenlerin mesleki yeterlilik bakımından üstün olduğundan ziyade sistemin kurgulanış ve işleyiş biçiminden kaynaklanan bir yöntem farklılığına işaret eder. Yargılamanın kıyasıya mücadeleden çok uyuşmazlığın tüm ilgililer arasındaki iş birliği yardımıyla çözülmesi olarak gören anlayışın içselleştirilmesi, avukatların bu bağlamda eğitilmesi gerekliliğine işaret eden görüş için bkz. **Göksu**, “Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, s. 279.

ranma yükümlülüğü ve profesyonel hukuki danışmanlık hizmetlerine erişim kabiliyetlerinin yüksekliği de dikkate alınmalıdır.

Yapılan açıklamalardan hareketle belirli bir tutarın üzerindeki ticari uyuşmazlıklarda taraf sorgusu sisteminin tercih edilmesinin faydalı olacağı gibi taraflarca da tercih edileceğini söylemek mümkündür⁹⁹. Dava malzemesinin taraflarca ön inceleme aşamasında hızlı şekilde toplanabilmesi, uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak vakıaların ve delillerin tespiti yoluyla davanın aydınlatılabilmesinin iki önemli avantajı olacaktır. Bunlardan ilki duruşma aşamasının hızlanması ve böylece yargılama sürelerinin kısaltılmasıdır. Nitekim dava malzemesinin toplanması hususunda tarafların -ve hâliyle taraf vekillerinin- daha geniş yetkilerle donatılması, mahkemelerin iş yükündeki azalmayı da beraberinde getirecektir¹⁰⁰. Ayrıca sistem, etkin kullanıldığında, taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin asgari düzeye indirilmesine imkân sağladığından uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesi olasılığı da artacaktır¹⁰¹. Aynı tezi, benzer gerekçelerle sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi sistemi üzerine inşa edilmiş tahkim yargılaması için de ileri sürmek mümkündür.

⁹⁹ Benzer işlevleri olan *affidavit* müessesesinin Türk hukukunda kullanılmasının da bu bağlamda faydalar sağlayacağına ilişkin olarak bkz. **Karayalçın**, s. 54, 56.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Göksu**, “Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, s. 278 vd.

¹⁰¹ Nitekim küresel eğilimin -ekonomik fayda yönünden bir değerlendirme yapılarak- uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesini teşvik edici mekanizmaların yaygınlaştırılması olduğu; -Alman hukuku ve Fransız hukukundaki reform hareketlerinin de bu ekseninde geliştiği ifade edilir. Bkz. **Stürner**, Rolf (Çev. Nesibe Kurt): “Fransa ve Almanya’da Yeni Usul Hukuku Reformları - Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-”, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 6, 2007, s. 80 vd.

KAYNAKÇA

- Akkan**, Mine: “Medeni Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 555-609.
- Bolayır**, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Budak**, Ali Cem: “Anglo-Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 65, S. 10-12, 1991, s. 1-15, (Bilirkişilik).
- Budak**, Ali Cem: “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilge ve Belge İsteme Yetkisi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2004, s. 363-373, (Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi).
- Çelikoğlu**, Cengiz Topel: “Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, TBB Dergisi, S. 100, 2012, s. 281-316, (Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplaması).
- Çelikoğlu**, Cengiz Topel: Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (Avukatın Delil Toplaması).
- Çiftçi**, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Darnall**, Jason F./**Bales**, Richard: “Arbitral Discovery of Non-Parties”, Journal of Dispute Resolution, C. 2001, S. 2, 2001, s. 321-336.
- Dees**, William A.: “Civil Procedure -- Deposition and Discovery -- Availability of Adversary’s File Under the Federal Rules of Civil Procedure”, North Carolina Law Review, C. 25, S. 3, 1947, s. 313-319.
- Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Easterbrook**, Frank H.: “Discovery as Abuse”, Boston University Law Review, C. 69, S. 3, 1986, s. 635-648.
- Eisenberg**, Theodore/**Lanvers**, Charlotte: “What is the Settlement Rate and Why Should We Care?”, Journal of Empirical Legal Studies, C. 6, S. 11, 2009, s. 111-146.
- Emery**, Jack S./**Edwards**, Linda L./**Edwards**, J. Stanley: Civil Procedure and Litigation, Delmar Thomson Learning, New York 2000.

- Erdönmez**, Güray: Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İkinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Felix**, Adrian K./**Dolan**, Martin A./**Kibbe**, Rebecca C./**Lustrin**, Lori: “Deposition, Turning the Table on Difficult Witnesses (and Counsel)”, The Brief, C. 48, S. 2, 2019, s. 30-36.
- Frankel**, Marvin E.: “The Search for Truth: An Umpireal View”, University of Pennsylvania Law Review, C. 123, S. 5, 1975, s. 1031-1059.
- Friedenthal**, Jack H./**Miller**, Arthur R./**Sexton**, John E./**Hershkoff**, Helen: Civil Procedure Case and Materials, On Birinci Baskı, West Academic Publishing, St. Paul 2013.
- Glannon**, Joseph W.: Civil Procedure, Beşinci Baskı, Aspen Publishing, New York 2006.
- Goldstein**, Alan K.: “A Short History of Discovery”, Anglo-American Law Review, C. 10, S. 4, 1981, s. 257-270.
- Göksu**, Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak)”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 5, S. 13, 2009, s. 251-282, (Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi).
- Göksu**, Mustafa: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, (Elektronik Delil).
- Gündüz**, Okan: Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Güralp**, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Hacıbekiroğulları**, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Halberstam**, Michael: “The American Advantage in Civil Procedure? An Autopsy of the Deutsche Telekom Litigation”, Connecticut Law Review, C. 48, S. 3, 2016, s. 817-872.
- Hazard**, Geoffrey C. Jr.: “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, Notre Dame Law Review, C. 73, S. 4, 1999, s. 1017-1028, (The Role of the Judge).

- Hazard**, Geoffrey C. Jr.: “Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure”, The University of Pennsylvania Law Review, C. 137, S. 6, 1989, s. 2237-2247, (Discovery Vices).
- Hopwood**, William/**Pacini**, Carl/**Young**, George: “Fighting Discovery Abuse in Litigation”, Journal of Forensic & Investigative Accounting, C. 6, S. 2, 2014, s. 52-80.
- Johnston**, Iain D.: “Apex Witnesses Claim They Are Too Big to Depose”, Litigation, C. 41, S. 1, 2014, s. 41-46.
- Karayalçın**, Yaşar: “‘Affidavit’ ve Türk Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 3-4, 1986, s. 47-56.
- Kessler**, Amalia D.: “Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial”, Cornell Law Review, C. 90, S. 5, 2005, s. 1181-1275.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, Altıncı Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Lam**, Amalia L.: “Unwarranted Weight of a Paper Barrier: A Proposal to Ax the Apex Doctrine”, Washington University Law Review C. 89, S. 6, 2012, s. 1457-1484.
- Legg**, Michael J.: “The United States Deposition - Time for Adoption in Australian Civil Procedure?”, Melbourne University Law Review, C. 31, S. 1, 2007, s. 146-170.
- Meriç**, Nedim: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 377-424.
- Ovacık**, Mustafa: İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Üçüncü Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.
- Özbek**, Mustafa Serdar: “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2006, s. 907-928.
- Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Onuncu Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Pekcanıtez**, Hakan/**Özekes**, Muhammet/**Akkan**, Mine/**Taş Korkmaz**, Hülya: Pekcanıtez Usûl, On Beşinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Schilken**, Ernst (Çev. Nevhis Deren Yıldırım): “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 39-60.

- Sicard-Mirabal, Josefa/Derains, Yves:** Introduction to Investor-State Arbitration, Wolters Kluwer, 2018.
- Siems, Mathias:** Comparative Law, Üçüncü Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Silberman, Linda J./Stein, Allan R./Wolf, Tobias Barrington:** Civil Procedure Theory and Practice, İkinci Baskı, Aspen Publishing, New York 2006.
- Simil, Cemil:** “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 1351-1376.
- Stürner, Rolf (Çev. Nesibe Kurt):** “Fransa ve Almanya’da Yeni Usul Hukuku Reformları - Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, 2007, s. 77-84.
- Stürner, Rolf:** “Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance”, Uniform Law Review, C. 6, S. 4, 2001, s. 871-886.
- Tanriver, Süha:** Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Cilt I).
- Tanriver, Süha:** Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Cilt II).
- Tanriver, Süha:** Medenî Yargıda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Teomete Yalabık, Fulya:** “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 2115-2162, (Bilirkişilik).
- Teomete Yalabık, Fulya:** “Devlet Yargısında Hâkimin, Milletlerarası Tahkimde Hakem Heyetinin Tanıkların Mahkemeye Çağrılmasında ve Sorgulamasındaki Rolü”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 13, S. 37, 2017, s. 373-423, (Tanıkların Mahkemeye Çağrılması).
- Teomete Yalabık, Fulya:** İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, (Hâkimin Rolü).
- Toraman, Barış:** “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.

13, Özel Sayı, 2013, s. 115-129, (Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişiler).

Toraman, Barış: Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Bilirkişi İncelemesi).

Yeazell, Stephan C./**Schwartz**, Joanna C./**Carroll**, Maureen: Federal Rules of Civil Procedure, Aspen Publishing, New York 2022.

Yeşilırmak, Ali: “Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslararası Hukuk Usulü Prensipleri”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, 2005, s. 391-407.

Zekoll, Joachim: “Comparative Civil Procedure”, The Oxford Handbook of Comparative Law, (Ed.) Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard, Birinci Baskı, Oxford University Press, Oxford 2006.

Zuckermann, Adrian A. S.: Justice in Crises: Comparative Dimensions of Civil Procedure, Oxford University Press, Oxford 1999.

HİNÇ, ADALET VE HİNÇ ADALETİ: ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375599>

Arş. Gör. Rıdvan TÜRK*

Öz

Rabia Sağlam'ın Hinç Adaleti ve Affetme başlıklı kitabında geliştirdiği hinç adaleti kuramı, hukuk düzeninin yozlaştığı ve adaleti gerçekleştirme işlevini kaybettiği bir toplumda, hinçli mağdurların faillerden haklarını kendi elleriyle alabileceklerini öngörmektedir. Yazara göre hinç öznesinin intikamının meşruiyeti, mağdurun sosyoekonomik eşitsizliğin dezavantajlı tarafında bulunmasına ve adaletin güçlü failler tarafından yolundan saptırılması şartına bağlıdır. Sosyoekonomik açıdan avantajlı faillerin işlediği suçlar veya verdiği zararlar, şayet hukuk failleri koruyor ya da bu failler güçleri sayesinde hukukun yargısından kaçabiliyorsa, hinç adaletinin konusunu oluşturur. Sağlam'a göre, bu koşullar gerçekleştiğinde, hakkı verilmeyen hinçli mağdurların haklarını kendilerinin alması hem ahlâken hem hukuken meşru kabul edilmelidir. Bu çalışmada kurama yönelik iki eleştiri sunuluyor. İlk eleştiride, hinç adaletinin hinç psikolojisinden bir adalet düşüncesine ulaşırken ortaya çıkabilecek felsefi zorlukları yeterince irdelenmediği iddia ediliyor. Bu çerçevede hinçla dolu mağdurun her türlü intikam ediminin meşru olup olmadığı, hinç adaletinin şiddetinin bir sınırının bulunup bulunmadığı gibi sorular gündeme getiriliyor. İkinci eleştiride ise, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki yozlaşma koşullarının hukuk dışı tekil bir şiddet ediminin ahlâki ve hukuki meşruiyeti için yeterli veya uygun olmadığı; gölgede kalan bazı hususlarının aydınlatılması ve tartışmanın bu doğrultuda genişletilmesi gerektiği öne sürülüyor.

Anahtar Kelimeler

Hinç, İntikam, Adalet, Sosyoekonomik eşitsizlik, Hukuki yozlaşma

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Kocaeli (ridvan.turk@kocaeli.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6416-8764 (Geliş Tarihi: 08.08.2023-Kabul Tarihi: 14.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

RESSENTIMENT, JUSTICE AND JUSTICE OF RESSENTIMENT: A CRITICAL EVALUATION

(Research Article)

Abstract

The theory of justice of resentment developed by Rabia Sağlam in her book titled Justice of Resentment and Forgiveness argues that in a society where the legal order has become corrupt and has lost its function of securing justice, resentful victims can take their rights from the perpetrators with their own hands. According to the author, the legitimacy of the revenge of the resentment subject depends on the condition that the victimized person is on the disadvantaged side of socioeconomic inequality and that justice is perverted by powerful perpetrators. Crimes committed or harms caused by socioeconomically advantaged perpetrators are the subject of justice of resentment if the law protects the perpetrators or if these perpetrators can escape its judgment by manipulating the law through their power. According to Sağlam, when these conditions are met, it should be considered both morally and legally legitimate for resentful victims to take their rights into their own hands. This paper offers two critiques. The first criticism claims that the justice of resentment does not sufficiently address the philosophical difficulties that may arise when arriving at an idea of justice from the psychology of resentment. In this framework, questions such as whether all acts of revenge by the resentful victim are legitimate and whether there is a limit to the violence of justice of resentment are raised. The second critique argues that the conditions of socioeconomic inequality and legal corruption are not sufficient or appropriate for the moral and legal legitimacy of a singular act of extra-legal violence, and that some of its shadowy aspects should be illuminated and the debate expanded accordingly.

Keywords

Resentment, Revenge, Justice, Socioeconomic inequality, Legal corruption

GİRİŞ

Hukuk, toplumsal kurumlar arasında en çok eleştirilen, kolektif gündemi en çok meşgul eden kurumlardan biridir. Eleştiriler çoğunlukla hukuki düzenlemelerin adaleti yansıtmadığına ya da hukuk uygulayıcılarının hukuk normlarının yorumunda hataya düştüklerine dikkat çeker. Fakat bazen durum daha ciddidir; hukuk sisteminin aktörleri adaleti kasıtlı bir şekilde yolundan saptırırlar.

Hukukun yozlaşması olarak ifade edilebilecek bu durum, hem pratik, yani adalet yönetimi açısından hem de teorik olarak başa çıkması zor bir problemdir. Hukuk kuramları, hukukun hak ve sorumlulukların adil dağıtımını amaçladığı varsayımından hareket ederler. Dolayısıyla hukuk sistemi adalete hizmet etme amacını yitirip bir kötülük kaynağı hâline geldiğinde ne yapılacağı konusunda sessizdirler. Örneğin kendisine cinsel saldırıda bulunan fail veya failler siyasi nüfuzları nedeniyle korunduğunda yahut alkollü araç kullandığı için kaldırımında yürüyen küçük bir çocuğu hayattan koparan fail parayla hukuku satın aldığında, hukukun korumasından yoksun bırakılan mağdurlara ne önerebileceğimiz sorusuna bu kuramların verebileceği bir cevap bulunmamaktadır.

Doç. Dr. Rabia Sağlam'ın "hınç adaleti kuramı" olarak isimlendirilebilecek yaklaşımı, hukukun doğasına ilişkin kuramsal araştırmaların kapsamı dışında kalan bu sorunu gündemine almaktadır¹. Sağlam'a göre, hukukun çıplak bir yaşama terk ettiği mağdurlar hınç öznelerine dönüşür. Bu çerçevede hınç adaleti, yoğun hınç duygularının etkisi altında şiddete başvuran, hakkını yahut intikamını hukuk düzeninin dışında kendi imkânlarıyla almaya teşebbüs eden hınç öznelerinin fiillerinin ahlâki ve hukuki meşruiyetini temellendirme girişimidir.

Yazarın temel savı, mağdurun hınç psikolojisiyle uyguladığı hukuk dışı şiddeti meşrulaştıran nesnel koşulların varlığıdır. Kuramın sınırlarının çizildiği *Hınç Adaleti ve Affetme*'de² bu koşullar, genel olarak (1) sosyoekonomik

¹ Burada "kuram" ifadesi klasik-terminolojik anlamıyla kullanılmıyor. Nitekim hınç adaleti, fiziksel ya da sosyal gerçekliğin bir bölümünü açıklamayı amaçlayan, ampirik veriye dayalı analitik bir analiz sunmaz. Hınç adaletini daha çok pedagojik-pragmatik nedenlerle bir kuram olarak isimlendiriyorum. Amacım, katmanlı ve görece karmaşık bir argümantasyon sunan düşünce zincirini tek bir kavram altına getirmek. Öte yandan Sağlam'ın hınç adaletini bir kuram olarak nitelendirmediğini belirtmeliyim.

² Sağlam, Rabia: *Hınç Adaleti ve Affetme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022. *Hınç Adaleti ve Affetme*, Sağlam'ın adalet sorununa ilişkin akademik kariyerinin tümüne yayılan uzun bir düşünce sürecinin son ürünü. Dolayısıyla kitap, konuya yakla-

mik eşitsizlik ve (2) hukukun yozlaşması olarak belirlenmiştir. Buna göre, sosyoekonomik açıdan avantajlı faillerin işlediği suçlar veya verdiği zararlar, şayet hukuk failleri koruyor veya failler güçleri sayesinde hukukun yargısından kaçabiliyorsa, hınç adaletinin konusunu oluşturur. Sağlam’a göre, bu koşullar gerçekleştiğinde, hakkı verilmeyen hınçlı mağdurların haklarını kendilerinin alması hem ahlâken hem hukuken meşru kabul edilmelidir.

Hınç adaleti kuramı, birçok açıdan önemli ve özgün bir girişimdir. Öncelikle kuram, sosyoekonomik eşitsizliğin derinleştiği, hukuki yozlaşmanın bireylerin öngörülebilirlik ve güvenlik gibi temel toplumsal beklentilerini boşa çıkardığı bir bağlamı merkezine almaktadır. Buradan hareketle, toplumdaki eşitsiz güç ilişkilerinin kurbanları olan, mahkeme önlerinde Godot’yu bekler gibi adalet bekleyen mağdurların “duygu”larını hukuk kuramı açısından sorunsallaştırmaktadır. Öte yandan hınç adaletinin misyonu zorludur: Hukuk ile intikamı, adalet ile hıncı, akıl ile duyguyu bir araya getirmeyi amaçlamakta ve modern bir ihkakı hak savunusunun imkânlarını araştırmaktadır. Bu misyonu zorlu kılan iki önemli meydan okumadan bahsedilebilir. İlk meydan okuma, adaletin öfke, nefret, kin gibi duygularla yahut bedensel arzularla ilişkisini ortaya koymayı içerir. Oysa kökleri ilk büyük filozoflara kadar götürülebilecek yaygın bir görüşe göre, duygu, arzu veya tutkular, biyolojik kökenleri nedeniyle aklın otantik işleyişini yani “saf”lığını bozmaktadır. Bu anlamda “hınç adaleti” tamlaması, bir oksimoron veya mantıksal bir çelişki gibi görünür. Kuram, geniş referans ağı ve disiplinler arası yaklaşımıyla, bu tehlikeli ve yasak bölgeden geçen güvenli bir yol önerisinde bulunmayı amaçlamaktadır. İkinci meydan okuma, modern ceza hukukunun asli, kurucu ilkelerinden biri olarak kabul edilen “ihkakı hak yasağı”na yönelik bir istisna arayışıdır. Nitekim hukuk dışı bir intikam şiddetinin haklılığı savunusu, şiddet tekeli elinde tutan modern hukuk sisteminin ana taşıyıcı kolonlarının dayanıklılığını test etmektedir. Ayrıca bu misyonun ötesinde yazar, saygınlığını yitirmiş bir hukuk düzeninin sınırları içinde nasıl bir entelektüel tutum takınılabileceği konusunda net bir tavır

şım tarzı ve benimsenen temel ilkeler bakımından belirli bir entelektüel gelişim çizgisinin bir devamı olarak okunmalıdır. Öte yandan hıncı adaletle ilişkilendiren son eserde mevcut birikime yeni bir katman eklendiğini söylemek mümkündür. Bkz. **Sağlam**, Rabia: *Yapıbozumsal Adalet*, 1. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2014; **Sağlam**, Rabia: “Adalet Bozumuna Kışkırtıcı Bir Giriş”, *Hukuk Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, 1. Baskı, NotaBene Yayınları, Ankara 2016; **Sağlam**, Rabia: “Zinanın Hukuk-İç ve Hukuk-Dışı Soykütüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, No: 1, 2020, s. 287-302; **Sağlam**, Rabia: “Posthuman Dijital Özne: Braidotti’nin Eleştirel İnsan Sonrasının Eleştirisi”, *ViraVerita E-Dergi*, No: 13, 2021, s. 295-323.

takınmaktadır³. Ulaştığı sonuçlara katılıp katılmamak bir yana, Sağlam'ın teori ile pratik arasındaki uçurumu kapatma teşebbüsü üzerine düşünmek, öne sürülen fikirlerle ilgili eleştiri ve önerilerde bulunmak anlamlı bir çaba olacaktır.

Hınç adaleti, hukuk ile hukuk olmayan arasındaki sınırdaki işlemek bakımından Giorgio Agamben'in istisna hâli kuramını çağrıştırmaktadır. Kısaca ifade edilirse, istisna hâli, siyasal kriz dönemlerinde yürütme gücünün alanını genişletmek amacıyla cari hukukun bazı hükümlerinin askıya alınmasıdır. Agamben, politik bağlamı nedeniyle, hukukçuların istisna hâlini bir hukuk sorunundan çok fiili bir durum olarak algıladığını, önemli hukuki sonuçlarına rağmen konuyu araştırma kapsamlarına dahil etmede çekimser kaldıklarını söyler. Nitekim yaygın görüşe göre istisna hâli, “kamu hukuku ile siyasal olgu arasında bir dengesizlik noktası” ya da “hukuki olan ile siyasal olan arasındaki sınır çizgisinde işleyen bir olgu”dur⁴.

Benzer şekilde, hınç adaleti kuramı, (1) hukukun yozlaşmasının sonuçlarını odağına aldığından bir yönüyle olguya fakat buradan normatif sonuçlar çıkardığı için de diğer yönüyle hukuka bakar ve (2) -istisna hâlinin siyasal kriz dönemlerinde anlamını kazanması gibi- hukukun krizde olduğu, hukuka ilişkin mevcut kuramsal şemaların olan biteni açıklamakta yetersiz kaldığı bir bağlamda anlamını kazanır. Kuramın temel iddiası, hukukun geçerliliğini ve bağlayıcılığını askıya alan, hukuk düzeninin dışına çıkarak hakkını arayan mağdurun intikam şiddetinin “hukuki” meşruiyetidir. Dolayısıyla, ifadeleri değiştirerek söylersek, hınç adaletinin “hukuk ile sosyal olgu arasında bir dengesizlik noktası” veya “hukuki olan ile fiili olan arasındaki sınır çizgisinde işleyen bir olgu” olduğu söylenebilir⁵. Bunun en önemli sonucu, hınç

³ Yazar, bu tavrın sınırlarını *Hınç Adaleti ve Affetme*'nin Önsöz'ünde çizmektedir. Önsöz, hınç adaletinin kuramsal temellerini aydınlatan sosyopolitik bir manifesto olarak yapılandırılmıştır.

⁴ Agamben, Giorgio (çev. Kemal Atakay); *İstisna Hâli*, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2020, s. 9-10.

⁵ Bu açıdan hınç adaleti İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya'daki kinci muhbir davalarına benzemektedir. Söz konusu dönemi de hukuki bir kriz veya geçiş dönemi olarak adlandırmak mümkündür. Kinci muhbir davalarının konusu, Hitler dönemindeki ceza kanunlarına dayanarak yapılan kötü niyetli ihbarlardır. Savaş bitip Nazi rejimi ortadan kalktıktan sonra Alman mahkemeleri, ihbarların dönemin yasalarına uygun fakat “tüm temiz insanların vicdanlarına ve adalet duygularına aykırı” olduğu gerekçesiyle muhbirlerin cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu çözüme katılmayan Hart'a göre, burada, iki hukuki ilkedden biri feda edilmek zorundaydı. Ya kinci muhbir, ihbar o dönemki yasalara uygun olduğu için cezalandırılmayacak ve böylelikle geçmişteki kötü bir fiil cezasız bırakılacak ya da geçmişe etkili bir yasayla kinci muhbir cezalandırılacaktı.

adaletinin, hâlihazırda hukuk kuramının konusu edilmeyen bazı olguları gündemine almakla -bu tavır eleştirilebilir olsa dahi- hukuk kuramının sınırlarının genişletilmesine kapı aralamasıdır.

Bu makalede hınç adaleti kuramını değerlendirmeyi ve bazı eleştirileri gündeme getirmeyi amaçlıyorum⁶. Bunu daha ziyade kuramın kendi bütünlüğü içerisinde kalarak, yalnızca varılan sonuçları analiz ederek yapacağım. Hınç adaletini genel olarak hukuk kuramı çerçevesinde ele almak istediğimden, değerlendirmelerle ilgili olmadıkça hınç adaletinin diğer disiplinlerdeki referanslarına göndermede bulunmayacağım.

Makale iki bölümden oluşuyor. İlk bölüm, hınç adaletinin kuramsal temellerini ve mağdurun hukuk dışı şiddet ediminin ahlâki ve hukuki meşruiyet gerekçelerini ortaya koyuyor. Bu çerçevede “sosyoekonomik eşitsizlik”, “hukukun yozlaşması”, “tutarlılık” ve “illiyet bağı” gibi koşulların nasıl anlaşılması gerektiği, hınç adaletinin meşruiyeti açısından işlevlerinin ne olduğu irdeleniyor. İkinci bölümde, ilk bölümde sunulan argümantasyon değerlendirilerek alt başlıklar hâlinde iki temel eleştiri sunuluyor. İlk eleştiri, hınç adaletinin, hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesine ulaşırken ortaya çıkabilecek felsefi zorlukları yeterince irdelemediği fikrine dayanıyor. Bu çerçevede hınçla dolu mağdurun her türlü intikam ediminin meşru olup olmadığı, hınç adaletinin şiddetinin bir sınırının bulunup bulunmadığı gibi sorular gündeme getiriliyor. İkinci eleştiride ise, hınç adaletinin öngörülen nesnel koşullarının, hukuk dışı bir şiddet ediminin ahlâki ve hukuki meşruiyetine gerekçe gösterilebilmesi için yeterli veya uygun olmadığı; gölgede kalan bazı hususların aydınlatılarak tartışmanın bu doğrultuda genişletilmesi gerektiği öne sürülüyor.

Bkz. **Hart**, Herbert L.A. (çev. Ertuğrul Uzun); “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, ed. Sercan Gürlü, 1. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 136-137. Aynı şekilde hınç adaletinde de hukuka itaat yükümlülüğü ile kötülüğün cezalandırılması ilkesi çatışmaktadır. Hınç adaletinin tercihi, kötülüğün cezasız kalmasındansa hukuka itaat yükümlülüğünün geçici şekilde askıya alınması; kötülüğün cezasının bizzat mağdur tarafından verilmesidir.

⁶ Bir metnin ya da kuramın nasıl anlaşılacağı veya yorumlanacağı konusundaki görüşler temelde iki farklı noktaya odaklanır: Anlam ya metnin kendisinde yahut yazarın/kuramcının niyetinde aranmalıdır. Ne var ki bu çalışma, iki kaynağa aynı anda erişebildiğinden hermenötik bir ayrıcalığa sahip. Makalenin tezlerini formüle ettiğim çalışma sürem boyunca, tüm sorularımı metnin/kuramın kendisi yanında onun yaratıcısına da yönelme şansına sahiptim. Sevgili hocam Rabia Sağlam, bazen meraklı bir okur bazen de iddialı bir eleştirmen olarak beni dikkatle dinledi ve zihnini bana açtı. Makalenin başında kendisine teşekkürlerimi ifade etmek istiyorum. Elbette çalışmanın hata ve kusurları bana aittir.

I. HINÇ ADALETİ: KURAMSAL TEMELLER

Hınç, genellikle öfke, nefret, kin, kıskançlık veya haset gibi olumsuz duygular biçiminde dışavurulan psikolojik bir olgudur. Hınç psikolojisine giden süreç, kişinin rahatsızlık duyduğu bazı olay veya durumlara karşı tepki göstermesiyle başlar. Tepkinin nedeni, verilen bir zarar olabileceği gibi aşagılama, hakaret veya bunlardan biri olmaksızın yalnızca kişinin arzuladığı şeylerden yoksunluğu da olabilir. Zarar, aşagılanma ya da yoksunluk kişide büyük bir öfkenin veya kıskançlığın ortaya çıkmasına neden olur. İlk aşamada olağan, gündelik kabul edilebilecek bu duygu durumları, güçsüzlük nedeniyle zararın bedeli ödetelemediği yahut imrenilen şeyler elde edilemediğinde, dahası bunlara asla erişilemeyeceği fark edildiğinde, giderek yoğunlaşır. Bastırılan öfke veya kıskançlık, sonsuz bir intikam ve düşmanlık hissinin ya da dinmek bilmeyen bir kine dönüşür. Arzularla güçsüzlük arasındaki bu gerilim çözümsüz kaldıkça, hınç öznesinin bilinci zehirlenmeye başlar. En sonunda özne, tüm yaşama zevkini yitirir ve intikam fantezilerinden başka bir şey düşünemez hâle gelir⁷.

Kolayca dindirilemeyen ve zamanla iyileşmeyen bu düşmanlık hissinin hem bireysel hem toplumsal düzeyde ne kadar yıkıcı sonuçlara yol açabileceğini tasavvur etmek zor değildir. Dikkatli bakılırsa, güç ilişkilerinden politik çatışmalara kadar, toplumsal yaşamın hemen her alanında hınç psikolojisinin izine rastlanılabilir. Belki de bu nedenle, Nietzsche ve Scheler gibi hınç psikolojisini derinlemesine inceleyen filozoflar, hıncı “iki bin yıllık insanlık tarihinin ahlâki, psikolojik, sosyolojik, antropolojik denklemini kuran, kodlarını oluşturan” bir olgu olarak tarif etmişlerdir⁸.

Dolayısıyla hınç psikolojisinin, felsefe ve çeşitli sosyal bilimleri de içeren çok geniş bir entelektüel alanda ele alınmasına şaşmamak gerekir. Psikoloji, sosyoloji, tarih ve edebiyat gibi disiplinlerin yanında hukuk da hıncın farklı yönleriyle tartışıldığı alanlardan biridir. Bu kapsamda; hınç ile adalet arasındaki ilişki, hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesi türetilip türetilmeyeceği ve ceza adaleti sistemlerinin mağdurun hınç duygusunu dikkate alıp almayacağı gibi sorunlar öne çıkmaktadır. Hınç adaleti kuramı, bir yönüyle bu tartışmalara eklemlense de sonuç itibarıyla daha geniş bir amaca hizmet eder. Ayırıcı yönü, kuramın modern bir ihkakı hak savunusu-

⁷ Bkz. **Scheler**, Max (çev. Abdullah Yılmaz); *Hınç*, 1. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul 2015; **Nietzsche**, Friedrich: *Ahlâkın Soykütüğü* (çev. Zeynep Alangoya); *Bir Polemik*, 1. Basım, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2011. Sağlam hınç psikolojisini Nietzsche ve Scheler ekseninde ele almaktadır.

⁸ **Sağlam**, *Hınç Adaleti ve Affetme*, s. 6.

sunun temellerini inşa etmeyi amaçlıyor olmasıdır: Hınç adaleti, mağdurun hakkını kendisinin alması, faili kendi adalet anlayışı kapsamında hınçla cezalandırması demektir.

Bu noktada yazara sorulması gereken ilk soru, hınçtan kaynaklanan hukuk dışı şiddet ediminin ahlâki ve hukuki meşruiyetinin dayanaklarının ne olduğudur. Sağlam’a göre, aslında psikolojik bir olgu olan hınç, “sosyo-ekonomik eşitsizlik” ve “hukuki yozlaşma” koşullarında bir adalet meselesine dönüşür⁹. Bu koşullar hınç adaletinin bir hak olarak talep edilip edilemeyeceğini ve mağdurun hınç adaletinin öznesi olup olmayacağını belirler. Öte yandan iki koşulun birbirinden tümüyle bağımsız olduğu düşünülmelidir. Hınç adaleti kuramı, eşitsiz toplumsal ilişkiler ile hukuki yozlaşmayı karşılıklı birbirini besleyen süreçler olarak kavramaktadır. Bunların yanında, ikincil koşullar olarak ifade edilebilecek olan “tutarlılık” ve uygun “iliyet bağı”nın kurulması da hınç adaletinin meşruiyetine getirilen diğer sınırlamalardır.

A. Sosyoekonomik Eşitsizlik

Sosyoekonomik eşitsizlik, hınç adaleti kuramı açısından iki boyutta incelenebilir. İlk boyut, kimlerin hınç adaletinin öznesi olabileceği ve hınç psikolojisinin hangi durumlarda hınç adaletinin kapsamına gireceği sorularıyla ilgilidir. Yazara göre hınç psikolojisi, hıncı doğuran güçsüzlüğün sosyoekonomik eşitsizlikten kaynaklanıp kaynaklanmadığı açısından ikiye ayrılabilir. Sosyoekonomik eşitsizliğin dezavantajlı tarafında yer almayan bir kişinin hınç psikolojisi “alelade hınç”tır. Sağlam, alelade hıncı, hınç adaletinin kapsamının dışında tutmaktadır. Buna karşılık, “toplumsal ve ekonomik eşitsizlik ikili ilişkilere yansıdığına, nesnel kuralları ve tarafsız kurumları etkisi altına aldığına” hınç psikolojisi “kronik”leşir. İşte hınç adaletinin öznesi, sosyoekonomik konumu nedeniyle güçsüzlüğü kronikleşen, “maddi ve manevi varlığı hiçe sayılan, hakkı gasp edilen” kişidir. Hınç öznesinin intikam şiddetiyle son bulan öfkesinin kökeninde, eşitsiz sosyal, ekonomik ve sınıfsal koşullar bulunmaktadır¹⁰.

Burada sosyoekonomik eşitsizliğin ne anlama geldiğini ve ne tür eşitsizliklerin bu kapsamda değerlendirilebileceğini saptamak önemlidir. Hınç adaletinde sosyoekonomik eşitsizlik, John Rawls’un “hakkaniyet olarak adalet” kuramında formüle ettiği bireyler arasındaki “farklılıklar” temelinde anlaşılmaktadır:

⁹ Sağlam, s. 2.

¹⁰ Sağlam, s. 23-27.

Bireyler; “doğal eşitsizlik”, “fırsat eşitsizliği”, “gelir ve servet eşitsizliği” gibi nedenlerden ötürü diğerlerine nazaran dezavantajlı koşullara sahip olabilir. Sözelimi ten rengi, ırk, fiziksel görünüş, yetenek, dil, zeka, sağlık, aile, cinsiyet, cinsel yönelim gibi bireyler arasındaki farklılıklar, “doğal piyango”nun insanlara eşitsiz dağıttığı farklılıklardır. Verili bir toplumsal yaşamda, bireylere eşitsiz dağıtılan bu doğal farklılıklar pek çok norm, kural ve ilkeyle düzenlenir, kurumsallaştırılır. (...) Aile, şans, sağlık, coğrafya gibi doğal piyangoonun eşitsizliklerini; sosyal ve mesleki mevki, statü ve konum farklılıklarının nedeni olan fırsat eşitsizliğini; gelir ve servet dağılımındaki uçurumu, bireylerin hınç psikolojisini kronikleştiren sosyo-ekonomik koşullar kapsamında değerlendiriyorum¹¹.

Eşitliği bozan farklılık olgusunun yaşamın hemen her alanına yayılmış olduğu gerçeği karşısında, sosyoekonomik eşitsizliğin kuramın ayırıcı bir koşulu olarak değerlendirilemeyecek kadar geniş bir bağlamda ele alındığı söylenebilir. Öyle ki, tanım çerçevesinde, herhangi bir eşitsizliğin dezavantajlı tarafında bulunmayan birini bulmak neredeyse imkânsızdır. Fakat yine de hınç adaletinin herhangi bir eşitsizliğin tarafı olan herkesi kapsadığı düşünülmemelidir. Sosyoekonomik eşitsizliğin ikinci boyutu bu bağlamda anlam kazanmaktadır: Sosyoekonomik eşitsizliğin hınç adaletinin bir gerekçesi olabilmesi için tek başına eşitsiz bir güç ilişkisinin varlığı yeterli değildir; söz konusu eşitsizliğin, aynı zamanda, mağduru bir hınç insanına dönüştüren suçla ya da haksız fiille ilgili olması gerekir. Bu ilgi, mağdur ve fail açısından iki ayrı biçim almaktadır. Fail, sosyoekonomik avantajıyla hukukun adaletinden kaçabiliyor, adli süreçleri sabote edebiliyorsa, hınç adaletinin sosyoekonomik eşitsizlik koşulu yerine gelmiş demektir. Buna karşılık mağdur, sosyoekonomik dezavantajı nedeniyle haklarını koruyacak araçlara ulaşamıyor ya da hukukun etkin korumasından yararlanamıyorsa yine aynı sonucun ortaya çıktığı kabul edilmelidir¹².

Sağlam, sosyoekonomik eşitsizlik koşulunu somutlaştırmak için Nina Berberova’nın *Eşlikçi Kız* öyküsüne başvurur. Ona göre öykü, “kronik güçsüzlüğü ve sosyoekonomik eşitsizliği aynı potada birleştiren eşsiz bir hınç psikolojisi örneğidir.”¹³ Öykü, Rusya’nın bir taşra kasabasında doğan Soneçka’nın hayatının bir kesitini anlatmaktadır. Soneçka, yoksul, çelimsiz, utangaç bir kız çocuğudur. Piyano öğretmeni annesiyle hayatını sürdürürken bir vesileyle şehre, Petersburg’a taşınırlar. Kasabadan sonra şehirde de yok-

¹¹ Sağlam, s. 27-28.

¹² Sağlam, s. 27.

¹³ Sağlam, s. 28.

sulluk yakalarını bırakmaz; hatta çok daha yakıcı bir hâl alır. Harabe gibi, camı çerçevesi dökük, sobası bulunmayan bir evde kışı geçirmek zorunda kalırlar. Soneçka çıplak ayaklarına halıdan çizme dikerek ısınmaya çalışır. Nihayet bir zaman sonra Soneçka, opera sanatçısı Marya Nikolayevna'nın yanında bir iş bulur. Bu noktada hikâyeye giren Marya, her şeyiyle Soneçka'nın zıttıdır. Güzel, özgüvenli ve zengindir; herkesin tanıyıp takdir ettiği özel bir yeteneğe sahiptir. Çalışmak için onun sıcacık, dayalı döşeli evine adımını ilk attığında Soneçka, hayatı boyunca bir yük olarak taşımak zorunda kaldığı şanssızlığını, çirkinliğini, yeteneksizliğini ve yoksunluğunu hisseder; içi büyük bir öfke ve hınçla dolar. O andan itibaren Soneçka, Marya'yı kendi kör talihinin asıl suçlusu olarak yaftalar¹⁴.

Sağlam'a göre sosyoekonomik eşitsizliğin bir kurbanı olan Soneçka, şayet işvereni Marya tarafından kasıtlı olarak bir zarara uğratılmış veya aşağılanarak kişiliğine saldırılmış olsaydı -öyküde bunun tersi olmaktadır- hınç adaletinin koşulu yerine gelmiş olurdu. Nitekim "sosyoekonomik açıdan avantajlı Marya'nın Soneçka'ya tepeden bakarak somut bir zarar vermesiyle oluşan acı ve ıstırap ya da tetiklenen nefret ve intikam arzusu, hınç adaletinin haklı koşuludur."¹⁵ Bu ihtimalde hınç adaleti açısından dikkat çekilmesi gereken husus, Marya'nın Soneçka'ya sosyoekonomik avantajını kullanarak zarar vermesi, üstelik bunu bir aşağılama ve küçük görme tavrıyla gerçekleştirmiş olmasıdır.

Sosyoekonomik eşitsizlik, yukarıda da belirtildiği gibi, hınç adaletinin meşruiyeti için gerekli ama yeterli olmayan bir unsurdur. Hınç adaletinin ikinci meşruiyet koşulu, hukuk sisteminin yozlaşmasıdır. Soneçka'nın olası intikam şiddeti, şayet gücünü kötüye kullanan Marya'ya kötülüğün bedeli ödetilmez, yani hukuk hakkı sahibine teslim etmeyip suçlu faillerin doğrudan veya dolaylı işbirlikçisine dönüşürse hınç adaletinin meşruiyet semsiyesi altına girebilecektir.

B. Hukukun Yozlaşması

Hınç adaletinin bir koşulu olarak hukuki yozlaşma, bir suçun veya haksızlığın karşılıksız bırakılması, maddi veya manevi zararların hukuk yoluyla telafî edilememesi anlamına gelir. Hukuk, failler aleyhine adil ve etkili bir hüküm tesis etmez, böylelikle cezalandırıcı adalet işlevini yitirirse, yozlaşmış kabul edilir. Burada adaletsizliğin bir hata yahut birbiriyle bağlantısız, münferit etkenler sonucu ortaya çıkmadığına dikkat edilmelidir. Yozlaşma,

¹⁴ Berberova, Nina (çev. Roza Hakmen); Eşlikçi Kız, Can Yayınları, İstanbul 2019.

¹⁵ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 32.

bir sistem olarak hukukun, kasıtlı bir biçimde, bazı öznel amaç ve çıkarlar uğruna yolundan saptırılmasıdır. Ayrıca bunun belirli bir yaygınlık düzeyine de erişmesi gerekir. Nitekim hukukun işleyişinde çifte standart ya da ayrımcılık sistematik hâle gelmiş, kayırmacılık ve rüşvet gibi adli yolsuzluklar yaygınlaşmışsa, münferit sorumluları işaret etmenin ötesinde artık hukuk sisteminin genel olarak yozlaştığı kabul edilmelidir¹⁶.

Hukuki yozlaşmanın en önemli sonucu, mağdurların hukuka olan inanç ve güvenlerinin zayıflamasıdır. Yozlaşma hukuk sisteminin çeşitli alanlarını enfekte ettiğinde, sözgelimi hukukun parayla satın alınabildiğine ilişkin tanıklıklar toplum içinde kulaktan kulağa yayıldığında, adaletin hukuk yoluyla tesis edilemeyeceği duygusu yerleşir¹⁷. Üstelik çoğu durumda bu rivayetler gerçek deneyimlere de dönüşür; yozlaşmış bir hukuk sisteminde hiç kimse güvende değildir. Durum böyle olduğunda, yaşanan haksızlığın yarattığı öfke ve intikam hissi, hukukun adaletiyle teskin edilmek bir yana daha da pekiştirilmiş olur. Artık “hukuk sistemi, hınç insanının kapısını çalacağı, derdine derman bulacağı, incinmişliğini iyileştireceği herhangi bir fırsatı, imkânı veya desteği sunmaz, ya da *sosyoekonomik hiyerarşi nedeniyle* mağdur bu tür fırsat, imkân veya desteğe erişecek kaynaklardan yoksun (bırakılır).”¹⁸

Alıntıdaki vurgudan da anlaşılacağı üzere yazar, hukukun yozlaşmasını hem literatürdeki teknik anlamıyla hem de daha geniş bir çerçevede, hukuki adaletin etkisizliği bağlamında kullanmaktadır. Literatürdeki anlamıyla hukuki yozlaşma, hukuk sisteminin aktörlerinin yetki ve görevlerini kişisel çıkarları uğruna kötüye kullanmalarıdır. Rüşvet, irtikap, haraççılık, nepotizm ve kayırmacılık gibi adli yolsuzluklar, bu tür bir yozlaşmanın yaygın örnekleridir¹⁹.

Hukuki adaletin etkisizliği bağlamında kavramın anlam alanına dahil edilen ikinci boyut, daha ziyade sosyoekonomik eşitsizliğe ve bu eşitsizliğin hukuk uygulamasındaki etkilerine vurgu yapmaktadır. Hukuki adaletin etkisizliği, sosyoekonomik çıkar ve güç ilişkilerinin yahut para, mevki ve statü gibi ilişki ağlarının hukuki kararları belirlemesi veya güçlüler lehine hukuk kurallarının esnetilmesidir²⁰. Hukuki adaletin etkisizliği bir yönüyle yargıçlar

¹⁶ Sağlam, s. 32, 81.

¹⁷ Sağlam, s. 90.

¹⁸ Sağlam, s. 32. İtalik sonradan eklenmiştir.

¹⁹ Sağlam, s. 82; Ayrıca bkz. Holmes, Leslie: Corruption: A Very Short Introduction, Oxford, Oxford University Press, 2015; Rosa-Ackerman, Susan: Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform, Cambridge University Press, 2016.

²⁰ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 79.

ve savcılar gibi tekil aktörlerin eylemlerine diğer yönüyle de eşitsiz toplumsal yapıya göndermede bulunur. Sağlam, böylelikle hınç adaletinin meşruiyeti bağlamında iki koşul arasında bir kesişme noktası öngörmektedir. Ona göre, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki yozlaşma, karşılıklı olarak bağlantılı ve birbirlerini besleyen toplumsal olgulardır. Aralarındaki ilişki döngüseldir; bir yandan hukukun yozlaşması sosyoekonomik eşitsizliğin bir sonucu iken, diğer yandan hukuki kurumlardaki yozlaşma sosyoekonomik eşitsizliği besler²¹.

Sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki adaletin etkisizliği nedeniyle ortaya çıkan önemli bir yozlaşma türü toplumsal cinsiyet eşitsizliğidir. Yazara göre toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin belirlediği yahut olumlandığı bir mahkeme kararı, yargıçlar davadan doğrudan bir çıkar elde etmeseler dahi hınç adaletinin koşulunu oluşturur. Sağlam, bu tezini bir ceza davası örneğiyle gerekçelendirir. Davaya konu olayda jinekolog hekim, daha önce ameliyat ettiği kadın hastaya özel muayenhanesinde cinsel saldırıda bulunur. Hekim önce iddiaları reddeder; fakat olayın gerçekleştiği adli tıp raporlarıyla sübut bulduğunda, ifadesini mağdurun rızası bulunduğu yönünde değiştirir. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararına karşı Yargıtay 14. Ceza Dairesi, olay sırasında bağırmadığı gerekçesiyle “mağdurun rızasız olduğuna dair delil bulunmadığına” hükmederek kararı bozar²².

Yazara göre, Yargıtay’ın dava konusu olayın önemli ayrıntılarını göz ardı ederek “güçlü ve nüfuzlu” erkek lehine geliştirdiği hukuka aykırı yorum ve bunun sonucunda fail hekimin cezasız kalması, hukuk sisteminin yozlaştığını göstermektedir. O hâlde mağdurun, sosyoekonomik açıdan üstün, ayrıca hukuk ve yerleşik toplumsal cinsiyet normları tarafından da korunan fail hekime yönelik hınç duygusu meşru sayılmalıdır²³. Sağlam, bu çerçevede, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin hınç adaletinin genel bir haklılık koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir:

Öyleyse şu sonuca varabiliriz: Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin açık veya örtülü muhafaza edildiği bir hukuk sisteminde, cinsel suç mağduru kadının failden öç alması adildir. Zira (...) mağdurun sosyoekonomik güçsüzlüğü hakkını müdafaa edecek ‘meşru’ araçlara erişmesini imkânsız kılmıştır²⁴.

Öte yandan yazara göre, hukuki yozlaşmanın hınç adaletinin meşruiyet koşulu olabilmesi, yozlaşmanın hukuk sisteminin bütününe yayılmış olmasına bağlıdır. Suç faillerinin mağdurlar tarafından cezalandırılması, yozlaş-

²¹ Sağlam, s. 84.

²² Yarg. 14. CD., E. 2019/5092, K. 2021/2392.

²³ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 35.

²⁴ Sağlam, s. 36.

manın yaygınlaşarak olağan hâle geldiği, adli yolsuzluğun fiili bir norma dönüştüğü koşullarda mümkündür. Bu durumda artık yozlaşmayı tekil örnekler olarak değil, hukuk sisteminin genel bir hastalığı olarak görmek, yozlaşma yargısını tüm sisteme teşmil etmek gerekir²⁵. Aksi durumda “tekil bireylerden hukuki-politik sisteme yayılan ahlâki bozulmayı ‘yasa dışılık, görevin ihlali, güvenin kötüye kullanılması, örtbas, eşitsizlik, kamu menfaatinin ihlali’ şeklinde münferit fiillerle açıklamak, yozlaşmanın sistematik etkisini görmemizi engelle(yecektir).”²⁶

Sonuç olarak, iki koşul birlikte değerlendirilirse, sosyoekonomik eşitsizlik nedeniyle bir suçun mağduru olan, aşağılanan, fakat hukuk yozlaştığı ya da cezalandırıcı adalet işlevini yitirdiği için hakkını elde edemeyen kişilerin hınç adaletinin öznesi olduğu söylenebilir. Hınç adaleti, hukukun kapısından çevrilen bu mağdurların haklarını kendilerinin alabileceğini öngörmektedir.

C. İlliyet Bağı ve Tutarlılık

Sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki yozlaşma, hınç adaletinin genel meşruiyet zeminini oluştursa da iki koşula dayanan her bireysel adalet edimi, kuramın haklılık şemsiyesi altına girmez. Yazara göre hınç öznesi, intikam için harekete geçtiğinde uygun bir illiyet bağı kurmak ve sonunda hukukun adaletine teslim olmayı içeren bir tutarlılığı gözetmek zorundadır.

Hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesi türetilip türetilmeyeceğine ilişkin tartışmanın önemli alt başlıklarından biri, hıncın yöneltildiği kişi veya kişilerin hınç psikolojisini yaratan koşullarla ilişkisinin ne olduğudur. Scheler’e göre, hınç insanı açısından kendi sefaleti için suçladığı, intikam almayı arzuladığı ya da dış bilettiği kişinin kim olduğu; acısının gerçek müsebbibi olup olmadığı önemsizdir. Öyle ki, intikam ve haset gibi bastırılan arzular, bir süre sonra nesnesinden bağımsızlaşarak saçılabilir ve her türlü kişi, ilişki veya duruma yöneltilebilir. Bu noktada hınçla dolu kişi için asıl ve öncelikli ihtiyaç, olumsuzlanacak herhangi bir failin bulunmasıdır²⁷.

Buna karşın hınç adaleti kuramı, mağdurun intikam alacağı failin belirlenmesi konusunda net bir sınır çizmektedir²⁸:

²⁵ Sağlam, s. 81-84.

²⁶ Sağlam, s. 90.

²⁷ Scheler, Hınç, s. 64; Ayrıca bkz. Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 21-22.

²⁸ Alıntıda ifade edilen ‘net bir sınır’ tanımlamasını haklı çıkarsa da Sağlam’ın hınç adaleti örneği olarak irdelediği Michael Kohlhaas anlatısı illiyet bağı hususunda bazı tereddütler ortaya çıkarmaktadır. Eleştiri kısmında konuyu ayrıntılandıracağım.

Ölçüsüz intikam şiddetiyle kemale eren bir hınç psikolojisine adaletin kol kanat girmesi; fail, fiil ve mağdur arasında nedensellik ilişkisinin kurulmasıyla mümkündür. Şöyle söyleyelim: Hınç adaletinin ahlâki haklılığı ve hukuki meşruluğu, mağdur (hınç öznesi), fail (hakiki acı ve ıstırabın nedeni somut kişi) ve zarar (hukuki haksızlık veya ahlâki kötülük; acı ve ıstırabın nedeni somut fiil) arasında illiyet bağının tesis edilmesini gerektirir²⁹.

Uygun bir illiyet bağı koşulunu da yerine getiren hınç öznesi için değerlendirilebilecek son husus tutarlılıktır. Tutarlılık sorunu aslında intikamın “ölçüsüz” şiddet ediminin ahlâki kabul edilebilirliğiyle ilgilidir. Yazara göre hınç adaleti “kendine özgü” bir tutarlılığa sahip olmalıdır. Bunun için, faili hınçla cezalandıran mağdurun, mevcut yasalara aykırı şiddet ediminin hukuki sonuçlarına katlanması, hukukun cezalandırıcı adaletine boyun eğme iradesini göstermesi gerekir. Böylelikle hınç öznesi, tekrar hukuk alanına geri dönmüş olur. Mağdurun tutarlılığı, her şeye rağmen adalet duygusunu yitirmedikçesinin; “ahlâki duyguların güdümünde bir akıl yürütme” ile hareket ettiğinin bir göstergesi olarak okunur. “Gözü dönmüş öç alma eyleminin” şiddetinin ahlâki meşruluğunun temel koşulu budur³⁰.

D. Hınç Adaleti ve Hukuk

Hınç adaleti, yozlaşmış bir hukuk sisteminde somut bir suç veya haksız fiile maruz bırakılan mağdurun, hukukun teslim etmediği hakkını faile yönelik bireysel ve hukuk dışı şiddet edimiyle almasıdır. Sağlam’a göre, önceki başlıklarda sözü edilen koşullar yerine getirildiğinde, mağdur, mevcut hukuk düzenini askıya alır³¹; hukukun geçerliliğini ve bağlayıcılığını, hakkını kendi eliyle alıp hukukun hükmüne teslim olana kadar erteler³².

²⁹ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 22.

³⁰ Sağlam, s. 104-115. Öte yandan, yozlaşmanın tümüyle ele geçirdiği, cezalandırma işlevini kaybetmiş bir hukuk sistemine, -eğer hala ona bir hukuk sistemi denebilirse- teslim olmanın ahlâki değerine yapılan bu vurgunun kafa karıştırıcı olduğu söylenebilir. Nitekim başlangıçta ona hakkını teslim etmeyen hukukun intikam şiddetini yargılamak de adil olmayacağı, bu aşamada adaletsizliğe bir katman daha eklenebileceği kolayca öngörülebilir.

³¹ Sağlam, geçerlilik ve bağlayıcılığın askıya alınmasının ötesinde, konunun Radbruch formülü ekseninde de değerlendirilebileceğini söylemektedir. Ona göre, mağdurun hakkını koruyamayan yahut güçlü suç faillerini temize çıkaran yozlaşmış bir hukuk düzeni, mağdur açısından “yok hükmünde”dir. Sağlam, s. 80, 92 (128 nolu dipnot). Radbruch, hukukun adaletten ayrılmasının tahammül edilemez bir düzeye erişmesi durumunda, yasanın adalet karşısında geri çekilip geçerliliğini yitirdiğini, hatta başından itibaren hukuk niteliğini hiç kazanmadığını söylemektedir. Bununla birlikte Radbruch tahammül edilmezliğin hangi durumlarda gerçekleştiği konusunda kesin ölçütler getirilemeyeceği

Hınç adaleti kuramına göre hınca dayalı intikam edimi, bazı önemli farklar bulunmakla birlikte, temelde Kantçı anlamda ödetmeci-cezalandırıcı bir adalet türüdür. Kant’a göre suçları cezalandırmanın gerekçesi, failin suç kapsamında değerlendirilen davranışlarının ahlâki bir kötülük içermesidir. Bu çerçevede cezanın asıl amacı, söz konusu ahlâki kötülüğe adil bir karşılık vermek, başka bir deyişle adaletin yerini bulmasını sağlamaktır. Kantçı ödetmeci-cezalandırıcı adalet, cezalandırmayla elde edilebilecek faydaların hesaplanması suretiyle cezaların düzenlenmesi gerektiğini savunan faydacılığın tam karşısında durur. Kant’a göre verilecek ceza, geçmişe dönük bir biçimde tayin edilmeli; bunun yanı sıra adaletin bir gereği olarak suçla orantılı veya ona denk olmalı, fail kusuru oranında acı çekmelidir³³.

Kant’ın ödetmeci ceza adaleti teorisi kısasa kısas ilkesine dayanır. Her kötülük, adaletin bir gereği olarak aynı nicelik ve nitelikte bir cezayı hak etmektedir. Kant’a göre hak edilen bu cezayı vermek egemenin yetkisindedir. Egemenin yarattığı “rasyonel” hukukun dışında kalan her cezalandırma teşebbüsü veya ihkakı hak, adalete aykırı olacaktır. Kant, hukukun rasyonelliğinin temelini oluşturan ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacağını düşündüğü için, mağdurların intikam duygusuyla hareket ederek suçlu failleri cezalandırmasını yasaklamaktadır³⁴.

Tam bu noktada, hınç adaleti kuramı Kant’tan ayrılmaktadır. Sağlam, Robert C. Solomon ve Ken Levy gibi düşünürlere atıfla, hınç ve intikam duygularının bir adalet sorunu olarak görülebileceğini; hukukun “rasyonel” adaletinin kökeninde aslında “intikam” arzusunun bulunduğunu ileri sürer. Solomon’a göre intikam, akılcılığın karşısı değil, kendini adaletsizliğe kar-

kanısındadır. Bu noktada Sağlam’ın hukuki yozlaşmayı Radbruch formülünün “dayanılmazlık” veya “tahammül edilemezlik” ölçütünün bir örneği olarak gördüğü iddia edilebilir. **Metin**, Sevtap/**Heper**, Altan: Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, 3. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2018, s. 21 vd.

³² **Sağlam**, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 70. Hınç öznesinin sürecin sonunda hukuk tarafından cezalandırılacağı düşünülürse, hukukun geçerliliğinin ve bağlayıcılığının askıya alınmasının ne anlama geldiği sorulabilir. Zira askıya alma söz konusu olsa da olmasa da sonuç değişmemekte, hınç öznesi cezalandırılmaktadır. Burada olası bir cevap, mağdurun gerçek anlamda hukukun dışına çıkmadığını, yozlaşmış hukuku askıya almanın ideal anlamda hukukla ve adaletle bağ kurmak anlamına geldiğini vurgulamaktır. Nitekim aksi halde hınç adaleti, ahlâki ve hukuki meşruiyeti amaçlamayan salt bir intikam şiddetine dönüşür. Oysa hınç öznesi, görünürde hukuka aykırı davranışa da aslında onu olumsuzlamamakta, hatta tersine, hukukun yerine getiremediği cezalandırıcı adalet işlevini üstlenmek bakımından dolaylı olarak onu olumlamaktadır.

³³ **Sağlam**, s. 49 vd.

³⁴ **Sağlam**, s. 52.

şılık verme güdüsü olarak açığa vuran doğal bir arzudur. Buna paralel olarak Levy de, intikamın ceza adaleti sisteminde meşru ve merkezi bir role sahip olduğunu; hukuki cezayı haklılaştırdığını söylemektedir. Bu açıdan bakıldığında Kantçı ahlâki hak ediş teorisi, intikamın kılık değiştirmiş hâli gibi görünür: Hukuki ceza, adalete ilişkin süslü iddiaların aksine, devlet eliyle alınan intikamdan başka bir şey değildir³⁵.

Solomon ve Levy'nin çıkarımları bir araya getirildiğinde, hınç adaletinin kuramsal temeli atılmış olur: Hukukun ödetmeci ceza adaleti intikam arzusuyla motive ediliyorsa, o hâlde hınca dayalı kişisel intikam edimlerinin hukukun verdiği cezadan ahlâken daha kötü olduğu söylenemez; hatta bunun da ötesinde, hınca dayalı intikam şiddeti ile hukuki cezanın şiddeti arasında nitelik itibariyle hiçbir fark yoktur³⁶. Varılan bu noktadan ileri doğru atılacak küçük bir adım, bizi, hınç adaletinin asıl iddiasına ulaştırır: "Levy'nin iddia ettiği gibi, cezalandırıcı adalet özünde intikam almak anlamına geliyorsa, hukuk bu işlevini yerine getirmediğinde mağdurun intikam alması, hukukun cezalandırıcı işlevini üstlenmek değilse nedir?"³⁷ Benzer şekilde "(y)aptıklarının bedelini [suçluya] ödetme düşüncesi haklı ve meşruysa, bedel ödetmenin kişisel intikam edimine veya hukukun adaletine dayanması arasındaki fark nedir?"³⁸ O hâlde, hınç adaletinin hukukun ödetmeci ceza adaleti ile aynı işlevi yerine getirdiği, ahlâki ve hukuki açıdan aynı meşruiyet temellerine dayandığı kabul edilmelidir: "Mağdurun hınç güdümündeki kişisel intikam arzusu veya edimi, kurumsallaşmış hukuki cezanın hukuk dışı görünümüdür."³⁹

Yukarıda, bazı önemli farklar bulunmakla birlikte, hınç adaletinin temelde Kantçı anlamda ödetmeci-cezalandırıcı bir adalet türü olduğu ifade edilmişti. Sağlam'ın, Solomon ve Levy gibi eleştirel referanslarından hare-

³⁵ Levy, Ken: "Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System", Rutgers Law Review, C. 66, No: 3, 2014, s. 629-684; Solomon, Robert C.: Adalet Tutkusu: Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular, çev. Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004; Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 200.

³⁶ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 67.

³⁷ Sağlam, s. 69.

³⁸ Sağlam, s. 77. Peki, hukukun adaleti ile kişisel intikam edimi arasında bir nitelik farkı olmamasına rağmen neden cezalandırmanın esas itibariyle devlete bırakılmıştır? Levy, iki gerekçe gösterir. İlk gerekçe, suçun yalnızca mağdura değil aynı zamanda topluma karşı bir haksızlık içerdiğinin düşünülmesidir. İkinci gerekçe ise, kendini halihazırda zarara uğramaktan koruyamayan mağdurun hakkını bizzat almaya gücünün yetmeyeceği öngörüsüdür. Bkz. Levy, "Why Retributivism Needs Consequentialism", s. 661.

³⁹ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 58.

ketle oluşturduğu yaklaşımını aktardıktan sonra, artık, bu önemli farkların neler olduğuna geçebiliriz.

Her şeyden önce hınç adaleti de geçmişe yöneliktir; amacı adaletin yerini bulması, faile yaptıklarının bedelinin ödetilmesidir. Fakat şu farkla ki, hınç adaletine göre cezalandırma hakkı artık egemenin değil bizzat suçtan zarar gören mağdurdur. Mağdur kendi adalet anlayışına göre failin hak ettiği cezayı belirler ve hükmü infaz eder. Bu çerçevede hınç adaleti, *extra legem*; yani hukukun dışında-üstünde gerçekleşen bir adalet türüdür. Bununla birlikte yazar, mevcut yasalara aykırı olan hınç adaletinin “büşbütün hukuka aykırı sayılmayacağını” ifade etmektedir⁴⁰.

Son olarak, eleştirilere geçmeden önce, olası önyargıların yahut aceleci yanlış anlamaların önüne geçmek adına hınç adaletinin ne olmadığına da değinilmelidir. Hınç adaleti, ilk bakışta salt bir şiddet eylemi gibi görünebilir. Fakat Sağlam, yukarıda da belirtildiği üzere, hınç adaletinin tutkulu ama yönünü kaybetmemiş, tutarlı bir eylem olduğu konusunda ısrarcıdır. Hınç adaleti, anlık bir duygusal reaksiyon veya öfke nöbeti ile karıştırılmamalıdır; mağdurun edimi “kesinlikle” kan davası, terör saldırısı veya linç eylemi değildir. Her kişisel öç alma edimi hınç adaletinin haklılık şemsiyesi altına giremez. Ayrıca yazara göre, meşruiyet şartları oluşsa dahi hukuk dışı şiddet edimi ahlâki açıdan ideal değildir. Hınç adaleti, *extra legem* bir intikam şiddetini ahlâki kaide olarak önermez. Diğer bir deyişle, kuram bize, yozlaşmış bir hukuk sisteminin mağdur ettiği hınç öznelinin koşullar her ne olursa olsun faillerden intikam alması gerektiğini söylememektedir. Bilakis yazara, belirli şartlar oluştuğunda, sözelimi fail bahanelere sığınmaksızın mağdurdan kayıtsız şartsız af dilediğinde, iyi niyetli hınç öznelinin affetmekle yükümlü tutulabileceklerini vurgulamaktadır⁴¹.

II. HINÇ ADALETİ: ELEŞTİRİLER

Hınç adaleti kuramının en dikkat çekici yanı, kuramın radikal olarak nitelenebilecek sonuçlarıdır. Nitekim hınç adaleti, “hukuk dışı” bir şiddetin ahlâki ve “hukuki” meşruiyetinin iddia edilebileceğini ileri sürmektedir. Böyle bir kuramsal iddianın, dogmatik ve meslekten hukukçular tarafından sempatiyle karşılanmayacağı tahmin edilebilir. Fakat muhtemel psikolojik bariyerlerin ötesinde, kurama ve sonuçlarına yöneltilebilecek pek çok eleştiri-

⁴⁰ Sağlam, s. 69. Yazar “yasa” ile “hukuk” arasında yaptığı ayrımın nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durmamıştır.

⁴¹ Sağlam, s. 65-70. Bu makalede hınç adaleti kuramının affetme ile ilişkisine değinilmemiştir. Sağlam’ın affetme ile ilgili görüşleri için bkz. Sağlam, s. 117 vd.

riler de mevcuttur. Bu başlık altında hınç adaletinin çizdiği çerçeveyi esas alarak bazı eleştirileri dile getireceğim.

A. Birinci Eleştiri: Hınç Psikolojisi ve Adalet

Hınç adaleti kuramına yönelik ilk eleştiri, hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesi çıkarma girişiminin zorluklarıyla ilgilidir. Kuram, mağdurun hınca dayalı intikamının bir adalet tecellisi olduğunu iddia etmektedir⁴². İddianın temellendirilmesi, hınçtan adalete ulaşma teşebbüsünün ortaya çıkarıldığı felsefi zorluklarla yüzleşilmesini gerektirir. Bu başlıkta hınç adaletinin bu yüzleşmeyi ne ölçüde gerçekleştirdiği sorusunu, hınç psikolojisinin öne çıkan bazı özelliklerine değinerek ele almak istiyorum. Bu özellikler genel olarak hınç insanının adalet değeriyle bağdaşmayan bazı arzulara veya kişilik özelliklerine sahip olabileceğini göstermektedir. Sorun olabilecek hususları kısaca ortaya koyduktan sonra, bunların sağlamasını yapmak adına, yazarın hınç adaleti örneği olarak sunduğu Michael Kohlhaas öyküsünü şiddetin ölçülülüğü ve illiyet bağı koşulu açısından değerlendireceğim.

Kuramın hınç psikolojisini Nietzsche ve Scheler ekseninde formüle ettiğine yukarıda dikkat çekilmişti. Bu entelektüel hatta hınç, gündelik öfke veya nefretin ötesinde adaletle bağdaştırılması zor bazı duygu durumlarını da içerecek şekilde tasvir edilir. Hınç öznesinin psikolojik dünyasını yansıtan ve adalet sorunu açısından dikkate alınması gereken karakteristik özelliklere örnek olarak şunlar sayılabilir:

- Hınç insanı olumsuz hatta kötücül duyguların güçlü etkisi altındadır. İntikam isteği ve düşmanlık hissi yanında hınçlı insan kötü niyetlidir de. Kıskanır, haset eder; bu duyguları beslediği kişilere karşı değersizleştirici bir kin besler, hatta kara çalar, iftira atar⁴³.
- Hınç psikolojisi edilgendir. Köşesine çekilir, intikam fantezileri kurar ama bunları eyleme dökmez. Olumsuz duygu ve düşüncelerini sadece kendi içinde saklar; düşmanı yüzleşmez⁴⁴. “Hınç, güçsüz ve zayıf ruhların bir tesellisidir.”⁴⁵
- Hınç insanı kurnaz, kaba ve çıkarıcıdır: “Ruhu şaşkınlıkla bakar; tını gizli delikleri, arka yolları, arka kapıları sever; saklanmış her şey onun dünyası, onun güvencesi, onun merhemi gibi gelir; susmayı, unut-

⁴² Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 27.

⁴³ Scheler, Hınç, s. 24, 70; Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 5, 7.

⁴⁴ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 16; Nietzsche, Ahlâkın Soykütüğü, s. 29.

⁴⁵ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 20.

mamayı, beklemeyi, geçici olarak kendini küçültmeyi ve alçaltmayı (bilir).”⁴⁶

- Hınç insanı arzuları ve güçsüzlüğü arasındaki gerilimi azaltmak amacıyla gerçekliği ve değerleri çarpıtarak edilgenliğini meşrulaştırmaya çalışır. Kendini kandırarak yaşama tutunabildiğinden hakikatin bilgisine ulaşmayı önemsemez; kendini haklı ve üstün çıkarabilmek adına olan biteni daima yeniden kurgular⁴⁷. Mevcut değerleri ters yüz ederek, mesela, “misillemede bulunmayan aczini ‘iyiliğe’, ödleğ aşağılığını ‘alçakgönüllülüğe’, nefret duydukları karşısındaki boyun eğmeyi ‘itaate’ (...) zararsızlığını ‘sabır’a ve öç almamasını, alamamasını ‘affetme’ye çevirir.”⁴⁸
- Hınç psikolojisi tepkiseldir. Hınç insanı ötekini olumsuzlayarak kendini kurar; tüm yaşam enerjisini aşağılamaktan, kötülemekten veya eleştirmekten alır. Bunun dışında bağımsız, otantik bir varoluşa sahip değildir. Tam da bu nedenle düşmanlık hissi duyduğu kişinin eleştirilen hususlarda kendini düzeltmesini istemez. Kötücül bir zevkle devam ettirdiği bu etkinliğin sona ermesinin hem hazzını hem de kendini kötünün karşısındaki iyi olarak konumlandırma imkânını elinden aldığını bilir⁴⁹.
- Son olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, hınç insanı için suçladığı, intikam arzuladığı veya düşmanlık duyduğu kişi veya kişilerin kim olduğu, düşürülmüş olduğu durumun gerçek faillerinin onlar olup olmadığı önemsiz hâle gelebilir. İntikam ve haset gibi bastırılan arzular, bir süre sonra nesnesinden bağımsızlaşarak saçılabilir ve her türlü kişiye, ilişki veya duruma yönelebilir⁵⁰.

Hınç öznesinin duygu dünyasına ilişkin bu saptamalardan sonra, Nietzsche ve Scheler’in hınçtan bir adalet düşüncesi çıkarmamaları şaşırtıcı değildir⁵¹. Sayılan karakter özelliklerini taşıyan bilinci zehirlenmiş bir kişi-

⁴⁶ Nietzsche, *Ahlâkın Soykütüğü*, s. 31; Ayrıca bkz. **Sağlam**, *Hınç Adaleti ve Affetme*, s. 17; **Başok Diş**, Sebile: “Hınç İnsanı Kimdir?”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 11, No: 55, 2018, s. 469; **Karatekeli**, Emre: “Ahlâkın Soykütüğü’nde Hınç Duygusu”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, No: 77, 2016, s. 188.

⁴⁷ **Sağlam**, *Hınç Adaleti ve Affetme*, s. 17; **Başok Diş**, “Hınç İnsanı Kimdir?”, s. 469; **Karatekeli**, “Ahlâkın Soykütüğü’nde Hınç Duygusu”, s. 186.

⁴⁸ Nietzsche, *Ahlâkın Soykütüğü*, s. 40.

⁴⁹ **Başok Diş**, “Hınç İnsanı Kimdir?”, s. 470-471; **Scheler**, *Hınç*, s. 34, 70; **Karatekeli**, “Ahlâkın Soykütüğü’nde Hınç Duygusu”, s. 187.

⁵⁰ **Scheler**, *Hınç*, s. 64; Ayrıca bkz. **Sağlam**, *Hınç Adaleti ve Affetme*, s. 21-22.

⁵¹ Nietzsche ve Scheler’in formüle ettiği, bazı özellikleri yukarıda sıralanan hınç psikolojisi İngilizce “*ressentiment*” kavramını karşılamaktadır. Bu geleneğin dışında, hıncı

nin, şayet intikamını almaya güç yetirebilirse, uyguladığı şiddetin adaleti gerçekleştirmesi ancak bir rastlantı olabilir. Nitekim Sağlam, tartışmanın bu noktasında Nietzsche ve Scheler'den ayrılır ve adalet ile hınç arasında inşa edilecek güzergâhın rotasını Solomon'un haritasına göre çizer. Solomon, hıncın aslında adaletsizliğe yönelik bir tepki biçiminde ortaya çıktığını, bu tepkinin hedefinin adaletsizliği yaratan koşulların düzeltilmesi olduğunu ve nihayet ortaya çıkan söz konusu öfke ve kızgınlığın da insandaki adalet duygusunun yahut bilincinin asıl kaynağı olduğunu söylemektedir⁵². Solomon haklı olabilir; fakat hınç ile adalet arasında kurulan kuramsal ilişki açısından bakıldığında, Solomon'un hınç insanının hınç psikolojisinin yukarıda sayılan olumsuz özelliklerini taşıyıp taşımadığı, taşıyorsa bunların adaletle bağının kurulup kurulamayacağı hâlâ belirsizdir. Ayrıca Nietzsche ve Scheler'in analizlerinin hınç psikolojisine ilişkin hatalı bir portre ortaya koyup koymadığı da tartışılmamıştır. Solomon'un yaklaşımının nasıl bir hınç öznesine dayandığı konusunda tartışmanın derinleştirilmemesi; hınç adaletinin şiddetinin, hınç öznesinin başlıca özellikleri yukarıda belirtilen psikolojik dünyasını ne oranda yansıttığı sorusunun sorulmamış olması kuram açısından önemli bir eksikliklerdir. Dolayısıyla hınç adaleti kuramının, hınç öznesinin psikolojik temellerine dair pek çok soruyu yanıtsız bıraktığı söylenebilir.

Hınç adaletinin teorik bütünlüğüne ve tutarlılığına gölge düşüren bu eksiklik, adaletle ilişkin ölçülülük ve illiyet bağı gibi sorunlar etrafında irdelenebilir. Hınç adaletinin şiddetinin bir sınırı var mıdır? Yoksa hınç adaletinin meşruiyet koşulları oluştuktan sonra, faile veya onunla ilişkilendirilebilecek diğer kişilere yönelik her tür şiddet edimi adil ve haklı mıdır? Faile yönelik şiddetin olayla ilgisiz kişilere zarar vermesi durumunda hınç adaletinin meşruiyetinden bahsedilebilir mi? Sorulara cevap ararken, öncelikle,

adaletsizliğe yönelik doğal bir tepki olarak kodlayan, onun kinci-kötücül doğasını reddeden farklı bir entelektüel hat daha bulunmaktadır. Örneğin, hınç psikolojisini "*resentment*" kavramıyla ifade eden bu yaklaşımın bir temsilcisi olan Adam Smith'e göre hınç, minnettarlıkla birlikte insanın ahlâki dünyasını kuran iki temel ahlâki duygudan biridir. Ona göre "öfke [*resentment*; hınç] bize doğa tarafından kendimizi savunmak için verilmiştir. (...) [Hınç] adaletin koruyucusu, masumiyetin güvencesidir. Bize edilecek olan kötülüğe karşı koymamızı ve edilen kötülüğün öcünü almamızı sağlar. (...) Bu nedenle o (...) muhafaza edilmesi gereken bir duygudur." Bkz. **Smith**, Adam (çev. Derman Kızılay); *Ahlâki Duygular Kuramı*, 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 118; *Resentment* olarak hıncın hınç adaleti kuramı açısından daha elverişli bir teorik zemin sunabileceği düşünülebilir. Ne var ki hınç adaleti, zor yoldan, Nietzsche ve Scheler'in yolundan gitmeyi tercih etmektedir. Ayrıca bu tercihin nedeni de belirtilmemiştir.

⁵²

Elgat, Guy: *Nietzsche's Psychology of Ressentiment: Revenge and Justice in On the Genealogy of Morals*, New York, Routledge, 2017, s. 15 vd.

hınç adaleti kuramının hukukun bir sistem olarak bütünüyle yozlaştığı ve adaleti sağlama işlevini yitirdiği bir zeminde iş gördüğü hatırlanmalıdır. Olağanüstü dönemler olağanüstü kararlar gerektirir; dolayısıyla hınç adaletinin “ütopik ve barışçıl olmaması”⁵³ tamamen anlaşılabilir. Hakları çiğnenmiş ve mağduriyeti, kişiliği ya da onuru hukuk sistemi tarafından tanınmamış, hatta aşağılanmış bir kişiden kuyumcu titizliği beklemek haksızlık olacaktır. Aynı şekilde yozlaşmış bir hukukun ahlâken bağlayıcı olduğunu söylemek zordur. Fakat adaletin sınırları da sonsuz değildir; koşullar ne olursa olsun adalet, çıplak bir şiddete indirgenemez. Hınç adaleti açısından ölçülülük sorunu bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Kuramın ölçülülük sorununa yaklaşımını anlamak için başvurulabilecek yer, yazarın kuramı somutlaştıran bir örnek olarak incelediği Michael Kohlhaas anlatısıdır. Fakat tartışmaya geçmeden önce, anlatının kısa bir özetine ihtiyacımız var.

*Michael Kohlhaas*⁵⁴, on altıncı yüzyılın ortalarında yaşayan bir atacirinin öyküsünü anlatmaktadır. Olayın kahramanı Kohlhaas, her yılın belli aylarında atlarını satmak için yola çıkar ve ülkenin çeşitli yerlerindeki panayırlara katılır. Fakat öyküde anlatılan olayın yaşandığı yıl gerçekleşen bir olay, bu çalışkan ve dürüst adamı -yazarın deyişiyle- “haydut ve katil” yapacaktır. Kohlhaas o yıl atlarıyla yola çıkmışken, Saksonya topraklarındaki bir şövalye şatosunun sınırlarından geçmesine izin verilmez. Daha önce çokça geçtiği bu şatonun eski efendisi ölmüştür ve yeni efendi asilzade Wenzel, hukuka aykırı bir şekilde, Kohlhaas’tan bir geçiş belgesini göstermesini, eğer belge elinde yoksa temin edilinceye kadar iki atını rehin bırakmasını ister. Kohlhaas iki atını rehin bırakarak geçiş belgesi almak üzere şatodan ayrılır. Fakat döndüğünde rehin bıraktığı atların hukukun gerektirdiği şekilde korunmak yerine tarlada çalıştırıldığını, üstelik iyi beslenmeyerek harap düştüklerini, tüm ekonomik değerlerini yitirdiklerini görür. Bunun üzerine Kohlhaas, atlarının beslenip kendisine teslim edilmesi gerektiği iddiasıyla dava açsa da, kralın akrabası asilzade Wenzel, bağlantılarını kullanarak davaya bakılmasının önüne geçer. Avukat ve yargıçlar iyiliğine olacağını belirterek Kohlhaas’a olayın peşini bırakmasını salık verirler. Kohlhaas, hakkını mahkemelerden alamayacağı belli olunca, son bir umutla eşini durumu anlatmak üzere kralın sarayına yollar. Fakat saraya girmeye çalışırken muhafızlar tarafından mızrakla yaralanan eşi, eve döndükten kısa bir süre sonra ölür.

⁵³ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 113.

⁵⁴ von Kleist, Heinrich (çev. Bilge Uğurlar/Türkis Noyan); Michael Kohlhaas: Eski Bir Vakayinameden, 9. Basım, Can Yayınları, İstanbul 2020.

Bu olayın etkisiyle Kohlhaas silaha sarılır; uşağını ve silahlandığı birkaç adamı da yanına alarak Wenzel'in şatosunu basar. Şatoda bulunan çocuk ve kadınlar dahil herkes kılıçtan geçirilir. Fakat Wenzel kaçmanın bir yolunu bulur. Wenzel'in hangi şehre kaçtığını öğrenen Kohlhaas, hemen yola düşer ve vardığında şehir halkının Wenzel'i ona teslim etmesini sağlamak amacıyla şehrin muhtelif yerlerinde büyük yangınlar çıkartır. "Alevlerin binadan binaya sıçramasıyla, üç saatten kısa bir süre içinde, kırk iki ev, iki kilise, birçok manastır ve okul, hatta valilik binası küle dön(er)."⁵⁵ Aynı olay Wenzel kaçmayı başardıkça farklı şehirlerde tekrarlanır. Bu arada Kohlhaas, grubundaki silahlı adam sayısını arttırır ve kralın isyanı bastırmaya gelen ordusuyla çatışmalara girer. Fakat sonuçta çok uğraşsa da Wenzel'i ele geçirmeyi başaramaz. Hikâyenin sonunda, Kohlhaas, Wenzel'in mahkemeye çıkartılacağı konusunda verilen güvenceyle birlikte isyancılarını terhis etmeye ve mahkeme huzuruna çıkmaya razı olur. Yapılan yargılamada Wenzel, Kohlhaas'ın başından beri talep ettiği iki atın beslenip iade edilmesi yükümlülüğü altına sokulurken, Kohlhaas, idam edilir.

Sağlam'a göre Kohlhaas'ın intikamı hınç adaletinin güzel bir örneği ve "tutarlılıkla gerçekleşen bir adalet tutkusu"dur; dolayısıyla kişisel öç alma duygusunun ölçüsüz ve orantısız şiddetinden farklıdır. Fakat burada, Kohlhaas'ın ve adamlarının olayla ilgisi bulunmayan kadın ve çocuklar dahil olmak üzere çok sayıda kişiyi öldürmeleri, şehirleri ateşe vererek evleri, kilise ya da okul gibi kamusal yapıları kullanılamaz hâle getirmeleri, ölçülülük ve adaletle ilgili tereddütler doğurmaktadır. Yazarın soruna yaklaşımı şöyledir:

Kohlhaas'ın günahını sevabını tartacak bir terazi henüz icat edilmedi. Hınç adaletinin haklılığı savunusunda, geçmişin mağdurunu geleceğin failine dönüştüren aşırılıkları veya ölçsüzlükleri ince eleyip sık dokumak yerine ilk kötülük ânına odaklanalım: Wenzel, kanuna karşı hileyle atlara el koyup, sonrasında verdiği zararı alay edercesine telafi etmeme hakkını nereden almaktadır? Hukuk tüm bu haksızlıklar olurken nerededir? (...) Verilecek yanıtlar, hukukun adaletinden nasibini alamayıp yeniden mağdur edilen mağdurların ruhlarını sarıp sarmalayan hınç psikolojisini ve intikam edimlerini yargılamaktan ziyade haklı kılacak argümanlardır. İlk bakışta, Kohlhaas gibi diğer mağdur ve kurbanların, orantısız şiddet edimleri veya intikam dürtülerinden ötürü haklı davalarının haksız faileri oldukları söylenebilir. Oysa sonuçlara bakarak adaletsizliğe ilişkin hüküm tesis etmek,

⁵⁵ von Kleist, s. 42-43.

adaletin ıskalanması demektir. Süreci belirleyen her zaman bir ilk neden vardır ve adaletin sözünün geçtiği yerde geriye dönmek asıldır⁵⁶.

Bu ifadelerden ölçülülük sorununa yönelik bir sınır çizildiği sonucuna varmak zordur. Görünen o ki, Kohlhaas'ın tüm cinayetleri -ahlâken övül-mese bile- hınç adaletinin haklılık şemsiyesi altına sokulmaktadır. Zira Kohlhaas'a geçmişte yapılan haksızlıklar telafi edilmemiştir. Sağlam'a göre ilk kötülük ânına odaklanmak yerine ölçülülük sorununu gündeme getirmek, geçmişteki adaletsizliklerin ve hukukun yozlaşmışlığı olgusunun üzerinin örtülmesi anlamına gelmektedir.

Fakat yazarın iddia ettiği gibi, ilk kötülük ânına odaklanmak ya da hınç adaletinin şiddetini tartacak bir terazinin kurulamayacağını söylemek, hınç öznesinin her türlü davranışının meşruiyet şemsiyesi altına sokulabileceği anlamına gelir. Açık yahut görece belirli bir çizgi çekmeden mağdurun kendi adalet yasasına bu derece meşruiyet atfedilirse, olabileceklerin sınırını tasavvur etmek zordur. Sözgelimi mağdur, içinde bulunduğu yoğun duygu durumu neticesinde faili işkenceyle öldürebilir yahut aç ve susuz bir şekilde karanlık bir yere kapatmayı uygun bulabilir. Pek tabii, bunlar gerçekleştiğinde “hukuk neredeydi” sorusunun sorulması hâlâ mümkündür. Ama mağdurun söz konusu edimleri, artık onun kişisel adalet davası olarak değerlendirilemeyecek ölçüde topluluk yaşamı ve onu kuran değerlerle çatışır hâle gelmiştir. Aslında hınç adaleti; özgürlük, adalet, hakkaniyet gibi ideal anlamda hukukun temelinde bulunan değerleri gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Fakat şiddetin sınırları belirsiz bırakılırsa, bizzat hınç adaletinin hukukun ve topluluğun temelinde bulunan değerlere karşı bir saldırı edimine dönüşmesi mümkün görünmektedir⁵⁷. Bu yıkıcı şiddet tehlikesine dikkat çekmek, hukuki yozlaşmayı yahut mağdura reva görülen muameleyi normalleştirmek anlamına gelmez, gelmemelidir. Ama aynı şekilde, sırf hukukun yozlaşması da, ortalığı ateşe vermenin gerekçesi yahut kötülükle ilgisiz insanları hayattan koparmanın bahanesi -en azından adalet adı altında- yapılmamalıdır.

⁵⁶ Sağlam, *Hınç Adaleti ve Affetme*, s. 113-114.

⁵⁷ Hınç adaletinin şiddetinin ölçülülük sınırı ile ilgili olarak Levy'nin iyi intikam ile kötü intikam arasında yaptığı ayırım bir başlangıç noktası olabilirdi. Levy'ye göre kötü intikam haklı bir nedene dayanmayan, yanlış kişiye yönelen yahut doğru kişiye yönelse bile suçun ağırlığıyla orantısız olan intikam edimleridir. Fakat Levy'nin tezini aktarmakla birlikte Sağlam, kötü intikamın anılan unsurlarını ölçülülük tartışmasına dahil etmemiştir. Nitekim ölçüsüz bir şiddet edimi olduğu öngörülen hınç adaleti, Levy'nin sınıflandırmasında kötü intikam başlığı altına düşmektedir. Sağlam, s. 64; Ayrıca bkz. Levy, “Why Retributivism Needs Consequentialism”, s. 663 vd.

Kohlhaas'ın şiddetinin tutarlı olduğu iddiası da eleştiriye açıktır. Kohlhaas'ın intikam şiddetine başvurmasının nedeni, rehin olarak bıraktığı atlarının hukuka aykırı bir şekilde çalıştırılmaları sonucunda uğradığı zararın mahkeme tarafından telafi edilmemesidir. Kohlhaas, yozlaşmış hukukun onurunu kırdığını, Wenzel tarafından aşağılandığını ve tüm bu yaşadıklarının adalete aykırı olduğunu düşünmektedir. Fakat buna rağmen o, olayla hiçbir ilgisi olmayan çocuk ve kadınların öldürülmesine, düzinelerce evin yanarak kül olmasına göz yummuştur. Anlaşılan Kohlhaas'a göre masum insanların ölümü, iki atına verilen zarar ve devamında yaşadığı onur kırıcı muameleler gibi bir adalet sorunu teşkil etmemektedir. Gerçi Kohlhaas'ın tüm bu cina-yetleri Wenzel'e ulaşmak ve ondan hakkını almak için gerçekleştirdiği, asıl amacının başkalarına zarar vermek olmadığı düşünülürse onun bu açıdan tutarlı davrandığı söylenebilir. Fakat bu tarz bir tutarlılığın başka insanlara verilen zararı haklı kılması mümkün değildir. Aksi hâlde meşru bir ahlâki amaca hizmet ettiği iddia edilen tüm şiddet eylemlerinin, masum insanlara zarar verse dahi meşru kabul edilmesi gerekecektir.

Son olarak, bir hınç adaleti örneği olarak Kohlhaas anlatısının, kuramın illiyet bağı şartını karşılayamadığı söylenebilir. Hatırlanacağı üzere, hınç öznesinin intikam ediminin meşruluğu fail, fiil ve zarar arasında illiyet bağı bulunması şartına bağlıydı. O hâlde Kohlhaas'ın Wenzel'in şatosundaki insanlara zarar vermesi veya şehirleri yakıp yıkması, hınç adaletinin öngörülen meşruiyet sınırlarını aştığı anlamına gelmektedir. Öyle ki Kohlhaas, bir tek Wenzel'i ele geçirememiş, ortalığı kasıp kavuran intikam şiddeti sadece ona ulaşamamıştır. Gelgelelim yazar, konuyu irdelemeksizin illiyet bağı koşulunun yerine geldiğini varsaymaktadır. Bu durumda hikâyenin şanssız kurbanlarının yaşadıkları, adalet tartışmasının dışına itilmiş olmaktadır. İlliyet bağı koşulunun kapsamının bu kadar geniş tutulmuş olması, ölçülülük sorununda da olduğu gibi, hınç öznesinin intikamının meşruiyetine gölge düşürmüştür.

B. İkinci Eleştiri: Hınç Adaletinin Ahlâki ve Hukuki Meşruiyeti

Sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki yozlaşma, hukuk dışı bireysel intikam şiddetini meşrulaştırabilir mi? Sağlam'a göre söz konusu "nesnel" koşullar, hınç adaletini hem ahlâken hem hukuken meşrulaştırmaktadır⁵⁸. Kurama yönelik ikinci eleştiri, sözü edilen iki koşulun ahlâki ve hukuki meşruiyet için uygun veya yeterli olmadığıdır. Tartışmayı ahlâki ve hukuki meşruiyet sorununu birbirinden ayırarak yürütmek daha doğrudur.

⁵⁸ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 68.

Hınç adaletinin ahlâki meşruiyetiyle ilgili bir değerlendirme için bakılması gereken ilk husus, öne sürülen koşulların ontolojik mahiyetidir. Dikkat edilirse hem sosyoekonomik eşitsizlik hem hukukun yozlaşması (hukuki adaletin etkisizliği), olgusal gerçekliklere tekabül etmektedir. Bu hâlde hınç adaletinin iddiası, hukuki veya sosyopolitik “olgu”ların, intikam almak yahut başkalarına zarar vermek gibi davranışların “normatif” gerekçeleri olarak görülebileceğidir. Ulaşılan bu sonuç, olandan olması gerekenin çıkarılamayacağı şeklinde ifade edilen ilkeye uygun görünmemektedir. *Hume Yasası* olarak da adlandırılan bu yaklaşıma göre, betimsel bir özellik gösteren, yani “-dir, -dır” ile biten öncüllerden, değer içeren, “-meli, -malı” kipine sahip normatif çıkarımlar yapılamaz. Buna göre, hakkının hukuk tarafından teslim edilmemesi “olgu”su, Kohlhaas’ın şiddet eylemlerinin ahlâki, “normatif” gerekçesi olamaz. Fakat bu çıkarımın Kohlhaas’ın hınç adaletinin gayri ahlâki olduğu anlamına gelmediğine dikkat edilmelidir. Burada Hume Yasası’na müracaatla tespit edilen, kuramın dayanaklarının intikam şiddetinin ahlâki meşruiyetini sağlamak için uygun olmadığıdır.

Hume Yasası’nı ihlal eden bir akıl yürütmeye iki şekilde itiraz edilebilir: (1) Ya yazarın çıkarımı hatalıdır ya da (2) yazar normatif bir önermeyi örtük olarak doğru varsaymaktadır⁵⁹. Hınç adaleti kuramında bu ihtimallerden ikincisi gerçekleşmiş görünmektedir. Kuram, haksızlığa uğrayan kişinin hınç duygularının etkisiyle intikam almasının, şayet sosyoekonomik eşitsizliğin dezavantajlı tarafında bulunuyor ve hukuk da ona hakkını teslim etmiyorsa ahlâken meşru kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir. Fakat hınç adaletinin meşruiyeti esasında bu iki “olgusal” koşula dayanmaz; meşruiyetin temeli, bu iki koşulu önceleyen fakat metnin alt katmanlarında saklı, doğrudan söz konusu edilmemiş normatif öncüllerdir. Hınç adaletinin ahlâki meşruiyeti bu öncüllerin doğru kabul edilmesine bağlıdır.

Ne var ki kuram, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukuki yozlaşma gibi olgusal koşulları meşru kılan normatif gerekçelerin ne olduğunu açıklamamaktadır. Fakat bunlar konusunda tahmin yürütmek mümkündür. Örneğin sosyoekonomik eşitsizliğin ahlâki meşruiyetin dayanağı olarak öne sürülmesinin nedeni; güçlü öznelerin kendini savunamayacak ölçüde kırılgan özneleri aşağılamaları yahut ahlâken hak edilmeyen sosyal, ekonomik, politik avantajlarını kullanarak doğal ve toplumsal piyangozun dezavantajlı kıldığı kişilere zarar vermeleri olabilir. Aynı şekilde, hukukun yozlaşmasının hınç adaletinin ahlâki meşruiyetinin gerekçesi kabul edilmesi de, sözleş-

⁵⁹ **Yöney**, Ferhat: “Ahlâk Felsefesinde Olgu-Değer Ayrımı ve Nesnelci Ahlâki Realizm Açısından Değerlendirilmesi”, *Felsefe Dünyası*, No: 61, 2015, s. 247.

meyle kurulan medeni bir toplulukta egemenin sözleşmeye aykırı davranması olabilir. Zira egemenin sözleşmeye aykırı davranışı, mağdurun ihkakı hakta bulunmama vaadine ilişkin sözleşmeden kaynaklanan ahlâki yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır. Kuramdaki örtük normatif öncüllere ilişkin bu tahminler doğru olmasa bile, hınç adaletinin ahlâki meşruiyetinin aslında sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşmasına değil, bu iki meşruiyet koşulundan önce gelerek onların da ahlâki statüsünü belirleyen başka normatif öncüllere bağlı olduğu tartışmasızdır. Hınç adaleti kuramı, meşruiyet iddiasını dayandırdığı ama açıklığa kavuşturmadığı gizli ya da örtük normatif öncüllerin neler olduğunu ve bu öncüllerin neden ahlâken doğru kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymamıştır.

Kuramın ahlâki meşruiyet iddiasına ilişkin dikkate alınması gereken bir husus daha vardır. Sağlam'ın Levy ve Jeffrie Murphy'den hareketle öne sürdüğü iddiaya göre, bir tutum veya duyguya ahlâken hak verilebiliyorsa, bunların etkisiyle yapılan eylemler de ahlâken meşru kabul edilmek zorundadır. Hınç adaleti söz konusu olduğunda ahlâken hak verilen, haksız bir muameleye maruz bırakılmış mağdurun faile yönelik öfke, nefret ve kin duygularıdır. Murphy, bu gibi duyguların etkisindeki mağdurların suç faillerinin aktif bir şekilde acı çekmelerini istemelerinin, başka bir deyişle “ceza landırıcı nefret”lerinin ahlâken doğal, yerinde ve münasip olduğunu iddia etmektedir. Sözgelimi, cinsel saldırı sonucu psikolojisi kalıcı biçimde bozulmuş bir kadının intikam arzusu ahlâken meşrudur⁶⁰.

Benzer bir argümanı Levy de ileri sürmektedir. Levy'e göre “intikamcı tutum” ile “intikamcı eylem” arasında yapılan ayırım hatalıdır. Ayırım, kötü insanların ettiklerini bulmalarından alınan zevkin ahlâken meşru, fakat bu insanlara yaptıklarının bedelinin bizzat ödetilmesinin ahlâken kabul edilemez olduğu fikrine dayanır. Oysa Levy'e göre, duygular ile edimlerin ahlâki nitelikleri bakımından birbirinden ayrılması mümkün değildir. O hâlde “hınç duyguları ve düşünceleri günlük hayatta yargılanmıyorsa, mantiken bu duyguların ve düşüncelerin eyleme dökülmüş sonuçlarının da ahlâken yargılanmaması beklenir.”⁶¹

⁶⁰ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 71-73; Ayrıca bkz. Murphy, Jeffrie: “Hatred: A Qualified Defense”, Forgiveness and Mercy, ed. Jeffrie Murphy, Jean Hampton, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

⁶¹ Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 66; “(C)insel saldırı kurbanının kinini ahlâken haklı buluyorsak, intikam edimlerine de hak vermemiz gerekir.” Sağlam, Hınç Adaleti ve Affetme, s. 81. Ayrıca bkz. Levy, “Why Retributivism Needs Consequentialism”, s. 666 vd.

Bu tür bir akıl yürütmenin hınç adaletinin ahlâki meşruiyetine katkı sağladığı şüphelidir. Nitekim anılan argüman duygular ile eylemlerin ahlâki statüsüne ilişkin çok temel bir hata içermektedir. Fakat buna geçmeden önce, bu yaklaşımın bizi, ayırım gözetmeksizin her türlü intikam eylemini meşrulaştırmak gibi kabul edilmesi güç bir yere götürebileceğini belirtmek gerekir. Eğer hınç duyguları günlük hayatta yargılanmayıp meşru kabul ediliyorsa ve duygular eylemleri ahlâki hâle getirmeye yetiyorsa, başka herhangi bir şart gerekmeksizin, faile hınçla uygulanacak şiddet zaten meşru demektir. İntikamcı tutum veya cezalandırıcı nefret duygusu meşruysa, mağdurların her türlü şiddet eylemi ahlâken haklılık payesi kazanır; bundan sonra ayrıca hukukun yozlaşmış yozlaşmadığı veya mağdurların sosyoekonomik eşitsizliğin dezavantajlı tarafında bulunup bulunmadığını incelemeye gerek kalmaz.

Öte yandan duygular ile eylemlerin ahlâki statüsü farklıdır; birinin meşruluğu otomatik olarak diğerini meşru kılmaz. Bunun bir nedeni duygulardan farklı olarak duygulara dayalı eylemlerin sonsuz olasılık içermesidir. Sözgelimi failin acı çekmesine ilişkin cezalandırıcı nefret, bir tokattan işkenceye kadar muhtelif şekillerde icra edilebilir. İntikam için de durum aynıdır. İntikam, canavarca hisle öldürmek anlamına gelebileceği gibi olayın özelliklerine göre karşı tarafa hiç zarar vermeksizin de gerçekleştirilebilir. Olası diğer bir sorun, bu duyguların failerin yakınlarına verilecek bir zarara da yol açabilecek olmasıdır. Nitekim duygular sadece öznenin kendi iç dünyası ile ilgiliyken, eyleme dökülen hınç duygusu potansiyel olarak ilgili olan veya olmayan başkalarını, hatta tüm topluluğu etkiler. Dolayısıyla duygulara ilişkin ahlâki muhakeme ile fiillere ilişkin ahlâki muhakeme birbirinden ayrı olmak durumundadır. Elbette bu, eylemlerin ahlâkiliğinin hiçbir surette duygulara veya saiklere bağlı olmadığı anlamına gelmez. Söylenen şey, birinin ahlâki statüsünün zorunlu olarak diğerini belirleyemeyeceğidir. Meşru kabul edilen duygular, bunlara dayalı eylemlerin ne ahlâkiliğinin ne gayri ahlâkiliğinin bir “gerekçesi” olarak kabul edilebilir; ama eylemlerin haklılığı tartışmasında bir “veri” olarak kullanılabilirler. Öte yandan haklı görülebilecek bir eylem de zorunlu olarak ahlâken meşru bir duygudan kaynaklanmaz. Dışarıdan iyi gibi görünen eylemlerin arkasında kötü niyet veya bir rastlantı bulunabilir. O hâlde ahlâken iyi kabul edilebilecek duygu veya değerlerin, onlara dayalı her eylemin zorunlu olarak iyi veya ehven olacağını göstermeyeceği sonucuna varılabilir.

Peki, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşması, hınç adaletinin “hukuki” meşruiyeti için haklı gerekçeler olarak kabul edilebilir mi? Aslında bu koşullar, hınç adaletinin ahlâktan ziyade hukuki gerekçeleri olarak formüle edilmiş gibi görünmektedir. Özellikle hukukun cezalandırıcı işlevini

kaybetmesi veya güçlü ve nüfuzlu failleri kollaması, hukuka itaat yükümlülüğüyle ilgili tartışmayla yakından ilişkilidir. O hâlde hınç adaleti kuramının formüle ettiği iki koşulun, mağdurun intikam şiddetinin “hukukken” meşru olup olmadığı sorusuna bir cevap olarak sunulduğu söylenebilir. Fakat burada sorun, hınç adaletinin meşruiyet koşullarının mağdur açısından hukukun geçerliliği ve bağlayıcılığını ortadan kaldıracak iddiasının temellendirilmemiş olmasıdır.

Hukukun yozlaşması veya hukuki adaletin etkisizliği, sırf gerçekleşmekle mağdura hukukun dışına çıkma hakkını verir mi? Bir tasım şeklinde formüle edilirse, alt alta yazılan iki koşul, hınç öznesi tarafından hukukun geçerliliğinin ve bağlayıcılığının askıya alınabileceği çıkarımının yapılabilmesi için yeterli değildir. Nitekim argümanın geçerliliği, hukuki geçerlilik ve bağlayıcılığın eşitsizlik ve yozlaşma durumlarında neden ortadan kalkması gerektiğini gerekçelendiren genel bir hukukbilimsel iddianın varlığına bağlıdır. Tek başına hınç adaleti kuramı yozlaşmanın ve sosyoekonomik eşitsizliğin, hukuka tâbi bir özneye neden ve nasıl meşru bir askıya alma hakkı verdiğini açıklamada yetersizdir. Dolayısıyla kuramın nasıl bir hukuk anlayışına dayandığının gösterilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Hınç adaleti kuramı, temelde iki sorunun cevabı olarak yapılandırılmıştır. İlk soru, hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesi türetilip türetilmeyeceğidir. Kuram bu soruya olumlu yanıt vermekte ve adaletle intikamı ilişkilendirmektedir. İkinci soru, hınçla alınan bir intikamın ahlâki ve hukuki meşruiyet koşullarının neler olabileceğidir. Soruya verilen cevap belirli bir sosyo-hukuki bağlamı tasvir etmekte; hınç adaletini meşrulaştıran bu bağlam, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşması olarak belirlenmektedir.

Sosyoekonomik eşitsizlik, toplumdaki eşitsizlik türlerinin tümünü içine alan bir genişlikte olsa da, hınca dayalı intikam şiddetinin gerekçelendirmesinde sınırlı, spesifik bir anlama sahiptir. Bu anlam kabaca, sosyal ve ekonomik ayrıcalıklara sahip olanların ayrıcalıklarını kullanarak dezavantajlı bireylere karşı suç işlemeleridir. Bir metaforla anlatılırsa; tıpkı kara delik veya yıldızlar gibi büyük gök cisimlerinin uzam ve zamanı bükmesi gibi, suçlu faillerin sosyoekonomik avantajları nedeniyle hukuk evrenini bükebildiği bir toplumda, hınç adaletinin sosyoekonomik eşitsizlik koşulu yerine gelmiş olur.

Hukukun yozlaşması ise hukuk sisteminin güçlü ve ayrıcalıklı failleri adil ve etkili bir şekilde cezalandırma işlevini yitirmesidir. Hınç adaletine göre, bir hukuk sistemi içinde yargıçların bireysel çıkar veya özel amaçlar peşine düşerek hukukun şalterini indirmesi olağan ve sıradan bir hâle gelmişse, o hukuk sisteminin bütünüyle yozlaştığı kabul edilmelidir. Hukukun terazisinin ayarı güçlüler lehine bozulduğunda, maddi-manevi zarar görmüş ve hakkını hukuki yollarla alamamış mağdurların failleri hınçla cezalandırması; kendi adalet anlayışlarını hayata geçirerek intikamlarını almaları ve bu doğrultuda hukuk dışı bir şiddete başvurmaları meşrudur.

Makalede hınç adaletine yönelik iki başlık altında sunulan eleştiriler, yukarıda sorulan iki soruya verilen cevaplarla paraleldir. İlk soruya, yani hınç psikolojisinden bir adalet düşüncesinin çıkarılıp çıkarılamayacağı sorusuna verilen olumlu cevaba karşılık, ilk eleştiri, kuramın hınçla adaleti yan yana getirme teşebbüsünün doğurduğu felsefi soruları tam anlamıyla yanıtlamadığıdır. Eleştirinin vurguladığı husus, hınç adaletinin mağdurun adalet ve adaletsizlik algısına bel bağladığı, oysa hınç öznesinin hakkaniyetle bağlı tartışmalı olan bir psikolojik kişilik özelliği gösterdiğidir. Özellikle ölçülülük ve suçlu faillerin doğru seçilmesine ilişkin uygun illiyet bağı sorunu, hınçtan adalete giden yolda önemli engeller olarak görünmektedir. Aslında Sağlam'ın bu sorunları ele alış biçimi, hukukun yozlaştığı olağanüstü koşullarla ve adalete ilişkin daha öncelikli sorunlarla ilgili haklı bir endişeye dayanmaktadır. Fakat yine de hınç adaleti örneği olarak sunulan Kohlhaas karakterinin, ölçülülük ve illiyet bağı açısından adaletin sınırlarının dışına çıktığını söylemek mümkündür.

İkinci soruyla paralel ikinci eleştiri, hınç adaletinin ahlâki ve hukuki meşruiyetinin nesnel koşulları olarak sunulan sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşmasını odağına almaktadır. Kuramın iddiasının aksine, bu koşulların ahlâki ve hukuki meşruiyet için uygun veya yeterli olduğu şüphelidir. Nitekim sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşması gibi olgusal koşullardan intikamın haklılığına ilişkin normatif ahlâki yargılar üretmek, olandan olması gerekenin çıkarılamayacağı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hınç adaletinin ahlâki meşruiyetinin değerlendirilebilmesi için, koşul olarak öne sürülen sosyopolitik olguların ahlâki statüsünü belirleyen gizli normatif yargıların ortaya konulması gerekmektedir. Diğer taraftan, sosyoekonomik eşitsizlik ve hukukun yozlaşmasının mağdura hukuku askıya alma; hukukun geçerliliğini ve bağlayıcılığını erteleme ve hukuk dışı bir şiddeti uygulama hakkını nasıl tanıdığı, bu sonucun hukuk ontolojisine dair nasıl bir görüşe dayandığı da belirsiz bırakılmıştır.

Hınç adaleti kuramı, birçok açıdan geliştirilmeye ve detaylandırılmaya müsaittir. Hınç adaleti, hukuka itaat yükümlülüğünün şartları ve toplumsal sözleşmenin hukukun geçerliliği ve bağlayıcılığındaki rolü açısından verimli bir tartışma alanı olabilir. Bu çerçevede, hukukun korumasından yoksun bırakılan, çıplak bir yaşama terk edilen mağdurların hukuki özneliğinin veya tüm “erdemlerini” yitirmiş bir hukuk düzeni karşısında hukuka itaat yükümlülüğünün ne anlama geldiği sorulabilir. Aynı şekilde, hınçla cezalandırma hakkının baskıya karşı direnme hakkının farklı bir versiyonu olarak formüle edilmesi; hınç adaletinin hukuk devleti olarak nitelenemeyecek yozlaşmış bir hukuk düzeninde şiddete dayalı farklı bir tür sivil itaatsizlik doktrini kapsamında ele alınması da mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Agamben**, Giorgio (çev. Kemal Atakay); *İstisna Hâli*, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2020.
- Başok Diş**, Sebile: “Hınç İnsanı Kimdir?”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 11, No: 55, 2018, s. 467-473.
- Berberova**, Nina (çev. Roza Hakmen); *Eşlikçi Kız*, Can Yayınları, İstanbul 2019.
- Elgat**, Guy: *Nietzsche’s Psychology of Ressentiment: Revenge and Justice in On the Genealogy of Morals*, New York, Routledge, 2017.
- Hart**, Herbert L. A. (çev. Ertuğrul Uzun); “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, ed. Sercan Gürler, 1. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 101-151.
- Holmes**, Leslie: *Corruption: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Karatekeli**, Emre: “Ahlâkın Soykütüğü’nde Hınç Duygusu”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, No: 77, 2016, s. 181-192.
- von Kleist**, Heinrich (çev. Bilge Uğurlar/Türkis Noyan); Michael Kohlhaas: *Eski Bir Vakayinameden*, 9. Basım, Can Yayınları, İstanbul 2020.
- Levy**, Ken: “Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System”, *Rutgers Law Review*, C. 66, No: 3, 2014, s. 629-684.
- Metin**, Sevtap/**Heper**, Heper: *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 3. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2018.
- Murphy**, Jeffrie: “Hatred: A Qualified Defense”, *Forgiveness and Mercy*, ed. Jeffrie Murphy, Jean Hampton, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, s. 88-110.
- Nietzsche**, Friedrich (çev. Zeynep Alangoya); *Ahlâkın Soykütüğü: Bir Polemik*, 1. Basım, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2011.
- Rosa-Ackerman**, Susan: *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 2016.
- Sağlam**, Rabia: “Adalet Bozumuna Kışkırtıcı Bir Giriş”, *Hukuk Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, 1. Baskı, NotaBene Yayınları, Ankara 2016, s. 73-99.
- Sağlam**, Rabia: *Hınç Adaleti ve Affetme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

- Sağlam**, Rabia: “Posthuman Dijital Özne: Braidotti’nin Eleştirel İnsan Sonrasının Eleştirisi”, ViraVerita E-Dergi, No: 13, 2021, s. 295-323.
- Sağlam**, Rabia: Yapıbozumsal Adalet, 1. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2014.
- Sağlam**, Rabia: “Zinanın Hukuk-İçi ve Hukuk-Dışı Soykütüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, No: 1, 2020, s. 287-302.
- Scheler**, Max (çev. Abdullah Yılmaz); Hınç, 1. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul 2015.
- Smith**, Adam (çev. Derman Kızılay); Ahlâki Duygular Kuramı, 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Solomon**, Robert C. (çev. Ertuğ Altınay); Adalet Tutkusu: Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.
- Yöney**, Ferhat: “Ahlâk Felsefesinde Olgu-Değer Ayrımı ve Nesnelci Ahlâki Realizm Açısından Değerlendirilmesi”, Felsefe Dünyası, No: 61, 2015, s. 241-268.

Mahkeme Kararı

Yarg. 14. CD., E. 2019/5092, K. 2021/2392.

HUKUK VE DEĞİŞKEN DOĞRULUK: TOULMIN İZİNDE BİR İNCELEME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375606>

Meriç Seyhan KARACA*

Öz

Hukukî akıl yürütme hukukun her aşamasında içkindir ve her akıl yürütme gibi doğru değerlendirmeyi amaçlar. Hukukta doğruluk meşruluk, hukuka uygunluk veya haklılık olarak karşımıza çıkabilir. Meşruluk da hukuka uygunluk da haklılık da gerekçelerle gösterilir. Argümantasyon, fiilî veya potansiyel fikir çatışmaları ile yürüyen, fiilî veya potansiyel muhatabı gerekçelerle ikna etmeyi amaçlayan bir süreçtir. Dolayısıyla hukukun özel bir tür argümantasyon faaliyeti olduğu söylenebilir. Sağlam argümantasyonun koşul ve gerekleri bulunduğumuz konuma göre değişecektir. Bu çalışmada Stephen E. Toulmin'in argümantasyon teorisi, felsefî arka planı ile birlikte ortaya konmaya çalışılacaktır. Yazar pratik akıl yürütmelerin değerlendirilmesinde şekli mantığın yetersiz olduğunu düşünür ve argümantasyonu "informel/şekli olmayan" mantık olarak görür. Ona göre bir argümanın gücü hem geçerli hem de sağlam olmasından gelir. Toulmin'in düşüncesi, argümantasyonun ve hukukî argümanların değerlendirilmesi için kullanışlı bir çerçeve sağlar. Çalışmanın amacı bu çerçevede hukuk kavramını ve hukukî akıl yürütmeyi yeniden değerlendirmek ve argümantasyon ile hukuk, argümantasyon teorisi ile hukuk teorisi arasındaki değiş-tokuşa işaret etmektir.

Anahtar Kelimeler

Toulmin, Akıl yürütme, Argümantasyon, Hukukî argümantasyon, Gerekçelendirme

* Bursa Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Bursa (karacams@gmail.com) ORCID: 0000-0002-7797-2436 (Geliş Tarihi: 24.07.2023-Kabul Tarihi: 18.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**LAW AND VARIABLE TRUTH:
AN ANALYSIS FOLLOWING TOULMIN**

(Research Article)

Abstract

Legal reasoning is inherent in every stage of law and, like every reasoning, it aims at correct evaluation. Correctness in law can be seen as legitimacy, legality or rightness. Legitimacy, legality and rightness are all shown by justification. Argumentation is a process that proceeds with actual or potential conflicts of opinion and aims to persuade the actual or potential interlocutor with reasons. Therefore, it can be said that law is a special kind of argumentation activity. The conditions for sound argumentation will vary depending on our position. In this paper I shall attempt to present Toulmin's argumentation theory together with its philosophical background. According to Toulmin, formal logic is insufficient in evaluating practical reasoning and argumentation is "informal" logic. The strength of an argumentation requires substantial soundness as well as validity. Toulmin's thought provides a useful framework for evaluating argumentation and legal arguments. My aim is to reevaluate the concept of law and legal reasoning in this framework and to point out the trade-off between argumentation and law, argumentation theory and legal theory.

Keywords

Toulmin, Reasoning, Argumentation, Legal argumentation, Justification

GİRİŞ: HUKUKİ AKIL YÜRÜTME VE DOĞRULUK

Retorik diyalektiğin mukabilidir.

Aristoteles, *Retorik*, 1354a1

Her akıl yürütme ve haliyle hukukî akıl yürütme, doğru bir yargıya varmayı veya doğru tercihte bulunmayı amaçlar. Akıl yürütmenin doğası gereği bir doğruluk unsuru taşıdığı söylenebilir. Hukukî akıl yürütme, yalnızca yargı kararlarında değil hukukî kural, talep ve dayanaklarda da ortaya çıkar; hukukî doğruluk da kimi zaman meşruluğu, kimi zaman hukuka uygunluğu kimi zaman da haklılığı ifade eder. Bir bütün olarak hukuk sisteminin veya yasal düzenlemenin belli standart veya ilkelere uygunluğunun değerlendirildiği durumda meşruluk, genel hükmün özel duruma uygulanmasını içeren yargı kararlarında hukuka uygunluk, hukukî bir talebin yerindeliği konusunda ise haklılık anlamında doğruluktan söz ederiz. Meşruluk olarak doğruluk felsefi/teorik, hukuka uygunluk ve haklılık olarak doğruluk ise hukukî/pratik bir boyuta sahiptir. Doğruluğun bu iki yönü birbirinden ayırt edilebilir ama ayrı değildir. Genel olarak teori pratikten ve özelde hukukun teorisi pratiğinden ayırt edilebilir ama ayrı değildir. Elinizdeki çalışmanın altında yatan temel düşünce budur.

Hukukî doğruluk değere/olması gerekene ilişkindir ve etik bir iddia içerir. Robert Alexy hukukun bir reel/olgusal bir de ideal/eleştirel boyutu olduğunu ve ideal boyutun doğruluk (*correctness*) ve özellikle de ahlâkî doğruluğa atıfta bulunduğunu savunur¹. Hukukun reel ve ideal boyutlarının zorunlu olarak birbirine bağlı olduğunu düşünen Alexy için hem hukuk sistemleri hem de tekil norm ve kararlar bir doğruluk iddiası taşır². Bu doğruluk ihlal edilebilir veya hiçbir zaman tamamıyla karşılanamaz olsa da hukuk kavramsal olarak ve doğası gereği bir doğruluk unsuru içerir³. Bir hukuk düzenini suç çetesinden ayıran budur⁴. Hukukun asgarî etik içeriğe sahip olması her bir hukukî düzenleme veya uygulamanın ahlâkî bir nitelik taşıması gerektiği anlamına gelmez. Kuşkusuz pek çok hukukî düzenlemenin etik bir boyutu yoktur, uyumsuzluklar etik normlara göre değil yasaya ve

¹ Alexy, Robert: “The Ideal Dimension of Law”, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, (ed. George Duke, Robert P. George); Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 314.

² Alexy, “The Ideal Dimension of Law”, s. 314, s. 318.

³ Alexy, “The Ideal Dimension of Law”, s. 317.

⁴ Alexy, Robert: “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, C. 2, S. 2, 1989, s. 176.

pratik sonuçlara göre çözülür ve kimi yasalar kimi ahlâkî kodlara aykırı olabilir. Yine de bir kavram ve amacı toplumsal ilişkileri düzenlemek olan bir kurum olarak hukuk, etik bir doğruluk temeline dayanır.

Günlük hayatta ise doğruluk farklı bir biçimde, olguya/olana dair epistemolojik bir iddia olarak karşımıza çıkar. Bilgi Platon'dan günümüze "gerekçelendirilmiş doğru inanç/kanı" olarak tanımlanagelmıştır. Buna göre olguya dair bir düşüncenin bilgi sayılabilmesi için doğru ve gerekçelendirilmiş olması gerekir. Etik veya epistemolojik, her türden doğruluk gerekçe ile gösterilir. Dahası gerekçelendirme sayesinde olgu ile değer, pratik ile teori, epistemoloji ile etik arasında bir köprü kurulabilir; etik doğru ile epistemolojik doğrunun da birbirinden tamamen ayrılamaz ama ayırt edilebilir olduğu ileri sürülebilir. Bu çalışmanın amaçlarından birisi budur.

Her akıl yürütme gerekçelendirme içerir ancak hukuk bakımından gerekçe özel bir önemdedir. Modern hukuk sistemlerinde özne hukukî bir talepte bulunurken, bir hüküm tesis ederken veya bir kanun ihdas ederken daima gerekçelendirme yükümlülüğü taşır. Bu anlamda gerekçelendirme hem doğruluğun göstergesi hem de keyfiliğin panzehiridir. Ayrıca her ne düzeyde olursa olsun sunulan gerekçeler hukuk teorisi ve pratiğini dönüştürme potansiyeli taşır. Bu nedenlerle olsa gerek 20. yüzyılın ikinci yarısında argümantasyon ve hukukî argümantasyon ayrı bir çalışma alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Argümantasyon karşılıklı akıl yürütme olarak tanımlanabilir ve hem diyalektiği, yani doğru düşünme sanatını, hem de retoriği, yani doğru ve etkili konuşma sanatını içerir. Argümantasyon fiilî ya da potansiyel fikir çatışmaları ile yürüyen ve fiilî ya da potansiyel bir muhatabı gerekçelerle ikna etmeyi amaçlayan bir süreçtir. Dolayısıyla sağlam argümantasyon eleştiriye dayanıklı olmalıdır. Böyle bir argümantasyonun nasıl sağlanacağı problemi argümantasyon teorisinin konusunu oluşturur. Bir argümantasyondaki gerekçeler şekli, salt teorik veya kesin mantık çıkarımlarından farklı olarak, kesin olmayan, maddî veya pratik bir içeriğe sahiptir. Bu, bir argümanın sağlamlığının hem maddî hem şekli/usulî koşulları bulunduğu anlamına gelir. Bir argümantasyonun sağlamlık koşulları hakkındaki fikirlerimiz, bulduğumuz felsefî konuma göre belirlenir.

Bu çalışmada hukukî doğruluk ile argümantasyon ilişkisi ve sağlam argümantasyonun koşulları hakkında Stephen E. Toulmin'in görüşleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Toulmin felsefî bir bakış açısından, pratik bir akıl anlayışını merkeze alan bir argümantasyon teorisi kurar. Hukukî argümantasyonun genel argümantasyonun özel bir türünü teşkil ettiğini düşünen

yazar için olgu ile değer, teori ile pratik, epistemoloji ile etik arasında bir geçişkenlik bulunur. Bu doğrultuda ilkin yazarın akılcılık anlayışı, sonrasında akıl ile etik arasında kurduğu ilişki ve nihayet argümantasyon teorisi ele alınacaktır. Böylelikle hukukî doğruluk ile argümantasyon ilişkisi ve hukukun hem teorisinde hem de pratiğinde argümantasyonun önemine dikkat çekilmesi de amaçlanmaktadır.

I. RASYONELLİK VE MAKULLÜK

Matematik kesinliği her şeyde olmasa da maddesiz şeylerde talep etmeli.

Aristoteles, *Metafizik*, II, 3, 995a15-16

Hakikati korumak için alışkın olduklarımızdan vazgeçmek daha iyi, hatta gerekli görünüyor, özellikle de filozof için.

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1096a13-15

Stephen E. Toulmin düşünce hayatı boyunca hesaplayan ve kesin sonuçlara varan teorik bir aklı tamamlayan, gerçekliğe uyum sağlayarak eylemlerimizi yönlendiren pratik bir aklı vurgular. Yazarın akılcılık anlayışı bütün bir felsefesini ve argümantasyon teorisini şekillendirir. Her tür akıl yürütme sürecinin bütün bir dilin kullanımı faaliyetini içerdiğini düşünen yazar için 17. yüzyıla kadar insan aklının uyum sağlama ve matematik kesinlik olmak üzere iki yönü vardır⁵. Doğruluk ölçütü olarak kesinlik Platon'un "bağımsız yarı-geometrik varlıklar" olarak idealar düşüncesine dayanır ve özellikle Galileo, Descartes ve Hobbes'tan sonra matematik kanıtların saygınlığı, düşünürleri şekli olmayan argümantasyon biçimlerini dışlamaya yöneltmiştir⁶. Bu doğrultuda felsefeciler mantıkî biçim sorununa odaklanmış rasyonel işlev ve entelektüel uyum sorunlarını görmezden gelmiştir⁷. Sonuçta rasyonalite, kesinlik ve zorunluluk aynı şey olarak anlaşılmış, teori ile pratik, mantık ile retorik, rasyonalite ile makullük arasında karşıtlık görülmüş ve bu durum aklın dengesini yitirmesi ile sonuçlanmıştır⁸.

⁵ Toulmin, Stephen: *Knowing and Acting: An Invitation to Philosophy*, Macmillan, New York, London 1976, s. 55 (Knowing and Acting); Toulmin, Stephen: *Return to Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2001, s. 14.

⁶ Toulmin, S., "Rationality and The Changing Aims of Inquiry", *Studies in Logic and the Foundations of Mathematics*, (ed. Patrick Suppes, Leon Henkin, Joja Athanase, Gr C. Moisil); *Proceedings of the Fourth International Congress for Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Bucharest, 1971, Elsevier, 1973, C. 74, s. 885, doi:10.1016/S0049-237X(09)70406-9; Toulmin, *Return to Reason*, s. 14.

⁷ Toulmin, Stephen: *Human Understanding*, Clarendon Press, Oxford 1972, C. I, s. vii, (Human Understanding).

⁸ Toulmin, *Return to Reason*, s. 12-13.

Toulmin, Descartes sonrası modern felsefenin iki temel varsayıma dayandığını düşünür. Bunlardan ilki dilin doğasına, ikincisi ise felsefenin amaçlarına ilişkindir. İlk dilin temel işlevinin gerçekliği temsil etmek olduğu ve dolayısıyla dilin yapısı gerçekliğin yapısını yansıttığı düşünülür. Doğrudan olgu durumlarını temsil eden ifadeler olarak “önergeler” (*proposition*) hem anlam hem de doğruluk birimi olarak anlaşılır. Etik yahut estetik ifadeler bir doğruluk değeri taşımadıklarından anlamlı oldukları da söylenemez. Anlam ile doğruluğun aynı şey olarak ele alınmasının izi de Platon’a kadar sürülebilir. Bu doğrultuda felsefenin amacı, zaman ve mekândan bağımsız önergeler olarak ifade edilmiş evrensel ilkeleri içeren şekli bir sistemin ortaya konulması olarak görülür. Sabit kavram ve önergelerin bağlamdan bağımsız ve genel Hakikati ifade etmesi beklenir ve felsefe değişken tikel durumlara değil evrensel geçerli ilkelere, pratiğe değil teoriye özgülendir. Sonuçta evrensel ilke tartışması, sınırlı ve geçici fikir beyanları tartışması olan retorikten kesin bir biçimde ayrılır. 20. yüzyıl sonlarında ise durum yavaş yavaş değişir. Felsefenin odağına zamandan bağımsız önermeler yerine belirli bir zamanda, belirli koşullarda, belirli insanları ilgilendiren “ifadeler” (*utterance*) yerleşir. Anlam birimi ve felsefi incelemenin konusu olarak ifadeler ve farklı kavramlar ile belirli bir bağlam, zaman ve yerde gerçekleşen eylemler arasında bir ilişki kurulur. Çoğu filozof için fikirlerin doğruluğu içsel bir tutarlılıktan ziyade belirli bağlamlara uygunlukla değerlendirilir hale gelir. Böylelikle felsefenin merkezine, mantık ve teori ile aynı düzeye, pratik ve retorik yerleşir. Önergelerden ifadelere, teoriden pratiğe geçiş *epistêmê*’den⁹ *phronêsis*’e¹⁰ geçişi getirir ve esasında bu yaklaşım da yeni değildir. Descartes’tan önce Aristoteles ve onu izleyen filozoflar teori kadar pratikle de ilgilenmiş, şekli *rasyonalitenin* (*epistêmê*) katı iddialarının ötesine geçen insanın *makullüğüne* (*phronêsis*) dair daha kapsamlı iddiaları temel almıştır. Toulmin’e göre uygulanma iddiasında olan bir teori Platon’un geometrik metodolojisini değil Aristoteles’in pratik metodolojisini benimsemelidir¹¹.

Toulmin’e göre insan aklını sahip olduğu fikirlerde değil değişen durumlar karşısında bu fikirleri değiştirmeye hazır olmasında gösterir¹². Dola-

⁹ ἐπιστήμη: bilgi, bilim, teorik bilgi

¹⁰ φρόνησις: bilgelik, sağgörü, pratik bilgi

¹¹ **Toulmin**, Stephen: “Rationality & Reasonableness: From Propositions to Utterances”, *Revue Internationale de Philosophie*, C. 50, S. 196 (2), 1996, s. 297-305.

¹² **Toulmin**, Human Understanding, s. vii-viii; **Toulmin**, Stephen: “From Logical Systems to Conceptual Populations”, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, C. 1970, 1970, s. 564, doi:10.1086/psaprocbienmeetp.1970.495787, (“From Logical Systems”).

yısıyla rasyonalite, fikirlerin tutarlı bütünlüğünden ziyade yeni durumlar karşısında değişebilir olmalarına ilişkindir¹³. Bu, teorik ya da pratik her tür akıl yürütme için geçerlidir¹⁴. Bir bilimin rasyonel olması başka şey, içerdiği argümanların mantıklı olması başka şeydir¹⁵. Saf matematik gibi önerme sistemlerinin “mantıklı” olması, kavramsal değişikliklerin “rasyonalitesinden” ayırt edilmelidir¹⁶. Rasyonalite herhangi bir fikir veya önermeler topluluğunun mantıken sistemli olmasından veya yegâne otorite kabul edilmesinden ziyade bir grup fikir veya kavramı bir diğerine tercih etmeye hazır olunması ile ilgilidir¹⁷. Farklı teorileri kıyaslamak veya kavramsal yenilikleri değerlendirmek için şekli analizin ötesine geçilmesi gerekir¹⁸. Bilim tarihi birbirini izleyen önermelerin kayıt altına alınmasından değil tarih içinde gelişen “kavram popülasyonlarından” oluşur¹⁹. Kavram değişikliklerini çevreleyen rasyonel faaliyetin pratik veya entelektüel gerekleri ile kavramların bu faaliyetin rasyonelliğine bulunduğu katkıları değerlendirerek mevcut kavramları mevcut sorunların fiili gereklerine uygunluk bakımından değerlendirebiliriz²⁰. Bu hali ile rasyonalite kavram ve inançların statüsünde değil dinamiğinde görünür olur. Her disiplinin kendi açıklama biçimi, amacı ve geleceğe dönük stratejileri vardır, dolayısıyla ne kadar matematik kesinlikte olursa olsun her bilimin empirik bir içeriği bulunur²¹.

Hem insan bilimlerinde hem de doğa bilimlerinde bir yorum unsuru vardır²². Hem bilimde hem de sanatta teknik meseleler kadar, bunların politik veya kültürel bağlamda etkileşimde bulunduğu daha geniş kapsamlı meseleler de dikkate alınır²³. Ayrıca her bilim insanı, belirli bir doğal ve sosyal çevrede yaşar²⁴. Dolayısıyla her bilgide bir öznellik unsuru vardır. Bütün

¹³ Toulmin, Human Understanding, s. vii-viii.

¹⁴ Toulmin, Human Understanding, s. 486.

¹⁵ Toulmin, “From Logical Systems”, s. 558.

¹⁶ Toulmin, Human Understanding, s. 127.

¹⁷ Toulmin, Stephen: “Rationality and Scientific Discovery”, PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association, s. 405, C. 1972, 1972; Toulmin, Human Understanding, s. 84.

¹⁸ Toulmin, Human Understanding, s. 64.

¹⁹ Toulmin, Human Understanding, s. 478.

²⁰ Toulmin, Human Understanding, s. 488.

²¹ Toulmin, “Rationality and Scientific Discovery”, s. 406.

²² Toulmin, Stephen: “The Construal of Reality: Criticism in Modern and Postmodern Science”, Critical Inquiry, C. 9, S. 1, 1982, s. 95, doi:10.1086/448190, (“The Construal of Reality”).

²³ Toulmin, “The Construal of Reality”, s. 104.

²⁴ Toulmin, “The Construal of Reality”, s. 99.

bilimsel gözlemin gözlemci ile gözlenen sistem arasında etkileşimleri içerdiğini kabul ettiğimizde maddî nesnelerin bile saf nesnel bir biçimde ele alınması mümkün görünmez²⁵. Yine de bu, yorumların keyfî ya da belirsiz, salt öznel olduğu anlamına gelmez²⁶. Doğru ya da yanlış, kabul edilebilir ya da edilemez yorumlar, inceleme konusunun gereklerini ne ölçüde ve hangi bakımlardan karşıladığına göre, tercihlerimizi ne ölçüde başka temel veya nedenlerle destekleyebildiğimize göre ayırt edilebilir²⁷. Dolayısıyla evrensellik ile keyfilik arasındaki denge yine yorumun amaç ve bağlamına bakılarak kurulabilir. Kolektif rasyonel faaliyetlerin veya disiplinlerin tarihsel gelişimini, farklı zamanlarda yürürlükte bulunan kavram popülasyonlarının değişimi ile birlikte değerlendirmekle kavramların “uyum işlevlerini” anlayabiliriz²⁸. Toulmin buna “ekolojik” yorum der. Böyle bir yorum, mantık ile akılcılığı özdeş gören bir mutlakçılığa ya da kavram değişikliklerini yalnızca dil veya kültür farkına bağlayan bir rölativizme savrulmaktan bizi korur.

“Eğer tarihsel ve antropolojik kanıtların kapsamlı bir incelemesi, tüm birey ve toplulukların belirli amaç ve yararları paylaştığını gösteriyorsa o zaman bunlara karşılık gelen ve bütün insanların tecrübesine uygun evrensel maksimlerin olabileceğini kabul etmekte haklı olabiliriz. Diğer yandan birey ve grupların mevcut yararları gerçekte farklılık arz ediyorsa bu durum herhangi bir öncel “evrensel” önyargılar olmaksızın kabul edilmelidir.”²⁹

Sonuç olarak Toulmin teori ile pratik, mantık ile retorik, bilgi ile yorum arasında bir karşıtlık bulunmadığını, bu alanların akıl yürütmeyi değerlendirmesi konusunda farklı reçeteler sunarak birbirini tamamladığını ve pratikte birbirinden ayrılamaz olduğunu savunur. Astronomi ve geometri gibi bilimlerin rasyonalitesi karşısında anlatıların makullüğü zayıf bir kavram haline gelmiş, şekli tutarlılık ve tüm dengelimci kanıt diğer türden fikirlerin asla edinemeyeceği özel bir saygınlığa kavuşmuştur. Toulmin modern öncesi dönemde olduğu gibi, mutlak bir kesinlik veya zorunluluğu amaçlamaksızın makullüğe de rasyonalite kadar önem vermemiz gerektiğini, bunun entelektüel bir sorumluluk olduğunu savunur. Dolayısıyla şekli argümanlar ile maddî argümantasyon arasında bir ayrım yapılmalıdır. Gündelik tecrübemizin daima “bir yer” ve “bir zamana” atıfta bulunduğunu ancak teorik soyutlamaların “daima” ve “her yerde” uygulanma iddiasında olduğunu işaret

²⁵ Toulmin, “The Construal of Reality”, s. 106.

²⁶ Toulmin, “The Construal of Reality”, s. 103.

²⁷ Toulmin, “The Construal of Reality”, s. 107.

²⁸ Toulmin, Human Understanding, s. 493.

²⁹ Toulmin, Knowing and Acting, s. 213-214.

eden yazar, akılcılık anlayışımıza makul olanı, somut ve insanî durumları dahil ederek, teori ile pratik, mantık ile retorik arasındaki dengeyi yeniden kurabileceğimizi savunur. Zira ona göre ne rasyonalite ne de makullük hayatlarımıza tek başına kılavuzluk edebilir. Fiiliyat sadece eylemlerimiz değil ideallerimiz tarafından da şekillendirilir. Dolayısıyla modernitenin sabitlik mitini ve rasyonalite, kesinlik ve zorunluluğu tek bir felsefî pakete koyma amacını bir yana bırakmamız gerekir³⁰.

Özetle Toulmin'e göre aklın bir hesaplayan bir de uyum sağlayan iki yönü vardır. Bu iki yön birbirine zıt değil birbirini tamamlar olmakla akılcılık salt rasyonalite olarak değil daha geniş anlaşılmalıdır. Yine akılcılık ile mantık, kesinlik ile doğruluk ve zorunluluk farklı şeylerdir. Bu doğrultuda teori ile pratik, mantık ile retorik, bilgi ile bilgelik, rasyonellik ile makullük birbirinden ayrı değil geçişkendir. Dile bakış bilgiye bakışı belirler, başka deyişle dil ile akıl geçişkendir. Bugün bir argümantasyonda mantıkî ve retorik boyutların iç içe geçmiş olduğu genel kabul görür³¹. Argümantasyon rasyonel bir ikna girişimi, ya da başka deyişle nedenlerle (*reasons*) ikna etme girişimi olarak kabul edilir³². Toulmin önermeler kadar itirazların (*opposition*) da dikkate alınmaya başladığı “diyalektik dönüş”ün öncülerinden biri olarak görülür³³. Argümantasyona anlamını veren tam da bir iddiaya karşı ileri sürülen itirazdır³⁴. Felsefede ve bilimde, teoride ve pratikte, etikte ve hukukta akılcılık biçimden ziyade işlevle, şekli geçerlilikten ziyade maddî ihtiyaç ve gereklerle ilgilidir. Akılcılık teorik tutarlılıktan fazlasını, amaç ve sonuçları değerlendirmeyi de içerir. Hem doğal hem de sosyal bilimlerde, kesinliği ile ideal matematikte bile, bir makullük unsuru bulunur. Hakikatin değişmez olduğu iddia edilir ama doğruluk geçişkendir. Böyle bir doğruluk haliyle bilgi kadar etikle de ilgilidir. Sonraki bölümde Toulmin'in akıl ile etik arasında gördüğü ilişki ve ahlâkî akıl yürütme konusundaki görüşleri ele alınacaktır.

³⁰ Toulmin, Return to Reason, s. 12-16, 21, 27, s. 207-214.

³¹ Bermejo-Luque, Lilian: “Toulmin’s Model Of Argument and The Question of Relativism”, Arguing on The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation, (ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 74.

³² Bermejo-Luque, s. 76.

³³ Slob, Wouter H.: “The Voice of the Other: A Dialogico-rhetorical Understanding of Opponent and of Toulmin’s Rebuttal”, Arguing on The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation, (ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 165.

³⁴ Slob, s. 165.

II. AKIL VE ETİK

O halde erdem, logos tarafından ve makul insanın belirleyeceği gibi belirlenen, tercihlerle ilgili bir huydur.

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1106b36-11077a1

Toulmin ahlakî kararlarımız için hangi nedenlerin iyi olduğu sorusundan yola çıkar. Ona göre bu kısaca aklın etikteki yerinin ne olduğu sorusudur. Yazar iyyinin ne olduğu sorusuna cevap vermeyi ve etik literatüre bir katkıda bulunmayı değil iyi nedenlerin neler olduğunu ve geçerli etik argümanları belirlemeyi amaçlar. Toulmin, David Hume'un değer yargılarının doğru veya yanlış, akla uygun ya da aykırı olmasının mümkün olmadığı, değer fikrinin tümüyle bir vehim olduğu düşüncesine karşı çıkar. Ona göre ne zaman ahlâkî bir karar vermek durumunda kalsak bildiğimiz kadarıyla ilişkili olguları değerlendirip sonrasında bir yargıda bulunuruz ve böylelikle olguya dair bir nedenden etik bir sonuca varırız. Mantığın ispatlayıcı çıkarımı ile bilimin tümevarımcı çıkarımı yanında bir de bu türden çıkarımlar bulunur ki yazar bunlara “değerlendirici” (*evaluative*) çıkarımlar der. Olgulardan değerlere varan bu tür çıkarımlar etik argümanlara özgüdür³⁵.

Toulmin geleneksel etik doktrinleri üçe ayırır. Değer ile nitelik kavramları arasında bir ayrıma dayanan nesnel yaklaşıma göre “iyi” veya “doğru” nesnenin bir niteliğidir³⁶. Bu doğrultuda etik uyumsuzluklar hileye, doğal bir bozukluğa, usulün yanlış uygulanmasına, dil veya tanım farklılığına dayanır³⁷. Bu nedenler ortadan kaldırıldığında etik yargılar arasındaki uyumsuzluk da ortadan kalkacaktır. Öznel yaklaşım değer ile nitelik, doğru ile güzel (*pleasant*) arasındaki ayrımı reddeder ve bir şeyi iyi veya doğru olarak nitelerken ona öznel duygularımızı yansıttığımızı savunur³⁸. Bu hali ile doğruluk kişisel tercih meselesi haline gelir³⁹. Etik doktrinlerden üçüncüsü ve en yenisi buyruk (*imperative*) yaklaşımıdır. Bu yaklaşımı benimsemiş birisi yalnızca matematik veya mantık kanıtlarının veya bilimsel doğrulamanın herhangi bir ifade için “iyi neden”ler olabileceğini varsayar⁴⁰.

³⁵ Toulmin, Stephen E.: *An Examination of The Place of Reason in Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge 1953, s. 2-4, 38, (Reason in Ethics); Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, (ed. L. A. Selby-Bigge); Clarendon Press, Oxford 1960, s. 455-458.

³⁶ Toulmin, Reason in Ethics, s. 9.

³⁷ Toulmin, Reason in Ethics, s. 17.

³⁸ Toulmin, Reason in Ethics, s. 29.

³⁹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 29.

⁴⁰ Toulmin, Reason in Ethics, s. 46.

Buyruk yaklaşımına göre etik kavramlar nesneye yahut öznenin zihnine karşılık gelmez zira değer yargıları herhangi bir nitelik veya süreçten hareketle belirlenemez⁴¹. Ahlâkî cümleler nida, ünlem, haykırış yahut buyruk ifadelelidir ve dolayısıyla doğruluk veya yanlışlık değerlendirilmesine tabi tutulamaz⁴². Toulmin geniş anlamı ile doğrulamanın rasyonel gerekçelendirme olduğunu, etik akıl yürütmenin mümkün olduğunu, kimi akıl yürütmelerin iyi kimilerininse kötü olduğunu ve kimi argümanların doğru sonuçlara vardığı için geçerli kimilerininse yanlış sonuca vararak geçersiz olduğunu düşünür⁴³. Ona göre hangi davranış biçiminin doğru olduğu sorusu, bir davranışı diğerine tercih etmek için bir neden bulunup bulunmadığı sorusudur ve onun için önemli olan bir değerlendirci çıkarımı geçerli yahut geçersiz yapmanın ne olduğudur⁴⁴. Sözü geçen yaklaşımların üçü de bu soruya bir cevap sağlamaz ancak her üçü de etik hakkında önemli fikirler içerir. İlk nesnel yaklaşımın hatırlattığı üzere etik yargılar için “iyi bir neden” bulunmadıkça birbirine zıt yargıların uyumsuzluğunu açıklamak mümkün değildir⁴⁵. İkinci olarak öznel yaklaşımın vurguladığı üzere uygun bulma ve yükümlülük duyguları ahlâkî yargılarımız ile yakından ilişkilidir⁴⁶. Son olarak da buyruk yaklaşımının vurguladığı retorik güç, etik yargıların en önemli niteliklerdendir⁴⁷.

Toulmin etik ile akıl arasındaki ilişkiyi ortaya koymak için etiğe dair felsefî yaklaşımları böylece belirledikten sonra genel olarak akıl yürütmenin ne olduğu ve hangi alanlarda kullanıldığı sorusuna yönelir. Yazar, bir önermenin doğruluğunun veya bir argümanın geçerliliğinin ona inanan kişi ile bir ilgisi bulunmadığına, ifadenin kendisinin inanılmaya değer olup olmaması ile ilgili olduğuna dikkat çeker⁴⁸. Bu anlamda doğruluk ifadelerine ait bir nitelik olmakla salt öznel bir mesele değildir. Hangi önermelerin doğru olup olmadığı sorusu doğruluğa dair felsefî teorilerin konusunu oluşturur. Bir sonucu inanılmaya değer kılan kimi filozoflar için bir olguya karşılık gelmesi, kimileri için diğer inançlarımızla tutarlı olması, bir ekole göre onu kullananın bir diğerine göre işçi sınıfının faydasıdır ve Toulmin’e göre bu teoriler yukarıda yer verilen etik teorilerle kıyaslanabilir⁴⁹. Doğruluğun bir

⁴¹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 48.

⁴² Toulmin, Reason in Ethics, s. 49, 52.

⁴³ Toulmin, Reason in Ethics, s. 52-53.

⁴⁴ Toulmin, Reason in Ethics, s. 28, 41.

⁴⁵ Toulmin, Reason in Ethics, s. 63.

⁴⁶ Toulmin, Reason in Ethics, s. 63.

⁴⁷ Toulmin, Reason in Ethics, s. 63.

⁴⁸ Toulmin, Reason in Ethics, s. 71.

⁴⁹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 73.

önermenin olguya uygunluğu olduğunu savunan yaklaşım “uygunluk” (*correspondence*) kuramı, diğer önermelerle tutarlılığı olduğu savunan yaklaşım “tutarlılık” (*coherence*) kuramı olarak bilinir⁵⁰. Yazar doğruluğu belirli bir kişi veya grubun tavır, menfaat veya refahına göre değerlendiren yaklaşımların öznel, doğruluğu önermenin bir niteliği olarak gören uygunluk ve tutarlılık yaklaşımlarının ise nesnel doktrinler olduğuna işaret eder⁵¹. Ona göre bu yaklaşımlar içinde en akla yatkın olanı uygunluk kuramıdır⁵². Tanımlayıcı ifadeler söz konusu olduğunda doğruluk ölçütü olarak olguya uygunluk işe yarar, zira böyle bir ölçüt sayesinde ifadenin amacına hizmet edip etmediği belirlenebilir⁵³. Toulmin’in anladığı hali tanımlama, olgunun ifade edilmesinden ibaret değildir. Ona göre bir tanımlamayı muhatabı, konusu, tanımlayan kişinin bu ikisine karşı konumu, ifadenin amacı/işlevi ve gerçekte bu amaca ne kadar hizmet ettiği belirler⁵⁴. Dolayısıyla herhangi bir şey için tek bir tanım bulunduğu söylenemez⁵⁵. Yine bir tanımlama ifadesi değer ifadesinden farklıdır ancak tanımlama, değer ifadeleri de dahil olmak üzere farklı türden ifadeler gerektirir⁵⁶.

Her cümlenin ve her tür akıl yürütmenin kendi mantıkî ölçütleri bulunduğunu düşünen Toulmin’e göre bu ölçütler her ifadenin kendi tekil, özel kullanımı dikkate alınarak keşfedilebilir. Akıl yürütmeyi dogmatik olarak tek bir biçimde tanımlama gayreti onu matematik ve bilime özgüleme tehlikesi içerir⁵⁷. Oysa akıl çok yönlüdür ve dil tek amaçlı bir alet değildir; süregelen bir biçimde şekillendirip değiştirir, yeni işlevler gerçekleştirmek için yeni akıl yürütme ve kavram türleri ilave eder, tecrübe doğrultusunda eskileri yeniler ve böylelikle eski tanıdık amaçlara daha iyi hizmet eder⁵⁸. Bu doğrultuda etik akıl yürütmenin ölçütleri, bir parçası olduğu koşul ve eylemler dikkate alınarak belirlenebilir. Başka deyişle ahlâkî kararlarla ilgili gerekçelerin hangilerinin iyi hangilerinin kötü olduğu, etik ifadelerin kullanıldığı durum ve eylemlerin bilinmesi ile belirlenebilir⁵⁹. Yazar geçerli etik argümanları geçersizlerden ayırmak için etîğin işlevini belirlemek ve akıl yürütmenin

⁵⁰ Uzun, Ertuğrul: Hukuk Metodolojisinin Sorunları, 2. Baskı, Nora Kitap, İstanbul 2017, s. 54, 60.

⁵¹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 73-74.

⁵² Toulmin, Reason in Ethics, s. 74.

⁵³ Toulmin, Reason in Ethics, s. 79.

⁵⁴ Toulmin, S. E./Baier, K.: “On Describing”, Mind, C. 61, S. 241, 1952, s. 15.

⁵⁵ Toulmin/Baier, “On Describing”, s. 20.

⁵⁶ Toulmin/Baier, “On Describing”, s. 30.

⁵⁷ Toulmin, Reason in Ethics, s. 83

⁵⁸ Toulmin, Reason in Ethics, s. 83.

⁵⁹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 84.

yaptıklarımızı nasıl etkilediği sorusunu yanıtlamak gerektiğini düşünür⁶⁰. Bunun için etiğin tarih içindeki gelişimine bakılabilir. Farklı etik ilkeler farklı düzeylerde uzlaşma konudur⁶¹. Belirli bir insan topluluğunu toplum kılan, üyeler arasındaki karşılıklı saygının derecesidir ve etik, bir toplum üyelerinin eylem, çıkar ve arzularının uyumlu bir biçimde karşılanması işlevini görür⁶². Etiğin işlevi kısaca önlenebilir acıdan kaçınılması olarak belirlenebilir⁶³.

Toulmin ahlâkî akıl yürütmenin iki düzeyini ayırt eder. Ona göre eylemlerin doğruluğu sorunu eylemin belirli bir toplumun ahlâkî koduna uygun olup olmadığı sorunudur. Eylemlerinin doğruluğunun gerekçelendirilmesi söz konusunda olduğunda nihaî gerekçe, eylemin kabul görmüş bir sosyal pratikle ilişkilendirilmesinin ötesine geçemez. Kimi zaman doğru eyleme dair çatışan iddialar bulunur. Bu durumda bir ölçüp tartma süreci zorunludur ve eylemin doğruluğuna ilişkin evrensel bir test olarak tek bir etik ilkeye güvenilemez. Kimi zaman ise tekil eylem ile ilgili herhangi bir ilke bulunmaz. Böyle durumlarda sosyal pratiğin kendisinin gerekçelendirilmesi ihtiyacı doğar ki bu doğrultuda tekil eylem öngörülen sonuçlara göre değerlendirilir. Ahlâkî akıl yürütme öylesine karmaşıktır ki durumların çeşitliliği dikkate alındığında tek bir mantıkî ölçütün bütün gerekleri karşılaması beklenemez⁶⁴.

Ahlâkî akıl yürütme tekil eylemlerin değerlendirilmesinden ibaret değildir. Toulmin belirli bir etik kod içinde, doğruluk standardı olan sosyal pratiklerin sorgulanamayacağını vurgular. Birbirinden farklı sosyal pratiklerin varlığı gibi durumlarda ise bir bütün olarak bu standartların sorgulanması söz konusudur. Etik bakımdan nötr bir olgunun ahlâkî yargı için iyi bir neden oluşturabileceğini ve benimsenmeye değer bir pratik ortaya çıkartabileceğini düşünen Toulmin için ancak mevcut kurumları olduğu gibi kabul etmeyerek eleştirebilen birisi olgu ile değer arasında bir köprü kurabilir. Aklın sonuçları değerlendirip kıyaslayan kısmı doğrudan iyinin ne olduğunu belirlemese de bütün bilimlerde olduğu gibi mevcut veri üzerinde çalışır, mutlak ya da nihaî olmasa da hangi eylemlerin tatmin edici olduğunu fark etmemizi ve onlardan davranış kuralları çıkarmamızı mümkün kılar. Ahlâkî akıl yürütmenin mantığı budur⁶⁵.

⁶⁰ Toulmin, Reason in Ethics, s. 131, 223.

⁶¹ Toulmin, Reason in Ethics, s. 142.

⁶² Toulmin, Reason in Ethics, s. 135-137, 223.

⁶³ Toulmin, Reason in Ethics, s. 142.

⁶⁴ Toulmin, Reason in Ethics, s. 144-148.

⁶⁵ Toulmin, Reason in Ethics, s. 148-149; s. 223-224.

Görüldüğü üzere Toulmin için aklın uyum sağlama yönündeki pratik işlevi nedeni ile etik ile yakın ilişkisi bulunur. Dolayısıyla genelde pratik özelde etik akıl yürütmenin doğruluk ölçütleri, şekli ve kesin kurallarla değil maddi değişkenlere göre belirlenebilir. Ona göre doğruluk ile kesinlik aynı şey olmamakla pratik akıl yürütme alanında kesin sonuçlara varmayı hedeflememelidir. Ancak bu ahlâkî yargılarımızın tamamen belirsiz veya keyfi olduğu anlamına gelmez. Herhangi bir ahlâkî yargıda bulunurken, eylemlerimize kılavuzluk eden etik ilkeleri belirler veya eleştirirken mevcut olguları ve doğabilecek sonuçları zorunlu olarak dikkate alırsınız. Kendimizi şekli mantığın matematik kesinliği ile sınırlamadığımız müddetçe etik alanında da akılcılıktan söz edebiliriz.

Alexy, ahlâkî akıl yürütme kurallarının gerekçelendirmesi sorununa Toulmin'in önerdiği çözümün çok yetersiz olduğunu düşünür⁶⁶. Ona göre “gereksiz acıdan kaçınmak” tam olarak faydacı teoriye ait bir fikirdir ve genel bir kural olmak için çok muğlaktır⁶⁷. Esasında Toulmin “gereksiz” değil “önlenebilir” acıdan kaçınmaktan söz eder ki bu, insanın insan olarak gücünü ve sınırını tanıyan bir ifadedir. Kaldı ki Toulmin için acıdan kaçınma bir zorunluluk değil bir gereklilik, bir kural değil bir olgu olarak ortaya çıkar. Toulmin bütün bir ahlâkın bu faydacı temele dayandığını iddia etmez. Etiğin tarih içindeki görünümünden hareketle tespit ettiği bir olguyu, *genel* olarak etiğin *işlevini* ifade eder. Ayrıca Toulmin'in amacı başından beri etik akıl yürütmenin rasyonel olması için uyması gereken kurallar koymak değil etik argümanlar için “iyi nedenler”in ne olduğunu sorgulamaktır. Yazar hem etikte hem de hukukta kurallara sıkı sıkıya bağlılığı değil somut durumların dikkate alınması gerektiğini savunur.

III. ŞEKLİ KURALLAR VE MADDİ GERÇEKLİK

Hakkaniyet hataları, yanlışları ve talihsizlikleri hesaba katmayı ve bunları eşit değerlendirmemeyi gerektirir.

Aristoteles, *Retorik*, 1374b4-6

Buraya kadar söylenenlerden Toulmin'in kesin/evrensel/şekli/soyut bir doğruluk değil de değişken/genelleştirilebilir/maddi/işlevsel bir doğruluk anlayışına sahip olduğu anlaşılacaktır. Ona göre bilimsel veya felsefî, hukukî veya etik her türden akıl yürütme belli kural ve usullerin uygulanmasından

⁶⁶ Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, 1st pbk. ed., Oxford University Press, Oxford, New York 2010, s. 90-91, (A Theory of Legal Argumentation).

⁶⁷ Alexy, A Theory of Legal Argumentation, s. 91.

fazlasını gerektirir. Hem doğa bilimlerinde hem insan bilimlerinde somut durum ve olası sonuçlar dikkate alınır ve alınması gerekir. Yazar özellikle hukuk ve etik alanlarında genel kuralların tikel durumlara uygulanması süreçlerine kuşkuyla yaklaşır.

Toulmin'e göre çağdaş etik tartışmalarda taraflar bir uçtan bir diğerine savrulur. Uçlardan birinde "ilke meseleleri" gibi görünen koşulsuz genel iddialarla yetinen katı bir dogmatizm, diğerinde ise "değer sistemlerimizi" tıpkı bir kıyafet seçer gibi özgürce seçebileceğimizi düşünen sığ bir rölativizm yer alır. Yazar her iki yaklaşımın da fazla genel olmaktan muzdarip olduğunu düşünür. Teorik etiğin soyut genellemeleri ile sağlam bir pratik etik geleneği ikame edilemez. Pratik etikte nesnellik iddiası, belirli gerçek hayat durumlarına uygulandıklarında ayrımcılıktan kaynaklanacak karmaşık sorunlara ilişkin bir duyguyla dengelenmeyen mutlak ahlâki ilkelerde ısrara yol açmıştır. Buna karşılık rölativistler genel kişisel öznellik için bir izin olarak etikte ayrımcılığı, kamu yönetiminde takdir yetkisini ve hukukta eşitlik ihtiyacını aşırı yorumlamıştır. Etikte despot mutlakçılığın dirilişi politika, hukuk ve diğer kamusal alanlarda da karşılık bulmuştur. Ne türden bir ekonomik yahut politik bir sistemi benimsemiş olursa olsun, sanayileşmiş toplumlarda etik, hukuk ve kamu yönetimi benzer tarihsel dönüşümlerden geçmiş, benzer baskı ve zorluklarla karşılaşmış ve benzer bir kamusal güvensizlik ile sonuçlanmıştır. Yazar felsefi etiğin hukuka dayanak oluşturduğunu veya hukukçuların ahlâk felsefecilerine işlerini öğretebileceğini ileri sürmez. Ancak sözü geçen ortak sorunlar ve bunlara verilen karşılıkların ortak köklerinin incelenmesi, etik ve hukukta "kural" ve "ilkelerin" doğasını, amacını ve gücünü anlamamızı sağlayabilir⁶⁸.

"Katolik etik ilkeler etikten ziyade Katoliklik hakkında, Yahudi veya hümanist etik ilkeler etikten ziyade Musevîlik ve hümanizm hakkında bilgi verir. Bu ilkeler belirli ahlâki görüşlere entelektüel güç veya kuvvet katan temeller olmaktan çok düşünen tüm insanların ahlâki kavrayışlarını, daha genel - teolojik, felsefi, ideolojik veya *Weltanschaulich*⁶⁹ - konumlarla bağlayan koridorlar veya duvarlar olarak hizmet eder."⁷⁰

⁶⁸ Toulmin, Stephen: "The Tyranny of Principles", The Hastings Center Report, C. 11, S. 6, 1981, s. 31, doi:10.2307/3560542; Toulmin, Stephen: "Equity and Principles", Osgoode Hall Law Journal, C. 20, S. 1, 1982, s. 1-2.

⁶⁹ Dünya görüşü, ideoloji anlamlarına gelen *Weltanschauung*'dan türemiş sıfat. Kavram farklı düşünürler tarafından farklı bağlamlarda kullanılmıştır. Örneğin Marx ve Engels *Alman İdeolojisi* [*Die deutsche Ideologie*] (1845) isimli eserde ideoloji eleştirisi bağlamında kavrama yer verirken Wilhelm Dilthey *Dünya Görüşü Türleri ve Metafizik Sistemler İçindeki Gelişimleri* [*Die Typen der Weltanschauung und ihre Ausbildung in den*

Dolayısıyla etiği anlamak için ilkelerin kendilerine değil onları var edip sürdüren koşullara bakmak gerekir.

“Hukukta veya etikte kural veya ilkelerin gerçekte taşıdığı güç ve işlev nedir? Hukukî veya etik sorunların ‘kurallar’ ve ‘ilkeler’ diliyle konuşulmasını bu kadar doğal ve uygun kılan toplumsal ve tarihsel koşullar nelerdir? Güncel hukukî ve ahlâkî tartışmalarımız neden kural ve ilkelerle bu kadar meşguldür? Ve adalet ve ahlâkî ararken başka yönlelere ne kadar bakmalıyız?”⁷¹

Sanılanın aksine hukukta da etikte de kurallar zorunlu değildir, aksine sınırlı ve koşullu bir role sahiptir. Kurallara bağlılığın itibar kazanması toplumsal tarihteki bazı güçlü etkenlerin sonucudur. Ancak bu etkenler tarih boyunca mukabilleri ile dengelenmiştir. Adalet daima hem yasayı hem hakkaniyeti, ahlâk daima hem tarafsızlığı (*fairness*) hem de farkları gözetmeyi (*discrimination*) gerektirir. Bu ikilikler ihmal edildiğinde, değişmez ilkelere bağlılık bir tür tiranlığa yol açabilir. Her ne kadar bugün zihnimizde canlandırmakta zorlansak da herhangi bir kural veya gerekçe içermeyen hukuk sistemleri mümkündür, tarihte görülmüştür⁷².

Roma hukukunun gelişimi kuralsız bir hukuktan kurallı sisteme geçişin bir örneğini teşkil eder. Başlangıçta Roma, üyelerinin adalet ve hakkaniyet, mülkiyet ve görgü kuralları hakkında yeterince homojen bir fikir geleneğini paylaştığı, küçük ve nispeten homojen bir topluluktur. Uyuşmazlıklar geleneksel uzlaşının muğlak olduğu veya taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerinin güvenilir ve tarafsız bir hakem tarafından dengelenmesinin gerektiği durumlardır. Karar pontiffler tarafından verilir ve düzenleyici olmaktan ziyade tahkim niteliğindedir. Yasanın dogmatik bir biçimde uygulanması değil hakların dengelenmesi, az sayıda uyuşmazlığın hakkaniyetli bir hakemlikle çözüme kavuşturulması söz konusudur. Ancak bu durum uzun sürmez⁷³.

Roma hukuku imparatorluk dönemindeki ilk kodifikasyondan çok daha önce bir “kurallar” düzeneği geliştirmeye başlar. Şehrin büyümesi ile pontifflerin iş yükü taşıyabilecekleri sınırı aşar. Uyuşmazlıkların çözümü için

metaphysischen Systemen] (1911) başlıklı makalede dünya görüşlerini metafizik sistemlerle ilişkilendirir.

⁷⁰ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 32.

⁷¹ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 32.

⁷² Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 31-39; Toulmin, “Equity and Principles”, s. 5.

⁷³ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 33; Toulmin, “Equity and Principles”, s. 6.

onlar kadar güvenilir olmayan kıdemsiz yargıçlar görevlendirilir. Kıdemsiz yargıçlar tarafından verilecek kararlarda tutarlılık sağlanması için “düzenleme” zorunlu hale gelir. Bunu hukukun bir meslek olarak ortaya çıkması, hukuk okullarının kurulması ve hukuk öğrenimi için *regulae*⁷⁴ ihtiyacının dile getirilmesi izler. Eskiden bizzat pontifflerin karakterlerine dayanan ve öğretmesi kolay olmayan takdir yetkisinin yerini şeklî kurallar ve daha öğretilabilir tartışma becerileri alır⁷⁵.

Roma’nın bir imparatorluk haline geldiği üçüncü aşamada yabancılar şehrin yönetimi altına girer. Bu insanların örf adet hukuklarının Roma sistemi ile uyumlu hale getirilmesi gerekir ve bu ancak farklı sistemlerin kurallarının uyuşması ile mümkündür. Ayrıca imparatorluk kurallara dayanmaksızın yürüyemeyecek bir bürokratik sistem geliştirir. Bu durum iki tür sorun arasında bir işlevsel farklılaşmaya yol açar. Bir yanda “benzer durumlara benzer davranılması” maksimine dayanan, genel yasa ve kurallara göre karar verilmesini gerektiren sorunlar bulunur. Diğer yanda ise “önemli ölçüde farklı durumlara farklı davranılması” maksimine göre, her tikel durumun kendi özelliklerinin dikkate alınmasını gerektiren takdir yetkisi sorunları vardır. Bugün yasal ile hakkaniyetli yargılama arasında yapılan ayrımın temelinde bu işlevsel farklılaşma yatar. Daha sonra İmparator Konstantin bir imparatorluk politikası olarak hakkaniyet yargılamasını kendi kişisel kontrolüne alır. Yargıçların görevi kuralların asgari takdir yetkisi ile uygulanmasına indirgenir. Zarara uğrayan veya mağdur olan bir yurttaş ancak hukukî yolları tükettikten sonra, merhamet veya hakkaniyetin uygulanması için *parens patriae*⁷⁶ olarak İmparatora başvurabilir. Böylelikle Hukuk ile Adaletin başka şeyler olduğu fikrinin tohumları atılmış olur. Bugün aynı mahkeme hem hukuka hem de hakkaniyete göre karar verebiliyor olsa da hakkaniyete hala çoğunlukla yasal çözümler işe yaramadığında başvurulur⁷⁷.

“Şehirlerimiz uçsuz bucaksız, nüfuslarımız karışık ve parçalı, kamu yönetimimiz bürokratik, hem yerli hem yabancı yargı yetkilerimiz çok ve çeşitli. Sonuç olarak, erken Roma papalığının genel saygınlık ve etkililiği için dayandığı ahlâkî fikir birliği ve yurttaş güveni, çoğu zaman aldatıcı bir rüyadan başka bir şey gibi görünmüyor. Şu anki yaşam tarzımızda, insanlar istikrara/tekdüzeliğe (*uniformity*) duyarlılıktan (*responsiveness*) daha çok değer vermeye, hakkaniyet pahasına hukuka öncelik vermeye ve ‘hukukun

⁷⁴ kural veya normlar

⁷⁵ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 33; Toulmin, “Equity and Principles”, s. 6.

⁷⁶ yurdun babası

⁷⁷ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 33; Toulmin, “Equity and Principles”, s. 6-7.

üstünlüğünü' bir kurallar hukukuyla karıştırmaya başladılar. Yine de, yeni ihtiyaçlarımıza cevap verecek yeni yollar bulunması gerekse bile, hukuk ile hakkaniyet arasındaki denge yeniden kurulmalıdır.”⁷⁸

Toulmin hem hukukta hem de etikte hakkaniyetin ilgili bütün durumlara istikrar veya eşitliğin dayatılmasını değil, genel kuralların tekil durumlara uygulanmasında makul ve duyarlı (*epieikeia*)⁷⁹ olmayı gerektirdiğini düşünür. Ona göre hakkaniyet farklılıkların gözetilerek adil davranılması anlamına gelir. Hakkaniyet kuralların sınırlarına, istisna teşkil edecek özel durumlara, farklı formüller çatıştığında ihtiyaç duyulacak değiş-tokuşlara duyarlı olmak demektir. Aristoteles'in kendisi etik alanında “özler” (*essences*) bulunmadığı ve dolayısıyla kesin bir etik teori için bir temel olmadığında ısrar etmiştir. Pratik akıl yürütme ve haliyle etik akıl yürütme, kesin veya apaçık aksiyomlardan tümdengelim yolu ile şekli bir çıkarımda bulunma meselesi değildir. Pratik akıl yürütme bir yargıda bulunma, farklı fikir ve değerlendirmeleri tartma meselesidir. Ahlâkî bilgelik, tek bir ilkeye istisnasız ve koşulsuz bağlı kalınması ile değil çatışan fikirlerin gerekli tecrübe ile en insanî biçimde dengelenmesi için farkların ayırt edilmesi ile hayata geçirilir⁸⁰.

“(T)amamen genel kural ve ilkelere dayalı bir ahlâk anlayışının tiranca ve orantısız olduğunu ve yalnızca ince bireysel farklılıkları hakkaniyetli bir biçimde hesaba katanların etiğin daha derin gerekleri için doğru duyguya sahip olduğunu kabul etmemiz gerekiyor. Fiilen kazuistler ara sıra umursamaz davranmış olsalar da uygulamalı etik konusunda temel Aristotelesçi vurguyu kavramışlardır: (Pratik etik) sadece genel ilkelerden oluşan bir perhizle uyuşmaz. Tekil durum ve olayların detaylı bir tasnifini gerektirir. Dolayısıyla - pratikte bile - oldukları hali ile kazuistlerin hataları, doğru taraftaki hatalardır.”⁸¹

Görüleceği üzere Toulmin'in akıl anlayışı, bilgi ve etik anlayışını da biçimlendirir. Ona göre ne ahlâkî ne hukukî ne de bilimsel akıl yürütmede, kural veya ilkeler nihaî ölçütler olarak kabul edilemez. Bir davranışı etik veya bilgece yahut da adil kılan bir prensibe koşulsuz bağlılık değil farklılıklara duyarlılık ve ayırt etme yetisidir. Nihaî belirleyici daima değişken maddî gerçekliktir.

⁷⁸ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 34.

⁷⁹ ἐπιείκεια: makullük, hakkaniyet. Aristoteles'in hakkaniyet anlayışı için bkz. Aristoteles: Nikomakhos'a Etik, 1336b30-1137b32; Retorik, 1374a12-1374b21

⁸⁰ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 34-37; Toulmin, “Equity and Principles”, s. 8-9; Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, 1096a20-1096b25

⁸¹ Toulmin, “The Tyranny of Principles”, s. 38.

IV. ŞEKLİ OLMAYAN MANTIK OLARAK ARGÜMANTASYON

Öyleyse ilkin en azından şunun doğru olduğu açık ki ‘olmak’ ya da ‘olmamak’ kelimesi belirli bir şeye işaret eder, dolayısıyla hiçbir şey ‘hem böyle hem de değil’ olamaz.

Aristoteles, *Metafizik*, IV, 1006a18-31

Toulmin’in teorik/kesin/şeklî olmaktan ziyade pratik/değişken/maddî akıl anlayışı mantık kavramına bakışına da yansır. Peter Alexander tarafından “Toulmin’in anti-mantık kitabı” olarak nitelenen *The Uses of Argument* [*Argüman Kullanımları*] (1958) isimli eserde yazar, her ne kadar başlangıçta bunu amaçlamamış olsa da bir argümantasyon - şekli/formel olmayan bir mantık - teorisi ortaya koyar. Ona göre Aristoteles ile doğumundan bugüne mantık alanında pek az gelişme kaydedilmiş, mantık farklı alanlardaki argümanları ele alıp eleştireceğimiz pratik sorunlardan uzak, saf matematiğin bir dalı gibi kendi başına teorik bir çalışma alanı olarak kabul edilmiştir. Yazar bu hali ile şekli bir bilim olarak “teknik” mantığın fiili/gerçek argümanların eleştirel değerlendirilmesine uygulanma imkânını sorgular. Mantığın ne tür bir bilim olduğu mantık teorisi ile ilgili bir sorudur ancak Toulmin’in hareket noktası mantık pratiği ile ilgilidir. Yazar ilkin mantık pratiğinde benimsenen temel kavramları belirleyip sonrasında teorik mantığın ne olabileceğini sorabileceğimizi düşünür. Mevcut mantık teorisinden kaynaklanan fikirlerden zihnimizi temizleyerek “mantık,” “mantıken zorunlu,” “ispatlayıcı” gibi teori yüklü kavramlardan kaçınmak gerektiğini düşünen Toulmin gerçekte iddialarımızı ifade ettiğimiz ve onlara anlam verdiğimiz kategorilere odaklanır⁸².

Pratik argümantasyonda iki öncül ile bir sonuç önermesi arasında yapılan ayrımın yetersiz olduğunu düşünen Toulmin’e göre mantık, iddiaların sağlamlığı, onları destekleyen temel ve desteğin dayanıklılığı ile ya da başka deyişle iddialarımız lehine ileri sürdüğümüz durumların türü ile ilgilenir. Onun için mantık genelleştirilmiş hukuk bilimidir (*jurisprudence*). Argümanlar davalar ile, mahkemede ileri sürdüğümüz iddialar hukuk dışındaki iddialarımızla, her türden iddiamızı iyileştirmek için ortaya koyduğumuz durumlar birbirleri ile kıyaslanabilir. Hukuk biliminin temel ödevlerinden biri de hukukî süreçlerin esaslarının belirlenmesidir. Bu doğrultuda hukukî iddiaların nasıl ileri sürüleceği, bunlara nasıl karşı çıkılacağı yahut nasıl tanımlanacağına dair süreçler belirlenir. Toulmin’in amacı da rasyonel sü-

⁸² **Toulmin**, Stephen E.: “Reasoning in Theory and Practice”, *Arguing On The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation*, (ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 26; **Toulmin**, Stephen E.: *The Uses of Argument*, Updated Edition, Cambridge University Press, Cambridge, New York 2003, s. vii-6.

reci, genel olarak iddiaların ileri sürülüp ortaya konduğu usul ve kategorileri belirlemektir. Ona göre hukukî davalar rasyonel tartışmanın özel bir türünü teşkil eder. Genel rasyonel tartışmadan farklı olarak hukukî tartışmanın kural ve usulleri kurumlar aracılığıyla sağlamlaştırılmıştır. Yazar ayrıca hem mantıkta hem de hukukta aklın eleştirel işlevinin merkezî bir konumda bulunduğunu ileri sürer. Sağlam bir argüman, iyi temellendirilmiş veya sıkıca desteklenmiş bir iddia, eleştiri karşısında dirençli olmalıdır. Toulmin mantık ile hukuk bilimi arasında kurduğu benzerlikten hareketle, fikirleri felsefi bir ideale karşı değil pratik argüman değerlendirmesine karşı sınayan bir yaklaşım benimser ve inceleme konusunun adil/haklı olandan (*jus*) ziyade akılcı olan (*ratio*) ve sağgörü/bilgelik (*prudentia*) olduğunu ifade eder⁸³.

Argümanların pek çok işlevinin arasında aslolanın gerekçelendirme olduğunu vurgulayan Toulmin, rasyonel süreçlerde argüman biçim ve yapılarının hangi bakımlardan değişip değişmediğini belirlemeyi amaçlar. Bu belirlemede bizim için önemli olan “argüman alanı” kavramı ve “alan-değişmez” (*field-invariant*) standartlar ile “alan-bağımlı” (*field-dependent*) ölçütler arasında yapılan ayırmadır. İki argümanın veri ve sonuçları görece aynı mantıkî türde ise argüman alanlarının aynı olduğu, destek yahut sonuçları farklı mantıkî türde ise farklı argüman alanlarında olduğu söylenebilir. Kanıt yahut destek türleri duruma ve argümanın alanına bağlı iken belli genel aşamalar alan-değişmez bir biçimde belirlenebilir. Hukukî ve genel akıl yürütmede kabaca bir iddianın ileri sürüldüğü ilk aşama, bu iddianın lehine kanıtların ortaya konduğu ikinci aşama ve sonuca varılan veya hükmün verildiği bir son aşama bulunur. Yazar hem hukukî hem de genel argümanların değerlendirilmelerini sağlayan biçim ve standartların ne ölçüde alan-değişmez ne ölçüde ilgili durumun türüne bağlı olduğu sorusuna cevap vermeye çalışır. Özetle Toulmin için bir argümanın sağlamlık koşulları maddî ve usulî/şekli koşullar olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁴.

Toulmin argümantasyonun aşamalarını belirlerken bunların “mümkün” (*possible*) veya “zorunlu” (*necessary*) gibi bazı önemli model/kiplik (*modal*) terimlerin kullanımı ile ilişkisine dikkat çeker. Yazar argümantasyonun aşamaları ile “mümkün,” “muhtemel,” “belki” gibi terimleri ilişkilendirirken şekli bir analizi hedeflemez daha ziyade kelimelerin günlük dildeki kullanımlarından hareket eder. Ona göre ilkin farklı önerilerin dikkate alınmaya değer olduğunu kabul etmek zorunda olduğumuz başlangıç aşaması bulunur

⁸³ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 7-10.

⁸⁴ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 8, s. 12-16; Feteris, Eveline T. (çev. Ertuğrul Uzun); *Hukukî Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 86.

ki bu aşamada “imkân” terimi yerinde olacaktır. Dikkate alınması gereken muhtemel çözümlerin ortaya konmasını içeren bu ilk aşamadan sonra kanıtlarla kesin bir biçimde gösterilmiş belirli bir çözümün bulunması ve başlangıçtaki ihtimallerin bazılarının bu kanıtlar doğrultusunda elenmesi aşamaları gelir ki bunlar fizik, matematik, etik ya da hukukla ilgili argümantasyonda benzer bir biçimde karşımıza çıkar. Farklı argümanların alana bağlı olan ve olmayan özelliklerini ayırt etmek için bazı model terimlerin karakteristik kullanımlarından hareket edilebilir. Yazar felsefî tarihi köklü olan “zorunluluk” veya “imkân” gibi kavramların teorik önyargılara yol açabileceği düşüncesi ile gündelik kullanıma özgü “olamama/yapamama” (*cannot*) kelimesini tercih eder. Hangi koşullarda ve neyi kast ederek “olamama” ifadesini kullanırız? Bu sorunun cevabı bize argümanların alan-değişmez ve alan-bağımlı niteliklerine götürebilir. “Olamamak” farklı durumlarda fiziksel yahut mantikî imkânsızlık, hukuken yasak veya ahlâken ya da durum itibarıyla uygunsuz olmak, muhtemel görünmemek gibi anlamlar taşır. Bu hali ile kelime, ilgili bir ihtimalin reddedilmesi ile ilgilidir ve içeren ifadenin argümanda belirli bir yerde bulunmasını sağlar. Neyin reddetme sayılıp sayılmayacağı yahut reddetme nedenlerinin ağırlığı duruma göre değişse de bütün ifadeler için ortak olan bir şey vardır ki bu da argümanın formudur. Toulmin’e göre bu türden argümanların hepsi şu biçimde yazılabilir: “P olduğu şey olmakla, Q içeren herhangi bir şeyi reddetmelisiniz: aksi durum R olur ve S’ye yol açar.” Bütün “olamama” durumları bu formda yazılabilir, durumdan duruma değişen P, Q, R ve S’ye verilen anlamdır⁸⁵.

Bu noktada Toulmin terimlerin “gücü” (*force*) ile “ölçütleri” (*criteria*) arasında bir ayrım yapar ki bu teorisi için merkezî önem taşır. Bir terimin “gücünden” kasıt kullanımının pratik içerimleridir. Meselâ “olamamak” birşey-ya-da-diğerinin bu-ya-da-şu-nedenle bu-ya-da-şu-biçimde reddedilmesi anlamına gelir. Buna karşın terimin “ölçütleri” herhangi bir bağlamda belirli bir terimin kullanımının uygun olup olmadığına karar verdiğimiz standart, temel veya nedenlerdir. Bir ihtimal yalnızca reddetmeyi gerekçelendirecek temel veya nedenler üretebiliyorsak reddedilir ve “ölçüt” terimi daha sonra ortaya koyacağımız pek çok ifadede içerilebilir. Değerlendirme terimlerinin anlamlarında ortak bir güç aracılığıyla pek çok ölçüt birbirine bağlanır ve bir şeyin değerlendirilmesi hem kabule değerlik derecesine göre bir sıralamayı hem de türüne uygun ölçütlere atıfta bulunmayı içerir. “Olamaz” gibi bir terimin farklı argüman alanlarında belirli bir ortak gücü vardır. Ancak farklı türden sonuçların reddedilmesine uygulanacak ölçütler argüman alanına göre

⁸⁵ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 17-18, 21-28.

değişecektir. Güç ile ölçütler arasında yaptığı ayrımın “anlam” kelimesine verilen olağan karşılıkların ötesine geçtiğini düşünen Toulmin için terimlerin kullanımının pek çok yönü vardır ve güç ile ölçüt bunlardan ikisidir. Bir kullanımdan diğerine geçildikçe ölçütler değişebilir ancak terimin gücü aynı kalır. Esasında argümanların değerlendirilmesi ve eleştirilmesine ilişkin tüm kurallar pratikte alan-bağımlı iken değerlendirme terimlerinin güçleri alan-değişmezdir⁸⁶.

Toulmin’in güç ile ölçüt arasında yaptığı ayrımın kavramların potansiyeli ile fiilî işlevi arasındaki bir ayrıma karşılık geldiği söylenebilir. Her kavram belirli bir anlam potansiyeli taşır ve kavramın kullanıldığı her tekil durum bu potansiyelle sınırlıdır. Tam da bu değişmez potansiyel sayesinde herhangi bir akıl yürütmeye terimin yeri ve işlevi belirlenebilir. Yine bu sayede tekil kullanımlar arasında bir ilişki kurulabilir. Buraya karar söylenenlerden Toulmin’in dil ile akıl ve akıl yürütmeyi karşılıklı bir belirleme içinde gördüğü sonucu çıkarılabilir. Ona göre dil de akıl da ne belirsiz ne muğlak ama değişkendir.

Toulmin hem hukukî süreçlerde hem de rasyonel değerlendirme süreçlerinde belli temel prosedürlerin kabul gördüğünü ve rasyonel değerlendirmenin zorunlu olarak formaliteler içerdiğini düşünür⁸⁷. Ona göre argümanların belirli bir formda olması yetmez, belirli usul kurallarına uyan belirli bir sırayla ortaya konulmaları gerekir⁸⁸. Aristoteles’ten günümüze çıkarımın paradigması kabul edilen “büyük öncül,” “küçük öncül,” “sonuç” formülünün argümanın unsurlarını belirlemek için yetersiz olduğunu düşünen yazar için değer yargıları saf matematik terimlerle ifade edilemez⁸⁹. Esasında Aristoteles evrensel kavramların değişmez ve istisnasız bir biçimde uygulanmasını savunmaz, çoğu gerçek hayat durumlarında tümeller değişmez olmaktan ziyade geneldir⁹⁰. *Analitikler* diğer eserleri ile de ilişkilidir ancak bugünkü şekli mantıkta bu ilişki ortadan kalkmıştır⁹¹. *Organon*, bağlantılı diğer eserler ile birlikte dengeli bir akıl anlayışı için hala kullanışlı bir kılavuzdur⁹². Yine de şekli geçerlilik pratik argümanlar bakımından işlevsiz değildir. Argümanların iç tutarlılığı böyle bir geçerlilikle sağlanır⁹³.

⁸⁶ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 28-35.

⁸⁷ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 39-40.

⁸⁸ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 40.

⁸⁹ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 89, 173.

⁹⁰ Toulmin, *Return to Reason*, s. 111.

⁹¹ Toulmin, *Return to Reason*, s. 166.

⁹² Toulmin, *Return to Reason*, s. 167.

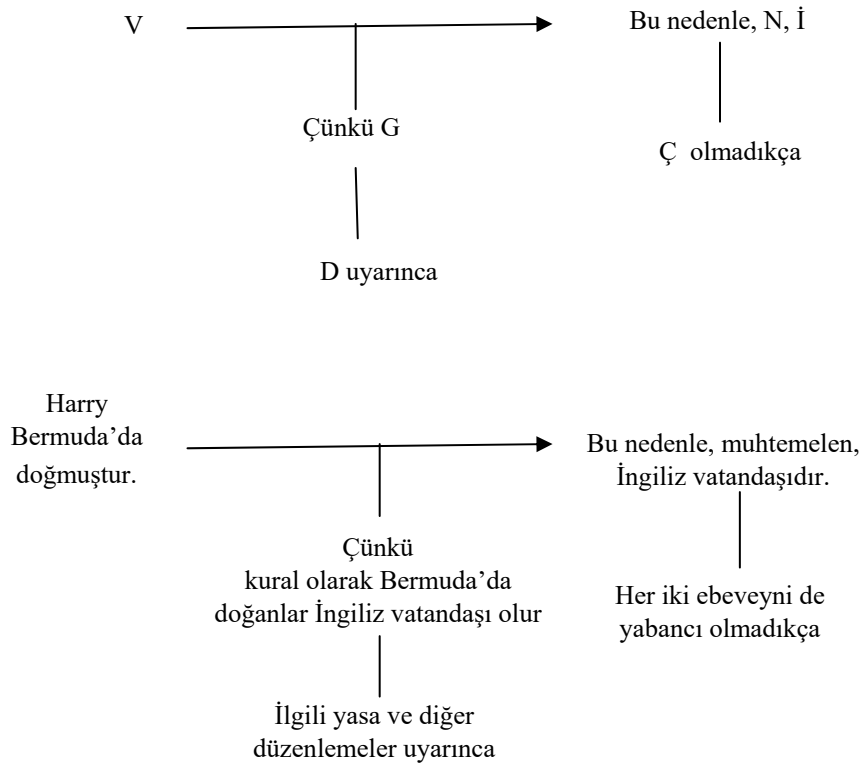
⁹³ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 171.

alma ve bunu, meşruluğu önceden varsayılan daha geniş bir adımlar sınıfına havale etme işlevi görür. Verilere açıkça, güvenceye örtülü olarak başvurulur. Güvence genel olarak uygun tipteki bütün argümanların sağlamlığını doğrular ve dolayısıyla veri kabul edilen olgulardan farklı bir biçimde ortaya konur. Toulmin veri ile güvence arasındaki ayrımın hukuk davalarındaki olguların değerlendirilmesi ve hukukun değerlendirilmesi arasındaki ayrıma benzer olduğunu düşünür. Ona göre hukuktaki ayrım genel bir ayrımın özel bir durumudur. Herhangi bir argüman alanında bir tür güvence ile uğraşmaya hazır olmadıkça o alandaki argümanları rasyonel değerlendirmeye konu etmek mümkün değildir. Farklı türden güvenceler sonuç üzerinde farklı etki derecelerine sahiptir. Bu doğrultuda sadece veri, güvence ve iddiayı belirlemek yeterli olmayabilir. Böyle durumlarda verinin güvence aracılığıyla iddiamıza verdiği gücün derecesine açıkça atıfta bulunabiliriz. Bu ifadeye Toulmin *niteleyici* (N) der ve buna örnek vermek için yeniden hukuka döner. Hukuk davalarında çoğunlukla belirli bir yasa veya doktrine müracaat etmek yetmez, belirli bir yasanın somut olaya ne kadar uygun olduğunun ve varsa istisna nedenlerinin ayrıca tartışılması gerekir. Niteleyiciler ile istisna ve *çürütme* koşulları (Ç) veri ve güvenceden farklı olmakla argüman örüntüsünde ayrıca yer almalıdır. Güvence, veriden iddiaya geçmenin meşru olduğu imasını içerir ve hem veri hem de iddia ile ilgilidir. Niteleyici ve çürütme koşulları ise güvencenin bu adıma taşınması hakkındadır. Niteleyici güvence ile sağlanan gücü, çürütme koşulları ise güvencenin genel hükmünün bir tarafa bırakılmasını ifade eder⁹⁶.

Bu aşamada Toulmin bir güvence ifadesi ile güvencenin uygulanabilirliği hakkındaki ifade arasında bir ayrım yapar. Bu ayrım hem devlet yasası hem de bilimsel yasalar - doğa yasaları - için geçerlidir. Her iki durumda da uygulama istisnalara tabi olabilir veya her koşulda sabit bir uygulama mümkün olmayabilir. “Bu hesaplama doğru mu?” sorusu ile “Konu ile ilgili hesaplama bu mu?” soruları açıkça birbirinden farklıdır. Varılan sonucun doğruluğu başka, belirli bir güvencenin uygulanması başka bir meseledir. Yeni bir olgunun ortaya konması amacına göre daha ileri veri olarak görülebilir ya da güvenceyi onaylama veya reddetme işlevi görebilir. Yine güvencenin hangi koşullarda uygulanabileceği sorunu ile genel olarak o güvencenin kabul edilip edilmeyeceği arasında da bir fark vardır. Bir iddiayı savunurken verileri, güvenceyi ve ilgili niteleyicileri ortaya koymamıza rağmen güvencenin kabul edilebilirliği konusunda muhatabımızı ikna edemeyebiliriz. Olağan koşullarda her güvencenin altında başka inanç ve teminatlar bulun-

⁹⁶ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 91-94.

duğunu düşünen Toulmin bu türden teminatları *destek* (D) olarak isimlendirir. Desteğin türü bir argüman alanından diğerine değişmekle birlikte işlevi güvencenin kabul edilebilirliğini gerekçelendirmektir. Güvence önermeleri, köprü işlevi gören varsayımsal ifadelerdir. Destek önermeleri ise olguya dair kategorik önermeler biçiminde ya da doğrudan sonucu destekleyen veri olarak ifade edilebilir. Veri ile destek arasındaki fark da bir argümanda oynadıkları role göre açıklanabilir. Her ikisi de doğrudan olgu durumlarını ifade ediyor görünse de herhangi bir tür veri olmaksızın bir argümandan söz edilemez ancak güvencenin sorguya konu edilmediği durumlarda desteğe ihtiyaç duyulmaz. Yine destek genel olarak güvencenin kabul edilebilirliğinin zemini ile, niteleyici güvencenin bir sonuca varma gücü ile ve çürütme koşulları da belirli durumlarda güvencenin yarattığı varsayımları çürütecek istisnalar ile ilgilidir. Bu belirlemelerden sonra yazar nihaî değilse de yeterince karmaşık olduğunu düşündüğü bir şema ortaya koyar ve bunu örneklandırır⁹⁷.



⁹⁷ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 94-99.

Toulmin'in güvencenin uygulanabilirliği ile kabul edilebilirliği arasında yaptığı ayrımın daha önce tekil eylemin gerekçelendirilmesi ile bütün bir sosyal pratiğin gerekçelendirilmesi arasında yaptığı ayrıma paralel olduğu görülecektir. Yine yazarın bir argümanın unsurlarının belirlerken salt önermenin biçimini değil argümandaki işlevini de dikkate aldığı görülecektir. Ona göre "Bütün A'lar B'dir," "A'ların çoğu B'dir," "Hiçbir A B değildir" gibi çeşitli önermelerin hepsi farklı biçimlerde yeniden formüle edilebilir. Bu yapı tıpkı model terimler gibi argümanın ve güvencenin alan-değişmez *gücünü* gösterir. Güvenceye destek olan olgu içeriği ise alan-bağımlı *ölçüt-lere* tabidir⁹⁸.

Yazar argümanın gücü ile desteği arasında yaptığı ayrımı analitik ve maddî argümanlar arasında yaptığı bir diğer ayrım ile destekler. Buna göre eğer güvencenin desteği, sonuç ile iletilen bilgiyi açıkça veya örtülü olarak içeriyorsa analitik bir argümandan, böyle bir bilgi içermiyorsa maddî argümandan söz ederiz⁹⁹. Analitik argüman, desteğe ilişkin tam bir bilginin sonucu doğrulamaya veya yanlışlamaya yettiği, desteğin denetlenmesinin *ipso facto*¹⁰⁰ sonucun doğrulanmasını veya yanlışlanmasını getirdiği argümandır¹⁰¹. Analitik argümanlarda, kendisinden hareketle iddia ileri sürdüğümüz bilgi olarak veri ile iddiayı kendisine göre kurduğumuz güvencenin kabul edilebilirliğini sağlayan bilgi olarak destek arasındaki ayrımın bulanıklaştığını vurgulayan Toulmin bir argümanın analitik olmasının onun şekli geçerliliği ile aynı şey olmadığına işaret eder¹⁰². Herhangi bir alanda güvencenin açıkça güvence olarak formüle edildiği ve söz konusu çıkarım türünü kesin bir biçimde kabul ettiği şekli geçerli bir maddî argüman ortaya konabilir¹⁰³. Yine analitik bir argümanın, güvence yerine desteğe yer verilmesi durumunda olduğu gibi, şekli olarak geçerli bir biçimde ifade edilmemiş olması da mümkündür¹⁰⁴. Analitik çıkarımda bile geçerlilik tek başına kelimelerin anlamlarına göre belirlenmez, böyle bir argümanın anlaşılması bir dil yetersizliği değil "akıl kusuru"dur¹⁰⁵. Bir argümanın geçerliliği onun ifade edilme biçimi ile ilgili olup geçerliliğin nedenleri ile ilgili bize bir şey söylemez, bu nedenler ancak güvencenin desteğini değerlendirdiğimizde

⁹⁸ Toulmin, The Uses of Argument, s. 103-104.

⁹⁹ Toulmin, The Uses of Argument, s. 116.

¹⁰⁰ kendiliğinden

¹⁰¹ Toulmin, The Uses of Argument, s. 123.

¹⁰² Toulmin, The Uses of Argument, s. 118.

¹⁰³ Toulmin, The Uses of Argument, s. 125.

¹⁰⁴ Toulmin, The Uses of Argument, s. 125.

¹⁰⁵ Toulmin, The Uses of Argument, s. 124.

anlaşılabilir¹⁰⁶. Ayrıca her ne kadar mantık teorisyenleri analitik argümanları zorunlu veya kesin olmakla, maddî argümanları varsayımsal, muhtemel veya belirsiz olmakla tanımlasa da Toulmin'e göre analitik argümanların varsayımsal, maddî argümanların da kesin olması mümkündür¹⁰⁷.

Toulmin mantık ile hukuk arasında mantık ile geometri arasında bulunduğundan daha fazla benzerlik görür ve geleneksel büyük/tümel öncül - küçük/tikel öncül - sonuç örüntüsünün maddî argümanların değerlendirilmesi için yeterli olmadığını düşünür¹⁰⁸. Öncül ile sonuç önermeleri yerine farklı türden işlev gören en az altı tür önermeden söz edilebilir; iddia, veri, güvence, destek, niteleyici ve çürütme koşulları ayırt edilmelidir¹⁰⁹. Nitekim hukukî argümanların mantığı üzerine çalışan yazarlar uzun süredir önermeleri üç tipten çok daha fazla sayıda grup altında sınıflamıştır¹¹⁰. Meselâ H. L. A. Hart istisna durumları ve çürütme koşullarına "feshedilebilirlik" (*defeasibility*) başlığı altında yer verir¹¹¹. Yine David Ross geleneksel argüman örüntüsünü izlemekle birlikte etik alanında zorunlu olarak istisnalara yer verilmesi gerektiğini savunur¹¹². Ross, pratikte duruma uygun birden fazla kuralı kabul eden birinin bu kuralların farklı yönleri göstermesi halinde ahlakî kurallara istisna getirmek zorunda kaldığını kabul eder ancak geleneksel argüman örüntüsüne bağlı kaldığından varsayım veya istisna argümanlarına yer vermez¹¹³. Toulmin'e göre geleneksel örüntünün iki kusuru vardır. İlk argümanların konu olduğu farklı eleştiri biçimleri arasındaki farka, meselâ güvenceler ile çürütme nedenleri arasındaki farka pek az değinilir¹¹⁴. İkinci olarak da farklı argüman alanları ile bu alanlar için uygun güvence ve destek türleri arasındaki fark ortadan kalkar.¹¹⁵ Mantık geleneğindeki mevcut pek çok sorun, paradigma olarak analitik argümanın kabul edilmesinden ve diğer bütün argümanların bununla kıyaslanmasından kay-

¹⁰⁶ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 132.

¹⁰⁷ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 126-130.

¹⁰⁸ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 131-132.

¹⁰⁹ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 131.

¹¹⁰ Toulmin, *The Uses of Argument*, a. yer.

¹¹¹ Hart, H. L. A.: "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, C. 49 1948, ss. 171-194.

¹¹² Ross, David: *The Right and the Good*, (ed. Philip Stratton-Lake), 2. baskı, Oxford, Clarendon Press, 2007, s. 18.

¹¹³ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 132.

¹¹⁴ Toulmin, *The Uses of Argument*, a. yer.

¹¹⁵ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 133.

naklanır¹¹⁶. Oysa pratikte nadiren analitik argümanlara çoğunlukla maddî argümanlara rastlarız¹¹⁷. Bir argümanın analitik olması başka şey şekli olarak geçerli olması başka şeydir ve ikisi de ne zorunluluğun ne de argümanların sağlamlığının evrensel ölçütüdür¹¹⁸.

Matematik modele göre kurulmuş tamamen şekli, *a priori* bir bilim olarak ideal mantığın kategorileri ile pratik argümantasyonun kategorileri arasında sistematik bir fark bulunduğunu düşünen Toulmin'e göre mantık teorisi eleştirel pratik uyarınca yeniden düzenlenmelidir¹¹⁹. Zira rasyonel değerlendirme eyleminin kendisi belirli bir zamanda belirli bir bağlamda gerçekleşir ve ona bağlıdır¹²⁰. Dil de zamansız önermelerden değil gerçekleştikleri durum veya koşula bağlı ifadelerden oluşur¹²¹. Mantıkî ilişkilerin zamandan ve bağlamdan bağımsız olduğu fikri değerlendirme standartlarımızın ilerleyerek geliştirilmesi imkânını ortadan kaldırır¹²². Argümanların alanları farklı problemlere yöneldiği için farklıdır ve bir alandaki argümanlar o alanın standartlarına göre yargılanmalıdır¹²³. Bir argümanın alanı onun güvence, destek ve diğer unsurlarını da belirler¹²⁴. Yine de farklı alanlardaki argümanlar arasında hem argümanların mikro yapısı hem de temel aşamaları bakımından genel benzerlikler bulunabilir¹²⁵. Yapılması gereken argümanların nasıl işlemesi gerektiğini göstermek değil nasıl işlediklerini görmek ve tanımlamaktır¹²⁶.

Özetle Toulmin'e göre matematik bir kesinlik taşıması beklenen şekli mantık, analitik argümanlar için kullanışlı olmakla birlikte maddî argümanların hâkim olduğu pratik argümantasyonda yalnızca argümanların iç tutarlılığının denetlenmesini sağlar. Yazar hukuku rasyonel tartışmanın özel bir türü olarak görür ve işleyen mantığın genelleştirilmiş hukuk bilimi olduğunu düşünür. Hangi alanda olursa olsun argümantasyon aşamaları alan-değişmez bir biçimde belirlenebilir ancak bir argümanın sağlamlığı, içeriğinin kabul edilebilirliği ile ilgilidir ve dolayısıyla alan-bağımlı ölçütlere tabidir. *The*

¹¹⁶ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 153-154

¹¹⁷ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 133

¹¹⁸ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 134

¹¹⁹ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 135-137, 234, 237.

¹²⁰ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 168.

¹²¹ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 166.

¹²² Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 169-170.

¹²³ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 154, 235.

¹²⁴ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 163.

¹²⁵ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 236.

¹²⁶ Toulmin, *The Uses of Argument*, s. 238.

Uses of Argument isimli eserde ortaya konan bu model Toulmin'in Rieke ve Janik ile birlikte kaleme aldığı *An Introduction to Reasoning* [*Akıl Yürütme Bir Giriş*] (1984) isimli eserde geliştirilir.

Toulmin, Rieke ve Janik akıl yürütmeyi bir iddiayı destekleyen nedenlerin sunulması olarak tanımlar ve akıl yürütmenin eleştirel bir etkileşim olduğunu savunur¹²⁷. Akıl yürütme kolektif bir tartışmadaki gücü ile eleştirilir ve doğası gereği kişilerarası bir süreçtir¹²⁸. İleri sürülen nedenlerin uygun veya elverişli olup olmadığı değerlendirmesi zaman içinde, bağlam ve duruma göre değişecektir¹²⁹. Argüman değerlendirmesinin bütün argüman alanlarına uygulanabilecek evrensel/alan-değişmez usul kuralları yanında tikel/alan-bağımlı kurallara da tabi olduğu fikri bu eserde de tekrarlanır¹³⁰. Argümantasyon daha geniş bir terim olarak iddiaların ileri sürülmesi ve eleştirilmesi, nedenler ileri sürülerek desteklenmesi, bu nedenlerin eleştirilmesi ve eleştirilerin çürütülmesi etkinliğinin bütününe kapsar¹³¹. Hukuk, tipik argümantasyon alanlarından biridir ve her alan gibi o da kendi tartışma usullerini içerir¹³².

Yazarlar bir argümanın geçerliliği (*soundness*) ile sağlamlığı/kuvveti (*strength*) arasında bir ayrım yapar. Alan-değişmez usuller argümanın geçerliliği ile ilgili iken alan-bağımlı ölçütler onun sağlamlığını belirler. Geçerlilik değerlendirmesi birinci seviye incelemeyi, sağlamlık değerlendirmesi ise ikinci seviye incelemeyi içerir. Her argümanda *iddia*, *temel*, *güvence* ve *destek* olmak üzere dört unsur bulunur¹³³. Bu unsurların bir önceki bölümde ele alınan argümanın temel aşamaları ile benzer olduğu görülecektir. Temel, iddianın zeminini oluşturan belirli olguları ifade eder ve Toulmin'in genel argümantasyon teorisindeki *veri* terimine karşılık gelir. Bu unsurlar alan-değişmez olmakla birinci seviye incelemeye konu olur.

Geçerlilik incelemesinde argümanın parçalarının birlikte bulunma biçimi değerlendirilirken sağlamlık, argümanın bağlı olduğu ilişkilere göre değerlendirilir. Pratikte bu ilişkiler mutlak yahut koşulsuz olmaktan ziyade az ya da çok belirlenmiş, az ya da çok koşulludur. Sağlamlık bakımından

¹²⁷ Toulmin, Stephen/Rieke, Richard/Janik, Allan: *An Introduction to Reasoning*, 2nd b., Macmillan, New York, London 1984, s. 10, 14.

¹²⁸ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 10.

¹²⁹ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, a. yer.

¹³⁰ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 17.

¹³¹ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 14.

¹³² Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 16.

¹³³ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 25-26.

dört unsurdan söz edilebilir. İlk *kesinlikle*, *muhtemelen*, *büyük ihtimalle* gibi *niteleyici* ifadeler bulunur. Niteleyiciler iddiaların kesinlik türü veya derecesini işaret eder. İkinci olarak iddia ve argümanların eleştirilip tartışılmasına yarayan *koşul* ve *istisnalar* bulunur. Üçüncü olarak elverişli bilgi yokluğunda veya çatışan bilgilerin varlığında rasyonel bir karara varmamızı sağlayan *ispat yükü* ve *açmazlar* (*quandaries*) söz konusu olabilir. Nihayet bir de *uygunluk* meselesinden söz edilebilir. Argümanların eleştirel değerlendirmesi, sonunda tekrar bu argümanların hizmet ettiği ortak amaçlara yönelik farklı insan eylemlerinin değerlendirilmesini gerektirir. Pratik argümantasyonun rasyonel gücünün değerlendirilmesi ancak hem hukuk veya bilim gibi belirli, profesyonel eylemlerin hem de genel, profesyonel olmayan eylemlerin amaçlarına uygun olup olmadığının incelenmesi ile mümkündür¹³⁴.

Görüleceği üzere geçerlilik değerlendirmesi argümanın temel şekli unsurlarının bulunup bulunmaması ile ilgili iken sağlamlık değerlendirmesinde somut durumun özellikleri, bağlamı, maddi unsurları dikkate alınır. Geçerliliğe ilişkin unsurlar ile sağlamlığa ilişkin unsurlar birbirinden ayırt edilebilir ancak tamamen ayrı değildir. Eleştirel değerlendirmenin konusu bütün bir argüman olmakla bu unsurlar birbirine bağlıdır¹³⁵. Her akıl yürütmenin olduğu gibi hukukî akıl yürütmenin de hem evrensel geçerlilik koşulları hem de hukuka özgü tikel/belirli sağlamlık koşulları bulunur. Bunlar ancak hukukun amaç ve işleyişine göre belirlenebilir.

V. HUKUKİ ARGÜMANTASYON

Toulmin, Rieke ve Janik hukukî argümantasyon incelemesinde Anglo-sakson hukuk sistemini temel almakla birlikte tespit ve değerlendirmeleri Kıta Avrupası sistemleri için de büyük ölçüde geçerlidir. Yazarlara göre hukuk, bireylerin yaşam ve özgürlüklerini güvence altına almak, mülkiyeti korumak, geçerli sözleşmelerin yerine getirilmesini sağlamak, farklı bireyler arasındaki çatışmaları çözmek, kamu düzenini sağlamak ve toplumsal amaçlar için arzu edilen diğer hedefleri sağlamak amacıyla tasarlanmış bir usul ve ilkeler sistemidir. Bu hali ile hiçbir mahkemenin yanında geçmemiş olan birisi de günlük hayatta hukukî argümanlardan etkilenir. Dolayısıyla hukukî akıl yürütmenin izleri, toplumsal hayatımızın ve pratiğimizin büyük bir kısmına yansır. Bir hukuk sisteminde kararlar gerekçeli olarak verilir. Yine kararların adaletin gerekleri ile uyumlu olması beklenir. Hukuk ala-

¹³⁴ Toulmin/Rieke/Janik, An Introduction to Reasoning, s. 81-83.

¹³⁵ Toulmin, The Uses of Argument, s. 123-124.

nında beklenen esasında adaletin gereklerinin ve olguya dair çatışan hikâyelerin değerlendirilmesidir. Dolayısıyla hukukî akıl yürütmenin odağında ilkin “olguların” neler olduğu ve hukukî bir karar için nelerin olgu olarak kabul edileceği sorunu yer alır. Daha sonra, meselâ üst derece mahkemeleri için, altta yatan olgularla ilgili “hukukun” ne olduğu sorunu yer alır. Bütün bu süreçler gerekçeli kararlarla ilerler ve hukukun gelişimini etkileme potansiyeli taşır. Bu doğrultuda hukukta usul ve yetki sorunları, taraf ehliyeti gibi tali sorunlar bulunmakla birlikte esas sorunlar “olgu sorunları” ile “hukuk sorunları” olarak ayırt edilebilir. Hâkim ya da jüri farklı hikâyeler arasında bir tercihte bulunur ya da şikâyetin temelindeki hikayenin ikna edici olup olmadığına karar verir. Ancak iki farklı hikâye arasında bir tercihte bulunmak yetmez, bu tercihin yasa ve adaletin gereklerine göre yapılması gerekir. Bunun için de hâkim hukuk sorunu hakkında bir karar vermelidir. Hukuk ile olgu arasında bir etkileşim bulunur ve hukuk sorunu olguların belirlenmesi sorununu kuşatır. Hukuk ile olgunun etkileşimini anlamak için hukukî kararların doğasına bakmak gerekir¹³⁶.

Hukukun kalbinde başka bir çözümün mevcut olmadığı tekil uyumsuzluklar yer alır. Ancak bunun yanında “kural-koyan” kararlar da bulunur ki bunlar toplum için daha önemli bir rol üstlenir. Geçmişte hukukî karar verme süreci şekli mantığın bir uygulaması olarak görülmüştür. Buna göre yasa bir öncülü, somut durumun ifadesi bir diğer öncülü teşkil eder ve mantık kuralları geçerli ve zorunlu çıkarımı dayatır. Günümüzde pek az insan hukukî karar verme süreçlerinde fiilen şekli mantığın uygulandığını savunur. Hukuk çoğunlukla öngörülebilirliği/güvenilirliği (*reckonability*) sağlamak için tasarlanmış kurallar bütünü olarak görülür. Kimilerine göre bu kuralların işlevi belli kararları dayatmak değil çıkarımlara kılavuzluk etmektir. Kurallar herhangi bir kararı ortaya çıkaran akıl yürütmeyi kesin bir biçimde belirlemez, daha ziyade yönlendirir veya değiştirir. Herhangi bir hukukî karar tekil durumun özelliklerini dikkate almayı ve güvencelerin kıyaslanıp değerlendirilmesini de içeren karmaşık bir akıl yürütme zincirine dayanır¹³⁷.

“Olgu sorunlarına” ilişkin iddialar ile “hukuk sorunlarına” ilişkin iddiaları destekleyen argümanların belli bazı karakteristikleri bulunur. Yine iddia, temel ve güvencelerin hukuk alanına özgü türleri vardır. İlk derece mahkemelerinde tanık veya bilirkişi ifadesi yahut da fiziksel kanıtlar gibi çeşitli deliller, çatışan iddiaların temelini teşkil eder ve delillerin değerlendirilmesi hukukî akıl yürütmenin merkezinde yer alır. İddialar davacı, davalı,

¹³⁶ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 281-290.

¹³⁷ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 298-300.

savcı veya müdafî tarafından ileri sürülebilir ve hâkimin görevi bunlar arasında bir yargıya varmaktır. Farklı türden delillerin güvence olmak bakımından farklı ağırlıkları bulunur. Meselâ bir bilirkişi beyanı görgü tanığı ifadesinden, görgü tanığının ifadesi ise duyuma dayalı bilgiye sahip birinin ifadesinden daha güvenilirdir. Bir davada ileri sürülen iddialar hakkında davanın tarafları belli nitelemelerde bulunur veya şerh düşer ki bunlar niteleyicileri oluşturur. Yine bir dava görülürken sistematik olarak istisnalar/çürütme nedenleri ileri sürülür. Üst derece mahkemelerinde odak “olgular sorunlarından” “hukuk sorunlarına” kaymakla bu mahkemelerde argümantasyon ve gerekçelendirmenin karakteristikleri değişecektir. Üst derece mahkemesi kararlarının temelini ilk derece mahkemesi dava dosyası, daha önce üst derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar, olaya uygulanacak yasa metinleri, yasal otoritelerin beyanları gibi unsurlar oluşturur. Emsal kararlar hem temel hem de güvence işlevi görebilir. Yine üst derece mahkemelerinde karara dayanak teşkil eden hukuk kuralının amaç ve gücünü belirlemek için belli niteleyiciler kullanılır. Çürütme nedenleri karşımıza çoğunlukla muhalefet şerhi olarak çıkar¹³⁸.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Herkes felsefeye varolanların göründükleri gibi olup olmadığını merak etmekle başlar.

Aristoteles, *Metafizik*, I, 2, 983a12-13

Buraya kadar ortaya konmaya çalışıldığı üzere Toulmin’in yaklaşımı teorik tanımları değil amaç ve kullanımları başlangıç noktası kabul etmekle işlevci, olguyu ve pratik akıl yürütmeyi temel almakla empirik, argümanların rasyonel değerlendirilmesi konusunda olması gerekeni değil olanı belirlemeyi amaçlamakla tanımlayıcı bir nitelik arz eder. Yazar kesinlik ile doğruluğun, mantık ile akılcılığın aynı şeyler olmadığını vurgular ve akıl ve mantık kavramlarının, yerleşik kullanımlarından daha geniş anlaşılması gerektiğini savunur. Ona göre dil ile akıl ve akıl yürütme, retorik ile mantık, olgu ile değer, bilgi ile etik ayrı değil geçişkendir. Akılcılık hem rasyonelliği hem de makullüğü gerektirir, hesaplamanın yanında uyum sağlamayı da içerir. Dolayısıyla etik alanında da akılcılıktan söz edilebilir. Doğruluk hem etik hem de epistemolojik bir meseledir. Ayrıca mantık şekli tutarlılıktan ibaret değildir. Hem bilimsel hem felsefi hem de hukukî akıl yürütmeye şekli geçerlilikten ziyade maddî sağlamlık önemlidir. Bir argümanın tutarlı olması

¹³⁸ Toulmin/Rieke/Janik, *An Introduction to Reasoning*, s. 301-307.

yanında mevcut veya potansiyel gerçeğe de uyumlu olması gerekir. Doğru akıl yürütme, hukukî veya etik değerlendirme soyut ve genel kurallara uygunluktan ziyade somut durumun - amaç, işlev ve sonuçların - dikkate alınmasını gerektirir. Yapılması gereken, kuralların ayırım gözetilmeksizin uygulanması değil kurallar uygulanırken ayrımların gözetilmesidir. Bütün bu söylenenler akıl yürütmenin özel bir türünü teşkil eden hukuk için evleviyetle geçerlidir.

Ne meşruluk ne haklılık ne de hukuka uygunluk koşullardan bağımsız olarak belirlenebilir. Hukuk doğası gereği yasayı ve hakkaniyeti, hem olguyu hem değeri, olanı ve olması gerekeni içerir. Hukukî doğruluk bir yasaya uymaktan fazlasını, somut durumu dikkate almayı, farkları özenle ele almayı, doğru ayrımlarda bulunmayı, geçerli akıl yürütmeyi ve bunları ifade etmeyi gerektirir. Hukuk hem mevcut bir olgu hem de bir imkân, potansiyeldir. Belirli-bir-çağda-olan ile aynı-çağda-olması-gereken arasındaki etki-leşimde var olur. Hukukun düzen kurması, etkili veya geçerli olması ancak bu diyalektikte imkân bulur.

Toulmin Aristoteles'in bir formalist değil pragmatist olduğunu düşünür ve onun varisi olarak görülebilir. Zira her ikisi için de dil ile gerçeklik, kültür ile doğa, teori ile pratik, bilgi ile bilgelik, akıl ile etik, mantık ile retorik, konuşma ile düşünme, düşünme ile tartışma, tartışma ile anlama, anlama ile bilme birbirinden ayırt edilebilir ama ayrı değildir. Ayırt etmek zorunlu ve kullanışlıdır ama ayrımlar kesinmiş gibi değerlendirildiğinde dogmatizme yol açar. "Tek bir doğru var" ile "en az bir doğru var" arasında üç kelime, bir teori farkı ve sayısız ayırım bulunur. Kesinliğin alanı sınırlı, gerçeklik değişkendir. Doğruluğun ölçütü gerçeklik, göstergesi gerekçedir.

KAYNAKÇA

- Alexy**, Robert: A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, 1st pbk. ed., Oxford University Press, Oxford, New York 2010, (A Theory of Legal Argumentation).
- Alexy**, Robert: “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, C. 2, S. 2 (1989), s. 167-183.
- Alexy**, Robert: “The Ideal Dimension of Law”, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. George Duke, Robert P. George, Cambridge University Press, 2017, s. 314-341.
- Aristoteles**: Metafizik, (çev. Y. Gurur Sev); 5. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Aristoteles**: Nikomakhos’a Etik, (çev. Saffet Babür); Bilgesu Yayıncılık, Ankara 2014.
- Aristoteles**: Retorik, (çev. Ari Çokona); 5. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021.
- Aristotle**: Aristotle's *Ethica Nicomachea*, (ed. J. Bywater); Clarendon Press, Oxford 1894.
- Aristotle**: Aristotle in 23 Volumes, Vols.17, 18, (trans. Hugh Tredennick); Harvard University Press, Cambridge, MA 1933, London 1989.
- Aristotle**: Aristotle in 23 Volumes, Vol. 19, (trans. H. Rackham); Harvard University Press, Cambridge, MA 1934.
- Aristotle**: Aristotle in 23 Volumes, Vol. 22, (trans. J. H. Freese), Harvard University Press, Cambridge, London 1926.
- Aristotle**: Aristotle’s *Metaphysics*, (ed. W.D. Ross); Clarendon Press, Oxford 1924.
- Aristotle**: *Ars Rhetorica*, (ed. W. D. Ross); Clarendon Press, Oxford 1959.
- Bermejo-Luque**, Lilian: “Toulmin’s Model Of Argument and The Question of Relativism”, *Arguing on The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation*, (ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 71-85.
- Feteris**, Eveline T. (çev. Ertuğrul Uzun); *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Hart**, H. L. A.: “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, C. 49, 1948, s. 171-194.
- Hume**, David: *A Treatise of Human Nature*, (ed. L. A. Selby-Bigge); Clarendon Press, Oxford, 1960.
- Ross**, David: *The Right and the Good*, (ed. Philip Stratton-Lake); 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 2007.
- Slob**, Wouter H.: “The Voice of the Other: A Dialogico-rhetorical Understanding of Opponent and of Toulmin’s Rebuttal”, *Arguing On The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation*, (ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 165-180.
- Toulmin**, S.: “Rationality and The Changing Aims of Inquiry”, *Studies in Logic and the Foundations of Mathematics* (ed. Patrick Suppes, Leon Henkin, Joja Athanase, Gr C. Moisil), *Proceedings of the Fourth International Congress for Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Bucharest 1971, Elsevier 1973, C. 74, ss. 885-903, doi:10.1016/S0049-237X(09)70406-9.
- Toulmin**, S. E./**Baier** K.: “On Describing”, *Mind*, New Series, C. 61, S. 241, 1952, s. 13-38.
- Toulmin**, Stephen: “Equity and Principles”, *Osgoode Hall Law Journal*, C. 20, S. 1, 1982), s. 1-17.
- Toulmin**, Stephen: “From Logical Systems to Conceptual Populations”, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, C. 1970, 1970, s. 552-564, doi:10.1086/psaprocbienmeetp.1970.495787, (“From Logical Systems”).
- Toulmin**, Stephen: *Human Understanding*, I. Cilt, Clarendon Press, Oxford 1972, (Human Understanding).
- Toulmin**, Stephen: *Knowing and Acting: An Invitation to Philosophy*, Macmillan, New York, London 1976, (Knowing and Acting).
- Toulmin**, Stephen: “Rationality & Reasonableness: From Propositions to Utterances”, *Revue Internationale de Philosophie*, C. 50, S. 196 (2), 1996, s. 297-305.
- Toulmin**, Stephen: “Rationality and Scientific Discovery”, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, C. 1972, 1972, s. 387-406.
- Toulmin**, Stephen: “Reasoning in Theory and Practice”, *Arguing On The Toulmin Model: New Essays in Argument Analysis and Evaluation*,

(ed. David Hitchcock, Bart Verheij); Springer, Dordrecht 2006, s. 25-29.

Toulmin, Stephen: Return to Reason, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2001.

Toulmin, Stephen: "The Construal of Reality: Criticism in Modern and Postmodern Science", Critical Inquiry, C. 9, S. 1, 1982, s. 93-111, doi:10.1086/448190, ("The Construal of Reality").

Toulmin, Stephen: "The Tyranny of Principles", The Hastings Center Report, C. 11, S. 6, 1981, s. 31-39, doi:10.2307/3560542.

Toulmin, Stephen: The Uses of Argument, Updated Edition., Cambridge University Press, Cambridge, New York 2003.

Toulmin, Stephen E.: An Examination of The Place of Reason in Ethics, Cambridge University Press, Cambridge, 1953, (Reason in Ethics).

Toulmin, Stephen/**Rieke**, Richard/**Janik**, Allan: An Introduction to Reasoning, 2nd b., Macmillan, New York, London 1984.

Uzun, Ertuğrul: Hukuk Metodolojisinin Sorunları, 2. Baskı, Nora Kitap, İstanbul 2017.

ALMAN HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA HAYVANLARIN KORUNMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375617>

Dilara AKBEN^{*,**}

Öz

Makalemizde hayvanların korunması konusunda önce Almanya’da sonra Türkiye’de; hayvan hakları kavramının tarihçesi, gelişimi ve ilgili yasal düzenlemeler incelenmiştir. Sonunda ise iki ülkenin hukukunda hayvanların korunması karşılaştırılmıştır. Hayvanların korunması konusuna karşılaştırmalı hukuk yoluyla yeni bir bakış açısı kazandırılması amaçlanmıştır. Hukuk var olduğundan itibaren toplumun davranış ve inançlarını sınırlandırdığı ve yansıttığı için hayvan kimliğinin ve varlığının yasal temellere dayanması hayvanların korunmasında çok önemlidir. Alman hukukunda hayvanlara sui generis bir kategori oluşturulmuştur ve eşya sayılmadığı kabul edilmiştir ancak aksine bir kanuni düzenleme bulunmadığı takdirde hayvanlara eşyalara dair hükümlerin uygulanacağını düzenlenmiş olması, eşya kabul edilmeyişi göstermelik hale getirmektedir. Türk hukukunda hayvanlar hakkında özel kanun hükümleri uygulanmaktadır, eşya olarak değerlendirilmemektedirler ancak mevzuatta bu konuda açık bir düzenleme olmadığından eşyalara uygulanan hükümler kıyas yoluyla uygulanmaktadır. Günümüz hukuk sistemlerinde genel olarak kabul edildiği üzere, Almanya ve Türkiye’de de hayvanlara eziyet çektirme gibi davranışlar, kabul gören yerleşik hayvan kullanım pratiklerinin dışına çıkarıldığında hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hayvanlardan kazanç sağlanan; yemek, eğlence, giyim veya deney gibi sektörlerdeki kullanım biçimleri acıya ve ölüme sebebiyet verse bile hukuka uygun kabul edilmektedir. Kanaatimce her iki ülkede de hay-

* İzmir Barosu, Stajyer Avukat, İzmir (dilaraakben@gmail.com) ORCID: 0009-0009-5665-9086 (Geliş Tarihi: 25.07.2023-Kabul Tarihi: 04.10.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

** Bu çalışma, Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından organize edilen makale yarışmasında 3. olarak dereceye girmiş makalemin geliştirilmiş halidir. Makalenin hazırlanmasına değerli görüşleriyle destek ve yol gösterici olan Sayın Hocam Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver’e teşekkürlerimi sunarım.

vanların korunması ile ilgili mevzuat, hayvanlara özel bir hukuki kişilik kazandırılmasının ardından yeniden düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Hayvan, Hayvan hakları, Hayvanların korunması, Almanya, Türkiye

COMPARISON OF ANIMALS PROTECTION IN GERMAN AND TURKISH LAW

(Research Article)

Abstract

Our article explores the history, development, and legal regulations concerning animal rights, focusing first on Germany and then Turkey, regarding the protection of animals. A comparative analysis of animal protection laws in both countries aims to offer a fresh perspective through the lens of comparative law. Establishing a legal foundation for animal identity and existence is crucial, as it shapes societal beliefs and behaviours. In German Law, animals have been assigned a unique category, distinguishing them from goods. However, in the absence of contrary regulations, provisions relating to goods are applied to animals, thus diluting the non-recognition of animals as commodities. Turkish Law applies special provisions to animals, considering them distinct from goods. Nevertheless, due to the lack of explicit legislation, provisions for goods are analogously applied. In both Germany and Turkey, acts of cruelty to animals are deemed illegal when they deviate from accepted animal use practices. Remarkably, despite causing pain and death, practices such as those in the food, entertainment, clothing, or experimentation industries remain legally permissible if they generate profits. In my view, both countries should revise their animal protection legislation by granting animals a distinctive legal status.

Keywords

Animal, Animal rights, Animal protection, Germany, Türkiye

GİRİŞ

Bu çalışma, giderek önem arz eden hayvanların korunması konusunu karşılaştırmalı hukuk vasıtasıyla değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Öncelikle iki ülkenin de tarafı olduğu hayvanların korunması ile ilgili uluslararası sözleşmeler ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Hukuk ve kültür arasında hukukun antropolojik yanının da bir göstergesi olarak bağlantı bulunmaktadır. Hem Almanya'nın hem Türkiye'nin hayvanların korunması açısından hayvanseverlik kültürü ve tarihinde yaşanan olayların hukuklarına yansımaları yadsınamaz bir gerçektir. Bu nedenle makalemizin sonrasında konu ile ilgili hukuki düzenlemelerin oluşturulmasına ortam sağlayan tarihsel olaylara yer verilmiştir. Ayrıca özel olarak "Tavşan Ralph" ile gündeme gelen hayvan deneyleri konusunda hem Alman hukuku hem de Türk hukukundaki hukuki düzenlemelere de yer verilmiştir. Hayvanların hukuki olarak korunması, son dönemde hayvanlara yönelik şiddetin artmasıyla önemi gitgide artan bir konu haline gelmiştir. Adli tıp uzmanları¹, psikiyatristler² ve psikologlar³ hayvanlara eziyet eden kişilerin insanlara karşı da şiddet gösterme, suç işleme ve psikolojik sorunlara sahip olma potansiyeli yüksek olan kişiler olabileceğini ileri sürmüştür^{4,5}. Dünya genelinde hukuk sistemlerinde hayvanların hukuki niteliğine dair görüş birliği bulunmamaktadır ve tartışmalar sürmektedir.

I. HAYVANLARIN HUKUKİ DURUMU İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A. Hayvanın Hakkı Kavramına İlişkin Tartışmalar

Hayvan hakkı kavramı tartışmalı bir konudur. Klasik yaklaşımla sadece gerçek kişiler (insanlar) ve tüzel kişiler hak sahibi olabilmektedir. Hayvanlar ise yalnızca haklara konu olabilir. Hak; "yararlanıp yararlanmamak sahibi-

¹ Polat, Oğuz: Şiddet, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 104-105.

² Polat, Oğuz: Adli Psikolojiye Giriş, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 253, (Adli Psikoloji).

³ <https://www.star.com.tr/cumartesi/hayvana-siddetin-psikolojisi-haber-1356666/> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁴ Atasoy, Sevil: "İlk Darbe", İstanbul Barosu Dergisi, Hayvanlara Hukuki Yaklaşım Özel Sayı 8, 2008, s. 15-18, (İlk Darbe).

⁵ Atasoy, Sevil: "Hayvanları Koruma Kanunu'nun Türk Ceza Kanunu Kapsamına Alınması Teklifine İlişkin Olarak Adalet Bakanlığı Yüksek Makamına Sunulmak Üzere Hazırlanan Bilimsel Rapor, İstanbul 2009, (Atasoy Rapor).

nin iradesine bağlı olan, toplum menfaatleriyle sınırlandırılmış, hukukça korunan çıkar”⁶ olarak doktrinde tanımlanmıştır. İrade ve çıkar (menfaat) kuramlarının birleştirilmesi ile oluşturulan bu tanımda yer alan haktan yararlanıp yararlanmamanın sahibinin iradesine bağlı olması unsuru, hayvanların hak sahibi olamayacağını savunanların dayanaklarından bir diğeridir⁷. Hakkın sahibi tarafından kullanılabilirdiği düşünüldüğünde hayvanın iradesi olmaması ya da olsa bile bunun tespitinin mümkün olmaması söz konusudur. Hayvanların iradesinin var olup olmadığı, iradeleri varsa da özgür iradelerinin olup olmadığı belli değildir. Belli olsa dahi, klasik hak tanımına göre bu durumun hayvanları hak sahibi yapamayacağı açıktır. Açıklanan nedenlerle hayvanların hak sahibi olup olmadığı konusunda irade bakımından yapılan tartışmaların anlamlı olmadığı anlaşılmaktadır. Hayvanların hak sahibi olabilmesi açısından bazı yazarlar ise çıkar (menfaat) kuramını öne çıkararak, hayvanların acı çekebildiğinden hareketle acı çekmeme menfaatinin dayanak göstermişlerdir⁸. Bu konuda benim iştirak ettiğim görüş hayvan hakkının “hukuken korunan ve insana ihlal etmeme yükümlülüğü getiren hayvan çıkarı” olarak ifade edilmesidir⁹.

B. Hayvanların Hukuki Niteliğine Dair Tartışmalar ve Görüşler

Hayvan haklarının temeli 1990 yılında duyurulan ve bağlayıcılığa sahip önemli bir hukuki metin olan *Evrensel Hayvan Refahı Bildirgesi’ne* (Universal Declaration on Animal Welfare) dayanmaktadır. Söz konusu bildirgede hayvanların da tıpkı insanlar gibi haklarının olduğu ve hükümetlerin hayvanlar hakkında yasal düzenleme yapması gerektiği yer almaktadır ancak hayvanların hukuki niteliği konusu ele alınmamıştır. Yaşama hakkının hayvanların elinden alınması halinde ya da hayvanlara eziyet edilmesi vb. davranışlar gerçekleştirildiğinde hayvanların hukuken korunabilmesi için öncelikle hayvanların hukuki niteliğinin ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Yasada ayırt etme gücüne sahip olmayanların da hak ehliyetine sahip oldukları ve hukuk öznesi kabul edilmeleri söz konusudur. Bu sebeple hayvanların

⁶ Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 109.

⁷ Schmähmann, David R./Polacheck, Lori J.: “The Case Against Animal Rights”, Boston College Environmental Affairs Law Review, Cilt 22, Sayı 4, 1995, s. 748.

⁸ Yılmaz, Halil: “Hayvan Haklarına Bakış”, Türk Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006, s. 216.

⁹ Cumalıoğlu, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, 2017, s. 582.

insanlar kadar bilinçli olmamaları, hak ehliyetine sahip olmamalarına ve hukuk öznesi olmamalarına gerekçe gösterilemez. Buradan anlaşılabileceği üzere hukuken hayvanlara kişilik hakkı tanınabilir¹⁰. Böylece denebilir ki, insana hukuk öznesi niteliğini veren ve hayvana ya da eşyaya vermeyen sadece kanun koyucunun kendisidir¹¹. Yıllar geçtikçe bir ihtiyaç haline gelen hayvanların hukuki niteliği konusu özellikle ev hayvanları hususunda yoğunlaşmaktadır. *Hayvanları eşya*¹² kabul eden, canlı ve yaşayan eşya kabul eden¹³, eşya benzeri varlık kabul eden¹⁴, kısmi hukuk öznesi kabul eden¹⁵, *sui generis varlık*^{16,17} kabul eden görüşler vardır. Kanaatimce canlı varlıkların eşyadan ayrıldığını, hayvanların ait oldukları sınıfa göre bazı haklarının bulunduğunu, canlı varlıkların çıkarlarının kişiler tarafından doğal dengenin dikkate alınarak korunması gerektiğini kabul eden ve hayvanları “kısmi hukuk öznesi” olarak nitelendiren görüş kabul edilmelidir.

1. Hayvanı Eşya Kabul Eden Görüş

Hayvanı eşya kabul eden görüş, Türkiye dahil birçok ülkede kabul gören bir görüştür. Bu görüşün temeli Roma hukukuna dayanmaktadır¹⁸. Hayvanlar bu görüşe göre hukuken bir kişi olarak değerlendirilmezler, hak ve fiil ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilir. Hayvanların kötü muamelelere karşı korunması gerektiği, özellikle evcil hayvanlar ve gelir getiren hayvanlar bakımından insanın hayvanlara karşı sorumluluklarının olduğu hayvanların savunulması yönü hariç tutularak kabul edilmiştir¹⁹.

¹⁰ Koçhisarhoğlu, Cengiz/Söğütü-Erişgin, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu The Legal Status Of Animal”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s. 1713.

¹¹ Larenz, Karl: Rechtsperson und subjektives Recht: zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, 6. Cilt, Junker und Dünhaupt, Berlin 1935, s. 225-241.

¹² Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas vd.: Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB (Basler Kommentar), 5. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Münih 2015, s. 2-4; Aksoy-Dursun, Sanem: Eşya Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 188.

¹³ Favre, David: “Living Property: A New Status For Animals Within The Legal System”, Marquette Law Review, Cilt 93, Sayı 3, 2010, s. 1043.

¹⁴ Aksoy-Dursun, s. 188.

¹⁵ Koçhisarhoğlu/Söğütü-Erişgin, s. 1716.

¹⁶ Kendine özgü özellikleri olan, herkes gibi olmayan ve özgün özelliklere sahip.

¹⁷ Ertas, Şeref: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 1. Baskı, İleri Yayınları, İstanbul 2012, s. 478-479.

¹⁸ Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina: Sachenrecht, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich 2009, s. 6.

¹⁹ Bkz. Koçhisarhoğlu/Söğütü-Erişgin, s. 1693-1695.

2. Hayvanı Canlı ve Yaşayan Eşya (Hissedebilen Canlı) Kabul Eden Görüş

Fransız hukukunda son dönemde kanunda yapılan değişiklikler ile hayvanlar “hissedebilen canlılar (être vivant doué de sensibilité)” kabul edilmiştir. Almanya’daki duruma benzer şekilde hayvanları koruyan özel bir hüküm olmadığı takdirde hayvanlar eşya olarak muamele görmektedirler. Konuyla bağlantılı bir diğer örnek ise Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (Code de procédure pénale) hayvanlara yönelik zarar verici davranışlar söz konusu olduğunda hayvanları koruma amacıyla kurulmuş derneklere husumet ehliyeti tanınmasıdır²⁰.

3. Hayvanı Kişi Benzeri Kabul Eden Görüş

Hayvanı kişi benzeri kabul eden görüş, hayvanlara özel bir hukuki kişilik oluşturulmasını savunmaktadır²¹. Hayvanların kendilerine özgü çıkarları bulun ve hukuken korunması gereken bir hukuk öznesi olarak görülmesidir. Bu görüş aynı tüzel kişiler gibi “hayvan-kişiler” olarak bir hukuki kişilik oluşturulmasını önermiştir²².

4. Hayvanı Kişi Kabul Eden Görüş

Hayvanı kişi kabul eden görüşe göre, hayvanların acı çekme duygusunu hissedebilmelerinden hareketle hukuk öznesi olarak kabul edilmeleri söz konusudur. Acı çekme duygusunu hissedebilen, zevk alabilen her canlıya ayrı bir hukuki kişilik kazandırılmasını savunan bir görüştür. Fransız Hukukçu René Demogue, hukukun amacının tatmin olduğunu belirtmiş ve duygusal yetiye sahip olan her canlının hukuk öznesi olabileceğinden hareketle hayvanların da bu kapsama alınmasında sakınca görmemiştir²³. Hukukun çıkarlara dayalı olması gerektiği, çıkarlar dışında kalan hiçbir ölçütün objektif olmadığı ve ayrımcılığa yol açtığı ifade edilmektedir²⁴. Yarar ölçütüne dayalı bu görüş, temelini ünlü Alman Hukukçu Rudolph von Jhering’in

²⁰ Koçhisarhoğlu/Söğütlü-Erişgin, s. 1708.

²¹ Desmoulin-Canselier, Sonia: “Quel droit pour les animaux? Quel statut juridique pour l’animal?”, Pouvoirs, Cilt 131, Sayı 4, 2009, s. 48; Chareix, Fabien: “L’animal, entre personne et chose”, Revue de Synthèse, Cilt 120, Sayı 4, 1999, s. 530-531.

²² Çelebi, Özgün: “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 76, Sayı 2, 2018, s. 559-622.

²³ Demogue, René: “La Notion De Sujet De Droit”, Revue Trimestrielle De Droit Civil, 1. Baskı, Dalloz, Paris 1909, s. 620 vd.

²⁴ Türk hukukunda bu görüş için bkz. Sungurbey, İsmet: Öldürttüğümüz Hayvan Dostlarımız Biz İnsanları Bağışlayınız. Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı, 1. Baskı, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 81.

hakların hukuken korunan çıkarlar olduğu görüşünden almaktadır²⁵. Bu görüşü kabul eden yazarlardan Avusturyalı filozof ve hayvan haklarının önde gelen savunucusu Peter Singer, “Hayvan Özgürleşmesi” isimli eserinde belirttiği üzere salt belirli bir türe ait olma gibi basit bir ayırmadan hareket edilerek, hayvanların hak sahibi kılınmasının engellenmesinin keyfi olduğunu ifade etmiştir²⁶.

5. Hayvanı Kısmi Hukuk Öznesi Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre hayvanlar eşya ile kişi arasında bir kategoridedir. Hayvanların çıkarlarının kişiler tarafından doğal dengenin dikkate alınmasıyla korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu görüşün savunucuları sınırlı ehliyetsiz, tam ehliyetsiz ve tüzel kişileri de kısmi hukuk öznesi olarak görmekte ve hayvanların da bu gruba dahil olabileceğini ileri sürmektedirler²⁷.

6. Hayvanı Sui Generis (Atipik/Kendine Özgü) Varlık Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre hayvan hukuken mülkiyete konu olduğu için eşya olarak kabul edilmesi zorunludur. Ancak eşya olarak kabul edilmesi zorunlu görülen hayvanlar hakkında özel düzenlemeler yapılmış olduğu için hayvanlar eşyadan farklı ve şahsına münhasır kurallara tabidir. Söz konusu özel düzenlemeler sebebiyle hayvanlara sui generis bir eşya statüsü kazandırılması mümkündür²⁸. Hayvanlara sui generis bir eşya statüsünün kazandırılması ile hem mülkiyet konusu olmaya devam etmeleri sağlanabilir hem de doğal hukuka göre tüm canlılara tanınmış olan yaşama, beslenme ve üreme hakları korunabilir²⁹.

II. ALMANYA VE TÜRKİYE’DE HAYVANLARIN KORUNMASI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

A. Almanya ve Türkiye’nin Tarafı Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

Bu kısımda Almanya ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin içeriklerinden bahsedilmiştir. Makalemizin ileri-

²⁵ Dural, Mustafa/Sarı, Fuat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 149.

²⁶ Singer, Peter (çev. Hayrullah Doğan): Hayvan Özgürleşmesi, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2005, s. 232.

²⁷ Koçhisarhoğlu/Söğütli-Erişgin, s. 1721-1722.

²⁸ Başpınar, Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1386.

²⁹ Ertaş, s. 478.

deki başlıkları altında uluslararası sözleşmelerin ilgili oldukları konularla bağlantılı olarak uygulanma durumu hakkında açıklamalar yapılmıştır.

B. Birleşmiş Milletler Çevre Programı (United Nations Environment Programme - UNEP) Vasıtasıyla İmzalanan Uluslararası Sözleşmeler

Hem Almanya hem de Türkiye, hayvanların korunması konusunda hükümlere sorumluluklar yükleyen antlaşmalara taraftırlar. Hayvanların korunması konusunda hem Almanya hem de Türkiye açısından değinilmesinde fayda olan kuruluş olan Birleşmiş Milletler Çevre Programı (*United Nations Environment Programme - kısaca: UNEP*), *Birleşmiş Milletler çevre etkinliklerini eş güdümlenen, geliştirmekte olan ülkelere çevre politikaları konusunda yardımcı olan ve çevreye duyarlı kalkınma yöntemleri öneren bir BM kuruluşudur*. Haziran 1972'deki *Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı (Stockholm Konferansı)* sonrasında kurulmuştur. *UNEP*'in merkezi Kenya'nın başkenti Nairobi'dedir. Türkiye *UNEP* Yönetim Konseyi'ne üye değildir, Almanya üyedir³⁰. *UNEP* kurulduğu günden bugüne dek birçok çok taraflı çevre sözleşmesinin oluşturulmasında önemli bir yere sahip olmuştur. Konu ile ilgili olarak *UNEP*'e yeni sorumluluklar getiren bu sözleşmeler arasında hem Almanya'nın hem Türkiye'nin tarafı olduğu *Nesli Tehlike Altındaki Bitki ve Hayvan Türlerinin Uluslararası Ticaretine ilişkin CITES Sözleşmesi*³¹ ve *Almanya'nın tarafı olduğu ve Türkiye'nin tarafı olmadığı Vahşi Hayvanların Göçmen Türlerinin Korunmasına ilişkin Bonn Sözleşmesi*³² (1979) bulunmaktadır³³.

1. Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Türkiye 1999 yılında imzalamıştır ve 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Almanya 1988 yılında imzalamıştır ve 1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile evcil hayvanların refahı amacıyla korunması ve tedavisi için asgari standartlar sağlanmak istenmiştir. Yabani hayvanların ev hayvanı olarak muhafaza edilmelerinin desteklenmemesi gerektiği, ev hayvanlarına acı çektirilmemesinin sağlanması, ebeveynlerinin rızası olmadan on altı ya-

³⁰ <https://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-cevre-programi.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

³¹ <https://cites.org/eng/disc/parties/chronolo.php> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

³² <https://www.cms.int/en/parties-range-states> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

³³ **Aykul**, Ömer: *Ekolojik Hukuk (Eko – Hukuk) & Çevre Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 21.

şın altındaki kişilere hiçbir ev hayvanının satışının yapılamayacağı gibi konular düzenlenmiştir³⁴.

2. Gözden Geçirilen Uluslararası Taşımacılıkta Hayvanların Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 2003 yılında imzaya açılmıştır. Almanya 2003 yılında imzalamıştır ve Almanya’da 2007’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 2004 yılında imzalamış ve 05.04.2018 tarih ve 7133 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Sözleşme uluslararası taşımacılıkta özellikle kara ulaşımı sırasında; kesim hayvanları da dahil olmak üzere tüm hayvanların sağlığının korunması ve gereksinimlerinin karşılanması, hayvanların sağlığının korunamadığı durumlarda alternatif taşıma yöntemlerinin kullanılarak taşımacılık süresinin mümkün olduğunca kısaltılması, yükleme ve boşaltma işlemleri sırasında yaralanma, stres ve baskıların azaltılması, taşınan hayvanların yetkili veteriner hekim kontrolünde ve belirli sorumluluklar dahilinde taşınması gibi uluslararası düzeyde hayvan taşımacılığına ilişkin ortak kuralları içermekte; hayvanların karayolu ve çevre güvenliğine bağlı olarak sağlık şartlarına uygun olarak taşınmasını öngörmekte; söz konusu taşımayla ilgili gerekli teknik şartları belirlemektedir.

3. Avrupa’nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi (Bern Sözleşmesi)

Almanya 1985 yılından itibaren Sözleşmeye taraftır³⁵. Türkiye sözleşmeyi ihtirazi kayıt ile kabul etmiştir. Sözleşme Türkiye’de 20.02.1984 tarih ve 18318 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin amacı kısaca; yabani flora ve faunayı ve yaşam alanlarını korumak, özellikle birden fazla hükümetin iş birliğini gerektiren hallerde korumayı sağlamak ve bu iş birliğini geliştirmektir.

4. Kuşların Korunmasına Dair Milletlerarası Sözleşme (Paris Sözleşmesi)

1956’da Paris’te imzalanmış olup Türkiye’de 1966 yılında 797 sayılı Kanun ile onaylanmış ve 17.12.1966’da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme başta göçmen kuşlar olmak üzere yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olan bazı kuş

³⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/10/20031020.htm> (Erişim Tarihi: 16.09.2023)

³⁵ <https://www.bmu.de/en/themen/natur-biologische-vielfalt-arten/artenschutz/internationaler-artenschutz/bern-convention> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

türlerinin korunması endişesi ile imzalanmıştır. Almanya bu sözleşmeye taraf değildir.

5. Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öne Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme (Ramsar Sözleşmesi)

İran'ın Ramsar şehrinde 1971 yılında imzalanmıştır ve 1975 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme sulak alanların korunması ve sürdürülebilir kullanımı amacını taşımaktadır. Sözleşmeye 171 ülke taraftır. Sözleşmenin imzalanması ile uluslararası özelliklere sahip bazı sulak alanlar "Ramsar Alanı" olarak ilan edilerek koruma statülerine tabi tutulmuştur. Almanya 1976 yılında, Türkiye 1994 yılında sözleşmeyi kabul etmiştir³⁶.

6. BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (UN Convention on Biological Diversity – UNCBD)

1992 yılında Rio de Janeiro'daki Dünya Zirvesinde kabul edilen üç temel çok taraflı çevre sözleşmesinden biridir. 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. Almanya, 1993'te yürürlüğe girmesi itibarıyla sözleşmenin tarafı olmuştur. Türkiye UNCBD'yi 1996 yılında kabul etmiştir. Sözleşmenin amacı genel olarak biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilirliği, aynı zamanda genetik kaynakların kullanımında faydaların adil şekilde paylaşımını temin etmek amacıyla ulusal stratejiler belirlenmesi, eylem planları ve programların geliştirilmesidir.

7. 123 No'lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Türkiye 1986 yılında imzalamıştır ancak yürürlüğe girmemiştir. Almanya 1988 yılında imzalamıştır ve 1991 yılında onaylamıştır ve yürürlüğe sokmuştur. Bu sözleşme bir deney ya da bilimsel işlem esnasında acı, sıkıntı veya kalıcı zarar verebilecek işlemlerde kullanılacak deney hayvanları hakkındadır. Mümkün olabildiğince genel veya lokal anestezi uygulaması gibi yöntemlerle deney hayvanlarının acı çekmesinin önüne geçilmesi, deney esnasında ya da deneyin bitiminden sonra hayvanın öldürülmesinin gerektiği takdirde bu işlemin işin ehli kişiler tarafından yapılması gibi düzenlemeler yer almaktadır.

³⁶ <https://www.bmu.de/en/topics/nature-species-protection/nature-and-biological-diversity/international-biological-diversity/ramsar-convention> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

8. Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 103 sayılı Ek Protokolü

Türkiye 1985 yılında, Almanya 1979 yılında imzalamıştır ve her iki ülkede de 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile hayvanlara uluslararası taşıma işlemleri sırasında hayvan refahına uygun muamele edilmesi ve hayvanlara eziyet edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

9. 102 No'lu Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Türkiye 2007 yılında sözleşmeyi sadece imzalamıştır. Almanya 1979 yılında imzalamıştır ve 1984 yılında onaylamıştır. Almanya'da 1984 yılında yürürlüğe girmiştir. Mezbahalarda ve mezbaha dışındaki kesim yerlerinde hayvanlara kötü muamelede bulunulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Kesimden önce hayvanların narkoz vb. yöntemlerle bayıltılması, hayvanların bayıltılmadan kanama kancasına³⁷ alınmaması gibi konular düzenlenmiştir.

10. 87 No'lu Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi

Almanya Sözleşmeyi 1976 yılında imzalamış, 1978 yılında onaylamış ve Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise Sözleşmeyi 2007 yılında imzalamış, 2018 yılında onaylamış ve Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Sözleşmede ekonomik olarak faydalanılması amaçlanan hayvanların korunma, barınma ve beslenme ihtiyaçlarının karşılanmasına ve gereksiz acı çekmemelerini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır^{38 39}.

B. Alman Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Süreç ve Tarihçe

Almanya hayvan hakları konusunda duyarlılığın yüksek olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG) 2002 senesi öncesinde *“Gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devlet, doğal yaşam kaynaklarını anayasal düzenin çerçevesinde yasamayla, yasalara ve hukuka*

³⁷ Sığır kanama hattında kullanılan zincirli çelik döküm kancalardır. Bu zincirin ucundaki kanca ile sağ arka ayak boğdurularak, kanama kancasının arka tarafında bulunan tırnaktan vinç halatının ucunda bulunan aparata takılarak, kanama kancası ve hayvan ilişkisi sağlanır.

³⁸ **Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı:** Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı Raporu, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara 2011, s. 9.

³⁹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 19.07.2023)

uygun olarak yürütme ve yargı organlar aracılığı ile korur.” şeklinde olan 20a maddesine, 2002 yılında “*ve hayvanları*” ibaresi eklenerek “*Gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devlet, doğal yaşam kaynaklarını ve hayvanları anayasal düzenin çerçevesinde yaşamayla, yasalara ve hukuka uygun olarak yürütme ve yargı organlar aracılığı ile korur*”⁴⁰.” olarak düzenlenmiştir ve böylece Almanya, Avrupa’da hayvanlara anayasal korumayı sağlayan ülkelerden olmuştur. GG’ye “*ve hayvanlar*” ibaresinin eklenme süreci makalemizin “Alman Hukukunda Hayvanların Korunması ile İlgili Düzenlemeler” altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Almanya’nın hayvan hakları konusunda duyarlılığın yüksek olduğu ülkeler arasında yer almasında Alman halkının doğa bilinci ve duyarlılığının belirgin etkisi olduğu görülmektedir. Bu durum Alman edebiyatında hayvan hakları konusunun işlenmesinden anlaşılmaktadır. Alman filozof, yazar ve eğitimci Schopenhauer’ın Ahlakın Temeli (Über Die Grundlage Der Moral) eserinde bu konuya açıkça yer verilmiştir: “Hayvanlarla beraber acı çekmek, kendisine güvenileceğine izin verdiğimiz karakterin yardımseverliğine bağlıdır. Kim hayvanlara karşı gaddar davranıyorsa, iyi bir insan olamaz”⁴¹. Almanya’da hayvan hakları konusunda ileri düzenlemelerin olmasında, Almanya’nın siyasi tarihinde hayvanlara karşı kültürel şefkat eğiliminin rol oynamış olabileceği düşünülmektedir⁴². 19. yüzyılın sonlarında Almanya her ne kadar hala monarşi ile yönetilen bir ülke olsa da insani tutumlar geliştirmek konusunda demokrasi ile yönetilen Avrupa’daki komşularından daha başarılı bir performans göstermekteydi⁴³. Bu dönemde demokratik yönetime sahip Avrupa ülkeleri yasa çıkarmak konusunda güçlük çekiyor olsa da Alman İmparatorluğu Hükümdarları, hayvanlara yönelik gerçekleştirilen zalimce davranışları basit bir kararname ile yasaklayabilmekteydi. Örneğin, Alman İmparatoru II. Wilhelm döneminde hayvanların korunması için yasalar çıkartılmıştır. Almanya’nın ilk resmi hayvanları korumakla ilgili yasası, İngiltere’de 1822 yılında siyasetçi Richard Martin tarafından çıkarılan ilk hayvanların korunması ile ilgili yasa olan Martin Yasası’ndan kısa bir süre sonra çıkarılmıştır.

⁴⁰ “Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.”

⁴¹ **Schopenhauer**, Arthur: Über Die Grundlage Der Moral, 22. Baskı, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1840, s. 19.

⁴² **Niven**, Charles D.: History Of The Humane Movement, 1. Baskı, Johnson Publications, London 1967, s. 97.

⁴³ **Nattrass**, Kate M.: ““... und die Tiere” Constitutional Protection For Germany’s Animals”, Animal Law Review At Lewis & Clark Law School, Cilt 10, Sayı 283, Michigan 2004, s. 285-286.

1837 yılında Stuttgart'ta ilk Alman hayvan koruma cemiyeti kurulmuştur. 1838 yılında Saksonya Krallığı hayvan zulmüne karşı ilk yasayı onaylamıştır. 1871 yılında ise Lübeck dışındaki tüm Alman eyaletleri Bismarck'ın imparatorluk anayasası olarak geçen, Anayasa'daki hayvan zulmüne karşı düzenlemeleri kabul etmiştir⁴⁴. İlk Alman yasaları, hayvanı istismar etmenin bir insana yakışık almayacağı gibi hayvan refahını odak noktasına almayan antroposentrik⁴⁵ gerekçelere sıkı sıkıya dayanmaktaydı. 1878-1880 yılları arasında hayvan deneylerine ilişkin gelişmeler yaşanmıştır, bu konuya makalemizin ilerleyen bölümlerinde "Alman Hukukunda Hayvan Deneylerine İlişkin Düzenlemeler" başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir. 1886'da Almanya Hayvanları Koruma Cemiyeti'nin kesimhanelerin düzenlenmesine yönelik hükümete verdiği dilekçe, tüm Almanya'da kesimhanelerin düzenlenmesi ile ilgili ulusal bir tartışma başlatmıştır. Hayvanların Korunması yasaları ilk kez Naziler tarafından getirilmiştir⁴⁶. (Führer) Adolf Hitler ve o dönemdeki üst düzey yetkililer, hayvanların korunmasını sağlamak için çeşitli önlemler almıştır⁴⁷. Bazı Naziler çevreci olduğundan hayvanların korunması ve hayvan hakları konuları Nazi rejiminde önemli bir yer tutmuştur⁴⁸. 1920'lerde ilk kapsamlı hayvanları koruma yasası geliştirilmiş ve Almanya 1933'te Nasyonal Sosyalizm etkisi altındayken yasalaştırılmıştır. Hayvanların uyuşturulmadan kesilmesinin yasaklanması ile ilgili kanun 21 Nisan 1933'te yürürlüğe giren (*Gesetz über das Schlachten von Tieren vom 21. April 1933*) *Hayvanları Koruma Kanunu (Tierschutzgesetz)*⁴⁹, önceki yasaları geçersiz kılmıştır. Nazi döneminin trajik etkilerine rağmen, bu dönemde hayvanların korunması konusunda sağlam adımlar atılmıştır. II. Dünya Savaşı ile birlikte *Tierschutzgesetz*, genişletilerek birtakım düzenlemelere gidilmiştir. 1972'de Federal Meclis eski *Tierschutzgesetz*'i tamamen iptal edip yeni bir *Tierschutzgesetz (Hayvanları Koruma Kanunu)* formüle ederek kabul etmiştir ve son olarak 2002 yılında hayvan hakları, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda yapılan §20a'daki düzenleme ile ana-

⁴⁴ Reichsstrafgesetzbuch No. 360 (1871. 1888'de değiştirilmiştir.)

⁴⁵ İnsanı merkeze alan; insanlığı evrenin merkezine yerleştiren, insan varlıklarının ilgi ve çıkarlarına özel bir önem atfeden görüş ya da yaklaşımdır. Bkz. **Cevizci**, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, 1. Baskı, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999, s. 468.

⁴⁶ **Braun**, Bruce/**Castree**, Noel: Remaking Reality: Nature At The Millenium, Routledge, 1. Baskı, Oxford 1998, s. 92.

⁴⁷ **Arluke**, Arnold/**Sanders**, Clinton: Regarding Animals, 1. Baskı, Temple University Press, Philadelphia 1996, s. 132.

⁴⁸ **Proctor**, Robert N.: The Nazi War On Cancer, 1. Baskı, Princeton University Press, Princeton 1999, s. 5.

⁴⁹ <https://lexetius.com/StGB/360,9> adresinden alındı (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

yasal güvence altına alınmıştır⁵⁰. Açıklananlardan yola çıkılarak Almanya’da hayvanların korunmasında yönelik olumlu bir yaklaşım olduğu baştan sona açıkça görülebilir⁵¹. Günümüzde hayvan hakları konusu ve hayvana yönelik şiddet haberleri medyada yer almaktadır^{52 53 54}. Konu hakkında aktivistlerce duyarlılık oluşturulmaya çalışılmaktadır⁵⁵. Almanya’da hayvanların korunması amacıyla kurulmuş dernekler ve sivil toplum örgütleri bulunmaktadır⁵⁶.

1. Alman Hukukunda Hayvanların Korunmasının Genel Kanunlar Çerçevesinde İncelenmesi

Bu konuda Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG), Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) ve Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch – StGB) incelenecektir.

a. Konunun Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG) Açısından İncelenmesi

Öncelikle GG §20a’ya “ve hayvanların” ibaresinin eklenme sürecinden bahsedilecek ardından GG §20a’da söz konusu düzenleme yapılmadan önce hayvan haklarının diğer anayasal haklar ile çatıştığında nasıl bir hukuki yol izlendiği ve en sonunda hayvan haklarının GG ile güvence altına alınmasından sonraki süreçte hayvanların korunması meselesi incelenecektir.

aa. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası GG §20a Hükmünün Eklenmesinin Tarihçesi

Almanya’da 1980’li yılların sonunda hayvan hakları aktivistleri, Hayvanları Koruma Kanunu’nun anayasal haklar karşısında zayıf durumda ol-

⁵⁰

⁵¹ Natrass, s. 288.

⁵² <https://www.kreiszeitung.de/lokales/diepholz/diepholz-ort28581/bekommen-gewalt-gegen-tiere-diepholzer-veterinaeramt-soll-verstaerkung-92046974.html> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁵³ <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/pferderipper-sadisten-auf-der-weide-a-d2481de3-4cba-4a50-ac4a-0f78742de6b2> adresinden alındı (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁵⁴ <https://www.tagesschau.de/investigativ/report-mainz/illegales-schaechten-101.html> adresinden alındı (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁵⁵ <https://www.nau.ch/people/tv-serien/militante-veganerin-kampft-bei-dsds-fur-tierrechte-66423507> adresinden alındı (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁵⁶ Deutscher Tierschutzbund önde gelen sivil toplum örgütlerindendir. (<https://www.tierschutzbund.de/organisation/ueber-uns/>) (Erişim Tarihi: 09.07.2023))

duğunu fark etmeleri akabinde kampanya başlatmışlardır. 1988 seçimleri ile Yeşiller Partisi koalisyon ortağı olmuştur ve kamuoyu ile eyaletlerin uzlaşısı sağlaması neticesinde çevrenin korunması konusunu düzenleyen GG §20a'ya "ve hayvanların" ibaresinin eklenmesine karar verilmesi sağlanmıştır. Bu şekilde GG §20a hükmünün "Devlet, gelecek nesillerin çıkarı için hayatın doğal temelini 've hayvanları' anayasal kanunlar çerçevesinde ve kanunlar yapmak suretiyle ve yönetmeliklere uygun şekilde ve yargı kararları aracılığıyla korur." halini almasına karar verilmiştir. Ancak bu dönemde Hristiyan Demokrat Parti ile sıkı ilişkiler içerisinde olan endüstriyel hayvancılık sektörünün söz konusu karara karşı çıkması nedeniyle GG §20a'da yapılması planlanan değişiklik 2002 yılına kadar yapılamamıştır. 15 Ocak 2002 tarihinde verilen "Kesim Kararı" olarak da anılan Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerG) kararı ile GG §20a'daki değişiklik kararının önündeki engel kalkmıştır⁵⁷. 20 yıldır Almanya'da yaşayan T.C. vatandaşı bir kasap, dini nedenlerle hayvanlarını uyutmadan kesmek istemiştir ancak dava ile ilgilenen Alman İdare Mahkemesi "Hayvan Koruma Kanunu §4(1): *"Sıcakkanlı bir hayvan ancak kan akışı başlamadan önce uyutulmak şartıyla kesilebilir."* hükmünü gerekçe göstererek kasabın talebine onay vermemiştir. Bu kararın sonrasında kasap kanun önünde eşitlik, kişisel özgürlük, girişim ve din özgürlüğü haklarının ihlal edildiği gerekçeleri ile Bundesverfassungsgericht'e (BVerG) bireysel başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuru ile ilgili olarak mahkeme, kararın 29. ve 39. paragraflarında bir hayvanın uyutulmadan kesilmesinin hayvana çok acı çektireceğini kabul etmiş olmasına karşın Hayvanları Koruma Kanunu'nun (TierSchG) temelini 'makul bir gerekçe olmaksızın' hayvana acı çektirilmesi, eziyet edilmesi ve zarar verilmesinin önüne geçilmesi olduğunu ve bu sebeple başvuru kasabın hayvanlarını uyutmadan kesme gerekçesinin makul olduğunu belirtmiş ve kasabın üstün anayasal haklarının ihlal edildiğine, kasabın hayvanlarını uyutmadan kesebileceğine karar vermiştir. Bu karar kamuoyunda büyük bir tepkiye neden olmuştur. Hayvan hakları aktivistleri kamuoyunun bu konudaki tepkisini, GG §20a'da yapılması planlan ama yapılamayan değişikliğin önemi konusunda farkındalığı arttırmak için kullanmışlardır. Hayvan hakları aktivistleri, BVerG tarafından verilen karar sonucunda geleneksel bir dini düşünce olan ve hayvana gereksiz acı veren helal kesim yönteminin kabul edilmesinin hayvan hakları açısından kabul edilemez olduğunu ileri sürmüşlerdir. Aktivistlerin bu olayı bir kampanyaya çevirmesi ile Hristiyan Demokrat Parti köşeye sıkışmıştır. Hristiyan Demokrat Parti hem kamuoyunun hem de

⁵⁷ BVerfG, T. 15.1.2002 - 1 BvR 1783/99 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

partinin tabanını oluşturan muhafazakâr Hristiyan kesimin gözünde İslam dininin acı veren hayvan kesim yöntemini savunan bir parti olarak görülmek istemediğinden her ne kadar endüstriyel hayvancılık endüstrisiyle sıkı ilişkiler içinde olsa da daha önceden engel olduğu GG §20a'ya “*ve hayvanların*” ibaresinin eklenmesi fikrine olumlu yaklaşılmaya başlamıştır. En sonunda ise Hristiyan Demokrat Parti'nin bu konudaki görüş değişikliği ile Parlamento'da çoğunluk sağlanmış ve söz konusu değişiklik 2002 yılında yürürlüğe girmiştir⁵⁸. Ayrıca anayasal koruma sağlanması ile birlikte hayvan haklarına duyarlı bir ülke olmak Almanya'da bir devlet hedefi olarak kabul edilmiştir. Konu ile ilgili olarak sonrasında BVerG kararı aracılığı ile din özgürlüğünün hayvan haklarına baskın gelemeyeceğine dair bir kararın bulunmaması eleştirilmektedir⁵⁹. GG §20a'da hayvanların korunmasına dair yapılan bu düzenleme, hayvan haklarını koruyan kanuni düzenlemeler yapılması konusunda tüm dünyada yol gösterici olmuştur⁶⁰. Almanya'da GG §20a ile hayvan hakları anayasal güvence altına alınmadan önce mahkemelerin GG §5(3)⁶¹ ile güvence altına alınan haklardan olan sanat özgürlüğü (*kunstfreiheit*), araştırma özgürlüğü (*wissenschaftsfreiheit*) ve meslek özgürlüğü (*berufsfreiheit*) ile hayvan haklarının çatışması halinde insan çıkarına ilkel ölçüde öncelik verilmesinin GG'ye aykırı olduğu ve hayvanların çıkarlarının ve haklarının dikkate alınması gerektiği yönünde yorumlar yaptığı ancak yine de hayvan hakları aleyhine kararlar verdiği görülmektedir. Hayvan hakları GG ile güvence altına alınana kadar hayvanların bu tür muamelelere maruz bırakılması anayasal ve cezai bir sorun teşkil etmemektedir çünkü GG §5(3)'e karşı çıkabilecek bir anayasal değer bulunmuyordu. Almanya'da, 1971 yılındaki “*Mefisto*” kararı sanat özgürlüğünün anayasal korumasının sınırsız olmadığı konusunda esas teşkil eden önemli bir karardır⁶². Bu karar ile Federal Anayasa Mahkemesince sanat kavramı anayasal

⁵⁸ **Evans**, Erin: “Constitutional Inclusion Of Animal Rights In Germany And Switzerland: How Did Animal Protection Become An Issue Of National Importance?”, *Society & Animals*, Cilt 18, Sayı 3, 2010, s. 236-238.

⁵⁹ **Siegert**, Jasper: “Die Wirkweite des Staatsziels Tierschutz – Art. 20a GG in Theorie und Praxis”, *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg Wissenschaft Online*, eISSN 2629-7132, Sayı 2, 2022, s. 259.

⁶⁰ **Nattrass**, s. 283-312.

⁶¹ “Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir. Öğretim özgürlüğü Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”

⁶² Alman yazar Klaus Mann'ın 1936'da yayımlanan *Mefisto* isimli romanı, Nasyonal Sosyalist Almanya'nın yöneticileriyle bir anlaşma yaparak sanatçılık kariyerine devam etmek için siyasi inançlarını reddeden ve tüm insani ve ahlaki değerlerinden vazgeçen yetenekli aktör Hendrik Höfgen'in yükselişini anlatmaktadır. Romanda yer alan Hendrik

perspektiften tanımlanmıştır. Bir başka kararda ise, 1989'da Köln Eyalet Mahkemesi, gösteri esnasında sahnede bir tavuğun kafasının kesilmesi ile ilgili olayda sanat özgürlüğünün anayasal korumasının sınırsız olmadığını belirtmiş ve bu nedenle somut olayda ahlaki bir kanun ihlali söz konusu olduğundan GG §2(1)'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak 1990'da Kassel Bölge İdare Mahkemesi kararında, bir gösteri sırasında muhabbet kuşuna yapılan muamelenin hayvana karşı zulüm olarak kabul edilmesine karşın söz konusu olay GG §5(3)'te yer alan sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir ve anayasada yer alan hakkını kullanmış olduğu gerekçesiyle sanığın beraatine karar verilmiştir⁶³. 2002 yılında GG §20a'ya “*ve hayvanların*” ibaresinin eklenmesinin ardından BVerfG, 2010 yılında bir davada⁶⁴ hayvan refahının bazı durumlarda insanların temel haklarının sınırlandırılmasını meşrulaştıracak bir neden olabileceği değerlendirmesinde bulunmuştur⁶⁵. GG §20a'ya “*ve hayvanların*” ibaresinin eklenmesiyle hayvanların korunması hususu bir devlet hedefi olarak görülmüş, koşulsuz olarak güvence altına alınmış temel haklar arasında yerini almıştır ve son du-

Höfgen kurgusal karakteri, gerçek hayattaki Alman sanatçı Gustaf Gründgens'den ilham alınarak oluşturulmuştur. Gustaf Gründgens'in evlatlık oğlu, Gustaf Gründgens'in ölümünün ardından romanın üvey babasının biyografisi niteliğinde görülerek üvey babasının kişiliğine ilişkin kötü bir izlenime sebep olduğunu ve iftira niteliğinde olduğunu öne sürerek Hamburg Bölge Mahkemesi'nde romanın yayın şirketine dava açmıştır ve bu dava, davacı Gustaf Gründgens'in evlatlık oğlunun aleyhine sonuçlanmıştır. Sonrasında davacı, kararı temyiz etmiştir. Hamburg Yüksek Bölge Mahkemesi'ndeki temyiz sürecinde dava, davacı lehine sonuçlanmış ve söz konusu kitap Gustaf Gründgens'in onurunu ve itibarını ihlal ettiği gerekçesiyle yasaklanmıştır. Federal Adalet Divanı (Bundesgerichtshof – BGH) kararı onamıştır. Sonrasında dava, davalı yayın şirketi tarafından romanın bir sanat eseri olduğu bu sebeple anayasal korumayı hak ettiği gerekçesiyle Federal Anayasa Mahkemesi'ne (BVerG) taşınmıştır. BVerG kitabın konusunun Gustaf Gründgens'in biyografisi niteliğinde olup olmadığına dair detaylı incelemeler yapmış ve kitabın ana karakteri her ne kadar Gustaf Gründgens'den ilham alınarak oluşturulmuş olsa da kitabın yazarının kitabın önsözünde yer alan, kitabını Hitler diktatörlüğü nefretine dayanarak yazdığı ve Gustaf Gründgens'i hedef almadığına dair açıklamanın olmasını da göz önünde bulundurarak kitabın Gustaf Gründgens'in biyografisi niteliğinde olmayıp edebi bir sanat eseri niteliğinde olduğuna karar vermiş ve bu nedenle kitabın yasaklanmasını sanat özgürlüğüne haksız bir müdahale olarak değerlendirmiştir. (BVerfG, T. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 20.09.2023)), (Scheffler, Uwe/Ünver, Yener: Sanat ve Ceza Hukuku Cilt: 2, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 26.)

⁶³ AG Kassel, T. 5.10.1990 - NStZ 1991, 443 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁶⁴ BVerfG, T. 12.10.2010 - 2 BvF 1/07 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁶⁵ **Uran-Murphy**, Peri: “Hayvanların Anayasal Çerçeve de Korunması”, The Journal of Academic Social Science, Yıl 7, Sayı 88, 2019, s. 252-275.

rumda bir diğer anayasal hak olan sanat özgürlüğü karşısında üstün hale gelmiştir. Hayvanların korunması konusunun GG'ye dahil olmasında temel saik, “hayvanlar ve insanların eşit yaratıldığının tanınması” olarak ifade edilmekle birlikte sanat özgürlüğü çatısı altında hayvanlara zarar verilmesi kaldırılmış ve sanatçıların hayvanlara zarar vermeyecek şekilde sanatlarını icra edebilecekleri belirtilmiştir⁶⁶.

bb. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (GG) §20a'nın Tam Uygulanmadığına Dair Eleştiriler

Öğretide GG §20a'nın tam olarak uygulanmasında hala eksiklikler olduğuna dair eleştiriler bulunmaktadır⁶⁷. 2013 yılında Hayvanları Koruma Kanunu'nda (TierSchG) hayvanların lehine değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerden önce TierSchG §5(3)'te bazı hallerde domuz yavru-larına anestezi uygulanmadan kastrasyon işleminin yapılabileceğine dair bir düzenleme yer almaktaydı. Bu düzenlemenin en son yapılan 2013 yılındaki değişiklikle kaldırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen TierSchG §21 (1)'e getirilen düzenleme ile yavru erkek domuzlara anestezi olmadan kastrasyon işleminin uygulanabilmesi 31 Aralık 2020 tarihine kadar uzatılarak bir geçiş dönemi sağlanmıştır. Yavru erkek domuzların doğumdan birkaç gün sonra hadım edilmesinin sebebi erginlik çağını geçmiş domuzları pişirirken “Ebergeruchs” olarak ifade edilen kötü kokunun ve bundan dolayı oluşan kötü tadın engellenmesidir. Almanya'da domuz çiftliği sahiplerinin söz konusu kötü kokunun önlenmesi için yavru domuzları hadım etmek dışındaki aşılama, genetik değişiklik ya da anestezi gibi yöntemleri pahalı veya uygulanamaz bulduklarından kanun koyucu geçiş dönemi düzenlemesine gitmiştir ancak bu ekonomik menfaatlerin GG §20a ile güvence altına alınmış olan hayvanların korunması ile ilgili düzenlemeyi bu şekilde baskılaması uygun değildir⁶⁸. Son durumda 1 Ocak 2021 itibariyle yavru erkek domuzların anestezi olmadan hadım edilmesi yasaktır.

b. Konunun Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) Açısından İncelenmesi

1990 tarihli Hayvanların Hukukî Konumunun İyileştirilmesi Yasası ile birlikte Alman Medeni Kanunu'na (BGB) §90a hükmü eklenmiştir. BGB §90a ile hayvanlar hukuk öznesi kabul edilmemiştir ama hayvanların eşya

⁶⁶ Scheffler/Ünver, s. 28.

⁶⁷ Siegert, s. 258-271.

⁶⁸ Siegert, s. 264.

olmadıkları belirtilerek, hayvanlara kendine özgü (sui generis) bir kategori oluşturulmuştur.

aa. BGB'ye Göre Hayvana Tanınan Hukuki Statü

Hayvanlara tanınan söz konusu özel statü ile hukuk öznesi ve hukuk nesnesi karmaşıklığı değiştirilmeden bırakılmıştır. Kanun koyucu statü ve etik temelli hayvan koruma anlayışı çerçevesinde yasanın uygulanması ile yorumlanması bağlamında hareket edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. BGB'de hayvanın eşya olmadığına ilişkin hüküm bulunmasına karşın özel hüküm bulunmadığı hallerde eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlara uygulanacağı belirtilmiştir⁶⁹.

bb. Alman Medeni Kanunu'na Göre (BGB) Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Hayvan bulunduranın sorumluluğu konusu ise BGB §833 ve 834'te düzenleme altına alınmıştır. BGB §833'te sahipli bir hayvanın bir kişiyi öldürmesi ya da bir kişinin vücuduna veya sağlığına zarar vermesi ya da bir şeye zarar vermesi halinde hayvanın sahibinin zarar gören tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hayvan bulunduranın sorumluluğu tehlike sorumluluğu ve kusur sorumluluğu arasında dengeleyici bir hüküm olarak kabul edilmiştir⁷⁰.

c. Konunun Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch – StGB) Açısından İncelenmesi

Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch – StGB) içerisinde hayvanlara ilişkin hükümler yer almaktadır. StGB §295 uyarınca hayvanlar eşya müsaadesine konu olabilmektedirler. Hayvan pornosu ve çevreye karşı işlenen suçlar bakımından StGB'de yer alan düzenlemelere alt başlıklarda yer verilmiştir.

aa. Hayvan Pornosu Düzenlemesi

Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch – StGB) §184a uyarınca hayvanlara yönelik şiddet davranışını ya da hayvanla cinsel ilişkiyi tasvir eden pornografik içeriklerin yayımlanması veya kamuya açık hale getirilmesi veya bu içerikleri kullanmak veya başka bir kişi tarafından kullanılmasını

⁶⁹ Koçhisarhoğlu/Söğütlü-Erişgin, s. 1705-1706.

⁷⁰ Keskin-Orhan, Merve: Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 28.

kolaylaştırmak amacıyla üretilmesi, elde edilmesi, tedarik edilmesi, stoklanması, reklamının yapılması veya ithalatı ya da ihracatının yapılması halinde üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası verilir⁷¹. Her ne kadar StGB §184a'da hayvan pornosu konulu içeriklerle ilgili düzenleme yer alsa da bu hüküm Alman Anayasası (GG) §5'te yer alan sanat özgürlüğü karşısında zayıf kalmaktadır. Bu noktada örneğin, hayvan ile cinsel ilişkiyi tasvir eden bir tablo sanat özgürlüğünden kaynaklanan anayasal koruma altında olduğundan burada StGB §184a uygulanamamaktadır⁷².

bb. Çevreye Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Hayvanların Korunması

StGB §324a uyarınca her kim toprak kirliliğine sebep olduğu sırada hayvanların sağlığına önemli ölçüde zarar verirse beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. StGB §325 uyarınca her kim bir tesis veya makinanın işletilmesi sırasında hava kirliliğine sebep olmak suretiyle hayvanların zarar görmesine neden olursa beş yıla kadar hapis cezasına ya da para cezasına çarptırılır. StGB §325a uyarınca her kim bir tesis veya makinanın işletilmesi sırasında gürültüye, titreşimlere ve iyonlaştırıcı olmayan radyasyona neden olarak hayvanlara zarar verirse beş yıla kadar hapis cezasına ya da para cezasına çarptırılır. StGB §326 her kim hukuka aykırı olarak yetkisiz bir şekilde bir hayvan ya da bitki popülasyonunu tehlikeye atabilecek nitelikte, zehirli, patlayıcı, yanıcı veya radyoaktif atıkları kullanırsa beş yıla kadar hapis cezasına ya da para cezasına çarptırılır. StGB §328/1-(2) uyarınca her kim radyoaktif maddeler ve diğer tehlikeli maddeleri izinsiz kullanmak suretiyle hayvanlara ciddi zarar verirse beş yıla kadar hapis cezasına ya da para cezasına çarptırılır. StGB §329/3-(6) uyarınca her kim bir tabiat koruma alanında, geçici olarak tabiat koruma alanı yapılmış alanda ya da milli park olarak ayrılan bir alanda hukuka aykırı olarak Federal Doğa Koruma Kanunu (Bundesnaturschutzgesetz) kapsamında özel olarak korunan hayvanın yumurtalarını tamamen ya da kısmen yok eder, yakalar ya da avlarsa beş yıla kadar hapis cezasına ya da para cezasına çarptırılır. StGB §330/1-(3) uyarınca StGB §324 ve 329 arasındaki suçların işlenmesi sonucunda özel olarak koruma altına alınmış bir hayvana kalıcı olarak zarar verilmesi suretiyle suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline gelmesi halinde fail on yıla kadar hapis cezasına çarptırılır⁷³.

⁷¹ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 20.09.2023)

⁷² Scheffler/Ünver, s. 476.

⁷³ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 20.09.2023)

2. Alman Hukukunda Hayvanların Korunmasının Özel Kanunlar Çerçevesinde İncelenmesi

Bu konuda Alman Hayvanları Koruma Kanunu (Tierschutzgesetz – TierSchG), Köpek Vergisi Kanunu (Hundesteuergesetz – HuStG) ve hayvan deneylerine ilişkin mevzuat incelenecektir.

a. Konunun Alman Hayvanları Koruma Kanunu (Tierschutzgesetz - TierSchG)⁷⁴ Açısından İncelenmesi

Almanya’da 1972 senesinden itibaren Alman Hayvanları Koruma Kanunu (TierSchG) yürürlüktedir. Kanun’da en son değişiklik 13.07.2013 tarihinde yapılmıştır. Kanun 22 maddeden oluşmakta olup amacı; hayvanların, insanların sorumluluğu altında yaşamlarının ve sağlıklarının korunması olarak belirtilmiştir. TierSchG §17’de sahipsiz omurgalı hayvanların korunması ve bu hayvanlara zarar verilmesi halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir⁷⁵. TierSchG §17’de yer alan suçtan mahkûm olan kişilerin hayvan sahibi olmaları, hayvanlara bakmaları ya da mesleki amaçla hayvanlardan yararlanmaları belirli sürelerle yasaklanmıştır. Ayrıca sahipli bir hayvanın öldürülmesi ya da vücut bütünlüğüne zarar verilmesi, Alman Ceza Kanunu (StGB) §303’te⁷⁶ “*mala zarar verme suçu*” kapsamında -kamunun menfaatinin ilgilendiren durumlar hariç tutulmak üzere- şikâyet tabi bir suç olarak düzenleme altına alınmıştır. Kişinin kendi hayvanı da olsa, kendi hayvanı üzerinde tıbbi amaçlar dışında deney yapması ve yaptırması, cinsel amaçlı olarak kendisinin veya başkasının menfaatine kullanması, hayvanını ödül olarak vermesi, acı çektirmesi veya eziyet etmesi davranışları düzenlenmiştir. TierSchG’in uygulanması konusunda görevli ve yetkili makam Veteriner Dairesi’dir (Veterinäramt). Bu nedenle Kanun’a aykırı davranışların ihbarı, yer itibarıyla yetkili Veteriner Dairesi’ne (Veterinäramt) yapılmaktadır. Veteriner Dairesi ile irtibata geçilememesi durumunda zorunluluk halinde zabıta veya polise ihbarda bulunulabilmektedir⁷⁷.

⁷⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

⁷⁵ “Her kim haklı bir sebep olmaksızın omurgalı bir hayvanı öldürür veya vicdansızca ciddi bir şekilde acı çekmesine sebebiyet verir veya eziyet eder ya da uzun sürecek veya kendisini tekrarlayacak şekilde ciddi bir şekilde acı çekmesine sebebiyet verir veya eziyet ederse 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁷⁶ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch) (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 421-422.

⁷⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html> (Erişim Tarihi: 17.09.2023), TBMM: Hayvan Haklarının Korunması ile Hayvanlara Eziyet ve Kötü Muamelelerin Önlenmesi İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla

aa. Alman Hayvanları Koruma Kanunu (TierSchG), Köpek Vergisi Kanunu'nun (Hundesteuergesetz – HuStG) ve Dövüş Köpeklerinin Tutulmasına İlişkin Yönetmelik'in Uygulamadaki Görünümleri

Almanya'da evcil köpek besleyenler Köpek Vergisi Kanunu (Hundesteuergesetz – HuStG) §2 uyarınca köpek vergisi ödemekle yükümlüdürler⁷⁸. Eğer beslenen köpek, tehlikeli köpek türleri arasında yer alıyorsa bu vergi miktarının daha da yükselebilmesi söz konusu olabilmektedir. Tierschutzgesetz §17'ye göre geçerli bir nedeni olmadığı sürece bir canlıyı öldüren veya canlıya acı çektiren kişiler para cezasına ya da üç yıla kadar hapse çarptırılmaktadır. *Dövüş Köpeklerinin Tutulmasına İlişkin Yönetmelik madde 3 uyarınca ancak ehliyetle ve ağızlıkları olarak dövüş köpeği gezdirilebilir aksi davranış cezai yaptırıma tabidir*⁷⁹. Dövüş köpeği muhafaza edebilmek için emniyetten izin ve ehliyet alınmalıdır. Almanya'da sahipsiz hayvan kontrolü konusundan yerel yönetimler sorumludur⁸⁰. Alman Veterinerler Birliği, görme engellilerin yanında refakat amaçlı bulunan köpeklerin de dinlenme saatlerine ihtiyaç duyduklarını ve bu konuda TierSchG'de düzenleme bulunmamasını eleştirmiştir⁸¹.

bb. Konuya İlişkin Örnek Mahkeme Kararı

Almanya'da sahipsiz hayvan kontrolü konusunda yerel yönetimlerin sorumluluğu hakkındaki *VG Göttingen, Urteil vom 19.05.2010 - 1 A 288/08* numaralı kararda Almanya'da bir veteriner hekimin sokakta bulduğu kediyi tedavi etmesi ve tedavi masraflarını vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca belediyeden talep etmesine dair davanın kabul edilmesi verilebilir.

b. Alman Hukukunda Hayvan Deneylerine İlişkin Düzenlemeler

İlk kez 1878-1879 yıllarında Alman hayvan koruma derneklerinin hayvan denekler konusundaki ılımlı tutumlarına karşılık olarak; Almanya'da hayvan deneyi karşıtı hareket başlamıştır. 1879'da Almanya Hayvanları Koruma Kongresi'nde hayvan deneyi karşıtı hareket ile bu konuya ılımlı

Kurulan Meclis Araştırması Raporu, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 132, Ekim 2019, s. 67.

⁷⁸ <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-HuStGBEP2> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

⁷⁹ <https://im.baden-wuerttemberg.de/de/sicherheit/polizei/praevention/kampfhundeverordnung> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁸⁰ <https://im.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-im/intern/dateien/pdf/Kampfhundeverordnung.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

⁸¹ https://www.tierschutz-tvt.de/alle-merkblaetter-und-stellungnahmen/?no_cache=1&download=TVT-MB_131.4__Hunde_im_soz._Einsatz_Juni_2018.pdf&did=181 (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

yaklaşanlar arasında yaşanan gerginlik sonunda Hayvanlara Yönelik Bilimsel İşkenceyle Savaş Uluslararası Cemiyeti kurulmuştur. 1880'lerin başında hayvanların deneylerde kullanılmasıyla ilgili düzenlemelere yönelik yapılan siyasi tartışmalar sonucunda, hükümet bu konuya yönelik bir çalışma başlatmıştır. Alman hayvan koruma derneklerinin çoğu denek hayvanlarının yasaklanmasını savunmuştur. Almanya bu konuda imzalanan 123 No'lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır, buna göre deney esnasında ya da deneyin bitiminden sonra hayvanın öldürülmesi gerekirse bu işlemin işin ehli kişiler tarafından yapılması gereklidir ve deney hayvanlarına genel olarak hayvan refahına uygun muamele edilmesi amaçlanmıştır. UNESCO "Hayvan Hakları Beyannamesi" 6. maddesinin getirdiği hayvanlara deney esnasında kötü muamele edilmemesine ilişkin yükümlülükler bulunmaktadır. TierSchG §2a (3) uyarınca bilimsel bir deneyde hayvan veya hayvana ait dokuların ya da organların kullanılabilmesi için bilimsel olarak gerekliliklerinin ortaya konulması akabinde Almanya Federal Eğitim ve Araştırma Bakanlığı'ndan (Bundesministerium für Bildung und Forschung) izin alınması gerekmektedir. TierSchG §4(3)⁸²te omurgalıların ne şartlarda bilimsel amaçlarda kullanılabileceği düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin olarak Almanya'da kâr amacı gütmeyen, Almanya Federal Hükümeti ve eyaletlerce maddi yönden desteklenen bağımsız bir araştırma kuruluşu olan Max Planck Enstitüsü'nün laboratuvarında, SOKO Tierschutz ve Cruelty Free International isimli aktivist organizasyonların yürüttüğü gizli araştırmanın sonucunda hayvan deneyleri yapılırken hayvanlara eziyet edildiğine dair görüntüler ortaya çıkmıştır. Bu görüntülerin ortaya çıkmasından sonra aktivistlerce ve kamuoyunca mevcut Hayvanları Koruma Kanunu'nun yetersiz olduğuna dair tartışmalar başlamıştır. Almanya'da dava açılmış ve söz konusu laboratuvardaki çalışmalara son verilmiştir⁸³. Alman Hükümeti etik dışı hayvan deneylerinin önüne geçmek için hala çalışmalara devam etmektedir. Bu durumla ilgili olarak medyada haberler yer almaktadır⁸⁴.

⁸² "Omurgalıların sadece organlarını veya dokularını bilimsel amaçlarla kullanmak amacıyla öldürülmelerinde, § 7(2), mutatis mutandis (gereken değişikliğin yapılması şartıyla) uygulanır. Köpekler, kediler ve primatlar, ancak böyle bir amaç için veya hayvan deneylerinde kullanılmak üzere yetiştirilmişlerse bilimsel amaçlar için öldürülebilirler. 2. cümleden istisna yoluyla, yetkili makam, hayvanların korunmasıyla uyumlu olduğu ölçüde, 2. cümleye uygun olarak yetiştirilmemiş hayvanların öldürülmesine izin verebilir."

⁸³ <https://crueltyfreeinternational.org/monkey-experiments-max-planck-institute-germany> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁸⁴ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-42862766> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

C. Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Süreç ve Tarihçe

Türk kültüründe hayvanların konumu özel bir yer tutar. Toplumda hayvanların konumuna ilişkin tarihten örnekler: Orta Asya döneminde 12 hayvanlı takvim kullanılmış olması⁸⁵; Osmanlı döneminde dünyanın ilk hayvan hastanesi Gurabahane-i Laklakan'ın (Düşkün Leylek Evi) kurulması, 1587 yılında Sultan III. Murat'ın yük hayvanlarına taşıyabileceklerinden daha fazla yük yüklenmesini bir fermanla yasaklamış olması⁸⁶ ile Kanuni Sultan Süleyman ve Şeyhülislam Ebusuud Efendi ile aralarında geçen ünlü diyalog⁸⁷ hayvanlara verilen önemin göstergelerindendir. Her ne kadar Türkiye'de hayvanların kültürel olarak özel bir yeri⁸⁸ olsa da günümüzde maalesef hayvanların ekonomik menfaatler uğruna orantısız sömürülmesi ve hayvanlara yönelik şiddet ve istismarın yaygın hale gelmesi söz konusudur⁸⁹. Medyada hayvan haklarına yönelik ihlallere ilişkin haberlere ve haklarının bilinmesine yönelik içeriklere yer verilmektedir⁹⁰. Bazı bölgelerde örf ve adetler nedeniyle hayvan dövüşleri düzenlenmeye devam etmektedir⁹¹. Hayvanların korunması amacıyla kurulmuş dernekler ve sivil toplum örgütleri bulunmaktadır⁹².

⁸⁵ **Kaya**, İdris Güven: "İsmail Bin Abdullah'ın Oniki Hayvanlı Türk Takvimi", Turkish Studies, Cilt 7, Sayı 2, 2012, s. 15-34.

⁸⁶ **Sarıçık**, Murat: "III. Murad Devrinden Hayvan Haklarıyla İlgili Bir Ferman", Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı Özel Sayısı, Sayı 6, 1999, s. 69.

⁸⁷ Kanuni Sultan Süleyman: "Dırahtı ger sarmış olsa karınca (Meyve ağaçlarını sarınca karınca), zarar var mı karıncayı kırınca?" Şeyhülislam Efendi: "Yarın hakkın divanına varınca, Süleyman'dan hakkını alır karınca (**Kolektif**: Kanuni Sultan Süleyman-Avrupa Fatihi, Sancak Yayınları, İstanbul 2020, s. 142)

⁸⁸ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/osmanlida-hayvan-haklari-tarihi-belgelerde/2300146> adresinden alındı (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁸⁹ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hayvanlari-koruma-derneğine-horoz-dovusu-baskini-42245091> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁹⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/barinaktaki-kopeklerin-belediye-ekiplerince-olum-terk-edilmeye-calisildigi-iddia-edildi/2376659> (Erişim Tarihi: 09.07.2023), <https://www.gazeteduvar.com.tr/kumluca-belediyesinin-boga-guresinde-yarali-hayvani-gurestirdiler-haber-1578310> (Erişim Tarihi: 09.07.2023), <https://www.haberturk.com/izmir-haberleri/100976941-kopege-cinsel-istismara-1-5-yil-hapis> (Erişim Tarihi: 09.07.2023), <https://www.aa.com.tr/tr/kultur/dikkat-kopek-var-filmi-hayvan-haklarina-dikkati-cekecek/2703228> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁹¹ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60019725> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

⁹² HAYTAP önde gelen sivil toplum örgütlerindendir. (<https://www.haytap.org/tr/manifestomuz> (Erişim Tarihi: 09.07.2023))

1. Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasının Genel Kanunlar Çerçevesinde İncelenmesi

Konu ile ilgili olarak T.C. Anayasası'nda doğrudan bir düzenleme olmadığından ayrı bir başlık altında incelenmesi yapılmayacaktır. T.C. Anayasası'nda hayvanların korunması ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. T.C. Anayasası'nın 56. maddesinde çevre ile ilgili genel olarak *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Türk hukukunda hayvanların korunması ile ilgili olarak T.C. Anayasası, kanunlar ve uluslararası sözleşmelerin bazılarında dolaylı ve bazılarında doğrudan hükümler bulunmaktadır. T.C. Anayasası'nda hayvanların hakları ve korunmasına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmaması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁹³. Bu konuda 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (HKK), 7332 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Türk özel hukuku, Türk kamu hukuku ve son dönemlerde öne çıkan hayvan deneyleri konusundaki düzenlemeler incelenecektir. Türk hukukunda hayvanın sözcük anlamının karşılığı verilmemiştir. Türk Dil Kurumu'na göre hayvan kelimesinin karşılığı "duygu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık" olarak verilmiştir. 5199 sayılı HKK'da 3. maddesinde hayvanlar; "evcil hayvan", "sahipsiz hayvan", "güçten düşmüş hayvan"⁹⁴, "yabani hayvan", "ev hayvanı"⁹⁵, "kontrollü hayvan", "deney hayvanı" ve "kesim hayvanı" olarak

⁹³ **Uyumaz**, Alper: "Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları", Gazi Üniversitesi (Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi) Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, 2016, s. 163; Aynı görüşte bkz. **Ertan**, Birol: "Hayvan Hakları ve Türkiye", Prof. Dr. Cevat Geray'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları: 25, Ankara 2001, s. 409.

⁹⁴ *"Bulaşıcı ve salgın hayvan hastalıkları haricinde yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fiziki olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmiş binek ve yük hayvanlarını ifade eder."*

⁹⁵ Türk Hukukunda "ev hayvanı" ve "evcil hayvan" birbirinden farklıdır. Ev hayvanı, evcil hayvanın bir alt türüdür. 5199 sayılı HKK'ya göre hayvanın yaşadığı yer, bakım ve sorumluluğunun kim tarafından yerine getirildiği ve hayvana ile hayvana bakım veren arasındaki ilişki esas alınarak "ev hayvanı" ve "evcil hayvan" ayrımı yapılmıştır. Evcil hayvanlar açısından, hayvana bakım veren kişi ile hayvan arasında özel bir ilişki aranmamaktadır ve hayvanın bakım veren kişinin mülkünde bakılmasına gerek yoktur. Buna karşın ev hayvanının bakımı ve sorumluluğunun sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir, evcil hayvanlar bakımından bu şart aranmamıştır. (**Tuncer-Kazancı**, İdil (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): "Hayvanın Hukuki Niteliği Çerçevesinde Ev Hayvanlarının Haczedilemezliği", Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 501-502)

sınıflandırılmıştır. 24.6.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (HKK) 3.maddesinin (ı) bendinde önceden “süs hayvanı” ibaresi de yer almaktayken 09.07.2021 tarih ve 7332 sayılı Kanun ile 5199 sayılı HKK ile kanunda geçen hayvanlara ilişkin tüm “süs” ibareleri kaldırılmıştır.

a. Konunun Türk Özel Hukuku Açısından İncelenmesi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda hayvanların hukuki statüsünü açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Hayvanların eşya sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur. Hayvan Hakları Bildirgesi sonrasında Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) hayvanın hukuki durumu ile ilgili bir değişiklik yapılmamıştır. 5199 sayılı HKK’nın 4. maddesinin (a) bendinde “*Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*” hükmü yer almaktadır. 09.07.2021 tarihinde 7332 sayılı kanunla getirilen düzenlemeler ile 5199 sayılı HKK’da önemli değişiklikler yapılmıştır ancak “hayvanlar eşya değildir” şeklinde açık bir düzenleme halen bulunmamaktadır⁹⁶. Doktrinde bir görüş, 5199 sayılı HKK’nın 4. maddesinin (a) bendinde hayvanların yaşama hakkına sahip olduğu hükme bağlanmış olduğundan örtülü olarak hayvanların eşya sayılmadıklarını ve eşyalara uygulanan kuralların hayvanlara doğrudan değil; kıyas yoluyla uygulanması esasının kabul edilmesini uygun bulmaktadır⁹⁷. Bir kişinin mülkiyetinde olan bir hayvana zarar verilmesi halinde haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Hayvanlara zarar verilmesi konusunun eşya hukuku kurallarından ziyade ceza hukuku ve idare hukuku ile ilgili olduğu düşüncesi doktrinde yer almaktadır⁹⁸. Doktrinde Türk hukukunda hayvanların eşya kabul edildiği düşüncesine karşıt bir görüş olarak 5199 sayılı HKK hükümleri, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu madde 82/III/c ve d bentlerinde *tedavi amaçlı olmadan hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemlerinin patent koruması dışında bırakılması düzenlemesi*, 4721 sayılı TMK madde 764/II fıkrasında *hayvanların mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine konu olamayacağı düzenlemesi*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 376 ve 224’te hayvanların kiralanmasına ve ayıba ilişkin satışlarında özel hüküm bulunmasını öne sürerek bu görüşlere katılmayan bir

⁹⁶ **Nart**, Serdar (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “Karşılaştırmalı Hukukta Hayvanların Hukuki Niteliği”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 366, (Karşılaştırmalı Hukuk).

⁹⁷ **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 3-4.

⁹⁸ **Bilgin-Yüce**, Melek: Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 23.

görüş de bulunmaktadır⁹⁹. Türk hukuk sistemi sahipli hayvanların sahiplerine aidiyet bağı ile bağlı olmalarından yola çıkarak, sahipli hayvanları taşınır eşya gibi nitelendirmektedir ve hayvanın sahibini de hukuk düzeni çerçevesinde korumaktadır¹⁰⁰.

aa. Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) Göre Hayvanların Verdiği Zararlar

Türk hukukunda hayvanların verdiği zararlar ile ilgili düzenlemeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 67 ile 68. maddelerinde ve 5199 sayılı HKK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Hayvan bulunduranın kontrolü altındaki hayvanın hareketi sebebiyle bir kişinin, şahsında veya malvarlığında zarar meydana gelmiş olması, hayvanın hareketi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet (nedensellik) bağı bulunması ve hayvan bulunduranın sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirmemiş olması halinde hayvan bulunduranın sorumluluğu gündeme gelmektedir. Doktrinde bir görüş, her hayvan tehlike yaratmadığı için hayvan bulunduranın sorumluluğunu tehlike sorumluluğuna dayandırmamaktadır¹⁰¹. TBK'nın 67. maddesi uyarınca hayvan bulunduran kişi, bulundurduğu hayvanın üçüncü kişiye maddi veya manevi zarar vermesi halinde ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Hayvan bulunduranın kurtuluş kanıtı getirmesi kaydıyla sorumluluktan kurtulabileceği ve söz konusu sahipli hayvanın, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmesiyle zararın doğmuş olması halinde bu kişilere rücu edebilecekleri düzenlenmiştir. TBK'da terk edilen hayvanın verdiği zarardan terk eden hayvan bulunduranın sorumlu olup olmadığı konusunda belirsizlik söz konusu olup bu konu açıkça düzenlenmemiştir; bu durum doktrinde haklı olarak bir eksiklik olarak görülmüştür¹⁰². TBK'nın 68. maddesinde¹⁰³ taşınmaz zilyedinin hayvanı

⁹⁹ **Cumaloğlu**, Emre: "Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, 2017, s. 578.

¹⁰⁰ **Babayiğit**, s. 44.

¹⁰¹ **Ceylan**, Ebru (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 56.

¹⁰² **Ceylan**, s. 55.

¹⁰³ "TBK 68. madde: Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoymalı; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır."

alıkoyma hakkı düzenlenmiştir. Hayvan bulunduranın hayvanının, başkasının taşınmazına zarar vermesi durumunda hayvan bulunduranın bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Söz konusu zarar tazmin edilene dek taşınmaz zilyedinin hayvanı alıkoyma hakkı veya içinde bulunulan durum hakkı gösterdiği takdirde hayvanı “etkisiz hale getirme” hakkı bulunmaktadır. Eski Borçlar Kanunu’nda bu hüküm 57. maddede düzenlenmiş olup “etkisiz hale getirme” ifadesinin yerine “öldürebilir” ifadesi bulunmaktaydı. Doktrinde bazı görüşler, söz konusu ifadenin “etkisiz hale getirme” olarak değiştirilmesini hayvan hakları açısından isabetli bulmaktadır¹⁰⁴, ben de bu görüşlere iştirak etmekteyim. 5199 sayılı HKK’nın 5. maddesinin 2. fıkrasında *hayvan sahiplerinin, hayvanlarından kaynaklanan çevre kirliliği, insanlara verilen zararlar ve rahatsızlıklar nedeniyle önleyici tedbirler almakla yükümlü olduğu; zamanında ve yeterli tedbir almamaları halinde bundan kaynaklanan zararları tazmin etmek zorunda oldukları* düzenlenmiştir¹⁰⁵.

bb. Hayvan Hacı Düzenlemeleri

Hukukumuzda hayvanlar eşya olarak kabul edilmektedir ve kanunen koruma altındadırlar. Bu koruma hayvanların haczedilmesine engel değildir. Hayvanlar taşınır eşya olarak işlem görmektedirler ve taşınır hazine ilişkin düzenlemelere tabidirler. İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) 82. maddesinin 4. fıkrası uyarınca icra memuru tarafından haczi talep edilen malın haczinin caiz olup olmadığı değerlendirilir. İİK’nın 82. maddesinin 1. fıkrasının 4¹⁰⁶, 5¹⁰⁷ ve 7¹⁰⁸. bentleri uyarınca bazı hayvanlar haczedilemez. Buna göre haczin konusunu oluşturamayacak hayvanlar borçlunun yaşamını veya ekonomik faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olmalıdır. Çiftlik Hayvanlarının Refa-

¹⁰⁴ Ceylan, s. 73; Tavşancıl-Kalafatoğlu, Deniz (Editörler: Herdem Belen, İsmail Altay): “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu ve Hayvan Hakları”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 140.

¹⁰⁵ Keskin-Orhan, s. 31-32.

¹⁰⁶ “Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları,”

¹⁰⁷ “Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,”

¹⁰⁸ “Borçlu bağ, bahçe veya meyve veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ bahçe ve bu sanat için lüzumlu bulunan alet ve edevat, Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maiyetleri için zaruri olan miktarı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,”

hına ilişkin Genel Hükümler Hakkında Yönetmelik¹⁰⁹’ın 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde balıklar, sürüngenler ve amfibikler gıda üretimi amacıyla yetiştirilen hayvanlar olarak tanımlanmıştır ve 2. maddesinin 1. fıkrasında “*çiftlik amaçlı yetiştirilen veya beslenen hayvanların korunması ile ilgili asgari standartları belirleyen hükümleri*” kapsadığı düzenlenmiştir. Öğretide “çiftlik hayvanı” kavramı yalnızca gıda olarak tüketilebilecek hayvanları değil, gıda üretiminin gerçekleştirilmesinde faydalanılan hayvanları da içermekte olduğundan gıda üretimi amacıyla yetiştirilen hayvanların da İİK kapsamında olduğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır¹¹⁰. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun (HKK) 5. maddesinin 5. fıkrasında¹¹¹ yer alan ev hayvanı kavramı, evcil hayvan kavramından farklı olup ev hayvanları, evcil hayvanlarının bir alt türüdür. Evcil hayvanlar açısından, hayvana bakım veren kişi ile hayvan arasında özel bir ilişki aranmamaktadır ve hayvanın bakım veren kişinin mülkünde bakılmasına gerek yoktur. Buna karşılık ev hayvanının bakımı ve sorumluluğunun sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir, evcil hayvanlar bakımından bu şart aranmamıştır. Ticari amaç güdülmeyen hayvan nerede olursa olsun hacze konu olamamaktadır. İİK’nın 83/b maddesinin¹¹² kullanımı uygulamada hayvan üretimleri bakımından gündeme gelebilir. İcra memurunun haczi talep edilen bir hayvanın haczedilebileceğine ilişkin kararına karşı şikâyet yoluna başvurulabilmektedir. İİK’nın 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haczedilemezliğe ilişkin şikâyetler işlemin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır. İşlemin kamu düzenine aykırı olması halinde işlem süresiz şikâyete tabi olacaktır. İcra memurunun İİK’nın 82. maddesine aykırı haciz kararı vermesi kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyete tabidir. Öğretide HKK’nın ev hayvanlarının haczedilemeyeceğine ilişkin 5. maddesi temel hak ve hürriyetlerin korumaya yönelik ya da takibin taraflarının lehine kamu yararı aracılığıyla koyulan bir hüküm olduğu kabul edilmediğinden icra memuru tarafından bu konuda verilen bir haciz kararının süresiz şikâyete tabi olmadığı görüşü bulunmaktadır¹¹³.

¹⁰⁹ Resmî Gazete Tarihi: 22.11.2014 Resmî Gazete Sayısı: 29183.

¹¹⁰ **Tuncer-Kazancı**, s. 497.

¹¹¹ “*Ticari amaç güdülmeyen bakılan ev hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler.*”

¹¹² “*Hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler.*”

¹¹³ **Tuncer-Kazancı**, s. 506.

b. Konunun Türk Kamu Hukuku Açısından İncelenmesi

aa. Ceza Hukukundaki Düzenlemeler

Hayvanların korunması hususunda özellikle hayvanlara yönelik şiddet ve istismarın ceza hukuku ile yaptırım altına alınıp alınmaması gerektiği konusu tartışmalıdır. Hukuka aykırı bir eylemin öncelikle idari yaptırımlar veya tazminat gibi kamu hukukunun veya özel hukukun diğer enstrümanlarıyla karşılanması, ceza hukuku yaptırımlarına ise son çare olarak başvurulması gerekir. Zira ceza hukukunun, “ceza hukukunun istisnailiği”¹¹⁴ ilkesi olarak da ifade edilen “son çare (ultima ratio)” olma özelliği mevcuttur.^{115 116} Ceza hukukunun ultima ratio karakteri gereğince, haksızlık oluşturan fiillerin, ancak özel hukuk gibi diğer hukuk disiplinlerinde öngörülen yaptırımların yetersiz kalması halinde, suç olarak tanımlanması yoluna gidilebilmektedir.¹¹⁷ Doktrinde bir görüş, hayvana haklı bir neden olmadan zarar veren kişilerin gelecekte insanlara da zarar verme olasılığının mevcut olması nedeniyle hayvanlara zarar veren kişilerin tedavi ve rehabilite edilmesinin büyük önem taşımakta¹¹⁸ olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe kısmen katılmaktayız. Birinin hayvana zarar verici davranışlarda bulunmasının, sırf ileride insana karşı da benzer nitelikte davranışlar gösterebileceğinin emaresi sayıldığı için önem arz ettiği düşüncesine katılmamaktayız. Kanaatimce bu görüş antroposentrik (insan merkezci) temele dayanmaktadır. Hayvana yönelik bu davranışları gösteren kişinin, ileride insana karşı da benzer davranışları gösterme potansiyeli olduğu kabul edilmeseydi de bu davranışlar hukuka aykırı olarak değerlendirilmelidir ve mevzuatta hayvanların korunması ile ilgili etkili hükümler yer almalıdır. TMK’da olduğu gibi TCK’da da hayvanların eşya statüsünde olmadığına dair düzenleme bulunmamaktadır. TCK’nın 177. maddesinde, hayvanları korumaya yönelik bir suç tipi olmayan “gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol

¹¹⁴ **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 5, (Genel Hükümler).

¹¹⁵ **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Öztürk**, Bahri: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 32.

¹¹⁶ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 40.

¹¹⁷ **Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 457-466, (Hukuksal Değer).

¹¹⁸ **Özen-İnci**, Zekiye: “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2019, s. 21, (Güncel).

altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır. Her ne kadar 5199 sayılı HKK’nın 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde hayvanların yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş olduğundan eşya olarak nitelendirilmeleri mümkün görünmese de Türk hukuku bakımından hayvanlar eşya olarak işlem görmektedirler. 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 17. maddesiyle TCK madde 151/2¹¹⁹’de yer alan hüküm ilga¹²⁰ edilmiştir. İlga olunan ikinci fıkrada yer alan hayvanlarla ilgili hüküm, “sahipli hayvan” ibaresinin kullanılmasıyla anlaşılabilir. Üzere herhangi bir gerçek kişinin malvarlığı hakkını koruma amacını taşımaktaydı. Her ne kadar TCK’nın 151. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmış olsa da hayvanların hukuki statüsüne dair açık bir düzenleme bulunmamasından ve halen eşya olarak işlem görmektedirlerinden ötürü bu düzenleme hayvanların eşya sayılmadığına dair göstermelik bir nitelik taşımaktadır. Öte yandan TCK madde 151/2’nin yürürlükten kaldırılması, madde metninde yer alan “*bilerek ve isteyerek sahipli bir hayvanı öldürmek, işe yaramayacak hale getirmek veya değerinin azalmasına neden olmak*” eylemleri ile sınırlı olan suçun maddi unsurunu da ortadan kaldırmıştır¹²¹. Hayvanlara yönelik zarar verici davranışlarda bulunanlar, durumun niteliğine göre 7332 sayılı yasanın getirdiği düzenlemelerle birlikte en son çıkan ve özel kanun olan 5199 sayılı HKK’nın 28. maddesinde yer alan idari para cezalarına ya da 28/A maddesinde yer alan adli cezalara çarptırılacaklardır¹²². 5199 sayılı HKK’nın 28/A maddesinde konuyla ilgili bir hüküm bulunmadığı takdirde genel kanun niteliğinde olan TCK’nın 151. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. 5199 sayılı HKK’nın 28. maddesinde bulunan yaptırım idari para cezası olarak belirlenen kabahatler, Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aynı zamanda suç olarak tanımlandıysa bu durumda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. 5199 sayılı HKK’nın 28/A maddesinde yer alan suç tipleri ve bu düzenlemelerin değerlendirilmesi makalemizin “Konunun 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu Açısından İncelenmesi” başlığı altında yapılmıştır.

¹¹⁹ “*Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hâle getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*”

¹²⁰ Yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²¹ **Dönmez**, Burcu: “Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Ekim 2013, s. 903-926.

¹²² Bkz. Resmî Gazete: 01.07.2004/25509, Kanun Numarası: 5199, Kabul Tarihi: 24.06.2004, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 01.07.2004, Son Değişiklik Tarihi: 14.07.2021, Hayvanları Koruma Kanunu 28. madde ve 28/A maddesi.

aaa. Örf-Adet Hukukunun Etkisi

Gelenek hukuku suç yaratmaz, mevcut cezayı arttıramaz. Cezaevinin kapısını yalnız kanun açar¹²³. Buna karşılık failin lehine olan bazı durumlarda gelenek hukuku kuralları uygulanabilmektedir¹²⁴. Netice olarak örf ve âdet kuralları bu gibi durumlarda ceza normlarının uygulanmasına, engel olabilmektedir¹²⁵. Alman doktrininden Klug'un sosyal mutabıklık görüşüne göre¹²⁶, bir kişi tarafından sosyal etik emirlerden sapılması esansında gösterilen bazı davranışlar o kadar hafif ve önemsiz olabilir ki, bu davranışların tespit edilmesi zor olabilmektedir. Bu nedenle söz konusu davranışlar sosyal mutabık, yani suç tipini gerçekleştirilmeyen hareketler olarak kabul edilebilir¹²⁷. Günümüzde 5199 sayılı HKK'nın 11. maddesinin 2. fıkrasında¹²⁸ hayvan dövüştürmenin yasak olması ve 28/A maddesinin 5. fıkrasında¹²⁹ hayvan dövüşlerinin cezai yaptırımına ilişkin hüküm bulunmakta olmasına karşın Türkiye'de hayvan dövüşleri sırasında, örf-adet nedeniyle hayvanların haklı bir neden olmaksızın zarar görmeleri ile karşılaşmaktadır. Kanaatimce, ceza hukukunda failin lehine olan durumlarda bazen örf ve âdet kurallarının doğrudan kaynak olarak kullanılması söz konusu olsa da¹³⁰ bu suç tipi bakımından örf-ödetin hukuka uygunluk nedeni oluşturması kabul edilemez. Bazen yetkililerce hayvanlar için güvenli olduğu düşünülerek hayvan dö-

¹²³ **Hakeri**, (Genel Hükümler), s. 20.

¹²⁴ **Heinrich**, Bernd (çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe): Ceza Hukuku Genel Kısım-I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 17.

¹²⁵ **Hakeri**, (Genel Hükümler), s. 20.

¹²⁶ Yazar sosyal mutabık davranışların cezalandırılmayacağını savunmaktadır.

¹²⁷ **Klug**, Ulrich (Editörler: Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas): "Sozialkongruenz Und Sozialadäquanz Im Strafrechtssystem", Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck & Ruprecht In Göttingen Verlage, Bonn 1969, s. 261; **Hakeri**, Hakan: "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", Türk Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, 2007, s. 82, (Önemsiz Hareketler).

¹²⁸ "(1) Hayvanlar, doğal kapasitesini veya gücünü açacak şekilde veya yaralanmasına, gereksiz acı çekmesine, kötü alışkanlıklara özendirilmesine neden olacak yöntemlerle eğitilemez. (2) Hayvanları başka bir canlı hayvanla dövüştürmek yasaktır. Folklorik amaca yönelik, şiddet içermeyen geleneksel gösteriler, Bakanlığın uygun görüşü alınarak il hayvanları koruma kurullarından izin alınmak suretiyle düzenlenebilir."

¹²⁹ "11 inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi saklı kalmak üzere, hayvanları dövüştüren kişi üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."

¹³⁰ "Ceza hukukunda bir kavramın açıklanmasında örf ve âdet etkili olabilir." Örneğin, "hakaret suçlarında mahalli ifadelerin tahkir edici olup olmadığı örf ve âdete göre belirlenir. Bir bölgede "bizim oğlan" ifadesi olumlu bir anlamda kullanılırken, bir başka bölgede bu ifade, homoseksüelliği belirtmek için kullanılabilmektedir." **Hakeri**, (Genel Hükümler), s. 21.

vüştürme geleneğinin varlığını devam ettirmesine müsaade edilebilmektedir¹³¹. Hayvan dövüşleri her ne kadar gelenek haline gelmiş olması nedeniyle bazı hallerde suç tipini gerçekleştirmeyen hareketler olarak görülse de bu gelenek vasıtasıyla hayvanlara haklı bir neden olmadan zarar verilmekte ve acı çektirilmektedir. Gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse de iç hukukumuzdaki 5199 sayılı HKK ile özel bir koruma sağlanmış olan hayvanlara ne gelenek vasıtasıyla ne de herhangi bir eğlence sektöründe keyfi olarak zarar verilmesini doğru bulmuyoruz.

bbb. Çevreye Karşı Suçlar Bakımından Yaklaşım

TCK'nın Topluma Karşı Suçlar başlıklı üçüncü kısmının “Çevreye karşı suçlar” başlıklı ikinci bölümünde yer alan bazı suçlarda hayvanlar, çevrenin bir unsuru olarak ele alınmış ve suçla korunan hukuksal değer olarak sınırlı bir biçimde korunmuştur¹³². Çevreye karşı işlenen suçlarda korunan hukuki değer ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar ekosentrik ve antroposentrik yaklaşım olmak üzere iki ana grupta toplanmıştır¹³³. Ekosentrik görüşe göre korunan hukuki değer çevredir. Başka bir ifadeyle çevrenin bizzat kendisi korunmaya değerdir. Bu sebeple çevre, insanlardan bağımsız olarak, korunmalıdır. Hatta insanlara faydası olamayan bir bitki yahut hayvan türü dahi korunmaya layıktır¹³⁴. Antroposentrik görüş ise insanı esas almakta ve insan hayatının tehlikeyle karşılaşması önlenmek istenmektedir¹³⁵. Bu görüşte çevresel değerler, bunlardan yararlanmakta olan insanlar açısından anlamlı ve faydalı oldukları sürece ve ölçüde korunmak durumundadırlar¹³⁶. TCK'nın 181/4 ve 182/2 maddelerinde hayvanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakları düzenlenmiştir ve hayvanlar korunan hukuksal değer kabul edilmişlerdir. Öte yandan TCK'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu öngörülmemiştir ve uygulamada çoğunlukla TCK madde 181'de yer alan çevrenin kasten kirletilmesi suçu tüzel kişilerce işlenmektedir, yalnızca çevrenin kasten kirletilmesi halinde ilgili tüzel kişilere, tüzel kişilere özgü olarak uygulanan müsadere ya da faaliyet izninin iptali gibi

¹³¹ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60019725> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹³² **Özen-İnci**, s. 10 (Güncel).

¹³³ **Eisele**, Jörg: Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart 2012, s. 394.

¹³⁴ **Ünver**, Yener/**Nuhoğlu**, Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, Ankara 1999, s. 54, (Almanya).

¹³⁵ **Aygörmez-Uğurlubay**, Gülsün Ayhan: Çevreye Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 76-77.

¹³⁶ **Atladı**, Ramazan Barış/**Kaplan**, Mahmut: “Gürültüye Neden Olma Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019. s. 632.

güvenlik tedbirleri uygulanabilir. TCK madde 182’de yer alan tüzel kişilerin faaliyeti sonucunda çevrenin taksirle kirletilmesi sonucunda hayvanların zarar görmesi durumunda ise tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri dahi öngörülmemiştir¹³⁷. Açıklanan sebeplerle anılan kanunların hayvanların korunmasında pek etkili olmadığı anlaşılmaktadır.

bb. İdare Hukukundaki Düzenlemeler

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca HKK hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi *Tarım ve Orman Bakanlığı’na* aittir. 7332 sayılı yasayla getirilen düzenlemeler sonucunda yerel yönetimlerin sorumluluk alanları genişletilmiş ve yerel yönetimlere zorunlu çalışmalar yükletilerek hayvan bakımevi kurma, hayvanların bakım ve tedavilerini sağlama konularında görevlendirme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler idare hukuku anlamında hayvanların korunması bakımından önem arz eden gelişmelerden olmuştur. Öte yandan hayvanların refahına karşı yapılacak her türlü ihlal ile daha etkin mücadele edilebilmesi ve caydırıcılığın sağlanabilmesi için 5199 sayılı HKK’nın 25 ve 28. maddelerinde düzenlenmiş olan idari para cezaları arttırılmıştır. *11.06.2010 tarih ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri Bitki Sağlığı, Gıda Yem Kanunu’nun “Hayvan Sağlığı, Hayvan Refahı ve Zootečni”* başlıklı ikinci kısmının *“Bulaşıcı Hayvan Hastalıklarının Kontrolü ve Yükümlülükler, Hayvan Hastalık Tazminatı ve İnsanlar Tarafından Tüketilmesi Amaçlanmayan Hayvansal Yan Ürünler”* başlıklı birinci bölümünde tüketici menfaatleri ile çevrenin korunması da dikkate alınarak gıda ve yem güvenilirliği sağlamak, halk sağlığı, bitki ve hayvan sağlığı ve hayvan refahını korumak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu 7. maddesinin 2. fıkrasının (g) bendinde yer alan ek fıkra ile hayvanların korunması ile ilgili olarak *“Büyükşehir ve ilçe belediyeleri tarım ve hayvancılığı desteklemek amacıyla her türlü faaliyet ve hizmette bulunabilirler.”* hükmü yer almaktadır.

2. Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasının Özel Kanunlar Çerçevesinde İncelenmesi

a. Konunun 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu Açısından İncelenmesi

Türkiye’de hayvanların korunması konusunda özel kanun, 24.6.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’dur (HKK). Çevre ve

¹³⁷ Özen-İnci, s. 14 (Güncel).

Orman Bakanlığı girişimleri ile kabul edilen 24.06.2004 tarih ve 5199 sayılı “Hayvanları Koruma Kanunu” uluslararası sözleşmeler¹³⁸ dikkate alınarak hazırlanmıştır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (HKK), Türkiye’de hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek; hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir¹³⁹. Kanun kapsamında sahipli ya da sahipsiz fark etmeksizin hayvanların korunması için belirli ilkeler, yasaklar ve bu yasaklara aykırı davranışların yaptırımları yer almaktadır. Türk hukukuna göre hayvanın hukuki niteliğinde görüş birliğine varılmamıştır¹⁴⁰. Hayvanlara karşı gerçekleştirilen olumsuz eylemler 5199 sayılı HKK madde 14’te sayılmaktadır¹⁴¹ ve yaptırımları Hayvanları Koruma Kanunu’nun 28 ve 28/A maddesinde düzenlenmiştir. 5199 sayılı HKK’nın 28/A maddesinin 2. fıkrasında¹⁴² sahipli olup olmadığına bakılmaksızın ev hayvanlarının ya da evcil hayvanların kasten öldürülmesi istisnai haller dışında suç olarak kabul edilmiştir; 3. fıkrasında¹⁴³ hayvanlar kişinin malvarlığı değeri olarak esas alınmadan, ev hayvanı ya da evcil hayvan ayrımına gidilmeden hayvanlara yönelik cinsel saldırının cezai yaptırımı düzenlenmiştir; 4. fıkrasında¹⁴⁴ ev hayvanlarına ya da evcil hayvanlara karşı gösterilen zalimane davranışların yaptırımı altı aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir ancak 14. maddede her türden hayvana zalimane muamelede bulunulması yasaklanmış

¹³⁸ Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi, Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.

¹³⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040701.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹⁴⁰ Nart, Serdar: “Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, 2020, s. 142; Antalya, s. 64; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, C. II, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 17, (Tahliye).

¹⁴¹ Bkz. Resmî Gazete: 01.07.2004/25509, Kanun Numarası: 5199, Kabul Tarihi: 24.06.2004, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 01.07.2004, Son Değişiklik Tarihi: 14.07.2021, Hayvanları Koruma Kanunu 14. maddesi.

¹⁴² “12’nci madde kapsamındaki hayvan kesimleri ile 13 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlar dışında bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişi altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹⁴³ “Hayvanlara cinsel saldırıda bulunan veya tecavüz eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

¹⁴⁴ “14’üncü maddenin birinci fıkrasının (m) bendinde düzenlenen yasağa aykırı davranmak suretiyle bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence eden veya acımasız ve zalimce muamelede bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

olmasına karşın yalnızca ev hayvanları ve evcil hayvanlara yapılan zalimane davranışların yaptırımı hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Bu durum anılan hüküm ile kişilerin malvarlığı haklarının korunmasının amaçlandığını göstermektedir. 5199 sayılı HKK'nın 28/A maddesinin 8. fıkrasında ise bu suçların failinin hayvanın sahibi de olabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁵. Bu düzenlemeden yola çıkarak doktrinde bir görüş, bir kişi bir suçun hem faili hem mağduru olamayacağına göre, bu suçlar ile yalnızca hayvan sahibinin malvarlığı haklarının korunmadığının açık olduğunu ileri sürmektedir¹⁴⁶. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. 2006 yılında yine Çevre ve Orman Bakanlığı'nın girişimleri ile "Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği" yayınlanarak 5199 sayılı Hayvanların Korunması Kanunu hükümlerinin uygulanmasına ilişkin detaylar ele alınmıştır¹⁴⁷.

b. Konunun 7332 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Açısından İncelenmesi

Türkiye'de 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun vasıtasıyla 5199 sayılı HKK'da yapılan değişiklikler hayvanların korunması konusunda önemli bir hukuki gelişme niteliğindedir. Türkiye'de hayvanlara yönelik şiddet olaylarının giderek artması ve bu olayların kamuoyunda infial yaratması sonucunda 2017 yılının sonlarında hayvanlara karşı gösterilen kötü muamelelere ağır cezai yaptırımların getirileceğinden bahisle 7332 sayılı Kanun'un Tasarısı kamuoyu ile paylaşılmıştır. 20.02.2019 tarihinde "Hayvanların Haklarının Korunması ile Hayvanlara Eziyet ve Kötü Muamelelerin Önlenmesi İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Meclis Araştırma Komisyonu" kurulmuştur. Komisyon 21.09.2019'da rapor hazırlamıştır. Bu raporu göre, Hayvanları Koruma Kanunu'nun isminin "Hayvan Hakları Kanunu" olarak değiştirilmesi, nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanlara zarar veren kişilerin davranışlarının suç olarak düzenlenmesi ve hapis cezası yaptırımına bağlanması, bu suçların işlenmesi durumunda Tarım ve Orman Bakanlığı'na Cumhuriyet Başsavcılıklarına başvurma yetkisi verilmesi¹⁴⁸

¹⁴⁵ **Özen-İnci**, Zekiye (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): "Hayvanlar Lehin Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali - Alman Yargı Kararları ve Öğretisi Çerçevesinde Teorik Bir Tartışma", Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 429, (Hayvanlar).

¹⁴⁶ **Özen-İnci**, s. 427-428 (Hayvanlar).

¹⁴⁷ **Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 9.

¹⁴⁸ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss132.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

gibi konular kararlaştırılmıştır. Bu raporun ardından 7332 sayılı Kanun, 9 Temmuz 2021 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilmiş 14 Temmuz 2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁴⁹. Ancak raporda belirtilen tüm konular 7332 sayılı Kanun'a yansıtılmamıştır. Caydırıcılığın sağlanabilmesi açısından hapis cezası öngörülmüştür ama raporda geçen hapis cezalarının süresinin iki yıldan uzun belirlenmesi kısmı dikkate alınmamıştır. 7332 sayılı Kanun ile hayvanların korunması konusunda önemli bir adım atılmış olsa da hapis cezalarının süreleri uzun olmadığı ve yeni infaz kanunuyla birlikte hapiste geçirilen sürelerin çok kısılması sebebiyle hapis cezalarının hayvanlar için etkin koruma sağlayabildiği söylenememektedir. Uygulamada mahkemelerin çoğunlukla adli para cezasına hükmedeceği düşünülebilir. Nesli tükenmekte olan hayvanlar, nesli tükenen hayvanlar, ev hayvanları ve evcil hayvanların öldürülmesi suç olarak kabul edilmiştir. Nesli tükenme tehlikesi ile karşı karşıya olan hayvanların öldürülmesi halinde verilecek cezalar, diğer hayvanların öldürülmesi halinde verilecek cezalara göre daha uzun tutulmuştur. Bu açıdan 7332 sayılı Kanun'un doğal çevreyi koruma amacını da taşımakta olduğu söylenebilir. Cinsel suçlarda hayvanlarla ilgili bir ayrıma gidilmemiştir. Hapis cezasına ek olarak adli para cezası da öngörülmektedir. İşkence veya zalimce muamelede bulunmanın yaptırımı ile sadece ev hayvanları ve evcil hayvanlar koruma altına alınmıştır. HKK madde 11/2'deki şartlar dışında hayvanların dövüştürülmesi halinde evcil hayvan, av hayvanı gibi ayrımlar yapılmadan hapis cezası ya da adli para cezası yaptırımı getirilmiştir. Hayvan dövüştürülmesi suçunda failin veteriner gibi hayvanları korumakla görevlendirilen kişiler olması halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir¹⁵⁰. Hapis cezalarının süresi genel olarak çok azdır ve hapis cezasına hükmedilmesi durumunda da bu cezanın ertelenmesi veya adli para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi veyahut hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına¹⁵¹ kararı verilmesi imkân dâhilinde ola-

¹⁴⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210714-9.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹⁵⁰ **Temiz-Gül**, Yağmur (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): "7332 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Getirilen Dava Şartı ve Adli Cezalar Üzerine Değerlendirmeler", Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 646-666.

¹⁵¹ "T.C. Anayasa Mahkemesi 1/6/2023 tarihinde E.2022/120, K. 2023/107 numaralı dosyada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) düzenlemesinin etkili bir yol olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, kararın Resmî Gazete'de yayım-

caktır. Kısacası, öngörülen yaptırımlar -tıpkı 5237 sayılı TCK madde 151/2'de ve önceki Tasarı'da¹⁵² olduğu gibi- caydırıcı nitelikte değildir¹⁵³. 7332 sayılı Kanun ile 5199 sayılı Kanun'a kendine özgü bir dava şartı getirilmiştir¹⁵⁴. Bu dava şartı HKK'ya getirilen 28/A maddesinde yer almaktadır. Bu

lanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.”bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/hukmun-aciklanmasinin-geri-birakilmasi-hagb-kurumunu-duzenleyen-kuralin-iptali/> (Erişim Tarihi: 20.09.2023) ; Uygulanmaya başladığından beri sıklıkla uygulanan ve tartışmalı olan HAGB kurumu, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü'nün 2022 yılında açıkladığı adalet istatistikleri verilerine göre 01.01.2013 ve 08.02.2022 tarihleri arasında HAGB kararlarına yapılan 608.915 itiraz reddedilmiş, 63.603 itiraz talebi kabul edilmiştir, veriler için bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2023); Öğretide HAGB kurumunun hatalı olarak masumiyet karinesi ile bağdaşmayacak şekilde uygulandığına dair eleştiriler bulunmaktadır, bkz. **Ünver, Yener/Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 2085-2086 (Ceza Muhakemesi).

¹⁵² Hayvanları Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 2012 Tarihli Kanun Tasarısıdır. Hayvanları Koruma Kanunu'nun hayvanları korumak konusundaki yetersiz düzenlemelerine yönelik tüm bu eleştiriler çerçevesinde ve hayvanlara yönelik şiddet içerikli eylemlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılması gereken eylemler olduğu düşüncesiyle 2012 yılında tüm siyasi partilerin üzerinde uzlaştığı Hayvanları Koruma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı hazırlanarak Meclis Başkanlığı'na sunulmuştur. Ancak özellikle 2012 yılında kamuoyunda çokça tartışılmış olsa da kanunlaşmamıştır.

¹⁵³ **Özen-İnci**, s. 19 (Güncel); Tarihsel sürece bakıldığında, sahipsiz hayvanlar ile ilgili çalışmalar 1991 yılına kadar belediyelerin görev ve sorumluluk alanına girerken, bu tarihte Çevre Bakanlığı'nın kurulmasıyla sorumluluk belediyeler ve bakanlık arasında paylaştırılmıştır. Çevre Bakanlığı, sahipsiz hayvanlar ile ilgili strateji ve planların yapılması ile denetim ve yasal çerçevenin hazırlanması konularında görevlendirilmiştir. Çıkarılan yasanın uygulanması belediyelere bırakılmıştır. 1995 yılında ise birini Çevre Koruma Genel Müdürlüğü, diğerini insan haklarından sorumlu devlet bakanlığının hazırlamış olduğu iki ayrı “Hayvanları Koruma Kanunu Tasarısı” hazırlanmış ancak bu tasarı yasalasamamıştır. Söz konusu amaç, 24.06.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun kabul edilmesi ile gerçekleşebilmiştir. (**Akbulut**, Onur/**Çobanoğlu**, Nesrin: “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 36, 2020, s. 14)

¹⁵⁴ “Sahibi tarafından işlenen suçlar da dahil olmak üzere bu maddede belirtilen suçların işlenmesi halinde soruşturma yapılması Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Suçüstü halinde ise soruşturma genel hükümlere göre yapılır. İkinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarda belirtilen suçların başka bir kişi tarafından sahipli hayvana karşı işlenmesi halinde hayvan sahibinin şikâyeti üzerine de soruşturma yapılır.”

konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur, önce başvuruya değinilecek ardından konu değerlendirilecektir. 7332 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 5199 Sayılı HKK'ya eklenen 28/A maddesinin 8. fıkrasının 1. cümlesindeki düzenleme hakkında T.C. Anayasa Mahkemesi'ne 134 milletvekili tarafından yapılan başvuru¹⁵⁵ sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile verdiği kararı isabetli bulmamaktayız. Zühtü

¹⁵⁵ “Başvurucular, hayvanlara karşı işlenen suçlar bakımından genel soruşturma usulünden ayrılarak yeni bir muhakeme şartı getirilmesinin haklı bir nedeninin bulunmadığı, hayvanların korunmaları bakımından onlara karşı işlenen suçların da adli makamlarca etkin bir şekilde soruşturulması gerektiği, bu kuralla hayvanları koruma kapsamının önemli ölçüde daraltıldığı, hayvanların korunmasına yönelik ihdas edilen suç tiplerinden beklenen kamusal yararın önemli ölçüde etkisizleştirilerek ortadan kaldırıldığı, bu durumun hayvan haklarını koruyan uluslararası sözleşmelerle de bağdaşmadığı, kuralla adli sürece idari müdahalede bulunulduğu, hangi durumlarda yazılı başvuru yapılacağının kuralda belirlenmediği, bu itibarla belirli ve öngörülebilir olmayan kuralın keyfiliğe neden olabileceği, hayvanlara karşı suç işleyen kişilerin yargılama ve cezalandırma bakımından diğer suç tiplerini işleyen kişilerden kapsamlı ve belirgin bir şekilde ayrılmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 36., 40., 56., 63., 74., 90. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Kararda, başvuru tarafından keyfi uygulamalara neden olacağı iddia edilmiş ise de yazılı başvuruda bulunma Bakanlığın il ve ilçe müdürlüklerine Kanun'la verilen bir yetkinin kullanılması ve görevin yerine getirilmesi niteliğinde olduğu, görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde bu durum ceza hukuku bağlamında suç teşkil edebileceği gibi yetkililerin idari ve hukuki sorumluluğunu da gerektirebileceğinden gerekli yasal güvencelerin öngörüldüğü, Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu, aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmeyeceği ve bu nedenle hayvanlara karşı suç işleyen kişiler ile diğer suç tiplerini gerçekleştiren kişilerin karşılaştırma yapmaya müsait şekilde aynı veya benzer durumda oldukları söylenemeyeceğinden iptal talebi oy çokluğu ile reddedilmiştir. Bu karara Zühtü Arslan katılmamıştır. Zühtü Arslan'ın karşı oy gerekçesinde söz konusu kuralın yeteri kadar açık ve belirli olmadığı, “Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması” olarak belirlenen muhakeme şartının mekanizmasının nasıl çalışacağı, müdürlüklerin re'sen mi yoksa vatandaşlardan gelen şikayetler üzerine mi harekete geçeceği, kişilerin şikayetlerinin nasıl değerlendirileceği, yazılı başvuru yapıp yapılmaması konusunda takdir yetkilerinin olup olmadığı, varsa bu takdir yetkisinin hangi ilke, kriter ve şartlara göre kullanılacağı ve söz konusu müdürlüklerde hayvanlara karşı işlenen suçlar konusunda uzmanların istihdam edilip edilmeyeceği gibi hususlarda hiçbir düzenleme bulunmadığını bu sebeple her türlü keyfi uygulamaya sebebiyet verecek şekilde belirsizliklerle neden olabileceği, hayvanlara karşı suçların etkili şekilde soruşturulması ve kovuşturulmasını engelleyen dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ve Anayasa'nın 2., 7., ve 56. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.” (AYM, T. 24.3.2022 E. 2021/97, K. 2022/367332 (Legalbank, Erişim Tarihi: 09.07.2023))

Arslan'ın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere söz konusu muhakeme şartında birçok belirsizlik söz konusudur. Başvurucuların belirttiği gibi belirli ve öngörülebilir olmayan bu kural keyfilğe açıktır ve hayvanların korunması konusunda sıkıntılara neden olabilecektir. Ülkemizde adli süreçlerin yavaş işleminin yadsınamaz bir gerçek olduğu da düşünüldüğünde, söz konusu kuralın “*kamu görevlisine görev yüklediği ve kamu görevlisinin bu görevin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde bu durum ceza hukuku bağlamında suç teşkil edebileceği gibi yetkililerin idari ve hukuki sorumluluğunu da getirebileceğinden gerekli yasal güvencelerin öngörüldüğü*” gerekçesi yerinde değildir. Her ne kadar kamu görevlilerinin göreve aykırı davranışlarının önüne geçebilecek yasal güvencelerin sağlandığını öne sürülse de bu denli uzun sürdüğü inkâr edilemeyecek ağır süreçlerin yasal güvence olarak dayanak gösterilmesi, olası bir göreve aykırılık halinin tespiti kesinleşinceye dek birçok hayvanın zarar görmesine sebep olabilecektir.

c. Türk Hukukunda Hayvan Deneylerine İlişkin Düzenlemeler

Öncelikle bu konuda UNESCO “*Hayvan Hakları Beyannamesi*” 6. maddesinde hayvanlara deney esnasında kötü muamele edilmemesine ilişkin yükümlülükler bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nın “*İnsan Üzerinde Deney*” başlıklı 90/2-b maddesi Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik¹⁵⁶, Beşerî Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹⁵⁷ incelenmiştir. İnsan üzerinde deney yapılabilmesi için TCK'nın “*İnsan Üzerinde Deney*” başlıklı 90/2-b maddesinde deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması koşulu aranmıştır. İlaç üreticileri hayvanlar ve insanlar üzerinde uygun testler yapma yükümlülüğü altındadır. Biyotıp Sözleşmesi madde 16/i ve Ek Protokol'e göre insan üzerinde deneyin son çare olarak yapılması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Bu testlerin yapılmaması veya bu testlerin yapılması esnasında özensizlik tespit edilmesi halinde test hatası gündeme gelir¹⁵⁹. Türkiye'de hayvan deneyleri konusunda

¹⁵⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140215-6.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹⁵⁷ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/05/20230527-5.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹⁵⁸ **Hakeri**, (Tıp Hukuku), s. 832; **Ünver**, Yener: “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s. 168, (Marmara); **Cin**, Onursal: “Yerel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney”, I. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (11-12 Kasım 2005), Kamu Hukuku Arşivi, Cilt 8, Sayı 2, Diyarbakır 2005, s. 200.

¹⁵⁹ **Hakeri**, Hakan: İlaç Hukuku, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 176, (İlaç).

Hayvan Deneyleri Yerel Etik Kurulu (HADYEK) görevlendirilmiştir. HADYEK, *Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik* ile düzenleme altına alınmıştır. Bu kurul, yüksek öğretim kurumlarının kendi bünyesinde oluşturmakla yükümlü olduğu bir kuruldur. Tarım ve Orman Bakanlığınca verilen çalışma izni ile hayvanlar üzerinde deneysel ve bilimsel çalışma yapmak amacıyla kurulmuş, deney hayvanı ünitesine sahip resmî ve özel kuruluşlardır. “*Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik*”in 11. maddesinin (c) bendinde¹⁶⁰ hayvan deneylerinde, sokaktaki kedi, köpek gibi başıboş hayvanları yasakladığı belirtilse de devamındaki düzenleme ile büyük bir istisna hüküm getirilmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenleme ile kötüye kullanımın önünün açıldığı kanaatindeyim.

III. ALMAN HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA HAYVANLARIN KORUNMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

Özellikle Türk hukukunda son dönemlerdeki gelişmeler dikkate alındığında, Alman hukukundan oldukça etkilendiği görülmektedir. Bu etkilene hayvanların korunması bakımından olumlu yöndedir. Her iki ülkenin anayasaları bakımından yapılan değerlendirmede; Bir hukuk devleti olan Türkiye’de de Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda olduğu gibi, T.C. Anayasası’na hayvanların korunması konusunun dahil edilerek anayasal güvence altına alınmasının ve Almanya’da olduğu gibi bu konunun bir devlet hedefi haline getirilerek doğrudan düzenlenmelere tabi tutulmasının gerekli olduğu kanaatindeyim. Örneğin, T.C. Anayasası’nın 56. maddesine “ve hayvanları” ibaresi eklenerek “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını “ve hayvanları” korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” şeklinde düzenlenebilir. Uluslararası sözleşmelere uyum bakımından yapılan değerlendirmede; Türkiye’nin kabul etmiş olduğu *Evrensel Hayvan Refahı Bildirgesi*’nin getirdiği yükümlülükleri ne kadar uygulayabildiği tartışmalıdır. Türkiye’de, *Evrensel Hayvan Refahı Bildirgesi*’nin hayvan haklarının da insan hakları gibi yasayla korunmasını düzenleyen 14. maddesi doğrultusunda 5199 sayılı *Hayvanları Koruma Kanunu*’nu (HKK) çıkartılmış ve hayvanların yaşama hakkına sahip olduğuna ilişkin 4. maddesi doğrultusunda 5199 sayılı HKK’nın 4-1(a) maddesi düzenlenmiştir. Hayvan

¹⁶⁰ “Kedi, köpek gibi evcil türlerin sokakta başıboş olanları, deneylerde kullanılmaz. Ancak, hayvanların sağlık ve refahı ile ilgili çalışmalara ihtiyaç duyulması, çevre, insan ve hayvan sağlığına karşı ciddi tehlike oluşturması ve çalışmanın amacının sadece başıboş hayvan kullanılarak gerçekleştirilebileceğine dair bilimsel gerekçeler sunulması hallerinde bu hayvanlar deneylerde kullanılabilir.”

deneyleri konusunda ise Almanya 123 no'lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır, buna göre deney esnasında ya da deneyin bitiminden sonra hayvanın öldürülmesi gerekirse bu işlemin işin ehli kişiler tarafından yapılması gereklidir ve deney hayvanlarına genel olarak hayvan refahına uygun muamele edilmesi amaçlanmıştır. Her iki ülkenin de UNESCO "Hayvan Hakları Beyannamesi" 6. maddesinin getirdiği hayvanlara deney esnasında kötü muamele edilmemesine ilişkin yükümlülükleri bulunmaktadır. Almanya bu hayvan deneyleri konusunda mevzuatında düzenleme yapmış ise de uygulamada hayvan deneylerinin mevzuata uygun yapıp yapılmadığı konusunda denetimi arttırması gerekmektedir. Aksi takdirde uluslararası sözleşme doğrultusunda yapılan kanuni düzenlemeler metruk (uygulanmayan) hükümlerden ibaret olacaktır. Türkiye'de ise 123 no'lu sözleşmeye uygun kanuni düzenlemelerin varlığı tartışmalıdır. Bu düzenlemeler ile kötüye kullanımın önü açılmıştır. Almanya'da bu konuda Tierschutzgesetz'de yetkili makam olan Federal Eğitim ve Araştırma Bakanlığı'nın onayı ile bir istisnai durum olan sokak hayvanlarının deneylerde kullanılabileceği maddesi düzenlenmiştir. Hayvanların korunması bakımından Türkiye'de, Almanya'da olduğu gibi sokak hayvanlarının kullanılmasının yetkili makamın iznine tabi tutulması uygun olacaktır. Uluslararası sözleşmelerle bağlantılı olarak günümüzde dünyayı tehdit eden küresel ısınma ve iklim değişikliğine neden olan gazların başında gelen metan gazının üretiminde çiftlik hayvanlarının önemli payının yanında insanların et ihtiyacının karşılanması amacıyla artan hayvancılık, meraları ve orman alanlarını da sürekli olarak tehdit etmektedir. Hayvancılık nedeniyle karbon deposu olan ormanlar yok olmakta hem de hayvanların beslenmesi nedeniyle daha çok sera gazı üretilmektedir¹⁶¹. Bu konuda her iki ülkenin de farkındalığını arttırarak önlemler alması önerilmektedir. Her iki ülkenin iç hukukundaki düzenlemeler bakımından konu ele alındığında; Alman Medeni Kanunu'na (BGB) §90a¹⁶² hükmü hayvanlara hukuk düzeninde nasıl muamele edilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir. Bu konuda açık bir düzenleme olması yerindedir. Öte yandan hayvanın eşya olmadığını söyleyerek felsefi, ahlaki, toplumsal dönüşüme ayak uydurduğunu iddia eden ve hayvan refahı konusunda en ileride gelen ülkelerden biri olan Almanya'nın *Alman Medeni Kanunu dahi, hayvanların mal statüsünü tümünden kaldırmadığı için gerçek hayatta neredeyse hiçbir şeyi değiştire-*

¹⁶¹ Singer, s. 232-233, 237.

¹⁶² "Hayvanlar nesne değildirler. Özel yasalarca korunurlar. Eşyalara ilişkin hükümler, hayvanlara ilişkin aksi yönde hüküm bulunmadığı durumda uygulanırlar."

remeyen göstermelik bir düzenleme olarak kalmaktadır¹⁶³. Türk Medeni Kanunu'nda, Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi hayvanların hukuki statüsü hakkında net bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi Türk Medenî Kanunu'nun "*Eşya Hukuku*" kitabının mülkiyete ilişkin genel hükümler kısmına hayvanların eşya olmadığına dair bir hükmün eklenmesi ve hayvanlar hakkında özel düzenleme bulunmayan durumlarda hayvanların taşınır eşyalara ilişkin hükümlere tâbi olduğu düzenlenmelidir. TMK'ya eklenmesini gerekli gördüğümüz hayvanlarla ilgili hüküm içerisinde, bu hükmün amacının hayvanları korumak olduğu belirtilmeli, hayvanların yaşayan ve hissedebilen varlıklar olmalarından ötürü eşyalardan farklı bir konumda olduğu vurgusu yapılarak antroposentrik düşünceye dayalı dolaylı bir koruma yerine, doğrudan hayvan onurunu da dikkate alan ahlaki (etiksel) bir koruma getirilmelidir¹⁶⁴. TMK'ya göre özel bir düzenleme olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda da hayvanların eşya olmadığını benimseyen ilkeyi destekler nitelikte bir hükme yer verilmesi de hayvanların durumunu ve konumunu netleştirmek adına uygun bir düzenleme olacaktır. Bu şekilde, hayvanların eşya olmadığı düzenlemesi netleştirilmiş olacak ve hayvanlar üzerinde mülkiyet ve diğer aynı haklar bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmasının oluşması ihtimali ortadan kaldırılacaktır¹⁶⁵. TMK'da anılan düzenlemelerin yapılması halinde hayvanlar sıradan bir eşya konumundan çıkartılıp farklı bir konuma getirilmiş olacak ve hayvanın aidiyet bağı ile bağlı olduğu sahibinin hayvanın üzerindeki kötüye kullanmaya elverişli sınırsız hakimiyetinin önüne geçilebilecektir. Bu şekilde hayvanlar, maliklerine karşı hukuk düzeni sayesinde korunmuş olabileceklerdir. Türkiye'de 7332 sayılı Kanun ile 5199 sayılı HKK'da ve 5237 sayılı TCK'da yapılan değişiklikler vasıtasıyla hayvanlara karşı gerçekleştirilen kasten öldürme, eziyet ve istismar gibi davranışların yaptırımını ağırlaştırılarak caydırıcılık sağlanmaya çalışılsa da yaptırımların HKK'nın 28/A maddesinde adli para cezası veya hapis cezası olarak seçimlik olması nedeniyle yukarıda "Konunun 7332 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" başlığı altında açıkladığımız üzere bu yaptırımlar caydırıcı nitelikte değildir. 5199 sayılı HKK'nın 28/A maddesinde yer alan seçimlik cezaların yetersiz olması karşısında 5199 sayılı HKK'ya,

¹⁶³ **Köybaşı**, Serkan: "Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan - I" Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, 2018, s. 140-141.

¹⁶⁴ **Nart**, s. 140 (Tahliye).

¹⁶⁵ **Uyumaz**, s. 175.

Almanya'daki TierSchG'de olduğu gibi hayvanların korunmasına yönelik güçlü yaptırımlar getirilmesinin gerektiğini ya da 5237 sayılı TCK'da hayvanlara eziyet, istismar ve kasten öldürme gibi davranışların suç olarak düzenlenmesi ve TCK'da hayvanları dolaylı olarak koruyan hükümlerin doğrudan olacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Hayvanlara zarar verici eylemleri önlemek ve insanları bu eylemlerden caydırmak için her ne kadar genel olarak yaptırımların ağırlaştırılması gerektiği düşünülse de suçları önleyen en önemli frenlerden biri, cezaların ağırlığı değil, cezaların “mutlak” olmasıdır. Genellikle bir kimse suç işlemekten önce yakalanıp yakalanmayacağını, yakalanırsa bir cezaya çarptırılıp çarptırılmayacağını düşünür. Yakalanmayacağını yahut yakalansa bile cezalandırılmayacağını düşünen kişiler suç işlemekten çekinmezler. Gerçekten de daha hafif bir cezanın mutlak uygulanması durumu, daha ağır bir cezanın uygulanmaması durumundan daha caydırıcı olmaktadır. Bu nedenle, caydırıcı cezalar bakımından, ağırlıktan çok mutlaklığın ön planda olduğunu söylemek gerekir. *Cezaları ağırlaştırmak, caydırıcılık açısından umulan sonuçları doğurmamaktadır*¹⁶⁶. Bu çerçevede oluşan *klasik caydırıcılık yaklaşımında caydırmanın en büyük aracı ise hızlı, yeteri kadar şiddetli ve uygulanması istisna gözetmeden herkese uygulanan cezaların varlığıdır. Bu yaklaşıma göre cezalar hem potansiyel hem de gerçek suçlular için birer tehdit ve örnek niteliğinde olacaktır*¹⁶⁷. Ayrıca direkt cezalandırma yaklaşımından ziyade hayvanlara zarar veren kişilerin tedavi ve rehabilite edilmesi de düşünülebilir. Her iki ülkede de hayvanlardan ekonomik menfaat elde etmek amacıyla hayvanların yunus parkları, sirkler gibi eğlence mekanlarında kullanılması, hayvanların korunması bakımından eleştiri konusudur. Kanaatimce çağdaş bir hukuk düzeninde hayvanların bir eğlence aracı olarak bu tip ticarethanelerde kullanılması uygun değildir. Nitekim sirkler vb. yerlerde hayvanlar, eğitilmek uğruna kötü muamelelere maruz bırakılmaktadırlar¹⁶⁸. Bu tip ticarethanelerde hayvanların korunması için kontrollerinin çok sık yapılması gerekmektedir ancak bu kontrollerin sağlanabilmesi her iki ülke bakımından da güç görünmektedir. Almanya'da 1976'dan beri canlı hayvan kullanan *Circus Roncalli*, şovlarında canlı hayvanların yerine 3D hayvan hologramları kullanan dün-

¹⁶⁶ Orhan, Uğur: “Cezaları Ağırlaştırmak Caydırıcılığı Artırır mı?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 156, 2021, s. 63.

¹⁶⁷ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, F. Selami/Ünver, Yener: Yaptırım Teorisi 3. Kitap, 2. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s. 326, (Yaptırım).

¹⁶⁸ <https://www.haytapn.org/tr/haytapn-sirk-gercei-le-igili-ksa-filmi> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

yadaki ilk sirk olmuştur¹⁶⁹. Bu gelişme hayvanların korunması konusunda umut vericidir. Hem Almanya’da hem Türkiye’de sirklerde hayvan gösterisi yapılması isteniyorsa bu örnekte olduğu gibi canlı hayvan kullanmak yerine hologram kullanılarak yapılabileceği konusunda düzenlemeler getirilebilir. Bir diğer konu ise Türkiye’de kurban kesimidir. Türkiye çoğunluğu Müslüman olan bir topluma sahiptir ve özellikle kırsal bölgelerde klasik kesim yöntemi uygulanmaktadır. Klasik kesim yöntemi hayvanın acı çekerek can vermesine neden olmaktadır. Türkiye’de kurban kesimi, kurban kesmek konusunda ehil olmayan kişiler tarafından hayvana acı verecek şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bir an önce bu konuda düzenlemeler yapılarak işin profesyoneli olmayan kişiler tarafından hayvana acı verecek şekilde yapılan kurban kesimlerinin önüne geçilmesi sağlanmalıdır. Kurban kesmek esasında kan akıtma esasına dayanan bir dini ritüel değil, sosyo-ekonomik bir yardım aracıdır. Almanya’da Tierschutzgesetz’in 4. maddesinde yer alan “*Sıcakkanlı bir hayvan ancak kan akışı başlamadan önce uyutulmak şartıyla kesilebilir.*” hükmüne benzer şekilde Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerinde gereği olarak Türkiye’de de 5199 sayılı HKK’ya kurban kesme işlemi sırasında hayvana en az acı verecek koşullar altında kesim işleminin yapılabileceği ile ilgili bir hüküm eklenebilir. *Diyanet İşleri Yüksek Kurulu 24.02.2010 tarihli karar; bkz. Mecma’u’l-Fıkh, Karârât ve Tevsiyât, 28 Haziran-3 Temmuz 1997 tarihli karara göre*¹⁷⁰ “*kurbana fazla eziyet vermemek (ölüm acısını azaltmak) maksadıyla, kesim esnasında hayvanın elektrik şoku, narkoz veya benzeri bir yöntemle bayıltılarak kesilmesi*¹⁷¹ *caizdir.*” Ancak kurban kesim işlemi genelde kırsal kesimde yapıldığı ve kırsal kesimde elektrik şoku, narkoz gibi malzemelere ulaşılmasının güç olduğu düşünüldüğünde kurban kesme işinin, kurban kesme işinde profesyonel olmayan kişiler tarafından yapılmasının yasaklanması gerektiğini düşünmekteyiz. Kurban kesme konusunda belediyelerin yetkilendirilerek kurban kesim işleminin yalnızca işin ehli olanlar tarafından yapılabileceğine dair bir düzenleme getirilebilir.

¹⁶⁹ <https://www.wearethehippies.com/almanyada-bir-sirk-canli-hayvanlarin-yerine-3d-hologramlar-kullaniyor/> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

¹⁷⁰ <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/666/kurbanlik-hayvani-elektrik-veya-narkozla-bayiltarak-kesmek-caiz-midir> (Erişim Tarihi: 17.04.2023)

¹⁷¹ Siegert, s. 264.

SONUÇ

Hem Almanya’da hem Türkiye’de hayvanların korunması ile ilgili yasal düzenlemeler yalnızca toplumun olması gerektiğine inandıkları ile sınırlandırılmıştır. Ancak genel olarak her iki ülkenin de yasal düzenlemelerinin hayvanların korunması konusunda gelişmeye açık olduğu kanaatindeyim. Bu konuda Almanya hayvan refahını hedefleyen bir devlet olarak daha önde olsa da Türkiye’de de gelişmeler devam etmektedir. Her iki ülkede de yasalar, zamanla hayvan çıkarlarının insan çıkarlarıyla eşit kabul edilebileceği düzeye ulaşabilecek potansiyeldedir. Almanya’da halihazırda gerçekleşmiş olan hayvanların korunması yönündeki başarılı sosyal ve yasal gelişmelerin küresel olarak yayılmasını sağlamak ve güçlendirmek hukuk camiasının görevidir. Türkiye’nin hayvanların korunması konusundaki mevzuatını Almanya’daki yasal düzenlemeler doğrultusunda düzenleyerek hayvan refahını hedefleyen devlet olma hedefini kendi anayasal hedefi haline getirerek gerçekleştirilebileceği kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

Kitap & Makaleler

- Akbulut**, Onur/**Çobanoğlu**, Nesrin: “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 36, 2020, s. 1-37.
- Aksoy-Dursun**, Sanem: Eşya Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Antalya**, Osman Gökhan: Eşya Hukuku Cilt: 1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Arluke**, Arnold/**Sanders**, Clinton: Regarding Animals, 1. Baskı, Temple University Press, Philadelphia 1996.
- Atasoy**, Sevil: “İlk Darbe”, İstanbul Barosu Dergisi, Hayvanlara Hukuki Yaklaşım Özel Sayı 8, 2008, s. 13-18, (İlk Darbe).
- Atladı**, Ramazan Barış/**Kaplan**, Mahmut: “Gürültüye Neden Olma Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019. s. 627-654.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. II, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Aygörmez-Uğurlubay**, Gülsün Ayhan: Çevreye Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Aygün-Eşitli**, Ezgi: “Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2012, s. 16-24.
- Aykul**, Ömer: Ekolojik Hukuk (Eko - Hukuk) & Çevre Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Babayiğit**, Yasemin: Hayvan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Baş**, Eylem: “Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2021, s. 1-16.
- Başpınar**, Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016.
- Bilgin-Yüce**, Melek: Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

- Braun, Bruce/Castree, Noel:** Remaking Reality: Nature At The Millenium, 1. Baskı, Routledge, Oxford 1998.
- Cevizci, Ahmet:** Felsefe Sözlüğü, 1. Baskı, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999.
- Ceylan, Ebru** (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 56.
- Chareix, Fabien:** “L’animal, entre personne et chose”, Revue de Synthèse, Cilt 120, Sayı 4, 1999, s. 511-544.
- Cin, Onursal:** “Yerel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney”, I. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (11-12 Kasım 2005), Kamu Hukuku Arşivi, Cilt 8, Sayı 2, Diyarbakır 2005.
- Cumalıoğlu, Emre:** “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, 2017, s. 573-610.
- Çelebi, Özgün:** “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 76, Sayı 2, 2018, s. 559-622.
- Demogue, René:** “La Notion De Sujet De Droit”, Revue Trimestrielle De Droit Civil, 1. Baskı, Dalloz, Paris 1909.
- Dönmez, Burcu:** “Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Ekim 2013, s. 903-925.
- Dural, Mustafa/Sarı, Fuat:** Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Dursun, Selman/Sokullu-Akıncı, Füsün:** Viktimoloji (Mağdurbilim), 3. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016.
- Eisele, Jörg:** Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart 2012.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Öztürk, Bahri:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Ertan, Birol:** “Hayvan Hakları ve Türkiye”, Prof. Dr. Cevat Geray’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları: 25, Ankara 2001, s. 393-416.

- Ertas**, Şeref: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 1. Baskı, İleri Yayınları, İstanbul 2012.
- Evans**, Erin: “Constitutional Inclusion Of Animal Rights In Germany And Switzerland: How Did Animal Protection Become An Issue Of National Importance?”, *Society & Animals*, Cilt 18, Sayı 3, 2010, s. 231-250.
- Favre**, David: “Living Property: A New Status For Animals Within The Legal System”, *Marquette Law Review*, Cilt 93, Sayı 3, 2010, s. 1021-1070.
- Francione**, Gary L.: Hayvan Haklarına Giriş - Çocuğunuz Mu Köpeğiniz Mi?, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2022.
- Grimm**, Herwig/**Otterstedt**, Carola vd.: Das Tier an sich: Disziplinenübergreifende Perspektiven für neue Wege im wissenschaftsbasierten Tierschutz, 1. Baskı, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 2012.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, (Genel Hükümler).
- Hakeri**, Hakan: “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türk Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 69, 2007, (Önemsiz Hareketler).
- Hakeri**, Hakan: İlaç Hukuku, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018, (İlaç).
- Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku Cilt - II, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, (Tıp Hukuku).
- Heinrich**, Bernd (çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe): Ceza Hukuku Genel Kısım-I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas vd.: Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB (Basler Kommentar), 5. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Münih 2015.
- İçel**, Kayıhan/**Sokullu-Akıncı**, Füsun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, F. Selami/**Ünver**, Yener: Yaptırım Teorisi 3. Kitap, 2. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, (Yaptırım).
- Kaya**, İdris Güven: “İsmail Bin Abdullah’ın Oniki Hayvanlı Türk Takvimi”, *Turkish Studies*, Cilt 7, Sayı 2, 2012, s. 15-34.

- Keskin-Orhan**, Merve: Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Klug**, Ulrich (Editörler: Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas): “Sozialkongruenz Und Sozialadäquanz Im Strafrechtssystem”, Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck & Ruprecht In Göttingen Verlage, Bonn 1969.
- Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütlü-Erişgin**, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu The Legal Status Of Animal”, Yaşar Üniversitesi E - Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s.1691-1724.
- Kolektif**: Kanuni Sultan Süleyman-Avrupa Fatihi, Sancak Yayınları, İstanbul 2020.
- Köybaşı**, Serkan: “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan - I” Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, 2018, s. 103-156.
- Larenz**, Karl: Rechtsperson und subjektives Recht: zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, 6. Cilt, Junker und Dünhaupt, Berlin 1935.
- Nart**, Serdar (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “Karşılaştırmalı Hukukta Hayvanların Hukuki Niteliği”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, (Karşılaştırmalı Hukuk).
- Nart**, Serdar: “Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, 2020, s. 123-170, (Tahliye).
- Nattrass**, Kate M.: “. . . und die tiere” Constitutional Protection For Germany’s Animals”, Animal Law Review At Lewis & Clark Law School, Cilt 10, Sayı 283, Michigan 2004, s. 283-312.
- Niven**, Charles D.: History Of The Humane Movement, 1. Baskı, Johnson Publications, London 1967.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Orhan**, Uğur: “Cezaları Ağırlandırmak Caydırıcılığı Artırır Mı?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 156, 2021, s. 63-85.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özen-İnci**, Zekiye: “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2019, s. 1-24, (Güncel).

- Özen-İnci**, Zekiye (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “Hayvanlar Lehine Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali - Alman Yargı Kararları ve Öğretisi Çerçevesinde Teorik Bir Tartışma”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, (Hayvanlar).
- Öztürk**, Esra: Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Polat**, Oğuz: Adli Psikolojiye Giriş, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, (Adli Psikoloji).
- Polat**, Oğuz: Şiddet, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Proctor**, Robert N.: The Nazi War On Cancer, 1. Baskı, Princeton University Press, Princeton 1999.
- Sarıçık**, Murat: “III. Murad Devrinden Hayvan Haklarıyla İlgili Bir Ferman”, Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı Özel Sayısı, Sayı 6, 1999, s. 69-78.
- Scheffler**, Uwe/Ünver, Yener: Sanat ve Ceza Hukuku Cilt: 2, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Schmid**, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina: Sachenrecht, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich 2009.
- Schmahmann**, David R./Polacheck, Lori J.: “The Case Against Animal Rights”, Boston College Environmental Affairs Law Review, Cilt 22, Sayı 4, 1995, s. 747-781.
- Schopenhauer**, Arthur: Über Die Grundlage Der Moral, 22. Baskı, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1840.
- Siegert**, Jasper: “Die Wirkweite des Staatsziels Tierschutz – Art. 20a GG in Theorie und Praxis”, Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg Wissenschaft Online, eISSN 2629-7132, Sayı 2, 2022, s. 243-272.
- Singer**, Peter (çev. Hayrullah Doğan): Hayvan Özgürleşmesi, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2005.
- Sinmez**, Çağrı Çağlar: “Dünyada ve Türkiye’de Hayvan Haklarının Mevcut Anayasal Konumu”, Harran Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2022, s. 51-57.
- Sungurbey**, İsmet: Öldürttüğümüz Hayvan Dostlarımız Biz İnsanları Bağışlayınız. Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı, 1. Baskı, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999.

- Şenpolat**, Ahmet Kemal: “Hayvanlara Eziyet Daha Ne Kadar Kabahatler Kanunu Kapsamında Kalmalı?”, İstanbul Barosu Dergisi, Hayvan Haklarına Hukuki Yaklaşım Özel Sayısı, Sayı 8, 2008, s. 33-49.
- Tavşancıl-Kalafatoğlu**, Deniz (Editörler: Herdem Belen, İsmail Altay): “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu ve Hayvan Hakları”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014.
- Temiz-Gül**, Yağmur (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “7332 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la Getirilen Dava Şartı ve Adli Cezalar Üzerine Değerlendirmeler”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 646-666.
- Toroslu**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1. Baskı, Ankara 1970.
- Tuncer-Kazancı**, İdil (Editörler: Murat Batı, Zekiye Özen İnci): “Hayvanın Hukuki Niteliği Çerçevesinde Ev Hayvanlarının Haczedilemezliği”, Hayvanlar ve Hukuk, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Uran-Murphy**, Peri: “Hayvanların Anayasal Çerçeve ve Korunması”, The Journal of Academic Social Science, Yıl 7, Sayı 88, 2019, s. 252-275.
- Uyumaz**, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi (Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi) Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, 2016, s. 133-184.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, (Ceza Muhakemesi).
- Ünver**, Yener/**Nuhoğlu**, Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, Ankara 1999, (Almanya).
- Ünver**, Yener: “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, (Marmara).
- Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (Hukuksal Değer).
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch) (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015.
- Yılmaz**, Halil: “Hayvan Haklarına Bakış”, Türk Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006, s. 212-229.

Zevkliler, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Tezler

Bakalım, Türkan Nil: “Hayvan Hakları”, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

Elektronik Kaynaklar

https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adal et_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2023)

<https://cites.org/eng/disc/parties/chronolo.php> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://crueltyfreeinternational.org/monkey-experiments-max-planck-institute-germany> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://im.baden-wuerttemberg.de/de/sicherheit/polizei/praevention/kampfhundeverordnung> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/666/kurbanlik-hayvani-elektrik-veya-narkozla-bayiltarak-kesmek-caiz-midir> (Erişim Tarihi: 17.04.2023)

<https://lexetius.com/StGB/360,14> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://lexetius.com/StGB/360,9> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/barinaktaki-kopeklerin-belediye-ekiplerince-olune-terk-edilmeye-calisildigi-iddia-edildi/2376659> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/osmanlida-hayvan-haklari-tarihi-belgelerde/2300146> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.aa.com.tr/tr/kultur/dikkat-kopek-var-filmi-hayvan-haklarina-dikkati-cekecek/2703228> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/hukmun-aciklanmasinin-geri-birakilmasi-hagb-kurumunu-duzenleyen-kuralin-iptali/> (Erişim Tarihi: 20.09.2023)

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-42862766> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60019725> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.bmu.de/en/themen/natur-biologische-vielfalt-arten/artenschutz/internationaler-artenschutz/bern-convention> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

<https://www.bmu.de/en/topics/nature-species-protection/nature-and-biological-diversity/international-biological-diversity/ramsar-convention> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

<https://www.bmu.de/en/topics/nature-species-protection/nature-and-biological-diversity/international-biological-diversity/the-united-nations-convention-on-biological-diversity> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

<https://www.cms.int/en/parties-range-states> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 19.07.2023)

<https://www.gazeteduvar.com.tr/kumluca-belediyesinin-boga-guresinde-yarali-hayvani-gurestirdiler-haber-1578310> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-HuStGBEp2> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 20.09.2023)

<https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

<https://www.haberturk.com/izmir-haberleri/100976941-kopege-cinsel-istismara-1-5-yil-hapis> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.haytap.org.tr/haytapn-sirk-gercei-le-lgili-ksa-filmi> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.haytap.org.tr/manifestomuz> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hayvanlari-koruma-dernegine-horoz-dovusu-baskini-42245091> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://im.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-im/intern/dateien/pdf/Kampfhundeverordnung.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2023)

<https://im.baden-wuerttemberg.de/de/sicherheit/polizei/praevention/kampfhundeverordnung> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.kreiszeitung.de/lokales/diepholz/diepholz-ort28581/bekommen-gewalt-gegen-tiere-diepholzer-veterinaeramt-soll-verstaerkung-92046974.html> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

<https://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-cevre-programi.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 09.07.2023)

BVerfG, T. 6.7.1999 - 2 BvF 3/90, Rn. 140 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 11.07.2023)

BVerfG, T. 12.10.2010 - 2 Bvf 1/07 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

BVerfG, T. 15.1.2002 - 1 Bvr 1783/99 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 18.03.2021 E. 2020/2998, K. 2021/528 (Legalbank, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

OVG Hamburg, T. 15.6.1995 – Bs II 262/95 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

VG Göttingen, T. 19.5.2010 - 1 A 288/08 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

Yarg. 2. CD., T. 21.9.2022 E. 2021/1614, K. 2022/15219 (Lexpera, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

Yarg. 7. CD., T. 1.11.2022 E. 2022/7591, K. 2022/15289 (Lexpera, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

Yarg. HGK, T. 18.1.2022 E. 2017/3018, K. 2022/6 (Lexpera, Erişim Tarihi: 09.07.2023)

Raporlar:

Atasoy, Sevil: “Hayvanları Koruma Kanunu’nun Türk Ceza Kanunu Kapsamına Alınması Teklifine İlişkin Olarak Adalet Bakanlığı Yüksek Makamına Sunulmak Üzere Hazırlanan Bilimsel Rapor”, İstanbul 2009, (Atasoy Rapor).

Tarım ve Balıkçılık Başkanlığı: Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı Raporu, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara 2011.

TBMM: Hayvan Haklarının Korunması ile Hayvanlara Eziyet ve Kötü Muamelelerin Önlenmesi İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Raporu, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 132, Ekim 2019. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss132.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

İKLİMİN KORUNMASI VE TEMEL HAKLAR***(Klimaschutz und Grundrechte)****(Çeviri)**DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375633>**Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang KAHL, M.A.******(Çev.) Dr. Zeynep N. AYDINOĞLU YALÇIN*******Öz**

Küresel ısınma, bulunduğumuz yüzyılın çevre sorunlarının başında gelmektedir. Özellikle son yirmi yılda, küresel iklim değişikliğine bağlı afetlerin sayısının dikkat çekici bir biçimde artış göstermesi karşısında, uluslararası anlaşmalar yoluyla önlemler alınmaya çalışılmaktadır. Bu anlaşmaların başında gelen Paris Anlaşması ile kabul edilen küresel sıcaklık artışının 1,5 °C ile sınırlandırılması amacına ulaşmak için, sözleşmenin tarafı devletlerde çeşitli önlemler alınmaktadır. Buna karşılık bu devletlerde söz konusu önlemler, yetersiz oldukları gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriler aynı zamanda küresel bir trend haline gelmiş iklim davalarına sebep olmaktadır. Bu davalardan elde

* Makalenin özgün kimliği: Wolfgang Kahl, Klimaschutz und Grundrechte, in Juristische Ausbildung, 2021(2), S. 117-129. <https://doi.org/10.1515/jura-2020-2727>. Yazardan ve De Gruyter Yayıncılıktan çeviri ve yayın izni alınmıştır. Özet ve anahtar kelimeler çevirmen tarafından eklenmiştir.

Çevirenin Notu (ÇN): Bu makalenin yayımlanmasından sonra, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) 24 Mart 2021 tarihli kararı ile, Federal İklimin Korunması Yasası'ndaki (KSG) emisyon azaltım hedeflerine ilişkin düzenlemenin başvuruçuların temel hakları üzerinde doğrudan ve güncel bir ihlal oluşturduğunu kabul ederek, iklim davaları bağlamında önemli bir adım atmıştır. İlgili kararda, bu makaleye de atıf yapılmıştır. Bu nedenle makalenin çevirisinin literatüre ve Türkiye'de iklim davalarına ilişkin atılacak adımlara katkı sağlayacağı düşünülmektedir. İlgili karara ulaşmak için: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs2_0210324_1bvr265618.html, Erişim Tarihi: 03.07.2022.

** İletişim için: Wolfgang Kahl, Heidelberg Üniversitesi Kamu Hukuku Profesörü. (Özgün eserden alınmıştır.)

*** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kırıkkale (zeynepaydinoglu@kku.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7939-8458 (Geliş Tarihi: 06.06.2023-Kabul Tarihi: 20.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

edilmek istenen temel sonuç, hükümetlerin iklim değişikliğine karşı daha etkili önlemler almaya zorlanmasıdır. Almanya'da da bu türden davalar son yıllarda artış göstermiş; özellikle Federal Anayasa Mahkemesi'ne şikayet konusu edilmiştir. Bu çalışmada iklimin korunması konusunda Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış olan güncel anayasa şikayetleri, temel hak ve özgürlükleri koruma ödevi öğretisi bağlamında açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İklim krizi, İklim davaları, Anayasa şikayeti, Devletin temel hakları koruma ödevi, Anayasa şikayetinde kabul edilebilirlik

CLIMATE PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS

(Translation)

Abstract

Global warming is one of the leading environmental problems of the current century. Especially in the last two decades, in the presence of the remarkable increase in the number of disasters related to global climate change, measures are being taken through international agreements. In order to achieve the goal of limiting the increase in global temperature to 1.5 °C, which was accepted by the Paris Agreement, that is one of the most important of these agreements, various measures are taken by the contracting states. On the other hand, these measures are criticised in these states on the grounds that they are inadequate. These criticisms also lead to climate litigation, which has become a global trend. The main result of these litigations is to force governments to take more effective measures against climate change. In Germany, too, such litigations have also increased in recent years and have been the subject of complaints to the Federal Constitutional Court. In this study, the current constitutional complaints to the Federal Constitutional Court on climate protection are explained in the context of the doctrine of the duty to protect fundamental rights and freedoms.

Keywords

Climate crisis, Climate litigation, Constitutional complaint, State's obligation to protect fundamental rights, Admissibility in constitutional complaints

A. Giriş

Dünya genelinde sel, kuraklık, orman yangınları gibi doğal afetlerin sayısı 2000 - 2019 yılları arasında, önceki 20 yıla kıyasla neredeyse iki kat artış göstermiş olup bu durumun temel sorumlusu küresel iklim değişikliğidir. Yerküre, insani faaliyetler sebebiyle endüstri öncesi değerlere kıyasla halihazırda yaklaşık 1°C ısınmıştır. Küresel ısınmayı 1,5°C’de sınırlamak ve böylece insan ve doğa üzerindeki büyük boyuttaki sonuçlarını engellemek için, küresel CO2 emisyonunu 2030 yılına kadar 2010 yılına göre yaklaşık %45 oranında azaltmak ve 2050 yılına kadar bu değerle sınıra ulaşmak gerekmektedir.¹ Paris Anlaşması’nın (PA) tarafı olarak Almanya, PA m. 2/1 gereğince yerkürenin sıcaklık artışını, endüstri öncesi döneme kıyasla 2°C’nin “önemli ölçüde altında” tutmak ve 1,5 °C’de sınırlamak için çaba göstermeyi taahhüt etmiştir.²

Pek çok bilim insanı ve iklim aktivisti - bilhassa global *Fridays For Future* Hareketi - Federal Almanya Cumhuriyeti’nin bugüne kadar aldığı iklimin korunmasına ilişkin önlemleri, haklı olarak yetersiz bulmaktadır. Bundan dolayı politik taleplerin yanında, çok yakın zamanda daha fazla iklim korumasına zorlamak üzere Alman İdare Mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi önünde artan sayıda iklim davaları açılmaktadır. Bu iklim değişikliği davaları ile (*Climate Change Litigation*)³ aynı zamanda, bu konuda

¹ Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) Special Report 2018 “Global warming of 1,5 °C”, 2019, S. 12, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf.

² Bkz. § 1 S. 3 Federal İklimin Korunması Kanunu (KSG) v. 12. 12. 2019, BGBl. I S. 2513. Almanya 2030 yılı için, sera gazlarını 1990 yılına kıyasla %55 azaltmayı taahhüt etmektedir. BMU (Hrsg.), Klimaschutzplan 2050, 28, <https://www.bmu.de/publikation/klimaschutzplan-2050/>. Das Klimaschutzprogramm 2030 (BMU [Hrsg.], Federal Hükümetin, İklim Koruma Planı 2050’nin hayata geçirilmesine ilişkin İklim Koruma Programı 2030’da (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzprogramm-2030-1673578>) bunun için ayrıca, kademeli karbon fiyatlandırması ve Avrupa Birliği Emisyon Ticareti Yönergesi (2003/87/EG v. 25.10.2003 AB1.L 235,32)’ne dayalı Emisyon Ticaret Sistemi’ne (ETS) dahil olmayan bölge, bina ve trafik alanları için (Non ETS Alanları) ulusal ve tamamlayıcı bir emisyon ticaret sistemi kurulması gibi somut planlar öngörülmektedir. Bildiren: *Frenz/Overath* UPR 2019, 479 (481 ff.). Bkz. Fosil sera gazı emisyonlarının Non ETS Alanlarında fiyatlandırılmasını amaçlayan Yakıt Emisyon Ticareti Kanunu, (BEHG) v. 12. 12. 2019, BGBl. I S. 2728. Avrupa Birliği’nin aldığı diğer önlemler (özellikle Yükümlülüklerin Paylaşılması Kararı Nr. 406/ 2009/EG v. 23. 4. 2009, AB1. L 140, 136, KlimaschutzVO 2018/842 v.30. 5. 2018, AB1. L 156, 26) ve bunun Almanya için doğurduğu yükümlülükler için: *Albrecht*, NuR 2020, 370 (371 ff.); *Kment* NVwZ 2020, 1537 (1538 f.).

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Kahl/Weller (Hrsg.), Handbook Climate Change Litigation, 2021; ayrıca UNEP Klimawandel vor Gericht, 2017, S. 11 ff.. Genel bakış

inceleme yapabilecek mahkemelerin tamamını (hukuk mahkemeleri, idare mahkemeleri, anayasa mahkemeleri, Birlik mahkemeleri), iklim krizi ile baş etmede birer aktör veya itici güç olarak etkin kılmaya çalışmak şeklinde küresel bir trend de söz konusu olmaktadır.

Makalenin devamında esas olarak iklimin korunması konusunda güncel anayasa şikayetlerine değinilecektir. Bu bağlamda somut olarak araştırılması gereken soru, temel hakların Alman Devleti'ne, vatandaşlarını iklim değişikliğinden koruma konusunda bir yükümlülük getirip getirmediği ve ne kapsamda getirdiğidir. Bunun için öncelikle, çevre hukukunda temel hakların korunma hakkı⁴ fonksiyonunun anlamı açıklanmaktadır (B.). Makalenin odak noktasında, Federal Anayasa Mahkemesi kararları ışığında temel hakların korunma fonksiyonunun genel ilkelerinin ortaya konulması bulunmaktadır. (C.) Ardından özel olarak iklimin korunmasına yönelik şikayetler için, korunma ödevi öğretisinin anlamı tartışılmıştır. (D.) En sonda bir sonuç (E.) ve de konuya ilişkin genel bir bakış bulunmaktadır. (F.)

B. Çevre Hukukunda Temel Hakların Korunma Hakkı Fonksiyonu

Almanya Anayasası'nda diğer bazı devletlerin anayasalarının⁵ aksine temiz bir çevrenin tesis edilmesi ve korunmasını düzenleyen bir temel hak bulunmamaktadır.⁶ Esasen böyle bir temel hakkın varlığı defaatle tartışılmış⁷; ancak nihai olarak ret oyları ağır basmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 20a

için: Köck/Markus ZUR 2019, 257 f.; Saurer ZUR 2018, 679 ff.; Gra- ser ZUR 2019, 271 ff. Avrupa Birliği alanında: EuG, ECLI:EU:T:2019:324, Rn. 28 ff. – Carvalho u. a.; zust. *Germelmann/Gundel* BayVBl. 2020, 613 (614); *Wegener* ZUR 2019, 3 (7); a. A. *Krämer* JEEPL 16 (2019), 198 ff.; *Winter* ZUR 2019, 259 (265 ff.); Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndaki bir dava için Rs. C-565/19 P. Hollanda'daki ünlü Urgenda davası için bkz. Aşağıda dipnot 46.

⁴ ÇN: Yazar bu kısımda Abwehrrechte kavramını kullanmıştır. Kavramın korunma hakkı şeklindeki çevirisinde Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Mukayeseli Bir İnceleme, eserindeki çeviriden yararlanılmıştır (2013, s. 590).

⁵ Örneğin Belçika Anayasası m. 23/2, Nr. 4; Finlandiya Anayasası m. 20; Portekiz Anayasası m. 66/1; İspanya Anayasası m. 45/1; Bkz.. Kahl/Weller/Groß Climate Change Litigation, 2021, sect. D. Rn. 9 Fn. 12.

⁶ BVerwGE 54, 211 (211 f. [Ls. 5], 219), İmar planına karşı hukuki koruma.

⁷ Çevresel korumaya yönelik temel hak tartışmaları hakkında özet bilgi için *Bock* Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 1990, S. 58 ff.; *Dreier/Schulze-Fielitz* GG II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 a Rn. 4 ff. Bu tartışma özellikle 1970'li yıllarda sürdürülmüştür. Karşı argümanlar için: *Kloepfer* Zum Umweltschutzgrundrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 21 ff.; *Rehbinder* ZRP 1970, 250 ff.; *Rupp* JZ 1971, 401 ff.; *Weber* DVBl. 1971, 806 ff.; Buna karşılık uygun bulan görüş için: *Lücke* DÖV 1976, 289 ff. 1980'li yıllarda, objektif hukuki bir

maddesinde düzenlenen ve iklimin korunması da dahil olmak üzere⁸ çevresel korumayı da kapsamına alan rehber ilke⁹ de, sübjektif kamusal bir hak anlamına gelmeyip; daha ziyade devlete objektif bir yükümlülük getirmektedir.¹⁰

Buna karşılık temel haklar, çevrenin korunması alanında da önemli rol oynamaktadırlar. Bu hakların klasik korunma hakları olarak ilk etaptaki fonksiyonu, ispat edilebilir bir nedensellik bulunduğu sürece, devlete atfedilebilen veya doğrudan devlet tarafından yapılan çevresel zararların yol açacağı temel hak ihlallerine karşı koruma sağlamaktır.¹¹ Ancak çevre hukuku açısından problem, pek çok çevresel zararın devlet tarafından değil; özel kişilerin faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmasıdır. Özel hukuk ilişkilerinde temel hakların üçüncü kişilere doğrudan etkisi hem Anayasa'nın 1. maddesinin 3. fıkrasının lafzi yorumu hakkındaki hakim görüş hem de tarihsel (Anayasanın kuruluş tarihi, temel hakların düşünsel tarihi), sistematik (Anayasanın 9. maddesinin 3. fıkrasının aksi ile ispatı) ve teleojik yorum (temel ödevler bakımından temel hakların özgürlük güvencesinin vazgeçilmezliği) gereği kural olarak kabul edilmediği için¹², çevresel zararlardan etkilenen bir vatandaş, doğrudan üçüncü kişiye karşı temel hakkını ileri süremez. Bununla birlikte bazı yazarlar tarafından özel kişilerin yol açtığı çevresel zararların da

rehber ilke teklifi (Bkz. *Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz* [Hrsg.], *Staatszielbestimmungen/ Gesetzgebungsaufträge*, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 130 ff.), Alman Birliği sebebiyle oluşturulan ortak Anayasa Komisyonu'nun önerisi yoluyla (BT – Drs. 12/6000, S. 65ff.) kabul edildi. Rehber ilkeler lehine bu trend, geçtiğimiz yıllarda karşılaştırmalı hukuki perspektifle (diğer devletler, Alman Eyalet Anayasaları) yeniden ele alındı. Buna rağmen belirtmek gerekir ki, hala çevre hakkı lehine görüşler de ileri sürülmeye devam etmektedir. Örneğin *Kotulla* KJ 2000, 22 (25 ff.); *MacDonald* EEELR 2008, 213 ff.

⁸ Bkz. *Kloepfer* Umweltrecht, 4. Aufl., 2016, § 3 Rn. 30; ausf. *Groß* ZUR 2009, 364 ff. Aynı zamanda bir süreden beri *de constitutione ferenda* gereği iklimin korunması amacına yönelik açık – doğrudan bir düzenleme getirilmesi de düşünülmektedir. Bu konuda ve daha ziyade şüpheli bir yaklaşım için, *Kahl/Waldhoff/Walter/Kloepfer* Bonner Kommentar zum GG, Art. 20a Rn. 153 ff. (Stand: April 2020).

⁹ ÇN. Staatszielbestimmung kavramının rehber ilke olarak çevirisi için bkz. Ahmet Güneş, Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi, AÜHFD, C. 58, S.4, Ankara, 2009.

¹⁰ Vgl. BVerfG (K) NVwZ 2010, 114 (116) – Schacht Konrad; *Hahn* Umwelt- und zukunftsverträgliche Entscheidungsfindung des Staates, 2017, S. 239 f.; *Kahl/Gärditz* Umweltrecht, 11. Aufl., 2019, § 3 Rn. 4, 10; *Kloepfer/Durner* Umweltschutzrecht, 3. Aufl., 2020, § 2 Rn. 15; *Koch/Hofmann/Reese/Appel* Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, § 2, Rn. 113.

¹¹ Bu konuda: *Hufen* Staatsrecht II, 8. Aufl., 2020, § 7 Rn. 8; *Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl* Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 310 ff. (Stand: Oktober 2014).

¹² Bu görüşte *Hufen* Staatsrecht II, 8. Aufl., 2020, § 7 Rn. 8; *Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl* Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 310 ff. (Stand: Oktober 2014).

korunma hakları kapsamında ele alınabileceği savunulmaktadır. Bu görüşte bu türden zararlar, dolaylı edimsel müdahale¹³ olarak devlete atfedilmektedir.¹⁴ Bu yaklaşımın temel gerekçesi, doğrudan özel kişilerin sebep olduğu çevresel zararlara kural olarak devlet tarafından verilen bir iznin (örneğin Federal İmasyon Koruma Kanunu'na [BImSchG]¹⁵ göre bir tesise verilen ruhsat) veya devletin yetersiz denetim önlemlerinin yol açmasıdır. Böylelikle devlet, özel kişilere üçüncü kişilerin temel hakkına müdahale konusunda izin vermiş ve bu durumun sonucunda zarar gören kişi, söz konusu müdahaleye devletin güç kullanma tekeli sebebiyle katlanmak zorunda kalmıştır. Ancak devlete yönelik sorumluluğun bu denli genişletilmesi görüşü kabul görmemektedir.¹⁶ Bu aksi görüş; açıkça Anayasa'nın dışında tutulmuş olan, temel hakların üçüncü kişilere doğrudan etkisini kabulden kaçınmaktadır.¹⁷ Ayrıca özellikle kümülatif zararlar ve mesafe zararlarında yeterli yakın isnadiyet bağı bulunmamaktadır. Çünkü bağımsız davranan özel kişi (burada tesis işletmecisi) devlet tarafından verilen izin ile zarar arasında bulunur ve bu da devlete yönelik isnadiyeti ortadan kaldırmaktadır.¹⁸ Bu bakımdan temel hakların korunma hakkı boyutu, çevre hukukunda başlı başına yeterli korumayı sağlamamaktadır.

C. Temel Hakları Koruma İşlevi – Temel İlkeler

Hiçbir devlet, başkalarının eylemlerinden, mücbir sebep hallerinden (ör. doğal afetler) veya yabancı devletlerin faaliyetlerinden dolayı vatandaş-

¹³ Geniş (modern) anlamda müdahale kavramı için BVerfGE 104, 279 (303); BVerfG (K) NJW 2018, 2312 Rn. 29 – Nükleer silahların konuşlandırılması; *Mager* Staatsrecht II, 7. Aufl., 2018, Rn. 115; *Sachs/Murswiek/Rixen* GG, 8. Aufl., 2018, Art. 2 Rn. 151.

¹⁴ Bu konuda temel bilgi için: *Schwabe* Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 213 ff.; Bu yaklaşımı çevre kirliliğine taşıyan görüş için; *Murswiek* Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 89 ff. (91 f., 95 f.); *ders.* Wi- Verw 1986, 179 (182). Aynı şekilde *Poscher* Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 387 ff. Isnat edilebilirlikle ilgili yakın bir görüş için; *Steinberg* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 77 ff.

¹⁵ *Schlacke* Umweltrecht, 7. Aufl., 2019, § 4 Rn. 21.

¹⁶ Bkz. BVerfG (K) NJW 1998, 3264 (3265) – Ormana verilen zarar; NJW 2018, 2312 Rn. 29; Nükleer silahların konuşlandırılması, VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 61 f.; *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1392); *Calliess* JZ 2006, 321 ff.; *Dietlein*, Temel haklardan kaynaklanan koruma yükümlülüğü öğretisi, 1992, S. 92 f.; *Kahl* (o. Fn. 12), Art. 1 Abs. 3 Rn. 340 f.; *Landmann/Rohmer/Gärditz* Umweltrecht I, Art. 20a GG Rn. 74 ff. (Stand: Februar 2013); *Voßkuhle* NVwZ 2013, 1 (6).

¹⁷ Bkz. Dipnot 11.

¹⁸ *Kahl/Gärditz* (o. Fn. 10), § 3 Rn. 17. Genel olarak müdahalenin isnat edilebilirliğini gerekli bir koşul olarak gören yaklaşım için: BVerfG (K) NJW 2018, 2312 Rn. 29 – Nükleer silahların konuşlandırılması.

larının temel hak ve özgürlüklerinin¹⁹ tehdit altında bulunmasına veya zarar görmesine kayıtsız kalamaz. İlk olarak Federal Anayasa Mahkemesi'nin doğmamış hayatın korunmasına ilişkin geliştirdiği içtihadından sonra, temel haklar, objektif hukuki bir anlam kazanarak veya objektif değere ilişkin kararların²⁰ bir ifadesi olarak devletin koruma ödevine de sebep olmuştur.²¹ Kamu gücü, korunan hukuki değerler karşısında koruyucu ve destekleyici bir konumda olmakla yükümlüdür.²² Bu durum, çevre hukukunda özellikle kanun koyucunun yeni veya daha etkili yasalar ihdas etmesi şeklinde sonuç doğurmuştur.²³ Bununla birlikte bireylerin bu yönde subjektif bir hakla korunma talepleri, ancak devletin çevrenin korunması konusunda yeterince somut bir yükümlülüğünün bulunması halinde söz konusu olmaktadır.²⁴ Eğer devlet bu yükümlülüğünü ihmal ederek yerine getirmezse, bu durumda bir müdahale söz konusu olur ve eğer bu müdahale anayasa hukuku bakımından

¹⁹ ÇN. Yazar burada “Freiheitsgrundrechte” kavramını kullanmıştır. Freiheitsgrundrechte kavramının anayasa hukuku öğretisinde özgürlük hakları olarak çevirisine rastlanmaktadır. Bkz. Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Mukayeseli Bir İnceleme, 2013, s. 440). Ancak yazar bu ayrımların Türk hukukundaki temel hak ve özgürlükler kavramından başka bir anlamı ifade etmediğini de belirtmektedir. Çalışmada kavram bundan sonra, temel hak ve özgürlükler olarak anılacaktır.

²⁰ BVerfGE 7, 198 (205) kararından itibaren, Lüth; Bkz. Ayrıca *Kahl* (o. Fn. 10), Art. 1 Abs. 3 Rn. 328 ff.; *Mager* (o. Fn. 11), Rn. 51 ff.

²¹ BVerfGE 39, 1 (41 ff.) – Kürtaj I, 46, 160 (164) – Schleyer, Koruma ödevi öğretisinde yakın bir görüş için: *Kingreen/Poscher* (o. Fn. 9), Rn. 133 ff.; Çevre hukuku için *Kloepfer Umweltrecht* (o. Fn. 7), § 3 Rn. 68 ff.; *Appel* (o. Fn. 8), § 2 Rn. 125 ff.; *Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, S. 312 ff.; *Gärditz* (o. Fn. 14), Rn. 79 ff.; *Rehbinder/ Schink/Heselhaus Grundzüge des Umweltrechts*, 5. Aufl., 2018, Kap. 1 Rn. 92; *Steinberg* (o. Fn. 12), S. 325 ff.; *Vofkuhle NVwZ* 2013, 1 (6 ff.). Koruma ödevi doktrini ile temel hakların ancak dolaylı olarak üçüncü kişi etkisine sahip olduğu doktrini arasındaki tartışmalı ilişki için bkz. *Kahl* (o. Fn. 10), Art. 1 Abs. 3 Rn. 332 ff, ek belgeler de dahil.

²² BVerfGE 39, 1 (42), Kürtaj, 46, 160 (164 f.) – Schleyer; grundlegend zum Bereich des Umweltrechts: 49, 89 (140 ff.) – Kalkar I; 53, 30 (57 ff.) – Mülheim-Kärlich; 56, 54 (73 ff.) – Uçak gürültüsü, 46, 160 (164 f.)– Nükleer silahların konuşlandırılması, *Calliess* (o. Fn. 18), S. 312 ff.; *Kingreen/Poscher* (o. Fn. 9), Rn. 136, 141, yazarlar özellikle gerçek olmayan koruma yükümlülüğünden söz etmektedir. Korunma ve koruma fonksiyonlarından doğan temel haklar bağlamında denetimin sonuçları için *Kingreen/Poscher* ebd., Rn. 137, 140, Genel olarak koruma yükümlülüğünün anayasa şikayetlerindeki denetimi için bkz. *Kingreen/Poscher* ebd., Rn. 137, 140.

²³ *Jarass/Pieroth/Jarass GG*, 16. Aufl., 2020, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 8 a; *Erbguth/Schlacke JURA* 2009, 431 (434).

²⁴ *Kloepfer/Durner* (o. Fn. 8), § 2 Rn. 6; *Schlacke* (o. Fn. 13), § 4, Rn. 28.

hukuka uygun değilse, buna karşı ilgililer anayasa şikayeti (m. 93/1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8 a, §§ 90 ff. BVerfGG) yolunda gidebilirler.²⁵

I. Korunabilir Hukuki Değer

Bunun için her şeyden önce korunabilir bir hukuki değer bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda hem Anayasa’da açıkça belirtilen koruma ödevleri - 1. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde olduğu gibi (“dikkat etmeye ve korumaya”) – hem de temel hak ve özgürlükler yoluyla korunan tüm hukuki değerler sayılmaktadır.²⁶ Çevre hukukunda bugüne kadar özellikle Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen yaşam ve bedensel bütünlük hakkı ve 14. maddesinin 1. fıkrasında (1. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi ile de bağlantılı olarak) düzenlenen mülkiyet hakkı rol oynamaktadır.²⁷

II. Koruma Ödevi

Bunun dışında ayrıca bir koruma ödevinin de bulunması gerekmektedir. Hukuki değer; devletin soyut bir biçimde düzenlenen koruma ödevini somut bir biçime dönüştürecek bir tehlike ve risk altında bulunması gerekmektedir.²⁸ Koruma ödevinin mevcudiyeti ve kapsamı, tehdit edilen temel hak ihlalinin gerçekleşme ihtimaline ve yoğunluğuna bağlıdır.²⁹

Önemli temel hak ihlallerinden doğan *zararlardan* her zaman kaçınılması gerekirken; baskın görüş, önemsiz ve sosyal açıdan kabul edilebilir ihlallerin (ufak zararların) katlanılabilir olduğunu ileri sürmektedir.³⁰ Ayrıca koruma yükümlülüğünün doğabilmesi için, polis hukuku anlamında bir *tehlikenin* de bulunması gerekmektedir. Temel hak ihlaline yol açabilecek yeterli kesinlikte, kesintiye uğramamış bir nedensellik kurulabilen durumların mevcut olması gerekmektedir. Bu bakımdan tehlike salt varsayımsal bir

²⁵ Bkz. BVerfGE 77, 170 (214) – C-Waffen; 79, 174 (201) – Trafik gürültüsü.

²⁶ *Erichsen* JURA 1997, 85 (86); *Sachs/Sachs* GG, 8. Aufl., 2018, Vor Art. 1 Rn. 35, ek belgeler de dahil.

²⁷ *Gärditz* (o. Fn. 14), Art. 20a GG Rn. 82; ayrıca bkz. *Schmidt* DÖV 1994, 749 (751).

²⁸ *Gärditz* (o. Fn. 14), Art. 20a GG Rn. 83; *Kahl/Gärditz* (o. Fn. 8), § 3 Rn. 20.

²⁹ Bkz. BVerfGE 49, 89 (142) – Kalkar I; BVerfG (K) NVwZ 2009, 1489 – Uçak gürültüsü II.

³⁰ BVerwGE 46, 1 (7) – Askerler için Saç Yönergesi- 54, 211 (223), İmar planlarına karşı hukuki koruma, *Kloepfer* Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 57 Rn. 45; *Kahl/Waldhoff/Walter/Lorenz* Bonner Kommentar zum GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 458 (Stand: Februar 2015); Önemli sebeplerle anayasal bakımdan hukuka uygun olan, bahsi geçen önemsiz davalar için de bir çözüm olarak: *Murswiek/Rixen* (o. Fn. 11), Art. 2 Rn. 163, zarar ile ufak ihlaller arasındaki sınır hakkında: *Schlacke* (o. Fn. 13), § 4, Rn. 31.

karaktere sahip olamaz.³¹ Bunun dışında tamamen göz ardı edilemeyecek olan, sadece zararın oluşma ihtimali gibi bir *risk* de, koruma yükümlülüğünün temelini oluşturabilir. Çevresel tehlikelerin bir yandan, her ne kadar kesin olmasa da, gerçekleşmesi halinde temel hak sahiplerinin çoğunluğu açısından büyük bir tehlike yaratmasında durum böyleyken; bir yandan da, bu türden tehlikeler, sadece başka çevresel zararlarla bir kombinasyon içinde yahut geniş bir zamansal sürece yaygın veya mesafe zararları şeklinde de ortaya çıkabilirler (kümülatif zararlar, uzun vadeli veya mesafe zararları).³² Eğer bilimsel ve teknik açıdan yeni bir alana giriliyorsa, kanun koyucu özel bir özen yükümlülüğü altındadır.³³ Federal Anayasa Mahkemesi'nin nükleer hukuk bağlamında geliştirdiği, "Mümkün Olan En İyi Tehlike Önlemi ve Risk Tedbiri İlkesi" burada, temel hakkın derecesi, tehlikenin türü ve zamansal yakınlığı ile halihazırda var olan normatif düzenlemelere bağlı olarak, zararın oluşma ihtimalini bertaraf etmek konusunda devlete koruma ödevi getirmektedir.³⁴ Ancak koruma ödevinin kapsamına, mevcut bilimsel ve teknik duruma göre bir zarara sebebiyet vermeyecek riskler dahil değildir. Bu *geri kalan riskler* toplumun çoğunluğu tarafından sosyal açıdan kabul edilebilir olarak görülmektedir ve bu riskler açısından devletin koruma ödevi bulunmamaktadır.³⁵

III. Devletin Yeterli Ölçüde Somut Koruma Ödevinin İhlali

Bundan başka devletin, yeterli ölçüde somut koruma ödevini ihlal etmesi gerekmektedir. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesi sebebiyle (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) koruma ödevinin yerine getirilmesi bakımından parlamenter sistemde yasa koyucunun değerlendirme – kıymet biçme ve düzenleme alanı bulunmaktadır. Bu nedenle bu alanda önemli ölçüde çekinik bir yargısal denetim (judicial -self- restraint) söz konusu olmaktadır.³⁶ Federal Anayasa

³¹ BVerfGE 56, 54 (73 ff.) – Uçak gürültüsü; *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1390); Schoch/*Eifert* Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 5 Rn. 275.

³² Bkz. BVerfGE 66, 39 (58) – Nachrüstung; BVerfG (K) NVwZ 2010, 702 (703 f.) – CERN; *Kahl/Gärditz* (o. Fn. 8), § 3 Rn. 22; *Kloepfer* (o. Fn. 27), § 57 Rn. 12 ff. (14), 47.

³³ Bu konuda: BVerfG (K) NVwZ 2010, 702 (703) – CERN; ferner BVerfG NuR 2011, 39 (40) – GenTG.

³⁴ BVerfGE 49, 89 (138 f., 142) – Kalkar I; ferner BVerfG (K) NVwZ 2009, 171 (172) – Grafenrheinfeld. Çevresel tehlikeler ve risk önlemleri konusunda bkz. *Steinberg* (o. Fn. 12), S. 91 ff.; *Murswiek/Rixen* (o. Fn. 11), Art. 2 Rn. 198 ff.

³⁵ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I; 56, 54 (78) – Uçak gürültüsü; BVerfG (K), NVwZ 2009, 171 (172) – Grafenrheinfeld.

³⁶ BVerfGE 77, 170 (214 f.) – C-Waffen; BVerfG (K) NVwZ 2010, 702 (703) – CERN; dazu *Kahl/Gärditz* (o. Fn. 8), § 3 Rn. 27, 30; *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1 (7).

Mahkemesi başlangıçta kendi denetimini yasa koyucunun açık bir biçimde hataya düşüp düşmediğinin denetlenmesi ile sınırlandırmıştır (Evidenzkontrolle): Mahkeme koruma ödevinin ihlalini, kamu gücünün ya hiçbir biçimde önlem almaması durumunda (koruma yoksunluğu) ya da alınan önlemlerin var olan bilimsel bilgiler doğrultusunda gerekli olan koruma amacına ulaşmak için açıkça elverişsiz ya da tamamıyla yetersiz olması halinde kabul etmektedir (açık koruma eksikliği).³⁷ Kanun koyucunun koruma ödevi konusundaki değerlendirme marjının yoğunluğunu, salt spesifik bir önlemin alınması boyutuyla ele almak ancak çok sınırlı şartlar altında söz konusu olmaktadır.³⁸ Ancak daha yakın bir zamanda Federal Anayasa Mahkemesi denetimin kapsamını belirli, asgari bir koruma seviyesinin de arandığı, olumsuz aşırılık yasağı³⁹ doktrini çerçevesinde güçlendirmiştir.⁴⁰ Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasa koyucunun aldığı önlemler uygun ve etkili bir koruma için yeterli olmak ve buna ek olarak özenli bir vakıa araştırmasına ve makul bir değerlendirmeye dayanmak zorundadır.⁴¹ Somut olay⁴² bağlamında olumsuz aşırılık yasağı doktrinine göre;

- Vakıaların özenli bir biçimde araştırılması ve makul bir değerlendirme yapılması
- Alınan koruma önlemlerinin uygun olması, yani çatışan menfaatlerin makul bir biçimde değerlendirilmesi

ve kümülatif olarak

- Alınan koruma önlemlerinin gerçekten etkili olması (ampirik olarak korumanın etkili olması)⁴³

gerekmektedir.

³⁷ BVerfGE 77, 170 (240) – C-Waffen; 79, 174 (202) – Caddelerdeki trafik gürültüsü; ayrıca Kahl/Gärditz (o. Fn. 8), § 3 Rn. 30; Appel (o. Fn. 8), § 2, Rn. 127 f.

³⁸ BVerfGE 56, 54 (80 f.) – Uçak gürültüsü; 77, 170 (214 f.) – C-Waffen.

³⁹ ÇN: Untermassverbot kavramının “olumsuz aşırılık yasağı” olarak çevirisinde Tolga Şirin’in, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler’in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme” isimli makalesinden yararlanılmıştır. Makale için bkz. https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri, Erişim Tarihi: 08.10.2022.

⁴⁰ Aynı yönde Buser DVBl. 2020, 1389 (1393: » her durumda formülasyonda [...] daha güçlü...«; bu konuda ayrıca Heselhaus (o. Fn. 18), Kap. 1 Rn. 94.

⁴¹ BVerfGE 88, 203 (254) – Kürtaj II; ayrıca BVerfG (K) NVwZ 2009, 1489 (1490) – Uçak gürültüsü II; Kloepfer (o. Fn. 27), § 57 Rn. 53.

⁴² Kahl/Gärditz (o. Fn. 8), § 3 Rn. 32.

⁴³ Bkz. Ayrıca Klein JuS 2006, 960 ff.; kapsamlı bir çalışma için bkz. Störring Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009; Mayer Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005.

Bundan başka temel hakları koruma ödevi yasa koyucuyu, var olan yasaların etkililiği bağlamında bir gözlem yapmakla ve eğer kısa bir zaman zarfında bu etkinin hafif kaldığı ortaya çıkar veya yeni gelişmeler sebebiyle bu düzenlemelerin koruma ödevinin yerine getirilmesi bakımından artık yetersiz olduğu anlaşılırsa, güncelleme yapmakla yükümlü kılabilir.⁴⁴

Bugün Federal Anayasa Mahkemesi salt yasa koyucunun açıkça hataya düşüp düşmediğini kontrol etmenin ötesine geçerek, yasa koyucunun var olan hukuki değerleri tartarken, değerlendirme marjını “makul bir biçimde kullanıp kullanmadığını” denetlemektedir⁴⁵ (makullük denetimi). Buna rağmen yargısal denetimin yoğunluğu hala sınırlı durumda ve tam bir içerik denetiminin oldukça altında bulunmaktadır.⁴⁶ Bundan dolayı Federal Anayasa Mahkemesi’nin bugüne kadar çevre hukukuna ilişkin hiçbir davada, devletin koruma ödevini ihlal ettiğini kabul etmemiş olması sürpriz değildir.⁴⁷

D. İklimin Korunması Hukukunda Temel Hakları Koruma Ödevi

İklimin korunması hukukunda devletin koruma ödevinin kapsamına ilişkin sorun bugün büyük önem arz etmektedir. Geçtiğimiz yıllarda devletin iklimi korumaya yönelik daha sert önlemler almasını sağlamak amacıyla, artış gösteren bir biçimde iklim koruma davaları açılmıştır.⁴⁸ Urgenda Vakfının, Hollanda Devleti’nin 2020 yılı sonuna kadar sera gazı emisyonunu 1990 yılına kıyasla %25 oranında azaltma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeye karşı açtığı dava üzerine Hollanda Yüksek Hukuk Mahkemesi’nin verdiği 20.12.2019 tarihli kararı, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri sebebiyle tartışmalı⁴⁹ olan bu stratejik davaları örnek olarak etkilemiştir.⁵⁰

⁴⁴ BVerfGE 49, 89 (130, 132) – Kalkar; 56, 54 (81) – Uçak gürültüsü; *Murswiek/Rixen* (o. Fn. 11), Art. 2 Rn. 198.

⁴⁵ BVerfGE 88, 203 (254, 262 f.) – Kürtaj II; BVerfG (K) NVwZ 2009, 1489 (1490) – Uçak gürültüsü II.

⁴⁶ Denetimin yoğunluğunun belirlenmesi için kriterler konusunda bkz: *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1393); ayrıca *Eifert* (o. Fn. 28), Kap. 5 Rn. 202 ff., 285, 323 ff.

⁴⁷ Bkz. BVerfGE 56, 54 (80) – Uçak gürültüsü; BVerfG (K) NJW 1996, 651 – Ozon; NVwZ 2009, 1489 – Uçak gürültüsü II.

⁴⁸ Bkz. Yukarıda dipnot 3.

⁴⁹ Sadece “temel haklara dayalı” iklimin korunması davalarının eleştirisi için *Wegener ZUR* 2019, 3 (10 ff., 13); stratejik iklim davaları hakkında olumlu kanıda bulunan bir görüş için; *Graser ZUR* 2019, 271 (275 ff.).

⁵⁰ Hoge Raad, Urt. v. 20. 12. 2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 (İngilizce çeviri için: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v- Netherlands-20-12-2019.pdf>); ayrıca *Backes/van der Veen JEEPL* 17 (2020), 307 ff.; *Bang/Holle EPL* 26 (2020), 45 ff.; *Groß NVwZ* 2020, 337 ff.; *Soyapi*

Urgenda Davası'nın Almanya'ya aktarılıp aktarılamayacağı ve ne ölçüde aktarılacağı çalışmanın devamında incelenmektedir.

I. Almanya'da Güncel İklim Koruması Davaları (Genel Bakış)

İklimin korunmasına ilişkin başvurular, dava veya şikayet konusu olarak idare veya anayasa mahkemeleri önünde görülebilmektedir.⁵¹

1. Berlin İdare Mahkemesi Kararı

Berlin İdare Mahkemesi önünde görülen ve Greenpeace Derneği ve 13 özel kişinin açtığı eda davasında, 2014 yılında⁵² alınan “2020 İklimin Korunması Aksiyon Programı” kabine kararındaki, 2020 yılı sonuna kadar sera gazı emisyonunu %40 azaltma iklimsel amacına zamanında ulaşmak ve Avrupa düzenlemeleri çerçevesinde azaltım yükümlülüğünü yerine getirmek için Hükümetin ek önlemler alması amaçlanmıştır.⁵³ Berlin İdare Mahkemesi davayı, dava yetkisinin bulunmaması dolayısıyla kabul edilemez olarak görerek reddetmiştir.⁵⁴ Gerekçede ise, Aksiyon Programı'nın politik bir niyet açıklamasından ibaret ve dışsal etkilerden yoksun olduğu; koruma normu teorisi anlamında, şikayetçilerin sübjektif kamusal haklarının türeyebildiği bir koruma normunun bulunmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁵ Mahkeme ayrıca, devletin temel haklara yönelik iklimi koruma ödevi bağlamında muhtemel bir ihlalini de gerçekleşmiş olarak görmemiştir. Çünkü davacılar açık bir biçimde devletin, “iklimi koruma konusunda anayasal bağlamda belirlenen asgari ölçünün altında kalmış olduğunu”, yeterli olarak ortaya koyamamış-

RECIEL 28 (2019), 152 ff.; *Schomerus*, JEEPL 17 (2020), 322 ff.; *Stürmlinger* EurUP 2020, 169 ff.; *Wegener* ZUR 2019, 3 ff. Bunun için bkz. Den Haag, Urt. v. 24. 6. 2015 – Rs. C/09/456689/ HA ZA 13–1396, ECLI:NL: RBDHA:2015:7145 (Lahey Temyiz Mahkemesi tarafından onaylanmıştır: Urt. v. 9. 10. 2018 – Rs. 200.178.245/01, ECLI:NL: GHDHA:2018:2591); bunun için *Voland* NVwZ 2019, 114 ff.

⁵¹ Bunun hakkında bkz. *Bickenbach* JZ 2020, 168 ff. (176 f.); *Stürmlinger* EurUP 2020, 169 (174 ff.). Koruma ödevinin ihlaline karşı anayasa şikayetlerindeki hukuki problemlerin temelleri, Möstl DÖV 1998, 1029 ff.

⁵² Çevre, Doğanın Korunması, Nükleer Güvenlik ve Tüketicinin Korunması Federal Bakanlığı (Hrsg.), İklimin Korunması Aksiyon Programı – Almanya İklim Amaçları 2020, https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Aktionsprogramm_Klimaschutz/aktionsprogramm_klima_schutz_2020_broschuere_bf.pdf.

⁵³ VG Berlin Urt. v. 31. 10. 2019 – VG 10 K 412.18, ZUR 2020, 160; Ayrıca *Buser* NVwZ 2020, 1253 ff.; *Oexle/Lammers* NVwZ 2020, 1723 ff.; *Schomerus* ZUR 2020, 167 ff.

⁵⁴ VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 40 ff.

⁵⁵ VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 51 ff.; çevresel ihlal yaratan projelere karşı davalarda genel olarak § 42 Abs. 2 VwGO'nin değerlendirilmesi için: *Rehbinder/Schink/Groß*, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl., 2018, Kap. 4 Rn. 10, 36 ff.

lardır.⁵⁶ Bundan dolayı mahkeme, esas hakkında bir karar vermemiştir. Davacılar da Berlin – Brandenburg Üst İdare Mahkemesi'ne istinaf başvurusundan vazgeçmişlerdir.

2. Federal Anayasa Mahkemesinde Görülmekte Olan Anayasa Şikayetleri

Almanya'nın iklimin korunmasına yönelik daha fazla önlem alması için bir hüküm tesis edilmesi amacıyla Federal Anayasa Mahkemesi'ne dört tane anayasa şikayeti yapılmıştır.⁵⁷ Anayasa şikayetleri içerisinde en güncel olan, Fridays for Future aktivisti Lisa Neubauer ve 10 genç ve genç yetişkinin Greenpeace ve Germanwatch'un desteğiyle yaptıkları başvurdur. Bu başvuruda, Federal İklim Koruma Kanunu'nda (KSG)⁵⁸ düzenlenen 2050 yılına kadar karbondioksit emisyonunun nötralizasyonu (m. 1, c. 3) ve 2030 yılına kadar 1990 yılındaki seviyeye kıyasla %55 oranında azaltılması (m. 3/1) amaçlarının; temel hakların korunması ve uluslararası alanda akdedilen düzenlemelerdeki iklimin korunması amaçlarına ulaşılmasında yetersiz olduğu iddia edilmiştir.

II. İklim Konusunda Anayasa Şikayetlerinin Başarı Şansı

Çalışmanın devamında, bu anayasa şikayetleri her yönüyle tam bir değerlendirme yapılmaksızın daha yakından araştırılacaktır.

1. Kabul edilebilirlik

Herkes, temel haklarının ya da temel hak düzeyindeki haklarının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla anayasa şikayetinde bulunabilir. (Anayasa m. 93/1, N. 4a, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 90/1)

⁵⁶ VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 63.

⁵⁷ Kasım 2018'te Almanya Çevre ve Doğa Koruma Birliği, Almanya Güneş Enerjisi – Teşvik Derneği ve çok sayıda bireysel şikayetçiden oluşan, Göppel vd. (Az. 1 BvR 2656/18) başvurusu yapılmıştır. Ocak 2020'de Alman Çevre Yardımı'nın desteğiyle başkaca 2 şikayet daha yapılmıştır. Bu şikayetlerden birini Bangladeş ve Nepal'de yaşayan 15 şikayetçinin yaptığı başvuru oluştururken (Yi Yi Perue u.a., Az. 1 BvR 78/20); diğeri Almanya'da yaşayan 10 çocuk ve gencin yaptığı başvurdur. (Steinmetz u. a., Az. 1 BvR 96/20, https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Verfassungsbeschwerde_Klimaklage_Linus_Steinmetz_et_al_final_geschwärzt-Anhang_01.pdf) En güncel anayasa şikayeti olan Neubauer vd. (Az. 1 BvR 288/20) ise Şubat 2020'de yapılmıştır. https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/Klimaklage2020-Verfassungsbeschwerde_online.pdf.

⁵⁸ Bkz. Yukarda dipnot 2.

Şikayet yetkisi, Anayasa m. 19/3 uyarınca, potansiyel temel hak sahipleri olarak tüm gerçek kişiler ve yurt içinde faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişilerine aittir.

a) Şikayet Konusu Olarak Kanun Koyucunun İhmali

Bir anayasa şikayetinın konusunu, kamu gücünün ihmali de dahil olmak üzere, hukuki açıdan önemli olan; yürütme, yargı ve yasama tarafından alınan her türlü kamusal tedbir oluşturabilir (Bkz. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 92, 95/1 c. 1).⁵⁹ İklimin korunmasına ilişkin davalarda şikayet konusu olarak, yasa koyucunun gerekli önlemleri alması bağlamında hem sürekli, “gerçek” bir ihmali hem de şimdiye kadar tesis edilen kanunların⁶⁰ yetersizliği dolayısıyla “gerçek olmayan” ihmali dikkate alınmaktadır.⁶¹ Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, kanun koyucunun gerçek bir ihmali ancak istisnai hallerde; eğer kanun koyucunun ödevinin “içerik ve kapsamının önemli ölçüde sınırlandırıldığı” anayasada açıkça vurgulandıysa, bir şikayet konusu olabilir.⁶² Eğer bu eyleme geçme ve koruma ödevi doğrudan temel haklara ilişkin düzenlemenin lafzından değil; ancak anayasanın yorumlanmasından türediyse, kanun koyucunun geniş değerlendirme marjı dolayısıyla mahkeme bu şartın varlığını kuşkulu olarak görmektedir.⁶³ Ancak bu tartışma burada kalabilir; çünkü her durumda yetersiz olmakla eleştirilen İklim Koruma Kanunu’nun gerçek olmayan ihmal olduğu tartışmasız olup anayasa şikayetine konu edilmeye elverişlidir.⁶⁴

b) Şikayet Yetkisi

Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 90/1 bağlamında şikayet yetkisi, iklimin korunmasına ilişkin Anayasa Mahkemesine yapılan şikayetlerin

⁵⁹ Yerleşik İçtihat bkz. BVerfGE 129, 124 (176) – EFS.

⁶⁰ Somut olarak özellikle KSG § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1, EK 1 ve 2, § 4 Abs. 3, 5 ve 6, § 8 ve § 9’te düzenlenen sera gazı emisyonu azaltımına ilişkin amaçlar.

⁶¹ Kavramsal olarak gerçek ve gerçek olmayan ihmal konusunda, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge BVerfGG, § 90 Rn. 219 ff. (Stand: Februar 2018); *MöStl* DÖV 1998, 1029 (1030 f.).

⁶² BVerfGE 6, 257 (264) – Kısmen kanun koyucunun ihmali; 56, 54 (70 f.) – Uçak gürültüsü.

⁶³ Bkz. BVerfGE 56, 54 (70 f.) – Uçak gürültüsü. Başka yönde bu gerekçelendirme probleminin kategorizasyonu: Maunz/Dürig/Walter, GG, Art. 93 GG Rn. 345 (Stand: August 2018); Ayrıca *MöStl* DÖV 1998, 1029 (1031).

⁶⁴ ÇN: Yazar söz konusu durumda, yasa koyucunun İklim Koruma Kanunu ile yasal düzenleme yapma ödevini yerine getirdiğini; ancak bu düzenlemenin yeterliliğinin sorgulanmakta olduğunu belirterek, bu durumun *gerçek olmayan ihmal* olduğunu ifade etmektedir.

kabul edilebilirliği konusunda büyük bir engel teşkil etmektedir. Temel hakları koruma ödevinin ihlaline yönelik başvurularda şikayet sahibi; devletin, iklimin korunması konusunda anayasal bağlamda asgari düzeyin altında kaldığı, özellikle koruma amacına ulaşmak için gerekli olan önlemleri ya hiç almadığı ya da bugüne kadar alınan önlemlerin açık bir şekilde, bütünüyle elverişsiz veya tamamen yetersiz olarak temel hak ihlaline yol açma ihtimalini sebepleriyle birlikte ileri sürmek zorundadır. Buna ek olarak spesifik yasal önlemler talep ediliyorsa, (örneğin emisyon azaltımına yönelik hedeflerin somut bir biçimde ağırlaştırılması gibi) koruma ödevinin sadece bu önlemlerin alınması yoluyla gerçekleştirilebileceğinin⁶⁵; kanun koyucunun aldığı diğer bütün önlemlerin makul olmadığının ortaya konulması gerekmektedir ki, pratikte bu engeli aşmak neredeyse mümkün değildir.

aa) İlgili Temel Haklar

Etkileri artarak devam eden iklim değişikliğinin sonuçlarıyla ilgili devletin koruma ödevine yol açan temel hak ve özgürlükler bağlamında; Anayasa m. 1/1 c. 1 ile bağlantılı olarak m. 2/2 c. 2, m. 14/1 ve daha ziyade ikincil konumda olan m. 12/1 dikkate alınmaktadır. İklim değişikliğinden kaynaklı sıcak hava dalgaları gibi ekstrem hava olaylarının insan yaşamı ve sağlığı üzerinde yarattığı tehlike; seller ve orman yangınlarının arazi kullanımında zarara - kayba yol açması, özellikle tarım sektöründeki girişimcilerin kuraklık dönemleri nedeniyle hasatlarında meydana gelen kayıplar sonucunda dezavantajlı bir duruma düşebilmeleri de, bu bağlamda en baştan dışarıda bırakılabilir görünmemektedir.⁶⁶

Neubauer vd.'nin yaptığı anayasa şikayetinde ayrıca, Anayasa m. 1/1 ve m. 20a'dan doğan insan onuruna yaraşır bir gelecek hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. İnsan onuruna yaraşır olmanın sonucu olarak gelecek kuşakların varlıksal şartlarının korunması gerekmektedir. Aksi halde kişisel gelişimlerinin temelleri zarar görecektir.⁶⁷ Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu argümanı kabul edip etmeyeceği kuşkuludur. Gerçi insan onuruna yaraşır bir hayat sadece sosyal değil (Anayasa m. 1/1 ile bağlantılı olarak m. 20/1, m. 28/1 c. 1)⁶⁸; aynı zamanda asgari ekolojik varlıksal asgarinin bulunmasını

⁶⁵ Bkz. BVerfGE 77, 170 (215) – C-Waffen; BVerfG (K) NVwZ 2011, 991 (994) – Uçak Gürlütüsünden Korunma Hakkında Kanun.

⁶⁶ Bkz. *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1390 f.) m. Fn. 21 f.

⁶⁷ *Neubauer vd.* Şikayet Başvurusu, (o. Fn. 53), S. 94 f., 113 ff.

⁶⁸ BVerfGE 40, 121 (133) – Yetim aylığı II; *Dreier/Dreier* GG, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 1 Rn. 155.

da şart koşturmaktadır (Anayasa m.1/1 ile bağlantılı olarak m. 20a).⁶⁹ Ancak ekolojik bir varlıksal asgariden doğan temel hakkın; devletin iklimin korunmasına yönelik kurallar tesis ederken somut bir şekilde davranmasına neden olabileceğinin⁷⁰ belirlenemez olması dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü takip edip etmeyeceği de belirsizdir. Aynı zamanda bu durumda, böyle bir temel hakkın gelecek jenerasyonlar veya gelecekte yaşayan bireyleri kapsayıp kapsamayacağı bağlamında koruma ödevinin zamansal boyutu da söz konusu olur ki; Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 2/2 c. 1 çerçevesinde çoğunlukla bunu reddetmektedir.⁷¹ Bu yaklaşım haklı nedenlerle elbette başka türlü de, yani şikayetçilerin ileri sürdüğü anlamda da görülebilir.⁷² Federal Anayasa Mahkemesi'nin sosyal varlıksal asgari temel hak konusunda geliştirdiği içtihadı ile kanıtlandığı⁷³ üzere ekolojik varlığın asgarisi üzerindeki temel hakkın, yeterli bir biçimde ve olgusal olarak somutlaştırılması mümkündür. Eğer insan onuruna yakışır bir hayatı koru-

⁶⁹ Kavramı belirleyen *Rupp* JZ 1971, 401 (402); *Scholz* JuS 1976, 232 (234); böyle bir temel hak lehine görüş için bkz. *Bruch* Umweltpflichtigkeit grundrechtlicher Schutzbereiche, 2012, S. 180 f.; *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1391); *Calliess* (o. Fn. 18), S. 300; *ders.* ZUR 2019, 385 f.; *Gärditz* (o. Fn. 14), Rn. 78; *Kloepfer* (o. Fn. 7), Art. 20a Rn. 35; *ders.* (o. Fn. 6), S. 22, 27 ff.; *Murswiek/Rixen* (o. Fn. 11), Art. 2 Rn. 227; *Waechter* NuR 1996, 321 (321); buna karşık reddeden görüş için bkz. *Schlacke* (o. Fn. 13), § 4 Rn. 26; *Voßkuhle* NVwZ 2013, 1 (6); krit. *Heselhaus* (o. Fn. 18), Kap. 1 Rn. 105. İnsan onuru ve iklimin korunması arasında ilişki için ayrıca bkz. *Frenz* UPR 2020, 1 ff.

⁷⁰ Bkz. *Voßkuhle* NVwZ 2013, 1 (6).

⁷¹ BVerfG (K) NVwZ 2010, 114 (118 f.) – Schacht Konrad. Ayrıca bkz. *Gärditz* (o. Fn. 14), Rn. 80; *Steinberg* NJW 1996, 1985 (1987); Gelecek kuşakların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yoluyla korunması hakkında bkz. *Hänni* EuGRZ 2019, 1 (19).

⁷² Temel hakların gelecek kuşaklara kadar genişlediği yolunda görüş için; Kleiber Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014. Temel hakların gelecek kuşaklara kadar değil; ancak gelecekte yaşayan bireylere kadar genişlediği yolunda görüş için bkz. Kahl EurUP 2016, 300 ff. Ayrıca tamamı için bkz. Hofmann Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 258 ff.; Murswiek/Rixen (o. Fn. 11), Art. 2 Rn. 202. Gelecekteki bir yaşamın, Anayasa m. 2/2 c. 1 bağlamında kapsamlı koruma yükümlülüğü ile açık bir biçimde gelecek jenerasyonların korunması ve bununla birlikte devlete ekolojik anlamda uzun vadeli sorumluluk yükleyen 20a maddesi ışığında sistematik yorumlanması yönünde görüş için bkz. Kloepfer Umweltrecht (o. Fn. 7), § 3 Rn. 37 f.

⁷³ Bkz. en son; Mahkemenin Anayasa m. 1/1 ile bağlantılı olarak 20/1'den "çıkarttığı" kanun koyucuya kapsamlı direktifler getiren karar için; BVerfGE 125, 175 Rn. 117 ff. – Hartz IV. Buna karşılık hala çekinik bir maddi denetim ve bunun yerine öncelikle usulü denetim yaptığı karar için bkz. BVerfG NJW 2010, 505 Rn. 143 ff. – SGB II'ye göre, asgari sosyal sigorta seviyesi; Buna ek olarak çevre hukuku için bkz. Kloepfer Umweltrecht (o. Fn. 7), § 3 Rn. 77 ff.

mak; bilimsel bağlamda (burada iklim bilimleri)⁷⁴ somut ağırlık eşiklerine (güvenlik mesafeleri dahil) işaret edilerek, vazgeçilmez ekolojik - insancıl bir çekirdek alanla (örn. Ozon tabakası, temiz hava, iklimin korunması vd.) sınırlandırılırsa “*ucu bucağı olmayan*” sonuçlara yol açmaz.⁷⁵ Bununla birlikte, Anayasa m. 20a’da düzenlenen ihtiyat, sürdürülebilirlik ve entegrasyon ilkeleri ile birlikte Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma m. 191/2 alt fıkra 1 c. 2 ve 11 ile, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı⁷⁶ m. 37’ye bağlanabilen gezegensel sınırlar (ekolojik eşikler) doktrini de büyük öneme sahiptir.⁷⁷

bb) İlgili Olma

Şikayet hakkı, sadece kişisel, güncel ve doğrudan ilgili olanlara tanınmıştır.⁷⁸ İklimin korunması davalarında koruma ödevinin ihlal edilmesi bağlamında, başvurunun kişisel ilgisi açısından bir problem yokken; güncel ve doğrudan ilgi daha karmaşık bir biçimde bulunmaktadır.

(1) Güncellik

Şikayetçi müdahale teşkil eden önleme, daha önce maruz kalmış veya halihazırda maruz kalıyorsa güncel bir biçimde ilgilidir. Gelecekte gerçekleş-

⁷⁴ Çevre -özellikle iklim- konusunda bilimsel bilgilerin ispat ve somutlaştırma açısından anlamı konusunda bkz. *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1394 f.). Buna, bilimin eksik demokratik meşruluğu argümanı da karşı duramaz. Böyle ama, ikna edici değil - *Voland NVwZ* 2019, 114 (119).

⁷⁵ *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1391 f., 1394 f.).

⁷⁶ ÇN: ABTHŞ olarak kısaltılarak anılacaktır.

⁷⁷ Bkz. *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1391 f.); *Calliess ZUR* 2019, 385 ff. “Gezegensel sınırlar, çevre üzerinde ağır ve geri dönüşü mümkün olmayan zararların meydana geldiği ve en son insanlara sirayet eden devrilme noktalarını ifade etmektedir.” *Buser age.*, 1392. Gezegensel sınırların “mutlak bariyerler” olarak görülmesi hakkında *Bundesregierung Nachhaltigkeitsstrategie* 2016; *SRU Demokratisch Regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation der Umweltpolitik*, Sondergutachten, Juni 2019, S. 74 ff.; *Steffens/Habekuß Über Leben* 4. Aufl., 2020, S. 77 f.; Bu konuda temel olarak, *Rockström/Steffen Nature* 461 (7263); *Steffen u. a. Science*, 13. 2. 2015, 347 (6223); Devrilme noktalarının (ör. Grönland’daki buzulların erimesi) koruma ödevinin ihlali çerçevesinde anlamı hakkında bkz. *Meyer NJW* 2020, 894 (897 f.). İhtiyat, sürdürülebilirlik ve entegrasyon prensiplerinin çevresel konularda kanun koyucu açısından emredici olduğu konusunda bkz. *Eifert* (o. Fn. 28), Kap. 5 Rn. 48 ff. (57 ff., 63 f.), 66 f., 68 ff.; ayrıca bkz. *Mathis Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit*, 2017, S. 227 ff.

⁷⁸ BVerfGE 109, 279 (305) – Büyük çapta telefonla dinlemesi yapılması; 115, 118 (137) – Hava Güvenliği Kanunu; Jarass/Pieroth/Kment GG, 16. Aufl., 2020, Art. 93 GG Rn. 22 ff.

şecek salt “olası” bir ilgi, kural olarak yeterli değildir.⁷⁹ İklimin korunması davalarında şikayetçiler çoğunlukla halihazırda gerçekleşmiş bir temel hak ihlalinin dolaylı suçlamada bulunmayıp; daha ziyade devletin eylem yükümlülüğünü ileri sürerek gelecekteki bir temel hak ihlalinin bertaraf etmeyi amaçlarlar. Eğer şikayetçinin ilgisinin bulunup bulunmadığı veya ne surette bulunduğu şimdiden açık bir biçimde görülebiliyorsa, gelecekte gerçekleşecek ihlaller de güncel bir ilgiye neden olabilir.⁸⁰ Ancak bu iklim değişikliğinin sonuçları bakımından söz konusu değildir. Çünkü çok sayıda olası nedensel süreç nedeniyle zararın ne tam tamına zamanını ne de yerini önceden tahmin etmek mümkündür.⁸¹ Ancak bazı şartlar altında salt var olan riskler de devletin koruma ödevine neden olabildiği için, ciddi tehlike halleri yeterli olabildiği ölçüde detayların önceden açıkça ortaya konulması zorunlu olmaksızın, ilgi bağlamında güncellik şartı tadil edilebilir.⁸² İklim değişikliğine dayalı aşırı hava olayları, insanların büyük çoğunluğunun yaşamı ve sağlığı açısından büyük bir risk potansiyeli taşımaktadır ve ayrıca yükselen deniz seviyesi nedeniyle kıyı bölgelerinde pek çok kişinin mülkü de ciddi bir tehdit altındadır. Bundan dolayı Anayasa m. 2/2 c. 1, m. 14/1 ve gerektiğinde m. 12/1 (m. 1/1 c. 2 ile bağlantılı olarak) ve de m. 20a ile bağlantılı olarak m. 1/1 göz önünde bulundurularak, güncel bir ilgiye temel oluşturan ve bir koruma ödevine neden olan, ciddi tehlikenin varlığı sonucuna varılabilir. Bu sonuca aynı zamanda ihtiyat prensibi göz önüne alınarak; gelecekteki temel hak ihlallerinin bertaraf edilmesi veya sınırlandırılması için sera gazı emisyonlarının azaltılmasının ancak acil önlemler alınarak mümkün olmasıyla da ulaşılabilir. Aksi takdirde, gezegensel eşiklerin veya devrilme noktalarının aşılmasıyla geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğabilir.⁸³ Eğer önce küresel ısınma sonucunda temel hak ihlallerinin somut bir biçimde ortaya çıkması beklenmek zorunda kalınırsa, iklimin korunması davalarında etkili bir hukuki koruma da (Anayasa m. 19/4 c. 1, ABTHŞ m. 47) mümkün olmayacaktır.⁸⁴ O halde sonuç olarak, güncel bir ilgi kabul edilebilir.

⁷⁹ Bkz. BVerfGE 60, 360 (371) – Katkısız Sağlık Sigortası, 72, 1 (5) – Yaş sınırları; Walter (o. Fn. 59), Art. 93 Rn. 353.

⁸⁰ Bkz. BVerfGE 74, 297 (320) – Radyo, 110, 141 (151 f.) – Dövüş köpekleri.

⁸¹ *Groß NVwZ* 2020, 337 (340); *Meyer NJW* 2020, 894 (896).

⁸² *Möstl DÖV* 1998, 1029 (1033); aynı yönde *Stürmlinger EurUP* 2020, 169 (179); aynı yönde *Stürmlinger EurUP* 2020, 169 (179), “bireyselleşebilirlik” bakımından aynı yönde *Meyer NJW* 2020, 894 (899 f.).

⁸³ Steinmetz vd. Şikayet Başvurusu (dipnot 53) S. 56f.; aynı yönde Neubauer vd. Şikayet Başvurusu (dipnot 53) S. 100. Genel olarak ihtiyat prensibi ışığında koruma ödevi doktrinin yorumlanması için bkz. *Mager* (o. Fn. 11), Rn. 199.

⁸⁴ *Stürmlinger EurUP* 2020, 169 (179).

(2) Doğrudanlık

Kanuna karşı şikayetlerde doğrudan ilgi, eğer şikayetçinin ileri sürdüğü temel hak ihlali kanun gücünde icrai bir eylem olmaksızın meydana geliyorsa, varolmaktadır.⁸⁵ Ancak bu kriter yapısal olarak sadece devlete karşı korunma hallerine uygun olup kanun koyucunun ihmalinin şikayet konusu edildiği koruma ödevi hallerine uymamaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2018 yılında, nükleer silahların konuşlandırılmasına ilişkin olarak verdiği incelemenin reddi kararında, ilginin toplumun genelinden yeterli ölçüde sınırlanabilir olmamasından dolayı kişiselleştirilebilirliğin eksikliği nedeniyle, doğrudan ilginin bulunmadığına hükmetmiştir.⁸⁶ Aynı şekilde iklim değişikliğinden doğan tehlike de, sadece bireysel olarak şikayetçiyi değil; tüm insanlığı ilgilendirmektedir. Bu nedenle iklimin korunmasına ilişkin anayasa şikayetlerinde benzer bir tehlike görülebilir. Ancak doğrusu “salt, insanların büyük bir kısmının iklim değişikliğinin etkilerine maruz kalacak olmaları” doğrudan veya daha ziyade bireysel bir ilgiyi kural olarak dışlamamaktadır.⁸⁷ Federal Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararı, koruma ödevi hallerinde doğrudan ilgi için genel geçer bir önerme olarak anlaşılamaz. Daha ziyade kişisel risk ile yaşamsal genel risk (kolektif risk) arasında somut olaya özel sınırlama olarak anlaşılabilir.⁸⁸ İklim değişikliği, yaratacağı ciddi tehlike sebebiyle yaşamsal genel risk olarak sınıflandırılmadığından; burada somut davada başvurucunun bireysel tehlike eşliğinin aşılp aşılmadığı önemlidir; ki örneğin özellikle deniz seviyesinin yükselme tehlikesinin bulunduğu bölgelerde böyle bir durum söz konusu olabilir. Daha başka bir biçimde genelden sınırlanabilirlik talep edilemez.⁸⁹ Bu nedenle sonuç olarak doğrudan ilgi kabul edilebilir.

cc) Ara Sonuç

Federal Anayasa Mahkemesi, geçmişte şikayet yetkisi çerçevesinde ilgiyi ya sadece çok kısa bir biçimde kabul etme ya da tamamen değinmeksizin bırakma ve bunun yerine doğrudan başarı şansı bulunmaması nedeniyle

⁸⁵ BVerfGE 126, 112 (133) – Sachsen Kurtarma Hizmeti; 125, 39 (75 f.) – Advent Pazarları Berlin, ayrıca Walter (o. Fn. 59), Art. 93 GG Rn. 357.

⁸⁶ BVerfG (K) NVwZ 2018, 1224 Rn. 47 – Nükleer silahların konuşlandırılması.

⁸⁷ VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 68 - aynı yönde BVerwGE 131, 129 (139 Rn. 23) – Brunsbüttel, Onaylayan görüşte, Meyer NJW 2020, 894 (899) – bireysel ilginin denetimi bağlamında bkz. Möstl DÖV 1998, 1029 (1033).

⁸⁸ Meyer NJW 2020, 894 (899), Onaylayan görüşte, Stürmlinger EurUP 2020, 169 (180).

⁸⁹ Meyer NJW 2020, 894 (896, 899); Stürmlinger EurUP 2020, 169 (180); ayrıca Groß NVwZ 2020, 337 (340).

incelemeyi reddetme eğilimindeyken⁹⁰; son zamanlarda ileri sürülen taleplerin gerektirdiği ölçüde bu konuya yönelik sebep açıklamalarını daha ciddi bir biçimde gerçekleştirmektedir.⁹¹ Sonuç olarak iklimin korunmasına yönelik anayasa şikayetlerinde şikayet yetkisi bir bütün olarak basitçe sınıflandırılmaz. Aynı zamanda somut davada bu kabul edilebilirlik engeli ciddiyetle ele alınabilir ve bütünüyle kabul edilebilir.

2. Gerekçeli Olma

İklimin korunmasına yönelik anayasa şikayetleri, eğer devlet şikayet edene karşı koruma ödevini gerçekten ihlal ederse, bir gerekçeye dayanmış olmaktadır.

a) Koruma Ödevi Durumu

Bir temel hak ihlalinin kabul edilebilmesi için her şeyden önce, bir koruma ödevi durumunun bulunmasına ihtiyaç vardır. Şikayet yetkisine yönelik açıklamalarda ifade edildiği üzere, seller veya sıcaklık dalgaları gibi gerçekleşme olasılığı yeterince yüksek olan iklim değişikliğinden kaynaklı tehlikeler, insanların büyük bir kısmı için ciddi bir zarar potansiyelini işaret etmektedir.⁹² Bundan dolayı iklim değişikliği, tehdit altında olan temel hak ihlalinin yoğunluğu ve gerçekleşme olasılığı sebebiyle, özellikle Anayasa m. 2/2 c. 2, m. 14/1, gerektiğinde m. 12/1 (her biri için m. 1/1 c. 1 ile bağlantılı olarak) ve m. 20a ile bağlantılı olarak m. 1/1 göz önünde bulundurulduğunda, devletin uygun bir eylem yükümlülüğü sonucunu doğuran koruma ödevine yol açmaktadır.

b) Koruma Ödevinin Yeterince Somut Bir Biçimde İhlali, Özellikle Nedensellik

Alman Kanun Koyucunun koruma ödevini yeterince somut bir biçimde ihlal edip etmediğinin tespiti için, açık hata düsturu ve olumsuz aşırılık yasağının oranları bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Sektöre özel somut azaltım hedeflerini içeren⁹³ Federal İklimin Korunması Kanunu⁹⁴

⁹⁰ BVerfGE 56, 54 (70) – Uçak gürültüsü; BVerfG (K) NJW 1998, 3264 (3265) – Ormana verilen zararlar.

⁹¹ Bkz. BVerfG (K) NVwZ 2009, 171 (175 f.) – Grafenrheinfeld; NVwZ 2010, 702 (704 ff.) – CERN; NVwZ 2011, 991 (991, 994) – Uçak gürültüsünden Koruma Kanunu. Ek olarak Kahl JZ 2012, 667 (669 f.).

⁹² Bir hassasiyet analizi için bkz: Bundesregierung Zweiter Fortschrittsbericht zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, 2020, S. 15 ff. (20).

⁹³ Özellikle azaltım hedefleri yönünden Kanun'un içeriğine yakın görüş için bkz. Albrecht NuR 2020, 370 (374 ff.); Saurer NuR 2020, 433 (435 ff.); Kment NVwZ 2020, 1537

(bkz. Kanun ek 1 ve ek 2 ile bağlantılı olarak m. 3/1, m. 4/1) karşısında bir koruma yoksunluğunun varlığı reddedilebilir. Bunun sonucunda sadece, olumsuz aşırılık yasağını ihlal eden açıkça koruma eksikliği dikkate alınmaktadır.

Bunun için başvuruçunun temel haklarını iklimin değişikliği sonucu oluşan zararlardan korumak için alınan önlemlerin, açıkça elverişsiz veya yetersiz olması gerekmektedir. Bu önlemler, özensiz olgusal araştırmaya ve makul olmayan bir değerlendirmeye dayanmak, orantısız olmak veya pratik bir etki beklentisi yaratmamak zorundadır. Küresel ısınmanın 1,5°C ile sınırlandırılmasında Almanya'nın azaltım katkısının; temel haklar bağlamında zorunlu bir asgari koruma seviyesi (alt ölçü) olarak geçerli olup olmayacağı henüz açıklığa kavuşturulmamıştır.⁹⁵ Ancak kanun koyucunun İKK'da Paris Anlaşması'ndaki 1,5°C'ye açıkça atıfta bulunmuş olması ve mevcut iklim bilimi uzlaşısına⁹⁶ göre bu amaca (1,5°C) riayet edilip, olası devrilme noktalarına (gezegensel eşikler) gereken güvenlik mesafesinin hesaba katılarak iklim değişikliğinin bu ciddi ve son derece olası etkilerinin minimize edilebilmesinin, insanların⁹⁷ yüksek (Anayasa m. 2/2 c. 1, m. 14/1) ve en yüksek (Anayasa m. 20a ile bağlantılı olarak m. 1/1 bağl. ekolojik varlıksal asgari) hukuki değerleri yönünden⁹⁸ taşıdığı önem, bu türden bir yükümlülüğü desteklemektedir.

Bu durumun arkasında ne İKK m. 1 c. 3 uyarınca yükselen sıcaklıkların sınırlandırılması hedefi ne de İKK m. 3/1 uyarınca emisyon azaltım hedeflerinin açıkça yetersiz olması bulunmaktadır. Çünkü bu hedefler iklim bilimine *state of art*⁹⁹ olarak uyumludurlar.¹⁰⁰ Yine de Almanya, eğer Paris Anlaşmasına göre azaltım yükümlülüklerini yerine getirmek istiyorsa, güncel çevre bilimi verilerine göre 2020'den itibaren 2050 yılına kadar sadece 6,7

(1540 ff.). Karşılaştırmalı perspektifler için (Federe Devlet İklimin Korunması Kanunları dahil olarak) bkz. *Kohlrausch ZUR* 2020, 262 ff. Ve yabancı iklimin korunması kanunları dahil olarak) bkz. *Duwel/ Stockhaus Klimaschutzgesetze in Europa*, Kurzstudie des Ecologic Institute im Auftrag des WWF Deutschland.

⁹⁴ Çalışmada bundan sonra İKK olarak kısaltılmış hali kullanılacaktır.

⁹⁵ Temel haklar bağlamında gerekli olan asgari bir azaltım yükümlülüğünün araştırılması için bkz. *Stürmlinger EurUP* 2020, 169 (181 ff.).

⁹⁶ *IPCC* (o. Fn. 1), S. 7 ff.

⁹⁷ Aynı yönde *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1394: Somut tehlikelerin, farklı iklim senaryoları bakımından gerçekleşme olasılığının hesaba katılması).

⁹⁸ Bkz. *Buser DVBl.* 2020, 1389, (1395).

⁹⁹ ÇN: Kavram eserde bu şekilde kullanılmıştır. Bağlamı sebebiyle bilimde en gelişmiş yöntemleri ifade etmektedir.

¹⁰⁰ Bkz. *IPCC* (o. Fn. 1), S. 7 ff., 12.

Gt CO₂ emisyon bütçesine sahiptir. Bu oran İKK'da tespit edilen azaltım amaçları ve ekonomik sektörlere dağılımı ile birlikte 2038'de tüketilecek; 2050'ye kadar iki katı oranında aşılacaktır.¹⁰¹ Salt planlanan azaltım hedeflerine ulaşmak bakımından yeterli şekilde güvenceli olarak görülmeyen bu zayıf düzenlemeler bile, İKK'yı yapısal bir zayıflığa yani eksikliğe yaklaştırmaktadır.¹⁰² Özellikle 1,5°C ve sera gazı nötralizasyonundaki uzun dönem amaçları için İKK'daki yumuşak ve göreceli formülasyon ("möglichst 1,5°C" (...)) 2050 yılına kadar sera gazı nötralizasyonunu uzun vadeli hedef olarak *takip etmek*) değil; kesin ve sınırlandırılmamış bir yükümlülük gereklidir (Anayasal bağlamda yapılan vurgulamalar). Böylelikle İKK her durumda, kendisi için yapılan bir makullük denetiminde (olumsuz aşırılık ya sağ doktrini) sıcaklık artışını 1,5°C'de gerçek anlamda ve etkili şekilde sınırlandırmak ve yükselen bir devinimle ilerleyen¹⁰³ iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini durdurmak için yetersiz olacaktır.

Eğer bu konu salt İKK ile sınırlandırılmayıp; Almanya'nın iklimin korunmasına ilişkin düzenlemeleri toplu şekilde ele alınır ve özellikle 8.8.2020¹⁰⁴ tarihli Kömür Kullanımının Bırakılması Kanunu ve Fosil Yakıt Emisyonu Ticareti Kanunu kapsayıcı bir biçimde bu hesaba dahil edilirse, muhtemelen farklı bir şekilde değerlendirilir. Aslında 2038 yılına kadar (en geç) gerçekleştirilmesi gereken Almanya'nın kömürü bırakması her halukarda 2030 yılı için öngörülen iklim koruması amaçlarına ulaşmak bakımından kesin bir pozitif katkı sağlayamamaktadır.¹⁰⁵ Aynı durum sera gazı

¹⁰¹ SRU Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, Tz. 31 ff. (33, 36, 38).

¹⁰² İKK açısından mevcut olan zayıflıklar, alan darlığı sebebiyle bu makalede ele alınamamaktadır. Detaylardaki farklılıklar ile bu konuda bkz. *Kment* NVwZ 2020, 1537 (1539 f., 1543); *Saurer* NuR 2020, 433 (434); *Schlacke* EurUP 2020, 338 (339 ff., Fazit: 345); *Kohlrausch* ZUR 2020, 262 (271).

¹⁰³ Dünya Meteoroloji Örgütü'nün (WMO) Raporu'na göre (FAZ Nr. 282 v. 3.12.2020, 2) 1,5°C sınırı, 2024 yılına kadar aşılabılır. Sera gazlarındaki artış, bu hızlı global sıcaklığın temel sebebidir. Bundan dolayı çevre bilimlerinde iklimin korunmasının yanında özellikle türlerin ölümüyle de ilişkili olan ekolojik krizin *müthiş hızlanmasından* (Great Acceleration) söz edilmektedir. Bkz. *Steffens/Habekuß* (o. Fn. 71), S. 45, 86, passim. Ekolojik krizdeki bu hızlanma, ekososyal dönüşümde radikal bir süratlenmeyi gerektirmektedir. *Steffens/Habekuß*, S. 176.

¹⁰⁴ BGBI. I S. 1818.

¹⁰⁵ Bkz. *DIW Klimaschutz statt Kohleschmutz: Woran es beim Kohleausstieg hakt und was zu tun ist*, 2020, S. I, 9 ff., https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.725608.de/diwkompakt_2020-148.pdf; Yalnızca emisjonsuz araçların satılması veya daha hızlı bir şekilde kömürün terk edilmesi için acil yasal düzenlemelerin gerekliliği hakkında bkz. *Franzius* EnWZ 2019, 435 (435), *Kment* NVwZ 2020, 1537 (1541).

emisyoununun fiyatlandırılması ve emisyon ticaret sistemi dışındaki (Non ETS) alanlarda emisyon sertifikasının ilave olarak satılması şeklinde daha ziyade teorik opsiyon için de geçerlidir¹⁰⁶.¹⁰⁷ Her halukarda güçlü bir yargısal denetimin (makullük denetimi) gerekliliğinin temelini oluşturan tehlikenin ciddiyeti ve bunun gerçekleşme olasılığının yüksekliği göz önüne alınırsa, hem Almanya'nın azaltım hedeflerinin hem de bugüne kadar alınan önlemlerin bilimsel verilere uygun olmadığı ve koruma ödevinin ihlaline (koruma eksikliği) yol açtığı saptanabilir.¹⁰⁸

Bununla birlikte, temel haklar bağlamında bir koruma ödevi ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği, ayrıca devletin ihmali konusundaki *nedensellik* meselesine de bağlıdır.¹⁰⁹ Bu noktada problemli olarak görülen; iklim değişikliğinin çok sayıda devlet ve toplumun katkısıyla gerçekleşen, global bir olgu olmasıdır. Ancak kuşkusuz Alman Devleti'nin temel hakların tehlike altında bulunmasındaki sorumluluğu ve bununla bağlantılı olarak koruma ödevi ihlalinin varlığı bağlamında, sera gazı emisyonunun azaltılmasında bir ihmali olup olmadığı ispat edilebilir.¹¹⁰ Çünkü Almanya, dünya genelindeki sera gazlarının sadece %1,8'ini yaymıştır.¹¹¹ Bundan dolayı küresel ısınma

¹⁰⁶ Bkz. üstte dipnot 2. Emisyon Ticaret Sistemi Alanları, Almanya'da, Sera Gazı Emisyon Ticaret Kanunu (TEHG) olarak uygulamaya konulan Avrupa Birliği Emisyon Ticareti Yönergesiyle düzenlenmiştir.

Avrupa Komisyonu Emisyon Ticaret Sisteminin tamamı için bkz. https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_de; *Eifert* (üst. dipnot. 28), Kap. 5 Rn. 155 ff. (158 ff.).

¹⁰⁷ *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1395 dipnot 90); *Kment NVwZ* 2020, 1537 (1539).

¹⁰⁸ Aynı yönde, *Klinger ZUR* 2020, 259 (259); *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1394 f.); eleştiren görüş: *Franzius EnWZ* 2019, 435 (435, 440); *Ziehm ZUR* 2020, 129 (129 f.); *Kment NVwZ* 2020, 1537 (1541: "Her durumda acil ve radikal önlemler gereklidir" 1544: İKK bir ara etaptır.) a. A. BT-Drs. 19/14337, 1 f. *Buser'e* göre hem 2050 yılına kadar 1,5°C hedefine ulaşmak için Almanya'nın iklimin korunması hedefi hem de bugüne kadar alınan önlemler (bkz. İklim koruma Programı 2030 (alt dipnot 2)) 2030 yılına kadar sera gazı azaltım hedefine ulaşmak için yetersizdir. *Buser* bu görüşünü öncelikle bilim insanlarının görüşlerine ve hali hazırdaki iklimin korunmasına yönelik anayasa şikayetlerindeki gerekçelere dayandırmaktadır. (s. *Buser* aynı yerde, dipnot 85f., 88)

¹⁰⁹ Burada olduğu gibi nedensellik problemi olarak ele alan: *VG Berlin ZUR* 2020, 160, Rn. 69, *Cremer ZUR* 2019, 278 (281); (Gerçekleştirilebilirlik Sorunu – Ultra posse nemo obligatur): *Buser DVBl.* 2020, 1389 (1393), *Isensee/Kirchhof/Müller-Terpitz HStR*, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 147 Rn. 79'e işaret edilerek.

¹¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı bağlamında nedensellik sorunu konusunda yakın görüş için bkz. *Groß NVwZ* 2020, 337 (339 f.), aynı yönde üst dipnot 4, Rn. 40ff. Devrilme noktaları konusunda: *Meyer NJW* 2020, 894 (898).

¹¹¹ *Avrupa Komisyonu Raporu*, Fossil CO₂ emissions of all world countries, 2020 Report, S. 10, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121460/kjna30358enn.pdf>.

salt Almanya'nın aldığı önlemlerle durdurulamaz. Ancak aynı zamanda iklim değişikliğinin dünya genelindeki sera gazı emisyonlarının ve buna bağlı olarak tüm devletlerin katkısıyla gerçekleştiği de tartışmasız bir gerçektir. Eğer her devlet, küresel ısınma konusunda sadece kendisinin sorumluluğunun bulunmadığı ve bu nedenle sera gazı emisyonunun azaltımı ile yükümlü olmadığı argümanına dayanırsa, küresel sıcaklığın 1.5°C'de sınırlandırılması ve vatandaşların koruma talepleri fiilen boşa çıkacaktır. Bundan dolayı emisyon yayan herkesin, iklim değişikliğinin ortak sorumlusu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹¹²

Bundan dolayı sonuç olarak koruma ödevinin yeterince somut bir biçimde ihlali bulunmaktadır.

c) Koruma Tedbirlerinin İçeriği ve Kapsamı

İklim değişikliğine karşı koruma tedbirlerinin içeriği ve kapsamı, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokrasi prensibi ışığında tespit edilmelidir. Yasama organından farklı olarak, doğrudan demokratik meşruiyeti bulunmayan yargı organı, somut emisyon azaltım önlemleri emrederek, “yedek kanun koyucu” olmaya kalkışamaz.¹¹³ Almanya Federal Cumhuriyeti, bir parlamenter demokrasi olup bir “yargıç devleti” değildir. Bundan dolayı kanun koyucunun, iklim değişikliğine karşı mücadelede koruma yükümlülüğünü nasıl yerine getireceği konusunda çok geniş bir değerlendirme – takdir etme ve düzenleme alanı bulunmaktadır.¹¹⁴ Böylece – özellikle çeşitli şekillerde hayata geçirilebilen sera gazı emisyonlarının düşürülmesi ya da karbon yutakları yoluyla karbondioksitin biriktirilmesinin dahil olduğu - azaltım önlemlerinin yanı sıra; *adaptasyon tedbirleri*¹¹⁵ de (örn. sel ve afet koruma alanlarında) dikkate alınmaktadır. Esasen kanun koyucu koruma ödevinin yerine getirilmesi bakımından adaptasyon tedbirlerine yalnızca, emisyon azaltım önlemlerinde olduğu gibi, güncel bilimsel verileri esas alıp, karşılaştırılabilir şekilde verimliyse karar verebilir. Ancak ciddi anlamda zararlı

¹¹² Meyer NJW 2020, 894 (898). Ayrıca bkz. Hoge Raad, Urt. v. 20. 12. 2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006, Rn. 5.7.6.; Rechtbank Den Haag, Urt. v. 24. 6. 2015 – Rs. C/09/456689/HA ZA 13–1396, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rn. 4.79, 4.90; Buser DVBl. 2020, 1389 (1393); Frank NVwZ-Extra 2016, 1 (6); Groß NVwZ 2020, 337 (340 f.).

¹¹³ Bu problemin karşılaştırmalı hukukta ele alınması için: Groß (o. Fn. 4), Rn. 52 ff.

¹¹⁴ VG Berlin ZUR 2020, 160 Rn. 72. Kapsamlı olarak: Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014.

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için: Fischer Grundlagen und Grundstrukturen eines Klimawandelanpassungsrechts, 2013.

ve geri dönülmez sonuçları olan ve insan yaşamının temelini önemli ölçüde tehlikeye sokabilen küresel devrilme noktalarının aşılması tehdidi sebebiyle, adaptasyon tedbirlerinin tek başına temel hak sahipleri için yeterli korumayı sağlayabileceği kabul edilemez. Koruma ödevinin yerine getirilmesinde daha ziyade bahsi geçen ihtiyat prensibi dikkate alınarak *azaltım önlemlerinden* hareket edilmek zorundadır.¹¹⁶ Bununla bağlantılı olarak şu soru sorulmaktadır: Sera gazı emisyonunun azaltımı zorunluluğu, nerede, hangi kapsamda, hangi zaman diliminde ve hangi sektörlerde zorunlu olacaktır.¹¹⁷ Şikayetçiler, bilimsel verilerle destekli olarak mümkün olduğu ölçüde güçlü ve hızlı bir şekilde azaltımın önümüzdeki yıllarda sağlanmasını talep etmektedirler.¹¹⁸ Ancak yetkili devlet organlarının (yasama organı) özel ve kamusal tüm çıkarları ölçüp biçerek, emisyonun nasıl azaltılacağına karar vermek konusunda sorumluluğu bulunmaktadır. Bu çerçevede özellikle emisyonu neden olan işletmelerin ekonomik menfaatlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Buradaki politik karar olanaklarının çeşitliliği ve çok sayıda birbiriyle çatışan temel hakkın (karmaşık, çok kutuplu değerlendirme durumu) bulunması sebebiyle, koruma ödevinin ihlalinde, şikayetçinin kanun koyucunun belirli şekilde davranmasını talep hakkı bulunmamaktadır. Burada daha ziyade Federal Anayasa Mahkemesi'nin devletin iklimi korumaya yönelik önlemlerinin yetersizliğini tespitle (yasal güncelleme ödevinin olup olmadığı), somut olayda bundan doğan sonuçların nasıl olduğu, yani güncelleme ödevinin uygulanması ile sınırlanmış olduğu kabul edilmelidir. Ancak özellikle somut aracın seçimi noktasında yasama organına bir değerlendirme alanı bırakılmalıdır.¹¹⁹

E. Sonuç

Halihazırda iklimin korunmasına ilişkin şikayetler için Federal Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar merakla beklenmektedir. Bir yandan Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar, çevre hukukunda temel haklar bağlamında koruma ödevinin ihlali konusunda sınırlı sayıda kararı bulunmaktadır. Özel-

¹¹⁶ Burada olduğu gibi *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1393 f.); *Meyer* NJW 2020, 894 (898); *Stürmlinger* EurUP 2020, 169 (184).

¹¹⁷ Bkz. *Groß* NVwZ 2020, 337 (341); *ders.* (o. Fn. 4), Rn. 48 ff.

¹¹⁸ *Neubauer* vd. Başvurusu, (dn. 4), Prg. 48ff. Bunun Anayasa'nın 20a maddesi bakımından talep edilmesi hakkında: *Groß* ZUR 2009, 364 (367). Ayrıca bkz. *Wuppertaler Institut* CO₂-neutral bis 2035: Eckpunkte eines deutschen Beitrags zur Einhaltung der 1,5-°C-Grenze, Bericht, Oktober 2020, https://wupperinst.org/fa/redaktion/downloads/projects/CO2-neutral_2035.pdf.

¹¹⁹ Bkz. *Buser* DVBl. 2020, 1389 (1395 f.).

likle de eğer kanun koyucunun, İklim Koruma Kanunu'nda ilk olarak ve planlama hukuku anlamında savunulabilir bir yasal çerçeve oluşturup yeterli, açık ve her bir sektör (§§ 3 ff. İKK) için zorunlu (§ 4 Abs. 1 S. 6 İKK) emisyon bütçesi belirlemesinin yanında, uzun zamanda beri var olan diğer düzenlemelerle birlikte (ör. EEG, KWKG, EEWärmeG¹²⁰) yeni somut enstrümanlar (ör. KAG, BEHG¹²¹) oluşturması haklı bulunursa, anayasa şikayetlerinin başarı şansı çok yüksek olarak değerlendirilmemektedir.¹²² Diğer yandan Antroposen Çağı'nda¹²³ iklimin korunmasının, uzmanlar tarafından yapılan uyarı ile, (özellikle IPCC Raporları¹²⁴, uluslararası (PA) ve birlik düzeyinde direktifler ile (Avrupa Yeşil Mütabakatı 11.12.2019¹²⁵, Avrupa İklim Koruma Yasa Önerisi 4.3.2020¹²⁶, Avrupa Komisyonu İklim Koruma Planı 17.0.2020¹²⁷) bir an önce ve güçlü şekilde önlemler alınması gereken bir "Mega Mücadele" olduğuna dair bilinç yükselmiştir. Bu durum, iklimin korunması gibi varlıksal ve hayati sorularda, özenli ve buna uygun olarak (kesinlikle radikal olmayan) bir denetim yoğunluğunun artırılması biçi-

¹²⁰ Ç.N: EEG - Erneuerbare-Energien-Gesetz, (Yenilenebilir Enerji Kanunu), KWKG - Kraft, Wärme, Kopplung Gesetz, Güç, Isınma Bağdaşım Kanunu, EEWärmeG - Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, Yenilenebilir Enerji Isınma Kanunu.

¹²¹ Ç.N: KAG – Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Sermaye Yatırım Kanunu), BEHG – Brennstoffemissionshandelsgesetz (Fosil Yakıt Emisyon Ticaret Kanunu)

¹²² Bu yönde, *Schlacke* EurUP 2020, 338 (345); *Wegener* ZUR 2019, 3 (11); benzer yönde, *Cremer* ZUR 2019, 278 (281). *Bickenbach* JZ 2020, 168 (177), "Abartılı Beklentiler" eleştirilmektedir. Daha iyimser yönde; *Groß* NVwZ 2020, 337 (342); açıkça *Kment* NVwZ 2020, 1537 (1544).

¹²³ Bu konuda ayrıca bkz. Klimaschutz Franzius EurUP 2019, 498 ff.; Hahn (dipnot. 8), S. 5; İlkeler için: Kersten Die Notwendigkeit der Zuspitzung, 2020, S. 64 ff.; aynı yönde Das Anthropozän-Konzept, 2014; aynı yönde. EurUP 2016, 312 (313 ff.); Winter ZUR 2017, 267 ff.; Steffens/Habekuß (o. Fn. 71), S. 88 ff.

¹²⁴ En son IPCC Raporu (dipnot 1) Ayrıca araştırma için bkz. *Rahmstorff/Schellnhuber* Der Klimawandel, 8. Aufl., 2018, Kap. 3; *Latif* Heißezeit, 2020, S. 31 ff., 55 ff, Özet olarak *Müller-Jung* FAZ Nr. 167 v. 22. 7. 2019, 8; aynı yönde, FAZ Nr. 224 v. 26. 9. 2019, 4, aynı yönde FAZ Nr. 221 v. 23. 9. 2019, 1, Der Spiegel Nr. 50 7.12.2019, 108 ff. Ayrıca bkz. *Geinitz/Záboji* FAZ Nr. 264 v. 12. 11. 2020, 15, ve Dünya Meteoroloji Örgütü'nün (WMO) güncel raporunda vurgulanmaktadır: FAZ Nr. 282 v. 3. 12. 2020, 2.

¹²⁵ COM (2019) 640 Sonuç; ayrıca *Krämer* JEEPL 17 (2020), 267 ff. Ayrıca Avrupa Yeşil mütabakatı ile bağlantılı olarak *EU-Corona-Recovery Plan* Calliess/Dross, ZUR 2020, 456 ff.

¹²⁶ COM (2020) 80 Sonuç.

¹²⁷ Avrupa Birliği için 2013 yılına kadar %55'lik bir oranda sera gazı azaltım hedefi öngörülmüştür. 11.12.2020 tarihinde Avrupa Devlet ve Hükümet Başkanları Konseyi tarafından onaylanmıştır.

minde, somut koruma ödevi dogmatığında Karlsruhe'nin kararının “ekolojikleşmesine” de yol açabilir.¹²⁸ Bu da mahkemenin daha önce açıklandığı gibi haklı nedenlerle somut bir koruma ödevi ihlalinin, daha doğrusu yasal bir güncelleme ödevinin tespitine (“olup olmadığı”) sebep olabilir. Ancak kanun koyucuya “nasıl” daha güçlü emisyon azaltım önlemleri alacağı belirtilmeyip; bir hareket alanı bırakılır. Bunun için esasen mahkeme birkaç hukuki engeli de aşmak zorundadır. (özellikle asgari sınır olarak 1,5°C amacı, açıkça koruma eksikliğinin kabulü - temel hakların ihlali için neden-sellik) Bu durumun, söz konusu “ilerleyişi” temin edip etmeyeceği ise hiçbir şekilde kesin değildir.

F. Genel Bakış

Eğer geleceğe doğru bakılırsa, Corona Pandemisi sebebiyle sadece kısa bir süre kamunun odağının dağıldığı¹²⁹ küresel ısınmanın ilerleyişinden, Alman Mahkemelerinin gelecekte daha sık iklim değişikliği boyutuyla temel hakları koruma ödevi ile meşgul olmak zorunda olacakları çıkarımı yapılabilir. Yukarıda da değinildiği üzere, iklim değişikliği davaları küresel ve dinamik olarak ilerleyen ve yayılan bir trenddir. Şikayetçiler ne kadar çok münferit devletlerde (Hollanda’da olduğu gibi) başarıya ulaşırlarsa, bu şikayet dalgası da o kadar hız kazanacaktır. Yargısal başarı şansından bağımsız olarak iklimin korunmasına yönelik şikayetler, en azından iklim değişikliği konusunda kamunun ilgisini çekerek insanlığın tamamını ilgilendiren bir problem olarak federal hükümet ve parlamento üzerinde politik baskı kurulmasını sağlamaktadır. Bundan dolayı, NGOs¹³⁰’de olduğu gibi bu şikayetlerde politik-stratejik bir menfaat de bulunmaktadır.

¹²⁸ Genel olarak “Anayasamızın ekolojik açığı” yönünde Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung (dipnot 113), s. 67. Bundan dolayı Kersten, doğanın sübjektif hakkının tanınmasını önermektedir.

¹²⁹ Bu durum, uzun yıllardan beri devam eden ve halihazırda daha da derinleşen uluslararası devletler topluluğunun ekolojik yanlışlarının ve bu yüzden iklim kriziyle daha da ağırlaşacak olan biyolojik çeşitlilik kaybının Corona Pandemisinin kendisi açısından sonuçlarından dolayı daha da anlaşılmalıdır. (Bkz. *Steffens/Habekuß* (o. Fn. 71), S. 103 ff., 109 ff., 177 ff.)

¹³⁰ ÇN: Nichtregierungsorganisationen (hükümet dışı organizasyon) kavramının kısaltması olarak kullanılmıştır.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER

20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993) Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN	
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK

47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım) (ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M. Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ- Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR-1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN

73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997)	Doç.Dr. H. PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998)	Arş.Gör. M. Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
89-	Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998)	Prof.Dr. Sadık ACAR
90-	İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU Dr. Oğuz SANCAKDAR Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
91-	İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
92-	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)	Arş.Gör. Murat AYDOĞDU
93-	Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)	Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
94-	İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)	Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK
95-	1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999)	Prof. Dr. Zafer GÖREN

-
96-	Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
97-	Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
98-	Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
99-	Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Melda SUR
100-	Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001)	Doç. Dr. Nevzat KOÇ/ Arş. Gör. Murat AYDOĞ
101-	Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001)	Doç. Dr. Oğuz ATALAY
102-	Prof. Dr. Mahmut Tefik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)	
103-	İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
104-	2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu	
105-	Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)	
106-	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
107-	Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
107-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir	
108-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir	
109-	Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Arş.Gör. Murat ÖNOK Arş.Gör. Behiye EKER Arş.Gör. Sesim SOYER Arş.Gör. Serkan EKİZ
110-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir	
111-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir	
112-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir	
113-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir	
114-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir	
115-	Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan-DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir	
116-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir	
117-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir	
118-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir	

-
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dallarına Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir
- 157- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 2, 2020) İzmir
- 158- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 1, 2021) İzmir
- 159- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 2, 2021) İzmir
- 160- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 24, Sayı 1, 2022) İzmir
- 161- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 24, Sayı 2, 2022) İzmir
- 162- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 25, Sayı 1, 2023) İzmir

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINI
İZMİR - 2023